

BOADA ACOSTA, JUAN CAMILO, "La inconstitucionalidad del delito de aborto a la luz de los fines de la pena", *Nuevo Foro Penal* 97, (2021).

---

## La inconstitucionalidad del delito de aborto a la luz de los fines de la pena<sup>1</sup>

*The unconstitutionality of the abortion in light of the sentencing purposes*

Fecha de recepción: 17/01/2021. Fecha de aceptación: 13/09/2021.

DOI: 10.17230/nfp17.97.5

JUAN CAMILO BOADA ACOSTA<sup>2</sup>

### Resumen

Este texto consiste en un análisis sobre la constitucionalidad del delito de aborto a la luz de los fines de la pena en el ordenamiento jurídico colombiano. Esto teniendo en cuenta los límites establecidos por la Corte Constitucional frente a la libertad de configuración

- 
- 1 Este artículo contiene los principales argumentos expuestos ante la Corte Constitucional colombiana en la intervención ciudadana presentada en el trámite del Expediente D-13956 de 2020, en el cual se analizó la constitucionalidad del delito de aborto. Dicha intervención está disponible en el siguiente enlace: [https://www.academia.edu/44492398/Intervenci%C3%B3n\\_ciudadana\\_Art\\_122\\_aborto\\_Expediente\\_D\\_13956](https://www.academia.edu/44492398/Intervenci%C3%B3n_ciudadana_Art_122_aborto_Expediente_D_13956). Igualmente, dichos planteamientos recogen una parte de las conclusiones de la investigación que derivó en la monografía de grado para optar por el título de Maestro en Derecho de la Universidad de los Andes, titulada "Los fines de la pena en el Estado Social y Democrático de Derecho: el adiós a la pena natural".
  - 2 Abogado de la Universidad de los Andes y Maestro en Derecho de la misma universidad. Actualmente ejerce como litigante y consultor en materia penal y de extinción de dominio. Trabajó en la Sala de Amnistía o Indulto de la Jurisdicción Especial para la Paz durante un año. Es miembro del Comité Editorial de UNA Revista de Derecho de la Universidad de los Andes. Correo: jc.boada10@uniandes.edu.co.

legislativa en materia penal, en especial los principios de necesidad y proporcionalidad. Asimismo, se explican los fines de la pena, pues a partir de ellos se realiza el análisis de los mencionados principios. Finalmente, se aplican dichos principios frente al delito de aborto y se concluye que dicho delito resulta inconstitucional por no superar el test de proporcionalidad.

## Abstract

This text analyses the constitutionality of the crime of abortion considering the objectives of punishment in the Colombian legal system. This is done considering the limits established by the Constitutional Court regarding the freedom of legislative configuration in criminal matters, especially the principles of necessity and proportionality. The objectives of punishment are also explained since the analysis of the principles are based on them. Finally, the crime of abortion is analyzed under these principles, and it is concluded that this crime is unconstitutional because it doesn't pass the proportionality test.

## Palabras clave

Aborto, constitucionalidad, dignidad humana, fines de la pena, necesidad, proporcionalidad.

## Keywords

Abortion, constitutionality, human dignity, purposes of punishment, necessity, proportionality.

## Sumario

**1.** Introducción. **2.** Libertad de configuración legislativa en materia penal. **3.** Los fines de la pena. **4.** El delito de aborto. **5.** La inconstitucionalidad del delito de aborto. **6.** Conclusiones. Bibliografía.

### 1. Introducción.

El delito de aborto ha sido objeto de recientes demandas de constitucionalidad y, en consecuencia, recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional. A pesar de que a la fecha en que se escribe este artículo no se ha proferido decisión por parte de dicho tribunal con respecto a los expedientes D-13956 y D-13856, ambos de 2020, la discusión sigue y seguirá abierta. Las dificultades para analizar la penalización de dicha conducta se basan en la

compleja ponderación de bienes jurídicos objeto de protección en juego. Por eso, en dicho contexto, este artículo busca analizar la constitucionalidad de la penalización del aborto en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho. En particular, se plantea un análisis a partir de la vasta jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de límites a la configuración legislativa en materia penal. Estos, como se verá, imponen la necesidad de mirar la proporcionalidad de dicha afectación de derechos a la luz de los fines de la pena.

En este sentido, el texto seguirá la siguiente estructura. Luego de esta introducción, se expondrá la jurisprudencia más relevante de la Corte Constitucional con respecto a la libertad de configuración legislativa en materia penal. Expuesto lo anterior, se hará un corto repaso de los fines de la pena, tanto en la doctrina como en el ordenamiento jurídico colombiano. Posteriormente, se presentará una breve mirada al delito de aborto, explicando las situaciones que hoy son objeto de reproche penal. Después, se analizarán los fines anteriormente explicados frente al delito de aborto a partir de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Finalmente se expondrán las conclusiones del artículo.

## 2. Libertad de configuración legislativa en materia penal.

La pena de prisión es la sanción más grave que puede aplicar el Estado a sus ciudadanos. Se trata de “la restricción al mínimo de la libertad ambulatoria del penado, mediante su internamiento en un centro penitenciario, donde está sometido al régimen penitenciario”<sup>3</sup>. Siendo así, la pena afecta el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad de la locomoción, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar o el derecho de propiedad, entre muchos otros<sup>4</sup>. En consecuencia, al involucrar afectaciones a diversos derechos fundamentales, se ha dado un proceso de constitucionalización del derecho penal,

---

3 GLORIA PATRICIA LOPERA MESA. *Principio de Proporcionalidad y la Ley Penal*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2006, p. 300-301. Citado en Corte Constitucional. Sentencia C-185 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En el mismo sentido, ver: LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés (Madrid: Editorial Trotta, 1995), p. 420; y Corte Constitucional. Sentencia T-218 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

4 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-185 de 2011. M.P. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

reconocido tanto por la jurisprudencia<sup>5</sup> como por la doctrina<sup>6</sup>. Ello, debido a que "la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance"<sup>7</sup>.

Con base en lo anterior, al ser tan grave la afectación de derechos fundamentales que implica la pena de prisión, la jurisprudencia constitucional ha establecido unos límites muy claros para el legislador a la hora de crear delitos. Así, la Corte Constitucional ha señalado que las facultades constitucionales del legislador para delinear la política criminal se derivan de la Constitución, y específicamente de los artículos 114 y 150. Sin embargo, ha señalado que no implican una discrecionalidad absoluta<sup>8</sup>. Los límites frente a esta materia son una serie de principios que fueron sintetizados en la Sentencia C-365 de 2012<sup>9</sup>. Entre estos, vale destacar los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad<sup>10</sup>. A partir de ellos ha dicho que la

---

5 Cfr., entre otras, Corte Constitucional. Sentencias C-936 de 2010. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva; C-645 de 2012. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla; C-880 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y C-042 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

6 Cfr. GUSTAVO EMILIO COTE-BARCO, "Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena", en *Universitas* No. 116 (2008); p. 223. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/825/82515355005.pdf>, p. 223; ESIQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA, *Derecho penal constitucional*. (Bogotá: Universidad Externado, 2014), p. 29 y ss; José Fernando Reyes Cuartas, "Principios orientadores de la imposición de las sanciones penales en el Nuevo Código Penal Colombiano", en: REVISTA INTERNACIONAL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO, No. 2 (2003); p. 2 y ss. Disponible en: [http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rpenal&document=rpenal\\_7680752a8028404ce0430a010151404c](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rpenal&document=rpenal_7680752a8028404ce0430a010151404c); JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ, "El derecho penal del Estado constitucional de derecho", en: *Comentarios a los códigos penal y de procedimiento penal*, Comp. Claudia López Díaz, p. 30 (Bogotá: Universidad Externado, 2002); DIANA PATRICIA ARIAS HOLGUÍN, "Proporcionalidad, pena y principio de legalidad", *Revista de Derecho*. No. 38 (2012), p. 152. Una mirada crítica al rol de la Corte Constitucional en este proceso, véase: Alfonso Cadavid Quintero, "Constitución y teoría del delito", en *Derecho Penal y Constitución*, Comp. Fernando Velásquez Velásquez y Renato Vargas Lozano, p. 203-223 (Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2014).

7 Corte Constitucional. Sentencia C-042 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-718 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; C-936 de 2010. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia C-238 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería; Sentencia C-077 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería.

8 Véase Corte Constitucional. Sentencia C-742 de 2012. MP: María Victoria Calle Correa; Sentencia C-1404 de 2000. MP: Carlos Gaviria Diaz y Álvaro Tafur Galvis.

9 M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Los principios agrupados en la consideración 3.3 de dicha providencia fueron: necesidad de la intervención penal, exclusiva protección de bienes jurídicos, legalidad, culpabilidad, racionabilidad y proporcionalidad en materia penal y "bloque de constitucionalidad y a otras normas constitucionales".

10 Es relevante tener en cuenta que estos tres principios fueron incluidos como norma rectora en el Código Penal del 2000 en su artículo 3º: "Artículo 3o. Principios de las sanciones penales. La

amenaza penal únicamente debe operar “cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena, es decir, causar más problemas de los que resuelve”<sup>11</sup>. Igualmente, ha afirmado que “la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión (...)”<sup>12</sup>.

En cuanto a los principios de necesidad y proporcionalidad como límites de la configuración legislativa en materia penal ha afirmado:

En efecto, en el marco del Estado social de derecho la pena, como instrumento adecuado para servir a los fines de prevención, retribución y resocialización, debe ser necesaria, útil y proporcionada; esto significa que si los mismos fines pueden lograrse por otros medios sancionatorios, debe preferirse el menos severo (pues el más restrictivo dejaría de ser necesario y útil), en aras de garantizar la dignidad del condenado.<sup>13</sup>

Igualmente, frente al principio de idoneidad, que según algún sector de la doctrina se encuentra positivizado en el Código Penal como razonabilidad<sup>14</sup>, ha dicho

---

imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.” En: Congreso de la República de Colombia. Ley 599 de 2000. “Por la cual se expide el Código Penal”. Diario Oficial No. 44.097.

- 11 Corte Constitucional. Sentencia C-108 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; y Sentencia C-226 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis. En una línea similar: en Sentencia C-581 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería: “La restricción del derecho a la libertad debe estar entonces, plenamente justificada en el cumplimiento de fines necesarios para la protección de derechos o bienes constitucionales y, además, ser notoriamente útil y manifiestamente indispensable para el logro de tales objetivos”.
- 12 Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y Sentencia C-290 de 2019. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- 13 Corte Constitucional. Sentencia C-679 de 1998. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Reiterada en: Sentencia T-635 de 2008. M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo; y Sentencia C-694 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos. En el mismo sentido, en la ya mencionada Sentencia C-365 de 2012 afirmó: “la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. La jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad.” Postura presente en: Sentencias C-636 de 2009 M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo; C-742 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa y C-387 de 2014 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- 14 FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (compilador). *Código Penal Colombiano anotado y concordado*. Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch, 2020, p. 33: “En primer lugar, la sanción debe ser idónea para alcanzar el fin perseguido y debe conformarse con ese fin (adecuación al fin, razonabilidad e idoneidad), pues acorde

que todos los poderes públicos deben respetarlo al momento de crear normas que restringen derechos fundamentales. Especialmente, ha llamado la atención en la importancia del principio de idoneidad en temas penales pues "los tipos penales deben ser considerados desde la perspectiva de su funcionalidad, esto es, desde el punto de vista de los fines que persiguen."<sup>15</sup> Por lo mismo, ha explicado que, para determinar que la tipificación de un delito resulta inconstitucional, el análisis de la Corte pasa, entre otros, por la idoneidad de mecanismos "extrapenales"<sup>16</sup>.

