

El subregistro del aborto como expresión de punibilidad*

*Fabio Humar Jaramillo***

Resumen: En el artículo se comparan las cifras de las noticias criminales en torno al aborto y aquellas que distintas organizaciones han reportado sobre la ocurrencia de este hecho en la sociedad, además de describir la legislación y jurisprudencia sobre el aborto como conducta típica. A partir de esa comparación, se encontró que existe un subregistro y, para explicar esto, se proponen dos hipótesis: a) el Estado no tiene los mecanismos para perseguir esta conducta, o b) es posible que, en Colombia, el aborto sea socialmente aceptado. Finalmente, se cuestiona que aun se persiga esta conducta y se defiende la posibilidad de encontrar otras medidas de política pública para regular este fenómeno.

Palabras clave: Política criminal, aborto, subregistro, eficacia.

Abstract: This paper compares the number of criminal reports regarding abortion with the number of cases registered by different organizations focused on the actual occurrence of this practice in society. It also deals with the laws and the jurisprudence in which abortion is considered statutorily defined. Since the comparative data showed that abortion had been under-recorded, two hypotheses are advanced to explain this phenomenon: (1) the State does not have the necessary mechanisms to follow the trail of this behavior; and (2) in Colombia, the abortion may be likely socially acceptable. Finally, this paper criticizes the fact that abortion is still persecuted and stands up for the possibility of creating proper measures to regulate such a phenomenon.

Keywords: Crime policy, abortion, under-record, efficiency.

* Texto de la ponencia presentada en el conversatorio “Aborto y Estado Laico”, organizado por el Departamento de Derecho Penal de la Escuela Mayor de Derecho el 29 de abril de 2021.

** Especialista en Derecho Penal; Profesor Ad honorem adscrito a la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia. E-Mail: fhumar@fabiohumar.com

Introducción

La discusión sobre la conveniencia de la tipificación del aborto aún es un debate vivo sobre el cual distintos sectores de la sociedad se siguen enfrentando; hay varios discursos que están entremezclados en este tema. Adicional al discurso *jurídico*, aparecen el discurso *moral*—como adecuadamente lo expone Dworkin (1993)—y el *político*. Sin embargo, un eje que suele dejarse de lado en el debate público es aquel relacionado con las cifras, las cuales suelen usarse para evaluar las distintas medidas que se toman en torno a cualquier fenómeno de la sociedad. Así pues, en el presente trabajo, se hace una evaluación de las cifras que se tienen en materia penal sobre el aborto penalizado. Sin embargo, antes de ello se determina qué se entiende por aborto y cuál ha sido su desarrollo legal en Colombia.

La definición etimológica de aborto parte del concepto *abortus* el cual deriva, a su vez, del verbo ‘abrir’ “que es una palabra compuesta por *ab* = de (indica separación) y *orior* = levantarse, salir, nacer” (Miranda, 1986, p. 2). Desde el punto de vista médico, este fenómeno es definido como “la interrupción del embarazo cuando (...) el embrión o feto todavía no es viable fuera del vientre materno” (Astete *et al.*, 2014, p. 1450) y tiene dos causales: la primera es el aborto espontáneo, es decir, “cuando ocurre de una manera natural sin que haya la intención para hacerse” (Astete *et al.*, 2014, p. 1450); y la segunda, la que más importa en el derecho penal, el aborto inducido, es decir, el que surge como resultado de maniobras practicadas por una persona con la intención de interrumpir el embarazo (Johnson *et al.*, 2011, p. 20), ya sea por la madre o terceros. Para el derecho penal, la importancia del aborto inducido radica en que se encuentra involucrada la voluntad de la mujer gestante lo que le otorga relevancia jurídica, pues existe una conducta de la cual es posible predicar, o al menos evaluar, si vulnera el bien jurídico de la vida.

El aborto en el derecho penal colombiano

En los delitos consignados en el derecho positivo como atentatorios contra la vida y la integridad de la persona, se encuentra el aborto. En el Código Penal (CP) se protege principalmente la expectativa de la vida desde la fecundación (Velásquez, 2013), es decir, lo que se puede conocer como la “vida dependiente”. Sin embargo, hay otros casos en los cuales “el legislador también considera la especial protección penal de la mujer y sus derechos humanos a la integridad personal y a la autonomía sexual y reproductiva” (Posada, 2020, p. 15).

