UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

Análisis del derecho a la elección libre de la maternidad en el ordenamiento jurídico colombiano

Bianca Nohara Cantillo de la Hoz

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales, Departamento de Derecho
Bogotá, Colombia
2016

Análisis del derecho a la elección libre de la maternidad en el ordenamiento jurídico colombiano

Bianca Nohara Cantillo de la Hoz

Trabajo final de maestría presentado como requisito parcial para optar al título de:

Magíster en Derecho con profundización en Derecho Constitucional

Director (a):

Luis Manuel Castro Novoa

Magíster en Derecho

Línea de Investigación:

Derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, derecho a la elección libre de la maternidad

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho Ciencias Políticas y sociales, Departamento de Derecho

Bogotá, Colombia

2016

A mi abuela que ilumina cada paso que doy

A mi madre y a mi padre por su infinito apoyo y cariño

Una mujer es inevitablemente la historia de su vientre, de las semillas que en el fecundaron o no lo hicieron o dejaron de hacerlo... Una mujer es la historia de su pueblo y de su raza. Y es la historia de sus raíces y de su origen, de cada mujer que fue alimentada por la anterior, para que ella naciera: una mujer es la historia de su sangre.

Marcela Serrano, Antigua vida mía

Agradecimientos

Después de que me había graduado como abogada, aunque sabía que no quería trabajar en derecho privado y me gustaba trabajar en la defensa de los derechos de las víctimas, no tenía muy claro qué quería hacer con el derecho. En ese momento, la vida me dio la oportunidad de conocer a una persona que, por un lado, me ayudó a enfocarme en mi vocación profesional y así disipar algunas dudas, y, por otro lado, me introdujo una serie de debates, problemas prácticos y preguntas sin respuestas que mezcladas con mis inquietudes personales y la lectura de algunas autoras me permitieron desarrollar este trabajo.

Por esa razón, quiero agradecer, especialmente, al profesor Luis Manuel Castro Novoa quien ha compartido su conocimiento y experiencias conmigo y desde la academia y trabajo diario en la defensa de los derechos humanos ha contribuido a mi formación académica, laboral y personal.

Gracias a mi familia, pues su cariño y apoyo incondicional han sido fundamentales en la consecución de cada uno de mis objetivos. Gracias a mis amigas por su cariño y por ser la familia que uno elige.

El desarrollo de este trabajo no hubiera sido posible sin las discusiones con mis colegas quienes me ayudaron a hacer un mejor documento, a través del aporte de elementos valiosísimos al debate. Gracias a ellas y a ellos por su paciencia, por su lectura y por sus sugerencias

Resumen

En Colombia ha habido importantes avances en relación con la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. No obstante, no es claro si estándar de protección otorgado por nuestro ordenamiento jurídico es suficiente para garantizar el derecho a la elección libre de la maternidad. Así, con el fin de establecer cuáles son las principales limitaciones de la normatividad y la jurisprudencia colombiana este documento analizará dos de los principales aspectos relacionados con su protección: (a) la garantía normativa en relación con el acceso a métodos anticonceptivos y (b) la garantía normativa del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

Palabras clave: Palabras clave: elección libre de la maternidad, derechos sexuales y reproductivos, interrupción voluntaria del embarazo, acceso a métodos anticonceptivos, derechos de las mujeres.

Abstract

In Colombia there has been significant progress in relation to the protection of sexual and reproductive rights of women. However, it is unclear whether standard of protection afforded by our legal system is sufficient to guarantee the right to free choice of motherhood. Thus, in order to establish what are the main constraints of regulations and Colombian jurisprudence this paper will discuss two major issues related to their protection (a) the rules guarantee regarding access to contraception and (b) regulations guarantee the right to abortion .

Keywords: Free choice of motherhood, sexual and reproductive rights, abortion, access to contraception, women's rights

Contenido

Pág.

Resumen IX

Introducción 15

1. La elección libre de la maternidad en el ordenamiento jurídico colombiano. ...17
1.1 Lo que se entiende por elección libre de la maternidad. 17
1.2 El análisis crítico del derecho planteado por los estudios de género.....20
1.3 La elección libre de la maternidad en perspectiva comparada. 22

2. La elección libre de la maternidad en el ordenamiento jurídico colombiano. ...32
2.1 Instrumentos internacionales que protegen el derecho a la elección libre de la maternidad. 32
2.2 Avances en la legislación colombiana.....34
2.3 Avances en la jurisprudencia constitucional colombiana. 44

3. El caso colombiano: entre las limitaciones legislativas y el activismo judicial.67

4. Retos y desafíos del ordenamiento jurídico colombiano en relación con la garantía del derecho a la elección libre de la maternidad. 77

Bibliografía 83

Introducción

A lo largo del tiempo, la maternidad ha sido entendida como un fenómeno biológico característico de la feminidad, sobre el cual las mujeres tenían poco control. Las objeciones planteadas por las reivindicaciones feministas y los progresos de la medicina, en relación con los métodos anticonceptivos, han permitido a las mujeres tomar decisiones sobre su reproducción y han contribuido a la adopción de nuevos imaginarios en relación con el ejercicio libre de la maternidad.

El derecho ha jugado un papel importante en la transformación de las perspectivas sobre la maternidad. Así, el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos ha permitido que hombres y mujeres puedan ejercer control sobre sus vida sexual y reproductiva libres de todo tipo de coacciones, amparados en las disposiciones jurídicas.

En Colombia, la Constitución Política de 1991, en el artículo 42, consagró expresamente el derecho de los hombres y las mujeres a la autodeterminación reproductiva. En virtud del reconocimiento de este derecho las personas, en especial las mujeres, pueden tomar decisiones en relación con la procreación sin ningún tipo de interferencia o violencia física y psicológica, coacción o discriminación.

El reconocimiento expreso de este derecho en la Carta Política se dio como resultado del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por el Estado Colombiano, en distintos documentos de derecho internacional, como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo, la Convención de Belem do Pará y la Conferencia mundial de Beijing, entre otros.

De acuerdo con los estándares internacionales definidos en estos instrumentos, es posible sostener que el contenido y alcance de este derecho comprende: el reconocimiento de la posibilidad de acceder a servicios de salud reproductiva, a recibir una gama de métodos

anticonceptivos (incluyendo la anticoncepción de emergencia) y elegir el de su preferencia, acceder a servicios de interrupción voluntaria del embarazo de forma segura, contar con medidas que garanticen la maternidad libre de riesgos, acceder a tratamientos de infertilidad y reproducción asistida. Así, se desconoce este derecho cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales las mujeres pueden decidir sin ningún tipo de coacción, física o psicológica, sobre su fecundidad.

En nuestro país, si bien existe un amplio desarrollo normativo en relación con la garantía de acceso a los métodos anticonceptivos y en 2006, la interrupción voluntaria del embarazo en fue despenalizada por la Corte Constitucional en tres circunstancias, lo cierto es que, cada año, en Colombia se practican al rededor 400.000 abortos clandestinos y solo 322 se llevan a cabo en condiciones seguras y dentro de la legalidad (AGI, 2010).

En este escenario, resulta relevante evaluar si el estándar de protección otorgado por el ordenamiento jurídico colombiano es suficiente para garantizar el derecho de las mujeres a la elección libre de la maternidad. Con el fin de establecer cuáles han sido los principales avances de la legislación y la jurisprudencia colombiana, este documento analizará dos de los principales aspectos relacionados con su protección: (a) la garantía normativa en relación con el acceso a métodos anticonceptivos y (b) la garantía normativa del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

Para tal fin, este documento se encuentra dividido en cuatro partes: en la primera, se realizará un análisis crítico el derecho a la elección libre de la maternidad, a partir de lo establecido por los estudios de género y la perspectiva comparada, con el fin de introducir los principales elementos del debate; en la segunda, se reconstruirán los avances normativos y jurisprudenciales relacionados con la garantía de este derecho, para determinar cuál es el marco de protección otorgado por el ordenamiento jurídico colombiano; en la tercera se analizarán críticamente las principales limitaciones de nuestra legislación y jurisprudencia, con el fin de poner en evidencia la necesidad de aumentar el estándar de protección en relación con el derecho a la elección libre de la maternidad, en los dos aspectos analizados; finalmente, en la cuarta parte, se formularán las conclusiones y algunas propuestas que permitirían optimizar el marco de protección del derecho a la elección libre de la maternidad en Colombia.

1. La elección libre de la maternidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.1 Lo que se entiende por elección libre de la maternidad.

Históricamente, la maternidad ha sido concebida como un evento biológico que sólo afecta a las mujeres (Turbet, 1996). En ese sentido, se ha planteado que su ejercicio hace parte de la feminidad y se ha identificado la condición mujer con la condición de madre. Esta manera de entender la maternidad ha sido ampliamente cuestiona

da por teóricas feministas quienes han propuesto nuevas y diversas formas de entender este fenómeno y han planteado que la ecuación “mujer=madre” no responde a una esencia sino que es una construcción cultural (Marrades, 2002).

Así, se ha cuestionado la premisa según la cual el ejercicio de la maternidad es la vocación natural de la mujer. Lo anterior, teniendo en cuenta que la función reproductora no está determinada solo por el azar biológico, sino que está controlada por la voluntad (Beauvoir, 1949). Varias feministas han resaltado la importancia de trabajar en la construcción de nuevas representaciones culturales que contribuyan a la problematización y análisis de la maternidad, desde perspectivas que reivindiquen la autonomía de las mujeres y que permitan ejercer una maternidad libre cuyo único fundamento sea el deseo y la voluntad. Igualmente, estas autoras han reconocido la necesidad de desmitificar la maternidad como única forma de realización de las mujeres (Thomas, 1996).

Las teorías feministas sostienen que, a lo largo del tiempo, las mujeres han incorporado representaciones sociales que indican que el deseo de la maternidad es lo que da sentido a sus vidas, y de esta manera confunden el rol de la maternidad con el de ser mujer. Algo distinto ocurre si se analiza la misma situación para los hombres, en general, culturalmente, no es lo mismo ser hombre y ser padre. En ese sentido, sostienen que estudiar la maternidad desde una perspectiva de género implica, no sólo, analizar el significado que las culturas le otorgan a la función de madre y mujer, sino además, abordar las instituciones sociales que reproducen y legitiman estas representaciones (Puyana, 2000).

La deconstrucción de estas representaciones culturales ha ido avanzando, entre otras cosas, gracias a los progresos de la medicina en relación con los métodos anticonceptivos, que son la herramienta que ha permitido a las mujeres separar la sexualidad de la reproducción (Thomas, 1996). Con la posibilidad de decidir sobre el cuerpo y sobre la reproducción, se van dejando atrás los argumentos “naturalistas” que otorgan a las mujeres, exclusivamente, roles reproductores dentro de la sociedad. Así, la maternidad se convierte sólo en una posibilidad de proyecto de vida y una característica más de la feminidad, dentro de muchas otras.

En este escenario, el derecho entendido como un factor que interviene en la distribución de roles, cargas y beneficios al interior de la sociedad ha tenido un papel controversial. Por

un lado, para las concepciones liberales tradicionales, el derecho ha constituido un límite al ejercicio del poder del Estado y de los particulares y ha contribuido en la protección de los más débiles. Por otro lado, para las concepciones de influencia marxista, el derecho constituye un factor de opresión que legitima el poder, la violencia y el statu quo (Lemaitre, 2009).

En relación con el debate sobre el ejercicio de la maternidad como un asunto biológico inescindible de lo femenino o como hecho de la voluntad, el análisis de las instituciones jurídicas tiene una doble connotación. El derecho ha sido una de las principales herramientas de lucha de las mujeres por alcanzar el pleno reconocimiento de sus derechos, no obstante, en muchos escenarios continúa siendo un factor de opresión y discriminación utilizado en contra de las mujeres (Facchi, 2005).

El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres implicó la adopción de nuevos imaginarios sobre la maternidad por parte de las instituciones jurídicas, pese a que aún existen normas impiden a las mujer ejercer un control total sobre sus cuerpos.

Los derechos sexuales y reproductivos tienen como fin garantizar que hombres y mujeres puedan gozar de una vida sexual y reproductiva libre y plena. La protección de estos derechos está basada, entre otras cosas, (i) en la capacidad de hombres y mujeres de disfrutar relaciones sexuales satisfactorias; (ii) la ausencia de toda clase de violencia o coacción o abuso; (iii) el acceso de servicios a salud sexual que permitan aprender a prevenir y tratar infecciones, dolencias y enfermedades de transmisión sexual como el VIH y (iv) el reconocimiento de la independencia entre sexualidad y reproducción. En síntesis, la salvaguarda de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres tiene implícita la protección del derecho a ser reconocidas como ciudadanas plenas, dignas libres, como seres integrales y no exclusivamente como seres reproductivos (Defensoría del Pueblo, Pro familia & OIM, 2007).

Distintos instrumentos jurídicos nacionales e internacionales han ratificado que estos derechos son un componente fundamental de los Derechos Humanos. En ese sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana al establecer que los derechos sexuales y reproductivos están basados en la garantía de la autonomía para tomar decisiones sobre la sexualidad, la protección de la salud sexual y reproductiva y el respeto por las decisiones sobre el cuerpo:

> “Los derechos sexuales y reproductivos parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social.” (Corte Constitucional. (2006) C-355 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería])

En concreto, el derecho a la autodeterminación reproductiva ha sido entendido como el reconocimiento de la facultad de decidir de forma libre sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia. La garantía de este derecho impone al Estado la obligación de abstenerse de realizar conductas que influencien la toma de decisiones relacionadas con la procreación. Esto quiere decir que, en virtud del derecho a la autodeterminación reproductiva las personas, libres de todo tipo de coacción física o psicológica, violencia o discriminación, pueden optar por tener descendencia o no hacerlo (Ardila, 2011).

En ese sentido Juan Santiago Ylarri (2011) ha sostenido:

> "Este derecho a la autodeterminación de los padres se funda, principalmente, en el respeto por las conductas autorreferentes de estos, es decir, que el Estado no intervenga en el plan de vida que cada persona elige, siempre y cuando no se dañe a terceros. Esto "implica la libre decisión de los padres, originada en el diagnóstico médico debidamente informado y la indicación consiguiente."

Así, es posible afirmar que la autodeterminación reproductiva se desconoce cuándo se presentan embarazos forzados, esterilizaciones, abortos o se aplica anticoncepción no consentida[1]. Igualmente, es importante señalar que las decisiones que se tomen en relación con la reproducción son personales y por eso, el derecho a la autodeterminación reproductiva ha sido reconocido como un derecho personal.

La garantía de este derecho está estrechamente relacionada con la salvaguarda de los derechos a la igualdad y no discriminación; el derecho a la autonomía personal; el derecho a la integridad física; el derecho a contraer o no matrimonio y el derecho a la salud. El derecho a la igualdad garantiza que las poblaciones puedan decidir sobre su sexualidad y reproducción sin discriminación alguna por pertenecer a un sexo, etnia, orientación sexual, etc. El derecho a la autonomía, como se explicó, permite decidir, sin injerencias externas, sobre la propia sexualidad y reproducción y la protección del derecho a la salud establece que debe haber servicios médicos para cubrir las necesidades en salud reproductiva, en especial de planificación familiar y servicios ginecológicos como la interrupción voluntaria del embarazo y obstétricos que garanticen la maternidad segura (Lemaitre, 2001).

Con base en lo expuesto, es posible afirmar que, (i) el reconocimiento del derecho a la elección libre de la maternidad parte de la superación de concepciones, según las cuales, la función reproductora está determinada por el solo azar biológico y reivindica la posibilidad de las mujeres de decidir de forma voluntaria y sin ningún tipo de coacción, física o emocional, si desean ser madres o no; (ii) el reconocimiento de este derecho implica la protección de los derechos a la igualdad, la autonomía, a la salud, al libre

[1] En estos términos lo ha precisado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En el Segundo Informe Sobre la Situación de Derechos Humanos en Perú. Junio. 2000.

desarrollo de la personalidad; (iii) la garantía incluye la posibilidad de acceder a servicios de salud reproductiva, a recibir una gama de métodos anticonceptivos (incluyendo la anticoncepción de emergencia) y elegir el de su preferencia, acceder a servicios de interrupción voluntaria del embarazo de forma segura, contar con medidas que garanticen la maternidad libre de riesgos, acceder a tratamientos de infertilidad y reproducción asistida, entre otros; (iv) se desconoce este derecho cuando se presentan embarazos, esterilizaciones, anticoncepción o abortos forzados, cuando se impide que la mujer tome este tipo de decisiones, a través de la solicitud del consentimiento de su padre, compañero o un tercero, entre otras cosas.

1.2 El análisis crítico del derecho planteado por los estudios de género.

El papel que juega el derecho en la distribución de roles, cargas y beneficios al interior de la sociedad ha sido una cuestión ampliamente debatida por las teorías feministas. El análisis de las instituciones jurídicas desde estas posturas permite afirmar que el derecho tiene una doble connotación. Por un lado, ha sido y continúa siendo un factor de opresión y discriminación utilizado en contra de las mujeres y por otro lado, ha sido una de las principales herramientas de lucha de las mujeres por alcanzar el pleno reconocimiento de sus derechos.

Así por ejemplo, según lo expone Fachi, los feminismos de la igualdad lograron a través de reformas jurídicas, conquistas fundamentales como el derecho al voto, el acceso al trabajo y la igualdad de la mujer en el ámbito familiar, entre otros. No obstante, también es posible constatar la forma en que ciertas normas jurídicas, como aquellas que hacen parte del derecho laboral o de familia, reproducen patrones de discriminación al presumir que las mujeres son las llamadas a cuidar a los niños y niñas que integran el hogar o al establecer una menor remuneración del trabajo femenino en el mercado laboral. En ese sentido, algunas corrientes feministas han generado múltiples debates en torno a la utilidad del derecho y la oportunidad de recurrir a él (Fachi, 2005.)

Las principales teorías que plantean críticas al derecho desde el feminismo sostienen, en términos generales, que tanto las categorías que impone el derecho como sus conceptos normativos reproducen relaciones desiguales de poder y estereotipos sociales que históricamente han legitimado la discriminación en contra de las mujeres y otras poblaciones. Estos estudios críticos cuestionan el carácter neutral que se le pretende atribuir al derecho y a las instituciones que éste impone. Es decir, discuten la idea según la cual, la elaboración de las normas jurídicas que reconocen derechos hacen referencia a sujetos neutros, sin raza, sexo, orientación sexual o clase social. Por el contrario, plantean que los sujetos reconocidos en las normas tienen las características de los individuos que pertenecen a un grupo dominante y que tomarlos como modelo significa la exclusión y discriminación de otros sujetos. (Fachi, 2005).

Por ejemplo, los postulados expuestos por los *Critical Legal Studies* – CLS (Estudios críticos del derecho) debaten tres de los más importantes fundamentos del pensamiento jurídico: “la centralidad del derecho, la neutralidad y la racionalidad del proceso legal y la autoridad de la academia legal. En contraposición a estos principios, postulan la marginalidad del derecho, la influencia de intereses particulares tras la fachada de neutralidad y la debilidad de la academia jurídica” (García Villegas, 2001, p. 5). Este tipo de cuestionamientos han servido a algunas teóricas feministas para afirmar que el Estado reproduce y legitima intereses masculinos, a través de relaciones desiguales donde los hombres son los ganadores del juego político (MacKinnon, 2006, p. 204).

La crítica feminista también cuestiona las instituciones creadas por el derecho. Por ejemplo, pone en tela de juicio el hecho de que muchas instituciones han excluido a las mujeres como destinatarias de determinados derechos (derecho al voto, potestad marital, restricciones de acceso a la educación), la penalización del aborto, el derecho a la representación y participación política, la desigualdad salarial, los derechos sexuales y reproductivos, el trabajo de cuidado, entre otras (Jaramillo, 2000).

Pese a lo anterior, el derecho también ha sido utilizado como una herramienta para obtener cambios en los ordenamientos jurídicos, en pro de las mujeres y de otras poblaciones históricamente discriminadas. Así, las luchas feministas han reflejado en cambios normativos importantes para las sociedades, por ejemplo, luchas de las feministas liberales han logrado la inclusión de las mujeres en cargos públicos y las políticas de acción afirmativa y el emprendimiento de estrategias de litigo de alto impacto permitieron la despenalización del aborto en Colombia en tres circunstancias.

En el caso de la despenalización del aborto en Colombia, lo que está en juego es el reconocimiento de la plenitud de la ciudadanía de las mujeres, su participación en una comunidad política “en la que todos los participantes son iguales en la medida de su plena individualidad” (Jaramillo, I., Alfonso, T. 2008, p. 217). En ese sentido, es importante resaltar que desde la perspectiva feminista es necesario que se reconozca y se proteja la libertad de las mujeres en relación con la toma de decisiones reproductivas, así como la posibilidad de las mujeres de controlar los riesgos asociados a la maternidad.

Por el contrario, la existencia de normas que impidan el ejercicio de la libertad reproductiva de las mujeres tienen como consecuencia la reproducción algunos estereotipos que tienen que ver con, (i) el cuestionamiento de la capacidad de las mujeres para tomar decisiones de todo tipo, en este caso concreto sobre su cuerpo; (ii) el reconocimiento de las mujeres exclusivamente como seres reproductivos cuya única posibilidad de reconocimiento social es la reproducción; (iii) la afirmación de la maternidad y el cuidado como el principal rol social asignado históricamente a las mujeres; (iv) la exclusión de las mujeres de la toma de decisiones sociales y políticas con base en la asignación de la maternidad como su única función; (v) el desconocimiento de las mujeres como sujetos autónomos; (vi) la negación de la individualización de las mujeres, es decir, el desconocimiento de su “derecho a ser la clase de criatura que puede tener y perseguir sus propios fines”; y (vii) la perpetuación de la idea de que el cuerpo de las mujeres como esta materialmente

conectado con otros cuerpos necesita ser poseído por los otros; entre otras ideas que culturalmente han legitimado y reforzado la discriminación en contra de las mujeres (Jaramillo, 2000).

