

**MATERNIDADES DESEADAS, PROTEGIDAS Y CUIDADAS: justiciabilidad para
mujeres gestantes víctimas de abortos no consentidos**

AUTORA:

Paola Andrea Duque García
C.C 1.038.410.989

ASESORA:

Liliana Chaparro Moreno

CO-ASESORA:

María Fernanda Paz Gil

Artículo para optar a título de Magister en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en el marco del convenio de doble titulación suscrito entre la **Universidad de Medellín** y su programa de Maestría en Derechos Humanos y la **Universidad Santo Tomás** Sede Bogotá y su programa de Maestría en Defensa de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario ante Organismos, Tribunales y Cortes Internacionales

2023

MATERNIDADES DESEADAS, PROTEGIDAS Y CUIDADAS: justiciabilidad para mujeres gestantes víctimas de abortos no consentidos

Paola Andrea Duque García

El derecho penal se demora al incorporar determinadas voces que carecen de poder y no es igualitario en la protección de todos los bienes jurídicos, pues la visibilidad de estos también depende del poder que tiene el grupo social afectado. (Larrauri, 2018, p. 70)

A pesar de los múltiples avances que se han presentado a lo largo de las últimas décadas en el reconocimiento de los derechos de las mujeres y las violencias contra sus cuerpos y vidas como un asunto del orden público, la lógica del derecho en general y del derecho penal en particular, sigue siendo reducida e inacabada cuando se trata de muchas de las violencias basadas en género como el aborto sin consentimiento.

A las mujeres históricamente se les ha mandado sobre cómo actuar, cómo comportarse y qué hacer y no hacer. Los estereotipos y roles de género refuerzan en la vida cotidiana estos mandatos. La determinación sobre cuándo procrear, cuánto procrear y cómo procrear ha estado (al igual que muchas otras determinaciones sobre los cuerpos de las mujeres) en manos de otros que las despojan de libertad y autonomía para tomar sus propias decisiones.

La protección y garantía de la autonomía de las mujeres en torno a sus derechos sexuales y reproductivos, sigue siendo insuficiente en épocas actuales. En razón de ello, permanece como una reivindicación de movimientos feministas a nivel mundial el derecho a decidir sobre el cuerpo, sexualidad y reproducción de manera autónoma, libre y sin coacción. En el mismo sentido, se presentan debates en escenarios legislativos y judiciales que se van nutriendo de los desarrollos propios de los contextos en que se tejen.

Es esto lo que puede evidenciarse en el caso de CMMT, a quien el Estado colombiano le ha denegado su derecho a la justicia en el proceso penal que inició en contra de AFML por el delito de aborto sin consentimiento, por cuanto el operador judicial en primera instancia circunscribió su análisis únicamente a la protección del bien jurídico de la vida del no nato, ignorando por completo el deber de protección de los derechos de la víctima, máxime en un caso donde evidentemente se violaron sus derechos reproductivos.

El Juez de la República que conoció el caso, no puso en consideración que la protección del no nacido se procura a través de la mujer gestante, que la misma se convierte en sujeto de especial protección para los ordenamientos jurídicos y que actos como los que dan origen al caso que se estudia, constituyen una violencia basada en género en la modalidad de violencia reproductiva.

Esta sentencia desconoce la condición de CMMT como mujer sujeta de derechos y representa la consecuente insuficiencia y precariedad del sistema penal para proteger a sujetos históricamente discriminados, si no se incorpora el enfoque de género y un marco interpretativo de derechos humanos de las mujeres, ya por desconocimiento, ya por negligencia, ya por falta de voluntad política.

El acceso a la justicia como un derecho de las víctimas, deriva, como en general sucede con los derechos humanos, obligaciones específicas para los Estados. Su denegación - además de configurar lo que se ha reconocido en el ámbito internacional y en Colombia como violencia institucional - genera la responsabilidad del Estado al ser incapaz de sensibilizar, prevenir y sancionar toda forma de violencia y discriminación.

En razón de ello, surge la pregunta que orienta la presente investigación: ¿Cómo adecuar el tratamiento jurídico penal de los casos de aborto sin consentimiento al Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

A partir del estudio del caso concreto de CMMT, la investigación aborda el problema de cómo el Estado debería aproximarse a los casos de aborto sin consentimiento desde un enfoque de derechos humanos y de género que tienda a garantizar la autonomía de la mujer gestante y los múltiples

derechos comprometidos o afectados. Para ello, se analizan los estándares internacionales y nacionales frente a la garantía, protección y justiciabilidad del derecho al ejercicio de la maternidad.

Esta es una investigación de carácter socio jurídico, toda vez que el interés es verificar la aplicación del derecho en sede real e ir a los hechos para “*discutir, criticar y reformular las normas jurídicas*”(Tantaleán Odar, 2016, p. 10). La tradición metodológica utilizada es la del estudio de caso, por tanto, implica el examen intenso y profundo de un mismo fenómeno, interesándose en la singularidad que lo configura (Galeano, 2018). Por ello, se acudió a la revisión documental de fuentes primarias y secundarias, optando por recopilar fuentes materiales y formales para su desarrollo, entre las que prevalece la jurisprudencia y las piezas procesales del caso objeto de análisis. Al respecto, se consultaron las bases de datos de las Altas Cortes colombianas, de los Tribunales Superiores, de la Fiscalía General de la Nación y se enviaron derechos de petición. También se estudiaron las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como de los mecanismos de Naciones Unidas. Es una investigación de carácter prevalentemente cualitativa, por tratarse de una investigación feminista que pretende proponer discusiones sobre una situación de discriminación contra las mujeres.¹

El artículo se divide en seis partes: En la primera se expone brevemente el caso objeto de análisis; en la segunda se analiza el aborto sin consentimiento como una violencia de género; en la tercera se profundiza en los estándares del derecho internacional de los derechos humanos; en la cuarta se centra el análisis en el derecho a la autonomía; en la quinta se analiza el marco jurídico nacional y en la sexta se analiza el caso a la luz de los elementos expuestos en los anteriores capítulos. Se finaliza con algunas conclusiones.

¹ Tal como anuncia Alicia Gordillo (2005):

Las técnicas cualitativas son más adecuadas en la investigación feminista por el carácter subjetivo, la implicación personal. La sensibilidad a los fenómenos complejos y únicos, el conocimiento contextual, la perspectiva individual. La posibilidad de crear un intercambio de experiencia entre el investigador e investigado. (Gordillo C, 2004, p. 9)

1. Exposición del caso

Este caso fue representado judicialmente por la autora y se aclara que la identidad de la víctima está protegida y reservada en este artículo a fin de evitar riesgos para la misma, por lo cual se utilizan siglas cuando se realiza mención de ella.

CMMT y AFML sostuvieron encuentros eróticos espontáneos durante aproximadamente cuatro años. En el marco de una de esas relaciones sexuales llevada a cabo en la madrugada del 1 de enero de 2018, CMMT quedó embarazada.

El 2 de febrero del mismo año, luego de practicarse una serie de exámenes de rutina después de arribar de un viaje del exterior, CMMT se enteró que estaba embarazada². El mismo día le realizaron una ecografía para verificar la normalidad del estado de gestación, toda vez que había tenido un sangrado previo, que creyó era el adelanto de su periodo menstrual. En dicha ecografía se evidenció la formación del saco gestacional aunque, por el número de semanas, no se visualizó el embrión. En conclusión, esta ecografía confirmó que estaba embarazada.

Luego de enterarse de su estado de gestación, le informó de su condición a AFML, por considerar que le asistía el derecho a saberlo por ser el padre. AFML y CMMT sostuvieron una larga conversación de WhatsApp el mismo día, en la cual él le manifestó que no podía tener ese hijo porque iba a casarse. AFML le pidió reiteradamente a CMMT que procediera con la interrupción del embarazo, a lo que ella contestó de manera negativa indicando que muy a pesar de que ser madre no se encontraba en sus planes, sus creencias morales, éticas y religiosas, no le permitían concebir el aborto como una opción. CMMT inclusive llegó a referir como razón la penalización del aborto en Colombia, ante lo cual AFML propuso irse del país y buscar alternativas en otros Estados. Ante la insistencia de AFML, CMMT contestó que ella se haría cargo de la situación y le manifestó que en adelante, no sabría más al respecto porque cada uno tomaría su rumbo. CMMT

² En los exámenes que se practicaron, se pudo corroborar que sus condiciones de salud eran favorables y que los valores de referencia de los resultados se ajustaban a la normalidad.

asumió de manera consciente y voluntaria continuar su proceso gestacional y ejercer la maternidad, e inclusive dio por enterada a su familia de dicha decisión.

Al día siguiente, AFML le escribió nuevamente a CMMT solicitando un encuentro personal e indicando que iba a hacerse cargo de la responsabilidad que le competía. En razón de ese cambio de actitud y creyendo que el día anterior su reacción había obedecido al susto propio de la noticia, CMMT decidió verse con él. El encuentro se llevó a cabo y más tarde fueron juntos a la clínica para realizarse una beta cuantitativa con el propósito de saber el número exacto de semanas de gestación. CMMT se practicó el examen y mientras salió el resultado, esperaron en el carro de AFML, que se encontraba en el estacionamiento de la Clínica.

Estando allí, el sujeto le ofreció algo de tomar y CMMT aceptó. Se bajó del vehículo y volvió luego con un jugo de botella destapado. CMMT empezó a ingerir la bebida y percibió una textura y sabor raro. No podía imaginarse que el sujeto con el cual había compartido lo más íntimo que era su sexualidad, podía hacerle daño.

Durante la espera, AFML se mostró insistente en pedirle a CMMT que se tomara el jugo. Luego de la misma forma, le pidió que le entregara el tarro. CMMT percibió algunas actitudes sospechosas y le dijo que iba a entrar a su casa para depositar el resto del jugo en un vaso para no perderlo. Procedió de esta manera y le pidió a su madre que viera la botella. Juntas evidenciaron que existía en el fondo un sedimento blanco. CMMT salió de nuevo y preguntó a AFML qué había puesto a la bebida, ante lo cual el sujeto emprendió la huida.

AFML nunca negó el hecho. CMMT recorrió tres hospitales de la ciudad, tratando de evitar el desarrollo fatal que tuvo: un aborto sin su consentimiento.

CMMT fue hospitalizada a raíz de este hecho durante algunos días. En el marco de su hospitalización, el 4 de febrero de 2018, fue recepcionada su declaración por parte de la Fiscalía

General de la Nación, (en adelante FGN)³ y se surtieron los actos de embalaje del jugo por parte de las autoridades competentes.

A raíz de ello comenzó el proceso penal que duró entre febrero de 2018 y enero de 2022 cuando el Juez anunció su sentido del fallo. El 22 de marzo de la misma anualidad, luego de haber transcurrido más de 4 años, fue proferida la sentencia absolutoria y el recurso de apelación presentado y sustentado en los días posteriores por la representación de la víctima y la Fiscalía.

Durante el proceso se comprobó el hallazgo de la sustancia tipo Misoprostol existente en la botella. La teoría del caso de la defensa tuvo tres estrategias: negar el suministro de la sustancia por parte del procesado, desvirtuar el proceso de cadena de custodia frente al contenedor de la sustancia y sostener la inviabilidad del embarazo de CMMT por haber presentado un sangrado previo, y, en este sentido, generar dudas sobre la imposibilidad de atribución precisa del aborto a la ingesta de la sustancia tipo Misoprostol.

En el proceso quedó plenamente demostrado, más allá de toda duda razonable, que el sujeto en mención, de manera libre, consciente y voluntaria, valiéndose de la confianza y buena fe de CMMT, suministró furtivamente en una bebida pastillas tipo Misoprostol que, según el relato de personal experto e idóneo, causa la pérdida gestacional.⁴

Pese esta plena certeza, la decisión del despacho fue absolver al procesado arguyendo que “*la conducta punible no es solo desvalor de acción, sino también de resultado*” y que, al haber tenido

³ Resulta preciso resaltar al respecto, que además del relato en la denuncia, CMMT rindió mínimamente 3 declaraciones adicionales, antes de ser llamada a presentar su interrogatorio en el juicio oral.

⁴ En el análisis del tipo objetivo de la sentencia, puede leerse:

Ha sido abundante la prueba en torno a la demostración del estado de gravidez de la víctima y también del suministro por parte del procesado de una sustancia de efectos abortivos denominada misoprostol. La testigo de excepción CMMT declaró en juicio y mostró como el acusado no pudo disimular siquiera su comportamiento malicioso para subrepticamente suministrarle un refresco previamente destapado y al que le agregó un medicamento que pericialmente se estableció como la sustancia ya citada.

Abundante también ha sido la prueba respecto al aborto o interrupción del embarazo que se presentó a escasos 33 días de la concepción según lo debatido en juicio. Por manera que la tipicidad objetiva no ofrece duda alguna en cuanto a la expulsión vía vaginal del producto de la gestación y la realización de unos actos por parte del procesado. Aspecto que no admite discusión, por lo que puede predicarse la existencia de un resultado que es adecuado al tipo penal puesto que hasta la saciedad se demostró que la afectada jamás estuvo interesada en abortar, con lo que se satisface el ingrediente normativo especial de la falta de consentimiento de la presunta víctima. (Sentencia 011 de 2022, 2022)

un sangrado previo, no podía saberse con grado de absoluta certeza si el proceso gestacional era viable hasta su culminación.⁵

En últimas, el Juez de Primera instancia sólo tuvo en consideración lo sucedido con el no nato y no tuvo en cuenta la afectación del bien jurídico integridad personal y los muchos otros derechos en menoscabo de la víctima, razón por la cual se interpuso el recurso de apelación que cursa actualmente ante el Tribunal Superior de Medellín, en el cual se expusieron argumentos que respaldaban la teoría del caso según la cual, AFML debía ser condenado por el delito de aborto sin consentimiento o, a lo sumo, por la tentativa del mismo. Esta variación propuesta en la forma de abordar el delito es el objeto de este estudio y se desarrolla a continuación.