El aborto, tal y como lo expone el profesor Ricardo Posada Maya (2019), se define de la siguiente manera desde el ángulo del derecho penal:

La interrupción del embarazo o del proceso que gestación que, por causas deliberadamente provocadas o violentas, solo es el efecto necesario del verdadero resultado punible, según la ratio del tipo penal: la aniquilación de la vida biológica del embrión o feto –se expulse esté o no del vientre materno–. (Posada, 2019, pp. 156-157).

Esta definición es compatible con la de aborto inducido, aunque, como es esperable, una definición desde el punto de vista penal requiere necesariamente remitirse a conceptos propios de esta disciplina. Las prácticas relacionadas con el aborto se encuentran tipificadas como delitos en los artículos 118, 122, 123 y 139E del CP (Ley 599 de 2000). El Artículo 118 habla del parto o aborto preterintencional (CP, 2000), de rarísima ocurrencia, según las estadísticas. El artículo 122 describe el aborto propiamente dicho (CP, 2000), de mayor ocurrencia, y, por lo tanto, con una tasa investigativa más alta. El artículo 123 se refiere al aborto sin consentimiento (CP, 2000) de muy baja ocurrencia en las estadísticas. Finalmente, el artículo 139E se refiere al aborto forzado en persona protegida (CP, 2000), del cual no se dispone de suficiente *data*.

Sobre las anteriores normas, a excepción del artículo 122, doctrinalmente no hay mayor debate. Tales tipos penales son de una gravedad tal que no solo resulta afectado el bien jurídico de “vida dependiente” del *nasciturus*

sino, también, la integridad física y la libertad reproductiva de la madre, como ya se mencionó. Así mismo, en el caso del artículo 139E, se vulneran los principios del derecho internacional humanitario. Sin embargo, frente al contenido del artículo 122, ha surgido un debate sobre el tipo penal de aborto dado que, según este artículo, la mujer en estado de embarazo deja de ser un sujeto pasivo de la conducta y adquiere la posibilidad de ocupar el rol de sujeto activo. Esto puede ocurrir, como se evidencia en la redacción de la norma, por dos conductas alternativas: cuando la mujer en estado de embarazo practica un autoaborto, es decir, ella misma causa la muerte del embrión o feto, y cuando ella otorga su consentimiento para que un tercero realice la respectiva acción de causar el aborto.

En el primero de los supuestos, la única autora del delito sería la mujer en estado de embarazo, por lo que es imposible predicar una coautoría, aunque sí puede existir la complicidad. En el segundo supuesto, únicamente se admitiría la figura de la coautoría por lo que la mujer en estado de embarazo y el tercero son los coautores del delito; al igual que en el autoaborto se admitiría la figura de complicidad. No obstante, en ambos escenarios todavía hay un disenso bastante considerable puesto que, como suele suceder en la mayoría de los temas regulados por el derecho, hay discusiones que exceden el ámbito penal. En el caso del aborto, además, hay posturas éticas, políticas y religiosas sobre su despenalización (Palacio *et al.*, 2015; Aguirre *et al.*, 2015, p. 170).

Con todo, inclusive en el ámbito jurídico, ha habido suficiente discusión. Por ejemplo, en la Corte Constitucional se han producido constantes salvamentos de voto de algunos magistrados y se han emitido diversas posiciones respecto al tema (El Tiempo, 2018). Además, en otros sectores, como la Comisión Asesora de Política Criminal (2012), se ha defendido que la despenalización del aborto es posible constitucionalmente, si se siguen las recomendaciones internacionales (p. 75).

Los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo

Si bien la dogmática estricta del CP y la jurisprudencia son claras sobre el tema dada la magnitud del debate, sigue en pie el piso mínimo propuesto por la Corte cuando señaló tres supuestos que exceptúan la aplicación del CP en estos asuntos (Sent. C-355 de 2006, CConst., aunque sin olvidar el pronunciamiento contenido en la Sentencia C-055 de 21 de febrero de 2022.). Esto constituye un avance apenas indudable y natural en los derechos de las mujeres aunque, desde la publicación de la sentencia, lastimosamente se ha sostenido que en realidad la jurisprudencia de la Corte sobre este hecho no ha sido lo suficientemente sólida (Molina & Roldán, 2006, pp. 22-23).