En el siguiente apartado se ilustrará la forma en la que se protege el derecho a la elección libre de la maternidad en los ordenamientos jurídicos de otros países con el fin de identificar qué elementos podrían contribuir a optimizar la garantía de este derecho en Colombia.

1.3 La elección libre de la maternidad en perspectiva comparada.

Con el fin de conocer de qué forma los ordenamientos jurídicos de distintos países garantizan el derecho de las mujeres a la elección libre de la maternidad, a continuación se hará referencia a los dos aspectos, a través de los cuales, se pretenden evaluar los avances en relación con la protección de este derecho: (a) el acceso de las mujeres a métodos anticonceptivos y (b) el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, en los casos de Estados Unidos; Alemania; España y Uruguay.

Se analizarán los casos de Estados Unidos y Alemania debido a la influencia ejercida por estos países en el constitucionalismo moderno colombiano. El caso de España será estudiado teniendo en cuenta que gran parte de nuestras tradiciones jurídicas son de origen Español. Finalmente, se hará referencia a la legislación uruguaya por ser la más progresista de América Latina en la protección del derecho a la elección libre de la maternidad.

(a) El acceso de las mujeres a métodos anticonceptivos.

Desde épocas antiguas, las mujeres han buscado ejercer control sobre su fertilidad, sin embargo, el uso comercial de métodos anticonceptivos empezó en los años sesenta. A partir de ese momento, los anticonceptivos empezaron a comercializarse en distintos países de manera que, las mujeres pudieron ejercer algún tipo de control sobre su reproducción (Gómez, 2009).

A pesar de la oposición de distintos grupos religiosos frente al uso de anticonceptivos, en Estados Unidos en el juicio Griswold contra Connecticut, en 1965 la Corte Suprema dejó sin efecto todas las leyes que prohibían el uso de anticonceptivos por parte de parejas casadas. En 1972 en el caso Baird contra Eisenstadt se legalizó la posibilidad de que las parejas utilizaran métodos anticonceptivos, independientemente de si estaban casados o no (Chesler, 1992).

Posteriormente, en 1997, 19 estados y el Distrito de Columbia establecieron políticas que exigen a las escuelas impartir educación sexual y en 2001, el Director General de Sanidad de EE.UU., emitió un “Llamado a la Acción” para promover la responsabilidad y educación sexuales como una de las mayores prioridades de salud pública. La declaración de Satcher, que constituye la aprobación de una educación sexual general, hace énfasis en

el acceso pleno a información que sea apropiada desde el punto de vista cultural y de desarrollo (Population Action, 2003).

Por otro lado, en Alemania, el primer anticonceptivo hormonal oral fue introducido en el mercado en 1961 (Parra, 2005). El Ministerio Federal de Economía y Cooperación de este país (identificado como BMZ por sus siglas en alemán) formuló una política de desarrollo llamada Plan de Acción de Derechos Humanos 2008-2010 en la que pretende incorporar el enfoque de derechos humanos en todas las áreas de desarrollo en Alemania. Allí se plantean como objetivos: lograr la igualdad de acceso a servicios e información sobre salud sexual y reproductiva, sin ningún tipo de discriminación basada en sexo, clase social o etnia; la provisión de servicios de salud sexual y reproductiva de calidad que sean culturalmente apropiados.

Asimismo, se resalta de necesidad de adoptar programas de salud sexual y reproductiva que incluyan acceso a la información y a métodos anticonceptivos, en población joven entre 12 y 24 con el fin de prevenir las enfermedades de transmisión sexual y los embarazos no deseados (Federal Ministry for Economic Cooperation and Development, 2008).

En España se despenalizó la utilización de métodos anticonceptivos reversibles el 11 de octubre de 1978, y los métodos irreversibles fueron legalizados en 1983 (Martos, 2010). La Estrategia Nacional de Salud Sexual y Reproductiva de 2011, resalta la necesidad de fortalecer la responsabilidad de los prestadores de servicios de salud de ofrecer servicios de atención a la salud sexual integral de calidad, y garantizar el acceso universal a prácticas clínicas efectivas de planificación de la reproducción, mediante la incorporación de anticonceptivos de última generación y la incorporación de formación sexual y reproductiva en el sistema educativo (Nogueira, 2014).

En América Latina la comercialización de los métodos anticonceptivos se remonta a mediados de la década de los años sesenta. En ese período, la Federación Internacional de Planificación Familiar contribuyó a la formación de asociaciones privadas locales de planificación familiar, así, en 1966, con la apertura de filial en Uruguay empezó la comercialización de los métodos anticonceptivos en este país(Carbajal, 2010). La Ley No 18.426 de 2008 establece que el Estado está en la obligación de promover políticas nacionales; diseñar programas y organizar servicios de salud sexual y reproductiva.

Además, identifica como objetivos: asegurar a toda la población la cobertura de salud sexual y reproductiva; garantizar la calidad y la privacidad en la atención; asegurar el respeto a los derechos sexuales y reproductivos, considerando a la persona en todos los aspectos; impulsar en la población la adopción de medidas de promoción de la salud y de prevención de enfermedades y estimular la atención institucional de los temas más importantes en salud sexual y reproductiva; dar a conocer y proteger los derechos de niños, adolescentes y adultos en materia de información y servicios de salud sexual y reproductiva; garantizar a toda la población el acceso a métodos anticonceptivos seguros y confiables; entre otros.

Actualmente, distintos métodos anticonceptivos son comercializados y ampliamente utilizados en los países mencionados. Según datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), en el 2014 el 57,4% de las mujeres entre 15 y 49 años del mundo utilizaron algún anticonceptivo. Asimismo, como se expuso, las legislaciones de los países analizados desde hace más de 50 años permiten su uso.

(b) El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

En relación con el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, es importante reconocer que el debate sobre la penalización del aborto ha estado presente en la mayoría de ordenamientos jurídicos a nivel global. En ese sentido, tanto los tribunales constitucionales de distintos países como los órganos legislativos se han encargado de abordar el tema y poner en discusión las distintas posturas al respecto.

Entre las posturas adoptadas por diferentes países de América y Europa occidental es posible distinguir entre la regulación de la interrupción del embarazo a través del sistema de plazos o a través del sistema de causales. Así, por un lado, en el sistema de plazos el periodo de gestación se divide en tres trimestres: (1) el primero que incluye el estadio anterior al final del primer semestre; (2) el segundo en el lapso que transcurre entre el final del primer trimestre y hasta el final del segundo trimestre, y (3) la etapa de viabilidad del feto que comprende el tercer trimestre y dependiendo del trimestre en el que se encuentre el embarazo se penaliza o se permite o prohíbe el aborto.

Por otro lado, en el sistema de causales, se establecen una serie de circunstancias en las que se reconoce el derecho de las mujeres a la interrupción del embarazo, generalmente asociadas a la ocurrencia de hechos de violencia sexual; malformaciones que hagan la vida del feto inviable; riesgos para la salud o la vida de la madre y circunstancias socioeconómicas que impidan a la mujer llevar a término el embarazo.

A continuación se expondrá, en términos generales, cuál es la regulación del aborto en los países seleccionados, tomando como referencia: (i) pronunciamientos en los que tribunales constitucionales han hecho al respecto, en concreto, los casos de Estados Unidos, Alemania y España y (ii) la regulación existente en países de Latinoamérica que pueden resultar útiles para la discusión, como el caso de Uruguay.

Las decisiones de la Corte Suprema Estados Unidos.

La Corte Suprema de Estados Unidos se ha pronunciado en varias oportunidades en relación con el aborto: Los casos que la Corte conoció son: Bigelow contra Virginia (1975), Planned Parenthood of Central Missouri contra Danforth (1976), Singleton contra Wulff (1976), Beal contra Doe (1977), Maher contra Roe (1977), Poelker contra Doe (1977), Colautti contra Frankilin (1979), Bellotti contra Baird (1979), Harris contra MacRae (1980), Williams contra Zbaraz (1980), H.L. contra Matheson (1981), Akron v. Akron Centre for Reproductive Health, Inc (1983), Planned Parenthood Association Kansas, Missouri contra Ashcroft (1983), Somopoulos contra Virginia (1983), Thornburgh contra American College of Obstretricians and Gynecologists (1986), Webster contra Reproductive Health Services

(1989), Hodgson contra Minnesota (1990), Ohio contra Akron Centre of Reproductive Health Inc (1990), Rust contra Sullivan (1991), Planned Parenthood contra Casey y Stenberg contra Carhart (Corte Constitucional. C-355 de 2006. Salvamento de voto [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]).

No obstante, en las decisiones que se adoptaron en 1973, Roe vs Wade y Doe vs Bolton se establecieron los parámetros constitucionales en pro de la despenalización del aborto con el fin de proteger los derechos de las mujeres (Corte Constitucional. C-355 de 2006. Salvamento de voto [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]). A continuación se hará referencia a algunas de las decisiones mencionadas:

En el fallo Roe v Wade, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos estudió el caso de una mujer soltera de Texas que no deseaba continuar con su embarazo y no podía acceder al aborto de forma legal por dos razones: (i) porque la ley del estado de Texas solo permitía el aborto si la continuación del embarazo ponía en peligro su salud física y (ii) porque la mujer no tenía los recursos económicos suficientes para viajar a otro estado donde pudiera practicarse un aborto seguro.

La mujer expuso que las leyes del estado de Texas vulneraban el derecho a la intimidad protegido por las enmiendas primera, cuarta, quinta, novena y decimocuarta. Por su parte, la Corte Suprema expuso que estas normas desconocían el derecho a la intimidad de las mujeres y reconoció el derecho a decidir sobre la interrupción del embarazo durante el primer trimestre de embarazo, sin ningún tipo de intervención por parte del Estado:

“El derecho a la intimidad que subyace en el concepto de libertad y en las restricciones a las acciones del Estado, establecido en la decimo cuarta enmienda de la Constitución, es lo suficientemente amplio para cobijar la decisión de una mujer de terminar su embarazo.” (Corte Constitucional. C-355 de 2006. Salvamento de voto [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]).

Además, resaltó que después del primer trimestre las mujeres pueden abortar cuando se pretenda proteger la vida y salud de la mujer. Pasado el periodo de viabilidad del embarazo, debido a que el interés del Estado en la protección de la vida del que está por nacer incrementa, este puede regular e incluso prohibir el aborto con miras a proteger la vida potencial, salvo en aquellos casos en los que según criterio médico éste fuese necesario para preservar la vida o la salud de la mujer. (Andión, 2012)

En síntesis, la Corte estableció que la protección a la intimidad otorgada en la enmienda catorce de la Constitución de los Estados Unidos, las mujeres tienen derecho a interrumpir el embarazo, durante el primer trimestre. Sin embargo, reconoció que este derecho de las mujeres no tiene carácter absoluto y que después del primer trimestre debe ser ponderado con el interés del Estado de proteger la vida y la salud de la mujer. “Igualmente, la Corte rechazó los argumentos que planteaban la protección de la vida desde el momento de la concepción pues no existía ninguna disposición que estableciera que el embrión, y luego el feto, era persona.” (Corte Constitucional. C-355 de 2006. Salvamento de voto [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa])

Luego, en el caso Doe v Bolton estudió el caso de una mujer muy pobre a la que el hospital le había recomendado la interrupción del embarazo por razones de salud mental. Doe había tenido tres hijos: dos habían sido puestos a cuidado del Estado y uno había sido dado en adopción. Su solicitud de aborto había sido negada porque era incompatible con las leyes del Estado de Georgia. La Corte Suprema de Justicia decidió que las leyes de Georgia que prohibían el aborto eran inconstitucionales:

"Aquellas partes de la ley que requieren que los abortos sean realizados en hospitales acreditados que requieran la intervención de un comité de aborto, además de la confirmación de otros médicos y que limita el aborto a los residentes del estado de Georgia son inconstitucionales, mientras que la disposición que requiere que la decisión del médico sea tomada de acuerdo a su mejor criterio clínico de necesidad no es inconstitucionalmente vaga. (Corte Constitucional. C-355 de 2006. Salvamento de voto [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa])"

En 1979, en el caso Colautti v Franklin, la Corte sostuvo que los médicos pueden establecer en qué momento el feto puede sobrevivir por fuera del vientre materno. "Los magistrados sostuvieron que si bien un Estado puede proponerse como fin la protección de un feto viable, la determinación de tal viabilidad debe ser dejada a los médicos." (Shapiro, 2009, p.6)

Es importante mencionar el fallo de 1992, del caso Planned Parenthood v Casey en el que revisó la constitucionalidad de las normas de Pennsylvania que establecían que las niñas menores de edad que quisieran abortar necesitaban permiso de sus padres y establecía que el esposo de la mujer que se iba a practicar el aborto debía ser notificado del procedimiento y firmar un acta en la que afirmara que no había causado el embarazo, que había violado a la mujer o que la vida de la mujer se encontraba en peligro. En esta sentencia, la Corte sostuvo que los estados federados no podían prohibir el aborto a las mujeres antes de que el feto fuera viable, es decir, antes de que el feto pudiera tener una vida independiente de la madre. (Corte Constitucional. C-355 de 2006. Salvamento de voto [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa])"

En el año 2000, en Stenberg v Carhart la Corte Suprema revisó las normas que regulaban el aborto en el estado de Nebraska y prohibían que los abortos se llevaran a cabo con parto parcial, a menos de que fuera necesario para salvar la vida de la mujer. A juicio de la Corte era inconstitucional porque desconocía que la utilización de este método abortivo podía ser necesario para proteger la salud de las mujeres, así concluyó que la norma imponía una carga excesiva al ejercicio del derecho de las mujeres a la interrupción del embarazo.

El análisis de los fallos mencionados permite sostener válidamente que, en Estados Unidos la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que las mujeres tienen derecho a interrumpir el embarazo de forma libre, en virtud de lo establecido en la enmienda catorce, durante el primer trimestre. Después de este tiempo, el Estado puede intervenir para proteger la vida en formación hasta que el feto sea viable. Las menores de edad no necesitan de la

autorización de sus padres para poder abortar y no se pueden poner cargas excesivas a aquellas mujeres que ejercen su derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo.

Las decisiones del Tribunal Constitucional Federal de Alemania

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania se ha pronunciado en varias oportunidades, en relación con el aborto. A continuación se hará referencia a las tres más importantes:

En 1975, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania decidió sobre la ley de plazos que permitía la interrupción voluntaria del embarazo durante los primeros tres meses de gestación. En esta sentencia, el Tribunal concluyó que esta norma era incompatible con la Ley Fundamental porque, a su juicio, esta disposición desconocía la necesidad de proteger la vida humana en formación (Schwabe, 2009).

> "[…] el respeto por la vida humana en formación se opone un interés igualmente importante y digno de protección constitucional, de manera que no puede exigírsele a la mujer renunciar a él para proteger el derecho de aquél. Esto significa que, incluso aceptando que la vida comienza desde el momento de la concepción, es posible imponer un límite a su protección cuando la continuación del embarazo derivaría en una carga excesiva para la mujer encinta. En estos casos, además, el Tribunal estableció que el Estado podía (y era deseable que lo hiciera) ofrecer servicios de asistencia y consejería para recordar a la mujer su responsabilidad con la vida del *no nato*, animarla a continuar el embarazo y ofrecerle asistencia social en caso de necesidad económica. (Schwabe, 2009, p. 128)"

En ese sentido, estableció que el legislador podía regular aquellas situaciones especiales y graves en las que las mujeres pueden practicarse la interrupción voluntaria del embarazo sin que constituya un delito, como las razones médicas en las que el embarazo constituye un peligro para la vida y la salud de la madre; los casos en los que las mujeres han sido víctimas de violencia sexual; cuando el feto presente malformaciones que hagan su vida inviable y cuando la mujer se encuentre en un estado de necesidad que sea tan grave que no se le pueda exigir con la continuación del embarazo.

Posteriormente, en 1993 el Tribunal Federal Alemán sostuvo lo establecido en la sentencia anterior. Indicó que los derechos de las mujeres no prevalecen de manera absoluta sobre la prohibición de interrumpir el embarazo, así, señaló que el Estado debe proteger la vida en formación. De ahí que solo se permita la interrupción del embarazo en casos excepcionales:

> "Tomar estos casos excepcionales y estructurarlos en forma de presupuestos normativos de excepción, es asunto que corresponde al legislador. Sin embargo, para no violar la prohibición de brindar una protección insuficiente, el legislador debe tener en cuenta que en el presente caso los bienes jurídicos –contrapuestos entre sí– no pueden alcanzar un balance adecuado; ello se debe a que en todos

> los casos –tratándose de la vida del que está por nacer–, lo que está en juego no es un mayor o menor derecho, la aceptación de desventajas o restricciones, sino todo, es decir, la vida misma. Un equilibrio que garantice la protección de la vida del *nasciturus* y al mismo tiempo otorgue a la mujer embarazada derecho a interrumpir el embarazo es imposible, pues la interrupción del embarazo implica siempre dar muerte al no nacido." (Schwabe, 2009, p. 129)"

Así, sostuvo que la interrupción del embarazo solo puede practicarse cuando exista un serio peligro para la vida de la mujer o un grave perjuicio para su salud u otras circunstancias excepcionales.

"Desde la prospectiva de las obligaciones que se desprenden de esto, en las especiales circunstancias espirituales en la que se encuentra la que va a ser madre durante la fase temprana del embarazo, en casos especialmente difíciles, donde se pueden dar circunstancias en que se vea amenazada su vida, en las cuales la protección de la dignidad de la mujer embarazada, se puede hacer valer con tal perentoriedad, que en todo caso el ordenamiento legal estatal –haciendo caso omiso, por ejemplo, de concepciones fundadas moral o religiosamente- no pueda exigirle a la mujer que deba darle prevalencia, bajo cualquier circunstancia, al derecho a la vida del que está por nacer." (Schwabe, 2009, p. 129)

En la tercera sentencia el Tribunal revisó la "Ley de ayuda a la Mujer" que establecía que los establecimientos en los que se practicaran abortos cuando no se presenta peligro de muerte o enfermedad para la mujer, así, se dio a la tarea de establecer si el legislador estatal se había excedido en sus facultades al regular disposiciones generales sobre la interrupción el embarazo. El Tribunal Constitucional Federal concluyó que la norma mencionada era inconstitucional porque contradecía las disposiciones Estatales que establecían que las mujeres tienen derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en las situaciones concretas determinadas previamente.

Lo expuesto por el Tribunal Constitucional Federal permite sostener que las mujeres tienen derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, cuando han sido víctimas de violencia sexual; cuando el feto presente malformaciones que hagan su vida inviable y cuando la mujer se encuentre en un estado de necesidad que sea tan grave que no se le pueda exigir la continuación del embarazo.

Las decisiones del Tribunal Constitucional español

El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en relación al aborto en dos oportunidades. En 1984, sostuvo que la jurisdicción penal española no podía condenar a aquellas mujeres que viajaban fuera del país para practicarse abortos. En la segunda decisión estudió la norma que despenalizaba el aborto en tres circunstancias y concluyó que estaba ajustada a la Constitución.

En 1984 el Tribunal Constitucional se pronunció en relación con el aborto, al resolver un recurso de amparo interpuesto por una pareja que fue condenada por este delito, pese a

que se practicó la interrupción del embarazo fuera de España. Los accionantes plantearon que con la condena penal se les habían vulnerado sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad y a la intimidad personal y familiar, el derecho al debido proceso y la seguridad jurídica.

Por su parte, el Tribunal anuló la sentencia mencionada en virtud de la disposición que establecía que ninguna persona puede ser condenada con base en acciones y omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, no obstante, señaló que la vida del no nacido es un bien objeto de protección por parte del Estado. (Corte Constitucional. C-355 de 2006. Salvamento de voto [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa])

Luego, en 1985 revisó la Ley Orgánica número 9 de ese año que establecía, entre otras cosas, que las mujeres tienen derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en tres circunstancias: (i) cuando la continuación del embarazo pusiera en riesgo la vida o la salud física y mental de la mujer; (ii) cuando el embarazo es consecuencia de un hecho de violencia sexual; (iii) cuando se presuma que el feto nacerá con graves malformaciones físicas, siempre que se practique dentro de las primeras 22 semanas y existan dos dictámenes médicos que certifiquen esta condición. En la sentencia, el Tribunal estableció que las normas que despenalizaban la interrupción del embarazo eran constitucionales, sin embargo, sobre aquéllas normas que establecían condiciones especiales a las mujeres para acceder al aborto, fueron declaradas inconstitucionales.

Señaló que si bien el Estado debe proteger la vida en formación, esta protección no es de carácter absoluta por lo que el aborto resulta admisible en determinadas circunstancias. En síntesis la sentencia del Tribunal Constitucional español admitió la despenalización del aborto: i) cuando la vida de la mujer o su salud física o mental se encuentre en peligro; ii) cuando el embarazo sea producto de una violación; y iii) cuando se presuma que el feto nacerá con graves afecciones físicas o psíquicas (Corte Constitucional. C-355 de 2006. Salvamento de voto [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]).

La regulación del aborto en Uruguay

En Uruguay, bajo la vigencia del Código Penal de 1936 el aborto era tipificado como delito, se establecía que las mujeres que incurrieran en la conducta serían castigadas con pena privativa de la libertad de tres a nueve meses y los médicos entre 6 a 24 meses. Pese a que existieron intentos por modificar la legislación, solamente hasta 2012 se avanzó en la materia por vía legislativa, es decir, no se puede hablar de pronunciamientos por parte de Tribunales Constitucionales en este sentido.

La Ley No 18.987 de 2012 sobre interrupción voluntaria del embarazo reconoce que las mujeres tienen derecho a solicitar el procedimiento dentro de las 12 primeras semanas de gestación, para que se lleva a cabo el procedimiento es necesario: (i) que la mujer sea valorada por profesionales en ginecología, psicología y asistencia social; y (ii) que la mujer ratifique su consentimiento, después de haber tenido un periodo de reflexión de cinco días.

