

BENEFICIOS DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL 355 DE 10 DE MAYO de
2006

BENEFICIOS QUE TRAE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL 355 DE 2006

CARMEN PATRICIA MARQUEZ GOMEZ.

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLÍN

2015

CONTENIDO

Los derechos sexuales reproductivos han sido reconocidos como derechos humanos y como Tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los estados democráticos.

La sentencia 355 de 2006 viene a compilar un tema de derechos humanos, de salud pública, un asunto de inequidad contra las mujeres un asunto de género, por que quienes nos brindan la vida y la salud en el proceso de vida son precisamente las mujeres.

Cuando se defiende la vida no sólo hay que defender el derecho a estar vivo, hay que defender el derecho a una vida digna y a un proyecto de vida que garantice un futuro mejor para la sociedad y la familia.

PALABRAS CLAVES

Derechos humanos

Salud pública

Inequidad contra las mujeres

Asunto de género.

Objeción de conciencia

INTRODUCCION

El objetivo fundamental de este trabajo de grado consiste en la presentación de un análisis socio-jurídico sobre el aborto en Colombia a la luz de La Constitución Nacional reflexionando sobre sus aspectos más relevantes; además de presentar una argumentación crítica a los vacíos que la Sentencia Constitucional 355 de 10 de mayo de 2006 plantea.

El trabajo contiene varios referentes conceptuales y contextuales que permiten al lector de este, estar actualizado a la vez que cuestionado sobre el tema, estableciendo tres casos permitidos en materia de aborto.:a) Aborto terapéutico cuando la continuación del embarazo pone en peligro la vida o la salud de la mujer, b) Aborto por malformaciones graves en el feto, c) Aborto por Violencia Sexual.

Se espera cumplir con todos los requisitos temáticos y metodológicos exigidos por la Universidad de Medellín para optar al título de abogada titulada.

1. FORMULACION DEL PROBLEMA

¿QUE BENEFICIOS TRAE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL 355 DE 2006 RESPECTO A LA INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO?

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde hace muchos años al congreso Colombiano han entrado proyectos para legalizar el aborto y permitir la interrupción voluntaria del embarazo lamentablemente se han archivado debido a la fuerte oposición de los sectores de la derecha colombiana y a la iglesia católica de gran peso en nuestra cultura Colombiana, debido a esto La Corte Constitucional Colombiana ha reglamentado la permisión del aborto en la Sentencia Constitucional 355 de 2006 en tres casos específicos:

a) Aborto terapéutico cuando la continuación del embarazo pone en peligro la vida o la salud de la mujer El primero es en caso de violación, cuando la mujer queda en estado de embarazo después de ser violada puede abortar.

b) Aborto por malformaciones graves en el feto El segundo es en caso de malformaciones serias del feto que puedan afectar la vida de este en caso de llegar a nacer.

c) Aborto por Violencia Sexual el tercero cuando el embarazo ponga en riesgo la salud o la vida de la madre.

Que tan beneficiosa ha sido esta sentencia a hoy 2015.

1.1.1. SISTEMATIZACION DEL PROBLEMA

Implicaciones de un embarazo prematuro

Consecuencias iniciales (Ante la confirmación del embarazo). Consecuencias a corto y mediano plazo: Aunque la mayoría de los estudios se han centrado en las consecuencias asociadas a la decisión de tener el hijo, sobre generalizándolas a veces como "consecuencias del embarazo", en este trabajo trataremos también las consecuencias asociadas a la decisión de abortar.

Consecuencias asociadas a la decisión de tener el hijo: Si decide quedarse con el hijo, puede estar expuesta a diversas consecuencias orgánicas, psicológicas, sociales, económicas y educativas. Además, tiene grandes posibilidades de quedarse, en un corto período de tiempo, nuevamente embarazada.

Consecuencias orgánicas: Durante la gestación, el parto y el postparto son mucho más probables toda una serie de problemas orgánicos que pueden afectar notablemente a la madre y al hijo. Esto ha motivado que los embarazos en la adolescencia hayan sido considerados de alto riesgo por la Organización Mundial de la Salud. Durante la gestación son más frecuentes las anemias, las alteraciones de peso, el crecimiento uterino inferior a lo normal y los abortos espontáneos.

Las complicaciones durante el parto y el postparto son también muy importantes. La tasa de mortalidad es también más elevada. Por encima de esta edad, parecen ser mucho más relevantes diversos factores de tipo psicológico y social. Entre los factores psicológicos destaca el inadecuado y escaso o nulo cuidado prenatal que suelen tener estas madres. Este escaso cuidado prenatal parece estar motivado, entre otras cosas, por el hecho de que aproximadamente el 80% de estos embarazos no son deseados, lo que favorece la tendencia a ocultarlos, y por los

malos hábitos de salud que suelen tener estas madres. Respecto a los factores de tipo social, el fundamental sería el bajo estatus socioeconómico y sociocultural que suelen tener estas chicas.

Consecuencias psicológicas: La madre adolescente es en cierto sentido una niña, que de pronto se ve arrojada al mundo adulto sin estar preparada para ello". Esta nueva situación lleva a la adolescente a gran cantidad de problemas psicológicos, ya que la aceptación de ser madre o del matrimonio son grandes pasos para los que no está preparada. Esto hace que se sienta frustrada en sus expectativas de futuro. Algunos autores llegan a afirmar que el embarazo en la adolescencia supone el inicio de un "síndrome del fracaso", ya que la adolescente suele fracasar en el logro de las metas evolutivas de la adolescencia, en terminar su educación, en limitar el tamaño de su familia, en establecer una vocación y conseguir ser independiente.

Esta situación tal vez explique la baja eficacia personal percibida en estas madres y la mayor incidencia de baja autoestima, estrés, depresión, e incluso, de suicidios, todos ellos problemas muchos más frecuentes entre las adolescentes embarazadas que entre sus compañeras no embarazadas. No obstante, no podemos estar plenamente seguros de que estos problemas psicológicos sean consecuencias del embarazo. Tal vez sean causas, o causas y consecuencias a la vez. O puede, incluso, que no sean ninguna de las dos cosas y que exista alguna otra tercera variable a la que se deban estas asociaciones.

Consecuencias educativas, socio-económicas y relacionales: Estos embarazos, acarrear gran cantidad de problemas escolares, dificultan la inserción en el mundo laboral e interfieren notablemente con la posibilidad de conseguir unos ingresos suficientes. Por otro lado, las relaciones sociales de la chica también pueden verse afectadas.

a) Consecuencias educativas: En las madres adolescentes las posibilidades de llegar a conseguir una buena formación se ven claramente disminuidas, ya que son mucho más frecuentes los problemas escolares y el abandono de los estudios.

El menor rendimiento académico y las mayores probabilidades de abandono escolar interfieren seriamente en el proceso de formación. Todo ello puede acarrear importantes consecuencias sociales y económicas.

b) Consecuencias socio-económicas: En el caso de que la madre decida quedarse con el hijo, las responsabilidades parentales, su bajo nivel de formación, y su habitualmente escasa o nula experiencia laboral, hacen más fácil que, o bien no encuentre un trabajo. Como consecuencia de ello, muchas de estas chicas viven en hogares con reducidos ingresos, incluso por debajo del nivel de la pobreza. En algunos casos, la situación económica es tan precaria que pasan a depender de la asistencia social.

c) Consecuencias socio-relacionales: Ser madre puede ocasionar a la chica importantes problemas de rechazo social. La adolescente puede ser rechazada, además de por su pareja, por algunos de sus amigos, vecinos o familiares. En casos extremos puede llegar a ser rechazada incluso por sus propios padres. Este rechazo le priva de una parte muy importante de sus fuentes de apoyo social en ocasiones, también económico, precisamente en el momento en que más las necesita. Por otro lado, esto hace más difícil que la chica se implique en una relación de pareja estable.

Repetición del embarazo Las consecuencias de los embarazos no deseados vistas hasta aquí, ya de por sí suficientemente graves, se agravan aún más cuando el embarazo no deseado se repite, situación, por otro lado, bastante frecuente. Sus consecuencias parecen ser mucho más graves que las de los primeros: el riesgo de mortalidad perinatal es mayor, y los problemas sociales

relacionados con el éxito académico, el bienestar económico, la estabilidad marital y la dependencia de los servicios sociales tienden a intensificarse.

Consecuencias asociadas a la decisión de abortar: Aunque la mayoría de los estudios se centran en las consecuencias asociadas a la decisión de tener el hijo, no podemos dejar de revisar las que acompañan al aborto, sobre todo si tenemos en cuenta que, entre la cuarta parte y la mitad de estos embarazos terminan de ese modo.

Dado que los abortos durante la adolescencia suelen ser tardíos, clandestinos, y vividos en soledad, no nos han de extrañar consecuencias orgánicas como perforaciones uterinas, hemorragias, infecciones e incluso la propia muerte. Además, se han encontrado efectos a largo plazo sobre la fertilidad futura.

A nivel psicológico, hay que hacer notar que muchas veces la decisión de abortar se toma bajo presión o para evitar el rechazo social, sin que exista un verdadero convencimiento, por lo que son frecuentes los sentimientos de tristeza, de pérdida y de culpabilidad y, en ocasiones, el arrepentirse de haber abortado.

Desde el punto de vista social, puede darse rechazo hacia la chica en el caso de que el hecho llegue a ser conocido, e incluso problemas legales en países donde el aborto está total o parcialmente prohibido por la ley.

Consecuencias a largo plazo: Según ciertas investigaciones, los factores que modulan las consecuencias a largo plazo de un Embarazo no Deseado son: (1) la seguridad económica y el nivel de educación de los padres de la chica; (2) el nivel educativo y las aspiraciones de la joven madre; y (3) el grado en el que la chica está dispuesta a controlar rápidamente la fertilidad subsiguiente.

Los datos presentados parecen indicar que si bien las consecuencias de un embarazo son muy importantes a corto y medio plazo, tienden a atenuarse (pero

no a desaparecer) a los 10 ó 15 años. No obstante, el grado en que esto ocurra dependerá de diversos factores.

Consecuencias para el chico: Hasta los años 80 ha existido un "olvido" casi total del papel de los chicos en el embarazo no deseado. Este olvido es imperdonable, ya que sabemos que detrás de todos y cada uno de los embarazos que ocurren durante la adolescencia están necesariamente un chico y una chica. Además, la mayoría de los chicos implicados son también adolescentes o jóvenes.

Las consecuencias que afectan a los chicos parecen depender, en gran medida, del grado que asuma su parte de responsabilidad en el embarazo. Si su implicación es grande, es muy probable que le afecten muchas de las consecuencias psicológicas, sociales, económicas y educativas descritas al referirnos a las chicas. (Y no debemos olvidar que entre la mitad y dos tercios de los padres adolescentes se implican de un modo importante en el embarazo y participan en el cuidado del niño, aunque el índice de participación decrece con el tiempo).

Algunos estudios han encontrado que en estos chicos son más probables la baja auto eficacia personal percibida, la ansiedad y los sentimientos de culpa. Su rendimiento escolar y su situación económica también se ven afectados. El nivel de logro académico también se ve afectado.

Es frecuente la deserción escolar para absorber la mantención de su familia. También es común que tengan peores trabajos y de menor remuneración que sus padres, sometidos a un stress inadecuado a su edad. En general, todo ello condiciona trastornos emocionales que dificultan el ejercicio de una paternidad feliz

Consecuencias para la pareja adolescente: Cuando una chica y un chico se ven envueltos en un embarazo no deseado, ambos tienen que tomar importantes

decisiones. Una de ellas es si continuará o no su relación y en qué condiciones. Otra es si formarán una familia propia o vivirán como una subfamilia en la casa de los padres o familiares. Aparte de esto, tienen que decidir cómo quieren que se resuelva el embarazo.

Todas estas decisiones pueden afectar notablemente a su relación y de ellas se pueden derivar distintas consecuencias para ambos. En concreto, aspectos como el fracaso matrimonial, el logro educativo, el nivel económico y algunos efectos sobre el posible hijo pueden depender de la decisión tomada. En nuestra cultura es habitual, aunque cada vez menos, que el embarazo no deseado conlleve un matrimonio posterior más o menos "forzoso".

Pero al igual que el embarazo, estos matrimonios tampoco suelen ser deseados, ya que muchas veces obedecen a presiones sociales o familiares. Dado el estado de frustración y malestar psicológico que suelen tener los cónyuges, su falta de habilidades para resolver conflictos, los problemas económicos, el escaso conocimiento mutuo, y otra serie de factores, estos matrimonios acaban, tarde o temprano, fracasando, añadiendo así un elemento más a la secuencia de fracasos que suele iniciarse con un embarazo no deseado

Si la pareja adolescente decide vivir independiente, tienen, al igual que lo que ocurría al hablar de las consecuencias para la chica. Grandes posibilidades de tener problemas económicos, de vivir bajo el nivel de la pobreza y de acabar, incluso, dependiendo de la asistencia social. Vivir con los padres o con otros familiares, conviva o no también el padre del niño, ayuda a mitigar las consecuencias del embarazo no deseado.

Factores de riesgo para la Familia: Los padres adolescentes que reciben el apoyo de sus padres y continúan viviendo con ellos, pueden hacerse cargo de su hijo con la ayuda de sus familias, pero se observa un desequilibrio psicológico y económico de la familia protectora.

Factores de riesgo para la Comunidad: El grupo de madres adolescentes y sus hijos constituyen una población demandante de servicios y de ayuda, poco o nada productiva, que representa una carga para la sociedad desde el punto de vista económico y social. Estas familias pueden necesitar asistencia pública por largo tiempo. Constituyen una creciente población de alto riesgo proclive a presentar desajustes emocionales y psicosociales

Desde hace muchos años al congreso Colombiano han entrado proyectos para legalizar el aborto y permitir la interrupción voluntaria del embarazo lamentablemente se han archivado debido a la fuerte oposición de los sectores de la derecha colombiana y a la iglesia católica de gran peso en nuestra cultura Colombiana, en consecuencia

La Corte Constitucional Colombiana ha tenido que reglamentar la permisión del aborto en tres casos específicos () debido a que la practica clandestina ha crecido de tal forma que se ha convertido en un problema de salud pública debido a que los medios para practicar el aborto han colocado en grave riesgo la vida de muchas mujeres sobre todo en los sectores más pobres de la sociedad Colombiana.

Que consecuencias trae el no cumplimiento de la sentencia Constitucional 355 de 2006?

establece tres casos permitidos en materia de aborto.:a) Aborto terapéutico cuando la continuación del embarazo pone en peligro la vida o la salud de la mujer, b) Aborto por malformaciones graves en el feto, c) Aborto por Violencia Sexual.

a) Aborto terapéutico cuando la continuación del embarazo pone en peligro la vida o la salud de la mujer El primero es en caso de violación, cuando la mujer queda en estado de embarazo después de ser violada puede abortar.

b) Aborto por malformaciones graves en el feto El segundo es en caso de malformaciones serias del feto que puedan afectar la vida de este en caso de llegar a nacer.

c) Aborto por Violencia Sexual el tercero cuando el embarazo ponga en riesgo la salud o la vida de la madre.

A pesar de que la sentencia no le da libertad completa a las mujeres de poder decidir cuándo abortar o cuando no, si les da una libertad parcial en casos extremos. Con esto es claro que uno de los actores relevantes que surgen de esta sentencia son las mujeres. Las mujeres son las que se verán directamente afectadas por esta sentencia ya que podrán abortar en casos extremos en donde su salud mental o física se encuentra en riesgo.

Viendo las consecuencias de esta sentencia de una manera más práctica y realista, en la vida real, la sentencia también puede llegar a traer otros actores como lo son los médicos y centros de salud. Estos toman importancia ya que a hora deberán practicar el aborto cuando la mujer se encuentre en alguna de las tres situaciones despenalizadas por la sentencia C 3335 del 2006. Los centros de salud a hora no podrán negarse a practicar este procedimiento médico, sin importar su posición hacia el aborto. En este punto también se ven afectadas para bien las mujeres que se encuentren o se lleguen a encontrar en una de las tres situaciones despenalizadas por la corte, ya que podrán practicarse el procedimiento medico en un centro de salud confiable que cumple con los requisitos necesarios para practicar dicha operación. Antes de la sentencia las

mujeres violadas, con fetos que presentaban serias malformaciones o cuya salud o vida corría riesgo acusa del embarazo, tenían que recurrir a clínicas de dudosa calidad e incurrir en un delito para poder abortar.