2. El aborto sin consentimiento como una violencia basada en género

Hablar de aborto sin consentimiento, desde la óptica o perspectiva de los derechos humanos, trasciende la referencia al tipo penal que protege el bien jurídico de la “vida y la integridad personal” del feto que se encuentra consagrado en el Código Penal colombiano⁶. Una mirada que pone en el centro a la mujer gestante, puede evidenciar que el aborto sin consentimiento constituye también una violencia basada en género en la modalidad de violencia reproductiva que genera afectaciones en la salud reproductiva, física y mental de quien lo sufre.

⁵ Ha sido el raciocinio del juez:

La síntesis de la prueba practicada se puede expresar en que no hubo una afirmación por parte de los especialistas que permitiera determinar la causa concreta del aborto, por manera que no puede hablarse de un nexo de causalidad entre la conducta desplegada por el procesado y el resultado, de ahí se infiere que el resultado probado no le es imputable al acusado por cuanto en este juicio se estableció que hay una duda razonable respecto de que la acción atribuida al procesado y probada suficientemente en este juicio, por demás absolutamente injustificada, sea la causa eficiente del resultado, ello porque a pesar de la abundante prueba testimonial relacionada con el hecho de la pérdida del embarazo que conocieron los especialistas lo máximo que se logró es que se expresara en términos de probabilidad el efecto que pudo tener el fármaco en el desarrollo del aborto. (Sentencia 011 de 2022, 2022)

⁶ La legislación actual establece como tipo penal: “El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses”. Este tipo penal se encuentra en el capítulo sobre aborto, que está a su vez integrado al título de los delitos contra la vida y la integridad personal.

Desde la Celebración de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer llevada a cabo en 1995 en Beijing, se ha advertido sobre esta modalidad de violencia⁷. Así ha sido reconocido también por la Relatora Especial sobre la violencia contra la Mujer en distintos informes⁸, por la Relatora Especial sobre el derecho a la Salud⁹ y por la Recomendación General No. 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW) de 2017¹⁰.

A partir de estos documentos resulta claro que los abortos sin consentimiento, abortos no consentidos o abortos forzados¹¹, entendidos “*como las interrupciones del embarazo, a cualquier edad gestacional, en contra de la voluntad de la gestante*” (Centro de Derechos Reproductivos, 2020, p. 26) son una modalidad de violencia reproductiva que menoscaba los derechos reproductivos que implican la autonomía de quien la padece.

La violencia reproductiva ha sido entendida por el Centro de Derechos Reproductivos como:

⁷ *Los actos de violencia contra la mujer también incluyen la esterilización forzada y el aborto forzado, la utilización coercitiva o forzada de anticonceptivos, el infanticidio de niñas y la determinación prenatal del sexo* (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1995, párr. 115)

⁸ En el primero de dichos informes, la Relatora afirma que:

En el contexto de la política de salud reproductiva los informes indican que las políticas del Estado contribuyen a la violencia contra la mujer que se manifiesta en abortos forzosos, esterilización y anticoncepción forzosos, embarazo mediante coerción y abortos en condiciones poco seguras. (Consejo Económico y Social, 1999, párr. 45)

En el segundo, se puede apreciar que:

La esterilización forzada y el aborto forzado constituyen delito y son sendas formas de violencia de género contra la mujer. El Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, conocido como el Convenio de Estambul, prohíbe ambas expresamente, mientras que la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y otros tratados de derechos humanos de las naciones unidas las prohíben implícitamente mediante la protección de los derechos humanos y reproductivos de las mujeres. (Consejo de Derechos Humanos, 2019b, párr. 21)

⁹ *El Comité también ha reconocido que las violaciones de los derechos de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva, como la esterilización forzada, el aborto forzado, el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información, bienes y servicios en materia de salud sexual y reproductiva, son formas de violencia de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante* (Consejo de Derechos Humanos, 2022a, párr. 49)

¹⁰ *Las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como la esterilización forzada, el aborto forzado, el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante* (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2017, párr. 18)

¹¹ Estas expresiones suelen ser utilizadas de manera indistinta en los diversos instrumentos consultados.

“las prácticas que directa o indirectamente comprometen y violan la autonomía reproductiva, entendida como la capacidad de las personas de decidir si quieren tener hijos/as o no y en qué momento, así como acceder a información y servicios de salud sexual y reproductiva como anticoncepción, aborto seguro o servicios de salud ginecológica y obstétrica (Centro de Derechos Reproductivos, 2020, p. 13).

En todas sus modalidades se ha entendido que los actos constitutivos de violencia reproductiva como la anticoncepción forzada, la esterilización forzada, el embarazo forzado o coaccionado, las maternidades forzadas o coaccionadas y el aborto forzado o sin consentimiento involucran la autonomía de la mujer y la violación de diversos derechos humanos, entre los que se resalta el menoscabo de los derechos reproductivos (Centro de Derechos Reproductivos, 2020, p. 21).

Estos derechos guardan una estrecha relación con la facultad de la persona de adoptar sus propias decisiones sin injerencia o arbitrio de terceros. Son la expresión intrínseca de la posibilidad de decidir de manera autónoma, independiente y libre sobre la reproducción y procreación, sobre el proyecto vital y la forma de ser y habitar el mundo (Consejo Económico y Social, 1999, párr. 4).

Los derechos reproductivos, al igual que los derechos sexuales, han sido objeto de reconocimiento y desarrollo en el ámbito internacional desde la década de 1960¹², aún cuando no fuesen enunciados de esta forma. Sólo hasta la Conferencia Mundial Sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, se acuñó el término de derechos reproductivos y salud reproductiva.

Al igual que sucede con muchos de los derechos humanos de las mujeres, los derechos reproductivos no se encuentran consagrados expresamente, sin embargo, entendiendo la conexidad y estrecha vinculación con muchos otros derechos, han existido pronunciamientos por parte de instancias y organismos tanto nacionales como internacionales, que permiten entenderlos como susceptibles de amparo y protección estatal, que se relacionan y conectan con otros derechos y que

¹² De esto dan cuenta, por ejemplo, los informes de las Conferencias de Teherán de 1968 y de México de 1975.

son exigibles y aplicables independiente de creencias, tradiciones y concepciones sociales y culturales existentes socialmente.¹³

Si bien se reconoce que los derechos reproductivos son derechos humanos universales, y que por consiguiente los hombres también son titulares de los mismos, no puede desconocerse que para las mujeres es diferente por cuanto existen factores biológicos, socioeconómicos y psicosociales que atraviesan su cuerpo: la menstruación, la función reproductiva, la menopausia, entre otros¹⁴. Así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

La salud sexual y reproductiva constituye ciertamente una expresión de la salud que tiene particulares implicancias para las mujeres debido a su capacidad biológica de embarazo y parto (Caso I.V. VS Bolivia, 2016, párr. 157).

La reflexión sobre el contenido de los derechos reproductivos¹⁵, cuando se opta libremente por tener hijos/as, redundará en lo que se sostendrá en adelante como el «derecho a materner». Aunque técnicamente no existe este concepto en el ordenamiento jurídico, puede deducirse del catálogo de los derechos reproductivos, que el reconocimiento de la capacidad y facultad para controlar la fecundidad de las mujeres de manera autónoma, define el núcleo esencial o el contenido mínimo que debe caracterizar dicho derecho, a saber: la autonomía.

Hablar del derecho a materner como una reivindicación que trasciende lo técnico o formalmente establecido que comprende la decisión y elección de las mujeres y por tanto su agencia como

¹³ Menester resulta resaltar que en muchos de los instrumentos de *soft law* existentes, el concepto que mayormente aparece es el de salud sexual y reproductiva, por cuanto el mayor desarrollo frente a estos derechos se ha dado en el campo o esfera de la salud.

(...) Los derechos reproductivos son una parte fundamental e integrante de los derechos humanos de la mujer y, como tales, están consagrados en las normas internacionales que trascienden la cultura, las tradiciones y las normas de sociedad. (Consejo Económico y Social, 1999, párr. 2)

¹⁴ Esto no significa que se desconozcan identidades sexuales y de género diversas, y menos aún la capacidad de gestar de cuerpos feminizados u hombres trans. Sin embargo, por el propósito del artículo, no se centrará la mirada en las diversidades sexuales.

¹⁵ Según el Informe del Centro de Derechos Reproductivos, son derechos reproductivos: 1. **Tomar decisiones sobre la reproducción sin sufrir discriminación, coerción, ni violencia**, 2. **decidir libremente si se desea o no tener hijas o hijos**, 3. **decidir sobre el número de hijas o hijos que se desean y el espacio de tiempo entre un embarazo y otro**, 4. **decidir sobre el tipo de familia que se quiere formar**, 5. ejercer la maternidad con un trato equitativo en la familia, espacios de educación y trabajo, 6. una educación integral para la sexualidad a lo largo de la vida, 7. acceder a métodos de anticoncepción modernos, incluida la anticoncepción de emergencia y 8. acceder a los servicios integrales de salud y atención médica para garantizar la maternidad segura (Centro de Derechos Reproductivos, 2020, p. 8)

sujetas políticas, encuentra sentido porque pone preguntas a los Estados frente a su obligación de implementar medidas afirmativas y diferenciadas para mujeres gestantes, máxime si se reconoce la contribución histórica, social, económica y política de la maternidad, como fuera enunciado por Esther Vivas, a propósito de sus provocaciones y reflexiones sobre la construcción de maternidades feministas (Vivas, 2020).

En este sentido, resulta imperioso poder indicar que más allá de considerar la maternidad como destino de las mujeres o de idealizar la misma, lo que se busca es evidenciar que puede aparecer como una opción para muchas y desaparecer del panorama para otras, y que ambas decisiones (la de procrear o no hacerlo), deberían ser deseadas, protegidas y cuidadas por la sociedad en general y por el Estado en particular, considerando que, en lo que respecta a la reproducción y fecundidad, la voz y la autonomía de las mujeres y los cuerpos gestantes ha de ser lo imperioso y susceptible de amparo.

3. Estándares internacionales en la protección del derecho a maternar

Aun cuando no exista de manera expresa “el derecho a maternar” dentro del catálogo de derechos humanos, ha sido recurrente encontrar en el desarrollo de disposiciones normativas, pronunciamientos jurisprudenciales, recomendaciones, observaciones, opiniones consultivas e informes de órganos internacionales, que la decisión y elección sobre la reproducción, procreación o fecundidad es algo que compete a las mujeres, que pasa por su autonomía y que en estado de gestación se consideran sujetos de especial protección por parte de los Estados y la sociedad.

En el Sistema Universal de Derechos Humanos (en adelante SUDH) distintos tratados refieren las obligaciones del Estado durante el embarazo, parto y posparto¹⁶. En la Conferencia de Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968, se habló por primera vez de la asistencia y cuidados especiales requeridos para la maternidad y se hizo referencia a que “*los cónyuges tienen el derecho*

¹⁶ El PIDESC establece en su artículo 12 el derecho de las personas al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y otorga a los Estados la obligación de adoptar medidas para reducir la mortalidad, o muerte de las mujeres antes del parto. La CEDAW en su artículo 12 prevé que los Estados tienen la obligación de suministrar servicios médicos apropiados en el embarazo, el parto y con posterioridad al mismo e indica en el artículo 4 que las medidas especiales para proteger la maternidad no se consideran discriminatorias.

humano fundamental a decidir libre y responsablemente el número y el momento del nacimiento de sus hijos” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1968) Algo similar ocurrió en la primera Conferencia Mundial de la Mujer, llevada a cabo en México en el año 1975, en que se planteó la necesidad de incluir como tema de importancia en la agenda pública el debate acerca de la protección de la maternidad y se reconoció que la decisión sobre la maternidad como un asunto de competencia para las mujeres, es indispensable para alcanzar la igualdad¹⁷. Posteriormente, en la Conferencia Mundial Sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, se acuñó el término de derechos reproductivos y se advirtió en similar sentido que la decisión sobre la reproducción era de competencia tanto de hombres como de mujeres (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1994, párr. 7.3). En la cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995, se reconoció de manera expresa el derecho de las mujeres a decidir sobre su sexualidad y reproducción, como base para el disfrute de otros derechos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1995, párr. 96, 97)¹⁸.

¹⁷ *Las personas y las parejas tienen derecho a determinar libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y a contar con la información y los medios para hacerlo. El ejercicio de este derecho es fundamental para alcanzar la igualdad auténtica entre los sexos, y sin él la mujer estará en desventaja en su intento por beneficiarse de otras reformas* (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1975, párr. 19).

¹⁸ Otros elementos importantes en el SUDH incluyen: El Comité CEDAW en las Recomendaciones Generales No. 14 (Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1990), 19 (Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1992), 35 (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2017) y 24 (Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1999) refiere la obligación de los Estados de adoptar medidas para garantizar los derechos reproductivos y sexuales a las mujeres, entendiendo que hay prácticas como la circuncisión femenina y la coacción a la fecundidad y la reproducción y situaciones como las elevadas tasas mundiales de mortalidad y morbilidad derivadas de la maternidad que impiden el pleno disfrute de los mismos. En relación a la maternidad, indica que la misma se entiende como una función social, susceptible de amparo por parte de los Estados, y que las mujeres son sujetos de especial protección durante el embarazo.