En los casos en los que el embarazo es resultado de una violación; cuando el feto presenta malformaciones que hacen su vida inviable y cuando se certifica que su continuación constituye un grave peligro para la vida y la salud de la mujer, no son exigibles los requisitos antes mencionados para acceder a la IVE.

El Ministerio de Salud Pública de este país formuló una Guía Técnica y un Manual de Procedimiento "que buscan promover la implementación en todo el país de forma segura y respetando a los derechos sexuales y reproductivos de las pacientes" (Castro, 2012).

La Ley contempla la posibilidad de que las instituciones prestadoras de servicios de salud se opongan a la práctica del aborto y presenten una objeción de ideario. "Este recurso las exonera de practicar las interrupciones de embarazo pero las obliga a garantizar el servicio contratándolo en otra institución". Por su parte, los profesionales de la salud que deseen objetar conciencia debe hacer parte del registro de objetores de conciencia. En los casos en los que los profesionales de la salud locales se hayan declarado objetores de conciencia, las pacientes serán trasladas al servicio público de Montevideo (Castro, 2012).

El balance de los casos analizados

Las experiencias de derecho comparado analizadas permiten identificar la regulación de la interrupción del embarazo o bien por el sistema de plazos o bien por el sistema de causales. En cualquiera de los sistemas utilizados es importante resaltar la importancia y la necesidad de que los estados concilien la protección de los derechos de las mujeres y el interés del Estado de proteger la vida en formación, sin limitar la toma de decisiones libres por parte de las mujeres.

Este objetivo, podría lograrse a través de la combinación de los dos sistemas. Por un lado, la aplicación de un sistema de plazos que permita a las mujeres interrumpir el embrazo hasta la semana 12, es decir hasta el segundo trimestre, con base en sus consideraciones, convicciones y razones intimas y personales, tal como ocurre en los casos de Estados Unidos y Uruguay.

Y por otro lado, durante el periodo posterior a las 12 semanas, teniendo en cuenta el interés del Estado en proteger la vida en formación, la adopción del sistema de causales en el que se permite la interrupción voluntaria del embarazo en situaciones en las que el embarazo es producto de un hecho de violencia sexual; la continuación del embarazo representa riesgo para la vida y la salud (mental o física) de la mujer; el feto presenta malformaciones que hacen su vida inviable; o existen razones socio-económicas que impiden a la mujer continuar con el embarazo, como ocurre por ejemplo en Alemania y España.

Lo anterior, partiendo de la premisa según la cual, el sistema de salud garantiza la accesibilidad, la disponibilidad y la cobertura de los servicios de interrupción voluntaria del embarazo en todo el territorio nacional, de manera que no se interpongan ningún tipo de barreras medico-administrativas que obstaculicen, demoren o impidan el acceso de las mujeres a servicios seguros de interrupción del embarazo o que coarten la posibilidad de tomar decisiones libre e informadas al respecto.

En el siguiente capítulo se abordará la regulación que el ordenamiento jurídico colombiano ha establecido en relación con el derecho a la elección libre de la maternidad, con el fin de analizar críticamente cuales son los principales restos y desafíos en la protección de este derecho.

2. La elección libre de la maternidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

Como se expuso en el capítulo anterior, la protección del derecho a la elección libre de la maternidad impone al Estado la obligación de garantizar que las mujeres puedan tomar decisiones libres de todo tipo de coacción, en relación con su reproducción. Para cumplir con esta obligación, el Estado debe proveer a las mujeres servicios de salud reproductiva en dos sentidos: (a) garantizando acceso a métodos anticonceptivos, de manera que las mujeres reciban información sobre toda la gama posibilidades y pueden elegir el de su preferencia; y (b) proporcionando servicios de interrupción voluntaria del embarazo de forma segura.

Bajo este entendido, se analizarán los avances del ordenamiento jurídico colombiano en la materia, tomando como punto de partida que el derecho a la elección libre de la maternidad se garantiza a través de los dos supuestos señalados. Así, la normatividad y la jurisprudencia que se abordará en los siguientes capítulos será aquella que haga referencia por un lado, al acceso a métodos anticonceptivos; y por otro lado, al acceso a servicios de interrupción voluntaria del embarazo.

Para tal fin, en este capítulo, primero se hará una breve referencia a los principales instrumentos internacionales que reconocen la importancia de proteger el derecho de las mujeres a la autodeterminación reproductiva y que hacen parte del ordenamiento jurídico colombiano; segundo, se analizarán las leyes, decretos y resoluciones que pretenden proteger esta garantía constitucional y; tercero, se abordarán las decisiones emitidas por la Corte Constitucional, en relación con el derecho a la interrupción voluntaria del embrazo.

2.1 Instrumentos internacionales que protegen el derecho a la elección libre de la maternidad.

En Colombia, la Constitución Política de 1991 consagró expresamente el derecho de los hombres y las mujeres a la autodeterminación reproductiva. En virtud del reconocimiento de este derecho las personas, en especial las mujeres, deben poder tomar decisiones en relación con la procreación sin ningún tipo de interferencia o violencia física y psicológica, coacción o discriminación.

El reconocimiento expreso de este derecho en la Carta Política es, por un lado, el resultado del cumplimiento de algunas obligaciones internacionales adquiridas por el Estado Colombiano, en distintos documentos de derecho internacional, y por el otro, consecuencia de las luchas emprendidas por los movimientos feministas en pro de reivindicación del derecho a decidir sobre el cuerpo y la libre opción de la maternidad (La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2009).

Con el paso del tiempo, los instrumentos internacionales en pro de la garantía de este derecho se han venido ampliando y los Estados han ratificado su compromiso en su garantía. Por esa razón, analizar cuál ha sido el desarrollo de este mandato constitucional en la normatividad vigente requiere estudiar, además de los instrumentos internacionales mencionados, cada una de las normas que han sido expedidas con el fin de permitir a las mujeres tomar decisiones libres sobre la maternidad. Esto, en el caso colombiano, implica analizar las decisiones de la jurisprudencia constitucional relacionadas con la garantía del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, dado que, no hay una disposición legal que regule la materia.

Entre los principales instrumentos de derecho internacional que resaltan la importancia de proteger el derecho a la auto determinación reproductiva e imponen obligaciones concretas a los estados para garantizarlos, es importante mencionar:

La Resolución 2211 de 1966 sobre crecimiento demográfico y desarrollo económico emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la que se estableció que la cantidad de hijos e hijas en cada familia debe ser objeto de libre elección por parte de la misma.

Lo allí establecido más tarde fue ampliado en la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos en Terán de 1968 en la que se reconoce el derecho del padre y la madre a decidir de forma libre y responsable sobre el número y el intervalo en el cual desean tener hijos.

Luego, en 1979 la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer–en adelante CEDAW- indicó expresamente que las mujeres tienen los mismos derechos que los hombres a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desean tener y el intervalo entre los nacimientos. Igualmente, consagró el derecho a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos (art. 16). Además, señaló que se desconoce el derecho a la autodeterminación reproductiva cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales pueden ejercer control respecto de su fecundidad.

En 1994, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo del Cairo- en adelante CPID- hizo énfasis en la importancia que tiene la satisfacción de las necesidades sexuales y reproductivas de las mujeres (Ardila, 2011). Igualmente, resaltó que la relación de igualdad entre hombres y mujeres en la esfera de las relaciones sexuales y la procreación exige el respeto mutuo y la voluntad de asumir la responsabilidad personal de las consecuencias de la conducta sexual.

En ese sentido, incluyó en su plataforma de acción estrategias para proteger los derechos reproductivos. Entre estas estrategias, resulta pertinente destacar el programa de acción para la salud reproductiva que busca garantizar a los hombres y mujeres: la posibilidad de disfrutar una vida sexual satisfactoria y sin riesgos; la libertad para decidir si procrear o no y con qué frecuencia hacerlo; el derecho a obtener información sobre métodos de planificación familiar; entre otras cosas.

Un año más tarde, en 1995, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará) resaltó la importancia de proteger los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres (CIDH, 2011).

En el mismo año, la Conferencia Mundial de Beijing llamó la atención sobre el control limitado que las mujeres ejercen sobre su vida sexual y reproductiva y reconoció que no pueden adoptar decisiones que tienen efectos directos sobre su salud. Con base en ese diagnóstico recomendó a los estados adoptar medidas que permitan a la mujer ejercer el derecho a disfrutar el más alto nivel posible de salud durante todo su ciclo vital en pie de igualdad con el hombre, entre otros.

Finalmente, es importante mencionar el Estatuto de Roma de 1998 que reconoció que los delitos en contra la auto determinación reproductiva como el embarazo forzado y la esterilización forzada son crimines de lesa humanidad, de acuerdo con el derecho internacional humanitario.

En términos generales, es posible sostener que distintos instrumentos internacionales reconocen la importancia de proteger y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En concreto, el derecho a la elección libre de la maternidad ha sido expresamente reconocido y se ha indicado que se desconoce este derecho cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales las mujeres pueden decidir sin ningún tipo de coacción, física o psicológica, sobre su fecundidad, asimismo, se estableció que los estados deben adoptar medidas que permitan a la mujer ejercer el derecho a disfrutar el más alto nivel posible de salud durante todo su ciclo vital en pie de igualdad con el hombre.

2.2 Avances en la legislación colombiana.

En Colombia, diferentes leyes, decretos y resoluciones han hecho referencia, expresa o tácita, a la protección del derecho a la elección libre de la maternidad. En este apartado, primero, se mencionarán aquéllas a través de las cuales se introdujeron los instrumentos internacionales anteriormente mencionados al ordenamiento jurídico colombiano y segundo, aquéllas que se relacionan con el acceso a servicios de salud reproductiva:

En relación con las normas que introdujeron instrumentos internacionales a nuestro ordenamiento jurídico, es importante destacar: la Ley 51 de 1981 a través de la cual se aprobó la CEDAW; el Decreto Reglamentario 1398 de 1999 en el que se desarrollaron algunos aspectos de la Ley 51; la Ley 984 de 2005 en la que se suscribió el Protocolo Facultativo de la Convención que reconoce la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de una violación de los derechos establecidos en la Convención a causa del estado parte; la Ley 248 de 1995 en la cual el Estado Colombiano suscribió la Convención de “Belem do Pará”; la Ley 742 de 2002, mediante la cual Colombia aprobó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

(a) En relación con el acceso de las mujeres a métodos anticonceptivos.

Es importante hacer referencia a la Ley 23 de 1981 y el Decreto Reglamentario 3380 del mismo año que establecen la obligatoriedad de los prestadores del servicio de salud de informar a las usuarias sobre los riesgos y consecuencias de los procedimientos médicos o quirúrgicos que puedan afectarlas física o psíquicamente como el dispositivo intra uterino, los implantes subdérmicos, o la ligadura tubaria para la cual necesario contar con la firma correspondiente. Asimismo, deben solicitar la manifestación del consentimiento informado sobre estos procedimientos.

La Resolución 8514 expedida en 1984 por el Ministerio de Salud estableció algunos lineamientos relacionados con el ejercicio de los derechos reproductivos. Esta Resolución señaló que es un derecho fundamental de la pareja y del individuo decidir, de forma libre, si desea tener hijos o no; cuántos y en qué momento; en ese sentido, reiteró que es deber del Estado "ofrecer información veraz y completa en relación a todos y cada uno de los métodos y prácticas de regulación de la fertilidad, siempre y cuando éstos no produzcan efectos secundarios comprobados para la salud de los individuos."

En relación con la aplicación de métodos anticonceptivos irreversibles, esta norma dispuso que los usuarios deben manifestar su consentimiento informado y voluntario sobre el procedimiento, molestias, riesgos, beneficios, disponibilidad de métodos alternativos y las implicaciones fisiológicas y sociales. Igualmente, señaló que el consentimiento puede ser retirado en cualquier momento, pues la persona no debe someterse a ningún tipo de presión, coacción u engaño.

Además, estableció las siguientes obligaciones al Ministerio de Salud: (i) emitir un manual para la atención de los usuarios y (ii) capacitar a prestadores de los servicios de salud reproductiva; (iii) finalmente, aclaró que los prestadores no pueden ejercer ningún tipo de presión sobre los pacientes para que opten por elegir un anticonceptivo específico y tampoco pueden recibir algún tipo de incentivo por el estímulo al uso de determinado método (Ministerio de Salud y Protección Social, Profamilia, UNFPA & OIM, 2014, p.28)

Después, mediante la Resolución 1531 de 1992 el Ministerio de Salud "asoció a la conmemoración del Día Internacional de la Mujer mediante el reconocimiento de una serie de derechos relacionados con su salud, vida, cuerpo y sexualidad" (Ministerio de Salud y Protección Social, Profamilia, UNFPA & OIM, 2014, p.28).

Por su parte, la Ley 100 de 1993 que estableció el Sistema de Seguridad Social en Salud introdujo un conjunto de acciones y servicios destinados a atender necesidades de salud sexual y reproductiva. Estableció que están cubiertos en el Plan Obligatorio de Salud, entre otras cosas, el suministro de métodos anticonceptivos para hombres y mujeres, adultos y jóvenes; métodos temporales de barrera (condón y espermicidas); hormonales (orales, inyectables e implante subdérmico); dispositivo intrauterino, esterilización definitiva para hombres y mujeres mayores de edad e interrupción voluntaria del embarazo; en los casos despenalizados por la Corte Constitucional (Ministerio de Salud y Protección Social, Profamilia, UNFPA & OIM, 2014, p.28).

En el año 2000, la Resolución 412, actualizada por las resoluciones 3242 de 2006, 796 y 1938 de 2008, establecieron el conjunto de las normas técnicas y guías de atención integral relacionadas con los métodos de planificación para hombres y mujeres, en los siguientes términos: “la atención del embarazo, parto y al recién nacido, la detección temprana de alteraciones de desarrollo de adolescentes, las ITS-VIH/Sida, el cáncer de cuello uterino y de seno, así como la atención a la mujer y niño maltratado.” (Ministerio de Salud y Protección Social, Profamilia, UNFPA & OIM, 2014, p.28)

En el año 2003, mediante la adopción de la Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva 2003 – 2007, el Ministerio de la Protección Social señaló como temas prioritarios para la intervención del Estado: “la maternidad segura, la planificación familiar, la salud sexual y reproductiva de la población adolescente, el cáncer de cuello uterino, las infecciones de transmisión sexual y VIH/Sida y las violencias doméstica y sexual”. (Ministerio de Salud y Protección Social, Profamilia, UNFPA & OIM, 2014, p.28)

En la Resolución N° 769 del 3 de marzo de 2008 se actualizó la norma técnica para la atención en planificación familiar a hombres y mujeres establecida en la Resolución 412 de 2000. La Resolución tiene como objetivo brindar a las parejas en edad fértil información y educación sobre los métodos necesarios para ejercer sus derechos reproductivos y ampliar el abanico de opciones anticonceptivas, así como contribuir a la disminución de gestaciones no deseadas incrementó la oferta de métodos anticonceptivos e incluyó: implante subdérmico, anticonceptivos orales e inyectables, combinados en bajas dosis y condón masculino. Asimismo estableció los aspectos que se deben informar a los usuarios sobre cada método, de acuerdo con la información de la Organización Mundial de la Salud:

Método	**Descripción**	**Cómo funciona**	**Eficacia para prevenir el embarazo**	**Observaciones**
Anticonceptivos orales en combinación (la «pastilla» o «píldora»)	Contiene dos hormonas (estrógeno y progestágeno)	Evita la liberación de óvulos por los ovarios (ovulación)	>99% si se usa de manera correcta y sostenida 92% como se usa comúnmente	Disminuye el riesgo de cáncer endometrial y ovárico.
Pastillas de progestágeno solo «minipastilla» o «minipíldora»	Contiene únicamente progesterona (sin estrógeno)	Hace más espeso el moco del conducto del cuello uterino, lo que impide que los espermatozoides	99% si se usa de manera correcta y sostenida Entre 90% y 97% como se usa comúnmente	Puede usarse mientras se amamanta; debe tomarse todos los días a la misma hora

		y el óvulo se junten y previene la ovulación		
Implantes	Cilindros o cápsulas pequeños y flexibles que se colocan debajo de la piel del brazo; contienen únicamente progestágeno	Hace más espeso el moco del conducto del cuello uterino, lo que impide el encuentro de los espermatozoides con el óvulo y evita la ovulación	>99%	Debe ser insertado y extraído por personal sanitario; se puede usar durante 3 a 5 años, según el tipo; las hemorragias vaginales irregulares son comunes pero no dañinas
Progestágeno en forma inyectable	Se inyecta por vía intramuscular cada 2 o 3 meses, según el producto	Hace más espeso el moco del conducto del cuello uterino, lo que impide el encuentro de los espermatozoides con el óvulo y evita la ovulación	>99% si se usa de manera correcta y sostenida	Al cesar el uso, la fecundidad tarda en reaparecer (cerca de 1 y 4 meses en promedio); las hemorragias vaginales irregulares son comunes pero no dañinas
Inyectables mensuales o anticonceptivos inyectables en combinación	Se inyectan cada mes por vía intramuscular; contienen estrógeno y progestágeno	Impide que los ovarios liberen óvulos (ovulación)	>99% si se usan de manera correcta y sostenida	las hemorragias vaginales irregulares son comunes pero no dañinas
Inyectables mensuales o anticonceptivos inyectables en combinación	Se inyectan cada mes por vía intramuscular; contienen estrógeno y progestágeno	Impide que los ovarios liberen óvulos (ovulación)	>99% si se usan de manera correcta y sostenida	las hemorragias vaginales irregulares son comunes pero no dañinas

Inyectables mensuales o anticonceptivos inyectables en combinación	Se inyectan cada mes por vía intramuscular; contienen estrógeno y progestágeno	Impide que los ovarios liberen óvulos (ovulación)	>99% si se usan de manera correcta y sostenida	las hemorragias vaginales irregulares son comunes pero no dañinas
Inyectables mensuales o anticonceptivos inyectables en combinación	Se inyectan cada mes por vía intramuscular; contienen estrógeno y progestágeno	Impide que los ovarios liberen óvulos (ovulación)	>99% si se usan de manera correcta y sostenida	las hemorragias vaginales irregulares son comunes pero no dañinas
Parche anticonceptivo combinado y anillo vaginal anticonceptivo combinado	Libera dos hormonas de forma continua, una progestina y un estrógeno, directamente a través de la piel (parche) o mediante el anillo	Impide que los ovarios liberen óvulos (ovulación)	El parche y el anillo vaginal son métodos nuevos y los estudios sobre su eficacia son limitados. Los estudios de eficacia realizados señalan que puede ser más eficaz que los anticonceptivos orales combinados, cuando se utilizan de un modo correcto y sostenido, y tal y como se aplican comúnmente	El parche y el anillo vaginal proporcionan una seguridad comparable a los anticonceptivos orales combinados con formulaciones hormonales similares y su perfil farmacocinético es parecido
Dispositivo intrauterino (DIU): de cobre	Dispositivo plástico flexible y pequeño que contiene un asa o cubierta de cobre y se inserta en el útero	El cobre daña los espermatozoides e impide que se junten con el óvulo	>99%	Disminuye la frecuencia de cólico menstrual y los síntomas de endometriosis; amenorrea (ausencia de hemorragia

				menstrual) en un grupo de usuarias
Condón masculino	Vaina o cubierta que envuelve el pene erecto	Forma una barrera que impide el encuentro de los espermatozoides con el óvulo	98% si se usa de manera correcta y sostenida 85% como se usa comúnmente	También protege de las infecciones de transmisión sexual, en particular la causada por el VIH
Condón femenino	Vaina o forro que se adapta holgadamente a la vagina; está hecho de un material plástico transparente, fino y suave	Forma una barrera que impide que los espermatozoides y el óvulo se junten	90% si se usa de manera correcta y sostenida 79% como se usa comúnmente	También protege de las infecciones de transmisión sexual, en particular la causada por el VIH
Esterilización masculina (vasectomía)	Anticoncepción permanente por la cual se bloquean o cortan los tubos (conductos deferentes) que transportan los espermatozoides desde los testículos	Impide que haya espermatozoides en el semen eyaculado	>99% después de la evaluación del semen a los 3 meses Entre 97% y 98% si no se evalúa el semen	Tarda en actuar unos 3 meses debido a que quedan espermatozoides almacenados; no afecta el funcionamiento sexual del hombre; es fundamental que sea una elección voluntaria y con conocimiento de causa
Esterilización femenina (ligadura de las trompas; salpingectomía)	Anticoncepción permanente por la cual se bloquean o cortan las trompas de Falopio	Los óvulos no pueden juntarse con los espermatozoides	>99%	Es fundamental que sea una elección voluntaria y con conocimiento de causa

Anticoncepción de urgencia (levonorgestrel, 1,5 mg)	Son pastillas de progestágeno que se toman para prevenir el embarazo hasta 5 días después de una relación sexual sin protección	Evita la ovulación	Reduce en un 60% a un 90% el riesgo de embarazo	No altera el embarazo si este ya se ha producido

Según lo establecido en la Resolución 769 de 2008 son obligaciones de los prestadores del sistema de salud: (i) informar sobre los métodos disponibles (sin exclusión alguna), sus mecanismos de acción, ventajas, desventajas, riesgos, signos de alarma y consecuencias del uso de cada uno de ellos. Se debe siempre evaluar el riesgo de Infecciones de Transmisión Sexual (ITS) e informar sobre la necesidad de usar siempre doble protección evaluando el riesgo de Infecciones de Transmisión Sexual (ITS) e informar sobre la necesidad de usar siempre doble protección; (ii) responder a las dudas en un lenguaje sencillo y apropiado; (iii) brindar apoyo en la elección del método, aplicando los criterios de elegibilidad para iniciar el uso de métodos anticonceptivos, entre otras.

Por último, es importante mencionar el Decreto 968 de 2010 que creó la Comisión Intersectorial para la Promoción y Garantía de los Derechos Sexuales y Reproductivos para que se implementen los planes y programas necesarios para la ejecución de las políticas públicas relacionadas con la promoción y garantía de los derechos sexuales y reproductivos.