Tal y como afirman Aguirre *et al.* (2015, pp. 181-182), para justificar su razonamiento, la Corte señaló que se debía realizar una ponderación entre la vida de la mujer y la vida del *nasciturus*. En esta medida, y al estar el Congreso restringido por límites constitucionales, la completa penalización del aborto implicaría la total preeminencia de los derechos del *nasciturus* sobre los de la mujer, lo cual sería inconstitucional. Así pues, los supuestos que señaló la Corte son los siguientes:

- (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto (Sent. C-355 de 2006, CConst.).

El primero de los eventos de aborto atípico obedece a un estado de necesidad, dado que se amenazan dos bienes jurídicos: la “vida dependiente del embrión o feto” y la “vida autónoma de la madre”. No hay duda de que la mujer, en este caso, tiene plenas libertades para determinar que su vida prima sobre la del *nasciturus*, aunque puede decidir continuar con el embarazo (Mendoza, 2012). Ante este posible conflicto el Estado no puede entrar a penalizar, de ninguna manera, las acciones de salvación de la madre

o por terceros sobre la madre, siempre y cuando ella haya emitido un consentimiento en ese sentido, si es que lo puede emitir.

La segunda forma de aborto atípico se relaciona directamente con el concepto de dignidad humana, quizás el único derecho absoluto que tiene el ordenamiento jurídico (Sent. C-143 de 2015, CConst.; Const. Pol., Art. 1). En consonancia con esto último, permitir el nacimiento de una criatura que ostente severas malformaciones de tal calibre que hagan inviable su vida fuera del útero sería someterla a tratos crueles e inhumanos. Por ello, la madre tendría la facultad legal de interrumpir su embarazo; aun así, si ella opta por continuar, esto no puede derivar en ningún momento en una sanción posterior. No hay que confundir esta segunda causal con el denominado “aborto eugenésico”. Esta causal cobija, específicamente, graves malformaciones del feto y proscribire la interrupción cuando dichas enfermedades pueden ser curadas, aunque no está relacionada con los esfuerzos por mejorar a la especie humana (Sent. SU-096 de 2018, CConst.).

La tercera causal del aborto atípico también está absolutamente ligada al concepto de dignidad humana (Ferrer, 2010). Nótese que en estos supuestos el embarazo es provocado por un evento delictivo, traumático y sin consentimiento de ningún tipo por parte de un sujeto que ha decidido infligir un dolor a la mujer, razón por la cual resulta desproporcionado que el Estado obligue a la mujer a continuar el embarazo, so pena de cometer el delito de aborto. Por lo tanto, es una forma de revictimización y de instrumentalización por parte del violador (MSPS y UNFPA, 2014b) y del Estado juzgar a una mujer que ha sido víctima de un delito. De nuevo, esto no implica que la mujer no sea libre de decidir si termina el embarazo o no. De hecho, ella puede decidir continuar, si se siguen los protocolos que se hayan determinado jurisprudencial o legalmente, aunque se debe procurar que estos no representen cargas desproporcionadas para la mujer (Sent. T-009 de 2009, CConst.).

Sin embargo, en la práctica han existido para las mujeres barreras que se traducen en largos trámites y dilaciones que contravienen los preceptos jurisprudenciales antes descritos para el acceso a la interrupción voluntaria

del embarazo. Según datos de la Mesa por la Vida y la Salud de Mujeres en el texto “Barreras de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia”, ellas pueden versar sobre tres temas:

(a) El desconocimiento normativo. Relacionado, principalmente, con la falta de información y de familiaridad con el marco legal vigente, y las obligaciones derivadas de este (...) (b) La interpretación restrictiva del marco legal. Relacionada con una comprensión errónea de los marcos regulatorios vigentes en el país y, en especial, de la jurisprudencia constitucional en la materia. (...) (c) Las fallas en la prestación de los servicios. Asociadas a la actuación o a la actitud de los funcionarios/as y prestadores de servicios de salud que incumplen con su obligación de garantizar el acceso seguro al servicio de aborto (González & Castro, 2017).