En ese orden de ideas, es claro que la Corte Constitucional ha establecido que los principios de necesidad, proporcionalidad e idoneidad, como subprincipios del de proporcionalidad, deben respetarse cuando el legislador crea tipos penales. No solo por la jurisprudencia recién citada, sino porque, adicionalmente, el mismo legislador los incluyó como norma rectora en el artículo 3º del Código Penal. Según aparece en la exposición de motivos del actual Código Penal, así lo hizo pues se quiso positivizar lo expuesto por la Corte Constitucional en materia de penas y medidas de seguridad<sup>17</sup>. En ese orden de ideas, a continuación, se expondrá la línea jurisprudencial en materia

---

con los múltiples cometidos asignados a la pena, esta ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada para prevenir la comisión de delitos, proteger la sociedad y resocializar al delincuente (...) el castigo, pues, debe ser un medio idóneo, razonable, para tutelar el bien jurídico. A esto, pues, apunta la idea de "razonabilidad" mencionada en el texto".

- 15 Corte Constitucional. Sentencia C-205 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; y Sentencia C-491 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Igualmente, en el análisis del antiguo párrafo del delito de aborto en extraordinarias condiciones de anormalidad, afirmó lo siguiente: "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.". En: Sentencia C-647 de 2001. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.
- 16 Véase el muy interesante repaso que se hace al respecto en la Sentencia C-233 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Entre las providencias que trae a colación en este punto están: Sentencia C-542 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía; Sentencia C-897 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-355 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia C-55 de 2009. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; y C-107 de 2018. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- 17 "Los artículos 3º, 4º y 5º desarrollan los postulados de la doctrina constitucional expuesta por la rectora de la jurisprudencia colombiana en materia de sanciones penales. Se pretende consignar en tales disposiciones lo expresado por la Corte Constitucional en las sentencias C-565 de 1993, C-261 y C-430 de 1996, C-144, C-157, C-237, C-285 y C-327 de 1997 en materia de penas y T-401 de 1992 y C-179 de 1993 con relación a las medidas de seguridad". En: Gaceta del Congreso No. 189 del 6 de agosto de 1998. Aparece disponible en JAIRO LÓPEZ MORALES, *Antecedentes del nuevo Código Penal* (Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2000), p. 15.

de fines de la pena en nuestro ordenamiento jurídico. Ello, pues a partir del fin que se persigue con la tipificación del delito es posible determinar si esta supera el test de proporcionalidad, y en esa medida resulta constitucional o no<sup>18</sup>.

### 3. Los fines de la pena.

#### 3.1. Las tradicionales teorías de la pena<sup>19</sup>.

Son tres las principales corrientes que han buscado justificar la imposición de la pena: las teorías absolutas, las teorías relativas y las teorías unificadoras.

Para las teorías absolutas o retributivas<sup>20</sup>, la pena no está orientada a un fin concreto, pues no se consideran las consecuencias que implica la imposición de esta, sino que se les asigna un sentido<sup>21</sup>. De este modo, “desvinculan la teoría

18 Así lo dejó claro la Corte Constitucional en la Sentencia C-205 de 2003 anteriormente citada. En esa oportunidad declaró inexecutable el artículo 1º de la Ley 738 de 2002, que creaba el siguiente delito: “Artículo 447A. Quien comercie con autopartes usadas de vehículos automotores y no demuestre su procedencia lícita, incurrirá en la misma pena del artículo anterior.” En una línea similar, en Sentencia C-939 de 2002 declaró inconstitucional el Decreto 1900 de 2002 proferido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Conmoción Interior que previamente había declarado el 11 de agosto del mismo año mediante Decreto 1837. En ese entonces declaró inexecutable el Decreto, entre otras razones, porque la modificación de las penas allí introducidas resultaban inútiles para el fin perseguido: “La falta de eficacia y de idoneidad se deriva del hecho de que en virtud del principio de favorabilidad, se habrá de aplicar la ley penal más favorable, lo que implica que una vez levantado el estado de conmoción interior, únicamente se podría imponer la pena ordinaria o, si se ha condenado a la persona, se le reducirá la pena en la misma proporción.” En el mismo sentido, ver nota al pie 16.

19 Sobre este tema, entre otros: LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés (Madrid: Editorial Trotta, 1995), capítulo 5; CLAUS ROXIN. “Sentido y límites de la pena estatal”, en: *Problemas básicos del derecho penal*, Claus Roxin, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, (Madrid: Editorial Reus, 1976), 11-36; ABRAHAM CASTRO MORENO. *El por qué y el para qué de las penas (Análisis crítico sobre los fines de la pena)* (Madrid: Editorial Dykinson, 2008); y BERNARDO FEJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*, (Buenos Aires: Editorial B de F, 2014). Igualmente, vale precisar que las principales consideraciones expuestas en este apartado fueron presentadas en su momento en BOADA ACOSTA, JUAN CAMILO. “La pena natural en el ordenamiento jurídico colombiano. Comentarios a la sentencia del 6 de agosto de 2019 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Radicado 52750. M.P. Eyder Patiño Cabrera”. En: *Nuevo Foro Penal*. Vol. 15 Núm. 93: 265 y siguientes. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6170>.

20 Es importante aclarar que hay autores que mencionan, además de las teorías retributivas, las teorías de la expiación como teorías absolutas. Al respecto: HEIKO H. LESCH, *La función de la pena*, trad. Javier Sánchez Vera (Bogotá: Universidad Externado, 2000), 18-19.

21 FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, 3ra Ed., (Bogotá: Editorial Tirant Lo Blanch, 2020), 156.

de sus efectos o consecuencias sociales y buscan una justificación de la pena exclusivamente vinculada al hecho cometido"<sup>22</sup>. Se les llama absolutas pues se considera "la pena como fin en sí mismo, es decir, como "castigo", "compensación", "reacción", "reparación" o "retribución" del delito, justificada por su valor axiológico intrínseco"<sup>23</sup>. No tienen entonces un interés de cara al futuro sino únicamente relacionado con el pasado. Su origen se encuentra en las teorías de la retribución moral de Kant<sup>24</sup> y jurídica de Hegel<sup>25</sup>. A estas teorías se les critica por el hecho de que, al no plantear una finalidad perseguida por la pena, sino que esta última es el fin en sí mismo, no se preguntan por cuestiones como la necesidad, y en ese sentido no pueden responder a la pregunta sobre cuándo renunciar a la pena<sup>26</sup>.

De otro lado, las teorías relativas sí relacionan la pena con finalidades: prevenir delitos, proteger a los ciudadanos<sup>27</sup> y, en palabras de Ferrajoli, prevenir injustos castigos<sup>28</sup>. Ello se hace a partir de dos maneras: la prevención especial y la prevención general, las cuales pueden operar, cada una, de manera positiva o negativa. La prevención especial busca prevenir delitos por parte del autor del delito de tres maneras: "**asegurando** a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de estos; **intimidando** al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos; y preservándole de la reincidencia mediante su **corrección**"<sup>29</sup>. La prevención general se dirige a la comunidad, ya sea intimidando o coaccionando a potenciales delincuentes (prevención general negativa)<sup>30</sup> o reforzando la confianza

---

22 FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 27.

23 FERRAJOLI. *Derecho y razón*, 253.

24 IMMANUEL KANT, *La metafísica de las costumbres*, 4ta ed., trad. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, (Madrid: Editorial Tecnos, 2008), 453.

25 G.W.F. HEGEL, *Filosofía del Derecho*, 5ta ed., trad. Angélica Mendoza de Montero. (Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968), 107.

26 FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 65.

27 *Ibid.*, 71. Desde el abolicionismo se critican fuertemente estas teorías. Al respecto, ver: NILS CHRISTIE, "Las imágenes del hombre en el derecho penal", en *Abolicionismo penal*. AA. VV, trad. Mariano Alberto Ciarfardini y Mirta Lilián Bondanza (Buenos Aires: Ediar, 1989), 131 y ss.

28 FERRAJOLI. *Derecho y razón*, 332.

29 CLAUS ROXIN, *Derecho Penal Parte General. Tomo I*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (Madrid: Civitas, 2014), 86. En cuanto a esta teoría, ver: FRANZ VON LISZT, *La idea de fin en el derecho penal*, trad. Enrique Aimone Gibson (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994), 111 y ss.

30 FEIJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 72.

en el derecho, demostrando su inviolabilidad (prevención general positiva)<sup>31</sup>. A estas teorías se les critica, de un lado, por instrumentalizar al ser humano, y, de otro, porque su efectividad para prevenir delitos es indemostrable y bastante cuestionable<sup>32</sup>.

Finalmente, se encuentran las teorías unificadoras, que buscan dar respuesta a los puntos débiles mencionados de las teorías recién explicadas<sup>33</sup>. Así, se integran algunos elementos de cada una de las anteriores teorías. Una es la teoría aditiva y la otra es la dialéctica<sup>34</sup>. La primera se centra en la justicia, y con base en el marco que esta establece se pueden tener en cuenta consideraciones preventivas<sup>35</sup>. La segunda —que tiene acogida mayoritaria en la doctrina<sup>36</sup>— considera principalmente razones preventivas que se ven limitadas por la culpabilidad como reflejo de la retribución. Esta última corriente es la más destacada, y consiste en que, dependiendo del momento que se analice, la pena busca una finalidad distinta: preventivo general negativa en la tipificación, preventivo general positiva y retributiva en la imposición y preventivo especial en la ejecución de la pena<sup>37</sup>.

Las dos corrientes de las teorías unificadoras son criticadas. De un lado, por intentar unir concepciones esencialmente contradictorias. Así, se afirma que no pueden obtenerse las virtudes de cada una pues esto puede generar antinomias<sup>38</sup>. De otro lado, se le critica que la culpabilidad limite la imposición de la pena pero que, a pesar de eso, se niegue que la está fundamentando<sup>39</sup>.

---

31 ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, 91.

32 CASTRO MORENO, *El por qué y el para qué de las penas*, 46 y siguientes; y ROXIN, “Sentido y límites”, 18-19.

33 FEJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 215.

34 ROXIN, “Sentido y límites”, 20 y ss.

35 CASTRO MORENO, *El por qué y el para qué de las penas*, 116-117.

36 Al respecto, véase el listado de autores que presenta CASTRO MORENO, en *Ibid.*, 114, nota al pie 357.

37 *Ibid.*, 117-118. Véase igualmente: ROXIN, “Sentido y límites”.