Como se puede observar, las leyes, los decretos y resoluciones que tienen relación con el ejercicio del derecho a la autodeterminación reproductiva se centran en regular aspectos relacionados con la prestación de los servicios de salud reproductiva, específicamente, las formas en las que las usuarias pueden acceder a métodos anticonceptivos, asimismo, determinan las obligaciones de los prestadores y los derechos de los usuarios cuando se trata de métodos de esterilización definitiva.

(b) En relación con el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo

Aunque los avances de la legislación en relación con la elección libre de la maternidad, específicamente en el aspecto relacionado con la garantía y acceso de métodos anticonceptivos, son muy importantes en la garantía del derecho de las mujeres a la autodeterminación reproductiva, es necesario resaltar que estas normas, antes de la sentencia de la Corte Constitucional C-355 de 2006, no hacían referencia al derecho fundamental de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo, pese a los múltiples intentos por regular la materia y a que este tema constituye un aspecto central cuando se hace referencia a la garantía del derecho a la elección libre de la maternidad.

El Código Penal de 1936 que estuvo vigente hasta 1980 penalizaba el aborto bajo cualquier circunstancia. La norma diferenciaba entre aborto consentido al que le asignaba pena de 1 a 4 años y aborto no consentido, para el cual contemplaba una pena de 1 a 6 años. No obstante, establecía la reducción de la pena cuando se realizaba “para salvar el honor propio o el de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva, o hermana”. (La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2009, p. 11).

En 1957, el año en el que se celebró la Primera Conferencia de la Mujer organizada por las Naciones Unidas, se presentó un proyecto de ley que pretendía reglamentar la interrupción terapéutica del embarazo en Colombia, en un tiempo límite de doce semanas. El proyecto permitía la interrupción del embarazo cuando se estableciera el peligro para la vida y la salud de la madre o existiera la posibilidad científicamente comprobada de que el ser que estaba por nacer tuviera una enfermedad o lesión genética reconocida como incurable. Además, establecía que la mujer que solicitara el procedimiento debía ser menor de 45 años y mayor de 15 y no haber tenido una interrupción del embarazo en los últimos 12 meses. En los casos en los que la mujer fuera casada era necesario que contara con la autorización del esposo y si era soltera o menor de edad debía tener la autorización de quien ejercía la patria potestad.

En 1979 se presentó el Proyecto de Ley No 93 que pretendía proteger “la salud y la vida de las mujeres que habitan en Colombia”, contemplaba las 12 semanas de gestación como el tiempo límite para la interrupción del embarazo y planteaba la despenalización en los casos en los que el embarazo fuera consecuencia de acceso carnal abusivo, ocasionara riesgo para la salud y la vida de la mujeres o hubiera malformación o procesos patológicos en el feto. Al igual que el proyecto anterior, sostenía que en los casos en los que la mujer fuera casada era necesario que contara con la autorización del esposo y si era soltera o menor de edad debía tener la autorización del representante legal.

Durante la década de los 80 estuvo vigente un nuevo Código Penal que establecía en los artículos 343, 344 y 345 los delitos de aborto consentido, aborto no consentido y las circunstancias de atenuación punitiva, respectivamente. La pena para aborto consentido era de 1 a 3 años, la pena para aborto no consentido de 3 a 6 años y las circunstancias de atenuación incluían el hecho de que la conducta fuera consecuencia de acceso carnal violento y acceso carnal abusivo.

En 1987 el movimiento de mujeres trabajó en distintas iniciativas de reforma a la Constitución de 1986 en pro de la garantía de los derechos sexuales y reproductivos. Ese año, se presentó un proyecto de ley que buscaba la legalización parcial del aborto en casos en los que la vida y la salud física de la madre se encontraran en peligro, cuando el embarazo fuera consecuencia de un hecho de violencia sexual o de inseminación artificial no consentida o cuando el feto presentara defectos físicos y cuando la mujer fuera drogadicta y presentara problemas físicos (La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2009).

Luego, en 1989 existió una nueva iniciativa legislativa que pretendía legalizar el aborto en los primeros noventa días de la gestación, en los casos en los que se presentara “serio

peligro para la salud física y psíquica de la mujer, en relación con su estado de salud o sus condiciones económicas o sociales o familiares, o las circunstancias en que se produjo la concepción, o a previsiones de anomalías o deformaciones del concebido" (La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2009, p. 15). Para poder practicarse el procedimiento la mujer requería consultar una institución pública o privada en la que el médico debía expedir un documento en el que señalara el estado de gravidez y la solicitud de interrupción firmada por la mujer. Después de esto, se invitaría a desistir a la mujer por un lapso de 7 días y después de transcurrido este tiempo podría hacerse el procedimiento (La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2009).

El movimiento Red Mujer y Constituyente participó en la Asamblea Constituyente de 1991 y exigió la incorporación de los principios establecidos en la CEDAW en la nueva carta política, con el fin de elevar a rango constitucional algunos conceptos en pro de la protección de los derechos de las mujeres. Entre los artículos redactados se sugirió uno sobre la autonomía de las mujeres que reconocía la posibilidad a las mujeres de decidir sobre su maternidad junto con la garantía de la seguridad social orientada a que el Estado provea y garantice los derechos sexuales y reproductivos.

La Red Mujer y Constituyente realizó actividades de incidencia en las Comisiones Primera Segunda y Quinta de la Asamblea con el fin de evitar que el constituyente estableciera que el derecho a la vida existe desde el momento del nacimiento y consagrara el derecho a la libre opción de la maternidad. Mientras que el primer objetivo se alcanzó evitando que se discutiera sobre cuando se es persona, el segundo objetivo se perdió debido a que la Comisión Quinta eliminó el artículo que consagraba el derecho a la libre opción de la maternidad argumentando que el tema sería tratado por el Congreso de la República (La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2009).

Finalmente, la Constitución de 1991 consagró el derecho de los hombres y las mujeres a la autodeterminación reproductiva y señaló que los convenios internacionales ratificados por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad. En 1993 se presentó, nuevamente, un proyecto de ley a través del cual "se definían y protegían los derechos de la mujer y se despenalizaba la interrupción voluntaria del periodo de gestación". En este proyecto se establecía que las mujeres podían acceder a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo en un plazo de 90 días, en los casos en los que corriera peligro la salud física y mental, cuando las situaciones económicas de las mujeres lo justificaran o en los casos en los que se presentaba violencia sexual. "El proyecto se apoyaba en los datos sobre mortalidad materna en el país, las condiciones de aborto clandestino y hacía referencia al concepto de salud pública así como al concepto de vida humana y calidad de vida" (La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2009, p. 23).

Ese mismo año se presentó otra iniciativa de proyecto de ley "por el cual se desarrollan los derechos constitucionales a la protección y libre opción de la maternidad y la protección al niño menor de un año". Este proyecto sostenía que en el marco del ejercicio del derecho a la autodeterminación reproductiva las mujeres podían optar por la interrupción voluntaria del embarazo hasta los primeros 90 días de la gestación, cuando la concepción fuera

producto de hechos de violencia sexual o inseminación artificial no consentida. También establecía que podía accederse al procedimiento cuando el embarazo representara un riesgo para la salud y la vida de la mujer y cuando el feto tuviera graves malformaciones físicas y psíquicas (La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2009, p. 24).

En 1995, se tramitó el proyecto de ley No 43/95 que pretendía regular aspectos relacionados con la salud reproductiva de las mujeres. Si bien el proyecto hacía referencia al derecho a la elección libre de la maternidad y desarrollaba temáticas relacionadas con la salud sexual y reproductiva, no tenía un artículo específico que contemplara la despenalización del aborto. Dos años después, en 1997, se propuso un proyecto de ley para despenalizar el aborto en casos de acceso carnal violento, riesgo para la vida y la salud de la madre La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2009).

En Colombia, desde la década de los años 50, entre 1975 y 2005 se presentaron distintos proyectos de ley que pretendían la despenalización del aborto en algunas de las siguientes circunstancias: (i) cuando el embarazo fuera consecuencia de violación; cuando el feto tuviera malformaciones genéticas que hicieran su vida inviable; (i) cuando la vida o la salud de la mujer corrieran peligro y (iii) por razones socioeconómicas.

Pese a lo anterior, lo único que se logró introducir en el Código Penal del año 2000 fue la consagración de una potestad en cabeza del juez o jueza para prescindir de la pena cuando se tratara de circunstancias extraordinarias o condiciones anormales de motivación y el embarazo hubiese sido consecuencia de un hecho de violencia sexual o inseminación artificial no consentida (Jaramillo & Alfonso, 2008).

De acuerdo con el planteamiento de Jaramillo y Alfonso, pese a que el movimiento de mujeres en Colombia había tenido el aborto en su agenda desde la década de los 70 no había logrado posesionar el debate en los medios de comunicación, como un problema de salud pública y de derechos humanos. Las organizaciones de mujeres que trabajaban el tema no lograron que en los escenarios de producción legislativa se regulara el aborto pese a su arduo trabajo para incidir en este espacio, su influencia en la producción de políticas públicas y su trabajo en la sensibilización de funcionarios públicos en los temas de género y el empoderamiento de las mujeres menos favorecidas.

A finales del mes de marzo de 2016, el ex Fiscal General de la Nación, presentó un proyecto de ley que pretende modificar el artículo 122 del Código Penal que establece las sanciones para el delito de aborto. Según lo establecido en la iniciativa legislativa, incurriría en el delito quien después de la semana 24 de gestación se cause aborto o permita que alguien lo ocasione. Sin embargo, esta iniciativa legislativa aún no ha sido discutida en el Congreso de la República.

En síntesis, es posible afirmar que en relación con la prestación de servicios de interrupción voluntaria del embarazo, no existe una ley que se refiera a las situaciones o plazos en los que las mujeres pueden solicitarlos. En este escenario, resulta relevante mencionar el papel de la Corte Constitucional colombiana en relación con la garantía del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. A continuación se abordarán los avances en la

materia que ha desarrollado la jurisprudencia constitucional, en relación con (a) el acceso de las mujeres a métodos anticonceptivos y (b) el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

2.3 Avances en la jurisprudencia constitucional colombiana.

(a) En relación con el acceso de las mujeres a métodos anticonceptivos.

La Corte Constitucional, en la sentencia T-440 de 1992, ordenó al Ministerio de Educación, elaborar con el apoyo de expertos un estudio sobre el contenido y metodología más adecuados para impartir la educación sexual en todo el país. En esta oportunidad, la Corte se pronunció en relación con la importancia de brindar a los niños, niñas y adolescentes educación sexual acorde con su proceso de desarrollo, sus condiciones emocionales y sus capacidades cognitivas. Señaló la función de la educación sexual es la de "proveer elementos objetivos para contribuir a su reflexión y a una más clara, racional y natural asunción de su corporeidad y subjetividad" y que no debe entenderse como el equivalente a los modelos convencionales sobre métodos de control de la natalidad, sino que "se trata de un verdadero proceso que se inicia desde el nacimiento y que tiene en los padres a la instancia que más influencia ejerce en la misma".

Posteriormente, en la C-507 de 2004, el alto Tribunal reiteró la importancia de las campañas educativas sobre derechos sexuales y reproductivos con el fin de enfrentar fenómenos como: la propagación de enfermedades infecto-conta-giosas, el aumento de embarazos no deseados, el abuso sexual (particular-mente el que se ejerce contra los niños), la indiscriminada y masiva difusión de mensajes sexuales a través de los medios de comunicación de impredecible impacto en los niños y jóvenes.

En la sentencia T-732 de 2009 señaló que en virtud del derecho a acceder a servicios de salud reproductiva, los hombre y mujeres deben: (i) recibir educación e información sobre toda gama de métodos anticonceptivos, acceso a los mismos y posibilidad de elegir aquél de su preferencia; (ii) acceder a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos establecidos pro la Corte Constitucional; (iii) recibir prevención y tratamiento las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino.

A través de la sentencia C-625 de 2010, la Corte Constitucional declaró infundadas las objeciones formuladas por el Presidente de la República en relación con el proyecto de ley "Por medio de la cual se promueve la ligadura de conductos deferentes o vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio como formas para fomentar la paternidad y la maternidad responsables y se establecen estímulos para los ciudadanos" que establecía la gratuidad de los servicios de anticoncepción quirúrgica. Los argumentos del Presidente para objetar el proyecto de ley estaban relacionados con los gastos que generaría la aplicación de la ley.

En la sentencia T-627 de 2012, la Corte resaltó, entre otras cosas, que las mujeres tienen derecho a recibir información veraz e imparcial en relación con el uso de los métodos anticonceptivos. Específicamente, en relación con la anticoncepción oral de emergencia indicó que: (i) no tiene carácter abortivo sino anticonceptivo, (ii) su uso no está restringido a las hipótesis despenalizadas de aborto, (iii) las mujeres que hacen uso de ella fuera de las causales despenalizadas de aborto no incurren, en ningún caso, en el delito de aborto y (iv) hace parte de los servicios de salud reproductiva que las mujeres colombianas pueden libremente elegir.

En la sentencia C-131 de 2014 la Corte se pronunció en relación con la prohibición de anticoncepción quirúrgica a menores de edad, incluidos aquellos en situación de discapacidad, a causa de la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 7º de la Ley 1412 de 2010. En esta sentencia, el alto Tribunal estableció que la prohibición de someter a los menores en condición de discapacidad mental a la anticoncepción quirúrgica, resultaba ajustada a la Constitución porque: (i) el Legislador estaba habilitado para regular todo lo concerniente a la progenitura responsable; (ii) existía un deber constitucional de protección al menor de edad en condición de discapacidad; y (iii) la edad no constituía en criterio semi-sospechoso de discriminación.

La Corte concluyó que “la prohibición de la práctica de los procedimientos de esterilización quirúrgicos no desconocía el derecho a la autodeterminación de los menores de edad, toda vez que estos podían acceder a otros mecanismos no irreversibles ni definitivos para controlar la reproducción hasta tanto cumplieran la mayoría de edad.”

Luego, en la T-740 de estudió el caso de una menor de edad en situación de discapacidad respecto de la cual se solicitaba la práctica de un procedimiento de anticoncepción quirúrgica. En este caso, la Corte advirtió que la discapacidad de la menor no le impedía otorgar un consentimiento razonado, libre y espontáneo, de manera que no era necesario que otra persona otorgara su consentimiento de forma sustitutiva. En consecuencia, ordenó la protección sus derechos a la autonomía y la integridad personal, a la salud sexual y reproductiva, y al consentimiento.

En la sentencia T-815 de 2015 la Corte resaltó la obligación del Estado de garantizar a las mujeres privadas de la libertad el acceso a métodos anticonceptivos, en condiciones de calidad. Sostuvo que los derechos sexuales y reproductivos de las personas privadas de la libertad y de sus parejas, “independientemente de la orientación sexual, contiene además, el derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables por parte de las personas privadas de libertad. Para ello, el Estado debe proporcionar condiciones de dignidad en lugares especiales que permitan el desarrollo de una visita íntima que abarque, entre otros: el derecho a decidir tener o no hijos, el número y el espacio entre cada uno, así como el derecho al acceso pleno de métodos de regulación de la fecundidad.”

En síntesis, es posible sostener que los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en relación con la garantía de acceso a anticoncepción por parte de las mujeres, han reforzado muchos de los parámetros establecidos en los instrumentos de derechos

internacional y en la legislación colombiana respecto de este derecho, como por ejemplo la obligación de los Estados de proveer servicios de salud sexual y reproductiva y garantizar el acceso de las mujeres a los métodos anticonceptivos de su preferencia.

(b) En relación con el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional anteriores a la sentencia C-355 de 2006

En 1994, la Corte Constitucional colombiana se pronunció por primera vez en relación con la penalización del aborto. Un ciudadano demandó el artículo 343 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal) por considerar que desconocía los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia y la diversidad étnica, entre otros. El accionante sostuvo que de acuerdo con la fórmula política establecida en la Constitución de 1991 nadie puede ser obligado a actuar en contra de sus creencias, y la penalización total del aborto desconocía los derechos de quienes no consideran que este acto es un delito. Asimismo, afirmó que el no nato no es una persona y en consecuencia concluyó que no es titular de derechos.

En la sentencia C-133 del mismo año, la Corte estudió los argumentos que sostenían que la penalización total del aborto se ajustaba a la Constitución. De esta manera, concluyó que el naciturus pese a no ser una persona humana es sujeto del derecho a la vida desde el momento de la concepción, independientemente de si se convierte en persona o no. Según lo establecido en esta decisión, “la gestación genera un ser existencialmente distinto de la madre, cuya conservación y desarrollo, no puede quedar sometido a la libre decisión de la embarazada, y cuya vida está garantizada por el Estado […]”.

El alto Tribunal consideró que la norma acusada no desconocía el derecho de la pareja a la autodeterminación reproductiva pues, según la sentencia, este derecho solo se puede ejercer antes del momento de la concepción. Pese a lo anterior, contempló la posibilidad de que se presentaran conflictos entre los derechos fundamentales de la mujer y los derechos del naciturus, no obstante, indicó que estos conflictos deben ser resueltos por el legislador.

Posteriormente, en la C-591 de 1995 se pronunció nuevamente en relación con el aborto. Varios ciudadanos demandaron los artículos del Código Civil que establecían que la existencia legal de la persona ocurre al nacer, es decir, cuando se ha separado completamente de la madre y que los derechos de la criatura que está en el vientre materno quedarán en suspenso hasta que ocurra el nacimiento. Para los demandantes estas normas desconocían lo establecido en la Constitución, en relación con la protección de la vida del no nato. En esta sentencia, la Corte dispuso que el reconocimiento de la personalidad jurídica se daba desde el momento del nacimiento pero que la vida inicia desde el momento de la concepción.

Luego, en la C-013 de 1997 se pronunció sobre las normas que establecían una atenuación punitiva al delito de aborto, cuando el embrazo era producto de acceso carnal violento. El demandante solicitó que se declarara inexequible esta norma porque establecía un trato desigual respecto de los casos en los que se incurría en el delito de aborto, a su juicio, ambas conductas tenían como consecuencia el mismo resultado y no debía hacerse distinción. La Corte concluyó que la atenuación punitiva respecto del delito de aborto, en la circunstancia establecida, hacía parte de la libertad de configuración del legislador penal que debe respetar el principio de proporcionalidad.

Textualmente expuso: “No puede afirmarse, entonces, que el legislador vulnere la Carta Política por penalizar el aborto, como tampoco es inconstitucional que prevea distintos niveles de sanción, de acuerdo con las hipótesis que él mismo construya con apoyo en su conocimiento de la realidad social y en ejercicio de las atribuciones que, según la propia Constitución, le corresponden.”

Como se puede observar, en estas decisiones, la Corte Constitucional no tuvo en cuenta los instrumentos internacionales relacionados con la protección del derecho a la autodeterminación de las mujeres y no resolvió la tensión existente entre la garantía de los derecho de las mujeres y la protección de la vida y se limitó a estudiar la prohibición total del aborto como un asunto que solamente está relacionado con la protección de la vida como si se tratara de un principio constitucional absoluto.

En el año 2001, la Corte Constitucional estudió el tipo penal de aborto consagrado en el nuevo Código Penal, la Ley 599 de 2000. Esta norma establecía que la pena para este delito debía ser disminuida en tres cuartas partes, cuando el embarazo fuera consecuencia de acceso carnal violento, inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas y en los casos en los que el feto presente patologías de tal gravedad que fueran incompatibles con la vida humana. Además, conservaba la circunstancia de atenuación punitiva según la cual, el funcionario judicial podía prescindir de la pena, cuando el aborto se practique en circunstancias extraordinarias o circunstancias anormales de motivación.

A juicio del demandante el parágrafo de la disposición mencionada fomentaba la práctica de abortos, a través, de la eliminación de barreras existentes en la mente humana, situación que era contraria a la protección del derecho a la vida y el principio de dignidad humana consagrados en la Constitución de 1991. El actor sostenía que este artículo dejaba impunes los crímenes que se cometían en contra de quienes están en incapacidad de ejercer su defensa y que se otorgaba a las mujeres violadas o inseminadas en contra de su voluntad la posibilidad de cometer un delito.

En la sentencia C-647, la Corte concluyó que los cargos formulados en contra del artículo 124 de la Ley 599 de 2000 que consagraba la potestad del juez de prescindir de imponer penas en contra del delito de aborto cuando se tratara de circunstancias excepcionales no tenía vocación de prosperidad. Para la Corte el parágrafo acusado se ajustaba a la Constitución dado que, lo allí establecido no concedía una de una potestad discrecional y absoluta del juzgador, sino que se trataba de una facultad reglada pues la ley misma

señalaba de manera estricta los presupuestos que han de aparecer probados para motivar la decisión que en la sentencia se adopte.

Un año más tarde, en la C-198 de 2002, nuevamente, estudió una demanda de inconstitucionalidad formulada en contra del parágrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000. En esta oportunidad, el demandante sostuvo que durante el trámite legislativo se presentaron varios vicios de procedimiento respecto del artículo mencionado. Textualmente, el demandante sostuvo que "sobre el parágrafo del artículo 124 del Código Penal no hubo repetición del segundo debate, ni ningún debate democrático –debates que son inherentes al trámite constitucional de las leyes– porque nadie conoció de la existencia de esa norma ni de las razones que la motivaban."

En esta sentencia la Corte señaló que no operaba el fenómeno de cosa juzgada constitucional porque en los anteriores pronunciamientos, la Corte no se había referido a aspectos relacionados con el trámite legislativo que rodeó la expedición de esta norma. Respecto de los argumentos formulados en la demanda, concluyó que:

> "en la aprobación de la norma impugnada no se incurrió en ningún vicio de procedimiento, por cuanto si bien la comisión de conciliación propuso un texto nuevo que hoy corresponde al del parágrafo del artículo 124 del Código Penal, dicho texto no resultó novedoso ni ajeno a la temática sobre la cual se debía conciliar y por ello el parágrafo en cuestión no constituye uno de aquellos denominados mico legislativo, por lo que con la aprobación de dicho artículo no se vio afectada materialmente la función legislativa ni se desconoció el principio de consecutividad temporal y lógica de los proyectos de ley ni el principio democrático, tal como se afirma en la demanda, por lo que la Corte decidirá declararlo ajustado al Estatuto Superior."