Un tercer actor que se puede identificar es el de la ley. Con esta nueva sentencia la ley empieza a separarse de la religión y a legitimar más la idea de que Colombia es un Estado laico y liberal de derecho. Con esta despenalización del aborto en tres casos la ley se separa un poco de la idea de la religión católica que busca prohibir y perseguir a todo aquel que aborte o practique el procedimiento del aborto. También teniendo en cuenta que en la sociedad colombiana es común ver como los individuos buscan burlar las leyes, con esta despenalización parcial pueden surgir actores que busquen sacar provecho de esto. Un ejemplo de esto puede ser el médico que falsamente diagnostique que el feto tiene serias malformaciones o el médico que diga que la salud o la vida de la madre corren peligro debido al embarazo cuando no es así.

LOS TRES EVENTOS EN LOS CUALES SE DESPENALIZA EL ABORTO EN LA SENTENCIA 355 DE 2006.

a) Aborto terapéutico cuando la continuación del embarazo pone en peligro la vida o la salud de la mujer El primero es en caso de violación, cuando la mujer queda en estado de embarazo después de ser violada puede abortar.

b) Aborto por malformaciones graves en el feto El segundo es en caso de malformaciones serias del feto que puedan afectar la vida de este en caso de llegar a nacer.

c) Aborto por Violencia Sexual el tercero cuando el embarazo ponga en riesgo la salud o la vida de la madre

Para el evento en el cual el embarazo sea el resultado de acceso carnal o de acto sexual sin consentimiento, acto abusivo, inseminación artificial no consentida, transferencia de óvulo fecundado no consentida, o de incesto, se requiere acreditar solamente que el correspondiente hecho punible haya sido debidamente denunciado ante la autoridad competente.

Claro está que cuando la violación se presume por tratarse de una mujer menor de catorce (14) años, la exhibición de la denuncia se torna en una mera formalidad y la falta de la misma no puede ser un pretexto para dilatar la interrupción del embarazo, si la mujer solicita que se le practique el aborto.

el requisitos exigido para acreditar la procedencia de la interrupción del embarazo en cada uno de los tres casos no constitutivos de delito, según la sentencia C-355 de 2006, es el único que puede exigirse como máximo, por lo que, si no se puede establecer por el legislador requisitos que establezcan cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer ni barreras que impidan la práctica del aborto, tampoco le es dado a los profesionales de la salud exigir otro u otros adicionales en cuanto imponen barreras administrativas al acceso al servicio legal de interrupción voluntaria del embarazo y resultan contrarios a la Constitución y a otra normatividad tanto nacional como internacional sobre la materia.

a partir de la sentencia C-355 de 3006, las mujeres están autorizadas para acceder a los servicios legales de salud y solicitar la práctica del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, acreditando encontrarse en alguna de las tres circunstancias en que dicha práctica no constituye delito. Decisión de las mujeres de interrumpir su embarazo que debe ser respetada por todas las personas, pero en especial por los profesionales de salud, quienes, como garantía del respeto por los derechos fundamentales de las mujeres, deben permitir que el procedimiento

de interrupción voluntaria del embarazo sea realizado a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud- SGSSS-, a fin de no poner en riesgo ni la vida ni la salud de éstas.

Removida por la Corte la citada barrera de orden legal, tal determinación constitucional no puede hacerse nugatoria por los profesionales de la salud, a quienes no les corresponde, ante una solicitud de interrupción voluntaria del embarazo, exigir autorización o consenso de varios médicos, del marido, padres u otros familiares de la gestante, o de jueces o tribunales; tampoco pueden imponer listas de espera para su atención; no pueden abstenerse de remitir de manera inmediata a la mujer a otro profesional habilitado para realizar el procedimiento cuando se alega objeción de conciencia; y además, deben guardar la confidencialidad debida, entre otros aspectos.

En efecto, una vez la interrupción de un embarazo se solicita por la madre gestante, acreditando encontrarse en una de las circunstancias no constitutivas de delito de aborto, los profesionales de la salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben proceder a realizar el procedimiento interrupción voluntaria del embarazo, (i) de manera oportuna, es decir dentro de los cinco (5) días siguientes a la solicitud, de conformidad con la Resolución 004905 de 2006, proferida por el Ministerio de la protección Social; (ii) su atención será integral y con calidad; y, (iii) se hará con sujeción a las normas técnico administrativas que expida el Ministerio de la Protección Social, las cuales serán de obligatorio cumplimiento, y mientras éstas se expiden, los prestadores están obligados al cumplimiento de las normas del Decreto 4444 de 2006 que tienen como referente la guía “Aborto sin riesgo: Guía técnica y de políticas para sistemas de salud” de la Organización Mundial de la Salud (2003).

Ahora bien. La sentencia C-355 de 2006, se enmarca en documentos internacionales de consenso orientados a la protección de los derechos humanos

de las mujeres, los cuales han sido emitidos con ocasión de ciertas Conferencia Mundiales de la organización de Naciones Unidas.

Documentos internacionales que se constituyen en obligaciones adquiridas internacionalmente por el Estado colombiano como Parte integrante de las organizaciones creadas para la protección de los derechos humanos, según las cuales le corresponde adoptar internamente las medidas que sean necesarias para promover la eliminación de barreras que impidan el acceso a los servicios de IVE.

Lo anterior, por cuanto es una realidad, que la imposición de barreras legales, como la penalización del aborto en todas las circunstancias, o aquellas de tipo administrativo, asociadas al estigma del aborto y a la desaprobación que a menudo expresan los prestadores de servicios de salud en hospitales o clínicas, cuando las mujeres se ven enfrentadas a embarazos no deseados, las inducen a la práctica de abortos clandestinos que pueden ser realizados por personas no calificadas y en condiciones insalubres, y en muchas ocasiones las disuade de buscar atención especializada para las complicaciones que puedan derivarse del aborto, con los graves riesgos que tales circunstancias trae para sus vidas.

En relación con la interrupción voluntaria del embarazo, en la sentencia C-355 de 2006, esta corporación tuvo en cuenta el derecho que tiene los profesionales de la salud de presentar objeción de conciencia.

con el fin de garantizar la prestación del servicio público esencial de salud, evitar barreras de acceso y no vulnerar los derechos fundamentales protegidos por la citada sentencia, la objeción de conciencia es una decisión individual y no institucional, que aplica exclusivamente a prestadores directos y no a personal administrativo.

De tal manera, en relación con la objeción de conciencia, está determinado que, (i) que no pueden existir clínicas, hospitales, centros de salud o cualquiera que sea el nombre con que se les denomine, que presenten objeción de conciencia a la práctica de un aborto cuando se reúnan las condiciones señaladas en esta sentencia; (ii) en atención a la situación subjetiva de aquellos profesionales de la salud que en razón de su conciencia no estén dispuestos a practicar el aborto se les garantiza la posibilidad de acudir al instituto denominado objeción de conciencia; (iii) pueden acudir a la objeción de conciencia siempre y cuando se trate realmente de una “convicción de carácter religioso debidamente fundamentada”, pues de lo que se trata no es de poner en juego la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto; y, (iv) la objeción de conciencia no es un derecho absoluto y su ejercicio tiene como límite la propia Constitución en cuanto consagra los derechos fundamentales, cuya titularidad también ostentan las mujeres, y por tanto no pueden ser desconocidos.

En efecto, como mecanismo de armonización de la cabal garantía de los derechos fundamentales de la mujer gestante, por una parte, y del derecho de los médicos a presentar objeción de conciencia, por la otra, se dispuso en forma expresa en sentencia C-355 de 2006, que el médico que presente objeción de conciencia a la práctica del procedimiento de IVE, si bien puede hacerlo, está en la obligación de proceder a remitir en forma inmediata a la mujer embarazada a otro médico que sí esté dispuesto a practicar el citado procedimiento, sin perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente, a través de los mecanismos establecidos por la profesión médica. La prohibición de prácticas discriminatorias para la gestante, y los profesionales de la salud que no presenten objeción de conciencia para la práctica del procedimiento de IVE, así como la obligación de quién la presenta de remitir de manera inmediata a la mujer a otro profesional habilitado para llevar a cabo el procedimiento de IVA, son mecanismos que garantizan la plena vigencia de la

Constitución y hacen efectivos los derechos humanos de las mujeres, y cumplen los compromisos adquiridos por Colombia internacionalmente.

Por lo anterior, las autoridades administrativas del sistema de salud, deben dar cumplimiento a lo previsto, tanto en el Decreto 4444 de 2006 como en la Resolución 004905, que prevén que en todas las entidades o instituciones que conforman el Sistema de Salud se debe garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de interrupción del embarazo de acuerdo con sus disposiciones, para el acceso real y la atención oportuna de las gestantes que requieran servicios IVE en todos los grados de complejidad, y que la provisión de servicios de IVE debe realizarse en lo posible dentro de los primeros cinco días siguientes a la solicitud y previo el consentimiento informado por parte de la gestante y la presentación de la certificación médica o la copia de la denuncia penal, según el caso, so pena de las sanciones respectivas.

Lo anterior comporta a su vez la obligación de las EPS de realizar las gestiones conducentes a individualizar de antemano la ubicación de las IPS donde se encuentran los profesionales habilitados para llevar a cabo el procedimiento de IVE, para poder así dar una respuesta inmediata y efectiva a la mujer que solicita legalmente dicho procedimiento, y no hacer que el transcurso del tiempo corra en contra de sus derechos fundamentales. En efecto, las EPS deberán remitir directamente a la mujer solicitante al profesional habilitado para llevar a cabo el procedimiento de IVE; y, en caso de que la mujer acuda directamente a una IPS a solicitar dicho procedimiento, el profesional de la salud que atienda el caso y presente objeción de conciencia debe proceder a remitir de manera inmediata a la mujer al profesional habilitado para el efecto, cuya disponibilidad debe conocer de antemano según la lista determinada por las entidades de salud públicas y privadas.

(...) las empresas promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud privadas y públicas, no pueden escudarse en la objeción de conciencia para abstenerse de garantizar a las mujeres el acceso al servicio legal de IVE, y por el contrario, deben darle cumplimiento a la citada reglamentación garantizando el número adecuado de proveedores habilitados para la prestación del servicio de IVE en los casos requeridos. En este sentido, tanto las EPS como las IPS deben tener claro que, mientras la objeción de conciencia es resuelta, deben tener de antemano claro, y definida la lista correspondiente, que profesionales de la salud y en que IPS se encuentran, están habilitados para practicar el procedimiento de IVE, a fin de que el transcurso del tiempo no haga ineficaces los derechos fundamentales de las mujeres.

En virtud del principio de la buena fe, para los casos en que se solicite el procedimiento de IVE y se aduzca que es producto de violencia sexual, sólo puede exigirse a la madre gestante la denuncia penal debidamente presentada para que proceda la interrupción del embarazo, máxime que en el caso se trataba de una niña de trece años cuyo acceso carnal se considera abusivo y delictual según el Código Penal.

Igualmente, las entidades a quienes aplica el citado Decreto y los prestadores de servicios de salud deberán garantizar el funcionamiento de los sistemas de referencia y contra referencia, de manera que se asegure en forma oportuna la remisión de las gestantes a servicios de mediano y alto grado de complejidad, cuando se presenten complicaciones, o cuando la edad gestacional o el estado de salud de la mujer así lo amerite. Estos deben garantizar igualmente la contra referencia a los niveles de baja complejidad para los servicios de promoción de la salud sexual y reproductiva y planificación familiar; por lo que, en ningún caso las entidades de que trata el Decreto podrán imponer barreras administrativas que posterguen innecesariamente la prestación de los servicios de que trata el mismo Decreto, tales como, autorización de varios médicos, revisión o autorización por

auditores, periodos y listas de espera, y demás trámites que puedan representar una carga excesiva para la gestante.

REGLA CONSTITUCIONAL QUE APLICA LA CORTE AL RESOLVER EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO - Extraer de la Ratio decidendi, sintetizar y redactar.

1. El aborto no constituye delito cuando se solicita voluntariamente por una mujer presentando la denuncia penal debidamente formulada en caso de violación o de inseminación artificial no consentida, transferencia de ovulo fecundado no consentida o incesto, certificado médico de estar en peligro la vida de la madre, o certificado médico de inviabilidad del feto.

2. Los profesionales de la salud en todos los niveles tiene la obligación ética, constitucional y legal de respetar los derechos de las mujeres.

3. Los médicos o el personal administrativo no puede exigir documentos o requisitos adicionales, con el fin de abstenerse de practicar o autorizar un procedimiento de IVE.

4. La objeción de conciencia no es un derecho del que son titulares las personas jurídicas, sino únicamente las personas naturales.

5. La objeción de conciencia debe presentarse de manera individual en un escrito en el que se expongan debidamente los fundamentos.

6. La objeción de conciencia no puede presentarse de manera colectiva y debe fundamentarse en una convicción de carácter religioso.

7. La objeción de conciencia no puede fundamentarse en la opinión del médico en torno a si está o no de acuerdo con el aborto.

8. La objeción de conciencia no puede vulnerar los derechos fundamentales de las mujeres.

9. El médico que se abstenga de practicar un aborto con fundamento en la objeción de conciencia tiene la obligación de remitir inmediatamente a la mujer a otro médico que si pueda llevar a cabo el aborto. Y, en el caso de las IPS, éstas deben haber definido previamente cual es el médico que está habilitado para practicar el procedimiento de IVE.

10. Cuando se presenta objeción de conciencia el aborto debe practicarse por otro médico que esté en disposición de llevar a cabo el procedimiento de IVE, sin

perjuicio de que posteriormente se determine si la objeción de conciencia era procedente y pertinente.

11. El Sistema de Seguridad Social en Salud debe garantizar un número adecuado de proveedores habilitados para prestar los servicios de interrupción del embarazo.

12. Las mujeres tienen derecho al acceso real, oportuno y de calidad al Sistema de Seguridad Social en Salud cuando soliciten la interrupción de su embarazo, en todos los grados de complejidad del mismo.

13. El Sistema de Seguridad Social en salud no puede imponer barreras administrativas que posterguen innecesariamente la prestación del servicio de IVE.

14. El incumplimiento de las anteriores previsiones da lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Existe un equipo interdisciplinario en la sociedad (ICBF)

1.2. **DELIMITACION.**

1.2.1. **TEMÁTICA**

El derecho a la salud reproductiva se ha interpretado por los tratados internacionales como el deber que tiene cada estado de ofrecer una amplia gama

de servicios de salud de calidad y económicos, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva.

Se deben eliminar todas las barreras que impidan que las mujeres accedan a servicios, a salud y educación

1.2.2. ESPACIALIDAD

El estudio se realizara en la ciudad de Medellín específicamente en algunas oficinas del ICBF.

1.2.3. TIEMPO

El estudio se realiza en el 2015 primer semestre.

1.3. Justificación de la pertinencia del tema y su relación con la defensa de los derechos de la mujer.

Es frecuente que las mujeres sufran ataques por motivos sexuales o incluso por el mero hecho de su género.

Todo estado en el mundo tiene la obligación jurídica de proteger a las mujeres ante la violencia, promover los derechos humanos de todas las mujeres y garantizar su empoderamiento económico, legal, social y político.

Esto requiere actuar para prevenir todas las formas de violencia, reformar leyes y políticas discriminatorias y asegurar que las mujeres objeto de la violencia tengan

acceso a la justicia. Con la sentencia 355 de 2006 Colombia da un paso muy importante.

Todos los Estados del mundo deben crear e implementen leyes, políticas y planes destinados a la protección de las mujeres frente a las diversas formas de violencia. Por otra parte, trabajamos con otros organismos de las Naciones Unidas para capacitar y educar a las y los responsables de la justicia y el cumplimiento de la ley

1.4. OBJETIVOS

1.4.1. GENERALES

ANALIZAR LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL 355 DE 2006 CON EL FÍN DE EVALUAR SUS BENEFICIOS PARA LA SOCIEDAD.

1.4.2. ESPECIFICOS

IDENTIFICAR LAS CAUSAS MÁS RELEVANTES DEL EMBARAZO PREMATURO

La radiografía mundial sobre el embarazo en menores de edad la muestra un nuevo informe del Fondo de Población de las Naciones Unidas (Unfpa), el cual plantea para Colombia que en el país la tasa de embarazo en adolescentes entre 15 y 19 años es 10% mayor en la población pobre, 7% mayor en mujeres que viven en el sector rural y se concentra en tres regiones del país: Orinoquia,

Amazonia y Pacífica, donde el acceso a programas de prevención es mucho más difícil.

En el informe para Colombia en 2015 de la Unfpa se plantean todos los problemas de salud que pueden desencadenarse a partir de un embarazo adolescente, sobre todo en las menores de 14 años. Alrededor de 70.000 adolescentes en países en desarrollo mueren cada año por causas relacionadas su parto, y las posibilidades de hemorragia, preeclampsia, endometritis y anemia son altísimas.