38 CASTRO MORENO, *El por qué y el para qué de las penas*, 119; EDUARDO DEMETRIO CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena. 2da ed.* (Buenos Aires: Editorial B de F, 2016), 70 y ss; SANTIAGO MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho* (Barcelona: Editorial Ariel, 1994), 129 y ss; DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, “Antinomias penales y medición de la pena”, en *Política criminal y reforma del Derecho Penal*, AA.VV. (Bogotá: Editorial Temis, 1982); RICARDO MOLINA LÓPEZ, *La conformidad en el proceso penal: Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana*, (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2012), 110, y EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA Y ALEJANDRO SLOKAR, *Manual de Derecho Penal Parte General. 2da ed.*, (Buenos Aires: Ediar, 2006), 39.

39 CASTRO MORENO, *El por qué y el para qué de las penas*, 120; y FEJOO SÁNCHEZ, *La pena como institución jurídica*, 225.

### 3.2. Los fines de la pena en el ordenamiento jurídico colombiano.

Teniendo en cuenta la anterior explicación sobre los fines de la pena, es posible analizar el artículo 4º del Código Penal, el cual enuncia los fines de la pena y su sentido retributivo, aunque equivocadamente hable de funciones<sup>40</sup>:

Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.<sup>41</sup>

Al respecto se han pronunciado tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia. Por tal razón, a continuación se exponen los desarrollos jurisprudenciales de ambos tribunales sobre esta materia.

La Corte Constitucional ha sido clara en afirmar que el Derecho Penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos. Ello derivado, entre otros, del artículo 2º de la Constitución que considera como fin del Estado la protección de las personas<sup>42</sup>. Dicha protección se busca a partir del poder preventivo a la pena, para lo cual se ha establecido como medio. Así, en la sentencia C-565 de 1993 se dijo que la fórmula de Estado Social y Democrático de Derecho conlleva que la pena tenga finalidades eminentemente preventivas. Lo anterior, pues el carácter "social" implica una regulación activa de la vida social "que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de bienes jurídicos"<sup>43</sup>. Esta postura ha estado vigente a lo largo de toda la existencia de este tribunal, pues se ha reiterado en múltiples providencias<sup>44</sup>. Igualmente, de manera reciente ha señalado que la dignidad humana

---

40 "[M]ientras [las funciones] se describen con base en la observación empírica, [los fines] corresponden a valoraciones, al deber ser y en consecuencia a deseos en forma de prescripciones normativas". En: Mauricio Martínez. "El régimen punitivo en la reforma penal en curso. Cambiar algo para que todo siga igual", en: *La pena: garantismo y democracia: A propósito de la reforma penal en curso*, comp. Mauricio Martínez. (Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999), p. 102. En el mismo sentido: RICARDO POSADA MAYA Y LIGIA VARGAS MENDOZA, "¿Es necesario un rediseño político criminal del sistema punitivo colombiano?", en: *Estudios penales en homenaje a Mario Salazar Marín*, coord. Diego Araque Moreno, (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2020), p. 28

41 Congreso de la República de Colombia. Ley 599 de 2000. "Por la cual se expide el Código Penal". Diario Oficial No. 44.097.

42 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa y T-718 de 2015. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

43 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993. M.P.: Hernando Herrera Vergara; Sentencia T-718 de 2015. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

44 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-549 de 1994. M.P.: Carlos Gaviria Díaz; C-070 de 1996. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-285 de 1997. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

es el eje definitorio de la Constitución, y que, en ese sentido, para que el derecho penal sea compatible con dicho principio, su uso debe ser ponderado y debe estar dirigido a proteger derechos y libertades<sup>45</sup>.

Ahora bien, el enfoque preventivo ha tenido diversas orientaciones, pues en ocasiones ha dicho que la pena apunta a la prevención general<sup>46</sup> y en otras a la prevención especial, como se pasa a explicar. Dicho tribunal ha sido muy claro en señalar que durante la ejecución de la pena se debe priorizar el fin resocializador de la pena (prevención especial positiva). Por ejemplo, en la sentencia T-218 de 1994<sup>47</sup> empezó a desarrollar la importancia de la resocialización del delincuente, basado en que esta busca que el condenado regrese a la vida social una vez cumplido su castigo. Dicha idea se reiteró en sentencia C-549 de 1994<sup>48</sup>, en la que se complementó la importancia de la resocialización con base en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>49</sup> y la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>50</sup>. En la misma

---

45 Corte Constitucional. Sentencia C-093 de 2021. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y José Fernando Reyes Cuartas. En esa oportunidad señaló: “Como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, el ejercicio de la competencia para definir los delitos y las penas debe orientarse a que “la respuesta penal no sea un recurso contingente que el poder político utiliza a discreción, sin debate” (Sentencia C-559 de 1999) y, por tanto, el recurso a esta exige, por regla general, que antes de acudir a ella, se recurra “a otros controles menos gravosos existentes” (Sentencia C-742 de 2012), “igualmente idóneos, y menos restrictivos de la libertad” (Sentencia C-070 de 1996). Es por estas razones que la dignidad humana (cfr., en particular, la Sentencia C-407 de 2020) y los demás valores, principios y derechos fundamentales no solo son límites sustantivos al ius puniendi, sino que constituyen un parámetro teleológico de racionalización de su ejercicio (cfr., al respecto, lo señalado en la Sentencia C-468 de 2009), del cual se sigue que el derecho penal no puede tonarse en el mecanismo prima ratio de la política criminal, si se tiene en cuenta que en el Estado social de Derecho “sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento” (Sentencia C-070 de 1996). Así las cosas, dado que “los tipos penales son comportamientos humanos, que se erigen en delitos [...] (mandato de determinación)” (Sentencia C-407 de 2020), establecer que una conducta sea susceptible de sanción penal y, por tanto, deba ser reprimida mediante la limitación de la libertad no puede ser sino la excepción, que no la regla. Solo de esta manera el ejercicio del poder punitivo es compatible con la dignidad humana, que exige comprender que cada persona “es un fin en sí mismo y no puede ser considerado un medio en relación con fines ajenos a él” (Sentencia C-542 de 1993).”

46 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 1998. M.P.: Fabio Morón Díaz.

47 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-218 de 1994. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

48 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-549 de 1994. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

49 Numeral 3o. del artículo 10: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...”. En: Organización de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

50 Numeral 6o. del artículo 5: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la

línea, en la sentencia C-261 de 1996<sup>51</sup> se reiteró lo anterior y afirmó que, en virtud de la dignidad humana, la resocialización debe respetar el libre desarrollo de la personalidad.

Ahora, a pesar de priorizar la finalidad resocializadora, ese tribunal ha dicho que en la fase de ejecución la prevención general también es importante<sup>52</sup>. Así, ha dicho que ambas finalidades coexisten pues la pena tiene una doble finalidad: preventivo general y preventivo especial<sup>53</sup>. No obstante, la línea ha sido constante en decir que la finalidad principal en la ejecución de la pena es la resocializadora<sup>54</sup>. Frente a este último punto se ha pronunciado recientemente y en sede de control de constitucionalidad. Así, en la decisión que declaró inexecutable la pena de prisión perpetua revisable, señaló que “[c]on fundamento en este eje definitorio [la dignidad humana] se estableció que el derecho a la resocialización de la persona condenada es el fin primordial de la pena privativa de la libertad intramural.”<sup>55</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, siguiendo la línea de la Corte Constitucional<sup>56</sup>, ha dicho que la pena debe ser necesaria, útil y proporcionada de cara a las finalidades preventivas<sup>57</sup>. Así, ha tenido en cuenta la prevención general.

---

reforma y la readaptación social de los condenados”. En: Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 noviembre 1969.

- 51 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-261 de 1996. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- 52 Incluso ha llegado a decir que son igual de importantes: Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 1998. M.P.: Fabio Morón Díaz.
- 53 Corte Constitucional. Sentencia C-407 de 2020. M.P. José Fernando Reyes Cuartas. “Específicamente, el artículo 28 constitucional prohíbe, la imposición “de penas y medidas de seguridad imprescriptibles”; prohibición que tiene por objeto eliminar las penas y medidas de seguridad que no tengan un término final. Es un mandato constitucional que erradica cualquier posibilidad de penas y medidas de seguridad que no cesen en el tiempo. Esta idea es un corolario de la dignidad de la persona. Y de allí deriva el adjudicar fines al castigo penal, no situados en el cuerpo y en el alma del penado, sino más bien con la finalidad de noticiar a los terceros de que el comportamiento penalizado no puede ser un prototipo –prevención general positiva—y que, en todo caso, la pena aspira a realizar fines democráticos en el penado –interiorizar en la persona la importancia de los principios y valores que rigen en una sociedad—para que en el futuro pueda llevar una vida sin delitos (prevención especial).”
- 54 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-430 de 1996. M.P.: Carlos Gaviria Díaz; C-144 de 1997. M.P.: Alejandro Martínez Caballero; C-679 de 1998. M.P.: Carlos Gaviria Díaz; C-757 de 2014. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado; C-233 de 2016. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva; T-640 de 2017. M.P.: Antonio José Lizarazo Ocampo; Sentencia T-100 de 2018. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- 55 Corte Constitucional. Comunicado de prensa 33 del 2 de septiembre de 2021 con respecto a la Sentencia C-294 de 2021.
- 56 Corte Constitucional. Sentencia C-647 de 2001. M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.
- 57 Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal Sentencia del 27 de febrero de 2013. Rad.

En reiteradas oportunidades, tras la comisión de delitos que atentan contra la administración pública o que resultan bastante importantes para la comunidad — como los falsos positivos<sup>58</sup>— la Corte Suprema ha considerado que no es procedente la prisión domiciliaria ni la suspensión condicional de la pena<sup>59</sup>. Lo anterior, pues estas medidas dejarían “en la comunidad afectada un sabor amargo de desequilibrio en la aplicación del Derecho, una sensación de apertura a la impunidad, que de pronto estimularía a otros, en medio del desconcierto, a seguir el mal ejemplo”<sup>60</sup>. Adicionalmente, consideró en su momento que, en virtud del fracaso de las teorías preventivo especiales, durante la ejecución se debe mirar principalmente la prevención general<sup>61</sup>.

Por otro lado, también ha explicado que la pena busca resocializar en la fase de ejecución. Esta importancia de la finalidad resocializadora, al igual que la Corte Constitucional, la ha fundamentado en la dignidad humana como eje definitorio de nuestro ordenamiento. Así, ha dicho que la pena “no ha sido pensada únicamente para lograr que la sociedad y la víctima castiguen al condenado”, sino que

33.254. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez; Sentencia del 24 de febrero de 2016. Rad. 41.712. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.