En similar sentido, las Observaciones Generales No. 14 (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000) y 22 (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016) del Comité DESC, han establecido que los Estados deben adoptar medidas en materia de salud sexual y reproductiva para proteger la autonomía de las mujeres. Dichas observaciones enfatizan en la protección de la maternidad, la superación de la discriminación por razón del embarazo, las opciones de fecundidad, asistencia médica para la procreación, etc. Además, indican que la violencia contra las mujeres en estado de embarazo es una situación que debe tratarse, so pena de la configuración de responsabilidad del Estado por un hecho internacionalmente ilícito.

La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, indicó en los Informes E/CN.4/1999/68/Add.4 (Consejo Económico y Social, 1999) A/74/137 (Consejo de Derechos Humanos, 2019b) y A/HRC/41/42 (Consejo de Derechos Humanos, 2019a) que las muertes maternas son injusticias que pueden prevenirse por parte de los Estados, y relata múltiples políticas y prácticas de violencia reproductivas sufridas por las mujeres que menoscaban sus derechos, entre las que resalta el aborto forzado y la violencia obstétrica en diversos países del mundo. Adicionalmente, la Relatora enfatiza que los perjuicios surgidos con base en estereotipos de género en cuanto a derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, constituyen un menoscabo de su autonomía. (Consejo de Derechos Humanos, 2019b, párr. 137)

La Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental ha señalado en el Informe A/HRC/50/28 (Consejo de Derechos Humanos, 2022) que algunos actos de violencia contra

El Sistema Regional de Derechos Humanos ha hecho lo propio con la protección de la maternidad¹⁹. El SIDH ha reiterado que la decisión sobre conformar una familia se entiende como un derecho reproductivo, que comprende dos dimensiones susceptibles de protección: los derechos de la mujer que decide gestar y, una vez se ha concebido, la vida de quien está por nacer. La protección del no nacido se efectúa mediante la protección de la mujer y, en lógica del principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal, al nasciturus por su condición como tal solo puede reconocerse el derecho a la vida y no otros derechos como sí ocurre con la mujer en estado de gestación²⁰. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha referido en varios de sus informes la necesaria protección a la maternidad y la obligación de los Estados de implementar medidas para lograrlo²¹.

En similares sentidos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha emitido algunas sentencias²² en las que devela la intrínseca relación entre la autonomía reproductiva y autodeterminación, con los derechos a la dignidad humana, la libertad reproductiva, la integridad física y mental, la vida privada y la intimidad, la igualdad y no discriminación, el derecho a vivir una vida libre de violencias y el derecho de acceso a la justicia, cuando no hay medidas efectivas para investigar o sancionar por parte del Estado en cumplimiento de las

las mujeres entre los que enuncia el aborto forzado, violan el derecho a la salud de las mismas y acarrea responsabilidades para los Estados (Consejo de Derechos Humanos, 2022a, párr. 20)

La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos también ha realizado algunas referencias a la protección de la maternidad y la reducción de mortalidad y morbilidad asociadas a la maternidad en los Informes anuales A/HRC/14/39 (Consejo de Derechos Humanos, 2010) (sobre la mortalidad y morbilidad materna prevenible y los derechos humanos) y A/HRC/21/22 (Consejo de Derechos Humanos, 2022) respectivamente.

¹⁹ La DADDH refiere en su artículo 7 el derecho a la protección, cuidado y ayuda especial a la maternidad y la infancia. La Convención de Belém do Pará establece en su artículo y 9 que los Estados deben tener especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad de las mujeres embarazadas que son víctimas de violencia. El Protocolo de San Salvador consagra expresamente en su artículo 15 la obligación de los Estados de brindar adecuada protección a las mujeres antes, durante y después del embarazo sin discriminación alguna. La Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó en la Opinión Consultiva OC-29 de 2022 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2022) que deben existir enfoques diferenciados aplicables a mujeres embarazadas en periodo de parto, posparto y lactancia, así como a cuidadoras principales privadas de la libertad.

²⁰ Esta postura se ha decantado también en el Sistema Europeo de Derechos Humanos en casos como RH Vs Noruega, Vo Vs Francia, Boso Vs Italia y otros.

²¹ Algunos de estos informes son: (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019); (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011) (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011) (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010).

²² Se tienen por ejemplo: (*Caso Manuela y otros VS El Salvador*, 2021) (*Caso Angulo Losada VS Bolivia*, 2022) (*Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación IN VITRO) VS Costa Rica*, 2012; *Caso Britéz Arce y otros VS. Argentina*, 2022), (*Caso I.V. VS Bolivia*, 2016).

obligaciones que le asisten como tal. En el siguiente apartado se profundizará en el alcance de la autonomía como elemento central del análisis.

4. La autonomía como principio fundante de derechos

(...) La capacidad de la mujer para controlar su propia fecundidad constituye una base fundamental para el disfrute de otros derechos (Consejo Económico y Social, 1999, párr. 6).

La autonomía de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo y elegir sus formas de vida, ha sido el eje central del reconocimiento de la salud sexual y reproductiva en particular y de los derechos sexuales y reproductivos en general²³. En similar sentido, se encuentra incorporada en el derecho a la vida privada y a la dignidad, incluido en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las reiteradas y frecuentes discusiones frente a la despenalización del aborto en los ordenamientos jurídicos internos, por ejemplo, ponen en el centro del debate la autonomía de las mujeres para denunciar la arbitrariedad del Estado en la injerencia sobre los cuerpos y vidas de las mismas. Justamente, en razón del reconocimiento de la autonomía para decidir, muchas instancias encargadas de velar por el respeto y la protección de los derechos humanos, han instado y recomendado a los Estados a proceder con la eliminación del tipo penal de aborto y adecuar sus ordenamientos jurídicos internos para garantizar los derechos sexuales y reproductivos. En la gran mayoría de los informes, relatorías y observaciones anteriormente mencionadas, hay referencias a ello²⁴.

²³ *La salud sexual y reproductiva constituye ciertamente una expresión de la salud que tiene particulares implicancias para las mujeres debido a su capacidad biológica de embarazo y parto. Se relaciona, por una parte, con la autonomía y la libertad reproductiva, en cuanto al derecho a tomar decisiones autónomas sobre su plan de vida, su cuerpo y su salud sexual y reproductiva, libre de toda violencia, coacción y discriminación. Por el otro lado, se refiere al acceso tanto a servicios de salud reproductiva como a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer su derecho a decidir de forma libre y responsable el número de hijos que desean tener y el intervalo de nacimientos. La Corte ha considerado que “la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave [de] la autonomía y la libertad reproductiva (Caso I.V. VS Bolivia, 2016, párr. 157).*

²⁴ Ver, por ejemplo, (Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1992, párr. 24), (Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1999, párr. 31)), (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, párr. 34), (Consejo de Derechos Humanos, 2019b, párr. 81).

La autonomía como principio fundante de derechos y característica distintiva entre una vida sexual y reproductiva libremente ejercida y un acto de violencia, comprende una serie de elementos entre los que tiene cabida el consentimiento, el cual, como consecuencia lógica de la autonomía, ha sido evaluado de manera reiterada por la Corte IDH²⁵, así como en la Recomendación General No 3 del Comité de Expertas del MESECVI (Mecanismo de Seguimiento de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 2021, p. 12).

Desde estos pronunciamientos puede concluirse que el aborto forzado es un acto no consentido por la mujer gestante que, en la esfera de su autonomía, ha decidido ejercer su derecho a materner. A su vez, la autonomía es base fundante de otros derechos que se ven vulnerados cuando no se toma en cuenta su derecho a decidir²⁶.

Entre los derechos conectados se encuentran el de la dignidad humana, pues como derecho y como principio axiológico, reconoce y reivindica la existencia de la capacidad del ser humano para asumir todo tipo de decisiones de manera libre, consciente y voluntaria (*Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación IN VITRO) VS Costa Rica*, 2012) (*Caso I.V. VS Bolivia*, 2016)²⁷. También la autonomía de la mujer está estrechamente ligada con el derecho a la libertad humana, en su dimensión referida a la facultad de las personas para elegir, para autodeterminarse y para actuar según sus convicciones, obedeciendo a sus creencias, intereses o concepciones del mundo, sin verse

²⁵ En reciente pronunciamiento de la Corte IDH (*Caso Angulo Losada VS Bolivia*, 2022), el Tribunal ha realizado un recuento del recorrido existente en dicha materia, señalando que por lo menos desde el año 2001, organismos y tribunales internacionales han identificado el consentimiento como un elemento central para la identificación de la violencia sexual. En similar sentido, realiza el análisis en torno a la violencia reproductiva, en el caso (*Caso I.V. VS Bolivia*, 2016).

²⁶ No han existido casos de abortos forzados o no consentidos sometidos al estudio del SIDH. No obstante, hay precedentes de casos que versan sobre otras modalidades de violencias reproductivas como la esterilización forzada, la penalización del aborto o la prohibición de la fecundación in vitro, que involucran análisis aplicables al aborto no consentido, entendiéndose que es justamente la falta de consentimiento de la mujer gestante como parte de la esfera de la autonomía e independencia para adoptar decisiones de manera consciente, libre y voluntaria, la que se encuentra en juego.

²⁷ Señaló la Corte IDH:

... un aspecto central del reconocimiento de la dignidad constituye la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización del individuo, es decir, que la convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención (Caso I.V. VS Bolivia, 2016 párr. 150).

sometidas a presión, coacción o fuerza por el Estado o por terceros²⁸. Asimismo, la libertad incorpora la libertad reproductiva, como principio fundante de los derechos reproductivos y que hace alusión al reconocimiento, respeto y garantía de la facultad y capacidad que tienen las personas de decidir sin injerencia sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, y el número de hijos que desean. El derecho a maternar, como derecho reproductivo, comprende consecuentemente la libertad reproductiva²⁹.

También la autonomía se conecta con el derecho a la vida privada y a la intimidad, el cual se encuentra consagrado en múltiples instrumentos normativos. Este derecho ha sido entendido como la posibilidad intrínseca que tienen los seres humanos de desarrollar libremente su personalidad, ejercer su autonomía personal y proyectarse a sí mismos y frente a los demás conforme a sus propias opciones, convicciones y construcciones, entendiendo que esta decisión es de la esfera privada y personalísima.³⁰

También la autonomía se encuentra ligada al derecho a la integridad física y moral, el cual ha sido comprendido como el derecho a gozar de bienestar y salud tanto a nivel corporal y físico como a nivel emocional y mental³¹. Así mismo se conecta con el derecho a vivir una vida libre de violencia,

²⁸ *En esta línea, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que este incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. (Caso I.V. VS Bolivia, 2016, párr. 151)*

²⁹ *La Corte reconoce que la libertad y autonomía de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva ha sido históricamente limitada, restringida o anulada con base en estereotipos de género negativos y perjudiciales, tal como lo describió el propio médico durante la audiencia. Ello se ha debido a que se ha asignado social y culturalmente a los hombres un rol preponderante en la adopción de decisiones sobre el cuerpo de las mujeres y a que las mujeres son vistas como el ente reproductivo por excelencia. (Caso I.V. VS Bolivia, 2016, párr. 243)*

³⁰ *(...) la Corte ha señalado que las elecciones y decisiones en relación con la maternidad forman parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Por consiguiente, la decisión de ser o no ser madre o padre pertenece a la esfera de las decisiones autónomas de los individuos respecto a su vida privada y familiar (Caso I.V. VS Bolivia, 2016, párr. 152).*

³¹ El Comité CEDAW hizo un comentario concreto frente a esta relación en la Recomendación General N° 19

La esterilización y el aborto obligatorios influyen adversamente en la salud física y mental de la mujer y violan el derecho de la mujer en decidir el número y espaciamiento de sus hijos. (Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1992, párr. 22)

Similar posición ha adoptado el Consejo Económico y Social al establecer que:

*(...) Los abortos forzados, la anticoncepción forzosa, el embarazo mediante coacción y los abortos en condiciones poco seguras **constituyen violaciones de la integridad física de la mujer y la seguridad de la persona.** (Consejo Económico y Social, 1999, párr. 45)*

*Las políticas estatales que alientan o sancionan los abortos forzados **violan el derecho de la mujer a la integridad física y la seguridad de la persona,** y los derechos de la mujer a controlar sus propias capacidades reproductivas. (Consejo Económico y Social, 1999, párr. 49)*

que ha sido entendida como una forma de discriminación y una de las formas en las que se sostienen las relaciones desiguales de poder y subordinación (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2017, párr. 10).

Finalmente, la autonomía y el consentimiento en la protección del derecho a decidir si se conforma una familia se vincula con el principio de igualdad y no discriminación, el cual es norte axiológico para la protección de todos los demás derechos.

Impedir a una mujer la decisión de conformar una familia y los términos en que quiere hacerlo, significa relegarla a un lugar de minoría de edad en la que se niega su capacidad de dirigir su vida conforme a sus convicciones por creerla incapaz de asumir sus consecuencias. La práctica del aborto sin consentimiento se explica fundamentalmente a partir de estereotipos de género que deniegan el trato a las mujeres como agentes morales capaces de tomar decisiones (*Caso I.V. VS Bolivia*, 2016, párr. 236)

5. Estándares nacionales sobre el aborto sin consentimiento

En este apartado, brevemente se presentan los elementos del tipo penal tal y como actualmente está desarrollado en la norma y sus interpretaciones por vía de la doctrina y la jurisprudencia. Al finalizar, por considerarlo central en el análisis del caso, se profundizará en el deber de las autoridades judiciales de incorporar el enfoque de género para administrar justicia.