El informe confirma que las niñas con poca educación, que viven en zonas rurales o que pertenecen a una minoría étnica son más proclives a quedar embarazadas que las niñas ricas, urbanas y educadas. Para el caso de estas regiones, es evidente entonces que la distancia, la ausencia de servicios básicos, la falta de oportunidades y de permanencia en la escuela, al igual que la cultura del matrimonio temprano en muchas etnias indígenas, acentúan el problema.

La experiencia que tenemos en el Fondo en entornos de conflicto armado nos muestra que este lleva a un nivel de violencia y de inequidad mucho más alto. De hecho, en estudios hemos confirmado que el 30% de mujeres en entornos de desplazamientos han sido embarazadas, 10% más que el promedio nacional en niñas. La coerción y la falta de oportunidades en esos contextos hacen que conducen a muchas mujeres a creer que el embarazo es su solución.

El informe Propone una nueva forma de pensar en el desafío del embarazo adolescente. Hasta hace poco se concebía este fenómeno como un problema en el que había que cambiar el comportamiento de la niña, culpabilizándola, sin considerar los desafíos subyacentes. Ahora creemos que el rol de los hombres es fundamental: hay que educarlos en el tema con programas que contemplen mucho más que la genitalidad y la reproducción”

VENTAJAS DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL 355 DE 2006 RESPECTO A LA SOCIEDAD COLOMBIANA?

La despenalización parcial del aborto en Colombia. Un caso exitoso en el año 2006 y como resultado de una acción de inconstitucionalidad en contra del Código Penal Colombiano [4], la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de las normas que penalizaban de manera absoluta el aborto en Colombia, es así como profirió la Sentencia C-355 de 2006 [5].

En la actualidad, en Colombia se permite el aborto

A.) Aborto terapéutico cuando la continuación del embarazo pone en peligro la vida o la salud de la mujer. El primero es en caso de violación, cuando la mujer queda en estado de embarazo después de ser violada puede abortar.

b) Aborto por malformaciones graves en el feto. El segundo es en caso de malformaciones serias del feto que puedan afectar la vida de este en caso de llegar a nacer.

c) Aborto por Violencia Sexual el tercero cuando el embarazo ponga en riesgo la salud o la vida de la madre.

La Sentencia C-355 de 2006 es el fallo más importante en materia de derechos reproductivos para las mujeres colombianas, la cual se sustenta desde una perspectiva de derechos humanos, y en la que se reconoce la violación de derechos fundamentales de las mujeres, que se modifica mediante la despenalización del aborto, además reivindica la autonomía sexual y reproductiva como materialización del principio de la dignidad humana.

De otro lado el caso colombiano es un hito para la región puesto que es un Alto Tribunal, el más importante en materia de derechos fundamentales, el que mediante la ponderación de estos genera pautas en el propio contenido de la sentencia para que lo allí decidió no se quede en el papel y se haga realidad para todas las mujeres.

Es así como la fundamentación que hace la Corte Constitucional para la despenalización parcial del aborto, abre la posibilidad del acceso a los servicios de salud como materialización real y efectiva de los derechos humanos; los derechos de las mujeres son vulnerados si cuando lo deciden no pueden acceder a servicios legales, seguros y oportunos en condiciones óptimas para interrumpir un embarazo [10].

b) La protocolización de la atención médica de los supuestos de aborto despenalizados para garantizar el acceso a los servicios de Salud.

El Ministerio de la Protección Social del país expidió una serie de documentos reglamentarios en materia de salud sexual y reproductiva, con el fin de facilitar el acceso a los servicios de salud para la Interrupción Voluntaria del Embarazo - IVE [11].

En octubre de 2009, en el marco de una demanda de inconstitucionalidad ante el Consejo de Estado [12], fue suspendido temporalmente el Decreto 4444 de 2006 [13] Pese a que se considera que la sentencia es un fallo en firme, vigente y de obligatorio cumplimiento, la decisión del Consejo de Estado junto con las declaraciones hechas por funcionarios públicos como el Procurador General de la

Nación, causó un clima de gran confusión en medio del cual se empezaron a negar servicios bajo el argumento de la inexistencia de reglamentación; aun hoy, después de que la misma Corte Constitucional [14] y el Ministerio de la Protección Social aclararon públicamente la obligatoriedad de prestar los servicios de aborto legal, es recurrente la pregunta por parte de proveedores sobre sus obligaciones.

De otro lado, recientemente se han producido cambios importantes en los planes de beneficios del sistema de salud en Colombia; los cambios fueron especialmente regresivos en cuanto a la protección de los derechos de las mujeres por tres vías: en algunos casos se excluyeron prestaciones inicialmente cubiertas; en otros se crearon fuertes dudas sobre la cobertura de ciertos servicios y en otros, simplemente no se incluyeron servicios esenciales para la protección de los derechos de las mujeres manteniendo situaciones de desprotección [15].

Reformas pendientes en el Congreso Nacional para el avance o retroceso de los derechos reproductivos de las mujeres o reformas que fueron rechazadas, que hubieran logrado avanzar en el ejercicio de los derechos reproductivos

En el Congreso de la República de Colombia se han radicado varias iniciativas legislativas a través de las cuales se busca desmontar o disminuir los impactos positivos de la Sentencia 355 de 2006. Entre los proyectos riesgosos llaman la atención aquellos que tienen como fin reglamentar la objeción de conciencia, aquellos que buscan declarar el día nacional del No Nacido, los que a través de una supuesta protección a las madres gestantes obligan a la mujeres en riesgo a asistir a terapias psicológicas antes de la aprobación de la práctica de IVE, los que reglamentan la educación sexual obligatoria y donde se cataloga el aborto voluntario como “práctica riesgosa”.

Como se puede ver se han presentado varias iniciativas legislativas que tienen como objetivo imposibilitar la aplicación de la Sentencia, y si bien ninguna de éstas ha logrado dar el paso definitivo y convertirse en una ley de la República, es posible afirmar que existe un intento sistemático por desmontar por la vía legislativa los derechos adquiridos a través de la vía judicial [16].

La Mesa por la vida y la salud de la Mujeres ha asesorado y documentado desde mayo de 2006 a diciembre de 2010, 222 casos en los que se han presentado obstáculos o negaciones injustificadas en la prestación de los servicios, y como resultado de este proceso hoy podemos presentar las siguientes barreras de acceso que se traducen en la vulneración de derechos para las mujeres colombianas:

a) Aborto terapéutico. Por causal cuando la continuación del embarazo pone en peligro la vida o la salud de la mujer

- Interpretación restrictiva del derecho a la salud

Consideramos que hay una inobservancia sobre el deber de cuidado y garantía de los derechos fundamentales que corresponde al Estado y a los particulares que prestan servicios públicos de salud. Hay incumplimiento con la prestación oportuna, integral y efectiva de los servicios de salud entendidos como principios del derecho a la salud, así como fallas en el derecho al diagnóstico que es parte del núcleo esencial de este derecho y sobre lo cual debe existir especial garantía.

Se dan interpretaciones restrictivas de la causal y la no admisión de razones mentales o psicosociales para la identificación del peligro sobre la vida o la salud de la mujer, y no se les proporciona la información oportuna y adecuada sobre los posibles peligros a los que se enfrentan con la continuación del embarazo o estos se ven minimizados. Adicionalmente, se somete a las mujeres a largas esperas

para acceder a las atenciones médicas requeridas; así mismo la exclusión de prestaciones de los planes de beneficios en muchas ocasiones no les permite recibir atención oportuna o necesaria para tomar una decisión sobre la continuación o interrupción de la gestación.

- Irrespeto por la autonomía de las mujeres

La autonomía en el derecho a la salud tiene que ver en parte, en el consentimiento de la paciente en la realización de tratamientos médicos, el cual, debe ser siempre libre e informado. Es usual encontrar situaciones donde se incumple la obligación por parte de proveedores públicos de salud de abstenerse de inducir a las mujeres a situaciones que la puedan hacer caer en error, bien sea porque describen se describen los riesgos de interrumpir el embarazo de manera exagerada o porque dar información subjetiva, ajenas a lo relacionado en forma estricta con la salud de la paciente; encontramos que constantemente se “emiten juicios de responsabilidad penal y moral en su contra con el propósito de conducirla a renunciar a su derecho a interrumpir en forma voluntaria el embarazo, viciando por tanto su consentimiento [19]. Se obliga a las mujeres a tomar decisiones sobre su salud reproductiva en contra de su voluntad, siendo víctimas de irrespeto e interferencias arbitrarias sobre las opciones que estas han tomado.

La información suministrada por el personal de la salud acerca del procedimiento de interrupción del embarazo a las mujeres en muchas ocasiones es incompleta y no veraz. En especial en lo referente al riesgo y las complicaciones asociadas al método y el manejo del dolor. Son los médicos quienes toman la decisión de la interrupción, basados en su propia apreciación sobre la gravedad del riesgo o en la imposición arbitraria de cuánto riesgo están obligadas a soportar.

Se somete a las mujeres a largas esperas, pues la autorización de procedimiento se condiciona a exámenes y certificaciones adicionales, juntas de especialistas y comités de ética médica.

Siendo la certificación médica el único requisito, este se convierte en un gran obstáculo en la medida que muchos de los proveedores se abstienen de hacerla porque o no están de acuerdo con el procedimiento, o no consideran que el peligro es lo suficientemente grave o no quieren comprometerse.

b) Aborto por malformaciones graves en el producto

- Fallas en la integralidad para el acceso al derecho a la salud.

Los planes de beneficios no contemplan todas las prestaciones adecuadas para establecer de manera oportuna diagnósticos tempranos de malformaciones fetales, y adicionalmente la falta de información trae como consecuencia solicitudes y respuestas tardías con embarazos avanzados y, por ende, mayor dificultad en la autorización y realización del procedimiento de interrupción del embarazo.

Por otro lado, los diagnósticos de las malformaciones se hacen de manera tardía debido a que los exámenes que permiten detectarlas no se realizan de manera preventiva o no están incluidos en los planes de beneficios. Se somete a las mujeres a largas esperas, pues la autorización del procedimiento se condiciona a exámenes y certificaciones adicionales, juntas y comités de ética médica que en la mayoría de los casos son completamente innecesarios.

En muchos casos el personal médico se niega a certificar las malformaciones, pese a tratarse de problemas que con certeza evidencian la inviabilidad del feto. La duda con respecto a la viabilidad fetal a causa de la malformación se resuelve en contra de los derechos de las mujeres, pues las obligan a esperar a que nazca

el producto con un pronóstico reservado sobre sus posibilidades de vida sometiénolas a tratos crueles y degradantes.

c) Aborto por Violencia Sexual

• Fallas en el acceso a la justicia

El acceso a la justicia es uno de los principales derechos que tiene una persona cuando ha sido víctima de un delito. Frente a los crímenes sexuales es tal el atentado a la dignidad humana de las mujeres que se han dispuesto de principios y reglas especiales para su atención. Los obstáculos que encuentran las mujeres para lograr respuestas oportunas y efectivas ante los organismos judiciales agravan la vulneración de sus derechos. Uno de los principales problemas evidenciados es el temor a denunciar los hechos de violencia por las múltiples barreras que encuentran y la baja efectividad de la justicia para judicializar y castigar a los victimarios. El miedo, la falta de confianza en las autoridades judiciales y la falta de información sobre los derechos que tienen las víctimas de delitos sexuales hacen que las mujeres decidan denunciar tiempo después de los hechos de violencia y cuando el embarazo ha avanzado de manera considerable, solo porque es un requisito legal para solicitar la IVE. Así mismo se han encontrado graves obstáculos en los organismos judiciales, donde funcionarios en muchas ocasiones se niegan a recibir las denuncias o intimidan a las mujeres víctimas para que estas desistan de acceder a la justicia.

• Fallas en el acceso al derecho a la salud

Se ha afirmado que la atención en salud debe ser un servicio prioritario para quienes han sido víctimas de un delito sexual, no solo en relación con la investigación del crimen sino como parte de la atención integral y del resarcimiento de los derechos, sin embargo, los protocolos diseñados para tal fin funcionan de

manera irregular, no hay información ni suministro oportuno de la Anticoncepción Oral de Emergencia, ni tampoco información adecuada sobre los derechos reproductivos y la opción de interrumpir voluntariamente un embarazo resultado de un delito sexual. Es recurrente que se impongan requisitos adicionales como autorizaciones u órdenes judiciales y que los proveedores de servicios de salud actúen por fuera de sus competencias realizando juicios de valor sobre los hechos violencia sexual a los que ha sido sometida una mujer.

d) Acciones directas de funcionarios públicos para restringir el derecho de las mujeres al más alto nivel posible de salud reproductiva en cualquiera de las causales:

Objeción de Conciencia

En Colombia, la objeción de conciencia médica en casos de aborto se encuentra reconocida por la Corte Constitucional y claramente delimitada, en esto el alto tribunal ha sido enfático al determinar que el derecho de profesionales de la salud a profesar las creencias de su elección puede protegerse mediante este mecanismo pero que este no puede ser utilizado para obstruir los derechos de las mujeres que optan por un aborto.

Sistemáticamente la objeción de conciencia está siendo mal empleada, pues se ha convertido en un instrumento para obstaculizar el ejercicio de derechos de las mujeres; se realiza sin el cumplimiento de los requisitos legales, es decir, negándose a brindar información, intentando persuadir a la mujer, cometiendo actos de maltrato y discriminación y vulnerando la confidencialidad de la mujer y el secreto profesional. Algunas instituciones de salud han hecho que sus profesionales firmen pactos colectivos o se han rehusado a proveer los servicios de aborto.

Se han presentado casos en los que funcionarios judiciales se niegan a proteger los derechos de las mujeres ya reconocidos y objetan de conciencia para evitar emitir un fallo, cometiendo una falta gravísima contra el derecho a la justicia y al debido proceso.

En diversas ocasiones las mujeres han tenido que recurrir a la justicia para que sus derechos sean protegidos, por medio de acciones de tutela o de amparo; la Corte Constitucional ha ratificado que la objeción de conciencia solo puede ser individual para los proveedores directamente involucrados en la realización del aborto y que de ninguna manera puede ser ejercida por los jueces de la república. [20]

Siendo las prestaciones de servicios de salud un servicio público que tiene relación directa con derechos fundamentales, es obligación de los proveedores tener especial observancia con las normas que los rigen, no solo absteniéndose de incumplirlas sino promoviendo su especial cumplimiento. En este sentido la objeción de conciencia que se realiza ilegalmente obstaculiza el ejercicio de los derechos de las mujeres, genera responsabilidades estatales y se hace necesario que el estado colombiano tome las medidas necesarias para vigilar, investigar y sancionar si es el caso.

Ajuste de la Sentencia Constitucional 355 de 2006 a las necesidades del actual contexto.

Durante los últimos dos años se ha generado un grave riesgo para los derechos reproductivos de las mujeres colombianas si se tiene en cuenta que existen claras intenciones por parte del jefe actual del Ministerio Público [21]] por impugnar dichos derechos y entorpecer su ejercicio.

El Procurador General, junto con la Procuradora delegada para los derechos de la infancia, la adolescencia y la familia [22], invocando sus facultades

constitucionales han implementado una serie de herramientas legales que si bien tienen un sustento jurídico desde el punto de vista procedimental y formal, solo responden a una utilización formalista del derecho con el fin de desconocer el contenido de los derechos sexuales y reproductivos ya reconocidos en materia de aborto.

En fallos emitidos por la Corte Constitucional sobre casos concretos de en los que mujeres han invocado la acción de amparo, esta ha ordenado a las entidades competentes entre esta la Procuraduría investigar posibles faltas; a la fecha esta entidad no ha iniciado ninguna investigación, en cambio, a través del procurador delegado para asuntos disciplinarios abrió un proceso en contra del anterior Ministro de Protección Social por la expedición de la reglamentación de los servicios de aborto. Así mismo ha intentado entorpecer las labores de otras entidades como la Superintendencia Nacional de Salud, en febrero de 2010 la procuradora delegada Ilva Myriam Hoyos requirió [23] a esta entidad para que reversara una providencia [24] en la que ordenaba la investigación y sanción en casos de fallas en la prestación de los servicios de salud para abortos legales.

El procurador se ha pronunciado a favor de la objeción de conciencia por parte de jueces. Además, en octubre de 2008 solicitó a la Corte Constitucional la selección de una tutela para que se revisara y se reversara el fallo en un caso de objeción de conciencia institucional, argumentando que el tribunal debía limitar los derechos de las mujeres y permitir a las instituciones negarse a prestar estos servicios [25]. En mayo de 2010 inició otra acción ante la Corte Constitucional en contra de un fallo [26] en el que se ordenó la investigación de un médico que se negó a practicar un aborto por motivos de conciencia sin el cumplimiento de los requisitos legales estipulados, el Procurador alegaba que los derechos del médico estaban siendo vulnerados.