La ocurrencia de estos tres escenarios ha sido documentada por fundaciones, como Oriéntame, o por organizaciones sin ánimo de lucro, como Profamilia. Oriéntame, en el 2015, reportó 8.897 abortos con registro, de estos se indicó que menos del 0,001% eran producto de violencia sexual. Según la investigación de Picasso (2017, p. 2), dentro de las barreras impuestas a las mujeres gestantes, hay dificultades para acceder a la interrupción voluntaria cuando la concepción ha sido producto de violencia sexual. En parte, reconocer la ocurrencia de un hecho traumático es un proceso complejo que lleva a muchas mujeres a no presentar una denuncia ante el temor de ser el blanco de reproches o a enfrentar a su agresor. Ahora bien, aquellas que sí acuden a la justicia, en muchas ocasiones, deben padecer el hecho de que su caso no sea atendido con la debida diligencia e, incluso, nunca se resuelve nada al respecto. Por esta razón, “[...] la forma en que el derecho suplanta la voluntad de la mujer para perseguir agresiones sexuales las desincentiva de acudir al sistema de justicia. Por supuesto, esto genera fuertes obstáculos para aquellas mujeres que desean acceder al aborto” (Picasso, 2017, p. 24).

Otra entidad que ha reportado casos de aborto es la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, la cual identifica que el 73,7% de los casos se relacionan con el primer escenario, en concreto, con el desconocimiento de la Sentencia C-355 de 2006. En el 21% de los casos, se indica que el tiempo avanzado de gestación impide la práctica del aborto, aunque, en Colombia, dicho límite

no se ha establecido. Sumado a esto, en el 10% de los casos asesorados por la Mesa, las mujeres han sido víctimas de violencia y maltrato por parte del personal de salud cuando solicitaron el aborto (González & Castro, 2017).

En nuestro medio se ha abordado el tema del aborto inducido como una intervención deliberada, lo que se traduce en una interrupción voluntaria del embarazo, acción debidamente amparada en las causales que están definidas en la Sentencia C-355 de 2016. Además, esto guarda total relación con los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Al respecto, García (2019) indica que “la sexualidad y la reproducción están íntimamente ligadas, no obstante, se hace necesario para una mejor comprensión de los conceptos, en tanto su relación política y social con el individuo, su separación” (p. 4).

En la jurisprudencia, la Corte Constitucional se ha visto en la necesidad de diferenciar los derechos sexuales de los derechos reproductivos, en la medida en que “sexualidad y reproducción son dos ámbitos diferentes en la vida del ser humano, dado que la primera no debe ser entendida solamente como un medio para lograr la segunda” (Sent. T-732 de 2009, CConst.). De hecho, la Corte indica que la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia y la jurisprudencia constitucional reconocen y protegen (i) la autodeterminación reproductiva y (ii) el acceso a servicios de salud reproductiva (Sent. T-732 de 2009, CConst.).

La eficacia de la persecución penal respecto al tipo de aborto.

A pesar del desarrollo normativo y jurisprudencial, cabe preguntarse si el ejercicio de la persecución penal en relación con la conducta de aborto además de las dificultades que genera para las mujeres, es realmente eficaz en relación con las decisiones de política criminal (Sent. C-873 de 2003, CConst.). Es decir, ¿se cumplen las funciones de disuasión y retribución que justifican la pena? Por lo tanto, se hace necesario que todos los agentes involucrados con el derecho penal (abogados, investigadores, funcionarios públicos, etc.) consulten la *data* disponible, en concreto, que se remitan a bases empíricas, tal como se realiza a continuación.