- 58 Esta expresión tiene diferentes definiciones, pero una muy precisa es la siguiente de la Corte Constitucional: “la ejecución extrajudicial de civiles para ser presentados como insurgentes pertenecientes a grupos armados al margen de la ley y que en el caso colombiano se han caracterizado por dos aspectos recurrentes. De una parte, que las víctimas son personas jóvenes pertenecientes a sectores sociales vulnerables y, de otra, la constante alteración de la escena del crimen con el propósito de dar visos de legalidad a las ejecuciones; por ejemplo, vistiendo con prendas militares los cadáveres de las víctimas o mediante la alteración de la escena del crimen ubicando armas de uso privativo de la fuerza pública. Es decir, que los llamados “falsos positivos” son una especie de las ejecuciones extrajudiciales.”. En Sentencia T-535 de 2015. M. P. Alberto Rojas Ríos.
- 59 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal Auto del 23 de octubre de 2000. Rad. 16.997. M.P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego, p. 9; Sentencia del 18 de septiembre de 2001. Rad. 15.610. M.P.: Fernando E. Arboleda Ripoll; Sentencia del 28 de noviembre de 2001. Rad. 18.285. M.P., p. 4; Carlos E. Mejía Escobar; Sentencia del 29 de agosto de 2002. Rad. 16.519. M.P.: Carlos Augusto Gálvez Argote, p. 69; Sentencia del 30 de marzo de 2006. Rad. 23.972. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas, p. 41; Sentencia del 1 de agosto de 2007. Rad. 25.801. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca, p. 53; Sentencia del 12 de marzo de 2014. Rad. 42.623. M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández, p. 35-36; Sentencia del 29 de mayo de 2019. Rad. 46.900. M.P.: Eyder Patiño Cabrera.
- 60 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 23 de octubre de 2000. Rad. 16.997. M.P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego. Reiterado en: Sentencia del 28 de noviembre de 2001. Rad. 18.285. M.P.: Carlos E. Mejía Escobar.
- 61 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de septiembre de 2001. Rad. 15.610. M.P.: Fernando E. Arboleda Ripoll, p. 5 y siguientes.

responde a la resocialización como garantía de la dignidad humana<sup>62</sup>. Es a partir de esa importancia de la resocialización que ha señalado que es posible conceder subrogados o sustitutos de la pena de prisión, como la prisión domiciliaria. Así, ha explicado que también a través dichas figuras es posible conseguir los fines de prevención especial y reinserción del condenado<sup>63</sup>.

En esa lógica, por ejemplo, ha señalado que con respecto al delito de inasistencia alimentaria la cárcel resulta contraproducente para el bien jurídico que se quiere proteger (la familia)<sup>64</sup>. Por ende, con miras a la resocialización y la prevención especial, la prisión domiciliaria resulta el medio idóneo frente a dicho delito. Igualmente, ha resaltado la importancia de dicha finalidad resocializadora, acudiendo, al igual que la Corte Constitucional, a instrumentos internacionales<sup>65</sup>. Además de citar el ya mencionado Pacto de Derechos Civiles y Políticos, acudió a las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no privativas de la Libertad (Reglas de Tokio)<sup>66</sup>, que promueve, precisamente, la aplicación de medidas alternativas a la privativa de la libertad.

Finalmente, la noción retributiva descrita en el artículo 4º del Código Penal también ha sido analizada. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que la retribución "resulta incompatible con los fines preventivos de la pena"<sup>67</sup>. Sin embargo, también ha señalado que puede servir para dar proporcionalidad a la pena<sup>68</sup>. Por su parte,

---

62 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de tutela 1 del 16 de marzo de 2021. Rad. 115.248. M.P. Eugenio Fernández Carlier. También en Sentencia de tutela 1 del 1 de diciembre de 2020. Rad. 113.758. M.P. Eugenio Fernández Carlier; y Sentencia de tutela 1 del 2 de febrero de 2021. Rad. 114.720. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

63 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de junio de 2019. Rad. 47.475. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa. Reiterada en sentencia del 3 de julio del mismo año 2019, Rad. 53.651, M.P. Patricia Salazar Cuéllar. En la misma línea: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de abril de 2015. Rad. 36.784. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero y Eugenio Fernández Carlier.

64 Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal. Sentencia del 3 de febrero de 2016. Rad. 46.647. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.

65 Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal. Sentencia del 3 de febrero de 2016. Rad. 46.647. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.

66 Organización de las Naciones Unidas. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

67 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de septiembre de 2001. Rad. 15.610. M.P.: Fernando E. Arboleda Ripoll.

68 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de noviembre de 2001. Rad. 18.285. M.P.: Carlos E. Mejía Escobar, p. 5; Sentencia del 27 de febrero de 2013. Rad. 33.254.

la Corte Constitucional se ha referido a ella en diferentes oportunidades. En la sentencia C-144 de 1997, sobre la aprobación de un tratado internacional orientado a la abolición de la pena de muerte se refirió a este punto. En esa ocasión se dijo que una visión retribucionista de la pena “equivale a la negación de la idea misma de los derechos humanos y del constitucionalismo, pues elimina todo límite al poder punitivo estatal”<sup>69</sup>. En la misma línea, también ha dicho que la retribución no es necesaria ni siquiera para dar proporcionalidad a la pena, pues la prevención es suficiente para ello<sup>70</sup>.

En resumen, en nuestro ordenamiento jurídico, la pena tiene finalidades eminentemente preventivas, lo cual se deriva principalmente del carácter Social y Democrático de Derecho de nuestro Estado y de la dignidad humana como eje definitorio del mismo. Igualmente, estas finalidades preventivas pueden tener carácter especial o general, aunque se privilegia la preventivo especial positiva, es decir resocializadora. La retribución, por su parte, no es una finalidad. Es un elemento que, bajo su mejor luz, le da proporcionalidad a la pena<sup>71</sup>.

#### 4. El delito de aborto.

El delito de aborto en Colombia se encuentra en el artículo 122 del Código Penal:

“Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.”<sup>72</sup>

---

M.P.: José Leonidas Bustos Martínez, p. 15.

69 Corte Constitucional. Sentencia C-144 de 1997. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

70 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-939 de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett. En una postura parecida que rechaza la retribución como fin, pero que sí la considera necesaria para relacionarla con el principio de culpabilidad y darle proporcionalidad a las penas: Sentencia T-267 de 2015. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

71 Al respecto de este punto en la doctrina local, Molina López afirma: “Por razones tan sencillas como la pluralidad de visiones del mundo que han de tener cabida dentro de esta forma de organización política no es fácil entender cómo puede concebirse materialmente válida una norma que establece un sentido retributivo a la pena”. En: RICARDO MOLINA LÓPEZ, “El [Des]ordenamiento jurídico penal colombiano”, en *Derecho Penal Y Crítica Al Poder Punitivo Del Estado. Libro Homenaje Al Profesor Nodier Agudelo Betancur. Tomo 2*, coord. por Fernando Velásquez Velásquez, et.al., p. 1355 (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2013).

72 Congreso de la República de Colombia. Ley 599 de 2000. “Por la cual se expide el Código Penal”. Diario Oficial No. 44.097. Es importante aclarar que la pena que se transcribe aquí cuenta ya con el

Con respecto a dicho tipo penal no se profundizará en cuanto a las diferentes características de este<sup>73</sup>. Simplemente vale señalar lo siguiente. En primer lugar, que el bien jurídico que se busca proteger es la vida en gestación<sup>74</sup> o vida dependiente del feto<sup>75</sup>. Y, en segundo lugar, que la Corte Constitucional, en Sentencia C-355 de 2006, declaró condicionalmente exequible dicho artículo en el entendido de que la mujer que interrumpa voluntariamente su embarazo, así como el médico que realice esa interrupción, no incurrirán en el delito de aborto en los siguientes tres casos:

- (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico;
- (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y,
- (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.<sup>76</sup>

Al respecto, la misma Corte Constitucional ha desarrollado una amplia línea jurisprudencial en la que ha desarrollado los estándares que impone el mencionado

---

aumento de penas que trajo la Ley 890 de 2004.

- 73 Para ese propósito, pueden mirarse algunos de los conceptos técnicos rendidos ante la Corte Constitucional en los expedientes D-13255 de 2020 y D-13956 de 2020. En todo caso, se recomiendan, entre otros: RICARDO POSADA MAYA, *Delitos contra la vida y la integridad personal II, Delitos de homicidio, feminicidio, genocidio y otras infracciones*. 2da Edición. Bogotá: Ed. Uniandes-Ed. Ibáñez, 2019; FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Delitos contra la vida la Integridad Personal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013.
- 74 Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. M.P.: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. Igualmente, recuérdese que ya desde sus inicios, la Corte Constitucional había considerado que el Estado tenía interés en proteger al nasciturus, incluso desde la concepción. Cfr. Sentencia C-133 de 1994, M. P.: Antonio Barrera Carbonell.
- 75 En la exposición de motivos del actual Código Penal se dijo: "Se consagró un Capítulo especial que recoge todas aquellas conductas que pueden atentar contra el feto como ser que si bien tiene una vida dependiente de la madre, por sí misma comporta vida humana, tal como lo entendió la Corte Constitucional al determinar que a partir de la concepción existe vida; por ello se extendió en forma independiente la protección del bien jurídico al feto". En: Gaceta del Congreso No. 189 del 6 de agosto de 1998. Disponible en Jairo López Morales, *Antecedentes del nuevo Código Penal* (Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2000), p. 30.
- 76 En cuanto a la salud, es claro que se encuentra cobijada la salud mental de la mujer gestante. En la Sentencia C-355 de 2006 misma afirmó: "esta hipótesis no cobija exclusivamente la afectación de la salud física de la mujer gestante sino también aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental". Reiterada, entre otras, en: T-532 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y SU-096 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en tales casos. Dichos estándares se encuentran recogidos en la Sentencia SU-096 de 2018. Así, ha dicho que su práctica no tiene límite temporal alguno, por lo que puede realizarse en cualquier etapa del embarazo<sup>77</sup>. También ha resaltado que la decisión de la mujer de interrumpir el embarazo está cobijada por el secreto profesional<sup>78</sup>. Igualmente, ha señalado que el término para responder a la petición de la IVE es de cinco días, el cual “responde a la necesidad de realizar el procedimiento de forma urgente y segura”<sup>79</sup>. Además, ha dicho que la objeción de conciencia frente a la práctica de la interrupción del embarazo únicamente es predicable del personal que realiza la intervención, y no de personas jurídicas<sup>80</sup>.

Con base en lo anterior, puede decirse que en Colombia a la fecha actualmente rige un sistema, como lo conoce la doctrina, de indicaciones. En este, en principio la vida dependiente es el principal objeto de protección durante todo el embarazo. Sin embargo, en determinadas situaciones —“indicaciones”—, “el conflicto es más intenso y los intereses de la mujer prevalecen”<sup>81</sup>. En este orden de ideas, si bien en este

---

77 Corte Constitucional. Sentencia SU-096 de 2018, consideración 78. En el mismo sentido, cfr. Sentencia T-946 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-841 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-532 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-301 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo; y T-731 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

78 Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y Sentencia T-841 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

79 Corte Constitucional. Sentencia SU-096 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, consideración 76. En la nota al pie 220 de dicha consideración se explicó la razón de dicho término así: “Al respecto, cabe precisar que el término de cinco días para la realización de la IVE fue acogido por la Corte Constitucional en la sentencia T-209 de 2008, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 5 de la Resolución 4905 de 2006. Esta norma, que a su vez estaba sustentada en el Decreto 4444 de 2006, señalaba que *“La provisión de servicios de IVE debe realizarse en lo posible dentro de los primeros cinco días siguientes a la solicitud y previo el consentimiento informado por parte de la gestante y la presentación de la certificación médica o la copia de la denuncia penal, según el caso”*. Sin embargo, la misma fue objeto de *decaimiento administrativo* por cuenta de la nulidad del Decreto 4444 de 2006, dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 13 de marzo de 2013. Dicho plazo, así mismo, se encontraba previsto en la instrucción décima primera de la Circular 003 de la Superintendencia Nacional de Salud. Esta última instrucción, empero, también fue anulada por la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 13 de octubre de 2015. Pese a estas decisiones, la Sala Plena estima que el término de cinco días configura un parámetro apropiado de protección del derecho a la IVE, por lo que el mismo deberá seguir siendo aplicado por los operadores del servicio de seguridad social, hasta tanto se regule la materia.”