La Corte Constitucional también ha reconocido que el desconocimiento de la sentencia C355/06 y de su posterior reglamentación es la principal dificultad para la materialización del derecho de las mujeres a decidir sobre la salud sexual y reproductiva y su ejercicio autónomo de continuar o interrumpir una gestación. En el marco de una nueva solicitud de amparo la Corte Constitucional [27] ha ordenado a diversas entidades entre ellas a la Procuraduría que incluyan información sobre el derecho a interrumpir legalmente un embarazo en las cátedras de educación sexual, así como de coordinar e implementar campañas masivas sobre el tema [28]; El Procurador no solo solicitó la nulidad de este fallo, el 29 de octubre de 2009, sino que promovió su incumplimiento ante la opinión pública [29].

Esta acción no solo fue rechazada por la Corte Constitucional, sino que en una providencia [30] que le hacía seguimiento advirtió que el Procurador Ordoñez no solo no había cumplido las ordenes que se le habían dado, sino que estaba incumpliendo sus funciones constitucionales de velar por el cumplimiento de los fallos judiciales. Cabe anotar que ninguna de las instituciones vinculadas con este fallo ha cumplido con el mismo.

En el año 2010 en el marco del 99º periodo de sesiones del Comité de Derechos Humanos, en el que se examinó el cumplimiento por parte del estado colombiano al pacto de Derechos Civiles y Políticos, este organismo expresó su preocupación entre otras por las actuaciones del Procurador General de la Nación en relación con los obstáculos de las mujeres para acceder al aborto legal y seguro en el país. [31]

DISEÑO TEORICO

2.1 REFERENTE CONCEPTUAL

Sentencia constitucional 355 de 2006: Que se declare la inexecutable del artículo 122 de la ley 599 de 2000. La penalización del aborto tal y como está contemplada en el Código Penal vulnera los principios fundamentales de libertad, autonomía y proporcionalidad de la Constitución Política.

Libertades, autonomía y libre desarrollo de la personalidad La primera y más importante de todas las consecuencias del derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía, consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle su condición ética, reducirla a su condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre su propia vida, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia.

La decisión de una mujer de interrumpir un embarazo no deseado, decisión que tiene que ver con la integridad de la mujer es un asunto que sólo le concierne a quien decide sobre su propio cuerpo. Así las cosas, penalizar ésta conducta no es coherente con la doctrina del núcleo esencial al derecho al libre desarrollo de la personalidad y autonomía como máxima expresión de la dignidad humana. En otras palabras, al considerar a la persona autónoma y libre, como lo preceptúa la Constitución, se hacen inviables todas aquellas normas en donde el legislador desconoce la condición mínima del ser humano como ser capaz de decidir sobre su propio rumbo y opción de vida.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un simple derecho, es un principio genérico y omnicompreensivo cuya finalidad es cobijar aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional

para tomar, sin intromisiones ni presiones las decisiones que estime importantes en su propia vida. La primera consecuencia que se deriva de la autonomía consiste en que es la propia persona quien debe darle sentido a su existencia y en armonía con ésta, un rumbo.

El legislador respetuoso de la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad como principios fundamentales de la Carta Política, no puede privilegiar, mediante la penalización una concepción particular sobre la vida y obligar a las mujeres a llevar a término embarazos no deseados. Al mismo tiempo el legislador debe cumplir una función de mínima injerencia en la vida de las asociadas. Contraria es la imposición normativa que realiza el art. 122 referido mediante la penalización del tipo penal del aborto, que privilegia una concepción particular sobre el valor de la vida en detrimento de los derechos constitucionales de la mujer.

La regla que ha adoptado la Corte Constitucional para privilegiar una concepción de inicio de la vida para proteger el aborto hasta el momento, debe invertirse y la dignidad, la libertad y la autonomía de la mujer deben primar sobre cualquier concepción moral de vida.

Proporcionalidad

La intromisión estatal que obliga mediante la penalización absoluta del aborto a una mujer a soportar la responsabilidad de un embarazo no deseado y algunas veces poner en riesgo su salud y su vida, desborda las obligaciones que deben soportar los ciudadanos libres, autónomos y dignos en un Estado social de derecho como el colombiano.

La obligación de tener un hijo no implica la mera decisión de engendrarlo por un período de nueve meses en el vientre de la madre, implica una serie de cargas y responsabilidades económicas, sociales y psicológicas, que afecta la integridad y la

vida de la mujer .Por lo tanto, corresponde al juez constitucional realizar el test de proporcionalidad adecuado y reconocer que con el aborto no sólo está en juego la potencia o la esperanza de vida, sino la propia vida de la mujer, su salud, su libertad o su dignidad, derecho y valores que igualmente deben ser protegidos.

Si bien los derecho de la mujer no tiene por lo general la virtualidad de anular el deber de protección del feto por parte del Estado, en ciertas circunstancias excepcionales, no es constitucionalmente exigible dicho deber. En este sentido se ha considerado que los factores temporal y circunstancial son útiles para hacer la ponderación de los derechos de la mujer frente a la obligación estatal de proteger la vida en formación. La situación desde la perspectiva constitucional durante los primeros meses de embarazo, es que en ese momento sólo hay potencialidad de ser y los derechos constitucionales de la mujer pesan mucho más. Al mismo tiempo, la imposibilidad de interrumpir un embarazo en casos terapéuticos o de violación también impone una carga constitucionalmente imposible de defender a las mujeres que viven en situaciones extremas. Una solución que no tenga en cuenta estos elementos representaría una restricción desproporcionada de los derechos constitucionales de la mujer.

La presente petición no implica una solicitud al juez constitucional de actuar como legislador y adicionar condiciones de tipo penal general del aborto. Se refiere más bien a realizar el ejercicio de ponderación de derecho y deberes constitucionales y establecer así los límites dentro de los cuales el legislador debe reformular el tratamiento de esta problemática.

Igualdad

La penalización de una práctica médica que sólo requieren las mujeres viola el derecho a la igualdad e ignora los efectos diferenciales que un embarazo no deseado, tiene en la vida de mujeres jóvenes ,de bajos recursos ,y/ o de distinto origen étnico.

El aborto terapéutico ilegal es una violación del derecho a la igualdad en el acceso a la salud, de acuerdo con el test de igualdad. Si se tiene que el sexo femenino constituye un criterio sospechoso y que en el marco del derecho a la salud la Corte Constitucional ha establecido que se deben tratar los mismo intereses sin discriminación al asegurar que todas las personas tengan acceso a atención básica de salud, la negación de la práctica de un aborto constituye un claro ejemplo de discriminación a la mujer que vulnera su derecho a la salud y a la vida.

Para delimitar la vulneración al derecho a la igualdad como un acto de discriminación se debe identificar un acto que tengo como fin consciente o inconsciente anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas violando sus derechos fundamentales. De acuerdo con lo anterior, la prohibición de la realización de un aborto está ignorando el derecho a la vida de las mujeres. La medida viola claramente un derecho fundamental y no es proporcional el trato con el fin perseguido.

En primera instancia, se está discriminando a un grupo que se constituye de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como un criterio sospechoso. En segundo lugar, en relación con los hombres a éstos en ninguna circunstancia se les está negando la protección de su derecho a la vida cuando requieren un procedimiento quirúrgico que en la medida que se les niegue les vulneraría el derecho a la vida. La medida no aplica los mismos criterios de necesidad médica a hombres y mujeres, y no habiendo justificación obligatoria para tratar a los hombres y a las mujeres de manera diferente con respecto a sus necesidades médicas no se encuentra un criterio de diferenciación en el trato

válido. En tercer lugar, el fin perseguido con la medida está protegiendo la vida del nonato bajo criterios subjetivos e irrazonables. Mientras la existencia del nonato depende de la salud de la mujer hasta el parto, se está protegiendo y poniendo en mayor estima la posibilidad de una vida frente a la clara existencia de un ser humano: la mujer. Por lo anterior, la prohibición de la realización de un aborto es una medida discriminatoria que no sólo vulnera el derecho a la igualdad, sino además las disposiciones constitucionales que otorgan una especial protección por parte del Estado a la mujer.

La imposición de roles de género basados en estereotipos es otra violación del derecho a la igualdad. La mujer en Colombia, ha sido discriminado por su sexo y ha sido configurada por el imaginario social como un ser determinado exclusivamente a la reproducción. El considerar a la mujer como un ser exclusivamente reproductivo constituye una clara discriminación que viola su derecho a la igualdad. Se tiene que la norma que penaliza el aborto materializa el estereotipo de la mujer como máquina reproductora sin tener en cuenta que la mujer puede querer decidir otras cosas para su vida, o que su vida misma deber ser sacrificada por la de un proyecto de vida impuesto. Lo anterior constituye una razón más para considerar las peticiones de la presente demanda razonables, proporcionadas y ajustadas a la Constitución.

La discriminación en la asunción de costos de la función reproductiva es una violación del derecho a la igualdad de las mujeres. Los costos de la función reproductiva, a pesar de ser una función de interés social, siguen siendo pagados por la mujer tanto cuando la opción reproductiva se ejerce de manera positiva (la elección de llevar a término un embarazo) como cuando se hace de manera negativa (la elección de terminar un embarazo indeseado).

La penalización del aborto implica una violación a la igualdad de las mujeres con menos poder y recursos. Adicionalmente, se viola el derecho a estar libre de discriminación en relación con la situación económica y / o al estado civil, cuando la única opción frente al aborto, compromete la capacidad de la mujer de poder mantener a sus hijos.

Tratos crueles, inhumanos y degradantes. (Malformaciones)

La más reciente decisión del comité de derechos humanos de naciones unidas, parte del bloque de constitucionalidad, establece que no garantizar la posibilidad de un aborto legal y seguro cuando existen graves malformaciones fetales, es una violación al derecho de estar libre de tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes. En estos casos, las mujeres usualmente tienen embarazos deseados y su inviabilidad las afectan extremadamente. Los avances tecnológicos en el área de la medicina obstétrica, permiten diagnosticar cada vez más, malformaciones del feto, las cuales pueden llegar a ser incompatibles con la vida por fuera del útero materno. La mayoría de estas anomalías fetales no se pueden diagnosticar sino hasta la semana décimo catorce de embarazo. Este tipo de malformaciones generalmente permiten una vida intrauterina relativamente normal, lo que implica que a la mujer le es impuesto un embarazo (que a partir del diagnóstico empieza a ser indeseado).

Violando sus derechos fundamentales con la pretensión de proteger una vida humano que no tiene futuro. En casos como estos la proporcionalidad entre los derechos sacrificados (derecho de la mujer) y el bien protegido (vida humana en formación) es absolutamente nula.

De otra parte es importante tener en cuenta que la experiencia médica en Colombia indica que mientras las malformaciones más graves son frecuentes dentro de los grupos con más bajos recursos, son de más rara ocurrencia en los estratos más altos.

Segundo. Que se declare la inexecutable del texto subrayado del artículo 123 del Código Penal " de mujer menor de catorce años " de la ley 599 de 2000. El derecho a la libre maternidad derivado de los principios de libertad y autonomía de la Constitución de 1991 no pueden negarse a las mujeres menores de catorce años.

La frase demanda del artículo 123 desconoce la autonomía de las mujeres menores de 14 años que quieran interrumpir un embarazo. En el caso de este tipo de mujeres debe entenderse que su capacidad de gestar demuestra un grado de madurez que debe implicar la capacidad de expresar su voluntad sobre la interrupción o no del embarazo. Aunque el consentimiento para sostener relaciones sexuales no se presume en las menores de 14 años, sí se debe aceptar y respetar la decisión de optar o no por un aborto, cuando se trata de ejercer el derecho a la autonomía y más cuando los embarazos tempranos traen generalmente peligros para la vida, la salud y la integridad de las menores embarazadas.

Por lo anterior, no puede defenderse constitucionalmente la penalización del médico que siguiendo el consentimiento libre e informado de una mujer menor de 14 años, interrumpa su embarazo. Adicionalmente debemos entender que prohibir a los médicos que actúen para salvaguardar el bienestar de las niñas es una violación del artículo 44 de la Constitución Política.

Que se declare la inexecutable del artículo 124 de la ley 599 de 2000. No es suficiente la disminución de la pena o la posibilidad de no castigar con prisión los casos de violencia sexual. La sola iniciación de un proceso penal aunque existan

argumentos de defensa fuertes, vulnera la dignidad, la libertad y la autonomía de las mujeres embarazadas como consecuencia de una violación.

La mujer que en casos de violación aborta no hace más que obrar en legítima defensa y ya se ha señalado que negarle legalmente esta posibilidad equivale a establecer un deber extraordinariamente oneroso.

Dignidad: El principio de dignidad humana es gravemente vulnerado cuando una mujer es violada, artificialmente inseminada o es víctima de transferencia de óvulo fecundado no consentida. En estas situaciones, la mujer es instrumentalizada sea para satisfacer los impulsos del violador, los planes del inseminador o los deseos del interesado en la transferencia del óvulo. La dignidad de la mujer es subyugada por la fuerza necesaria para convertirla en objeto del que ejerce poder sobre ella. También se desconoce su dignidad como ser humano, cuando el legislador le impone a la mujer, igualmente contra su voluntad, servir de instrumento efectivamente útil para procrear al penalizar el aborto sin ninguna excepción.

La prohibición de abortar, pese a que el embarazo haya sido el resultado de un acceso carnal violento, abusivo o fruto de una inseminación artificial no consentida, tiene un significado excesivamente gravoso para la mujer que se ve obligada a soportarlo de manera injusta. Por lo tanto, la punición de su conducta en ese caso quebranta la Constitución Política.

El art. 124 del Código Penal le niega a la víctima del delito cometido contra su libertad y su pudor sexual, la posibilidad de poner término a la cadena de trasgresiones que se ciernen sobre sus otros derechos. En esta circunstancia se vería realmente vulnerado el núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la víctima cuando el precepto penal la obliga a llevar a término la gestación, justificado en la exigencia legal y a costa de los costos biológicos de su embarazo.

El embarazo forzado por violación es un desconocimiento del principio de dignidad humana de la niña y la mujer. La afirmación de que la mujer deberá ser obligada contra su voluntad a servir los deseos de otros es una negación instrumental de su dignidad humana y un abuso de sus capacidades reproductivas. En estos casos se estaría cosificando a la mujer como puro vientre desligado de la conciencia.

La violación afecta a la mujer y la niña en su integridad personal, social, sexual y existencial, alterando su historia y su proyecto de vida. De esta manera, el embarazo por violación, cuya incidencia es difícil de cuantificar, constituye una agresión a la esencia misma de cada mujer.

Cuarto. Que se declare la inexecutableidad del numeral 7 del artículo 32 del Código Penal. El cargo en contra de esta norma se fundamenta en la violación a los derechos constitucionales a la vida e integridad de la mujer que a pesar de contar con la defensa penal del Estado de Necesidad, debe empezar por someterse a un aborto clandestino y por lo tanto humillante y potencialmente peligroso para su integridad.

Vida, salud e integridad

La vida física, la integridad personal y la salud de la mujer pueden verse seriamente amenazadas por problemas en el embarazo y que corren un mayor peligro cuando el aborto es practicado en condiciones clandestinas, generalmente sin el cumplimiento de los protocolos médicos y las reglas de higiene. Esa realidad social es constitucionalmente relevante.

La dimensión objetiva del derecho a la vida, le impone al estado la obligación de impedir que las mujeres mueran por causa de abortos inseguros. El derecho a la

vida se entiende como el derecho fundamental por excelencia establecido en la Constitución. Se ha entendido que el derecho a la vida no sólo tiene una dimensión subjetiva de asegurar la vida sino que también comprende la obligación de otros de respetar el derecho a seguir viviendo o a que se anticipe su muerte.

El derecho a la vida adquiere un carácter objetivo en el Estado Social de Derecho lo cual implica que la fuerza vinculante de este derecho, como la de los demás derechos fundamentales, se hace extensiva a las relaciones privadas, aunque es el estado el principal responsable de su protección, garantías, respeto y desarrollo. De acuerdo a lo anterior, no solamente el Estado es responsable de proteger la vida a los asociados sino que el derecho a la vida, como todos los derechos fundamentales, es también responsabilidad constitucional de los particulares.

Debe afirmarse que el derecho a la vida es un derecho de doble vía en el que, por una parte, existe el derecho de las personas de exigir de las autoridades la protección de sus derechos, en este caso el fundamental de la vida, y de la otra, existe el deber de las autoridades de brindar la protección requerida, en forma suficiente y oportuna así no correspondan exactamente a las medidas que el ciudadano desee que se le confieran.