Previo a ello es preciso informar que no son abundantes los datos de que se dispone para analizar la real ocurrencia de los abortos sin consentimiento en Colombia. En un estudio realizado recientemente por la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, se puede constatar que la

Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos ha enunciado que:

*(...) Concluyó además que esa restricción de tomar decisiones reproductivas, que afectaba únicamente a las mujeres, **causaba un sufrimiento mental y físico**, constituía un acto de violencia contra la mujer y equivalía a tortura o trato cruel, inhumano y degradante en violación de los artículos 2 y 5 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer, leídos conjuntamente con su artículo 1. (Consejo de Derechos Humanos, 2019b, párr. 58)*

información otorgada por las autoridades es difusa, confusa o inexistente frente a este punible, contrario a lo que ocurre con el delito de aborto consentido.³²

A diferencia de lo que ocurre con otros tipos penales mayormente denunciados, el delito de aborto sin consentimiento encuentra poco desarrollo en la doctrina y jurisprudencia de Colombia, aunque haya sido tipificado como delito mínimamente desde el Código Penal de 1890.³³

Actualmente, el delito de aborto sin consentimiento se encuentra consagrado en el artículo 123 del Código Penal Colombiano y establece que “*El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses*”. Este tipo penal se encuentra inserto en el título que trata de los “*delitos contra la vida y la integridad personal*”³⁴.

Por su ubicación en el Código, se puede concluir que el tipo penal del aborto sin consentimiento es de carácter pluriofensivo, pues protege el bien jurídico vida e integridad del feto, pero, además, debe proteger la vida y la integridad de la mujer gestante. Esto atendiendo a lo ya referido en el acápite sobre estándares internacionales y es que, en lógica del principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal, el SIDH ha reiterado que la protección del no nacido se efectúa mediante la protección de la mujer. Además, porque tal y como lo han reiterado las diferentes instancias internacionales y nacionales, el aborto sin consentimiento es también una forma de violencia contra las mujeres, de carácter reproductivo.

³² De acuerdo con la base de datos proporcionada por la FGN para el aborto sin consentimiento, hay 1.167 procesos registrados desde 1997 hasta 2018. Al contrario de lo que ocurre con el delito de aborto consentido, en donde el sexo de la víctima es indeterminado y de los indiciados es principalmente femenino, en este caso el 84 % de los casos las víctimas son mujeres (indeterminado para el caso de aborto consentido) y en el 52 % de los casos los indiciados son de sexo masculino (en un 18,5 % de los casos se desconoce el sexo del indiciado). En la persecución penal, el delito tampoco se parece al aborto consentido: la mayoría de los casos entran al sistema por denuncias (61.87 %), los actos urgentes no superan el 10 % del total de entradas, los archivos por atipicidad representan el 54 % de los casos, las acusaciones solamente se dan en un 5,14 % de los casos, las imputaciones solamente en el 6,77 % de los casos, las condenas en el 4,63 % de los casos y las capturas en el 5,91 % de los casos. (La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2021, p. 67)

³³ La Ley 19 del 18 de octubre de 1890 o también llamado cuarto código Penal, contemplaba en su artículo 638: *El que, empleando voluntariamente y a sabiendas alimentos, bebidas, golpes o cualquiera otro medio, procura que aborte alguna mujer embarazada, sin saberlo ni consentirlo ella, sufrirá la pena de tres a seis años de presidio.* En similar sentido contempló el artículo 388 de la Ley 95 de 1936: *El que causare el aborto de una mujer sin su consentimiento, incurrirá en la prisión de uno a seis años.*

Posteriormente, con el Decreto 100 de 1980, se tipificaba este delito así: *Artículo 344. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de tres a diez años.*

³⁴ Dicho título comprende 9 capítulos: del genocidio, del homicidio, de las lesiones personales, aborto, lesiones al feto, abandono de menores, omisión de socorro, manipulación genética y actos de discriminación.

Frente a la integridad personal resulta preciso enunciar que en el ordenamiento jurídico colombiano han existido numerosos pronunciamientos de instancias en lo que respecta a este derecho, contemplado en el artículo 12 de la Constitución Política que establece que “*Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*”. La Corte Constitucional ha enunciado que existe una estrecha relación entre el derecho a la integridad personal y a la dignidad humana en tanto posibilidad de vivir sin ser sometidos a instrumentalización³⁵

Este punible recae sobre mujeres o cuerpos gestantes, no requiere sujeto activo calificado ni un contexto específico (como sí ocurre con el tipo penal de aborto forzado) y es un tipo penal de resultado³⁶, que requiere de una acción de un tercero que se puede perpetuar mediante distintos medios.

Por su importancia para el caso de estudio, es preciso indicar que, aun cuando no hay jurisprudencia o doctrina decantada frente a la tentativa en el delito de aborto sin consentimiento, el análisis frente a los elementos de un dispositivo amplificador de la conducta, de conformidad con el artículo 27 del Código Penal, permite pensar que sí hay cabida a esta figura³⁷. Esto significa que, si hay

³⁵ 14. Sobre el derecho a la dignidad humana, la Corte ha señalado en reiteradas oportunidades que debe entenderse desde dos dimensiones: a partir de su objeto concreto de protección y de su funcionalidad normativa. Respecto de la primera, este Tribunal ha identificado tres lineamientos claros y diferenciables: i) la dignidad humana comprendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; ii) la dignidad humana entendida como el conjunto de condiciones materiales concretas de existencia; y iii) la dignidad humana vista como la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o de instrumentalización, esto es, privados de su posibilidad de vivir con arreglo a los fines que han trazado para su propia existencia.

En ese orden de ideas, el derecho a la integridad física hace parte de la dignidad humana entendida en esa tercera faceta, esto es, la protección de la intangibilidad de los bienes no patrimoniales (Sentencia T 881 de 2002, 2002).

³⁶ Según Roxin: Por **delitos de resultado** se entiende aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor. (Roxin, s. f., p. 328)

³⁷: Recordemos que el artículo 27 del Código Penal establece que: *El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.* (Congreso de la República, 2000).

Respecto de la tentativa, jurisprudencia nacional ha considerado como elementos configuradores de la tentativa el propósito de cometer un determinado delito, el principio de ejecución de ese específico hecho delictuoso, la idoneidad y univocidad de la conducta y la no consumación del hecho por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

existencia de una acción que pretende terminar con el embarazo de una mujer gestante y se emprenden actos idóneos para ello, pero no se configura el resultado, es susceptible la imposición de la sanción por la conducta en grado de tentativa: “Así, si no se realiza el desvalor de resultado de un delito de lesión y en cambio concurre el desvalor de la acción, se da una tentativa” (Roxin, s. f., p. 319).

En lógica de dichos requisitos, puede pensarse en múltiples eventos en que un agente externo pretende ocasionar un aborto en una mujer y perpetrar actos que resultan idóneos para causar el resultado, pero no ocasionarse el mismo por circunstancias ajenas a su voluntad.

Frente al elemento subjetivo del delito de aborto sin consentimiento debe precisarse que sólo admite comisión a título de dolo. Esto en virtud de lo estipulado en el artículo 21 del Código Penal y además en lo señalado en algunos pronunciamientos jurisprudenciales entre los que resalta la sentencia SP8344-2015 (*Sentencia SP8344-2015*, 2015) de la Corte Suprema de Justicia en que se analiza la diferencia entre el tipo penal de lesiones al feto y el de aborto³⁸.

En relación con la jurisprudencia sobre el tipo penal en Colombia, pocos son los casos que se denuncian y más pocos aún los pronunciamientos de jueces de la República en que se condena a

2.3.1 La tentativa es un instituto amplificador del tipo penal que permite anticipar las barreras de protección del derecho punitivo criminal a conductas que, por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, no alcanzan a producir el resultado típico previsto en las respectivas normas penales sustantivas.

De acuerdo con ese precepto, el delito tentado se configura cuando el agente (i) inicia la ejecución de una conducta punible (ii) mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, (iii) pero por circunstancias ajenas a su voluntad no logra su realización. (Sentencia SP1175—2020, 2020).

En sentido similar ver (*Sentencia 25974 de 2007, 2007*), (*Sentencia SP1175—2020, 2020*) (*Sentencia SP2916—2020, 2020*)

³⁸ En este caso se analiza la muerte de un feto por la presunta negligencia de una ginecóloga en la atención del parto de la madre gestante:

En consecuencia, si en punto de las lesiones al feto se procede mediante un comportamiento culposo, y con ocasión de ello se causa su muerte, es claro, de una parte, que no se configura el delito de lesiones al feto pues como ya se advirtió requiere que el producto gestacional siga con vida. Y de otra, tampoco tiene lugar el delito de aborto, el cual, según fue precisado, únicamente admite la modalidad dolosa, es decir, se trataría de un aborto culposo, no punible en nuestra legislación penal. Dada la sistemática de números clausus, en el entendido que de conformidad con el artículo 21 del Código Penal todos los tipos de la parte especial requieren de una conducta dolosa, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales. (Sentencia SP8344-2015, 2015)

sujetos activos de la conducta de aborto sin consentimiento. Entre 1998 y 2019, se han iniciado alrededor de 5.500 investigaciones por abortos, de las cuales se registran 879 acusaciones frente a jueces y 346 sentencias condenatorias por 355 casos de los cuales solo el 3% son abortos no consentidos (La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2021, p. 58).

La búsqueda en base de datos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia arrojó sólo tres casos por el punible de aborto sin consentimiento (*Sentencia SP2131-2019*, 2019), (*Sentencia SP16731—2017*, 2017) y (*Sentencia SP15267—2016*, 2016). Los dos primeros son casos en el marco de la justicia ordinaria y el tercero en la jurisdicción de Justicia y Paz. Aunque en ninguno hay pronunciamientos de fondo de la Corte Suprema de Justicia sobre este tipo penal, vale la pena anotar la existencia un salvamento de voto de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar, que indica:

Siendo la maternidad una faceta tan trascendental para la mujeres, expresión misma de su sexualidad reproductiva, disponer de la vida de aquella porque no se quiere ejercer el rol de padre, denota en el autor un concepto del todo nugatorio de la dignidad de la mujer, entendida como un objeto que fácilmente puede ser removido, suprimiendo su existencia, como medio para obligarla a abortar (Salvamento de voto Sentencia SP16731—2017, 2017).

La búsqueda en la página web de los Tribunales Superiores de Distrito arroja cinco resultados para aborto, pero ningún caso de aborto forzado o aborto sin consentimiento³⁹. No obstante, lo anterior, además de los ya enunciados en sede de casación, se tiene conocimiento de algunos pronunciamientos emitidos por Tribunales Superiores, entre los que se procederá a analizar dos del Tribunal Superior de Medellín y uno del Tribunal Superior de Pereira.

El Tribunal Superior de Medellín, Sala de Justicia y Paz, emitió sentencia condenatoria frente a miembros del Ejército Revolucionario Guevarista (ERG) y Frente Che Guevara del Ejército de

³⁹ Al respecto resulta pertinente resaltar que, si bien el delito de aborto forzado se encuentra contemplado en el derecho penal colombiano como un punible cometido en el marco del conflicto armado, según el artículo 139E del Código Penal que a su vez se encuentra ubicado en el Título II que trata sobre los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, en algunos pronunciamientos (como el enunciado anteriormente contra los paramilitares- y el que se pasa a analizar contra el ERG), hay un trato indistinto del aborto no consentido o aborto sin consentimiento y el aborto forzado.

Liberación Nacional (ELN) (*Sentencia E.R.G. Ejército Revolucionario Guevarista y Frente ERNESTO CHE GUEVARA DEL E.L.N.*, 2015).

En esta sentencia se caracterizó la conducta del aborto sin consentimiento como una violencia basada en género practicada de manera sistemática en el ERG y se refirió a la misma como uno de los cinco patrones de macro criminalidad atribuidos al grupo insurgente. Enunció el catálogo de los derechos sexuales y reproductivos, las manifestaciones de la salud sexual y reproductiva, las consecuencias y afectaciones en salud física y mental para las mujeres que han vivido experiencias de aborto y de medidas de satisfacción y rehabilitación. Se habló de 21 hechos de aborto sin consentimiento de mujeres pertenecientes al grupo insurgente y se definió dicho punible como un atentado contra los derechos reproductivos:

El aborto no consentido es una violación grave a los derechos fundamentales de las personas y a los derechos humanos, al derecho a la reproducción y a conformar una familia (Sentencia E.R.G. Ejército Revolucionario Guevarista y Frente ERNESTO CHE GUEVARA DEL E.L.N., 2015)

La otra sentencia del Tribunal de Medellín, que reviste una importancia superlativa para el caso de estudio por las coincidencias inclusive en el marco fáctico, analiza el caso de Iván Santiago Echeverry (*Sentencia 024-2021*, 2021), a quien se le impuso en primera instancia una condena de 76 meses de prisión por cuanto produjo a su compañera sexual un aborto sin su consentimiento. La parte fáctica de la sentencia da cuenta de que sostenían encuentros sexuales y que, en el marco de uno de ellos, la víctima, que residía en otra ciudad, quedó embarazada. Una vez le comunicó dicho acontecimiento, él le pidió que abortara, pero ella se negó de manera rotunda y le dijo que continuaría sola su proceso gestacional. Procedió de conformidad y en un momento en que debía practicarse un examen médico en la ciudad donde residía el agresor, toda vez que el embarazo estaba en riesgo por una infección urinaria⁴⁰, se quedó en su casa. Allí, él fingió buscarla para tener relaciones sexuales e introdujo en su vagina unas pastillas tipo Misoprostol, que horas después

⁴⁰ Vale la pena resaltar por los efectos del presente artículo que, en este evento, la víctima contaba con 23 semanas de embarazo y tenía una infección urinaria, que, según los profesionales de la salud, pudo acelerar el proceso de aborto, sin afirmar que aquella haya sido la causa del resultado.

hicieron necesaria su consulta a profesionales de la salud.⁴¹ Similar a lo ocurrido en los casos anunciados anteriormente, no hubo un análisis profundo frente al punible en el presente caso. No obstante, se condenó porque logró demostrarse que fue el acusado quien introdujo en la vagina de la víctima sin su consentimiento, el fármaco que causa el aborto.⁴²

El caso resuelto por el Tribunal Superior de Pereira (*Sentencia No. 003—2022*, 2022) fue el de alias “el médico”, quien fue condenado por diversos delitos entre los que resalta el de aborto forzado a integrantes del grupo guerrillero de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). En esta sentencia puede evidenciarse lo ya indicado con anterioridad frente al trato indistinto entre el aborto sin consentimiento y el aborto forzado. No obstante, allí se hace énfasis en el contexto del conflicto armado como única circunstancia diferenciadora, por lo que se condena por dicha conducta.