Es relevante señalar que en esta materia el Estado no se ha caracterizado por hacer un seguimiento adecuado de este fenómeno, a pesar de que algunas entidades hacen un buen trabajo recolectando campo de datos. Lo anterior se evidencia en el hecho de que, pocas veces, los números son consultados por los legisladores y los operadores jurídicos (Grisales, 2019). Así, pues, no existe una cifra exacta y precisa de los abortos que son practicados (Mier, 2014). Ello se debe básicamente a que los abortos se practican de manera clandestina (Prada, Singh *et al.*, 2011, p. 6), una situación que se presenta hoy en día, a pesar de que la Corte generó tres supuestos en los cuales no se podía hablar de aborto como tal (MSPS y UNFPA, 2014b).

Un ejemplo de la disparidad de las cifras tiene que ver con los datos que maneja Profamilia y los de otras entidades. Por un lado, mientras las cifras de Profamilia indican que ocurren alrededor de 400.000 abortos al año (Profamilia, 2017, p. 5; Prada, Singh *et al.*, 2011, p. 10), por otro lado, diferentes instituciones estiman que se trata de 75.000 a 114.000 abortos anuales (Rubio, 2015, p. 272). Esto implica, en definitiva, que persisten varios problemas a la hora de aproximarse a este fenómeno, como, por ejemplo, el hecho de que, en algunas fuentes, esta cifra es diferente en términos geográficos (González & Melo, 2019, p. 119). Sin embargo, para el caso específico, hay otro inconveniente: dadas las tremendas variaciones entre cada uno de los estudios, no es posible generar políticas públicas que pasen por la esfera de la emisión de leyes y de sentencias, dado que no se tiene claro el sustrato estadístico al cual se hace referencia.

Ahora bien, en aquellos casos en que la interrupción del embarazo es voluntaria, es decir, se trata de prácticas cobijadas por las causales expuestas por la Corte, es más fácil determinar las cifras. Por ejemplo, según Profamilia en el *Informe Anual de Actividades*, en el 2017, se practicaron 10.514 interrupciones voluntarias del embarazo en todo el país, en el marco de los supuestos de la Sentencia C-355 de 2006 (Profamilia, 2017). Esto representa un incremento del 63% frente a lo realizado en el 2016, aún cuando esta cifra es irrisoria comparada con las estimaciones de abortos realizados por año

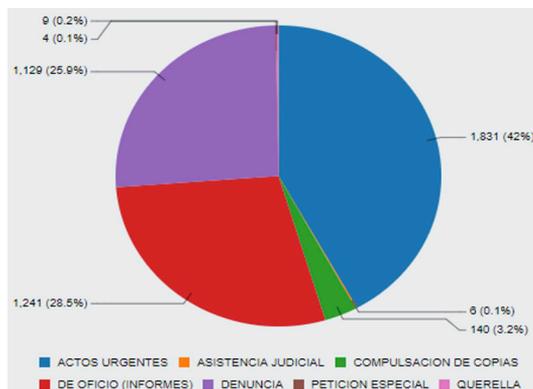
(Prada, Biddlecom, *et al.*, 2011, p. 114 y ss.). En todo caso, Profamilia (2020) señala que para el año 2019 se evitaron 374.063 abortos inseguros (p. 1).

Las noticias criminales respecto al aborto.

En oposición a estas cifras si se revisan los datos obtenidos mediante derechos de petición elevados a la Fiscalía, o, en su defecto, en fuentes abiertas como Profamilia, se tiene que de acuerdo con el registro judicial de este delito entre enero de 2010 y marzo de 2021, se han registrado 4.360 noticias criminales por el delito de aborto “consentido” (Artículo 122 del CP) (FGN, 2021). En este mismo periodo, tan solo 89 procesos (FGN, 2021) han entrado en etapa de juicio. Fíjese cómo, *de facto*, recibimos un mensaje por parte de los operadores judiciales.

Por otro lado, con respecto a las noticias criminales se destaca que 1.831 (42%) corresponde a actos urgentes; 1.241 (28,5%) se trata de aperturas de oficio; 1.129 (25,9%) corresponde a denuncias; y 159 (3,6%), a otras formas de noticia criminal (FGN, 2021). Estos guarismos están dispuestos en la siguiente gráfica, aunque, como se verá más adelante, no son los más confiables (Gráfica 1).

Gráfica 1 Proporción de entradas según el tipo de noticia criminal (enero 2010 - marzo 2021)



Nota: Tomado de FGN, 2021.