En la sentencia C-1299 de 2005 la Corte conoció la demanda presentada en contra del artículo 122 del Código Penal que establecía la pena para el delito de aborto. La demandante planteó a la Corte Constitucional la necesidad de estudiar esta norma a la luz de los distintos instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que imponen al Estado colombiano obligaciones en relación con la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Además, sostuvo que no era posible sostener que se presentara el fenómeno de cosa juzgada en este caso concreto, porque en las oportunidades anteriores en las que el Tribunal Constitucional se había pronunciado en relación con el delito de aborto y la discusión se había centrado en la protección que la Constitución otorgó al derecho a la vida, el derecho de la pareja a decidir el número de hijos y la discrecionalidad del legislador para imponer sanciones penales, sin considerar los derechos de las mujeres en materia de aborto. En ese sentido, solicitó que se declarara la inexequibilidad del artículo mencionado y, subsidiariamente, la exequebilidad condicionada aclarando que no habrá delito de aborto cuando el embarazo sea producto de un hecho de violencia sexual, represente un riesgo para la vida y la salud de la madre o el feto tenga malformaciones congénitas que hagan su vida inviable.

La Corte se declaró inhibida para conocer de la demanda porque, a su juicio, la demandante no había integrado adecuadamente la unidad normativa y porque técnicamente no era correcto solicitarle a la Corte Constitucional declarar la inexequibilidad de una norma y, subsidiariamente, la exequibilidad condicionada textualmente expuso la Corte:

> "[…] no existe correspondencia entre la petición subsidiaria de despenalizar parcialmente el aborto y el contenido del artículo 122 acusado, ya que algunas de las hipótesis en las que se solicita que la Corte despenalice el aborto están contempladas expresamente en otras normas que no fueron acusadas. No podría la Corte, dado que su competencia se limita a la de un juez, introducir las excepciones pedidas, cuando las normas que sancionan a la mujer en tales casos no han sido acusadas porque ello conduciría a crear contradicciones insalvables dentro del Código Penal.

Ahora bien, tampoco cabría la posibilidad de extender oficiosamente la competencia de la Corte para proceder a analizar los artículos no acusados, pues los excepcionales presupuestos a que alude la jurisprudencia vigente en materia de unidad normativa no se reúnen en el presente caso, como se explicó anteriormente."

Como se indicó anteriormente, antes de la sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional no había emitido un pronunciamiento en relación con los derechos de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo, a pesar de la falta de regulación legislativa de la materia y de las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en relación con la protección del derecho a la autodeterminación reproductiva. A continuación de abordará lo establecido en la sentencia C-355 de 2006.

La sentencia C-355 de 2006

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, ciudadanas colombianas solicitaron a la Corte Constitucional declarar la inexequibilidad del numeral 7 del artículo 32, de los artículos 122, 124, y de la expresión "o en mujer menor de catorce años" contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal.

En el mes de diciembre del año 2005, las actoras de la demanda que dio origen a la sentencia C-1299 de 2005 presentaron una nueva demanda ajustando los aspectos que habían resultado problemáticos, en la primera oportunidad. En esta nueva demanda se acusaron todas las normas relacionadas con el artículo 122, con el fin de respetar el principio de unidad normativa y "se enfatizó el propósito de la despenalización del aborto en caso de peligro para la salud y la vida de la madre; de malformaciones del feto que hicieran imposible su vida extrauterina, y de embarazos no consentidos. El propósito más amplio de la despenalización del aborto en todos los casos quedó mucho más relegado que en la primera demanda, a pesar de que en esta se solicita la inconstitucionalidad total y se elimina la solicitud subsidiaria de constitucionalidad condicionada para las tres causales descritas" (Jaramillo & Alfonso, 2008, p. 64).

En términos generales, señalaron que tipifican el delito de aborto (Art. 122), de aborto sin consentimiento (art. 123) y las circunstancias de atenuación punitiva de este delito (art. 124) eran inexequibles porque limitaban de manera desproporcionada e irrazonable los derechos y libertades de la mujer gestante, inclusive cuando se trata de menores de catorce años. Señalaron que estas normas eran contrarias a diversos tratados de derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad y a opiniones emitidas por los organismos encargados de interpretar y aplicar dichos instrumentos internacionales.

Así las cosas, la Corte Constitucional se dio a la tarea de establecer si las normas demandadas, efectivamente, limitaban de manera desproporcionada e irrazonable los derechos y libertades de la mujer gestante, inclusive cuando se trata de menores de catorce años, y desconocían diversos tratados de derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. En otras palabras, la Corte determinó cuál debía ser el alcance de la prohibición contenida de los artículos demandados a la luz de lo establecido por el ordenamiento jurídico colombiano en relación con los derechos de las mujeres.

De acuerdo con el planteamiento de Alexy (1993), se presenta una colisión entre principios cuando son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan dos normas incompatibles entre sí. Cuando se presenta un conflicto entre principios, uno de los dos debe ceder ante el otro sin que esto signifique que uno de los principios es declarado inválido, tampoco es necesario introducir una cláusula de excepción. Lo que ocurre es que se logra establecer que, en determinadas circunstancias, la protección de uno de los principios debe prevalecer frente al otro. Por eso, se ha reconocido que los conflictos de principios tienen lugar en la dimensión del peso (Dworkin, 1978).

En los casos en los que dos principios entran en conflicto es necesario determinar, a través de la ponderación, cuál debe ceder a la protección del otro. Esto quiere decir que se debe establecer el grado de importancia en la afectación de uno de los principios versus la importancia de la satisfacción del otro de los principios. (Bernal, 2005)

En el caso de la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional colombiana realizó un ejercicio de ponderación entre distintos principios protegidos por el ordenamiento jurídico. Así, por un lado resultaba importante proteger los derechos a la dignidad (consagrado en el preámbulo y el artículo primero de la Constitución Política); a la integridad personal (art. 12 de la C.P.); a la igualdad; a la libertad (art. 13 C.P.), el al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P.), a la autonomía reproductiva (art. 42 C.P.), a la salud (art. 49 C.P.) y cumplir las obligaciones de derecho internacional adquiridas por el Estado colombiano, en relación con la protección de los derechos humanos (art. 93 C.P.). Por el otro lado, se encontraba la protección de la vida (art. 11) y el interés del Estado de proteger la vida en formación.

Este ejercicio de ponderación llevó a la Corte a concluir que la garantía del derecho a la vida no es de carácter absoluto, de manera que no es posible exigir a las mujeres sacrificios

irrazonables o desproporcionados con el fin de protegerlo. Por esa razón, estableció que exigir a las mujeres la carga de continuar un embarazo, en cualquiera de los tres supuestos señalados, vulnera el principio de dignidad humana y es contrario a los derechos sexuales y reproductivos. Así, la Corte, en la sentencia C-355 de 2006, despenalizó el aborto en tres circunstancias concretas: (i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida; 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.

En los casos en los que se realiza un ejercicio de ponderación entre principios, es necesario proporcionar una fundamentación racional que justifique la preferencia entre los principios contrapuestos. Así, por ejemplo, para fundamentar la preferencia "puede hacerse referencia a la voluntad del constituyente, a las consecuencias negativas de la determinación alternativa de la preferencia, a los consensos dogmáticos y a las decisiones anteriores" (Alexy, 1993, p.137). Lo anterior, con el fin de poner en evidencia que la decisión tomada no es solamente la recomendación de una autoridad sino que está sustentada en un conjunto de argumentos jurídicos aceptados racionalmente (Aarnio,1991).

No existe una única forma de entender las argumentaciones y los argumentos. De acuerdo con el planteamiento de Atienza (1997), es posible distinguir tres concepciones de la argumentación: la concepción formal, la concepción material y la concepción pragmática. Así, desde el punto de vista formal, un argumento es válido si las premisas son verdaderas y en consecuencia la conclusión también. La relación de inferencia entre las premisas y la conclusión puede entenderse desde el punto de vista sintáctico, semántico o abstracto. No obstante, lo que se pretende garantizar es el paso de las premisas a la conclusión, sin entrar a considerar el contenido de corrección o de verdad de las premisas.

La argumentación desde el punto de vista material está relacionada con la justificación de la decisión desde el punto de vista interno y externo. De acuerdo con esta distinción, la justificación desde el punto de vista interno "se refiere a la validez de una inferencia a partir de las premisas dadas, se reduce pues, a una cuestión lógica deductiva" (Atienza, 1997, p. 43), mientras que la justificación externa está relacionada con la justificación de las premisas, es decir, con las razones que se tuvieron en cuenta para elegir esas premisas y no otras dentro del sistema jurídico.

Finalmente, la concepción pragmática de la argumentación la concibe como una actividad regida por ciertas reglas de comportamiento lingüístico de los sujetos que intervienen. Entre estas reglas, es posible identificar por ejemplo, la regla de consistencia que establece que no puede haber contradicción interna, es decir, un enunciado y su negación no pueden existir al mismo tiempo en la configuración de su justificación; la regla de eficiencia, que dispone que el discurso tiene que lograr que se derive en una conclusión, las partes deben tener un lenguaje común y deben usar las expresiones de manera uniforme, esto evita que durante el proceso argumentativo un desacuerdo material se convierta en un desacuerdo

lingüístico o la regla de sinceridad según la cual el discurso racional no puede basarse en la evocación de autoridades y prohíbe la utilización de la coacción física o mental en contra de alguno de los participantes de la discusión (Aarnio,1991).

Para justificar el punto de vista interpretativo de la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional se basó en tres grupos de argumentos: el primer grupo de razones pretendió dar cuenta de la relevancia que, en el ordenamiento jurídico colombiano, tiene la protección del derecho a la vida; el segundo grupo estuvo relacionado con la protección que, nuestro sistema jurídico, otorga a los derechos de las mujeres; y el tercer grupo de argumentos pretendió dar cuenta de los límites en la potestad de configuración que debe enfrentar el legislador penal. Asimismo, el Tribunal Constitucional utilizó razones explicativas como el derecho comparado, para dar cuenta de la solución que se dio al problema jurídico planteado.

A continuación se analizará detalladamente el ejercicio argumentativo realizado por el Tribunal Constitucional, con el fin de esclarecer las razones aducidas por la Corte Constitución para proteger alguno de los principios en tensión.

- *La vida como un fin constitucionalmente relevante y el derecho a la vida*

De acuerdo con lo establecido por la Corte en esta sentencia, la Constitución de 1991 permite distinguir entre la protección de la vida como un bien constitucionalmente relevante y la garantía de la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental. Así, a partir de esta distinción, el Tribunal Constitucional señaló que la protección de la vida como un valor constitucional relevante, pese a que impone al Estado un conjunto de obligaciones concretas, no tiene carácter absoluto y *"*debe ser ponderada con otros valores, principios y derechos constitucionales."

En relación con la protección del derecho a la vida, en la mencionada decisión, indicó que la salvaguarda de este derecho supone la titularidad de la persona humana para su ejercicio y que por esa razón no es posible sostener que quienes no han nacido son titulares del derecho a la vida, pese a que exista una obligación concreta de proteger la vida del que está por nacer, en virtud de la relevancia que tiene para el ordenamiento jurídico la vida como valor constitucional. Textualmente señaló:

> "Dentro del ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse entre el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección a la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición."

La Corte indicó que el ordenamiento jurídico, si bien otorga protección al *naciturus*, no lo hace en el mismo grado de intensidad que a la persona humana: "Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el

homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta." (Corte Constitucional. C-355 de 2006 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería])

Además, el análisis de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos llevó a la Corte a establecer que ninguno de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene carácter absoluto y que la Convención no puede ser interpretada de forma que se dé prelación absoluta o automática a unos derechos sobre otros, de manera que no es posible afirmar que los instrumentos de derecho internacional establezcan un deber absoluto de proteger la vida en gestación frente a otros derechos, principios y valores. En ese sentido concluyó:

> "En conclusión de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado." (Corte Constitucional. C-355 de 2006 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería])

- *Los derechos fundamentales de las mujeres*

En esta sentencia, la Corte Constitucional se pronunció de forma amplia sobre la protección que la Constitución otorga a los derechos de las mujeres. Señaló que las mujeres son sujetos de especial protección constitucional y reconoció que existen situaciones que afectan de forma diferente a las mujeres, en particular, aquellas relacionadas con el ejercicio de los derechos sobre su cuerpo, su sexualidad y su reproducción, en ese sentido, enfatizó en que los derechos de las mujeres deben ser protegidos sin excepción.

El Tribunal Constitucional analizó los diferentes instrumentos internacionales relacionados con la protección de los derechos de las mujeres e identificó las principales obligaciones del Estado colombiano en la materia. Así, por ejemplo, resaltó que en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Teherán se reconoció por primera vez el derecho humano fundamental de los padres a determinar libremente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos.

Resaltó lo establecido en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos en Viena en 1993, en relación con el reconocimiento de los derechos humanos de la mujer y la niña como parte indivisible de los derechos humanos universales.

Según la Corte, en la Conferencia Mundial sobre población y Desarrollo de El Cairo de 1994 se estableció que ¿los derechos reproductivos son una categoría de derechos

humanos que ya han sido reconocidos en tratados internacionales y que incluyen el derecho fundamental de todas las personas a “decidir libremente el número y el espaciamiento de hijos y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo”. Asimismo, resaltó que “la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria, sin riesgo de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuando y con qué frecuencia” (Corte Constitucional. C-355 de 2006 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería]).

Igualmente, reiteró lo establecido en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW- que consagra el deber de los Estados de ofrecer a las mujeres una amplia gama de servicios de salud de calidad y económicos que les permitan ejercer plenamente sus derechos sexuales y reproductivos. Y que la Convención ha establecido claramente que la penalización de las intervenciones médicas que afectan especialmente a la mujer constituyen una vulneración del derecho a la igualdad de género y violan los derechos reconocidos internacionalmente. Textualmente la Corte indicó:

> “La CEDAW ha determinado, que el derecho a la autodeterminación reproductiva de las mujeres es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Por ello constituyen graves violaciones a este derecho, la esterilización involuntaria y los métodos anticonceptivos impuestos sin consentimiento. Igualmente han señalado los diferentes Comités, que el derecho a decidir el número de hijos está directamente relacionado con el derecho a la vida de la mujer cuando existen legislaciones prohibitivas o altamente restrictivas en materia de aborto, que generan altas tasas de mortalidad materna.” (Corte Constitucional. C-355 de 2006 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería])

Además, hizo énfasis en lo establecido en la Convención de Belém do Pará según la cual constituye violencia contra la mujer inhibir su capacidad de gozar de derechos y libertades al igual que los hombres.

En síntesis, reconoció que los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos que parten de la base de reconocer la igualdad de género y la emancipación de la mujer y la niña y son esenciales para la sociedad y que la garantía de estos derechos impone al Estado obligaciones concretas para proteger de forma razonable los bienes constitucionales relevantes:

“En conclusión, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos.

Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto,

constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social."

- *Los límites a la facultad de configuración del legislador*

En el tercer grupo de argumentos que utilizó la Corte Constitucional para justificar la decisión se encuentran los límites que debe respetar el legislador en ejercicio de su facultad de configuración. La Corte estableció que el legislador no tiene discrecionalidad absoluta para establecer los tipos penales que pretenden proteger la vida del *naciturus* sino que debe respetar los derechos constitucionales de las personas que constituyen el fundamento y el límite del poder punitivo del Estado.

El primer límite que, a juicio de la Corte, debe considerar el legislador es el principio de dignidad humana. Este principio como criterio relevante para decidir protege: "(i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)". (Corte Constitucional. C-355 de 2006 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería])

El Tribunal Constitucional resaltó que la dignidad humana asegura una esfera de la autonomía y de la integridad moral que en el caso de las mujeres incluye la posibilidad de tomar decisiones en relación con su plan de vida y su autonomía reproductiva, por eso, el Estado está en la obligación de respetar las decisiones que las personas adopten en relación con su plan de vida, que incluyen la autonomía reproductiva. En ese sentido, estableció que el legislador debe adoptar normas de carácter penal sin desconocer "que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especia humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear." (Corte Constitucional. C-355 de 2006 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería])

El segundo límite que a juicio de la Corte debe respetar el legislador, a la hora de establecer los tipos penales, es la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. La protección del libre desarrollo de la personalidad implica la garantía de toda persona de optar, sin coacción, sobre su estado civil, su identidad personal o la opción de ser madre o no como una opción de vida. La Corte expuso que:

> "no está constitucionalmente permitido que el Estado, la familia, el patrono o instituciones de educación, establezcan normas que desestimulen o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre, así como tampoco lo es cualquier norma, general o particular, que impida el cabal ejercicio de la maternidad. En ese orden de ideas, el trato discriminatorio o desfavorable a la mujer, por encontrarse en alguna especial circunstancia al momento de tomar la decisión de ser madre (ya sea a temprana edad, dentro del matrimonio o fuera del mismo, en una relación de pareja o sin ella, o mientras se desarrolla un contrato de trabajo etc.)

> resulta, a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad, abiertamente inconstitucional." (Corte Constitucional. C-355 de 2006 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería])

En ese sentido, recordó la estrecha relación de este derecho con la posibilidad de optar por la maternidad como una posibilidad de vida que pertenece al fuero interno de cada mujer. Así, resaltó que no es constitucionalmente admisible que el Estado, la familia, el patrono o las instituciones de educación impidan a las mujeres tomar este tipo de decisiones de forma libre y autónoma.

La Corte identificó como tercer límite a tener en cuenta por parte del legislador la protección de los derechos a la salud, la vida y la integridad de las mujeres. A juicio de la Corte, resulta desproporcionado e irrazonable imponer a una persona la obligación de sacrificar su propia salud con el fin de proteger a terceros. Lo anterior sin dejar de tener en cuenta que la vida es un principio relevante objeto de protección constitucional. Indicó que el derecho a la salud tiene una esfera en la que se conecta con la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad, en relación con la potestad de decidir sobre la propia salud.

En ese sentido, recordó lo establecido en la CEDAW en relación con este derecho:

> "el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin discriminación, coacciones o violencia, en esa medida guarda estrecha relación con el derecho a la integridad personal. Supone por una parte el deber del Estado de proteger a los individuos, especialmente a la mujer de presiones de índole familiar, social o cultural que menoscaben su libre determinación en materia sexual o reproductiva, tales como el matrimonio en edad temprana sin el libre y total consentimiento de cada cónyuge o la circuncisión femenina. Igualmente implica la prohibición de prácticas estatales como la esterilización forzosa o la violencia y el abuso sexual."

Asimismo, resaltó que la salud es un derecho integral que incluye la protección a la salud mental y física y que en el caso de las mujeres se extiende a la salud reproductiva. En ese sentido concluyó que no es razonable ni proporcionado que el Estado imponga a la persona la obligación de sacrificar su propia salud para proteger la vida de terceros.

El cuarto límite que, según el Tribunal Constitucional, debe tener en cuenta el legislador está en el bloque de constitucionalidad, específicamente en los tratados internacionales sobre derechos humanos que son un criterio de interpretación y aplicación en el ordenamiento jurídico colombiano. Estos tratados establecen, entre otras cosas, que los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso de las mujeres a los procedimientos médicos que requieran y que cobran una especial relevancia para establecer la constitucionalidad de la prohibición total del aborto, en concreto, lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminar todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

La Corte reconoció, como quinto límite, al ejercicio de la potestad de configuración del legislador los principios de proporcionalidad y razonabilidad. El principio de proporcionalidad implica que la medida legislativa de derecho penal no puede constituir una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, "no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección." En ese sentido la Corte concluyó:

> "En conclusión, las distintas facetas de la salud como bien constitucionalmente protegido y como derecho fundamental implica distintos deberes estatales para su protección. Por una parte la protección a la salud obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias inclusive medidas legislativas de carácter penal. Por otra parte la salud como bien de relevancia constitucional y como derecho fundamental constituye un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas aun cuando sea en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional. Así mismo, el derecho a la salud tiene una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros." (Corte Constitucional. C-355 de 2006 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería])

- *El derecho comparado*

Por otro lado, el Tribunal Constitucional utilizó razones explicativas como el derecho comparado para dar cuenta de la solución que se dio al problema jurídico planteado. En la sentencia, la Corte resaltó que la regulación del aborto es bastante dispar en los ordenamientos jurídicos occidentales, no obstante, es posible identificar que a partir de los años sesenta hay una tendencia por abandonar las legislaciones absolutamente prohibitivas y en consecuencia la adopción de normas jurídicas más permisivas.

Así, en países como Argentina, México, Bolivia, Cuba establecen que la interrupción del embarazo no es delito, al igual que ocho estados brasileños. No obstante, destacó también que en países como Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Honduras la prohibición de abortar es absoluta. Igualmente, puso de presente la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de 1983, las decisiones del Tribunal alemán de 1975 y 1985 y la del Tribunal Constitucional español de 1985.

- *La decisión adoptada en la sentencia C-355 de 2006.*

Con base en los argumentos expuestos, el Tribunal Constitucional concluyó que si bien la protección de la vida del que está por nacer es un bien constitucionalmente relevante, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la preferencia de la vida del

nacituros en detrimento de los derechos fundamentales de la mujer embarazada. Así dispuso que una regulación penal que sancione el aborto en todas las circunstancias tiene como consecuencia el desconocimiento de los derechos fundamentales de la mujer pues desconoce su dignidad y la reduce "a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o intereses constitucionalmente relevantes que amerite protección". (Corte Constitucional. C-355 de 2006 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería])

La Corte determinó un conjunto de hipótesis normativas en las cuales resulta excesivo exigir a la mujer continuar con la gestación porque desconoce completamente sus derechos fundamentales, así consideró que la interrupción del embarazo no es constitutiva del delito de aborto cuando el embarazo es el resultado de un hecho de violencia sexual. En estos casos, no hay una decisión consentida por parte de la mujer lo que supone un total desconocimiento de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Por eso, obligar a una mujer a continuar un embarazo bajo estas circunstancias constituye una intromisión estatal manifiestamente desproporcionada e irrazonable.