Tal como sucedió con la sentencia contra el ERG, en esta sentencia se concibe al aborto forzado como una violencia basada en el género, que atenta contra los derechos reproductivos de las mujeres. En esta ocasión, el Tribunal de Pereira realizó la mención de algunas sentencias de la Corte Constitucional relevantes frente a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres⁴³ y resaltó las facultades de la autodeterminación reproductiva.⁴⁴

⁴¹ La teoría del caso de la defensa fue sostener que el aborto se lo había producido la mujer directamente.

⁴² . *El problema jurídico postulado por el recurrente tiene que ver con establecer si acertó el a quo al concluir la responsabilidad penal del enjuiciado en la conducta de aborto sin consentimiento. 3. La conducta descrita en el artículo 123 del C.P. consiste precisamente en causar el aborto a una mujer sin su consentimiento. En el sub examine el a quo concluyó que fue el acusado quien introdujo en la vagina de la mujer, unas pastas de Misoprostol, medicamento utilizado en ginecología para generar actividad uterina que desencadena dilatación vaginal y la consecuente expulsión del feto. Concluyó además que esa fue la causa del aborto. 4. En opinión del Tribunal, acertó el a quo .(Sentencia 024-2021, 2021)*

⁴³ Resaltó las siguientes: T-732 de 2009, T-627 de 2012, T-274 de 2015, T-306 de 2016, T-697 de 2016 y SU-096 de 2018.

⁴⁴ (...) *Por otra parte, los **derechos reproductivos** le otorgan a todas las personas, especialmente a las mujeres, la facultad de adoptar decisiones libres e informadas sobre la posibilidad de procrear o no, y cuándo y con qué frecuencia hacerlo. De ahí, que esta garantía posea dos dimensiones: la primera, relacionada con la existencia de una autodeterminación reproductiva; y, la otra, correspondiente al acceso a los servicios de la salud reproductiva.*

En cuanto a la autodeterminación reproductiva, la Corte ha señalado que de él se deriva “el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la

La búsqueda en la página web de la FGN, arroja algunos resultados frente al aborto sin consentimiento, que incluyen algunos de los casos ya mencionados y otros de los cuales no se puede realizar un análisis exhaustivo por no contar con piezas procesales a pesar de haberse requerido a los despachos pertinentes a través de derechos de petición salvo dos de ellos.

Una, es la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Buga, cuyo proceso terminó por un preacuerdo del 27 de junio de 2016, en el cual se declaró responsable a Cristian Andrés Arana Martínez por los delitos de aborto sin consentimiento, lesiones personales y constreñimiento ilegal (*Sentencia No. 070—2016*, 2016). Por tratarse de un preacuerdo, sólo consta un acta en que no hay análisis frente al punible.

El otro, es el caso donde el Juzgado Segundo del Circuito de Barrancabermeja impuso pena de 45 años de prisión a Jorge Montes Jaimes por los delitos de acceso carnal violento y aborto sin consentimiento cometidos contra su hijastra desde que tenía 9 años y hasta sus 16.⁴⁵ En este caso, la niña tenía un sangrado de ochos días antes de llegar al hospital con el diagnóstico de un aborto incompleto, y dio diversas versiones sobre la causa del mismo entre las que señaló el suministro forzado de pastillas Citotec por el denunciado, razón por la cual el perito indicó que no podía saberse la causa del aborto, situación que no impidió sin embargo la condena⁴⁶.

coacción y la discriminación, pues no se deben sufrir tratos desiguales injustificados por razón de las decisiones reproductivas, sea que se decida tener descendencia o no”. Aunado a ello, este Tribunal ha afirmado que se transgrede esta garantía cuando se recurre a embarazos, esterilizaciones o abortos forzados o, incluso, cuando se exige el consentimiento de un tercero para admitir la decisión de tener, o no, hijos. (Sentencia SU 096 de 2018, 2018).

⁴⁵ Consultado el 8 de abril de 2023: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/sentenciado-a-45-anos-de-prision-por-abusar-de-su-hijastra-durante-siete-anos/>

⁴⁶ En la sentencia se lee que:

Por su parte, el médico González Pedraza indicó que había efectuado un dictamen de relación médico legal, que es aquel que se basa en una historia clínica, y basado en lo consignado en esta última, correspondiente a la atención recibida por la ofendida en el Hospital Regional del Magdalena Medio, de la obtención de restos ovulares en el procedimiento de legrado uterino con diagnóstico de aborto incompleto, puede concluir que, si bien no puede determinar el mecanismo causal del aborto padecido por Julieth Paola, sí conceptuó una incapacidad médico legal definitiva de 25 días, y como secuelas perturbación funcional del órgano de la reproducción de carácter transitoria (Sentencia, 2013).

La búsqueda en la página Web de la Corte Constitucional arroja 24 resultados frente al aborto sin consentimiento. No obstante, la mención del tipo penal en algún lugar de la sentencia, el desarrollo frente a su contenido es casi nulo en ellas y aparece como algo meramente tangencial.

Por los efectos del presente trabajo, vale la pena mencionar que en las sentencias (*Sentencia T 634 de 2013*, 2013), (*Sentencia T 772 de 2015*, 2015), (*Sentencia T 241 de 2016*, 2016) y (*Sentencia T 184 de 2017*, 2017) se enuncia que el aborto sin consentimiento es un tipo penal que constituye una modalidad de violencia contra las mujeres.⁴⁷

Para finalizar este apartado es importante recordar que la jurisprudencia de las Altas Cortes, especialmente de la Corte Constitucional, ha reiterado que las autoridades judiciales tienen el deber de incorporar el enfoque de género para administrar justicia.

El reconocimiento de la discriminación tradicional (*Sentencia T 878 de 2014*, 2014) y la violencia sistemática a la que han sido sometidas las mujeres por su condición de mujeres, ha conllevado a la implementación de acciones afirmativas que permitan la superación de las desventajas históricas en los múltiples escenarios, entre las que se destaca la obligación de los operadores de justicia de incorporar el enfoque de género en el desarrollo de su labor. El enfoque de género:

“... se convierte así en una herramienta o instrumento crítico al que resulta preciso acudir –a la manera de quien se vale de una lupa o lente de aumento– con el fin de agudizar la mirada para reconocer que en la realidad la violencia contra las mujeres no puede considerarse un hecho aislado, sino que tiene una dimensión sistémica, que reproduce en todas las esferas de la existencia de las mujeres asimetrías de poder derivadas de un modelo de sociedad machista y patriarcal que impregna la cultura y se acepta sin cuestionarse, porque se encuentra profundamente arraigado en la cosmovisión hegemónica (Sentencia T 140 de 2021, 2021, párr. 3.3.5.).

⁴⁷ El Código Penal, Ley 599 de 2000, estimó a la mujer como sujeto pasivo en diferentes delitos como el secuestro, el desplazamiento forzado, la tortura, la desaparición forzada y la violencia intrafamiliar. Así mismo, reprochó penalmente distintas conductas en las que la mujer puede llegar a ser víctimas, como lo son: el parto o aborto preterintencional, el aborto sin consentimiento y la inseminación o transferencia de óvulo no consentidas. (*Sentencia T 241 de 2016*, 2016)

En razón de la consideración de las mujeres como sujetos de especial protección y en correspondencia con el derecho a vivir una vida libre de violencias, se ha reconocido que al Estado le asisten deberes especiales a la hora de investigar y juzgar las violencias perpetradas contra los cuerpos y vidas de las mujeres. El deber de debida diligencia juega entonces un papel preponderante en la atención de las violencias contra las mujeres y en la lucha contra la impunidad⁴⁸.

Desde el año 2014, la Corte ha enunciado algunas fallas estatales en el deber de debida diligencia en la investigación de los casos de violencias contra las mujeres⁴⁹. En la medida en que ha avanzado el desarrollo jurisprudencial, se han ido identificando falencias y retos, que han hecho posible la decantación de mínimos que deben considerar los operadores judiciales para hablar de un análisis con perspectiva de género⁵⁰. En la sentencia T-016 de 2022 (*Sentencia T 016 de 2022*, 2022) la Corte sintetizó doce elementos que la jurisprudencia constitucional ha fijado y que deben ser tenidos en cuenta por parte de los operadores judiciales en los casos de violencia contra la mujer⁵¹:

(i) Analizar los hechos y los derechos en disputa, el entorno social y cultural en el que se desarrollan y la vulneración de los derechos de las mujeres de grupos poblacionales en situación de vulnerabilidad.

ii) Identificar categorías sospechosas asociadas a la raza, etnia, lengua, religión, opinión política o filosófica, sexo, género y/o preferencia/orientación sexual, condiciones de pobreza, situación de calle, migración, discapacidad y privación de la libertad.

iii) Identificar si existe una relación desequilibrada de poder

⁴⁸ El deber de investigación con la debida diligencia, en la prevención y sanción de hechos que afectan derechos, se refiere a la necesidad de evitar su impunidad. Así cumple dos funciones: la de esclarecer los hechos y castigar los culpables y la de desalentar futuras violaciones. Por tanto, una ineficiente investigación puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, aunque el delito haya sido cometido por un particular (*Sentencia T 878 de 2014*, 2014, pt. 7)

⁴⁹ En sentencia T 878 de 2014, identificó como tal: (i) *Omisión de toda actividad investigativa y/o la realización de investigaciones aparentes* (ii) *Falta de exhaustividad en el análisis de la prueba recogida*: (iii) *Utilización de estereotipos de género* (iv) *Afectación de los derechos de las víctimas* (*Sentencia T 878 de 2014*, 2014)

⁵⁰ En pronunciamientos anteriores, entre los que se pueden mencionar las sentencias: (*Sentencia T 012 de 2016*, 2016) (*Sentencia T 735 de 2017*, 2017), (*Sentencia T 590 de 2017*, 2017) (*Sentencia T 027 de 2017*, 2017), (*Sentencia T 184 de 2017*, 2017), (*Sentencia T 145 de 2017*, 2017), (*Sentencia T 462 de 2018*, 2018), (*Sentencia T 126 de 2018*, 2018) y (*Sentencia T 093 de 2019*, 2019) la Corte había anunciado algunas reglas.

⁵¹ En esta misma sentencia, remite a otros criterios orientadores fijados desde la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial y que pueden consultarse en (Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, 2018)

- iv) *Revisar si se presentan situaciones de estereotipos o manifestaciones de sexismo en el caso.*
- v) *Ubicar los hechos en el entorno social que corresponde, sin estereotipos discriminatorios y prejuicios sociales.*
- vi) *Privilegiar la prueba indiciaria, dado que en muchos casos la prueba directa no se logra recaudar.*
- vii) *Cuestionar cuando amerite, la pretendida neutralidad de las normas, si se hace necesario, a fin de evaluar los impactos diferenciados en su aplicación.*
- viii) *Trabajar la argumentación de la sentencia con hermenéutica de género sin presencia de estereotipos y sexismos en los hechos acontecidos, en la valoración de las pruebas, en los alegatos y en las conclusiones de las partes.*
- ix) *Permitir la participación de la presunta víctima.*
- x) *Visibilizar con claridad en las decisiones la situación específica de las mujeres y/o población en situación de vulnerabilidad, al proteger el derecho a la igualdad y a la no discriminación.*
- xi) *Visibilizar la existencia de estereotipos, manifestaciones de sexismo, relación desequilibrada de poder y riesgos de género en el caso.*
- xii) *Controlar la revictimización y estereotipación de la víctima tanto en los argumentos como en la parte resolutive de las decisiones judiciales. (Sentencia T 016 de 2022, 2022, párr. 44)*

Lo que permiten develar las decisiones que reiteran estas reglas de interpretación, es que se ha reconocido que mujeres y hombres no son iguales, que no llegan en las mismas condiciones a los estrados judiciales al momento de activar rutas y que es común encontrar en los servidores judiciales estereotipos de género que permean las decisiones favoreciendo a los hombres, reproducen discriminaciones y violencias y consecuentemente afectan los derechos de las mujeres.

La sistematicidad del uso de estereotipos ha conllevado a que se adviertan algunas actitudes de funcionarios que develan dichas preconcepciones. En este sentido, la Corte ha reconocido que, en el proceso de administrar justicia, se ha considerado bajo nociones estereotipadas que las mujeres que activan rutas pueden ser mujeres *mendaces, instrumentales, corresponsables de los hechos denunciados, y fabuladoras*, que no son merecedoras de la tutela judicial por apartarse de las lógicas de la “*mujer honesta*” o mujer sumisa⁵². Estos estereotipos, sin duda, traen consecuencias

⁵² Citando la categorización realizada por Elena Larrauri, en la sentencia T 878 de 2014, se habla de distintos estereotipos que recaen sobre las mujeres: El estereotipo de la mujer mendaz según el cual “*las mujeres no saben lo*

nefastas y negativas para las mujeres, pues tienen el potencial de tergiversar los hechos o las pruebas⁵³. La carga de estos estereotipos hace que sea común para las mujeres sortear barreras de acceso y permanencia, encontrar denegación de su derecho al acceso a la justicia y sufrir nuevos hechos de violencia por parte del Estado, conocida como «violencia institucional» (*Sentencia SU 048 de 2022, 2022*, párr. 80; *Sentencia T 064 de 2023, 2023*)⁵⁴.