El subregistro del aborto en Colombia

A pesar de que el Estado da cuenta de las cifras señaladas, lo cierto es que aquellas referidas sobre la existencia del aborto son muy superiores al número de noticias criminales que en un periodo de más de 10 años se han podido recolectar. Si se revisan los datos en materia penal, se tiene que entre enero de 2010 y marzo de 2021 se presentaron 311 noticias criminales de aborto sin consentimiento, 217 noticias criminales de aborto preterintencional y 9 de aborto forzado en persona protegida.

Sin lugar a duda, se está ante un subregistro de los verdaderos casos de aborto que debe entenderse como una incongruencia entre el número de investigaciones y el número de abortos efectivamente realizados, y no como la incongruencia entre los abortos y las cifras institucionales que es como suele señalarse (Sedgh *et al.*, 2013, p. 3). Esto puede explicarse a partir de las siguientes hipótesis: o bien (i) existe una imposibilidad institucional para la persecución del delito de aborto, razón por la cual existen pocos casos conocidos y casi ninguno de ellos ha llegado a instancias judiciales; o (ii) hay una clara falta de interés de la sociedad en denunciar estas conductas.

Respecto a la primera hipótesis, es preciso señalar que, frente a esta situación, hay varias explicaciones. Piénsese, por ejemplo, que los abortos, en muchas oportunidades, aun hoy en día, son practicados en espacios íntimos o clandestinos con prácticas artesanales, probablemente por miedo a la criminalización (García, 2019; Directiva 0006, 2016). En estos casos, las mujeres corren grave peligro, por lo que algunas veces deben recurrir a un centro médico para ser tratadas y, como consecuencia de esto, solo aquellos casos que terminan en hospitalización son registrados. Cuando se llega a estas instancias, las mujeres suelen mentir sobre las circunstancias por las cuales presentan algunos padecimientos físicos, un fenómeno que, de hecho, es de vieja data (Ortíz, 1973). Esto fue lo que llevó a algunos autores a establecer multiplicadores a la hora de estimar las cifras reales del aborto (Prada, Singh *et al.*, 2011, p. 3). Ciertamente, algunas de las noticias criminales que se rastrearon se originan en este tipo de situaciones.

Aunado a lo anterior, es posible, por ejemplo, que la mujer decida practicarse por medios químicos un aborto propio, o que recurra a los centros clandestinos donde se realizan este tipo de prácticas. En este caso, incluso se habla de revictimización de la mujer que quiere terminar con su embarazo, además de ser uno de los factores que conllevan a asentar la inequidad social en el caso de las mujeres (González, 2005, p. 626; Zamudio, 2000, p. 53). Esto está relacionado con el hecho de que, como lo muestran Jaramillo *et al.* (2021, p. 64), aun con la diferencia entre el estimado de abortos y el número de noticias criminales, este último aumentó considerablemente tras la Sentencia C-355 de 2006. Es decir, hay una posible correlación aunque, según las autoras, la FGN señala que este aumento es proporcional a la introducción del sistema penal acusatorio (Jaramillo *et al.*, 2021, p. 63).

La segunda hipótesis requeriría de una investigación de corte sociológico la cual permita determinar la actitud de la sociedad frente a esta conducta. Sin embargo, y sin ánimo de abarcar este tema, esta hipótesis tiene algunas dificultades: ¿Cómo predicar que una conducta es socialmente aceptable cuando hace unas décadas este tema era espinoso en la Asamblea Nacional Constituyente (Ospina-Celis, 2019)? Hoy en día, algunos sectores se resisten, inclusive, a las causales reconocidas en la Sentencia C-355 (El Tiempo, 2021). Aun así, respecto a este tema es relevante traer a colación lo señalado por Posada (2020):

Muchos detractores del aborto concuerdan en que las mujeres no deberían ser castigadas con penas en espacios carcelarios, sino que, más bien, tendrían derecho a medidas de asistencia social, técnicas y educativas formalizadas que mitiguen los efectos causados por este. Desde esta perspectiva, la ausencia actual de criminalización secundaria justifica disminuir la profunda limitación de los derechos de la mujer en el C. P. colombiano (p. 25).