80 Corte Constitucional. Sentencia SU-096 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Igualmente, Sentencia T-388 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

81 Esta categoría se opone a la del sistema de plazos, en el que “Durante un tiempo (normalmente las doce primeras semanas de gestación), los intereses de la mujer que pueden verse afectados (salud,

momento cualquier supuesto que encaje en las tres situaciones despenalizadas por la Corte Constitucional no es objeto de persecución penal, cualquier otro escenario implica una eventual investigación penal y un posible juicio<sup>82</sup>. Es entonces sobre dichos supuestos en los que recaerá el análisis que se presenta a continuación.

## 5. La inconstitucionalidad del delito de aborto.

Con base en lo anteriormente expuesto, es posible analizar si la tipificación del delito de aborto es constitucional o no. Ello, de cara a aquellos supuestos que no encajan en las tres causales que la Corte Constitucional consideró justificadas para realizar la interrupción voluntaria del embarazo. Para ese efecto, aquí se presentarán los tres niveles de análisis de la proporcionalidad en sentido amplio: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>83</sup>. Lo anterior, teniendo en cuenta que dichos principios son los que sirven para analizar la constitucionalidad de una ley penal, tal como se expuso en anteriores apartados.

### a) Idoneidad.

En cuanto a este subprincipio, en la doctrina se tiende a distinguir entre la

---

libre desarrollo de la personalidad, intimidad, etc.) se consideran prevalentes por regla general frente a la vida prenatal, de manera que el aborto puede practicarse sin restricciones durante ese periodo". Las citas en el cuerpo del texto y en esta nota al pie se encuentran en: DAVID FELIP I SABORIT, "El aborto", en: *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Dir. Jesús-María Silva Sánchez, coord. Ramón Rague i Vallés (Barcelona: Atelier, 2006), p. 54; CLAUS ROXIN, "La protección de la vida humana mediante el derecho penal", en: *Dogmática y Ley Penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, Tomo II*, coord. Jacobo López Barja De Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar (Madrid: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y Marcial Pons, 2004), p. 1194; y PAOLA BERGALLO, "Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado", en: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Fascículo 7 (2010): p. 7. Disponible en: [https://www.academia.edu/11944946/Aborto\\_y\\_justicia\\_reproductiva\\_una\\_mirada\\_sobre\\_el\\_derecho\\_comparado\\_Revista\\_de\\_Derecho\\_Penal\\_y\\_Procesal\\_Penal\\_Abeledo\\_Perrot\\_Volume\\_7\\_July\\_2010\\_p\\_1139\\_1166](https://www.academia.edu/11944946/Aborto_y_justicia_reproductiva_una_mirada_sobre_el_derecho_comparado_Revista_de_Derecho_Penal_y_Procesal_Penal_Abeledo_Perrot_Volume_7_July_2010_p_1139_1166). Esta última autora propone otras categorías relacionadas con las dos que se mencionan en el cuerpo del texto.

82 No obstante, la Directiva 006 concluyó que aquellas situaciones que no encajaran en los mencionados supuestos debían intentar terminarse por medios alternativos como el principio de oportunidad. 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", p. 102 y siguientes.

83 El siguiente análisis se hace siguiendo lo planteado en: GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales", en: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, edit. Miguel Carbonell (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), p. 270 y siguientes.

idoneidad de la norma de conducta y la idoneidad de la norma de sanción<sup>84</sup>. El primero se refiere a que la conducta descrita en el tipo penal realmente puede afectar el bien jurídico que se busca proteger<sup>85</sup>. La segunda analiza la eficacia preventiva de la norma, en términos preventivo generales positivo y negativo, y en términos preventivo especiales con respecto a la resocialización<sup>86</sup>. En cuanto a la idoneidad de la norma de conducta no hay discusión sobre el hecho de que la conducta que se prohíbe -causar un aborto-, de ocurrir, efectivamente afectaría el bien jurídico tutelado -la vida dependiente-. No obstante, la idoneidad de la norma de sanción sí es cuestionable, como pasa a explicarse.

En términos de prevención general, la tipificación del delito de aborto parece no ser muy útil. Así lo resaltaron varias intervenciones en la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo del aborto del expediente D-13255 de 2020<sup>87</sup>. Como muestra de ello se puede hacer referencia a las cifras de noticias criminales por el delito de aborto<sup>88</sup>:

---

84 LOPERA MESA, “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, p. 275.

85 Ibid., p. 276.

86 Ibid., p. 277.

87 Así fue, por ejemplo, en los conceptos presentados bajo el expediente D-13255 de 2020 de la Corte Constitucional de: Isabel Cristina Jaramillo Sierra (p. 7-8), María Camila Correa Flórez (p. 8), Ricardo Posada Maya (p. 10-12) y Yesid Reyes Alvarado (p. 8). Esta y todas las demás intervenciones y conceptos se encuentran disponibles en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/actuacion.php?proceso=1&palabra=D0013255&mostrar=ver>

88 Las siguientes cifras fueron entregadas por la Fiscalía General de la Nación en un derecho de petición presentado por el suscrito. La respuesta tiene fecha del 28 de julio de 2020. Sin embargo, no se tuvo en cuenta la respuesta para los datos del año 2020, pues esta se pudo actualizar con base en lo que aparece en la sección *Datos abiertos de la Fiscalía General de la Nación Consulta y archivos descargables*, cuyos datos estaban actualizados al 17 de diciembre de 2020. Se aclara también que en dicho portal únicamente se registran datos sobre noticias criminales desde el 2010, razón por la cual se tuvo que acudir al derecho de petición para conocer los datos previos a ese año y posteriores a la entrada en vigencia del actual Código Penal.

<b>Año</b>	<b>Noticias criminales</b>
2000	314
2001	275
2002	300
2003	347
2004	349
2005	406
2006	434
2007	411
2008	448
2009	496
2010	400
2011	463
2012	433
2013	409
2014	379
2015	438
2016	400
2017	421
2018	429
2019	317
2020	229
<b>Total</b>	<b>8098</b>

Las cifras muestran que no hay una tendencia clara que evidencie que con el paso del tiempo se presenten menos abortos, lo cual da cuenta de la ineficacia de la prohibición<sup>89</sup>. Igualmente, esta cifra no refleja la "cifra negra" de casos que no

---

89 "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 graves" En: RICARDO POSADA MAYA, "Política Criminal y Derecho Penal: un mecanismo de última ratio frente a la terminación voluntaria de la gestación", *Nuevo Foro Penal* Vol. 16 Núm. 94 (2020): p. 24. <https://doi.org/10.17230/nfp16.94.1>. En el contexto argentino, por ejemplo, se ha resaltado: "La persecución penal en estos casos es absolutamente ineficaz. Este tipo penal dice proteger la vida, sin embargo, es inútil a tales fines: el resultado de la amenaza penal es que en Argentina se realizan entre 460.000 y 600.000 abortos por año y lo cierto es que ninguna mujer que

llegan a conocimiento de la Fiscalía, pues se estima que en Colombia se practican anualmente 400.400 abortos, de los cuales solamente 322 son practicados en instituciones de salud<sup>90</sup>.

Igualmente, la doctrina mayoritaria considera que ni la tipificación del delito ni la pena son idóneos para evitar abortos. Así, “una política de planificación familiar, asesoramiento y ayuda social y fiscal a la mujer, sirve más para la protección de la vida del feto que todas las prohibiciones penales juntas”<sup>91</sup>. En esa línea el Comité Asesor de Política Criminal en 2012 señaló que “es mejor, tanto para reducir los abortos como para proteger los derechos de las mujeres, adoptar una perspectiva de salud pública”<sup>92</sup>. Es claro entonces que “el restringir legalmente el aborto, no lo elimina sino más bien lleva su práctica a la clandestinidad y la hace insegura”<sup>93</sup>.

En ese sentido, partiendo del hecho de que la tipificación del delito no resulta efectiva para la prevención de los abortos, es claro que la creación de este delito no supera el análisis de idoneidad. En términos de prevención general el delito de aborto no sirve para prevenir dicha conducta. Independientemente de consideraciones morales, lo cierto es que dicha prohibición simplemente conlleva que su práctica

---

desea abortar se ve fácticamente impedida de hacerlo y un número extremadamente pequeño de abortos tienen alguna consecuencia penal (17).” En: CECILIA HOPP, “Política criminal sobre el aborto: la sexualidad femenina en debate”, *Revista Derecho Penal*, Año 1, N° 2 (2012): 141. Disponible en: [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120115-hopp-politica\\_criminal\\_sobre\\_aborto.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120115-hopp-politica_criminal_sobre_aborto.htm)

- 90 ELENA PRADA, SUSHEELA SINGH, LISA REMEZ, Cristina Villarreal, *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias* (Nueva York, Guttmacher Institute, 2011), p. 25.
- 91 FRANCISCO MUÑOZ CONDE Y MERCEDES GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal Parte General* 8ª ed. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), p. 81. Igualmente: “La conocida como propuesta minoritaria del Proyecto-Alternativo del cual fui coautor en 1970, propuso una solución de la indicación con generosas ayudas económicas ligadas a ayudas sociales y familiares que solucionarían los problemas y conflictos de la embarazada y que hubieran debido hacer decaer los deseos de ésta por abortar. (...) Quizás sería éste el mejor modelo para proteger la vida en desarrollo. ¿Pero, qué Estado otorga los medios económicos y materiales necesarios para la realización de un modelo así?” En: CLAU ROXIN, “La protección de la vida humana mediante el derecho penal”, p. 1196.
- 92 Comisión Asesora de Política Criminal. *Informe Final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Junio de 2012, p. 75.
- 93 ELENA PRADA, SUSHEELA SINGH, LISA REMEZ, CRISTINA VILLARREAL, *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias* (Nueva York, Guttmacher Institute, 2011), p. 25. En esa línea se expresa muy claramente Ferrajoli, quien afirma: “Pues la misma no equivale, por efecto de magia, a la prevención de los abortos, es decir, a la tutela de los embriones, sino al aborto ilegal y masivamente clandestino, o sea, su supresión en proporciones mayores y por tanto no inferiores a la que proviene del aborto legalizado, con el plus que supone el coste de sufrimientos y lesiones graves para la salud y para la dignidad de las mujeres, obligadas a elegir entre aborto clandestino y maternidad bajo coacción.” LUIGI FERRAJOLI, “La cuestión del embrión entre derecho y moral”, en: *Democracia y garantismo*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, (Madrid: Editorial Trotta, 2008), p. 161.

se realice de manera insegura y por esa vía se pongan en peligro ya no solo la vida dependiente del feto sino también la de la mujer. En esa medida, que una mujer sea privada de la libertad no resulta en un mensaje eficaz para la comunidad que permita evitar futuros abortos<sup>94</sup>. Y la sola tipificación tampoco resulta útil para dicho fin. En consecuencia, la norma penal que castiga el aborto resulta inconstitucional por no ser idónea para el fin perseguido<sup>95</sup>.