La Corte reconoció que en los casos en los que el embarazo es resultado de incesto, inseminación artificial no consentida o transferencia de ovulo fecundado no consentida es necesario despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo. Textualmente señaló:

> "Al respecto, el legislador podrá efectuar regulaciones siempre y cuando no impida que el aborto se pueda realizar, o establezca cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer, como por ejemplo, exigir en el caso de la violación evidencia forense de penetración sexual o pruebas que avalen que la relación sexual fue involuntaria o abusiva; o también, requerir que la violación se confirme a satisfacción del juez; o pedir que un oficial de policía este convencido de que la mujer fue victima de una violación; o, exigir que la mujer deba previamente obtener permiso, autorización, o notificación, bien del marido o de los padres." (Corte Constitucional. (2006) C-355 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería])

Por otro lado, en los casos en los que la continuación del embarazo amenaza la salud y la vida de la mujer gestante resulta desproporcionado exigirle proteger la vida en formación frente a su propia vida, en ese sentido consideró que se debe despenalizar el delito de aborto en este supuesto de hecho.

"En efecto, si la sanción penal del aborto se funda en el presupuesto de la preeminencia del bien jurídico de la vida en gestación sobre otros bienes constitucionales en juego, en esta hipótesis concreta no hay ni siquiera equivalencia entre el derecho no sólo a la vida, sino también a la salud propio de la madre respecto de la salvaguarda del embrión […]el Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aun cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido, máxime cuando existe el deber constitucional en cabeza

de toda persona de adoptar medidas para el cuidado de la propia salud, al tenor del artículo 49 constitucional." (Corte Constitucional. C-355 de 2006 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería])

Igualmente, la Corte estimó que en los casos en los que el feto resulta inviable es desproporcionado exigir a la mujer llevarlo a término pues equivale a someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su derecho a la dignidad humana:

> "Ahora bien, en los dos últimos casos en los que no se incurre en delito de aborto, es decir, cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, y cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, debe existir la certificación de un profesional de la medicina, pues de esta manera se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado.

Lo anterior, por cuanto no corresponde a la Corte, por no ser su área del conocimiento, establecer en que eventos la continuación del embarazo produce peligro para la vida o salud de la mujer o existe grave malformación del feto. Dicha determinación se sitúa en cabeza de los profesionales de la medicina quienes actuaran conforme a los estándares éticos de su profesión."

Finalmente, la Corte estimó que la presunción de incapacidad de las mujeres menores de catorce años para consentir el aborto desconocía los derechos a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la vida. En ese sentido aclaró que las menores de catorce años están autorizadas para tomar la decisión en relación con la interrupción voluntaria del embarazo en las hipótesis establecidas por la Corte Constitucional. Así las cosas, la Corte Constitucional resolvió:

> "Declarar exequible el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto.

Declarar inexequible la expresión "*…o en mujer menor de catorce años … "* contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000.

Declarar inexequible el artículo 124 de la Ley 599 de 2000."

- *Los salvamentos de voto de la sentencia C-355 de 2006.*

Respecto de la decisión adoptada se presentaron dos aclaraciones y tres salvamentos de voto. Uno de los magistrados ponentes, Jaime Araujo Rentería sostuvo que la penalización

del aborto consentido por las mujeres implica considerarlas como máquinas reproductoras y desconocer que pueden querer otras cosas para su vida. Sostuvo que esta situación vulnera el derecho a la igualdad de las mujeres ricas frente a la mujeres pobres, pues la primeras están en capacidad de viajar a países en los que el aborto está permitido para que les sean practicado en óptimas condiciones mientras que las mujeres pobres no están en capacidad de acceder al servicio de interrupción voluntaria del embarazo.

Estableció que la penalización del aborto desconoce el derecho a la libertad, pues obligar a una mujer a llevar a término un embarazo en contra de su voluntad de no procrear la cosifica, instrumentaliza y la trata de manera indigna "como vientre sin conciencia del cual se sirven o deciden los demás." (Corte Constitucional. C-355 de 2006 [M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería] Aclaración de voto Jaime Araujo Rentería).

Sostuvo que como ponente de la decisión la propuesta inicial contemplaba la despenalización total del aborto pues:

> "La decisión de abortar o no hace parte de esa esfera de la libertad de conciencia y debemos advertir que no se trata de una decisión fácil (como no es fácil la decisión de creer o no o de adoptar una religión, que también se deja a la conciencia de los individuos) sino difícil, donde se sopesan múltiples intereses y aspiraciones, deseos y proyectos de vida o inclusive la vida misma de la madre; elementos económicos, sociales y culturales, etc. Donde existen elementos "morales" y decisiones moralmente difíciles, que incluso en ese terreno pueden ser desaprobadas, pero que jurídicamente están reservadas a la conciencia de la mujer y que solo ella puede decidirlas; que no pueden ser decididas por los gobiernos." M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería] Aclaración de voto Jaime Araujo Rentería)

El magistrado Manuel José Cepeda aclaró el voto en el sentido de aportar un elemento de juicio adicional que justifica la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional. Este nuevo parámetro es el derecho compadrado, "la legislación de otros países donde el respectivo Parlamento o Congreso optó por despenalizar el aborto y al hacerlo definió hipótesis mucho más amplias a las enunciadas por la Corte precisamente porque el ámbito del legislador es el de la conveniencia mientras que el del juez es el de la constitucionalidad." (Corte Constitucional. C-355 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería] Aclaración de voto Manuel José Cepeda)

El magistrado tras analizar cuál es la regulación que se da al aborto en Estados Unidos, Alemania, Italia, Francia, Portugal, España, Canadá, Hungría, Irlanda y Polonia concluyó que pese a que existen diferencias y particularidades en cada una de las sentencias, es posible identificar algunos rasgos comunes: (i) en todas las sentencias el juez identifica que es necesario resolver una cuestión jurídica constitucional a la luz de la constitución de cada país; (ii) "ninguno de los jueces constitucionales concluyó que el legislador tiene una competencia absoluta para regular la materia del aborto puesto que la constitución de cada país establece límites al poder legislativo, a pesar de que el tema suscite controversia en

la sociedad y coexistan visiones diferentes"; (iii) en todas las sentencia se decide que la prohibición del aborto no debe ser absoluta, pese a que se establece que el legislador tiene el deber de penalizar el aborto se contemplaron excepciones con mayor o menor amplitud dependiendo del país; (iv) ninguna sentencia desconoce la importancia que tiene la protección del feto en algún momento de la gestación; (v) "todas las sentencias admiten que el valor de la vida del feto es limitable para respetar los derechos de la mujer embarazada, lo cual ha conducido a un resultado común independientemente de la regulación legal vigente: a la mujer se le debe permitir abortar por mandato constitucional"; (vi) "existen tres condiciones que los jueces constitucionales han considerado suficientemente sólidas para justificar que el embarazo sea interrumpido con el consentimiento de la mujer encinta. Estas tres condiciones corresponden a los indicadores terapéutico, eugenésico y ético-criminal. En cambio, no existen coincidencias en cuanto al indicador basado en la necesidad socioeconómica, puesto que algunos jueces constitucionales lo han admitido y otros no. Sin embargo, cuando no ha sido admitido, el énfasis del argumento constitucional ha recaído sobre la amplitud de dicho indicador, lo cual puede conducir a la desprotección injustificada de la vida del feto." (Corte Constitucional. C-355 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería] Aclaración de voto Manuel José Cepeda)

Los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil manifestaron su desacuerdo con la distinción que plantea la sentencia en relación con el derecho a la vida cuya titularidad está en cabeza de las personas y la vida como bien jurídico que es susceptible de protección por parte del ordenamiento jurídico. Consideran que la vida humana aparece desde el momento de la concepción y "constituye desde entonces y hasta la muerte un derecho subjetivo de rango fundamental en cabeza del ser humano que la porta, y en ningún momento del proceso vital puede ser tenida solamente como un "bien jurídico", al cual pueda oponerse el mejor derecho a la vida o a la libertad de otro ser humano." (Corte Constitucional. C-355 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería] Salvamento de voto Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil)

Además sostuvieron que las recomendaciones internacionales en materia de derechos sexuales y reproductivos e interrupción del embarazo no constituyen normas de derecho internacional que generen obligaciones para Colombia, por lo tanto "no era posible entender que las mismas formaban parte del bloque de constitucionalidad, de tal manera que constituyeran normas frente a las cuales fuera necesario confrontar las que se demandaban." (Corte Constitucional. C-355 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería] Salvamento de voto Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil)

Resaltaron que la afectación de los derechos del feto resulta más gravosa que la protección de los derechos de la mujer. "El requisito de proporcionalidad en sentido estricto no se cumple. Ciertamente, el sacrificio o afectación de derechos del feto resulta superior al beneficio obtenido, que sería evitar el peligro de muerte de la madre. Pues el sacrificio de derechos del feto es el máximo posible que un ser humano pueda experimentar, si se tiene en cuenta que siendo la vida el presupuesto fáctico de vigencia de todos los demás

derechos, su aniquilamiento no sólo desconoce ese primer derecho fundamental, sino todos los otros." (Corte Constitucional. C-355 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería] Salvamento de voto Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil)

En relación con la protección del derecho de las mujeres a la autodeterminación reproductiva afirmaron que en los casos en los que la mujer es víctima de un hecho de violencia sexual que tiene como consecuencia un embarazo no deseado, el Estado debe defender los derechos del no nacido y penalizar al sujeto activo de la conducta, de manera tal que no se limita el derecho de las mujeres a la autodeterminación reproductiva.

Finalmente el magistrado Álvaro Tafur Galvis salvó el voto indicando que solamente el legislador puede establecer la normatividad necesaria relacionada con el aborto, asimismo indicó que el legislador debe desarrollar una normativa "que además de la política criminal comprenda aspectos concernientes con la dignidad y la vida de la mujer, así como con los recursos y las políticas necesarias para que el estado garantice en condiciones adecuadas a la mujer el goce responsable de su sexualidad, de su potencial maternidad y a quienes están por nacer condiciones adecuadas de desarrollo, aún en aquellos supuestos de embarazos no deseados." (Corte Constitucional. C-355 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería] Salvamento de voto Álvaro Tafur Galvis)

Sostuvo que la penalización del aborto es necesaria con el fin de garantizar la protección del derecho a la vida, además indicó: "no obstante, también es evidente que el legislador dentro del marco jurídico expresado no podría aferrarse a una prohibición absoluta, si ella entraña el sacrificio de principios que como el de la dignidad son también elementos fundantes del Estado Social de Derecho." ." (Corte Constitucional. C-355 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería] Salvamento de voto Álvaro Tafur Galvis)

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional después de la sentencia C-355 de 2006

La C-355 de 2006 no ha sido la única sentencia relacionada con el derecho de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante IVE). Después de este pronunciamiento, la Corte Constitucional ha establecido un conjunto de sub reglas relacionadas con la prestación y garantía de este derecho fundamental, el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y las obligaciones de los actores que intervienen en este proceso. Asimismo, la Corte ha emitido una serie de autos que se pronuncian en relación con los incidentes de nulidad interpuestos en contra de estas sentencias y hacen seguimiento a las órdenes impartidas.

En los autos 358 y 359 de 2006, al estudiar un incidente de nulidad interpuesto en contra de la sentencia, la Corte concluyó que dos de los magistrados estaban impedidos para

pronunciarse en relación con el tema y en consecuencia decidió apartarlos de las decisiones relacionadas con la sentencia.

Luego, en el Auto 360 de 2006 la Corte negó la solicitud de nulidad interpuesta en contra de la sentencia C-355 debido a que muchos de los argumentos planteados pretendían debatir argumentos que justificaron la decisión.

Después, en la sentencia T-171 de 2007 la Corte estudió el caso de una mujer, madre de tres hijos que solicitó la IVE porque el feto presentaba malformaciones. Ante la negativa de la EPS interpuso acción de tutela. En primera instancia, el juez se declaró impedido. Por su parte, el juez de segunda instancia concluyó que la mujer no se encontraba en ninguna de las causales establecidas en la C-355 de 2006. Posteriormente, fue necesario practicar a la mujer una cesaria de emergencia por las complicaciones que presentó, producto de la cual el feto no sobrevivió a causa de las malformaciones que presentaba. En ese sentido, declaró que en el caso objeto de estudio había carencia actual de objeto por hecho superado.

En la sentencia T-988 de 2007 conoció el caso de una mujer de 24 años diagnosticada con retardo psicomotor severo e hipotiroidismo, víctima de abuso sexual. Las juezas de instancia negaron la práctica de la IVE por considerar que era demasiado riesgosa para la mujer. En esta oportunidad la Corte se pronunció en relación con las obligaciones de los agentes prestadores del servicio de salud. Al respecto sostuvo: las EPS no pueden imponer obstáculos cuando se solicite la IVE; en los casos en los que la mujer no está en capacidad de solicitar la IVE puede ser efectuada por la madre o el padre quienes actúa en nombre de la mujer; y la denuncia penal es el único requisito que pueden exigir los prestadores de servicios de salud para practicar las IVEs.

La sentencia T-209 de 2008 que revisó el caso de una menor de 13 años que fue víctima de acceso carnal violento y como consecuencia de este hecho de violencia sexual quedó embarazada y fue contagiada con enfermadas de transmisión sexual. En esta oportunidad, aunque el CAIVAS ordenó la práctica de la IVE, la EPS se negó. Por su parte, los jueces de instancia negaron la protección de los derechos invocados pues consideraron que no había evidencia de que el estado de embarazo fuera fruto del acceso carnal violento. La Corte sostuvo que: los profesionales de la salud tienen la obligación constitucional y legal de prestar los derechos de las mujeres; los médicos no pueden exigir requisitos adicionales a la denuncia penal debidamente formulada o el certificado médico de la inviabilidad del feto para practicar o autorizar la interrupción voluntaria; las personas jurídicas no son titulares del derecho a la objeción de conciencia y que este derecho no puede fundamentarse en la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto. El Auto 292 de 2008 negó la solicitud de nulidad interpuesta por la EPS en contra de esta sentencia.

En Auto 279 de 2009 la Corte realizó seguimiento al cumplimiento de las órdenes establecidas en esta sentencia; ordenó que se hiciera efectivo el pago de la indemnización a la que tenía derecho la víctima y advirtió a la Fiscalía sobre la necesidad de adoptar medidas de protección efectivas y ordenó a la Superintendencia Nacional de Salud tomar

las determinaciones administrativas necesarias para que se cumpla en todo el territorio nacional lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006.

La sentencia T- 946 de 2008 estudió el caso de una mujer en condición de discapacidad que solicitó la IVE porque fue víctima de acceso carnal violento. Los padres de la mujer solicitaron en repetidas ocasiones a la EPS la práctica el procedimiento. Por su parte, los jueces de instancia negaron la protección de los derechos invocada por considerar que la no se encontraba en las causales previstas en la sentencia C-355 de 2006.

La Corte indicó que las EPS deben garantizar la práctica de IVE cuando las mujeres lo soliciten sin solicitar requisitos adicionales a los establecidos en la sentencia además indicó que las dilaciones injustificadas en la práctica de la IVE, la negativa o la dilación injustificada en la autorización del procedimiento, vulnera los derechos a la integridad, a la libertad, a la dignidad de las mujeres que no son remitidas de forma oportuna y adecuada a un centro de servicios médicos en donde los profesionales de la salud les aseguren la interrupción del embarazo. El Auto 377 de 2010 rechazó la solicitud de nulidad interpuesta en contra de esta sentencia por la Procuraduría General de la Nación.

Posteriormente, en la sentencia T-009 de 2009 la Corte reiteró las obligaciones de la EPS, los profesionales de la salud y jueces y juezas en relación con la IVE, además resaltó que el certificado emitido por un profesional de la salud es el único medio idóneo para probar y en el mismo sentido desvirtuar que la mujer se encuentra en la causal que establece que es posible practicar la IVE si el embarazo afecta a la vida o salud física o mental de la mujer.

En la sentencia T-388 de 2009, la Corte determinó un conjunto de sub reglas importantes relacionadas con el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia por parte de los médicos y médicas. El Tribunal Constitucional hizo énfasis en que las mujeres que se encuentran bajo las hipótesis de la sentencia C-355 de 2006 tienen un derecho fundamental a decidir sobre la interrupción libre del embarazo sin presión, coacción, apremio, manipulación de cualquier tipo, que los servicios de interrupción voluntaria del embarazo deben estar disponibles en todo el territorio nacional y que los profesionales que garanticen el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo están obligados a guardar confidencialidad y a respetar los derechos de las mujeres; y (iv) está prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales.

En relación con el derecho a la objeción de conciencia, sostuvo que su ejercicio pertenece a una esfera privada y está limitado cuando pueda interferir con el ejercicio de los derechos de las mujeres, que solamente los profesionales en medicina encargados de practicar el procedimiento pueden ejercerlo y no el personal administrativo, también sostuvo que puede restringirse cuando su ejercicio trae como consecuencia imponer una carga desproporcionada a las mujeres. En el Auto 085 de 2011 negó la solicitud de aclaración presentada por la Procuraduría General de la Nación en relación con el cumplimiento de la sentencia.

En la sentencia T-585 de 2010 el Tribunal Constitucional reiteró lo establecido en relación con la interrupción voluntaria del embarazo en las tres hipótesis contempladas en la sentencia C-355 de 2006. Además reiteró que el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia no puede menoscabar derechos de terceros y concluyó que en este caso se había desconocido el derecho fundamental de la actora a la IVE lo que tenía como consecuencia que las mujeres acudieran a procedimientos de interrupción de la gestación por fuera del Sistema de Seguridad Social en Salud en condiciones inseguras que pueden llegar a causarles la muerte o dejar graves secuelas en su salud física y mental. En el Auto 038 de 2012 la Corte negó la solicitud de nulidad presentada por la Procuraduría General de la Nación en contra de esta sentencia.

En la sentencia T-636 de 2011 el Tribunal reiteró que las EPS deben acatar lo establecido por la jurisprudencia en la sentencia C-355 de 2006, además sostuvo que los profesionales de la salud tratantes deben ordenar las valoraciones necesarias para que estos determinen si el caso se enmarca en la hipótesis de grave malformación que haga la vida del feto inviable.

La sentencia T-959 de 2011 reiteró que los profesionales de la salud deben practicar el procedimiento dentro de los 5 días siguientes a la solicitud de la madre gestante que acredita encontrarse dentro de una de las circunstancias no constitutivas de delito.

Luego, en la decisión T-841 de 2011, la Corte insistió en que en Colombia existe un derecho fundamental “a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis despenalizadas, derivado del contenido de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental y que se inscribe en la categoría de los derechos reproductivos.” Asimismo, dijo que del derecho a la IVE se desprende la obligación de respeto y el deber de desarrollar todas aquellas actividades que sean necesarias para que las mujeres que soliciten la IVE. En el Auto 096 de 2012 la Corte rechazó por improcedente la solicitud de aclaración de esta sentencia formulada por el presidente de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En la sentencia T-627 de 2012 la Corte revisó la decisión consecuencia de la acción de tutela interpuesta por 1280 ciudadanas en contra de la Procuraduría General de la Nación por la emisión de una serie de comunicados con información inexacta, durante el periodo comprendido entre desde 2009 al 2011. A juicio de las accionantes, estos comunicados vulneraron sus derechos fundamentales a la información, a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la educación y a beneficiarse del progreso científico, además de sus derechos reproductivos. El juez de primera instancia declaró improcedente la acción por ausencia de subsidiariedad y por inmediatez (“hechos” de hace un año). El juez de segunda instancia confirmó esta decisión.

En su decisión la Sala de Revisión ordenó al Procurador General Alejandro Ordoñez: rectificar el comunicado de prensa del 21/10/09, respecto del sentido de las campañas ordenadas en la T-388 de 2009, un término de 48 horas; modificar la posición institucional respecto a la anticoncepción oral de emergencia; modificar la Circular 029/10 respecto a

la suspensión del Decreto 4444 de 2006; eliminar el numeral 8 de la Circular 021/11 y toda referencia a la objeción de conciencia institucional. Además instó a la Procuradora Delegada Ilva Myriam Hoyos para rectificarse, en el sentido de aceptar la obligación de remover los obstáculos para el acceso a la IVE y revocara su solicitud de modificación de la Circular Externa 058 de 2009.

En la sentencia T-532 de 2014 la Sala de Revisión de la Corte Constitucional estudió el caso de una mujer de 31 años, madre cabeza de familia que tenía a cargo su padre de 87 años y que solicitó a su EPS para la práctica del IVE porque su embarazo constituía un peligro para su salud. La EPS después de dilatar el procedimiento durante tres semanas, le informó que no contaba con una IPS que estuviera en capacidad de practicarle la IVE por la edad gestionaría.

Pese a que los jueces de instancia ampararon los derechos de la accionante, la Corte estimó que no hubo vulneración de sus derechos, puesto que todos los médicos consultados coincidieron en emitir concepto desfavorable por la edad de gestación con la que contaba la accionante. En esta decisión, la Sala, desconociendo lo establecido en relación con la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, priorizó el concepto médico sobre la garantía del derecho fundamental a la IVE, sin mayor justificación.

En el Auto 009 de 2015 la Corte realizó seguimiento a algunas órdenes del Auto 092 de 2008 relacionado con la priorización de 183 casos de víctimas de violencia sexual que fueron trasladados a la Fiscalía General de la Nación y a la PGN. Así ordenó, entre otras cosas: (1) Aplicar los criterios de racionalidad establecidos por la Corte para efectos de implementar el “Programa de Prevención de la Violencia Sexual contra la Mujer Desplazada y de Atención Integral a sus Víctimas; (2) establecer una instancia de coordinación interinstitucional, (el Ministerio Público, la UARIV, el Ministerio de Salud, representantes de las Entidades Territoriales, de las mujeres víctimas de violencia sexual y de las organizaciones de mujeres); (3) priorizar localidades y regiones del país para aplicar de forma urgente los componentes del Programa de Prevención y Atención.