En consecuencia, se señala que "mediante el rechazo del estado de necesidad, como ocurre en el caso de los tribunales italianos, o a través de una amplia interpretación de esta defensa, como en el caso de los tribunales anglosajones, todos los jueces han declarado que limitar los abortos a casos en los que existe una amenaza física inmediata no da suficiente preponderancia a los derechos fundamentales de la mujer a la salud mental y física".

Bloque de constitucionalidad

La Corte debe usar como criterio hermenéutico en el estudio de constitucionalidad del manejo penal del aborto la jurisprudencia y doctrina de las instancias internacionales que monitorean los tratados de derechos humanos. De acuerdo a lo anterior, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que se más favorable a la vigencia de los derechos humanos y para esto debe tener en cuenta la jurisprudencia de instancias internacionales, que constituye pauta relevante para interpretar el alcance de esos tratados.

2.2 EL REFERENTE SOCIOJURIDICO

EL CASO CONCRETO

Son unísonas las demandas al señalar que el establecimiento del aborto, por parte de legislador, como conducta punible; vulnera varios derechos fundamentales de las mujeres como: La vida, la libertad; libre desarrollo de la personalidad; privacidad o intimidad; igualdad; la integridad personal, la salud y la autonomía reproductiva de la madre e igualmente viola la dignidad humana de la mujer y su libertad de conciencia.

Si se concibe a la mujer como un ser libre y en desarrollo de esa libertad tiene derechos fundamentales como el libre desarrollo de su personalidad, su libertad reproductiva, la libertad de conciencia, su derecho a la privacidad, etc.; solo es constitucionalmente admisible la penalización del aborto que se realiza contra la voluntad de la mujer embarazada; a contrario sensu no puede ser penalizado el aborto realizado con el consentimiento de la mujer así se trate de una mujer menor de edad. Impedir que niñas menores de edad no puedan interrumpir su embarazo es consagrar una discriminación con fundamento en la edad que sería irrazonable y contraria al Art. 13 de la Constitución.

Determinado el marco filosófico de los derechos de la mujer que pueden verse afectados con la prohibición total del aborto, la mujer como persona humana especialmente protegida por la Constitución, tiene como derechos esenciales la vida, la integridad personal, la salud, la libertad, etc.

Siendo entonces, la mujer un sujeto de especial protección constitucional, sus derechos y prerrogativas tienen un realce a la luz de nuestro ordenamiento jurídico. Situación que imprime a todo el Estado (incluidos el legislativo y el judicial) el respeto, garantía y efectividad de sus derechos.

El problema constitucional planteado enfrenta el valor de dos vidas: La autónoma, del derecho fundamental cierto de la persona mujer; a la no autónoma de quien no ha nacido ni es persona.

Del problema indicado, se debe precisar que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido en diferentes normas jurídicas, diferentes grados de protección a la vida.

Así las cosas, resulta evidente que la vida en cabeza de la mujer, en su calidad de persona humana y beneficiaria de los atributos otorgados por la personalidad jurídica goza de una mayor protección el valor de la vida en cabeza del ser que está por nacer. Resaltando nuevamente, que esto no indica que el que está por nacer no tenga vida y que esta no merezca protección.

Veamos: Las normas de orden penal que sancionan como delito el homicidio en una persona humana determinan una pena para dicho hecho punible inmensamente mayor que la pena que se infringe a aquella persona que atenta contra la vida del que está por nacer. Por consiguiente, el mismo legislador ha entendido que los grados de protección de la vida en la mujer y en el que está por nacer son diferentes; otorgándole mayor sanción a aquellos atentados contra la vida de una persona humana- la mujer- .

Siendo así las cosas, el suscrito Magistrado consideró que correspondía a la Corporación establecer en qué casos la protección de la vida del que está por nacer produce un desproporcionado menoscabo en los derechos fundamentales de la mujer como la vida, la integridad personal, la salud y la libertad.

encontró que la penalización de la interrupción del embarazo señala un desproporcionado menoscabo de los derechos indicados de la mujer cuando se presentan las siguientes situaciones críticas:

2.1. CUANDO LA CONTINUACION DEL EMBARAZO CONSTITUYA PELIGRO PARA LA VIDA O LA SALUD DE LA MUJER.

El caso del peligro para la vida de la mujer, presenta el problema de ponderar el valor de la vida del que está por nacer y el derecho a la vida de la mujer madre como se ha señalado en esta providencia.

Los grados de protección de la vida en uno y otro caso son diferentes, otorgándole el ordenamiento jurídico mayor sanción a la vulneración de la vida de la persona humana mujer que a la vida del que está por nacer. Correspondiendo entonces afirmar que, en aras de su no vulneración, existe mayor protección a la vida de la mujer que a la vida del que está por nacer.

En otras palabras, la necesidad constitucional de protección de los derechos ya anotados en cabeza de la mujer es de mayor intensidad que aquella necesidad también constitucional de protección de la vida del que está por nacer.

Recuérdese que la primera, es titular de un derecho cierto y consolidado por tener una vida independiente y de protección reforzada; y el segundo no tiene los atributos de la personalidad jurídica, ni posee aún entonces un derecho cierto y consolidado, sino una expectativa constitucional, que si bien es cierto merece

protección, cede constitucionalmente ante los derechos a la vida y a la salud ciertos y consolidados por la misma existencia independiente en cabeza de la madre y que más aún gozan de una especial protección y de una salvaguarda reforzada en nuestro ordenamiento constitucional.

Así las cosas, en aquellos eventos en los cuales la vida del que está por nacer constituya peligro para la vida de la mujer, la protección del primero cede a favor de la protección de los derechos de la segunda. Por consiguiente, la interrupción de la vida del que está por nacer no puede constituir un delito o hecho reprochable por el ordenamiento jurídico legal por cuanto se busca proteger una necesidad constitucional de orden mayor como es el derecho a la vida de la mujer.

En reciente noticia sobre este conflicto, reseñada por la prensa escrita colombiana, se afirmó que una mujer con cáncer en el útero, el cual se descubrió cuando tenía 6 semanas de embarazo, no pudo realizarse el tratamiento adecuado por cuanto esto implicaba la interrupción del embarazo, sancionado penalmente. Actualmente, su enfermedad se encuentra avanzada y su situación se torna irreversible. Lo anterior, muestra la importancia constitucional de la excepción indicada.¹⁹⁵

Respecto a la salud debe señalarse que el sólo hecho de estar en presencia de un embarazo, produce una situación de riesgo en la salud para la mujer. Por tal razón, la trascendencia de los cuidados y atenciones médicas que la mujer debe obtener durante su estado gestacional.

De esta manera lo ha entendido la misma Constitución, la cual de manera privilegiada garantiza la salud de la madre durante el embarazo, precisamente debido a la gran cantidad de riesgos que esta corre durante dicha etapa.

No obstante, a pesar de los cuidados médicos, que se le presten a una mujer durante el embarazo existen una serie de situaciones que conducen a un inminente peligro de su salud y por ende de su vida.

No todos los embarazos transcurren en normalidad, algunos de ellos presentan graves dificultades que hacen que el periodo de gestación produzca complicaciones en la salud de la madre. Según la Organización Mundial de la Salud estas complicaciones pueden consistir en: " Complicado con infecciones del tracto genital o pelvis (endometritis, parametritis, pelviperitonitis, salpingitis, salpingooforitis, sepsis, septicemia); Complicado con hemorragia o alteraciones de la coagulación (afibrinogenemia, síndrome desfibrinación, hemólisis intravascular).

2. Complicado con daño de los órganos y tejidos pelvianos (laceración, desgarros o perforación de la vejiga, intestino, ligamento ancho, cuello uterino, tejido periuretral o útero); Complicado con insuficiencia renal. ; Complicado con alteraciones metabólicas y electrolíticas; Complicado con shock hipovolémico o séptico; Complicado con embolias (amnióticas, vascular periférica, pulmonar, piohemia, séptica o por sustancias cáusticas o jabonosas); Complicado con otros eventos (paro cardíaco o anoxia cerebral); Con complicaciones no especificadas"¹⁹⁶

Así las cosas, según el grado de complicación médica que produzca el embarazo, existe la posibilidad que éste ponga en grave peligro la salud de la madre. Así pues la amenaza a la salud puede ser grave o permanente. Por ende, en dichos casos el aborto debe ser permitido. Esto sin denotar la gran cantidad de riesgos físicos que corre la madre mujer cuando se practica un aborto inseguro.

No obstante, y acorde con el contenido del derecho constitucional a la salud integral, ésta puede verse afectada en la mujer desde el punto de vista mental.

Esta puede incorporar la angustia psicológica que sufre una mujer que ha sido violada, la angustia mental provocada por circunstancias socioeconómicas, o la angustia psicológica de una mujer ante la opinión médica de que el feto se halla en riesgo de sufrir un determinado daño.

Esto indica que la salud constitucionalmente protegida no es únicamente la física sino que comprende, necesariamente, todos aquellos componentes propios del bienestar psicológico, mental y sicosomático de la persona.

Este tipo de afecciones psicológicas en la mujer, sin dudas hacen que se restrinja su " dimensión vital " lo que en consecuencia apareja consigo la disminución de su capacidad de relacionarse en sociedad y amenaza sin dudas sus derechos fundamentales.

2.2. CUANDO EXISTA GRAVE MALFORMACION DEL FETO QUE HAGA INVIVABLE SU VIDA.

Existen eventos en los cuales, la misma vida del ser que está por nacer se encuentra en grave entredicho y se tornaría en inviable.

Los avances de la ciencia han permitido determinar que unas graves y específicas malformaciones del ser que está por nacer llevan a concluir que la vida que éste tendría no sería viable; o se consideran incompatibles con la vida, o la vida independiente del niño afectado. En otras palabras, el ejercicio de la vida no sería posible. Las anteriores conclusiones científicas, devendrían indefectiblemente e ineludiblemente, de las graves malformaciones del feto.

El análisis constitucional deviene beneficioso para la mujer y su libre desarrollo de la personalidad. Lo anterior, por cuanto se le exigiría una carga altamente

desproporcionada violatoria de su derecho constitucional a escoger su plan de vida a favor de una vida que científicamente no sería viable; o se considera incompatible con la vida, o la vida independiente del niño afectado por la grave malformación.

En este orden de ideas, el derecho al libre desarrollo de la personalidad toma un realce constitucional de gran tono, cuando se compara con el ser que está por nacer y con su irrealizable e imposible vida o vida independiente. No cabe dudas, que no podría hacerse valer, por encima del derecho cierto y consolidado de la mujer madre como persona humana con vida independiente.

Algunos ejemplos de malformaciones pueden ilustrarnos:

" Talidomina: Es un medicamento que produce malformaciones fetales. .En 1961, médicos de Alemania, Australia y Gran Bretaña notaron un incremento considerable en la cantidad de bebés nacidos con graves deformidades en los brazos, las piernas o ambas extremidades. Pronto se estableció la relación entre estas malformaciones y el uso de la talidomida durante la primera fase del embarazo.

Las madres que tomaron el medicamento durante el comienzo del embarazo (cuando los brazos y las piernas del bebé comienzan a formarse) dieron a luz bebés con diversas deformidades en las extremidades. La malformación más conocida (ausencia de la mayor parte del brazo o de la pierna y la presencia de manitas en forma de aleta) se llama focomelia. La deformidad de los bebés afectados casi siempre ocurría a ambos lados y a menudo tenían deformidades

tanto en los brazos como en las piernas. En los casos más graves, los bebés carecían por completo de miembros. Además de las extremidades, el fármaco causaba deformidades en los ojos y las orejas, el corazón, los genitales, los riñones y el tracto digestivo (inclusive los labios y la boca)."¹⁹⁷

“Enfermedad de Tay-Sachs: Es una enfermedad familiar que produce la muerte temprana.

La enfermedad de Tay-Sachs se produce por una deficiencia de hexosaminidasa, una enzima que es importante en el metabolismo de los gangliósidos (un tipo de sustancia química que se encuentra en el tejido nervioso).

Estos gangliósidos, en particular el gangliósido GM2, se acumulan luego en el cerebro, produciendo deterioro neurológico. La enfermedad se hereda como un gen recesivo.

La enfermedad de Tay-Sachs se ha clasificado en infantil, juvenil y adulta, dependiendo de la edad de inicio y el tipo de síntomas. La mayoría de las personas con la enfermedad desarrollan la forma infantil.

Los síntomas comienzan a aparecer generalmente entre los 3 y los 6 meses de edad con una tendencia a un progreso rápido y el niño generalmente muere a los 4 ó 5 años de edad.”¹⁹⁸

Una reciente crónica periodística señaló el nacimiento de varios niños en Cali con una enfermedad llamada sirenomelia, una rara malformación congénita en la que se fusionan los miembros inferiores de los recién nacidos. La característica común de estos niños era su fallecimiento horas después de haber nacido. Igualmente, se presentó el nacimiento de niños con ciclopía, otra extraña malformación, caracterizada por el desarrollo de un solo ojo, que se ubica generalmente en el

área ocupada por la nariz, por ausencia de la misma, o por una nariz en forma de probóscide (un apéndice tubular) situado encima del ojo. Estos también fallecieron horas después de su nacimiento.¹⁹⁹

Estas evidencias, ratifican la importancia constitucional de la excepción planteada en este acápite.

2.3. CUANDO EL EMBARAZO SEA RESULTADO DE UNA CONDUCTA CONSTITUTIVA DE ACCESO CARNAL O ACTO SEXUAL SIN CONSENTIMIENTO , ABUSIVO , O DE INSEMINACION ARTIFICIAL O DE TRANSFERENCIA DE OVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS , O DE INCESTO.

En primer lugar fundamentado en los razonamientos sobre la cláusula general de libertad, propio de los Estados democráticos; el suscrito Magistrado determinó claramente que la mujer, como persona humana, tiene la posibilidad de determinar y establecer el plan de vida que ella desee. Que ella es sujeto y no objeto. En todos los casos en los cuales la mujer resulta embarazada sin su consentimiento, contra su voluntad; independientemente de si el acto es violento o no, la interrupción del embarazo no puede pensarse.

En este orden de ideas, la mujeres pueden trazar las tareas personales a realizar en su desarrollo vital y ningún límite externo puede impedirles conseguir dichos objetivos, a menos como se ha explicado, que la relativización provenga de una necesidad constitucional.

Pues bien, uno de los derechos inherentes en cabeza de la mujer, es la posibilidad de reproducirse cuando ella lo determine y de ejercer su libertad sexual. Es decir,

en estos casos y por ser la mujer el único ser capaz de traer al mundo otro ser, radica en ella una protección altamente protegida por la Constitución Política y garantizada de manera reforzada.

En consecuencia, cualquier violación en contra de la libertad y voluntad de la mujer, atentatoria de su libertad sexual, sería inconstitucional. Es así como , en aquellos eventos donde la libertad de la mujer se vea violentada , donde la voluntad de la mujer no haya participado para la procreación, donde la mujer no haya otorgado su consentimiento para reproducirse; no cabe la menor duda para el suscrito Magistrado, que dichos actos gravemente atentatorios de la libertad en cabeza de la mujer no pueden otorgar una prevalencia a la vida del ser que está por nacer, producto de una acto inmensamente violatorio de la libertad de la mujer, como se ha expuesto.

Por consiguiente, el suscrito Magistrado valoró, a la luz de la Constitución, la libertad de la mujer que ha sido vulnerada, en detrimento de la vida del que está por nacer fruto de ese grave atentado contra la esencia propia de la persona humana como es la libertad.

En consecuencia, en aquellos eventos donde la interrupción del embarazo sea el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto, no puede ser reprochado penalmente por cuanto se atentó de manera grave e inmensa contra la libertad de la mujer, derecho esencial en un Estado Democrático , y específicamente contra la voluntad de la mujer de reproducirse, derecho este inherente y básico en la mujer por cuanto es el único ser capaz de traer al mundo a otro ser.

En segundo lugar el incesto es un hecho punible sancionado en nuestra legislación penal. El artículo 237 del Código Penal establece:

“El que realice acceso carnal u otro acto sexual con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo, o con un hermano o hermana incurrirá en prisión ¿”

Así las cosas, el embarazo de una mujer puede provenir de una acceso carnal realizado con un ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo o hermano. Evento en el cual dicho embarazo es resultado de un delito.

Acorde con los lineamientos establecidos respecto del acceso carnal violento; no puede primar la vida del que está por nacer cuando esta ha sido el resultado de un hecho reprochable por la sociedad, es decir, resultado de un hecho punible.