Tratándose de los derechos reproductivos, en tanto una forma de violencia contra las mujeres, es imperativo que quienes administran justicia se abstengan de incurrir en formas de violencia institucional⁵⁵ y actúen para evitar que terceros violen estos derechos⁵⁶, so pena de comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

que quieren” o “cuando las mujeres dicen ‘no’, en realidad quieren decir ‘sí’”; el estereotipo de la mujer instrumental, bajo el cual “las mujeres efectúan falsas denuncias por hechos de violencia como medio para obtener algún fin”, el estereotipo de la mujer co-responsable, en el cual “a la justicia penal no le corresponden inmiscuirse en asuntos de pareja” y la mujer fabuladora, según el cual la mujer funda su denuncia en la deformación de hechos de la realidad, por ejemplo, exagerándolos.(Sentencia T 878 de 2014, 2014, pt. 7)

⁵³ *Este Tribunal ha indicado como consecuencias negativas que puede acarrear el empleo de estereotipos y el uso discriminatorio del lenguaje en instancias judiciales “(i) las malinterpretaciones sobre la relevancia de los hechos; (ii) la normalización de prácticas sociales discriminatorias mediante el empleo de premisas implícitas en el razonamiento y lenguaje usados por todas las personas que administran justicia; y (iii) la imposición de una carga adicional sin fundamento constitucional a quienes son objeto de decisiones basadas en estereotipos por cuanto éstos últimos pueden reducir la probabilidad de responsabilizar a quienes eventualmente han desconocido sus derechos fundamentales”.* (*Sentencia T 634 de 2013, 2013*, párr. 8.8)

⁵⁴ *Se ha considerado que las autoridades administrativas y judiciales también pueden ejercer violencia cuando “el Estado se convierta en un segundo agresor de las mujeres que han sido víctimas de violencia y que acuden a sus instituciones para lograr su protección y la restitución de los derechos fundamentales que les han sido vulnerados (Sentencia SU 349 de 2022, 2022, párr. 97)*

⁵⁵ En lo que respecta a la protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos, se ha insistido a propósito de las responsabilidades del Estado que:

Los Estados deben velar por que todas las personas tengan acceso a la justicia y a un recurso adecuado y efectivo en los supuestos en que se vulnere el derecho a la salud sexual y reproductiva. Los recursos comprenden, aunque no exclusivamente, una reparación adecuada, efectiva y rápida en forma de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, según sea el caso. El ejercicio efectivo del derecho a un recurso requiere la financiación del acceso a la justicia y la información sobre la existencia de esos recursos. También es importante que el derecho a la salud sexual y reproductiva se consagre en leyes y políticas y sea plenamente justiciable en el plano nacional, y que se conciencie a los jueces, los fiscales y los abogados de que se puede obligar a respetar ese derecho. Cuando terceros vulneren el derecho a la salud sexual y reproductiva, los Estados deben velar por que se investiguen y se enjuicien esas violaciones, se exijan responsabilidades a los autores, y se ofrezcan recursos a las víctimas(Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, párr. 64)

⁵⁶ *Las violaciones de la obligación de proteger se producen cuando un Estado no adopta medidas efectivas para impedir que terceros menoscaben el disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva. Ello comprende el hecho de que no se prohíban todas las formas de violencia y coacción cometidas por particulares y entidades privadas ni se adopten medidas para prevenirlas, incluida la violencia doméstica, la violación (incluida la violación conyugal), la agresión, los abusos y el acoso sexual, en particular durante situaciones de conflicto, posteriores a conflictos y de transición; la violencia contra las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales o las mujeres que traten de obtener asistencia en casos de aborto o posterior al aborto; las prácticas nocivas como la mutilación genital*

Una vez analizados los elementos del tipo penal y los desarrollos sobre esta figura en el derecho internacional y nacional, a continuación, se presentará un análisis del caso a fin de identificar si el Estado colombiano ha actuado en cumplimiento de los estándares fijados.

Análisis del caso. El Estado le falló a CMMT: ¡a las mujeres se nos condena por sangrar y a los hombres se les favorece por desangrarnos!

Tal como fue indicado en el momento en que se relataron los hechos, CMMT no obtuvo justicia porque el acto de sangrar fue leído por el juez de conocimiento como un elemento que exoneraba a su agresor de la conducta, dado que generaba una duda sobre su responsabilidad. Podría decirse que a CMMT se le ha condenado a no recibir justicia por sangrar. En este acápite se realiza un análisis frente a la decisión del operador judicial para establecer si incorporó el enfoque de género y si incurrió en violencia institucional.

Lo primero que debe decirse es que el juzgado desconoció la incorporación del enfoque de género por no aplicar reglas mínimas. El operador judicial indicó en su sentencia que a pesar de ser claro que el procesado desplegó una conducta reprochable, no podía emitir una condena porque el bien jurídico que se protegía con el delito de aborto sin consentimiento es el de la vida del no nacido y no era claro si la pérdida gestacional se había causado por la ingesta de la sustancia abortiva suministrada furtivamente o porque el embarazo era inviable. Según este raciocinio, el bien jurídico de la integridad personal de CMMT no encuentra cabida en el tipo penal del aborto sin consentimiento a pesar de que el mismo se encuentre consagrado en el título que protege la vida y la integridad personal. El operador desconoció el principio ya establecido frente a la protección del no nacido mediante la protección de la mujer⁵⁷.

femenina, el matrimonio infantil y forzado, la esterilización forzada, el aborto forzado y el embarazo forzado; y la cirugía y los tratamientos médicamente innecesarios, irreversibles e involuntarios practicados en niños intersexuales. (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2016, párr. 59).

⁵⁷ Este ha sido uno de los asuntos álgidos sometidos a discusión en el presente proceso, toda vez que la consideración de la representación de víctimas es que el delito de aborto sin consentimiento es de carácter pluriofensivo, es decir, no sólo vulnera el derecho a la vida del no nato sino que debe garantizar otros derechos. El argumento de la ubicación en el código penal es en absoluto pobre para sostener una hipótesis que reduce la protección frente a las mujeres gestantes y más aún para desconocer que dicha conducta constituye una violencia basada en género y que por tanto resulta imperioso incorporar el enfoque de género so pena de incurrir en violencia institucional. Debe recordarse que no existe en nuestro sistema penal un título dedicado a las violencias de género y que muchas de ellas se encuentran dispersas

El desconocimiento absoluto de la condición como sujeta de derechos de CMMT evidencia que la lógica del operador judicial carece en absoluto de la incorporación del enfoque de género. Dicho en otras palabras, al centrar su decisión únicamente en el resultado del aborto y no en una eventual tentativa y/o en el estudio sobre el consentimiento prestado por la mujer, el juzgado ignoró que debía incorporar el enfoque de género.

A pesar de haberse solicitado de manera expresa la incorporación de este enfoque por parte de la representación de víctimas y de haberse demostrado y argumentado por qué los hechos constituían violencia basada en género en la modalidad de violencia reproductiva, el despacho desconoció tales consideraciones. Más allá de traer tres citas textuales de doctrina y jurisprudencia que hablan del enfoque de género, el operador no realizó un análisis que tuviese relación con el caso, consideración de los intereses de CMMT y tampoco, cómo se supone que aplicó o dejó de aplicar las reglas traídas a colación. A renglón seguido de las referencias bibliográficas, indicó que es necesario mirar el caso desde la óptica de la imputación objetiva y con ello concretó su decisión⁵⁸.

No hubo en la sentencia un reconocimiento de los hechos como una violencia basada en género y tampoco como una violencia reproductiva. Se echa de menos en la decisión el reconocimiento de los daños o sufrimientos a que fue sometida CMMT con la conducta de AFML. En este sentido, el juez omitió dar aplicación a dos de las reglas fijadas por la Corte y enunciadas en acápite anterior, esto es, visibilizar con claridad en la decisión la situación específica de CMMT al proteger el derecho a la igualdad y a la no discriminación y, además, trabajar la argumentación de la sentencia

en el código, aun cuando no se enuncien como tal. Esto es lo que sucede por ejemplo con el delito de violencia intrafamiliar. A pesar de estar ubicado el Título VI que regula los delitos contra la familia, ha sido suficientemente decantado por parte de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia que este tipo penal no sólo protege a la familia, sino que protege a las mujeres víctimas en el marco de las relaciones familiares como sujetas de especial protección. No en vano se han expedido más de treinta pronunciamientos por parte de la CSJ en estos términos en los últimos años.

⁵⁸ De manera textual se lee en la sentencia:

En nuestro caso, desde la lógica de los argumentos de la fiscalía y conforme a la representante de la víctima, se tendría probado que al establecerse que el inculcado propició la ingesta de sustancia abortiva a la señora (...) y que por parte del grupo de médicos que declararon en el juicio se expuso que el sangrado no es preludio de aborto, se predicen satisfechos los requisitos para emitir una sentencia de condena, sin embargo, desde el mismo planteamiento del representante del ente persecutor, se entiende la necesidad de considerar el juicio de atribución desde la óptica de la teoría de la imputación objetiva. (Sentencia 011 de 2022, 2022)

con hermenéutica de género sin presencia de estereotipos y sexismos en los hechos acontecidos, en la valoración de las pruebas, en los alegatos y en las conclusiones de las partes⁵⁹.

En esta medida y en correspondencia con lo decantado por la Corte Constitucional, puede considerarse que esta es una decisión sin motivación por no incorporar enfoque de género aún cuando se trataba de una violencia contra una mujer y resultaba indispensable hacerlo.⁶⁰

En concordancia con esto, se evidencia que el juez no consideró los hechos y derechos en disputa⁶¹. Tal como se ha dicho, el despacho concluyó dando preponderancia al *principio in dubio pro reo*, que establece que toda duda es favorable al procesado. Aunque la aplicación del enfoque de género no desconoce este principio y la presunción de inocencia, es claro desde la jurisprudencia constitucional y los estándares internacionales que los operadores judiciales tienen el deber de valorar las pruebas tomando en cuenta las relaciones de poder, el contexto en el que los hechos ocurren y el hecho de que las partes no llegan en igualdad de armas a los procesos, lo que cuestiona la pretendida neutralidad de la administración de justicia.

Al ignorar a CMMT como víctima del punible, la decisión del Juzgado Noveno Penal del Circuito, desconoció los derechos a la dignidad humana, la libertad reproductiva, la vida privada y la intimidad, la integridad física y mental, el derecho a vivir una vida libre de violencias, a la igualdad y no discriminación y el derecho de acceso a la justicia de la misma.

En el presente caso se vulnera el derecho a la dignidad humana de CMMT, al desconocer su condición de sujeta de derechos y ponerla como un instrumento u objeto sobre el cual otros, específicamente AFML pueden tomar sus decisiones. Dicho sujeto, valiéndose de maniobras abusivas y fraudulentas, arrebató a CMMT como ser racional y moral la decisión que había asumido de ejercer la maternidad. Este acto afectó su derecho a la dignidad humana toda vez que

⁵⁹ Reglas x y viii. (Sentencia T 016 de 2022, 2022)

⁶⁰ Así lo ha dicho la Corte en algunas de sus decisiones de tutela y unificación. A manera de ejemplo se extracta que: *(...) siguiendo la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, la Sala Plena de la Corte Constitucional concluye que la decisión sin motivación se puede presentar cuando una decisión judicial no aplica la perspectiva de género, en aquellos eventos en donde los fundamentos fácticos dan cuenta de la necesidad de su aplicación, por cuanto ello puede implicar la solución incompleta de un problema puesto a consideración del juez de instancia.* (Sentencia T 016 de 2022, 2022)

⁶¹ Regla i. (Sentencia T 016 de 2022, 2022)

la puso en un lugar de ser instrumento de sus propósitos y decisión, sin que importara lo que ella había considerado frente a su proceso gestacional de manera libre y autónoma.

Así mismo, vulneró su derecho a la libertad, al haber desconocido su propio criterio, anulado su decisión e interferido en su autonomía para ejercer la maternidad en el momento en que se enteró de su embarazo. Dicha intervención configura un desconocimiento al derecho a la libertad de CMMT en sentido abstracto, y un desconocimiento a su libertad reproductiva y el contenido de varios derechos reproductivos en concreto.

También desconoció el núcleo esencial del derecho a la vida privada y a la intimidad de CMMT y se configuró un incumplimiento frente a la obligación de la protección estatal en la interferencia de un tercero como AFML en la misma. A propósito, resulta conveniente recordar que el ejercicio de la maternidad hace parte de las decisiones personalísimas, individuales e intransferibles de la mujer, tal como fue recordado en la sentencia C 055 de 2022⁶².