## b) Necesidad.

En cuanto al análisis de necesidad de pena en el delito de aborto, por muy contradictorio que parezca, hay supuestos claros en los que la finalidad perseguida –prevención del delito–, se consigue por sí misma con la práctica del aborto. En el entendido de que se trata de un supuesto que está por fuera de las mencionadas causales, es muy probable que la práctica del aborto sea insegura para la mujer.

---

94 Es posible incluso que, por lo menos la primera vez que sea condenada por ello, una mujer responsable del delito de aborto no vaya a prisión. Si la persona condenada no tiene antecedentes penales, y teniendo en cuenta que la pena del aborto oscila entre 16 y 54 meses, es bastante probable que la pena impuesta sea menor a 48 meses. En ese sentido, tendría derecho a la suspensión condicional de la pena del artículo 63 del Código Penal: "La ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia de primera, segunda o única instancia, se suspenderá por un período de dos (2) a cinco (5) años, de oficio o a petición del interesado, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años. 2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo. 3. Si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores, el juez podrá conceder la medida cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena." (Negrilla propia).

95 En este punto es oportuno tener en cuenta lo dicho por Gloria Patricia Lopera Mesa en cuanto a la perspectiva que debe tener el juez constitucional a la hora de analizar la constitucionalidad de una norma penal. Para dicha autora el análisis de las leyes penales debe hacerse desde una perspectiva que tenga en cuenta los conocimientos que se tienen en el momento en el que se analiza su constitucionalidad y no para el momento en el que se aprobó la ley. La justificación para ello, explica Lopera Mesa, es la siguiente: "La razón para adoptar en estos casos una perspectiva ex post la suministra la pretensión de efectividad de los derechos fundamentales, cuya fuerza vinculante sobre la ley no se contrae al momento de su aprobación sino que se prolonga durante todo el tiempo en que perdura su vigencia, imponiendo tanto al legislador como al juez constitucional el deber de velar para que la conformidad de la ley con los derechos fundamentales se mantenga a lo largo del tiempo. Para hacer efectivo tal deber de vigilancia, es preciso que el Tribunal Constitucional pueda tener en cuenta los resultados de las investigaciones sobre los efectos de la medida llevados a cabo en la fase post-legislativa y demás información necesaria para llegar a establecer eventuales discrepancias entre el pronóstico efectuado por el legislador y los efectos reales de su intervención." En: LOPERA MESA, "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales", p. 302.

Ello, pues seguramente tendrá que acudir a lugares clandestinos en los que las personas que realizan la intervención no están plenamente capacitadas para ello<sup>96</sup>. En consecuencia, se estima que un tercio de los abortos ilegales en Colombia sufren complicaciones que requieren tratamiento<sup>97</sup>.

Producto de dicha situación, es posible que una mujer presente afectaciones de distinto tipo. A falta de conocimientos por parte de la mujer o de la entrega de información por parte de las personas que lo practican, hay síntomas que, al no manejarse adecuadamente luego de un aborto inducido, pueden llevar a infecciones uterinas graves, fiebre, shock séptico o hemorragias graves<sup>98</sup>. El riesgo en este tipo de prácticas es tan común, que incluso hoy en día en Colombia 70 mujeres mueren anualmente y alrededor de 132.000 sufren complicaciones como las mencionadas<sup>99</sup>. Incluso, pueden sufrir complicaciones “por el tratamiento requerido para evitar la muerte, lo que a menudo implica la extracción del útero, trompas y/u ovarios”<sup>100</sup>. Igualmente, también “podría aumentar el riesgo a largo plazo de embarazo ectópico, parto prematuro y aborto espontáneo en embarazos posteriores”<sup>101</sup>. Finalmente,

96 ELENA PRADA, ISAAC MADDOW-ZIMET Y FATIMA JUAREZ, “The cost of postabortion care and legal abortion in Colombia”, *International perspectives on sexual and reproductive health*, Vol. 39 No. 3 (2013): p. 114. <https://doi.org/10.1363/3911413>

97 ELENA PRADA, SUSHEELA SINGH, LISA REMEZ, CRISTINA VILLARREAL, *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias* (Nueva York, Guttmacher Institute, 2011), p. 18.

98 SHIRIN SHAHBAZI, “The consequences of unsafe abortion: a qualitative study”, *Journal Of Advanced Nursing*, Vol. 68 No. 6 (2011): p.1249. <https://doi.org/10.1111/j.1365-2648.2011.05826.x>. Asimismo, se ha señalado que “[e]ntre las complicaciones inmediatas se cuentan las hemorragias, las infecciones, las lesiones traumáticas o químicas de los genitales y otros órganos y las reacciones tóxicas a productos ingeridos o aplicados en los genitales”. En: Women´s Link Worlwide, Despenalización del aborto, no es legalización del aborto (Bogotá: Tercer Mundo Editores), p. 3, citado por Ministerio de la Protección Social y Universidad Nacional. *Implicaciones Éticas, Jurídicas Y Médicas De La Sentencia C-355 De La Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas* (Bogotá: Ministerio de la Protección Social, 2007), p. 22, acceso el 16 de octubre de 2020. Disponible en: <http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/sentencia%20c355%20bioetica%202007%20libro%20unal.pdf>

99 Ministerio de Salud y Protección Social y Fondo de Población de las Naciones Unidas, *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), p. 29, acceso el 16 de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/SM-Protocolo-IVE-ajustado-.pdf>

100 Ministerio de la Protección Social y Universidad Nacional. *Implicaciones Éticas, Jurídicas y Médicas*, p. 22.

101 Traducción propia de: DAVID A GRIMES *et. al.*, “Unsafe abortion: the preventable pandemic”, *The Lancet*, Vol. 368 (2006): 1911. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(06\)69481-6](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(06)69481-6)

cabe resaltar que en la mujer que realiza un aborto pueden provocarse también consecuencias psicológicas como estrés emocional o depresión<sup>102</sup>.

Todo lo anterior permite decir que en dichos supuestos la pena se torna innecesaria. Algunos consideran que se trata de un supuesto de "pena natural"<sup>103</sup>, como el profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau lo afirmó en su intervención en el trámite de una demanda contra el delito de aborto en 2020<sup>104</sup>. Aunque la expresión "pena natural" tiene un sentido casi religioso –"en el pecado lleva la penitencia"<sup>105</sup>–, lo cierto es que el fundamento de esta en nuestro ordenamiento es la falta de necesidad de pena<sup>106</sup> y eso en efecto ocurre en los supuestos mencionados. En cuanto a la resocialización de la mujer, puede que los efectos mencionados hagan que ella se abstenga de abortar a futuro. Incluso, puede que ni siquiera pueda volver a quedar embarazada. En cuanto a la finalidad preventivo general, ese daño generado en la mujer que realiza el aborto puede enviar el mensaje a la comunidad de que debe abstenerse de cometer dicho delito, pues podría sufrir las mismas consecuencias.

### c) Proporcionalidad en sentido estricto.

Al hacer una ponderación, es claro que la privación de la libertad de la mujer

- 
- 102 Cfr. ANNE NORDAL BROEN *et al.*, "Reasons for induced abortion and their relation to women's emotional distress: a prospective, two-year follow-up study", *General Hospital Psychiatry*, Vol 27 No. 1 (2005): 36–43. 10.1016/j.genhosppsych.2004.09.009; y G. ZOLESE Y C. V. BLACKER, "The psychological complications of therapeutic abortion", *The British Journal of Psychiatry*, Vol. 160 (1992): 742-729. 10.1192/bjp.160.6.742
- 103 Cfr. BOADA ACOSTA, JUAN CAMILO. "La pena natural en el ordenamiento jurídico colombiano".
- 104 Expediente D-13255 de 2020 de la Corte Constitucional. Concepto técnico de Carlos Arturo Gómez Pavajeau, p. 8. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/actuacion.php?proceso=1&palabra=D0013255&mostrar=ver>
- 105 En este sentido, cfr. MIGUEL BUSTOS RUBIO, "El reflejo de la *poena naturalis* en la *poena forensis*. Posibilidades en derecho penal español", en: *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, No. 19 (2016): 120. Disponible en: <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/articulo/view/470>.
- 106 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de agosto de 2019. Rad. 52.750. M.P.: Eyder Patiño Cabrera. Igualmente, así se debatió en el Congreso en su momento: "La vida práctica enseña casos donde el autor del delito, por consecuencia de su ejecución, sufre él o sus familiares cercanos las consecuencias del mismo, en tal forma que proceder a la imposición de una pena implicaría el desconocimiento del principio de necesidad. Podría decirse que en el auto-daño causado se encuentra la retribución y sus consecuencias no justifican la prevención especial o general". En: Gaceta del Congreso No. 63 del 23 de abril de 1999. Aparece disponible en LÓPEZ MORALES, JAIRO. *Antecedentes del nuevo Código Penal*, p. 484. También fue citado en la misma sentencia del 6 de agosto de 2019.

sería excesiva en casos de aborto. Mediante el aborto, como se advirtió, se busca proteger el feto que aún no ha nacido. En los casos en los que ya se practicó el aborto, a la mujer se le impondría la pena para que ella no repita la conducta, pero también para que otras no lo hagan. De esta manera se estaría afectando no solo la libertad de la mujer, sino otros bienes jurídicos de los que es titular<sup>107</sup>. Se sacrifica la dignidad humana y se le quita su autonomía sobre su cuerpo, pues la mujer dejaría de ser un fin en sí mismo para volverse simplemente un medio para reproducir la especie humana<sup>108</sup>. Se afectaría igualmente su libre desarrollo de la personalidad, pues se le obligaría a asumir un rol de madre, independientemente del interés que tenga en ello<sup>109</sup>. Adicionalmente, además de que la pena en Colombia lamentablemente tiene efectos más desocializadores que resocializadores, la mujer tendría que enfrentar la estigmatización producto de haber practicado el aborto<sup>110</sup>.

Igualmente, debe tenerse en cuenta lo explicado anteriormente sobre los principios de necesidad e idoneidad. En algunos supuestos la pena resulta desproporcionada porque esta no se necesita ya que las consecuencias del aborto generan un efecto preventivo tanto en la mujer como en la sociedad e imponer una pena a pesar de ello es excesivo y vulneraría la dignidad humana. Y en general, porque se impondría una pena que claramente no es adecuada para alcanzar el fin

107 Con respecto a este punto, véase el salvamento de voto de los Magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda y Clara Inés Vargas Hernández a la Sentencia C-647 de 2001. Entre varios de los derechos fundamentales afectados que allí mencionan, puede verse a manera de ejemplo la libertad de conciencia: “Una decisión tan profunda como la de abortar o tener un hijo, compromete la concepción que cada uno tiene sobre la vida y su significado. En un sentido religioso, al igual que en uno laico o agnóstico, la vida humana es preciosa, sagrada o fundamentalmente valiosa. Lo es por diferentes razones que cada persona debe analizar guiada por su conciencia o por los postulados de la comunidad social, o confesión religiosa o iglesia, a la cual pertenezca. De tal manera que las decisiones sobre engendrar vida humana también involucran el ejercicio de la libertad de conciencia, otro derecho constitucional que la mujer no pierde por su estado de gravidez, mucho menos si el embarazo es resultado de un acto violento contrario a su voluntad conciente (sic). Pero una mujer embarazada como fuente de una violación, por ejemplo, no puede ser obligada a abortar, ni aún por sus padres cuando es menor, o por su esposo cuando es casada, si su conciencia le indica que es su deber dar a luz. Su autonomía personal también protege su decisión de procrear.”