Así pues, en dichos casos la mujer cuenta con la posibilidad de hacer valer sus derechos fundamentales por cuanto la conducta que produjo el embarazo no es el resultado de un acto legítimo, a la luz de la Constitución, aún si es practicado con "mutuo consentimiento" entre mayores de edad.

En consecuencia, igual situación se presenta cuando el embarazo se produce en mujer menor de catorce años. Si bien es cierto existe la posibilidad que la relación sexual que produjo el embarazo haya sido consentida por la menor, lo cierto es que nuestra legislación toma como inexistente dicho consentimiento debido a la edad de la mujer y sanciona dicha conducta penalmente. Así las cosas, el embarazo también sería fruto de un delito y por ende de un acto ilegítimo constitucionalmente, el cual no puede otorgar prevalencia a la vida del que está por nacer por cuanto es el fruto de dicho acto no solo ilegal sino ilegítimo.

Ahora bien, el incesto reduce la necesaria variabilidad genética, que permite la supervivencia de una especie, pero existen razones aún más estructurales: la práctica del auténtico incesto (en primer grado, relaciones coitales del tipo: padre/hija; madre/hijo; padre/hijo; madre/hija, o de segundo grado: relaciones

coitales entre hermanos consanguíneos) a corto o mediano plazo afectan al desarrollo de la cultura, al impedir o dificultar la exogamia.

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

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

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

En conclusión, las normas penales sancionan:

1. A la mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause.
2. A aquel sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, le realice un aborto.
3. Al que causare el aborto sin consentimiento de la mujer.

4. Al que causare aborto en mujer menor de catorce años.

De lo anterior se desprenden dos hipótesis generales:

1. Se sanciona a la mujer que cause su aborto.

2. Se sanciona a aquella persona que con consentimiento o sin consentimiento de la mujer, cause el aborto.

Por consiguiente, y con base en las argumentaciones expuestas en esta providencia, el suscrito Magistrado encontró inconstitucional la sanción penal del aborto de manera absoluta y consideró establecer ciertas excepciones en las cuales estará permitido.

Siendo así las cosas, se debe establecer en qué casos la protección de la vida del que está por nacer produce un desproporcionado menoscabo en los derechos fundamentales de la mujer como la vida , la libertad; libre desarrollo de la personalidad; privacidad o intimidad; igualdad; la integridad personal, la salud y la autonomía reproductiva de la madre e igualmente viola la dignidad humana de la mujer y su libertad de conciencia.. Siendo estos derechos de la mujer una limitante constitucional a la vida del primero.

En opinión del suscrito Magistrado, La Corte debe encontrar que la penalización de la interrupción del embarazo señala un desproporcionado menoscabo de los derechos arriba señalados de la mujer en los siguientes eventos críticos:

1). Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer.

2). Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida.

3). Cuando el embarazo sea 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 consentida; o de incesto.

En consecuencia, para hacer que el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer se ejerza con responsabilidad, esta se constará de la siguiente manera y sólo con los siguientes requisitos:

1). Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer con certificación de un médico.

2). Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida con certificación de un médico.

3). Con la denuncia, Cuando el embarazo sea 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.

2.3 REFERENTE CONTEXTUAL EN RELACION CON OTROS PAISES

1. Estados Unidos

La Corte Suprema de Justicia estadounidense se ha pronunciado en más de 30 oportunidades sobre el aborto. De todas sus decisiones se hará alusión a cinco, cuatro que son consideradas como las sentencias hito de la jurisprudencia sobre el tema y una quinta que corresponde a la más reciente. Las primeras dos decisiones, de 1973, ¿Roe contra Wade y Doe contra Bolton- son las que fijaron los parámetros constitucionales que resultaron en la despenalización del aborto y en un sistema de libertad ordenado por la Corte Suprema de Justicia para proteger la intimidad de la mujer. Las siguientes tres decisiones - Planned Parenthood contra Casey; Stenberg contra Carhart; y Ayotte Attorney General of New Hampshire contra Planned Parenthood of Northern New England- datan de 1992, 2000 y 2006 y comprenden un control de normas estatales revisadas a la luz de la Constitución y de los parámetros fijados en las dos primeras decisiones sobre aborto. Las últimas tres decisiones son importantes pues matizan el sistema de libertad de la regulación del aborto que había sido establecido en los primeros dos casos mencionados. El matiz consiste en lo siguiente. De acuerdo a Roe v Wade la mujer puede decidir libremente abortar, en virtud de su derecho a la intimidad, durante el primer trimestre de embarazo y aun después, en condiciones

encaminadas a proteger la vida y salud de la mujer, hasta que el feto llegue a un estado de desarrollo que lo haga viable por fuera del vientre de la madre. De acuerdo a las sentencias posteriores el legislador puede establecer trámites y condiciones, como periodos de espera breves y consejería médica previa, para el ejercicio de esa libertad siempre que ello no represente una "carga indebida" para la mujer.

En 1973, la Corte Suprema de Justicia también conoció el caso de Doe contra Bolton²³⁰. María Doe era una mujer de 22 años con 9 semanas de embarazo que residía en el Estado de Georgia. La demandante tenía tres hijos. Sus dos hijos mayores habían sido puestos al cuidado estatal debido a la pobreza de la madre y a su inhabilidad para hacerse cargo de ellos. El menor había sido dado en adopción. Como su esposo la había abandonado, vivía junto con sus ocho hermanos y con sus padres, quienes se encontraban en estado de indigencia. Recientemente se había reconciliado con su esposo, que era un trabajador informal y no tenía un sueldo fijo. A la señora Doe, que había estado en anteriores ocasiones en el hospital por problemas mentales, se le había recomendado una interrupción del embarazo. A la demandante le era imposible hacerse cargo de un hijo. Aun así su solicitud para la terminación del embarazo fue rechazada en virtud de las leyes vigentes del Estado de Georgia.

En 1992, en el caso de Planned Parenthood contra Casey²⁵¹, la Corte Suprema de Justicia revisó la constitucionalidad de las normas de Pennsylvania que regulaban el aborto e introdujo un matiz a lo decidido en Roe contra Wade, pero sin cambiar el precedente. La norma establecía un tiempo de espera de 24 horas, después de tomada la decisión de abortar, para efectuar el procedimiento. La norma también establecía que los médicos debían proveer información a las

mujeres sobre la viabilidad del feto. Además, exigía un permiso de los padres para menores no casados que quisieran abortar; creaba el requisito de llevar reportes médicos con toda la información del aborto, menos el nombre del paciente que era confidencial; establecía el deber de efectuar notificaciones al esposo antes de llevar a cabo el procedimiento o de firmar una declaración en la que se debía afirmar que el marido no era el padre, o que el esposo había violado a la mujer, o que si el esposo se enteraba la vida de la mujer estaría en peligro. Sin embargo, establecía excepciones a la norma en caso de una emergencia médica.

La Corte, en una votación de cinco votos a favor y cuatro votos en contra, determinó que la norma era constitucional excepto la disposición que preveía la notificación al marido o en subsidio, la declaración en contra del mismo. En la decisión se reiteró que los estados federados no podían prohibir el aborto antes de que el feto fuera viable. La viabilidad del feto se definió como el momento en el que un feto puede tener una vida independiente de la madre, de tal manera que el interés del Estado en proteger la vida adquiere más valor que la libertad de la madre de terminar su embarazo. No obstante, en esta sentencia la Corte introdujo un nuevo criterio de juzgamiento, sin cambiar el precedente fijado en *Roe v. Wade*. Este criterio es el de analizar si los trámites y condiciones para que la mujer ejerza su derecho a abortar constituyen una carga indebida. Ello conduce a que se revise el sistema de libertad estructurado en tres etapas, en especial durante el primer trimestre del embarazo. Al aplicar el test de la ausencia de cargas indebidas que limiten la libertad de la mujer, la Corte Suprema estimó constitucionales las cargas antes mencionadas, con excepción del deber de notificar al esposo o firmar una declaración negando la paternidad.

En el año 2000, la Corte Suprema de Justicia se volvió a pronunciar sobre el derecho a abortar en el caso de *Stenberg contra Carhart*²⁵⁵. La ley revisada regulaba el aborto en el estado de Nebraska. La ley prohibía cualquier "procedimiento de aborto con parto parcial" a menos de que el procedimiento fuera

necesario para salvar la vida de la mujer. La ley definía aborto por parto parcial como un procedimiento en el que el médico interrumpe el embarazo mediante una intervención posterior a haber sacado de manera parcial de la vagina de la mujer el feto vivo. La violación de las prohibiciones acarrea la revocación de la licencia profesional del médico además de la penalización de la conducta. La norma fue demandada por un médico del Estado de Nebraska, Dr. Leroy Carhart, quien realizaba abortos en una clínica.

El último pronunciamiento sobre el aborto de la Corte Suprema de Justicia fue este mismo año, 2006, en el caso de Ayotte, Attorney General of New Hampshire contra Planned Parenthood of Northern New England. El Tribunal de Apelaciones del Primer Circuito había declarado la inconstitucionalidad de una norma que establecía una prohibición a los médicos de realizar un procedimiento abortivo a menores de edad sin que se hubiera cumplido un requisito de notificación a los padres de la menor, al menos 48 horas antes del procedimiento de aborto. La Corte Suprema de Justicia, decidió, el 18 de enero de 2006, anular la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma acusada y remitirla al Tribunal de Apelaciones para que continuara los procedimientos en armonía con la opinión emitida por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. La norma permitía también a la menor solicitar una autorización judicial para realizar el aborto sin la notificación a los padres. Sin embargo, la norma no establecía una excepción al requisito de notificación a los padres de la menor que desee abortar cuando no existiera tiempo suficiente para efectuar dicha notificación, en razón a una amenaza de muerte de la menor.

2. Alemania

En Alemania se han proferido, hasta 2005, diez sentencias que tocan el tema del aborto. Cinco son del Tribunal Constitucional Federal²⁵⁷ y cinco del Tribunal Supremo Federal²⁵⁸

De dichas sentencias es pertinente analizar tres de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal²⁵⁹ alemán en las que se ha pronunciado en control abstracto para fijar los parámetros constitucionales de la regulación del aborto.

La primera decisión fue en 1975 y revisó la Quinta Ley de Reforma al Código Penal, expedida el 18 de junio de 1974²⁶⁰. La Ley regulaba el aborto dentro de un sistema de libertad en las primeras doce semanas de embarazo y agregaba indicadores que lo justificaban en etapas posteriores.

"Indicaciones para la interrupción del embarazo

"(1) La interrupción del embarazo a través de un médico no será sancionada de acuerdo con el art. 218 cuando

1. la mujer embarazada manifiesta su conformidad y

2. el aborto es indicado por el médico en consideración de las condiciones de vida presentes y futuras de la mujer, con el fin de evitar un peligro para su vida o el peligro de un grave perjuicio de su salud corporal y mental, y esos peligros no pueden ser conjurados de otra manera que pueda ser exigida para la mujer.

(2) Los supuestos del numeral 1.2 se consideran cumplidos cuando, según el conocimiento médico,

1. existen razones poderosas que sustentan la suposición de que el niño, por causa de factores hereditarios o de las condiciones del embarazo, sufrirá un daño insuperable en su salud, de tal gravedad que no se puede exigir de la mujer que continúe con su embarazo.

2. la mujer embarazada fue víctima de uno de los delitos contemplados en los arts. 176 a 179 y existen razones poderosas que fundamentan la suposición de que el embarazo es consecuencia de ese delito, o

3. el aborto ha sido indicado para conjurar el peligro de una situación de necesidad de la mujer que

a) es tan grave que no se le puede exigir a la mujer que continúe con su embarazo, y

b) no puede ser evitado a través de otra forma que pueda ser exigida de la mujer.

Desde el punto de vista constitucional, en Alemania el aborto debe ser ilegal para proteger la vida del que está por nacer, pero las mujeres pueden escoger la terminación de su embarazo lícitamente si se dan ciertas condiciones: i) cuando la

vida o la salud de la mujer está en peligro; ii) cuando existe una malformación del feto; iii) cuando el embarazo es producto de una violación o de un delito como el incesto; y iv) cuando las condiciones socioeconómicas de vida de la mujer, o de su familia, hagan que la continuación del embarazo sea una carga desproporcionada y por lo tanto inexigible. En todas estas condiciones se requiere de un trámite previo en el cual terceros, generalmente expertos, como médicos o consejeros licenciados, deben certificar que se reúnen las condiciones justificativas del aborto. En caso de necesidad socioeconómica la consejería debe estar dirigida a proteger la vida del feto, sin que ello permita coartar la decisión autónoma de la mujer después de surtido el trámite y de haber transcurrido los tres días de espera.

3. Italia

La Corte Constitucional italiana se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el aborto. La decisión que sienta los parámetros constitucionales sobre el aborto es de 1975 y versa sobre la disposición del Código Penal que criminalizaba el aborto en todas las circunstancias. La Corte con su decisión se orienta a la despenalización en ciertas condiciones. En sentencias posteriores no se modifica esta orientación²⁷⁸.

En 1975 la Corte Constitucional italiana se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 546 del Código Penal, que penalizaba el aborto sin excepción. La Corte consideró que el artículo penal vulneraba los artículos 31²⁷⁹ y 32²⁸⁰ de la Constitución al no prever ninguna excepción a la penalización, inclusive cuando la vida de la madre se encontrara en peligro.

La Corte ordenó que el aborto sea despenalizado en ciertas circunstancias. La Corte no estableció cuáles son estas circunstancias pero sí determinó que la vida

del no nacido no es equivalente a la vida del nacido y que la regulación del aborto debe comprender una protección a los derechos de la mujer, en especial su vida y su salud. Con posterioridad a esta decisión, el Parlamento italiano expidió la Ley 194 de 1978 sobre la protección de la maternidad y la interrupción voluntaria del embarazo, en la cual se acoge el sistema de indicadores con procedimientos para certificar la existencia de los motivos que hacen admisible el aborto. En 1981 en Italia se llevó a cabo un referendo que buscaba limitar las disposiciones de las nuevas normas de 1978 sobre aborto, pero la decisión del cuerpo electoral fue la de confirmar la ley vigente sobre aborto. Posteriormente, en 1997 la Corte declaró inadmisibles un referendo derogatorio de varias de las normas legales vigentes que regulaban el aborto porque a su juicio, la eventual derogación de tales normas desprotegería tanto la vida del feto como los derechos de la mujer, en desmedro del equilibrio fijado por el legislador desde 1978.

4. Portugal

El Tribunal Constitucional portugués se ha pronunciado sobre el aborto en cuatro oportunidades. Sus dos primeras decisiones, de 1984 y 1985, corresponden a la revisión de la ley que permitió la interrupción voluntaria del embarazo en circunstancias excepcionales con un sistema de indicadores. Las decisiones posteriores, de 1998 y del 2005, corresponden a la admisibilidad de referendos para la liberalización del aborto en la primera etapa del embarazo.

La Ley 6 del 11 de mayo de 1984 permitió la interrupción voluntaria del embarazo en Portugal adoptando un sistema de indicadores²⁸⁸. La ley, aún vigente, estableció una distinción entre aborto ilícito e interrupción voluntaria del embarazo, la cual es permitida cuando es realizada por un médico, en un establecimiento de

salud autorizado, y con el consentimiento de la mujer. La ley permite el aborto cuando: i) la terminación del embarazo sea la única manera de eliminar el riesgo de muerte o un daño severo irreversible para la salud física o mental de la madre, sin sujeción a un límite temporal; ii) la continuación del embarazo ponga en riesgo de muerte o de daño severo la salud mental o física de la mujer, siempre que la intervención se haga durante las primeras doce semanas de embarazo; iii) existan motivos sustanciales para creer que el niño a nacer sufrirá de una enfermedad seria o incurable o de malformaciones, y el procedimiento se realice durante las primeras 16 semanas de embarazo; o iv) existan indicios significativos de que el embarazo es el resultado de una violación, y el procedimiento se realice durante las primeras doce semanas de embarazo. Para cualquiera de las anteriores circunstancias un médico debe certificar la existencia de las mismas. En caso de violación, la verificación de las circunstancias depende de la evidencia criminal existente. También se establece un periodo de reflexión de tres días que se controla mediante la firma del consentimiento de la mujer o de alguien en su nombre mínimo tres días antes de la intervención.

En 1998, el Tribunal se pronunció sobre la solicitud de referendo en la que se preguntaría al pueblo si se estaba de acuerdo con la despenalización del aborto practicado por decisión de la mujer durante las primeras diez semanas de embarazo. El Tribunal estableció que al no existir un mandato constitucional de criminalización del aborto, la pregunta del referendo se encontraba en el ámbito de configuración legislativa. Dijo:

53. En suma, se entiende que, no habiendo una imposición constitucional de criminalización en la situación que se aprecia, cabe una libertad de configuración legislativa para penalizar criminalmente o despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo efectuada en las condiciones referidas en la pregunta de propuesta

del referendo, aprobada mediante la Resolución No. 16/98 de la Asamblea de la República²⁹⁷.