Adicionalmente, debe referirse que la acción desplegada por AFML, no solo generó la pérdida del producto gestacional en CMMT, sino que causó graves afectaciones en su integridad física y psicológica. Las afectaciones físicas fueron debidamente probadas en los estrados por todo el personal médico que dio cuenta de la cantidad de procedimientos a que tuvo que someterse la víctima por cuenta de la ingesta de la bebida suministrada por el procesado. Pero, además, CMMT sufrió afectaciones en su salud mental: constantemente hubo episodios de depresión y ansiedad

⁶² *La decisión de asumir la maternidad, en consecuencia, es (i) personalísima, porque impacta el proyecto de vida de la mujer, niña, adolescente o persona gestante que decide continuar y llevar a término un embarazo, no solo durante el periodo de gestación, sino más allá de él; (ii) individual, por el impacto físico y emocional que supone el desarrollo de la gestación en su experiencia vital y su propia existencia, e (iii) intransferible, porque la autonomía de la decisión de asumir la maternidad no puede ser trasladada a un tercero, salvo casos excepcionales en los que se haya previsto un previo consentimiento o existan razones sólidas para inferirlo. De este modo, se comprende que esta sea una decisión no susceptible de apropiación por parte del Estado o de otros particulares, sin perjuicio del deber constitucional de protección gradual e incremental de la vida en gestación cuyo cumplimiento compromete no sólo al Estado y a la sociedad, sino a las personas, en general, incluso a las mujeres, niñas y personas gestantes.*

395. *Como se advierte, la decisión de asumir o no la maternidad es un asunto íntimo y estrechamente vinculado al sistema de valores personales y de convicciones éticas y religiosas de quien puede gestar y constituye una de las principales expresiones de la naturaleza humana, y tanto quienes deciden hacerlo como quienes no lo hacen ejercen su libertad sexual y reproductiva y en ella ponen en práctica su sistema individual de creencias y valores.*(Sentencia C 055 de 2022, 2022, párr. 394)

generalizada por cuenta de la pérdida de su bebé, las cuales se ven reforzadas por la respuesta que ha dado el sistema judicial.

CMMT vio menoscabado su derecho a vivir una vida libre de violencias. El hecho constituyó una violencia basada en género en la modalidad de violencia reproductiva al encontrar comprometida su autonomía para tomar decisiones sobre la reproducción sin sufrir violencia y decidir libremente si deseaba o no tener hijas o hijos (Centro de Derechos Reproductivos, 2020)._CMMT quería ejercer la maternidad en ese momento y dicha posibilidad le fue arrebatada por AFML.

Ignorar el deseo de CMMT, evidencia que el juez la desconoció como sujeta de derechos y le otorgó el papel de “mero contenedor” de la vida gestacional⁶³. El Juzgado reprodujo un estereotipo que aún hoy encuentra un gran arraigo en la sociedad y es que las mujeres no podemos decidir sobre nuestro cuerpo y sexualidad de manera autónoma y libre. El fallo conlleva pensar que la criminalización sólo está dada para las mujeres que deciden sobre sus cuerpos, pero la impunidad sigue siendo regla cuando otros son quienes determinan el resultado sobre la vida y cuerpo del femenino.

Al configurarse estereotipos y al ser los mismos una forma de discriminación, se puede pensar que la decisión genera una violación directa de la Constitución por desconocimiento de los artículos 13 y 43 en tenor de lo dispuesto en la sentencia SU 349 de 2022.

Con todo lo expuesto, puede concluirse que el juez no actuó con debida diligencia . En gracia de discusión frente a la causa de la pérdida gestacional, el juez desconoció en su decisión que existió una efectiva puesta en peligro que se causó con la conducta de AFML, situación que da por sentada la existencia de la antijuridicidad debatida en estrados y que permitía condenar por tentativa de aborto sin consentimiento, ya que se demostró plenamente que existió actividad inequívocamente

⁶³ Esto se evidencia en la protección exclusiva al bien jurídico vida del no nacido y no a los derechos de CMMT como mujer. Ante la denuncia instaurada, el procesado y su defensor sostuvieron hipótesis que pretendían ponerla en el lugar de instrumentalización y que fueron avaladas por el Juez con su decisión: que su embarazo era mentira, que inventó todo porque estaba enamorada y porque quería dañar su carrera, que ella misma se había provocado la interrupción y que el aborto era inevitable por el sangrado previo que tenía; en últimas se reproducen los estereotipos referidos por la Corte, de *mujer mendaz, instrumental, fabulosa, co-responsable*.

dirigida al fin propuesto (Sentencia de Casación Penal, 2008) y que se presentaron los elementos de la tentativa.

Adicionalmente, su falta de diligencia se evidencia en la ausencia de despliegue de la facultades que le asisten al omitir la investigación oficiosa en materia de violencias contra las mujeres y la aplicación del principio de congruencia flexible⁶⁴.

Sobre lo primero, al comprobar que se había configurado una violencia basada en género, el Juez pudo remitir la investigación a otro despacho en virtud de lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 74 de la ley 906 de 2004, que establece que “*No será necesario querrela para iniciar la acción penal respecto de casos de flagrancia o en los cuales el sujeto pasivo sea menor de edad, inimputable o se refieran a presuntas conductas punibles de violencia contra la mujer*”(Congreso de la República, 2004).

Adicionalmente, pudo acudir al principio de congruencia flexible decantado por la Corte Suprema de Justicia y con base en el cual se establece que siempre y cuando los supuestos fácticos no cambien y el delito no implique una pena más gravosa, puede condenarse por otro delito de la misma especie⁶⁵.

Otra de las graves omisiones en el presente caso, fue la de desconocer los precedentes judiciales existentes; si bien es cierto que en el país hay pocas sentencias -como ya se dijo en un acápite anterior-, se puede evidenciar que hubo condenas cuando se produjo la muerte del no nacido o se

⁶⁴ Al comprobar el Juez la conducta reprochable del procesado, indicó en la audiencia del sentido del fallo que la Fiscalía pudo imputar el delito de lesiones personales para lograr la protección de los derechos de la víctima y en lo demás guardó silencio.

⁶⁵ Esta posición ha sido decantada por la CSJ en múltiples decisiones. Al respecto dice la CSJ que:

La Sala tiene precisado que «la acusación es un acto dúctil que permite incluso, sin causar infracción al debido proceso, condenar por “delitos” distintos al formulado», en concreto, cuando «(i) la nueva imputación corresponda a una conducta del mismo género (ii) se trate de un delito de menor entidad, y (iii), la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación»⁶⁶.

Aun cuando la Corporación inicialmente sostuvo que la posibilidad que tiene el sentenciador de condenar por un delito distinto al acusado estaba condicionada a que la Fiscalía así lo solicitara, dicho criterio fue revisado con posterioridad, de modo que actualmente no constituye condición necesaria para la variación de la calificación jurídica de la conducta (Sentencia SP107—2018, 2018)

atentó en este sentido⁶⁶. Inclusive en el precedente judicial del Tribunal Superior de Medellín en contra de Iván Santiago Echeverry, se constató que hubo condena aun cuando existía una infección urinaria que presentaba la mujer y que estaba siendo tratada porque podía producirse un aborto por esta razón.

Resulta paradójico encontrar que en ninguno de los procesos que cursaron hubo una pregunta a la víctima sobre sangrados previos para buscar absolver al procesado. Esta conducta además de redundar en la revictimización de CMMT y contrariar una regla básica del análisis con enfoque de género, evidencia que el derecho penal suele ser insuficiente cuando se trata de proteger los derechos de las mujeres víctimas, pero bastante eficiente cuando se trata de su persecución.

Muchas han sido las mujeres criminalizadas y judicializadas en Colombia por abortar. Pocas las probabilidades de ser absueltas en el marco de un proceso penal, por haber presentado sangrados previos.⁶⁷ Muy seguramente podremos encontrar en los relatos de quienes han pasado por estrados judiciales que nunca existió la pregunta por hemorragias anteriores a la ingesta de pastillas o prácticas quirúrgicas para interrumpir el proceso de gestación y menos aún, que hubo extinción de la acción penal o una sentencia favorable a sus intereses en caso de haber existido tal hecho.

Esto, sin embargo, no es lo que ocurre cuando es otro quien decide sobre el proceso gestacional de una mujer, máxime cuando ese otro está revestido del poder “propio” de la masculinidad, lo que evidencia que una regla más es desconocida en el presente caso: la de analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial.

⁶⁶ Esto aun cuando en las teorías del caso que sostuvieron los defensores de los procesados, ponían a todas las mujeres a las cuales se le practicó el aborto en el lugar de ser objetos de instrumentalización o culpabilización.

⁶⁷ Si bien se reconoce que hay avances significativos en la actualidad frente a la despenalización del delito de aborto en Colombia (lo que probablemente conllevará a disminuir significativamente la persecución penal), no puede perderse de vista que siguen existiendo condicionantes para las mujeres que deciden interrumpir su proceso de gestación –como hacerlo antes de la semana 24–, so pena de ser criminalizadas.

Según el informe sobre la Criminalización del Aborto en Colombia de julio de 2021, entre 1998 y 2019, se han iniciado alrededor de 5.500 investigaciones contra mujeres que han interrumpido su proceso de gestación, de las cuales se registran 879 acusaciones frente a jueces y 346 sentencias condenatorias (La Mesa por la vida y la salud de las mujeres, 2021, pág. 24)

Por otro lado, la decisión evidencia que el juez no adoptó criterios de flexibilidad de la carga probatoria, a pesar de ser un caso de violencia basada en género. En el presente caso, no sólo no se flexibilizó la carga, sino que además el Juez pretendió que se lograra probar en juicio más allá de toda duda, no la culpabilidad del procesado, sino la viabilidad del embarazo, lo que resulta a todas luces una expectativa inverosímil, irracional e ilegítima. Con la lógica del operador judicial, se han impuesto cargas irracionales y en absoluta desproporcionadas a CMMT. ¿Quién puede demostrar más allá de toda duda la viabilidad de un embarazo hasta su culminación? Ni la ciencia tiene esa capacidad y menos aún una mujer que sangró, como más del 50% de las mujeres en proceso de gestación en el primer trimestre, como fue indicado por personal experto en salud que pasó por los estrados judiciales.

Actuar por fuera de los límites de la sana crítica y la racionalidad en lo que respecta a la valoración probatoria como en este caso, configura un defecto fáctico tal como ha sido ya advertido por la Corte Constitucional en muchos de sus pronunciamientos⁶⁸.

Ante este panorama se concluye que el Juez desconoció el enfoque de género, y, de hecho, hizo todo lo que no se debe hacer por parte de los operadores judiciales cuando se trata de violencias basadas en género. El Juez perdió de vista la regla básica del rol transformador de las decisiones judiciales para combatir la discriminación y las violencias contra las mujeres, y en cambio, perpetró una violencia más en contra de CMMT: la violencia institucional. Aunque no existe controversia sobre la imposibilidad de condenar cuando existe duda razonable a favor del procesado, lo que se observa en el presente caso es que no existía tal duda, sino la plena convicción de su reprochable

⁶⁸ Al respecto ha dicho la Corte que:

*11. Esta Corporación estableció, en su múltiple jurisprudencia, que el defecto fáctico se configura cuando: (i) existe una omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias en el proceso; (ii) se verifica una valoración caprichosa y arbitraria de las pruebas presentadas; o (iii) no se valora en su integridad el material probatorio. Asimismo, esta Corte puntualizó que el defecto estudiado tiene dos dimensiones, una **positiva** y otra **negativa***
*12. La **primera** se presenta cuando el juez efectúa una valoración por “completo equivocada”, o fundamenta su decisión en una prueba no apta para ello. Esta dimensión implica la evaluación de errores en la apreciación del hecho o de la prueba que se presentan cuando el juzgador se equivoca: i) al fijar el contenido de la misma, porque la distorsiona, cercena o adiciona en su expresión fáctica y hace que produzca efectos que objetivamente no se establecen de ella; o ii) porque al momento de otorgarle mérito persuasivo a una prueba, el juez se aparta de los criterios técnico-científicos o de los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia o las reglas de la experiencia, es decir, no aplica los principios de la sana crítica, como método de valoración probatoria (Sentencia T 338 de 2018, 2018, párr. 338)*

conducta, pese a lo cual se le absuelve con el argumento de que se trataba de un tipo penal de resultado, en donde fue imposible demostrar la conexión entre el aborto y el acto del agresor. La incorporación del enfoque de género y la valoración del tipo penal más allá de los bienes jurídicos del no nato, habrían dado lugar a una decisión condenatoria.

El Estado le falló a CMMT y le ha condenado a no recibir justicia por sangrar. Al tiempo, ha favorecido a AFML por desangrarla, esto es, por despojarla de su derecho a maternar. Como consecuencia de ello, ha transmitido a la sociedad un mensaje devastador y es el de la impunidad cuando se trata de violencias contra las mujeres.

Conclusiones

Alrededor del estudio de un caso de aborto sin consentimiento en el cual el Juez de Primera instancia decidió absolver al procesado, aún cuando quedó plenamente demostrado en juicio que suministró furtivamente una bebida abortiva a la mujer gestante, se presentaron una serie de reflexiones acerca del tipo penal del aborto sin consentimiento y los retos que presenta su aplicación a fin de lograr la protección del derecho penal con la víctima.

El rastreo bibliográfico muestra que en el derecho internacional y nacional existe un consenso acerca del aborto sin consentimiento como un hecho de violencia contra las mujeres, en particular, de violencia reproductiva. Esto contrasta con el poco desarrollo en la doctrina y jurisprudencia colombiana, que obedece a que son pocos los casos que llegan a instancias judiciales y más pocos aun los que culminan con una decisión de fondo que genere reflexiones en los operadores de justicia. Según datos de la Mesa por la vida y la Salud de las Mujeres, en el lapso de 21 años (entre 1997 y 2018), hubo 1.667 denuncias presentadas por aborto sin consentimiento, lo que equivale en promedio a 55 casos por año. De este universo de casos, el 54% fueron archivados, sólo un 6,77% tuvieron imputaciones, 5,14% acusación y 4,63% condenas.

En lo que respecta al derecho a maternar debe decirse que, aun cuando no existe un tratado de derechos sexuales y reproductivos, diversos órganos de derechos humanos han establecido que se deben adoptar medidas para proteger la autonomía de las mujeres y que las mujeres en estado de

gestación se consideran sujetos de especial protección, toda vez que se considera que la protección del no nacido se efectúa mediante la protección del ser gestante.