108 “[L]a penalización del aborto sustrae a la mujer la autonomía sobre su propio cuerpo, y con ella su misma identidad de persona, reduciéndola a cosa o instrumento de procreación sometida a fines no son suyos”. En: FERRAJOLI, “La cuestión del embrión entre derecho y moral”, p. 164. En el mismo sentido, cfr. Fiscalía General de la Nación, “Directiva 0006 de 2006”, p. 19 y ss.

109 Cfr. MARCELA ABADÍA, “La identidad de la mujer en el derecho penal moderno —el caso del aborto—”, *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 87, no. 20 (2006): p. 3, en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/978>

110 Cfr. Ministerio de la Protección Social y Universidad Nacional. *Implicaciones*, p. 23.

preventivo, y su único fundamento sería uno retributivo. Finalmente, en determinadas situaciones puede llegar a profundizar las desigualdades sociales debido a que en muchas ocasiones son las mujeres con menos recursos económicos las que deben acceder a esta intervención en condiciones inseguras<sup>111</sup>.

En síntesis, la pena resulta desproporcionada, pues el bien jurídico que se busca proteger debería ceder ante los múltiples bienes jurídicos en juego por parte de la mujer. Privar de la libertad a una mujer por abortar y en consecuencia de su dignidad humana, autonomía reproductiva y libre desarrollo de la personalidad, entre otros, con el fin de salvaguardar la integridad de un feto no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, más aún si es claro que dicha privación no sirve para evitar abortos.

## 6. Conclusiones.

El derecho penal afecta de manera grave múltiples derechos fundamentales. En virtud de ello, desde la promulgación de la Constitución Política de 1991 en nuestro país se ha dado un proceso de constitucionalización del Derecho Penal. Dicho proceso ha traído consecuencias con relación a la creación de leyes penales por parte del Congreso. Así, la Corte Constitucional ha establecido unos límites muy claros con respecto a la libertad de configuración legislativa en materia penal. De esta manera, el legislador debe respetar múltiples principios, entre los que destacan, para efectos del presente análisis, el principio de proporcionalidad y razonabilidad y el de necesidad. A su vez, dichos principios deben ser analizados a la luz de los fines de la pena.

Con base en lo anterior, este texto hizo un análisis con respecto a la constitucionalidad del delito de aborto. Teniendo en cuenta los fines de la pena según los desarrollos jurisprudenciales de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, se pudo concluir que dicho delito no supera el test de proporcionalidad. Así, dicho delito no resulta idóneo para prevenir abortos, pues hoy en día en Colombia las cifras demuestran que las mujeres que quieren practicarlo lo hacen. Igualmente, no resulta necesario, pues claramente hay medidas alternativas mucho más efectivas que su tipificación como delito. Asimismo, no hay evidencia en cuanto a que la ocurrencia de dicho delito haya disminuido considerablemente desde su tipificación. Finalmente, el delito resulta desproporcionado, pues la afectación a múltiples derechos fundamentales en cabeza de la mujer resulta mucho **más** grave frente al bien que pueda reportarse de cara a la vida dependiente.

---

111 Fiscalía General de la Nación, "Directiva 0006 de 2006", p. 96.

## Bibliografía.

- ABADÍA, MARCELA. "La identidad de la mujer en el derecho penal moderno –el caso del aborto–". *Derecho Penal y Criminología*. Vol. 87, No. 20 (2006): p. 83-132. En: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/978>
- ARIAS HOLGUÍN, DIANA PATRICIA. "Proporcionalidad, pena y principio de legalidad". *Revista de Derecho*. No. 38 (2012): p. 142-171, <https://www.redalyc.org/pdf/851/85124997005.pdf>
- BERGALLO, PAOLA. "Aborto y justicia reproductiva: una mirada sobre el derecho comparado". En: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Fascículo 7 (2010): p. 1139-1166. Disponible en: [https://www.academia.edu/11944946/Aborto\\_y\\_justicia\\_reproductiva\\_una\\_mirada\\_sobre\\_el\\_derecho\\_comparado\\_Revista\\_de\\_Derecho\\_Penal\\_y\\_Procesal\\_Penal\\_Abeledo\\_Perrot\\_Volume\\_7\\_July\\_2010\\_p\\_1139\\_1166](https://www.academia.edu/11944946/Aborto_y_justicia_reproductiva_una_mirada_sobre_el_derecho_comparado_Revista_de_Derecho_Penal_y_Procesal_Penal_Abeledo_Perrot_Volume_7_July_2010_p_1139_1166)
- BOADA ACOSTA, JUAN CAMILO. "La pena natural en el ordenamiento jurídico colombiano. Comentarios a la sentencia del 6 de agosto de 2019 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Radicado 52750. M.P. Eyder Patiño Cabrera". *Nuevo Foro Penal*. Vol. 15 Núm. 93 (2019): 263-280. Disponible en: <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6170>.
- BROEN, ANNE NORDAL, TORBJÖN MOUM, ANNE SEJERSTED BÖDTKER, ÖIVIND EKEBERG. "Reasons for induced abortion and their relation to women's emotional distress: a prospective, two-year follow-up study". *General Hospital Psychiatry*, Vol 27, No. 1 (2005): 36–43. 10.1016/j.genhosppsych.2004.09.009
- BUSTOS RUBIO, MIGUEL. "El reflejo de la *poena naturalis* en la *poena forensis*. Posibilidades en derecho penal español". *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*. No. 19 (2016): 119-144. Disponible en: <https://teoriayderecho.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/470>
- CADAVID QUINTERO, ALFONSO. "Constitución y teoría del delito". En *Derecho Penal y Constitución*. Compiladores Fernando Velásquez Velásquez y Renato Vargas Lozano, p. 203-223. Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2014.
- CASTRO MORENO, ABRAHAM. *El por qué y el para qué de las penas (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*. Madrid: Editorial Dykinson, 2008.
- CHRISTIE, NILS. "Las imágenes del hombre en el derecho penal". En *Abolicionismo penal*. AA.VV. Traducido por Mariano Alberto Cifardini y Mirta Lilián Bondanza.

- Buenos Aires: Ediar, 1989.
- COTE-BARCO, GUSTAVO EMILIO. "Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena". *Universitas*. No. 116 (2008); p. 119-151. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/825/82515355005.pdf>
- DEMETRIO CRESPO, EDUARDO. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. 2da ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016.
- FELJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. *La pena como institución jurídica: retribución y prevención general*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2014.
- FELIP I. SABORIT, DAVID. "El aborto". En: *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*. Dirigido por, Jesús-María Silva Sánchez, coordinado por Ramón Ragués i Vallés. Barcelona: Atelier, 2006.
- FERRAJOLI, LUIGI. "La cuestión del embrión entre derecho y moral". Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez. En *Democracia y garantismo*, Luigi Ferrajoli. Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón*. Traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Editorial Trotta, 1995.
- GRIMES, DAVID A., JANIE BENSON, SUSHEELA SINGH, MARIANA ROMERO, BELA GANATRA, FRIDAY E OKONOFUA, IQBAL H SHAH. "Unsafe abortion: the preventable pandemic". *The Lancet*, Vol. 368 (2006): 1908-1919. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(06\)69481-6](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(06)69481-6)
- HEGEL, G.W.F. *Filosofía del Derecho*, 5ta ed. Traducido por Angélica Mendoza de Montero. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968.
- HOPP, CECILIA. "Política criminal sobre el aborto: la sexualidad femenina en debate". *Revista Derecho Penal*, Año 1, N° 2 (2012): 135-139. Disponible en: [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120115-hopp-politica\\_criminal\\_sobre\\_aborto.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120115-hopp-politica_criminal_sobre_aborto.htm)
- KANT, IMMANUEL. *La metafísica de las costumbres*, 4ta ed. Traducido por Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Madrid: Editorial Tecnos, 2008.
- LESCH, HEIKO H. *La función de la pena*. Traducido por Javier Sánchez Vera. Bogotá: Universidad Externado, 2000.
- LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA. "Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales". En: *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Editor: Miguel Carbonell. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA. *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Madrid: Centro

- de estudios políticos y constitucionales, 2006.
- LÓPEZ MORALES, JAIRO. *Antecedentes del nuevo Código Penal*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2000.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL. "Antinomias penales y medición de la pena". En *Política criminal reforma del Derecho Penal*, AA.VV. Bogotá: Editorial Temis, 1982.
- MARTÍNEZ, MAURICIO. "El régimen punitivo en la reforma penal en curso. Cambiar algo para que todo siga igual". En *La pena: garantismo y democracia: A propósito de la reforma penal en curso*. Compilado por Mauricio Martínez, p. 89-122. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.
- MIR PUIG, SANTIAGO. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.
- MOLINA LÓPEZ, RICARDO. "El [Des]ordenamiento jurídico penal colombiano". En: *Derecho Penal Y Crítica Al Poder Punitivo Del Estado. Libro Homenaje Al Profesor Nodier Agudelo Betancur. Tomo 2*. Coordinado por Fernando Velásquez Velásquez, et.al., 1353-1364. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2013.
- MOLINA LÓPEZ, RICARDO. *La conformidad en el proceso penal: Análisis comparado de las legislaciones española y colombiana*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2012.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Y MERCEDES GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal Parte General* 8ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- POSADA MAYA, RICARDO Y LIGIA VARGAS MENDOZA, "¿Es necesario un rediseño político criminal del sistema punitivo colombiano?". En: *Estudios penales en homenaje a Mario Salazar Marín*. Coordinado por Diego Araque Moreno, p. 27-71. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2020.
- POSADA MAYA, RICARDO. "Política Criminal y Derecho Penal: un mecanismo de último ratio frente a la terminación voluntaria de la gestación". *Nuevo Foro Penal*. Vol. 16 Núm. 94 (2020): 13-44. <https://doi.org/10.17230/nfp16.94.1>.
- POSADA MAYA, RICARDO. *Delitos contra la vida y la integridad personal II, Delitos de homicidio, feminicidio, genocidio y otras infracciones*. 2da Edición. Bogotá: Ed. Uniandes-Ed. Ibáñez, 2019.
- PRADA, ELENA, ISAAC MADDOW-ZIMET, FATIMA JUAREZ. "The cost of postabortion care and legal abortion in Colombia". *International perspectives on sexual and reproductive health*. Vol. 39 No. 3 (2013): 114–123. <https://doi.org/10.1363/3911413>
- PRADA, ELENA, SUSHEELA SINGH, LISA REMEZ, CRISTINA VILLARREAL. *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias*. Nueva York, Guttmacher

Institute, 2011.