En síntesis, los pronunciamientos de la Corte Constitucional permiten afirmar válidamente que, (i) el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo es un derecho fundamental de las mujeres; (ii) el ejercicio de este derecho fundamental se deriva de la protección de los derechos a la dignidad, la autonomía, la vida y la salud y el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres; (iii) la protección de este derecho fundamental pone en cabeza del Estado una serie de obligaciones concretas, como por ejemplo, garantizar el acceso oportuno y en condiciones de calidad el procedimiento de interrupción del embarazo, eliminar o remover las barreras de acceso interpuestas por los prestadores de los servicios de salud, entre otros; y (iv) el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia encuentra límites concretos cuando están en juego los derechos de terceros.

3. El caso colombiano: entre las limitaciones legislativas y el activismo judicial.

De acuerdo con lo establecido en los capítulos anteriores, es posible sostener que el ordenamiento jurídico colombiano han incorporado distintos estándares normativos para cumplir con la obligación relacionados con la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, en concreto, las normas que pretenden garantizar el acceso de las mujeres a escoger y utilizar el método anticonceptivo de su preferencia cuentan con un amplio desarrollo normativo.

Respecto del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, si bien, las decisiones de la Corte Constitucional han significado importantes avances en la garantía del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, lo cierto es que aún existe un alto índice de abortos que continúan practicándose en la ilegalidad.

En este escenario resulta relevante evaluar cuáles son las limitaciones del ordenamiento jurídico colombiano en relación con la garantía del derecho a la elección libre de la maternidad, a través, de (a) la garantía normativa en relación con el acceso a métodos anticonceptivos y (b) la garantía normativa del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

A continuación se profundizará en el análisis de los aspectos mencionados con el fin de determinar cuáles son las principales limitaciones en la garantía del derecho a la elección libre de la maternidad en Colombia, tomando como base algunos de los datos disponibles, en relación con el conocimiento y uso de los métodos anticonceptivos en Colombia y los índices de abortos clandestinos.

<u>(a) El acceso de las mujeres al uso de métodos anticonceptivos.</u>

Si bien, es posible sostener que la legislación colombiana han incorporado distintos estándares normativos para cumplir con la obligación de garantizar el derecho de las mujeres a acceder a los métodos anticonceptivos y escoger el de su preferencia; vale la pena resaltar que, según los resultados de la Encuesta Nacional de Demografía y Salud de 2010, solamente el 57% de las mujeres en edad fértil hicieron uso de métodos anticonceptivos modernos.

La Encuesta Nacional señaló que el 21% de las mujeres en edad fértil casadas o unidas no utilizan métodos anticonceptivos. El 35% de las mujeres en edad fértil unidas están esterilizadas, mientras que el 22% de las mujeres no unidas sexualmente activas usan condón. El 48% de los nacimientos ocurridos entre 2004 y 2010 fueron deseados en ese momento y el 23% de los nacimientos fueron no deseados.

De acuerdo con la Encuesta Nacional de Demografía y Salud de 2010, sólo el 70% de las mujeres entre 13 y 34 años, que habitan las zonas rurales, afirman haber participado en

charlas sobre salud sexual y reproductiva. En las zonas urbanas el 83% de las mujeres entre 13 y 34 años sostuvieron haber recibido educación sexual. Por otro lado, según el informe de Naciones Unidas relacionado con el uso de métodos anticonceptivos en Colombia de 2012, los departamentos con mayor uso de métodos son Quindío y Caldas (81%); Risaralda (78%), y Nariño y Boyacá (77%) y los de menor uso son Vaupés (47%) y Amazonas (53.5%).

Así las cosas, es importante resaltar la necesidad de continuar avanzando en la promoción de campañas de educación a lo largo de todo el territorio nacional. Lo anterior, dado que uno de los principales obstáculos en el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, en concreto, en el uso de métodos anticonceptivos, es la falta de información.

Por otro lado, información relacionada con el uso de estas herramientas, ha permitido establecer que las mujeres escogen los métodos anticonceptivos utilizando como primer criterio, la facilidad con que puedan comprarlo o la facilidad con que lo suministre empresa promotora de salud (EPS); como segundo criterio para la elección de anticonceptivos, las mujeres evalúan seguridad del mismo (Gómez, Lozano, Velásquez, Marrugo & Torres, 2015). No obstante, según el informe de Naciones Unidas de 2012, el 48% de las mujeres no sabe que las EPS están obligadas a proporcionar los métodos anticonceptivos de manera gratuita. En ese sentido, es importante que el Estado proporcione información y garantice que las mujeres puedan acceder fácilmente a los métodos anticonceptivos a través de su inclusión masiva en los Planes Obligatorios de Salud y la disminución en los precios.

El Estado debe brindar información sobre el uso de métodos anticonceptivos, a través de campañas de salud sexual y reproductiva, en regiones rulares, especialmente las que se encuentran alejadas de los municipios o aquellas que por sus condiciones geográficas son de difícil , esto, con el fin de garantizar el acceso a los mismos y proporcionar a las mujeres píldoras anticonceptivas, preservativos, dispositivos intra uterinos o parches subdérmicos u otros métodos.

En relación con el impacto de la asesoría en la elección de métodos anticonceptivos, algunos estudios han permitido establecer que aunque el plan de beneficios del sistema de salud ofrece una amplia gama de métodos, tan solo el 54% de las mujeres, que utilizan un anticonceptivo moderno, afirmaron haber recibido información y orientación sobre el método seleccionado. (Gómez, Lozano, Velásquez, Marrugo & Torres, 2015).

En este aspecto, el papel de los profesionales de salud resulta determinante toda vez que están en la obligación de proporcionar información veraz y completa sobre cada una de las posibilidades que tienen las mujeres para planificar, así como los índices de efectividad de cada método y sus consecuencias secundarias. Esto, es un requisito sin el cual las mujeres no pueden acceder y escoger el método de su preferencia. Así las cosas, es muy importante que dentro del ejercicio de la profesión médica se resalte la importancia de garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Algunas investigaciones enfocadas en la identificación de las principales barreras que enfrentan los jóvenes que pretenden acceder a los métodos anticonceptivos han señalado que “la barrera más importante es la actitud de muchos proveedores, según la cual los métodos anticonceptivos no son apropiados para ellos […] estos proveedores no consideran con seriedad la necesidad que los jóvenes tienen del servicio e incluso intentan disuadirlos de tener relaciones sexuales” (Moya, 2001, p.1).

Además, se requiere la adopción de políticas públicas que puedan tener mayor incidencia en el uso de métodos anticonceptivos como la instalación de dispensadores de preservativos con la información necesaria sobre su utilización en sitios adecuados. Estudios relacionados con las barreras de acceso a métodos anticonceptivos en América Latina han señalado que una de las principales dificultades está relacionada con las instalaciones en las que se encuentran los dispensadores de anticonceptivos:

“Las instalaciones no siempre están ubicadas en zonas que son accesibles a los jóvenes. Para evitar encontrarse con familiares o conocidos, muchos jóvenes prefieren atenderse en un servicio ubicado fuera de su propio barrio. Sin embargo, no es fácil para ellos recorrer grandes distancias, ni llegar a lugares hacia donde el transporte público es escaso o inexistente” (Moya, 2001, p.1).

Asimismo, se ha resaltado la necesidad de diseñar programas de salud sexual y reproductiva que ofrezcan servicios gratuitos o de bajo costo, que garanticen el constante abastecimiento de métodos anticonceptivos, que ofrezcan la mayor cantidad de servicios posibles en un mismo lugar, que aseguren la privacidad y confidencialidad en las sesiones de consejería y los procedimientos clínicos, que brinden la información en lenguaje claro y tomen en cuenta el contexto cultural en el cual han sido socializadas las personas que acuden a la prestación del servicio (Moya, 2001).

Lo expuesto anteriormente, permite sostener que es necesario implementar estrategias que permitan dar cumplimiento a lo establecido las leyes, los decretos y resoluciones que regulan aspectos relacionados con la prestación de los servicios de salud reproductiva, las formas en las que las usuarias pueden acceder a métodos anticonceptivos y determinan las obligaciones de los prestadores y los derechos de los usuarios cuando se trata de métodos de esterilización definitiva. Lo anterior, dado que el análisis de las cifras expuestas, permite afirmar que persisten muchas barreras que impiden a las mujeres ejercer su derecho a la autodeterminación reproductiva.

Resulta indispensable que las estrategias adoptadas garanticen: que los prestadores de servicios de salud brinden la información completa, en lenguaje claro y libre perjuicios y creencias religiosas o de otro tipo sobre las posibilidades de anticoncepción que tienen las mujeres, indicando el grado de efectividad y los riesgo de cada uno de los métodos anticonceptivos y la disponibilidad de los mismos en las EPS; la confidencialidad de los usuarios que acuden al sistema de salud a solicitar información al respecto; el desarrollo de campañas de salud sexual y reproductiva en regiones rulares, especialmente las que se encuentran alejadas de los municipios o aquellas que por sus condiciones geográficas son de difícil acceso, con el fin de proporcionar a las mujeres píldoras anticonceptivas,

preservativos, dispositivos intra uterinos o parches subdermicos y que se brinde mayor información relacionada con el uso de métodos anticonceptivos a través de los medios masivos de comunicación y en lugar altamente concurridos como centros comerciales.

(b) La garantía del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

Respecto del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, a diferencia de lo que ocurre con el amplio desarrollo normativo en relación con el acceso a métodos anticonceptivos, existe un vacío en la legislación. Si bien, las decisiones de la Corte Constitucional han significado importantes avances en la garantía del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, lo cierto es que aún no existe una disposición legal que regule el tema, a pesar de lo múltiples intentos por más de cuatro décadas.

Como se expuso, desde finales de los años 50 se presentaron distintos proyectos de ley que pretendían la despenalización del aborto en algunas de las siguientes circunstancias: cuando el embarazo fuera consecuencia de violación; cuando el feto tuviera malformaciones genéticas que hicieran su vida inviable; cuando la vida o la salud de la mujer corrieran peligro y por razones socioeconómicas. No obstante, lo único que se logró introducir en el Código Penal del año 2000 fue la consagración de una potestad en cabeza del juez o jueza para prescindir de la pena cuando se tratara de circunstancias extraordinarias o condiciones anormales de motivación y el embarazo hubiese sido consecuencia de un hecho de violencia sexual o inseminación artificial no consentida (Jaramillo & Alfonso, 2008).

En ese escenario es fundamental resaltar el papel de la Corte Constitucional. De acuerdo con el planteamiento de César Rodríguez, el activismo judicial y el constitucionalismo progresista han aportado significativamente en la transformación de los ordenamientos jurídicos, durante las últimas décadas. En los países de América Latina el fortalecimiento de los tribunales constitucionales y la judicialización de los conflictos políticos han contribuido en el avance de la garantía de los derechos y la construcción de sociedades más democráticas. El impacto de las decisiones de las altas cortes ofrece importantes elementos para los ciudadanos, activistas, abogados y organizaciones sociales en el uso del derecho como una herramienta de transformación social (Rodríguez, 2010).

Distintos autores que se han encargado de estudiar el fenómeno de los efectos de las decisiones de las altas cortes, han planteado que los fallos pueden tener efectos directos; efectos indirectos; efectos instrumentales y efectos simbólicos. Los directos consisten en las conductas ordenadas por el fallo y afectan a los actores del caso, ya sean los litigantes, los beneficiarios o los destinatarios de las órdenes. Los efectos indirectos son toda clase de consecuencias que, sin estar estipuladas en las órdenes judiciales, se derivan de la sentencia y afectan no sólo a los actores del caso, sino a cualquier otro actor social (Rodríguez, 2010). Por su parte, los efectos instrumentales implican cambios materiales en la conducta de individuos o grupos; los efectos simbólicos consisten en cambios en las ideas, las percepciones y los imaginarios sociales sobre el tema objeto del litigio (García, 1993).

	Directos	Indirectos
Instrumentales	Diseño de una política pública ordenada por la sentencia	Formación de coaliciones activistas para incidir en el tema de la sentencia
Simbólicos	Definición y percepción del problema como violación de derechos	Transformación de la opinión pública sobre la urgencia y gravedad del problema

Fuente: César Rodríguez Garavito. Cortes y Cambio Social. 2010.

Según el cuadro ilustrado, el cruce de los distintos tipos de efectos tiene como consecuencia cuatro tipos de efectos, (i) efectos instrumentales directos (por ejemplo, la expedición de una norma, el diseño de política o la ejecución de una obra pública ordenada por el juez); (ii) efectos instrumentales indirectos (por ejemplo, la entrada al debate de nuevos actores sociales —ONG, financiadores, entidades públicas- atraídos por las oportunidades de incidencia abiertas por la sentencia); (iii) efectos simbólicos directos (por ejemplo, la modificación de la percepción pública del problema, cuando pasa a ser concebido en el lenguaje de derechos humanos utilizado por las cortes); y (iv) efectos simbólicos indirectos (por ejemplo, la legitimación de la visión del problema social propuesta por los litigantes, o la transformación de la opinión pública sobre la gravedad o urgencia del problema) (Rodríguez, 2010).

Sin duda, la despenalización del aborto en Colombia en tres circunstancias, es un ejemplo de la importancia del activismo judicial en la trasformación de los ordenamientos jurídicos en pro del reconocimiento de los derechos para la construcción de sociedades más incluyentes. Asimismo, varias organizaciones sociales y entes estatales que hacen seguimiento al cumplimiento de la sentencia han desempeñado papeles importantes en relación con la defensa y oposición a la sentencia.

Además, la decisión C-355 de 2006 ha tenido efectos instrumentales directos, pues reconoció un nuevo derecho fundamental a las mujeres, este es el derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo en las tres circunstancias establecidas; asimismo, es posible sostener que se ha ampliado la discusión en relación con la interrupción voluntaria del embarazo y el aborto, de manera que ha cambiado la percepción pública en relación con el tema, por ejemplo, desde la expedición de la sentencia los medios de comunicación han publicado distintas columnas de opinión a favor y en contra de lo allí establecido y esto ha contribuido a la difusión y discusión del tema.

Igualmente, es importante destacar los efectos simbólicos indirectos de la sentencia como por ejemplo, la discusión en la sentencia en relación con la interrupción voluntaria del embarazo contribuye a quitar de los imaginarios la imagen negativa del aborto y ayuda a dejar de parcializar el debate, pues el aborto dejó de ser un delito con connotaciones

completamente negativas y la interrupción voluntaria del embarazo pasó a ser un derecho en los tres casos despenalizados.

No obstante, si se analiza detalladamente la sentencia C-355 de 2006 a través de la cual la Corte Constitucional despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo en tres circunstancias (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; se podrá encontrar que cada una de las tres circunstancias en las que las mujeres tienen derecho a solicitar la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo corresponden a situaciones de riesgosas, lesivas para las mujeres, en las que resulta muy difícil hablar de una decisión libre.

Es decir, los supuestos en los cuales la Corte despenalizó la interrupción del embarazo no protegen el derecho de las mujeres a tomar decisiones libres y autónomas respecto de su proyecto de vida en relación con la maternidad, sino que, por el contrario, estas circunstancias son el resultado de un juicio de ponderación en el que se concluyó que el establecimiento de las sanciones penales a las mujeres que interrumpían el embarazo en las tres situaciones descritas no respondía a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal y que se sacrificaban bienes jurídicos mayores a los que pretenden proteger.

La Corte Constitucional basó su decisión en tres premisas a saber:

Premisa 1. El ordenamiento jurídico colombiano protege la vida como bien jurídico relevante y protege el derecho a la vida del que son titulares las personas. La protección de la vida en el ordenamiento jurídico colombiano no es absoluta y el análisis de las fuentes del derecho no permite establecer que exista la obligación de proteger la vida del que está por nacer por encima del derecho a la vida del cual son titulares las personas.

Premisa 2. Las mujeres son sujetos de especial protección constitucional y el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, como el derecho a la autodeterminación reproductiva, es decir, la potestad de decidir libre de coacciones el número de hijos que desean tener y el intervalo entre ellos, impone al Estado obligaciones concretas como la garantía de acceso a los procedimientos médicos que necesitan, entre otras cosas, para ejercer plenamente estos derechos.

Premisa 3. El legislador penal, al establecer los delitos debe tener en cuenta límites como la dignidad humana, entendida como la capacidad de autodeterminación, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la elección de un plan de vida, los tratados internacionales de derechos humanos y los principios de proporcionalidad y razonabilidad en materia penal.

A partir de lo establecido en estas premisas, se llegó a la conclusión según la cual:

Conclusión. La penalización total del delito de aborto vulnera los derechos reproductivos de las mujeres. Resulta desproporcionado proteger, bajo cualquier circunstancia, la vida del que está por nacer por encima de la vida de las mujeres, por esa razón no se pude obligar a una mujer a llevar un embarazo a término cuando: (a) la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer; (b) exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; (c) el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Es decir, la sentencia estableció que se puede interrumpir el embarazo cuando su continuación constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, lo anterior, porque imponer una sanción penal en este supuesto resulta desproporcionado pues estaría dando mayor protección a una expectativa de vida frente a la vida de la mujer y la protección de sus derechos sexuales y reproductivos. Sin embrago, es importante resaltar que si una mujer solicita la interrupción del embarazo porque se encuentra bajo este supuesto, la decisión será consecuencia de una situación de peligro en la que está en juego su propia vida o su salud, esto quiere decir que su voluntad estaría determinada por el miedo a morir o a sufrir un grave problema de salud, en ese sentido, no es posible sostener que bajo este supuesto las mujeres tomen decisiones consecuencia de sus reflexiones libres y autónomas sobre sus intereses y sus proyectos de vida.

Igualmente, en los casos en los que se pretende interrumpir el embarazo porque es el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto, la decisión de las mujeres responde a una circunstancia concreta de violencia sexual en la que la dignidad, la integridad y la vida de las mujeres fueron gravemente desconocidas, así, las decisiones que se pueden tomar en esta situación estarán permeadas por sentimientos de ira y dolor consecuencia del hecho de violencia sexual. En ese sentido, no es posible sostener que bajo esta hipótesis las mujeres pueden tomar decisiones libres y autónomas sobre su reproducción porque justamente existió un hecho que coacciona la voluntad de la mujer.

Asimismo, cuando existen graves malformaciones que hacen la vida del feto inviable, las mujeres se enfrentan a la posibilidad de interrumpir el embarazo en el marco de una situación límite que consiste en la existencia del riesgo de la pérdida del ser a causa de las graves complicaciones de salud que hacen su vida incompatible. En estos casos, la opción libre de la maternidad no es el principal argumento para decidir en relación con la continuación del embarazo pues las mujeres no están decidiendo con base en su proyecto de vida sino que la voluntad está permeada por la circunstancia concreta.

Así, los supuestos en los cuales la Corte despenalizó la interrupción del embarazo no responden a la adopción de decisiones libres y autónomas en relación con la reproducción por parte de las mujeres. Como se expuso, en cada uno de los supuestos el fundamento

para interrumpir o no el embarazo no es el ejercicio del derecho a la elección libre de la maternidad sino las circunstancias concretas en las que se encuentran las mujeres.

Entonces, es posible afirmar que la conclusión a la que llegó la Corte Constitucional encuentra mayor sustento en lo establecido en la premisa 3 que establece que las sanciones penales deben ser razonables y proporcionales y no pueden sacrificar bienes jurídicos mayores a los que pretenden proteger y no en los argumentos relacionados con la especial protección que la Constitución otorga a las mujeres, el ejercicio del derecho a la autodeterminación reproductiva, la importancia de proteger la dignidad entendida como la capacidad de autodeterminación, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la elección libre de la maternidad y la posibilidad de elección de un plan de vida.

En ese sentido, es posible sostener que el ordenamiento jurídico no brinda a las mujeres la protección suficiente en relación con el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, toda vez que no permite a las mujeres acceder a servicios para ejercer este derecho cuando se encuentran por fuera de las causales establecidas en la sentencia, y desean tomar la decisión con base en su derecho a la autonomía o teniendo en cuenta su proyecto de vida.

En Colombia, el aborto sigue siendo un delito y en la práctica la mayoría de mujeres siguen accediendo a abortos en el marco de la ilegalidad: “la baja implementación de la prohibición al aborto quiere decir que en la práctica las mujeres tienen acceso a abortos con facilidad independientemente de su legalidad” (Lemaitre, 2009, p. 227). Asimismo, la prestación de los servicios de interrupción voluntaria del embarazo están permeados por la imposición de obstáculos y barreras por pare de los prestadores de los servicios de salud, lo que obstaculiza el ejercicio del derecho fundamental de las mujeres a la interrupción voluntaria del embrazo.

Según el estudio desarrollado por el Allan Guttmacher Institute (AGI) 2010, se estima que en Colombia el 44% de los embarazos no deseados terminan en un aborto inducido. Esto quiere decir que al año se practican alrededor de 400.000 abortos de los cuales solo 322 son practicados en el marco de lo establecido en la C-355 de 2006.

Esto permite sostener que el fallo de la Corte Constitucional no ha impactado en la reducción de los abortos clandestinos inseguros, pues solo el 0.08% de los casos revisados correspondió a interrupciones voluntarias del embarazo en el año 2008 (UNFPA & Ministerio de Salud, 2014).