El referendo fue sometido a votación pero fue derrotado por un margen mínimo.

Nuevamente, en 2005, el Tribunal conoció de una solicitud de referendo sobre el aborto que formulaba la misma pregunta que en la anterior ocasión. En dicha oportunidad se consideró inconstitucional el referendo por cuestiones de forma ya que el ordenamiento portugués no permite que se presenten dos propuestas para celebrar un referendo semejante al primero en el mismo periodo legislativo si la primera propuesta no condujo a una convocatoria ante la renuencia del Presidente de la República, como en efecto había sucedido en dicho año ²⁹⁸.

5. Francia

El Consejo Constitucional francés se pronunció en 1975 sobre el aborto²⁹⁹. La decisión es el resultado de un control abstracto de la ley que permitió la interrupción voluntaria del embarazo, dentro de un sistema de libertad donde se admite la licitud de la interrupción del embarazo en las primeras 10 semanas³⁰⁰ sin sujeción a condiciones a partir de la invocación autónoma por parte de la mujer de un motivo amplio, denominado de "angustia". La ley, en control previo, fue declarada constitucional.

La ley controlada por el Consejo Constitucional regulaba la "interrupción voluntaria del embarazo" cuando la mujer adujera encontrarse en una situación de angustia

La despenalización del aborto había sido acogida durante el mandato de un Presidente de la República conservador. La ley fue demandada por 74 parlamentarios. El Consejo Constitucional, en la decisión 75-54 declaró constitucional la Ley. Dijo el Consejo, en una breve sentencia:

Considerando que en estas condiciones no le compete al Consejo Constitucional, cuando la solicitud se funda en el artículo 61 de la Constitución, examinar la constitucionalidad de una ley de acuerdo a las disposiciones de un tratado o acuerdo internacional;

Considerando, en segundo lugar, que la Ley Relativa a la Interrupción Voluntaria del Embarazo respeta la libertad de personas que recurren o participan de un aborto, por encontrarse en una situación de angustia o por un motivo terapéutico; que, por lo tanto, ella no atenta contra el principio de libertad dispuesto en el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Considerando, que la Ley sometida al control del Consejo Constitucional no admite que se atente contra el principio de respeto al ser humano desde el comienzo de la vida, recordado en su artículo primero, sino solo en los casos de necesidad y de acuerdo a las condiciones y limitaciones definidas en la ley;

Considerando, que ninguna de las derogaciones previstas por esta ley es, en el estado actual, contraria a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República ni tampoco contraría el principio enunciado en el preámbulo de la Constitución del 27 de octubre de 1946, según la cual la nación garantiza al niño la protección de la salud, ni tampoco ninguna de las otras disposiciones de valor constitucional contenidas en el mismo texto;

Considerando, en consecuencia, que la Ley Relativa a la Interrupción Voluntaria del Embarazo no contradice ninguno de los textos de la Constitución del 4 de

octubre de 1958 contenidos en su preámbulo o en los artículos de la Constitución."
302

El Consejo francés admitió que la interrupción voluntaria del embarazo por decisión autónoma de la mujer cuando estimara que se encontraba en una situación de angustia durante las primeras diez semanas era constitucionalmente posible en virtud de los derechos de libertad de la mujer y que ello no vulnera el deber del Estado de proteger la salud de los menores. También admitió que en etapas posteriores del embarazo se practiquen abortos terapéuticos. Igualmente convalidó el concepto de "situación de angustia", para justificar abortos en las condiciones y limitaciones definidas en la ley.

6. España

El Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en dos oportunidades sobre el aborto. En su primera decisión, de 1984, en un caso concreto, estableció la posibilidad de que las mujeres viajarán fuera del país a realizarse un aborto sin que la jurisdicción penal española pudiera condenarlas por abortar en el exterior. En la segunda decisión, de 1985, el Tribunal efectuó un control abstracto de la norma que criminalizaba el aborto, pero despenalizaba la conducta con el sistema de indicadores en tres circunstancias. El Tribunal consideró que dicha despenalización era ajustada a la Constitución, pero declaró la inconstitucionalidad de la norma por no prever una suficiente protección a la mujer en ciertos supuestos.

El primer pronunciamiento se hizo por vía de amparo. En 1984, el Tribunal Constitucional Español abordó el tema del aborto tangencialmente en un recurso de amparo contra una sentencia penal que condenó a una pareja por delito de aborto, a pesar de que este fue practicado fuera del territorio español. La mujer

había salido de España con su marido hacia el Reino Unido para practicarse un aborto. Los tutelantes consideraban que con la sentencia 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. A su vez, consideraban que la sentencia condenatoria vulneraba el debido proceso y la seguridad jurídica al hacer extensiva la jurisdicción española a un lugar donde la conducta de abortar no es delito. Igualmente, argumentaron que no puede considerarse que se haya cometido en el exterior un delito por un español contra otro español pues los fetos carecen de nacionalidad. El Tribunal decidió anular la sentencia condenatoria en virtud del artículo 25 de la Constitución que establece "que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". Sin embargo, en la sentencia del Tribunal Constitucional se establece que la vida del no nacido es un bien jurídico protegido por el Estado español.

La sentencia del Tribunal Constitucional español admitió la constitucionalidad de una norma que criminalice el aborto, pero que despenalice la conducta en ciertas circunstancias y garantice la protección del derecho a la salud de la madre mediante certificaciones médicas previas: 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 "taras" físicas o psíquicas³⁰⁷.

7. Canadá

La Corte Suprema de Justicia canadiense se ha pronunciado en varias oportunidades sobre el aborto³⁰⁸. Dos de sus decisiones sobre el tema se consideran las más importantes al haber fijado los parámetros constitucionales

sobre aborto en Canadá. La primera es de 1988 ¿Morgentaler contra La Reina- y en dicha decisión la Corte revisa la disposición que criminalizaba el aborto en todas las circunstancias menos cuando la vida de la mujer estuviera en peligro según la apreciación de un comité médico. La Corte declaró la norma inconstitucional y liberalizó el aborto. La segunda decisión ¿Tremblay contra Daigle- es de 1989 y comprende un caso concreto en donde la pareja de una mujer embarazada quería evitar que ésta abortara. La Corte consideró que la mujer tenía derecho a decidir abortar libremente, por sí misma.

El abandono de la orientación prohibitiva del aborto en Canadá³⁰⁹ se da en 1988 con la decisión de Morgentaler contra La Reina que revisó la sección 251 del Código Penal que criminalizaba el aborto en todas las circunstancias menos cuando existiera un peligro para la vida de la mujer y un comité médico así lo hubiera certificado ³¹⁰.

La Corte Suprema de Justicia canadiense decidió, con una votación de siete a seis, que la disposición vulneraba el artículo 7 de la Carta de Derechos, en especial el derecho a la seguridad personal de la mujer³¹¹, por lo que la norma fue declarada inconstitucional. En la decisión se estableció que:

La sección 251 claramente interfiere con la integridad física de la mujer. Forzar a una mujer, con la amenaza de una sanción penal, a continuar un embarazo a menos de que cumpla con unos criterios que son ajenos a sus prioridades y aspiraciones, es una profunda interferencia en su cuerpo y una vulneración al derecho a la seguridad personal³¹².

La Corte estableció que la norma era inconstitucional ya que el procedimiento que imponía, al igual que las restricciones, hacían ilusorio el acceso a abortos terapéuticos. Así, "el sistema administrativo establecido en la sección 251 (4) no prevé un estándar

adecuado para los comités para abortos terapéuticos que son los que deben determinar cuándo un aborto, de acuerdo a la ley, debe ser permitido. La palabra "salud" es vaga y no se han establecido unos lineamientos adecuados para los comités de abortos terapéuticos. Es imposible para una mujer saber de antemano el estándar de salud que le será aplicado por un comité."³¹³ La Corte estableció que el interés en proteger la vida y la salud de la mujer prevalece sobre el interés estatal en prohibir abortos cuando la continuación del embarazo ponga en riesgo la salud o la vida de la mujer. Igualmente, el artículo 7 de la Constitución, que establece el derecho a la seguridad personal, exige que se permita el acceso a servicios médicos cuando la vida o salud de la mujer se encuentre en riesgo, sin temor a una sanción penal. Por lo tanto, "si una ley del Parlamento hace que una mujer cuya salud o vida se encuentre en riesgo escoja entre cometer un crimen para obtener oportunamente atención médica, o, por otro lado, un tratamiento inadecuado o ningún tratamiento, su derecho a la seguridad personal ha sido violado."³¹⁴

Los requisitos que fueron especialmente considerados como inconstitucionales fueron: i) el requisito de que todos los abortos terapéuticos se realicen en un hospital "acreditado" o "aprobado"; ii) el requisito que establece que el comité pertenezca al hospital "acreditado" o "aprobado"; iii) la disposición que permite a las directivas del hospital aumentar el número de miembros del comité y iv) el requisito que establece que los médicos que realizan abortos terapéuticos legales sean excluidos del comité.

Para la Corte, no era necesario responder la pregunta planteada por los demandantes sobre las circunstancias en las que existe una proporcionalidad entre los efectos de la sección 251 que limitan el derecho de la mujer embarazada a la seguridad personal y el fin estatal de brindarle protección al feto. Sin embargo, sí estableció que "en cualquier evento, el objetivo de proteger al feto no justificaría la severidad de la vulneración del derecho a la seguridad personal de la mujer embarazada que resultaría si la disposición exculpatoria de la sección 251 fuese completamente retirada del Código Penal. Sin embargo, es posible que una futura

norma del parlamento que requiriera un mayor grado de peligro a la salud en los meses más tardíos del embarazo, por oposición a los primeros meses, para que un aborto fuera legal, puede llegar a alcanzar una proporcionalidad aceptable en los términos del artículo 1 de la Constitución.³¹⁵"

En la opinión mayoritaria de la sentencia además se estableció que "la vulneración del derecho establecido en la sección 7 de la Constitución también viola la libertad de conciencia garantizada en el artículo 2 (a) de la Constitución. La decisión sobre la terminación del embarazo es esencialmente moral y en una sociedad libre y democrática la conciencia del individuo debe prevalecer sobre aquella del Estado. Ciertamente, la sección 2 (a) ³¹⁶ establece claramente que esta libertad le pertenece a cada uno individualmente. La "libertad de conciencia y de religión" debe ser interpretada de manera amplia para que se extienda a creencias basadas en la conciencia, ya sea que se encuentren fundadas en la religión o en una moralidad secular, y los términos "conciencia" y "religión" no deberían ser tratados como tautológicos; tienen significados independientes aunque relacionados. El Estado aquí está respaldando una visión sostenida por la conciencia y sacrificando otra. Está negando la libertad de conciencia a algunos, tratándolos como medios de un fin, y privándolos de su "humanidad esencial"³¹⁷. También dijo que:

El valor que se le debe dar al feto como una vida potencial se encuentra directamente relacionado con la etapa de su desarrollo durante la gestación. El feto no desarrollado comienza como un ovulo recién fecundado y el feto completamente desarrollado emerge finalmente como un infante. Un desarrollo progresivo tiene lugar entre estos dos extremos y tiene una incidencia directa en el valor del feto como una vida potencial. En concordancia con lo anterior, el feto debe ser visto en términos de desarrollos diferenciales. Esta visión del feto

sustenta un acercamiento permisivo al aborto en las etapas tempranas del desarrollo, donde la autonomía de la mujer sería absoluta, y un acercamiento restrictivo en las etapas posteriores, donde el interés del Estado en proteger el feto justificaría la prescripción de condiciones. El momento preciso en el desarrollo del feto en el que el interés del Estado debe cobrar prevalencia debe ser determinado por el legislador, de acuerdo a un juicio informado ya que éste se encuentra en la posición para recibir documentos relevantes de diferentes disciplinas.

La sección 251 del Código Penal no puede ser declarada constitucional en virtud de la sección 1 de la Constitución. La norma no permite que la decisión sea tomada por la mujer en ningún momento de la etapa del embarazo y niega completamente, por oposición fijar límites, su derecho en virtud de la sección 7 de la Carta. La sección 251 no cumple con el "test" de proporcionalidad; no se encuentra suficientemente ajustada al objetivo; no limita el derecho de la mujer lo menos posible. Por lo tanto, aún si la sección 251 fuese reformada para remediar los defectos procedimentales en el esquema legislativo, no sería todavía constitucionalmente válida."³¹⁸

En 1989, se trató de revertir la decisión sobre aborto, pero la Corte, de forma unánime, se inhibió de conocer la demanda ya que la disposición ya había sido juzgada y declarada inconstitucional. Igualmente, en 1989 se llevaron ante tribunales de instancia dos casos de aborto en los que los compañeros de dos mujeres trataron de evitar que éstas abortaran. Solo uno de los casos, Tremblay contra Daigle, fue conocido por la Corte Suprema de Justicia. Cuando la Corte revisó el caso el abogado de la señora Daigle anunció que ésta no había podido esperar más tiempo una decisión por lo que se había practicado un aborto en Estados Unidos. Sin embargo, debido a la importancia del caso, la Corte se

pronunció declarando infundada la decisión de instancia que no le permitía a la mujer realizarse el aborto.

Daigle era una mujer de 21 años que convivió por unos meses con Tremblay. La pareja tenía planes de casarse pero un tiempo después de que convivieran. Cuando Daigle ya estaba embarazada la relación comenzó a deteriorarse. Tremblay comenzó a abusar físicamente de Daigle por lo que ella decidió separarse y no tener el hijo. Tremblay trató de evitar el aborto y logró conseguir una orden judicial que detuvo el aborto pero la decisión fue apelada y el caso fue conocido por la Corte Suprema de Justicia. Tremblay consideraba que Daigle no podía abortar pues el feto es considerado persona de acuerdo a las normas de Quebec y por lo tanto debía respetársele y proteger su derecho a la vida. Adicionalmente, consideraba que él como potencial padre tenía derecho de veto al aborto de su potencial descendencia. La Corte estableció que el feto no tenía el estatus de persona de acuerdo a las disposiciones del Código Civil de Quebec. Así mismo, la Corte llegó a la conclusión de que en el derecho consuetudinario canadiense para que un feto goce de derechos éste debe nacer vivo y tener una existencia separada de la madre. La Corte también determinó que el argumento del señor Tremblay según el cual él como potencial padre tenía un derecho de vetar el aborto, era infundado puesto que la decisión de la mujer es libre e individual. La Corte en una decisión unánime concedió la apelación.

No existe disposición penal vigente que sancione el aborto en Canadá ya que la norma declarada inconstitucional no ha sido reemplazada por otra. Las decisiones de la Corte corresponden a una ponderación de los valores constitucionales protegidos por la Carta canadiense. De acuerdo al razonamiento de la Corte el balance entre la protección a la vida del feto y los derechos de la mujer depende sustancialmente de la etapa de desarrollo en que se encuentre el feto. En principio, la mujer decide autónomamente sobre el aborto de acuerdo con su conciencia individual y en condiciones de seguridad para su propia persona. El

peso del interés estatal en proteger la vida en potencia aumenta en la medida en que el feto se encuentre más desarrollado y corresponde al legislador fijar el momento en que el interés en proteger la vida se vuelve preponderante. Además, el aborto no puede ser penalizado cuando exista una amenaza a la vida o la salud de la mujer.

8. Hungría

La Corte Constitucional húngara se ha pronunciado en dos oportunidades sobre el aborto. En ambas decisiones la Corte ha efectuado un control abstracto sobre las normas que regulaban el aborto. La primera decisión, de 1991, declaró inconstitucional la regulación de aborto mediante decreto. La Corte no entró a revisar el fondo de la norma, que establecía una despenalización del aborto de acuerdo al sistema de indicadores. La segunda decisión, de 1998, revisó una ley, cuyo contenido apuntaba en el mismo sentido que el decreto declarado inconstitucional. La Corte declaró la constitucionalidad de la despenalización del aborto en ciertas circunstancias.

En 1991 la Corte Constitucional húngara se pronunció sobre el Decreto 76 de 1988 que regulaba el aborto, declarándolo inconstitucional por cuestiones de forma. La Corte determinó que el aborto no podía ser regulado mediante decreto sino mediante ley expedida por el Parlamento ya que la regulación de derechos fundamentales le compete a dicho órgano legislativo representativo del pueblo húngaro. La regulación debía hacerse por el Parlamento pues la regulación del aborto afecta directamente el derecho fundamental de la mujer a la autodeterminación y, además, puede incidir en su derecho a la vida y a la

salud.³¹⁹ La Corte, en dicha oportunidad no se pronunció de fondo sobre la regulación, pero sí estableció que cuando el Parlamento regula la materia define de manera subjetiva el estatus legal del feto lo que también comprende derechos fundamentales.