- REYES CUARTAS, JOSÉ FERNANDO. "Principios orientadores de la imposición de las sanciones penales en el Nuevo Código Penal Colombiano". En *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*, No. 2 (2003); p. 143-172. Disponible en: [http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rpenal&document=rpenal\\_7680752a8028404ce0430a010151404c](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rpenal&document=rpenal_7680752a8028404ce0430a010151404c)
- ROXIN, CLAUS. "La protección de la vida humana mediante el derecho penal". En *Dogmática y Ley Penal, Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo. Tomo II*. Coordinado por Jacobo López Barja De Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar, p. 1189-1206. Madrid: Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset y Marcial Pons, 2004.
- ROXIN, CLAUS. "Sentido y límites de la pena estatal". En: *Problemas básicos del derecho penal*, Claus Roxin. Traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, p. 11-36. Madrid: Editorial Reus, 1976.
- ROXIN, CLAUS. *Derecho Penal Parte General. Tomo I*. Traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2014.
- SÁNCHEZ HERRERA, ESQUIQUO MANUEL. *Derecho penal constitucional*. Bogotá: Universidad Externado, 2014.
- SHAHBAZI, SHIRIN. "The consequences of unsafe abortion: a qualitative study". *Journal Of Advanced Nursing*. Vol. 68 No. 6 (2011); p.1247-1255. <https://doi.org/10.1111/j.1365-2648.2011.05826.x>
- URBANO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN. "El derecho penal del Estado constitucional de derecho". En *Comentarios a los códigos penal y de procedimiento penal*. Compilado por Claudia López Díaz, p. 13-42. Bogotá: Universidad Externado, 2002.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. (compilador). *Código Penal Colombiano anotado y concordado*. Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch, 2020.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Delitos contra la vida la Integridad Personal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2013.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Fundamentos de Derecho Penal Parte General, 3ra ed.* Bogotá: Editorial Tirant Lo Blanch, 2020.
- VON LISZT, FRANZ. *La idea de fin en el derecho penal*. Traducido por Enrique Aimone Gibson. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALEJANDRO ALAGIA Y ALEJANDRO SLOKAR. *Derecho Penal Parte General*.

*2da ed.* Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZOLESE, G. Y C. V. BLACKER. "The psychological complications of therapeutic abortion".  
*The British Journal of Psychiatry*. Vol. 160 (1992): 742-729. 10.1192/bjp.160.6.742

## **Jurisprudencia**

Corte Constitucional. Comunicado de prensa 33 del 2 de septiembre de 2021 con respecto a la Sentencia C-294 de 2021.

Corte Constitucional. Sentencia C-042. (M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, 2018).

Corte Constitucional. Sentencia C-55. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 2009).

Corte Constitucional. Sentencia C-070. (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, 1996).

Corte Constitucional. Sentencia C-077. (M.P.: Jaime Araujo Rentería, 2006).

Corte Constitucional. Sentencia C-093. (M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y José Fernando Reyes Cuartas, 2021).

Corte Constitucional. Sentencia C-107. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 2018).

Corte Constitucional. Sentencia C-108. (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, 2017).

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

Corte Constitucional. Sentencia C-144. (M.P.: Alejandro Martínez Caballero, 1997)

Corte Constitucional. Sentencia C-185. (M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto, 2011).

Corte Constitucional. Sentencia C-205. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 2003)

Corte Constitucional. Sentencia C-226. (M.P. Álvaro Tafur Galvis, 2002).

Corte Constitucional. Sentencia C-233. (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, 2016)

Corte Constitucional. Sentencia C-233. (M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez, 2019).

Corte Constitucional. Sentencia C-238. (M.P. Jaime Araujo Rentería, 2005).

Corte Constitucional. Sentencia C-261. (M.P.: Alejandro Martínez Caballero, 1996).

Corte Constitucional. Sentencia C-285. (M.P.: Carlos Gaviria Díaz, 1997).

Corte Constitucional. Sentencia C-290. (M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, 2019).

Corte Constitucional. Sentencia C-387. (M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, 2014).

Corte Constitucional. Sentencia C-355. (M.P.: Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, 2006).

Corte Constitucional. Sentencia C-365. (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2012).

Corte Constitucional. Sentencia C-407. (M.P. José Fernando Reyes Cuartas, 2020).

Corte Constitucional. Sentencia C-430. (M.P.: Carlos Gaviria Díaz, 1996).

Corte Constitucional. Sentencia C-491. (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, 2012).

- Corte Constitucional. Sentencia C-542. (M.P. Jorge Arango Mejía, 1993).
- Corte Constitucional. Sentencia C-549. (M.P.: Carlos Gaviria Díaz, 1994).
- Corte Constitucional. Sentencia C-565. (M.P.: Hernando Herrera Vergara, 1993).
- Corte Constitucional. Sentencia C-578. (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, 2002).
- Corte Constitucional. Sentencia C-581. (M.P. Jaime Araujo Rentería, 2001).
- Corte Constitucional. Sentencia C-592. (M.P.: Fabio Morón Díaz, 1998).
- Corte Constitucional. Sentencia C-636. (M.P.: Mauricio Gonzalez Cuervo, 2009).
- Corte Constitucional. Sentencia C-645. (M.P.: Nilson Pinilla Pinilla, 2012).
- Corte Constitucional. Sentencia C-647. (M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, 2001).
- Corte Constitucional. Sentencia C-679. (M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1998)
- Corte Constitucional. Sentencia C-694. (M.P.: Alberto Rojas Ríos, 2015).
- Corte Constitucional. Sentencia C-742. (MP: María Victoria Calle Correa, 2012)
- Corte Constitucional. Sentencia C-757. (M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, 2014)
- Corte Constitucional. Sentencia C-880. (M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, 2014).
- Corte Constitucional. Sentencia C-897. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, 2005).
- Corte Constitucional. Sentencia C-916. (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, 2002).
- Corte Constitucional. Sentencia C-936. (M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, 2010).
- Corte Constitucional. Sentencia C-939. (M.P.: Eduardo Montealegre Lynett, 2002)
- Corte Constitucional. Sentencia C-1404. (MP: Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis, 2000).
- Corte Constitucional. Sentencia T-100. (M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, 2018).
- Corte Constitucional. Sentencia T-218. (M.P. Carlos Gaviria Díaz, 1994).
- Corte Constitucional. Sentencia T-267. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 2015)
- Corte Constitucional. Sentencia T-301. (M.P. Alejandro Linares Cantillo, 2016).
- Corte Constitucional. Sentencia T-388. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 2009)
- Corte Constitucional. Sentencia T-532. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 2014)
- Corte Constitucional. Sentencia T-535. (M. P. Alberto Rojas Ríos, 2015).
- Corte Constitucional. Sentencia T-635. (M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo, 2008).
- Corte Constitucional. Sentencia T-640. (M.P.: Antonio José Lizarazo Ocampo, 2017).
- Corte Constitucional. Sentencia T-718. (M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, 2015).
- Corte Constitucional. Sentencia T-731. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 2016).
- Corte Constitucional. Sentencia T-841. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 2011).
- Corte Constitucional. Sentencia T-946. (M.P. Jaime Córdoba Triviño, 2008).

- Corte Constitucional. Sentencia SU-096. (M.P. José Fernando Reyes Cuartas, 2018).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 23 de octubre de 2000. Rad. 16.997. M.P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego,
- Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal. Sentencia del 18 de septiembre de 2001. Rad. 15.610. M.P.: Fernando E. Arboleda Ripoll;
- Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal. Sentencia del 28 de noviembre de 2001. Rad. 18.285. M.P., Carlos E. Mejía Escobar;
- Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal. Sentencia del 29 de agosto de 2002. Rad. 16.519. M.P.: Carlos Augusto Gálvez Argote,
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de marzo de 2006. Rad. 23.972. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas,
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 1 de agosto de 2007. Rad. 25.801. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca
- Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal. Sentencia del 27 de febrero de 2013. Rad. 33.254. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de marzo de 2014. Rad. 42.623. M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 28 de abril de 2015. Rad. 36.784. M.P.: Fernando Alberto Castro Caballero y Eugenio Fernández Carlier
- Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal. Sentencia del 3 de febrero de 2016. Rad. 46.647. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal. Sentencia del 24 de febrero de 2016. Rad. 41.712. M.P.: José Leonidas Bustos Martínez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de mayo de 2019. Rad. 46.900. M.P.: Eyder Patiño Cabrera.
- Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal. Sentencia del 26 de junio de 2019. Rad. 47.475. M.P.: Luis Antonio Hernández Barbosa.
- Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal. Sentencia del 3 de julio de 2019. Rad. 53.651. M.P.: Patricia Salazar Cuéllar.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de agosto de 2019. Rad. 52.750. M.P.: Eyder Patiño Cabrera
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sala de Decisión de Tutelas No. 1. Sentencia del 1 de diciembre de 2020. Rad. 113.758. M.P. Eugenio Fernández Carlier.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sala de Decisión de Tutelas No.

1. Sentencia del 2 de febrero de 2021. Rad. 114.720. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sala de Decisión de Tutelas No. 1. Sentencia del 16 de marzo de 2021. Rad. 115.248. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

## **Normas**

Congreso de la República de Colombia. Ley 599 de 2000. "Por la cual se expide el Código Penal". Diario Oficial No. 44.097.

Organización de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

Organización de las Naciones Unidas. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990.

Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 noviembre 1969.

## **Documentos oficiales:**

Comisión Asesora de Política Criminal. *Informe Final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Junio de 2012.

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".

Ministerio de la Protección Social y Universidad Nacional. *Implicaciones Éticas, Jurídicas Y Médicas De La Sentencia C-355 De La Corte Constitucional: Un avance para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos de las colombianas*. Bogotá: Ministerio de la Protección Social, 2007. Acceso el 16 de octubre de 2020. Disponible en: <http://www.codajic.org/sites/www.codajic.org/files/sentencia%20c355%20bioetica%202007%20libro%20unal.pdf>

Ministerio de Salud y Protección Social y Fondo de Población de las Naciones Unidas. *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. Acceso el 16 de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/>

SM-Protocolo-IVE-ajustado-.pdf

## Otros

Expediente 13255 de la Corte Constitucional. Concepto técnico de Carlos Arturo Gómez Pavajeau del 28 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/actuacion.php?proceso=1&palabra=D0013255&mostrar=ver>

Expediente 13255 de la Corte Constitucional. Concepto técnico de Isabel Cristina Jaramillo Sierra del 30 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/actuacion.php?proceso=1&palabra=D0013255&mostrar=ver>

Expediente 13255 de la Corte Constitucional. Concepto técnico de Ricardo Posada Maya del 30 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/actuacion.php?proceso=1&palabra=D0013255&mostrar=ver>

Expediente 13255 de la Corte Constitucional. Concepto técnico de María Camila Correa Flórez del 31 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/actuacion.php?proceso=1&palabra=D0013255&mostrar=ver>

Expediente 13255 de la Corte Constitucional. Concepto técnico de Yesid Reyes Alvarado del 31 de enero de 2020. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/actuacion.php?proceso=1&palabra=D0013255&mostrar=ver>