Este estudio también indicó que la tasa anual de aborto en Colombia ha aumentado:

> “Para 2008 se estimaron 39 abortos por 1.000 mujeres de 15 a 44 años; en 1989 eran 36 por 1.000 mujeres. Según el mismo estudio, Bogotá y la región Pacífica —66 y 54 abortos por cada 1000 mujeres respectivamente— son las zonas en las que se presentan las tasas más altas de aborto. En 1992, aproximadamente el 23% de las mujeres colombianas entre los 15 y los 55 años declararon haber

> tenido un aborto; para el 2008 una de cada 26 mujeres dijo haber tenido un aborto inducido (AGI, 2010)" (UNFPA & Ministerio de Salud, 2014).

De acuerdo con la cifras del Departamento Nacional de Estadística –DANE- en 2001 hubo un estimado de 714 de muertes maternas de las cuales el 16% fueron por abortos ilegales (115 muertes) y en el 2005 hubo 475 casos de muerte maternal de los cuales 45 fueron causados por aborto ilegal. Según lo allí establecido, el aborto ilegal es la cuarta causa de mortalidad materna seguida de cerca por complicaciones durante el puerperio (44 muertes). (Lemaitre, 2009, p. 231).

Además, es importante mencionar que de acuerdo con el estudio AGI 2010, cada año, el sistema de salud colombiano ofrece tratamiento post-aborto a 93.000 mujeres y en la actualidad, nueve mujeres por cada 1.000 reciben atención postaborto en instituciones de salud. La tasa más alta de tratamiento y de mayor carga en el sistema de salud se encuentra en la región Pacífica, en donde cada año, 16 de cada 1000 mujeres reciben tratamiento postaborto (UNFPA & Ministerio de Salud, 2014).

La situación descrita se hace aún más gravosa si se tiene en cuenta que las mujeres que pretenden acceder a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, en los casos despenalizados por la sentencia, se tienen que enfrentar a un conjunto de barreras administrativas y médicas que obstaculizan e impiden el ejercicio de este derecho fundamental reconocido por la jurisprudencia constitucional. Las organizaciones de mujeres y la jurisprudencia constitucional han sistematizado las principales barreras que se pueden resumir en los siguientes términos: solicitud de requisitos adicionales a los consagrados en la sentencia C-355 de 2006 para autorizar y llevar a cabo la práctica del aborto, tales como la copia de la denuncia o del examen sexológico, con el propósito de probar que el embarazo es consecuencia de la violación, o absurdos como la condena del agresor; objeciones de conciencia colectivas, institucionales o infundadas; la realización de juntas médicas para dilatar la práctica del procedimiento; la práctica de nuevos exámenes y remisión a especialistas cuando la mujer puede ser atendida por el médico tratante, entre otros (UNFPA & Ministerio de Salud, 2014).

Así las cosas, es importante resaltar la necesidad de superar el déficit de protección que el ordenamiento otorga al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Para tal fin, es importante que se adopten medidas legislativas que protejan este derecho y que brinden a las mujeres la posibilidad de acceder a los servicios de IVE por fuera de las causales establecidas por la Corte Constitucional, de lo contrario, los índices de abortos practicados en la ilegalidad y bajo condiciones inseguras no disminuirá y los derechos fundamentales de las mujeres continuarán siendo gravemente desconocidos. La falta de regulación legislativa del derecho a la IVE a pesar de los diferentes proyectos de ley que se han presentado, es una muestra de la falta de compromiso y el incumplimiento del Estado colombiano en relación con la garantía del derecho de las mujeres a la interrupción del embarazo.

Por otro lado, en relación con los obstáculos y barreras que deben enfrentar las mujeres que pretenden ejercer el derecho en los casos despenalizados por la Corte Constitucional

es necesario exigir a los prestadores de los servicios de salud que informen de forma clara y oportuna a las mujeres que se encuentran inmersas en las causales establecidas en la sentencia C-355 de 2006 sobre su derecho fundamental a la IVE; asimismo, es necesario que se difunda la información relacionada con el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia para que no se presenten objeciones de conciencia colectivas y/ o institucionales; igualmente es necesario que la EPS exijan a los profesionales de la salud atender los casos de interrupción voluntaria del embarazo sin interponer obstáculos en la prestación de estos servicios, y abstenerse de realizar juntas médicas o solicitar la práctica de nuevos exámenes con el fin de dilatar injustificadamente el procedimiento.

4. Retos y desafíos del ordenamiento jurídico colombiano en relación con la garantía del derecho a la elección libre de la maternidad.

En relación con el acceso de las mujeres al uso de métodos anticonceptivos es posible sostener que, si bien existe un amplio desarrollo normativo, es necesario fortalecer la implementación de las normas jurídicas que regulan este derecho para optimizar la garantía del derecho a la elección libre de la maternidad.

Según los resultados de la Encuesta Nacional de Demografía y Salud de 2010, solamente el 57% de las mujeres en edad fértil hicieron uso de métodos anticonceptivos modernos, estas cifras ponen en evidencia la necesidad de superar los obstáculos, las barreras y las limitaciones que impiden que las mujeres tengan acceso al uso de los métodos anticonceptivos de su preferencia.

Es necesario diseñar programas de salud sexual y reproductiva que ofrezcan servicios gratuitos o de bajo costo, que garanticen el constante abastecimiento de métodos anticonceptivos, que ofrezcan la mayor cantidad de servicios posibles en un mismo lugar, que aseguren la privacidad y confidencialidad en las sesiones de consejería y los procedimientos clínicos, que brinden la información en lenguaje claro y tomen en cuenta el contexto cultural en el cual han sido socializadas las personas que acuden a la prestación del servicio.

Además, resulta importante implementar estrategias que permitan dar cumplimiento a lo establecido las leyes, los decretos y resoluciones que regulan aspectos relacionados con la prestación de los servicios de salud reproductiva, las formas en las que las usuarias pueden acceder a métodos anticonceptivos y determinan las obligaciones de los prestadores y los derechos de los usuarios cuando se trata de métodos de esterilización definitiva.

Así, se requiere garantizar que: los prestadores de servicios de salud brinden la información completa, en lenguaje claro y libre perjuicios y creencias religiosas o de otro tipo sobre las posibilidades de anticoncepción que tienen las mujeres, indicando el grado de efectividad y los riesgo de cada uno de los métodos anticonceptivos y la disponibilidad de los mismos en las EPS; garantizar la confidencialidad de los usuarios que acuden al sistema de salud a solicitar información al respecto; adelantar campañas de salud sexual y reproductiva en regiones rulares, especialmente las que se encuentran alejadas de los municipios o aquellas que por sus condiciones geográficas son de difícil acceso, con el fin de proporcionar a las mujeres píldoras anticonceptivas, preservativos, dispositivos intra uterinos o parches subdermicos y se brinde mayor información relacionada con el uso de métodos anticonceptivos a través de los medios masivos de comunicación y en lugar altamente concurridos como centros comerciales.

En relación con la garantía del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo es importante destacar que los establecido por la jurisprudencia constitucional no es suficiente para garantizar a las mujeres el derecho a la elección libre de la maternidad. El ordenamiento jurídico colombiano no otorga a las mujeres las herramientas jurídicas necesarias para poder decidir de forma libre si desean ser madres o no. Lo anterior, debido a que el ordenamiento no brinda a las mujeres la posibilidad de acceder a servicios seguros de interrupción voluntaria del embarazo, por fuera de las causales establecidas por la Corte Constitucional, lo que impide que los índices de abortos inseguros disminuyan. Además, en los casos en los que las mujeres pretenden ejercer este derecho en el marco de lo establecido en la sentencia C-355 de 2006 deben enfrentar múltiples barreras administrativas y médicas que les impiden ejercerlo.

La sentencia C-355 de 2006 estableció que se puede interrumpir el embarazo cuando: (i) su continuación constituya peligro para la vida o la salud de la mujer; (ii) en los casos en los que se pretende interrumpir el embarazo porque es el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas y (iii) cuando existen graves malformaciones que hacen la vida del feto inviable. En ninguna de estas circunstancias, las mujeres están tomando decisiones libres basadas en argumentos como la elección de un proyecto de vida o la protección de su derecho a la intimidad, en ese sentido, es posible sostener que, los supuestos en los que se puede interrumpir el embarazo no son consecuencia del derecho a la elección libre de la maternidad, sino que en las circunstancias concretas en las que se encuentran las mujeres resulta desproporcionado imponerles una sanción penal por solicitar los servicios de la IVE.

El déficit normativo en relación con la protección del derecho a la elección libre de la maternidad impide que las mujeres ejerzan un control libre y total sobre su cuerpo, situación que mantiene en el tiempo la reproducción de algunos estereotipos que tienen que ver con: el cuestionamiento de la capacidad de las mujeres para tomar decisiones de todo tipo, en este caso concreto sobre su cuerpo; el reconocimiento de las mujeres exclusivamente como seres reproductivos cuya única posibilidad de reconocimiento social es la reproducción; la afirmación de la maternidad y el cuidado como el principal rol social asignado históricamente a las mujeres; la exclusión de las mujeres de la toma de decisiones sociales y políticas con base en la asignación de la maternidad como su única función; el desconocimiento de las mujeres como sujetos autónomos; la negación de la individualización de las mujeres; y la perpetuación de la idea de que el cuerpo de las mujeres como está materialmente conectado con otros cuerpos necesita ser poseído por los otros; entre otras ideas que culturalmente han legitimado y reforzado la discriminación en contra de las mujeres.

En ese sentido, resulta urgente que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar: que se desarrollen disposiciones legislativas que protejan el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo y que brinden a las mujeres la posibilidad de acceder a estos servicios de forma segura por fuera de las causales establecidas por la Corte

Constitucional y que garanticen que en los casos en los que las mujeres que se encuentran inmersas en la sentencia C-355 de 2006 puedan acceder a los procedimientos de IVE sin barreras técnico- administrativas que lo impidan.

Las medidas legislativas deberán los derechos de las mujeres y por el otro el interés del Estado de proteger la vida en formación, sin limitar la toma de decisiones libres a las mujeres. Esto, es posible a través de la adopción de un sistema de plazos que permita a las mujeres interrumpir el embarazo hasta la semana 12, es decir hasta el segundo trimestre con base en sus consideraciones, convicciones y razones intimas y personales, tal como ocurre en los casos de Estados Unidos y Uruguay.

Posterior a este periodo, teniendo en cuenta el interés del Estado en proteger la vida en formación se debe adoptar el sistema de causales en el que se permite la interrupción voluntaria del embarazo en situaciones en las que el embarazo es producto de un hecho de violencia sexual; la continuación del embarazo representa riesgo para la vida y la salud (mental o física) de la mujer; el feto presenta malformaciones que hacen su vida inviable; o existen razones socio-económicas que impiden a la mujer continuar con el embarazo, como ocurre por ejemplo en Alemania y España.

Permitir la interrupción voluntaria del embarazo durante los dos primeros trimestres del embarazo permite a las mujeres decidir de forma libre, sin ningún tipo de coacción, si desean asumir el rol de la maternidad o no, sin necesidad de estar inmersas en circunstancias que coaccionen su voluntad por los riesgos y la gravedad que representan. Por otro lado, establecer causales específicas para acceder al procedimiento después del segundo trimestre preserva el interés del Estado en proteger la vida en formación, pues reconoce que en virtud de esta protección se deben establecer restricciones, sobre todo si el feto está en una fase de viabilidad

Bibliografía

Aarnio, L. (1991). *Lo racional como razonable.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R. (1988). Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Sistema jurídico, principios y razón práctica. No5, 139-151. Recuperado de http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Allan Guttmacher Institute (AGI). (2010). *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia. Causas y consecuencias*. Nueva York: Asociación Probienestar de la Familia Colombina (Profamilia) y Ministerio de Protección Social.

Alviar H., Jaramillo I, (2012) *Feminismo y Crítica Jurídica*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores Universidad de los Andes.

Andión, X. (2012). ¿Quiénes son las mujeres que abortan?. Estados Unidos: Roe vs Wade. Recuperado de http://nosotrasdecidimos.org/estados-unidos-roe-v-wade/

Ardila, M. (2012). *El derecho humano de las mujeres a la anticoncepción.* Bogotá: Universidad Externado.

Atienza, M. (1997). *Derecho y argumentación.* Bogotá: Universidad Externado.

Badinter, E. (2011). La mujer y la madre. [Traducido al Español de Le conflit. La femme et la mére] Madrid: La esfera de los libros.

Bernal, C. (2005). La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. En *El derecho de los derechos* (p. 95.145). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Carbajal, M. (28 de mayo de 2007). Para que la maternidad sea una elección. Periódico Página 12. Recuperado de http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-85628-2007-05-28.html

Carbajal, M. (17 de mayo de 2007). Historia geopolítica de la píldora. Periódico Página 12. Recuperado de http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-85628-2007-05-28.html

Castro, D. (20 de diciembre de 2012). Comenzó implementación de ley de aborto en Uruguay. Médicos del Mundo. Recuperado de http://www.medicosdelmundo.org.uy/novedades/article/comenzo-implementacion-de-ley-de

CEPAL. (agosto, 2012). *Implementación del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo en América Latina y el Caribe. Examen del período 2009-2013 y lecciones aprendidas Síntesis y Balance*. Presentado en Primera reunión de la conferencia regional sobre población y desarrollo de América Latina y el Caribe. Montevideo, Uruguay.

CIDH. (2011). Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación. Recuperado http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/ESTANDARES%20JURIDICOS.pdf

Corporación Humanas. (2010). “Derechos de las mujeres y discurso jurídico”. Bogotá: Ediciones Ántropos Ltda.

Chaparro, Garcia, Guzmán, Rojas & Sandoval. (2013). *Lejos del Derecho*. Bogotá: Dejusticia.

Chesler, Ellen. (1992). Woman of Valor: Margaret Sanger and the Birth Control Movement in America. New York: Simon and Schuster.

De Beauvoir, S. (1949). La Madre. En *El segundo sexo*. [Traducido al español de Le Deuxieme Sexe]. Colombia: Editora Géminis Ltda.

Defensoría del Pueblo, Pro familia & OIM. (2007). *Módulo de la A a la Z en Derechos Sexuales y Reproductivos.* Bogotá: Torreclanca.

Dworkin, R. (1978). *Los derechos en serio*. [Traducido al español de Taking Rights Seriously]. Barcelona: Editorial Ariel, S. A.

Encuesta Nacional de Demografía y Salud: ENDS 2010. Colombia: Profamilia, Ministerio de Salud, Bienestar Familiar, USAID.

Facchi, A. (2005). Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires. *El pensamiento feminista sobre el Derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl.* 3(6), 27-47. Recuperado de http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/el-pensamiento-feminista-sobre-el-derecho.pdf

Federal Ministry for Economic Cooperation and Development. (2008). Sexual and Reproductive Health and Rights, and Population Dynamics. *A BMZ Policy Paper*. Recuperado de https://www.bmz.de/en/publications/archiv/topics/health/spezial149pdf.pdf

Galanter, M. (2001). Por qué los "poseedores" salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico. En García Villegas, *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en los Estados Unidos* (p. 69 -103). Bogotá: Unibiblos.

García Villegas, M., Jaramillo Sierra, I., Restrepo Saldarriaga, E. (2007). *Crítica Jurídica*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Universidad de los Andes.

Gómez, P. (2007). *Autonomía de los cuerpos. Anticoncepción una herramienta*. Bogotá: Publimpacto.

Gómez, P., Pardo Y. (2009). Percepciones del uso de anticonceptivos en Bogotá (Colombia) Estudio Cualitativo. *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, 61(1). Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0034-74342010000100005&script=sci_arttext

Gómez, Lozano, Velásquez, Marrugo & Torres. (2015). Impacto de la asesoría sobre anticoncepción en la selección de métodos hormonales combinados en Colombia. *Revista Panam Salud Publica*, 37(6), 395–401.

Jaramillo, I. (2000). *Género y Teoría del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar y Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

Jaramillo, I., Alfonso, T. (2008). *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres. (2009). *Un derecho para las mujeres: la despenalización parcial del aborto en Colombia*. Bogotá: La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres.

Lemaitre, J. (2001). *El Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.* Los derechos sexuales y reproductivos en acción. Bogotá: Profamilia.

Lemaitre, R. (2009). Legalismo Feminista: los derechos de las mujeres en los años noventa. En *El Derecho como Conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

MacKinnon, C. (2014). Feminismo Inmodificado: Discursos sobre la vida y el derecho [Traducido al español de Feminism Unmodified. Discurses of life and law]. Argentina: Siglo veintiuno editores.

MacKinnon, C. (2006). “Feminismo, marxismo, método y Estado: Hacia una teoría del derecho feminista”. En M. García Villegas, I. C. Jaramillo Sierra, & E. Restrepo Saldarriaga, *Crítica Jurídica* (p. 193 - 221). Bogotá: Universidad de los Andes y Universidad Nacional.

Marrades, A. I. (2002). Luces y sobres sobre el derecho a la maternidad: Análisis jurídico de su reconocimiento. Valencia: Universidad de Valencia.

Martos, A. (2010). Breve historia de condón y los métodos anticonceptivos. Madrid: Ediciones Nowtilus, S.L.

Medina, M. (2014). *Retos del reconocimiento y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres indígenas en el multiculturalismo constitucional. Reflexiones a partir del Pueblo Wayúu*. (Trabajo Final de Maestría). Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Ministerio de Salud y Protección Social, Profamilia, UNFPA & OIM. (2014). “Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos”. Recuperado de https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/LIBRO%20POLITICA%20SEXUAL%20SEPT%2010.pdf

Ministerio de Salud, UNFPA. (2014). *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, Fondo de Población de Naciones Unidas.

Moya, C. (Agosto, 2001). Improving Youth’s Access to Contraception in Latin America. Avocates for Youth. Recuperado de http://www.advocatesforyouth.org/storage/advfy/documents/contraceptiveaccess.pdf

Nogueira, J. (2014). Análisis de la legislación europea y española sobre salud sexual y reproductiva. Recuperado de: http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/estudios_documentos_archivos/0782fba13474c42dc80daad65886c4eb.pdf

Parra, M. (2005). Ediciones Especiales Online. *Anticoncepción Hormanonal: 50 años de historia*, 11 de junio de 2005. Recuperado de http://www.edicionesespeciales.elmercurio.com/hoy/detalle/index.asp?idnoticia=0110062005021X0020061&idcuerpo=

Population Action. (2002). En esta generación: políticas de salud sexual y reproductiva en el mundo joven. Washington: Population Action International.

Prieto, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos.* Madrid: Trotta.

Puyana, Y. (2000). ¿Es lo mismo ser mujer que ser madre?. En Meertens et al. *Ética: masculinidades y feminidades* (89-126). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Centro de Estudios Sociales.

Roa, M. (2009). El derecho a decidir: avances, obstáculos y amenazas. *Razón Pública.* Recuperado de http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/669-el-derecho-a-decidir-avances-obstlos-y-amenazas.html.

Schwave, J. (2009). Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. México: Konrad Adenauer Stiftung.

Shapiro, I. (2009). El derecho constitucional al aborto en los Estados Unidos: una introducción. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho.* N. 31. Recuperado de http://www.yale.edu/macmillan//shapiro/abortion-spanish.pdf

Thomas, F. (2006). Resignificando la maternidad a la luz de los derechos sexuales reproductivos. En Viveros, M. Saberes Culturas y Derechos Sexuales en Colombia (451 -463). Bogotá: Tercer Mundo Editores del Grupo TM s.a.

Thomas, F. (2010). *Había que decirlo.* Bogotá: Icono.

Tubert, S. (1996). *Figuras de la madre*. Madrid: Cátedra.

UNFPA Colombia. (2012). 222 Millones De Mujeres No Tienen Acceso A La Planificación Familiar En El Mundo. Recuperado de: http://www.unfpa.org.co/?p=2325

Yarly, J. (2011). Prudentia Iuris. *¿Libertad de elección de la madre o derecho a la vida del niño por nacer?*. N. 71. Recuperado de http://www.academia.edu/10549341/_Libertad_de_elección_de_la_madre_o_derecho_a_la_vida_del_niño_por_nacer_Una_disyuntiva_que_no_es_tal_

Sentencias:

Corte Constitucional. 1992. T-440. [Eduardo Cifuentes Muñoz]

_____. 2004. Sentencia C-507. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]

_____. 2006. Sentencia C-355. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández]

_____. 2007. Sentencia T - 171 de 2007 [M.P. Jaime Córdoba Triviño]

_____. 2007. Sentencia T-988. [M.P. Humberto Sierra Porto.]

_____. 2008. Sentencia T-209. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández.]

_____. 2008. Sentencia T- 946 de 2008 [M.P. Jaime Córdoba Triviño]

_____. 2008. Auto 292. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández.]

_____. 2009. Sentencia T-009 [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]

_____. 2009. Sentencia T-388. [M.P. Humberto Sierra Porto.]

_____. 2009. Sentencia T-732. [M.P. Humberto Sierra Porto.]

_____. 2009. Auto 279. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio]

_____. 2010. Sentencia C-625 [M.P. Nilson Pinilla Pinilla.]

_____. 2010. Sentencia T-585. [M.P. Humberto Sierra Porto.]

_____. 2010. Auto 377 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.]

_____. 2010. Auto 283 [M.P Humberto Sierra Porto.]

_____. 2010. Auto 327 [M.P Humberto Sierra Porto.]

_____. 2010. Auto 381 [M.P Humberto Sierra Porto.]

_____. 2011. Sentencia T- 841. [M.P. Humberto Sierra Porto.]

_____. 2011. Sentencia T-636. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.]

_____. 2011. Sentencia T-959 [M.P. Gabriel Mendoza Martelo.]

_____. 2011. Auto 085 [M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.]

_____. 2011. Auto 172 [M.P Humberto Sierra Porto.]

_____. 2011. Auto 273 [M.P Humberto Sierra Porto.]

_____. 2012. Auto 038 [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.]

_____. 2012. Auto 096 [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.]

_____. 2012. Sentencia T-627 [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.]

_____. 2013. Sentencia T-815 [M.P. Alberto Rojas Ríos.]

_____. 2014. Sentencia T-532 [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.]

_____. 2014. Sentencia C-113 [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.]

_____. 2014. Sentencia T- 740 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.]

_____. 2015. Auto 009 [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.]