Como ha sucedido con muchos de los derechos humanos de las mujeres, los derechos sexuales y reproductivos han sido desarrollados por vía jurisprudencial y por esta misma ruta se ha precisado que distintos procedimientos o actos que atentan contra la autonomía de las mujeres, entre los que se mencionan la esterilización forzada y la prohibición de la fecundación in vitro, constituyen una violencia basada en género en la modalidad de violencia reproductiva. A la fecha, no existen casos de abortos sin consentimiento sometidos al SIDH, pero por la similitud en las características con otras violencias reproductivas, pueden deducirse similares conclusiones.

Un análisis desde el enfoque de derechos humanos y de género realizado frente a los casos sometidos ante la jurisdicción penal, debería concluir el carácter pluriofensivo del tipo penal y considerar que el aborto sin consentimiento genera daños materiales e inmateriales de la mujer gestante y menoscaba los derechos reproductivos que implican la autonomía reproductiva de quien lo padece, entendida dicha autonomía como la capacidad de las personas de decidir si quieren tener hijos /as o no cuándo, con qué frecuencia y el número, sin coacción, violencia o discriminación.

El alcance de los derechos reproductivos para las mujeres es diferente por cuanto existen factores biológicos, socioeconómicos y psicosociales que atraviesan su cuerpo. En razón de ello, resulta imperioso implementar el enfoque de género cuando se analizan violencias reproductivas en general y casos de aborto sin consentimiento en particular. Dicha perspectiva permite ver que existe una intrínseca relación entre la autonomía reproductiva y autodeterminación, con otros derechos entre los que se encuentran la dignidad humana, la libertad reproductiva, la integridad física y moral, la vida privada y la intimidad, la igualdad y no discriminación y el derecho a vivir una vida libre de violencia.

Impedir a una mujer la decisión de conformar una familia y los términos en que quiere hacerlo, significa relegarla a un lugar de minoría de edad en la que se niega su capacidad de dirigir su vida conforme a sus convicciones por creerla incapaz de asumir sus consecuencias. La determinación sobre cuándo procrear, cuánto procrear y cómo procrear (al igual que muchas otras determinaciones

sobre los cuerpos de las mujeres), ha estado en manos de otros, que, bajo nociones estereotipadas, las despojan de libertad y autonomía para tomar sus propias decisiones.

Los estereotipos de género frente a la competencia y capacidad de las mujeres para adoptar decisiones y los roles de género frente a la maternidad, limitan su autonomía. La práctica del aborto sin consentimiento se explica fundamentalmente a partir de estereotipos de género que deniegan el trato a las mujeres como agentes morales capaces de tomar decisiones.

Estos estereotipos fueron los que condujeron al operador judicial a absolver al procesado en el caso objeto de estudio. El análisis permite evidenciar que las reglas fijadas para incorporar el enfoque de género fueron desconocidas casi en su totalidad, lo que conllevó al Juez a denegar el acceso a la justicia de CMMT y desplegar una nueva violencia en contra de ella: la violencia institucional.

En síntesis, tramitar las denuncias por aborto sin consentimiento con perspectiva de género, necesariamente implica tomar en cuenta el carácter pluriofensivo de este tipo penal y centrar su análisis no solo en la materialización del acto del aborto, sino en el consentimiento que la mujer prestó o no para el procedimiento, así como en los impactos que esa imposición pudo tener tanto en la expectativa de vida del no nato, como en los derechos de la mujer. Ignorar que las mujeres también son sujeto pasivo del aborto sin consentimiento es abiertamente contrario a todos los estándares internacionales y nacionales que imponen al Estado colombiano deberes específicos para enfrentar integralmente la violencia contra las mujeres. Transformar las condiciones que la hacen posible necesariamente debe poner en evidencia la discriminación que sufren tanto por parte de sus agresores, como en su paso por la administración de justicia.

Bibliografía

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1968). *Acta Final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos Teherán.* <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N68/958/84/PDF/N6895884.pdf?OpenElement>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1975). *Informe de la Conferencia Mundial del año Internacional de la Mujer.* <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N76/353/99/PDF/N7635399.pdf?OpenElement>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1994). *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo El Cairo.* https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD_programme_of_action_es.pdf

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1995). *Plataforma de Acción de Beijing.* <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/9853.pdf>

Centro de Derechos Reproductivos. (2020). *Una radiografía Sobre la Violencia Reproductiva contra mujeres y niñas durante el Conflicto Armado colombiano.* <https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2020/12/Violencia-Reproductiva-en-el-conflicto-armado-colombiano.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). *Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos.* <https://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/SaludMaterna2010.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011a). *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema interamericano de derechos humanos: Desarrollo y aplicación.* <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EstandaresJuridicos.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011b). *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos.*

<https://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ACCESO%20INFORMACION%20MUJERES.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe*. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf>

Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. (2018). *Construcción de la Justicia de género en Colombia: El influjo de los estereotipos*. <https://lector.ramajudicial.gov.co/SIBD/VIDEOTECA/Publicaciones/00000000/2765//index.html>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). *Observación general núm. 14 (2000), relativa al El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2016). *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*.

Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1990). *Recomendación General No. 14: La circuncisión femenina*. https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/00_4_obs_grales_CEDAW.html

Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1992). *Recomendación General No. 19: La violencia contra la mujer*. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/INTOR/cedaw-19-violencia-contra-la-mujer.pdf>

Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1999). *Recomendación General No. 24: La mujer y la salud*. https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/00_4_obs_grales_CEDAW.html

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2017). *Recomendación General*

No. 35: *Sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza recomendación general num. 19.* <https://www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-recommendation-no-35-gender-based-violence>

Congreso de la República. (2000). *Ley 599 de 2000.* http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

Congreso de la República. (2004). *Ley 906 de 2004.* http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Consejo de Derechos Humanos. (2010). *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la mortalidad y morbilidad materna prevenible y los derechos humanos.*

Consejo de Derechos Humanos. (2019a). *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias: Violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias.* <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/178/34/PDF/G1917834.pdf?OpenElement>

Consejo de Derechos Humanos. (2019b). *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias: Enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva, con especial hincapié en la atención del parto y la violencia obstétrica.* <https://digitallibrary.un.org/record/3823698>

Consejo de Derechos Humanos. (2022a). *Informe de la Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental: La violencia y su impacto en el derecho a la salud.* <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/310/94/PDF/G2231094.pdf?OpenElement>

Consejo de Derechos Humanos. (2022b). *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Orientaciones técnicas sobre la aplicación de un enfoque basado en los derechos humanos a la ejecución de las políticas y los programas destinados a reducir la mortalidad y morbilidad prevenibles asociadas a la maternidad.*

Consejo Económico y Social. (1999). *Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la*

mujer, sus causas y consecuencias: Políticas y prácticas que repercuten sobre los derechos reproductivos de la mujer y contribuyen a la violencia contra la mujer, la causan o la constituyen.

<https://documents-dds->

[ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/103/29/PDF/G9910329.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/103/29/PDF/G9910329.pdf?OpenElement)

Sentencia T 881 de 2002, Expedientes T-542060 y T-602073 (17 de octubre de 2002).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-881-02.htm>

Sentencia T 634 de 2013, Expediente T-3900495 (13 de septiembre de 2013).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-634-13.htm>

Sentencia T 878 de 2014, Expediente T-4.190.881 (18 de noviembre de 2014).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-878-14.htm>

Sentencia T 772 de 2015, Expediente T-4.991.216 (16 de diciembre de 2015).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-772-15.htm>

Sentencia T 012 de 2016, Expediente T- 4.970.917 (22 de enero de 2016).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-012-16.htm>

Sentencia T 241 de 2016, Expediente T – 5.310.907 (16 de mayo de 2016).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-241-16.htm>

Sentencia T 027 de 2017, Expediente T-5.742.929 (23 de enero de 2017).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-027-17.htm>

Sentencia T 145 de 2017, Expediente T-5780914 (7 de marzo de 2017).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-145-17.htm>

Sentencia T 184 de 2017, Expediente T-5853839 (28 de marzo de 2017).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-184-17.htm>

Sentencia T 590 de 2017, Expediente T-6.186.420 (21 de septiembre de 2017).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-590-17.htm>

Sentencia T 735 de 2017, Expediente T-6.026.773 (15 de diciembre de 2017).

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-735-17.htm>

Sentencia T 126 de 2018, Expediente T- 6.326.145 (12 de abril de 2018).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-126-18.htm>

Sentencia T 338 de 2018, Expediente T-6.702.009 (22 de agosto de 2018).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-338-18.htm>

Sentencia SU 096 de 2018, Expediente T-6.612.909 (17 de octubre de 2018).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU096-18.htm>

Sentencia T 093 de 2019, Expediente T-6.935.616. (5 de marzo de 2019).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-093-19.htm>

Sentencia T 140 de 2021, Expediente T-7.936.421 (14 de mayo de 2021).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/T-140-21.htm>

Sentencia T 016 de 2022, Expediente T-8.335.196 (24 de enero de 2022).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/T-016-22.htm>

Sentencia SU 048 de 2022, Expediente T-8.303.929 (16 de febrero de 2022).
[https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/SU048-22.htm#:~:text=Sentencia%20de%20primera%20instancia%20\(Reparaci%C3%B3n%20directa\)&text=Seg%C3%BAAn%20indic%C3%B3%2C%20de%20conformidad%20con,de%20falla%20del%20servicio%20m%C3%A9dico.](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/SU048-22.htm#:~:text=Sentencia%20de%20primera%20instancia%20(Reparaci%C3%B3n%20directa)&text=Seg%C3%BAAn%20indic%C3%B3%2C%20de%20conformidad%20con,de%20falla%20del%20servicio%20m%C3%A9dico.)

Sentencia C 055 de 2022, Expediente D-13.956 (21 de febrero de 2022).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/C-055-22.htm>

Sentencia SU 349 de 2022, Expediente T-8.603.077 (6 de octubre de 2022).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/SU349-22.htm>

Sentencia T 064 de 2023, Expediente T-8.938.896 (13 de marzo de 2023).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2023/T-064-23.htm>

Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación IN VITRO) VS Costa Rica, (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2012).
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Caso I.V. VS Bolivia, (Corte Interamericana de Derechos Humanos 30 de noviembre de 2016).
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf

Caso Manuela y otros VS El Salvador, (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de noviembre de 2021). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2022). *Opinión consultiva OC-29/22*.
<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/resumenes-sentencias-coidh/2022-12/Serie%20A%20OC%2029.pdf>

Caso Brítez Arce y otros VS. Argentina, (Corte Interamericana de Derechos Humanos 16 de noviembre de 2022). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_474_esp.pdf

Caso Angulo Losada VS Bolivia, (Corte Interamericana de Derechos Humanos 18 de noviembre de 2022). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_475_esp.pdf

Sentencia 25974 de 2007, Proceso No 25974 (8 de agosto de 2007).
https://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/jurisprudencia/sentencia_corte_suprema_de_colombia-proceso_25974_08-08-07.pdf

Sentencia SP8344-2015, Radicación No. 44791 (1 de julio de 2015).
<https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1jul2015/SP8344-2015.pdf>

Sentencia SP15267—2016, Radicación No. 46075 (24 de octubre de 2016).
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia SP16731—2017, Radicación No. 45964 (27 de septiembre de 2017).
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia SP107—2018, Radicado N° 49799 (7 de febrero de 2018), Español.

Sentencia SP2131-2019, Radicación No. 50963 (12 de junio de 2019).
<http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

Sentencia SP1175—2020, Radicación No. 52341 (10 de junio de 2020), Español.
<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2jun2020/SP1175->

2020(52341).pdf

Sentencia SP2916—2020, Radicado No 55653 (29 de julio de 2020).
[https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2ago2020/SP2916-2020\(55653\).pdf](https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b2ago2020/SP2916-2020(55653).pdf)

Gordillo C, A. M. (2004). ¿Qué es lo novedoso del método de investigación feminista? *Encuentro 2005*, 70, 7-16.

Sentencia 011 de 2022, 05 001 60 00206 2018 05670 NI. 2019-216727 (22 de marzo de 2022).

Sentencia No. 070—2016, Radicado 761116000165201502075 (27 de junio de 2016).

Sentencia, Radicado 68081-6000-135-2010-00761 (17 de junio de 2013).

La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres. (2021). *La Criminalización del Aborto en Colombia*.
https://despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2021/08/La-criminalizacioi%CC%80n-del-aborto-en-Colombia_LaMesa-1.pdf

Larrauri, E. (2018). *Criminología crítica y violencia de género*.

Mecanismo de Seguimiento de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. (2021). *Recomendación General No. 3 del Comité de Expertas del MESECVI 3: La figura del consentimiento en casos de violencia sexual contra las mujeres por razones de género*.

https://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI_Cevi_doc.267_21.ESP.RecomendacionGeneralConsentimientoSexual.XVIII%20CEVI.pdf

Roxin, C. (s. f.). *Derecho Penal Parte General Tomo 1. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*. Civitas.

Sentencia T 462 de 2018, Expediente T-6.328.979 (3 de diciembre de 2018).
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-462-18.htm>

Tantaleán Odar, R. M. (2016, febrero 1). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y cambio social*.

Sentencia 024-2021, Expediente 050016000206201651814 (26 de julio de 2021).

Sentencia E.R.G. Ejército Revolucionario Guevarista y Frente ERNESTO CHE GUEVARA DEL E.L.N., 110016000253200883621. (16 de diciembre de 2015).
<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/6342975/6634902/2020.07.31-sentencia-bloque-erg-olimpo-sanchez-caro-y-otros-terminacion-anticipada--.pdf/55a1498d-623b-46e5-ba88-9c5203b33d59>

Sentencia No. 003—2022, N.º 6.600131070022017e+22 (26 de enero de 2022).
<https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/not/penal22/avisos/123070demanda31032022.pdf>

Vivas, E. (2020). *Mamá desobediente: Una mirada feminista a la maternidad*. Catalonia.