En la segunda decisión³²⁰ la Corte Constitucional húngara revisó la Ley de Protección a la Vida Fetal. La Corte decidió, con una votación de nueve votos a favor y dos en contra, que era constitucional la expedición de una ley por el Parlamento que permitiera el aborto durante las primeras doce semanas de embarazo debido a i) una amenaza a la salud de la mujer; ii) la probabilidad de serio defecto o daño del feto; y iii) que el embarazo es producto de un acto criminal. También consideró constitucional la despenalización del aborto hasta la dieciochoava semana de embarazo cuando i) la mujer es incapaz o ii) la mujer no pudo establecer que estaba embarazada antes debido a un error médico. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la disposición que permitía el aborto durante las primeras doce semanas de embarazo cuando la mujer se encontrara en una situación de "crisis seria", por la indeterminación del motivo. Sin embargo, la Corte señaló que no era inconstitucional una excepción de ese tipo, siempre y cuando en la norma se establecieran disposiciones que crearan un balance adecuado que cumpliera con el objetivo de proteger la vida fetal. Así mismo, estableció que el concepto de "crisis seria" solo podía ser definido mediante ley del Parlamento y en armonía con los parámetros establecidos en la sentencia. La Corte también decidió desestimar los argumentos que pretendían que se anulara toda la ley por no definir el estatus legal del feto, al igual que la petición de definir si el feto tenía o no el estatus de persona.

la Corte húngara ponderó los derechos de la mujer a la vida, la salud y la autonomía con el deber del Estado de proteger la vida fetal. Concluyó que la regulación del aborto nunca puede desproteger la vida fetal ni los derechos de la madre de una manera que puedan sufrir un daño irreversible. Entonces el aborto

debe estar criminalizado, pero existen situaciones en las que se puede despenalizar la conducta: i) cuando la vida o la salud de la mujer se encuentre en peligro; ii) cuando sea probable según criterio médico que el feto sufra de serias deficiencias; iii) cuando el embarazo sea el resultado de un delito y iv) cuando la mujer se encuentre en una situación de crisis seria, siempre que este concepto sea definido con precisión por el legislador de tal forma que la crisis signifique que la continuación del embarazo vulneraría de manera irreversible los derechos de la mujer.

9. Irlanda

La Corte Suprema de Justicia irlandesa se ha pronunciado en una oportunidad sobre el aborto. La decisión, proferida en 1992, se refiere al caso de una mujer que quería viajar al exterior para realizarse un aborto. La Corte en su decisión - Attorney General contra X- admite una excepción a la prohibición total del aborto vigente en Irlanda.

El aborto en Irlanda está absolutamente prohibido. En 1983 el artículo 40 de la Constitución³²⁷ fue reformado para establecer que la vida del no nacido tenía el mismo valor que la vida de los nacidos. Sin embargo, en 1992, la Corte irlandesa en una decisión de cinco votos a favor y uno en contra, en el caso de Attorney General contra X, permitió que una niña de 14 años que había sido violada y tenía intenciones de suicidarse porque le habían prohibido viajar a Inglaterra a practicarse un aborto, se lo practicara en Irlanda.

Para la Corte, la protección establecida por el artículo 40 de la Constitución no es absoluta por lo que es lícito practicar un aborto en el territorio de Irlanda cuando exista un riesgo real y substancial para la vida de la madre. De acuerdo a dicho

criterio si la niña podía ejercer su derecho en Irlanda por encontrarse frente a un riesgo real y sustancial contra su vida, también era posible que viajara a otro Estado para practicarse el aborto. La Corte estableció que el parámetro para saber cuándo era permisible un aborto, en armonía con el artículo 40 de la Constitución, residía en que "esté establecido como una cuestión de probabilidad que existe un peligro real y sustancial para la vida de la mujer, lo que es diferente de la salud, el cual solo pueda ser evitado mediante la terminación del embarazo."³²⁸

Después de la sentencia, se convocó un referendo que establecía la posibilidad de impartir información sobre abortos al igual que permitía viajar a otros estados para realizarse un aborto. El referendo también contemplaba la posibilidad de una excepción a la prohibición del aborto cuando la vida de la mujer se encontrara en peligro. Sin embargo el referendo excluía como justificación el peligro derivado del suicidio. El resultado del referendo permitió la inclusión en el artículo 40 de la Constitución de la disposición que establece que no se restringe la libertad de las mujeres para viajar a otro Estado a realizarse un aborto o para recibir información al respecto. Sin embargo, las disposiciones que permitían el aborto en caso de peligro para la vida de la mujer no fueron aceptadas. ³²⁹ Un referendo sobre otra enmienda al artículo 40 de la Constitución propuesto en el 2002 con el propósito de cerrar completamente la puerta al aborto, en contra de la sentencia de la Corte Suprema de Irlanda, sin embargo éste no fue aprobado por un margen muy pequeño (cerca de 10.000 votos).

10. Polonia

La Corte Constitucional polonesa se pronunció en 1996 sobre el aborto. La decisión revisó la constitucionalidad de algunas disposiciones de la reforma de

1996 a la Ley de Planeación Familiar, Protección de Fetos Humanos y Condiciones bajo las cuales se puede Interrumpir el Embarazo³³⁰. La ley fue atacada por inconstitucional por no proteger la vida en todas sus etapas de desarrollo. Para establecer la constitucionalidad de las disposiciones la Corte, analizó en qué medida la vida y la salud del feto gozaban de protección constitucional.

La Corte estableció que el mayor valor en un Estado democrático era el ser humano y, por lo tanto, su vida. Así, el Estado debe proteger cada etapa del desarrollo de la vida como valor reconocido por la Constitución. Igualmente, estableció que de acuerdo a la Constitución existe un deber de protección a la madre y a la familia pero que dicho deber no solo se limita a proteger a la madre y sus intereses y derechos sino que también debe comprender la vida del feto. Complementariamente la Corte advirtió que el deber de protección a la vida en todas sus etapas de desarrollo, no significa que la intensidad de la protección sea la misma en todas las fases del embarazo y en todas las circunstancias. La Corte dijo:

La afirmación en la que se establece que la vida de un ser humano en todas y cada una de las fases de su desarrollo es un valor constitucionalmente protegido no significa que la intensidad de esta protección debe ser la misma en cada etapa de la vida y bajo todas las circunstancias. Puesto que la intensidad y el tipo de protección jurídica no se deriva solamente del bien protegido de una manera. La intensidad y tipo de protección es influenciada no solo por el valor protegido sino también por un número de factores que el legislador ordinario debe tener en cuenta cuando decide sobre la clase y la intensidad de la protección jurídica. Sin embargo, esta protección siempre debe ser adecuada desde el punto de vista del valor protegido.³³¹

De acuerdo a lo anterior, la Corte determinó que la protección no se limita a la vida sino también a la salud del feto en todas las etapas de su desarrollo lo que comprende una protección a la salud física, mental y prenatal, de lo cual se deriva una obligación para el legislador de proveer todas las medidas para que no se dañe la salud del concebido.

La Ley dice en su artículo 1 que, "el derecho a la vida goza de protección, incluyendo la fase prenatal, dentro de los límites especificados en esta ley" lo cual, según la Corte, introduce las siguientes diferencias frente a la ley anterior³³²: i) se eliminó la afirmación según la cual la vida es inherente al ser humano; ii) la especificación del periodo en el que se goza del derecho a la vida cambió de ser desde el momento de la concepción a una protección de la vida prenatal; iii) se eliminó del artículo 1 la protección a la salud del niño; iv) no se establece claramente la protección legal de la vida y la salud del concebido.

La Corte concluyó que la ley ponía de manifiesto que el legislador ordinario ejerció el poder de especificar si y, en qué medida, la vida del no nacido goza de protección jurídica, lo que se encontró inconstitucional. En ese orden ideas se estableció que el legislador ordinario solo tiene el poder de definir unas potenciales excepciones, que impliquen la necesidad de limitar uno de los valores en juego, en razón a la necesidad de superar un conflicto de bienes jurídicos considerados como valores constitucionales, derechos o libertades fundamentales.

La Ley, además de establecer las tres excepciones comunes a la penalización del aborto (indicadores terapéutico, eugenésico y ético), introdujo una nueva disposición que permitía el aborto durante las primeras doce semanas de embarazo, realizado por un médico, cuando existieran "condiciones de vida difícil" o "una situación personal difícil". La intervención debía estar precedida de una declaración escrita por parte de la mujer dando su consentimiento, y expresando

las condiciones de dificultad que le justifican abortar, así como la certificación de haber consultado un médico. Además se exigía un periodo mínimo de espera de tres días después de la consulta. La Corte concluyó que ésta norma no establecía otra excepción en razón a una amenaza para la vida o la salud de la mujer, a malformaciones del feto o a que el embarazo fuera el resultado de un delito. La norma buscaba, según la Corte, otros propósitos: bien que la mujer embarazada mantuviera un cierto estatus material que podría verse disminuido, o perdido, si se continuaba con el embarazo, o bien que la mujer conservara el mismo tipo de relaciones con los demás que solía tener antes del embarazo, al igual que la realización de ciertas necesidades, derechos y libertades. Entonces, al efectuar una ponderación entre los valores, derechos y libertades en conflicto, concluyó que prevalecían los valores a favor de la vida del feto y no los derechos de la mujer. Igualmente, la Corte también consideró que la protección de la vida y la salud del feto prevalecían sobre el derecho a reproducirse de manera responsable.

En conclusión, la vida y salud del no nacido es protegida constitucionalmente en Polonia, lo que no significa que la intensidad y el tipo de protección, de acuerdo a la etapa de desarrollo del feto y de las circunstancias de la madre, no pueda variar para otorgarle a otros valores reconocidos por la Constitución la protección que merecen. Después de la sentencia de la Corte, en Polonia el aborto debe ser criminalizado, pero es lícito cuando: i) exista una amenaza para la vida o salud de la mujer; ii) existan malformaciones del feto o defectos físicos o mentales severos; y iii) el embarazo sea el producto de un delito. Sin embargo, la indicación basada en la dificultad personal o social de continuar el embarazo fue declarada inconstitucional.

2.4 REFERENTE HISTORICO.

La Iglesia COLOMBIANA rechazó el fallo judicial que admite aborto en caso de violación, dictado por unanimidad por la Corte Constitucional Colombiana, en un pronunciamiento que generó fuerte repercusión en ámbitos políticos y sociales. La sentencia, exime de pena a una adolescente de 15 años que se sometió a un aborto luego de haber sido abusada por su padrastro en Chubut, y modifica así la jurisprudencia sobre este tema.

Al respecto se manifestó el arzobispo de Santa Fe de Bogotá

"No existe motivo que justifique la eliminación de una vida inocente, ni siquiera el caso lamentable y triste de una violación", dijo el arzobispo de Santa Fe y presidente del Episcopado, monseñor José María Arancedo, al mostrarse sorprendido por el fallo.

Por su parte, el presidente de la Corte, Ricardo Lorenzetti, afirmó que el fallo "sólo interpreta el artículo 86, inciso 2, del Código Penal, vigente desde 1921". En virtud de la sentencia, la mujer que haya sido violada podrá solicitar el aborto, sin importar si es mayor o menor, sana o insana.

La repercusión alcanzó a dirigentes y organizaciones sociales, que celebraron el fallo del máximo tribunal y anticiparon su respaldo a los proyectos de ley en favor del aborto que se reactivarán en el Congreso. Sin embargo, el ministro de Justicia, Julio Alak, advirtió que la despenalización del aborto "no está en la agenda del Poder Ejecutivo". Y consideró que "requiere" primero de un debate social muy amplio", aunque señaló que el pronunciamiento de la Corte "es importantísimo".

Por su parte, Lorenzetti intentó despegarse de las posiciones extremas en favor de los proyectos que promueven la interrupción del embarazo, al sostener que el

pronunciamiento no legaliza o despenaliza el aborto, porque "ese tema está en el Congreso de la Nación".

"El aborto es la supresión de una vida inocente y no existe ningún motivo ni razón que justifique la eliminación de una vida inocente, ni siquiera en el caso lamentable y triste de una violación", declaró el arzobispo Arancedo, en declaraciones difundidas por la agencia AICA, al cuestionar el fallo del tribunal.

"El aborto nunca es la solución", dijo, al remitir a la declaración que el Episcopado difundió en agosto del año pasado, cuando la Corte ya tenía en sus manos el caso fallado ayer.

En esa ocasión, los obispos afirmaron: "Cuando una mujer está embarazada, ya no se habla de una vida, sino de dos, la de la madre y la de su hijo o hija en gestación, y ambas deben ser preservadas y respetadas, porque el derecho a la vida es el derecho humano fundamental".

También el pastor Rafael Sanz, de la Iglesia Cristiana Evangélica, se pronunció en contra de "la apertura en favor del aborto", al sostener que "el ser es una vida humana". Dijo que su iglesia sólo considera "casos muy particulares, cuando está en riesgo la salud de la madre" y, frente a los casos de violación, advirtió: "Es muy peligroso abrir esa puerta, porque las intenciones son otras".

El rabino Abraham Skorka sostuvo que se debe estudiar cada caso en particular, con extremo cuidado y que la ley judía promueve el respeto absoluto de la vida. "Algunas posturas talmúdicas admiten el aborto, antes de los tres meses de gestación, pero lo que no se acepta es una permisividad que pueda llevar a equívocos. La sociedad debe fortalecer los cimientos de moral y santidad de las vidas", explicó.

El fallo se conoce en momentos en que la Iglesia observa con preocupación el rumbo de las reformas al Código Civil que impulsa el Gobierno para incluir en el ordenamiento jurídico las figuras de la reproducción humana asistida, el divorcio exprés y la gestación por sustitución, conocida como "alquiler de vientres".

El arzobispo de La Plata, monseñor Héctor Aguer, recordó que la vía judicial fue el camino seguido en Estados Unidos para la despenalización del aborto, al recordar el famoso caso Roe vs. Wade. "Es la punta de lanza para que un pronunciamiento de la Corte abra la puerta a la legalización del aborto", advirtió Aguer.

REFERENTE METODOLOGICO

3.1 METODO.....Inductivo deductivo, hermenéutico.

3.2 tipo de investigación.....Socio jurídico.

3.3 NIVEL DE INVESTIGACION.....Analítico descriptivo.

3.4 FUENTES

3.4.1 PRIMARIAS

Profesores de la Universidad de Medellín.

3.4.2 SECUNDARIAS

LA SENTENCIA Constitucional 355 de 2006

Decreto 4444 de 2006.

3.5 VARIABLES

Económicas, políticas religiosas culturales y socio-jurídicas.

PLANEACION ADMINISTRATIVA

4.1 TALENTO HUMANO

Carmen patricia Márquez Gómez estudiante de la Universidad de Medellín

4.2 RECURSOS

4.2.1 TECNICOS

Computadores. Libros, revistas, videos y sentencias Constitucionales.

4.2.2 FINANCIEROS

Costo aproximado de \$800.000.

CONCLUSIONES

La sentencia constitucional 355 del 2006 coloca a Colombia como uno de los países que protegen la vida de las mujeres

Con la sentencia Constitucional 355 de 2006 la Corte Constitucional hace prevalecer el derecho que tiene toda mujer de disponer de su cuerpo y tomar decisiones sobre su sexualidad.

Da a las mujeres una herramienta de protección constitucional sobre las posiciones de la iglesia católica en su negativa a aceptar el aborto en estos tres casos.

Se consagra como un estado de derecho cuya función social la defensa de las personas de más escasos recursos sobre todo cuidando sus vidas y permitiéndoles tener unos abortos seguros

En la práctica hoy 2015 esta sentencia tiene el marco legal muy restrictivo porque aun impide a miles de mujeres acceder a servicios generales, seguros y de calidad.

Persisten las interpretaciones restrictivas por parte de los funcionarios públicos sobre el contenido de la sentencia.

Las normas reglamentarias no han sido suficientes para atacar de fondo los obstáculos de acceso a los servicios

La incidencia de sectores como la iglesia católica y otras instituciones religiosas en las agendas legislativas ponen en riesgo la practicidad de la sentencia y los decretos reglamentarios sobre el tema.

BIBLIOGRAFIA

SENTENCIA CONSTITUCIONAL 355 DE 2006

DECRETO 4444 DE 2006

NOTAS DEL DOCTOR JUAN GUILLERMO CARDONA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA sobre la sentencia 355 de 2006

Páginas en internet.

www.unwomen.org

www.unfpa