Las implicaciones del subregistro en la política criminal

Independientemente de la validez de las hipótesis, el subregistro de los casos de aborto adquiere una gran relevancia, porque, ante la ausencia de

datos que reflejen la realidad, no es posible tomar decisiones en materia de políticas públicas. Esta deficiencia de datos es un defecto en la política criminal (Relatoría de Prisiones y Grupo de Derecho de Interés Público, 2011; Oviedo, 2020), pues, debido al subregistro, “la capacidad de medición de la criminalidad por parte de los responsables de la política criminal es reducida o sesgada por datos que no corresponden a la realidad o que ofrecen una incompleta” (Benavides, 2016, p. 135).

El subregistro revela que, de alguna u otra forma, la tipificación de los tipos de aborto no garantiza que el fenómeno se reduzca y, por esto, resulta una medida cuando menos ineficaz. Este fenómeno no solamente plantea un problema respecto a cómo se regula la tipificación del aborto sino que es, de entrada, un síntoma de la inconveniencia de su penalización (Posada, 2020, p. 22). Tal y como lo reitera la Corte, se debe avanzar hacia un derecho penal mínimo, cuya aplicación se supedite a “si fuera necesaria y como último remedio” (Sent. C-233 de 2019, CConst.).

Así las cosas, es apenas evidente que no existe una debida persecución de esta conducta, pues pocos casos llegan a las instancias judiciales; por ello, debe plantearse si la regulación del aborto hace parte del ámbito de la política criminal, es decir, si es un tema que pueda solucionarse mediante la “administración de la violencia estatal organizada” (Romero *et al.*, 2017, p. 48). Parece que todavía es válido el argumento expuesto por la Corte en la Sentencia C-355 de 2006, cuando alude a la proporcionalidad como un límite a la configuración legislativa en materia penal. Sin embargo, aún persiste un panorama en el cual, incluso ante las causales de aborto atípico, las mujeres están sometidas a diversas barreras de acceso (Dávila *et al.*, 2021).

Conclusiones

En este trabajo se analizan tanto el subregistro de los casos de aborto como sus principales retos. Este fenómeno resalta uno de los grandes problemas del derecho penal en la actualidad: las dificultades del Estado

cuando pone en blanco y negro el fenómeno del aborto, básicamente por la ausencia, casi absoluta, de datos científicos que permitan trazar lineamientos claros. Si se tienen en cuenta las hipótesis propuestas y si estas se comparan con las cifras de las noticias criminales, resulta altamente cuestionable que el Estado se empeñe en perseguir esta conducta. Sumado a esto, parece que hay una decidida incapacidad institucional para buscar, o inclusive, conocer de primera mano datos científicos con proposiciones técnicas entorno al fenómeno del aborto.

También es evidente el poco interés que existe por parte de algunos operadores jurídicos en estudiar el tema, bien por falta de denuncia ciudadana, bien por falta de trabajos investigativos y judiciales, o bien porque hay un alto grado de impunidad, a pesar de quienes creen que la respuesta estatal a través de los mecanismos de la punición es la solución. No hay que descartar la hipótesis ya señalada anteriormente, según la cual hay una falta de interés de la sociedad en denunciar estas conductas, con lo cual se estaría en el ámbito de las conductas socialmente permitidas.

En esta medida, no puede olvidarse que debido a la criminalización de la conducta muchos casos de aborto aún ocurren en espacios íntimos o clandestinos. Esto demuestra que, pese a la flexibilización que la Sentencia C-355 de 2006 trajo al panorama penal, la mera persecución todavía da pie a la revictimización de la mujer, bien sea porque se les imponen cargas desproporcionadas para demostrar que su caso está cobijado en alguna de las causales (Picasso, 2017; Picasso, 2018), o bien porque ante la posibilidad de denuncia se puede afectar, inclusive, círculos cercanos.

En el caso de una denuncia basta con pensar en los posibles denunciantes de la conducta. El rol de denunciante, a juicio de algunos, estaría, en primer lugar, en la familia cercana a la mujer que comete o decide ejecutar el aborto. En segundo lugar, se podría pensar, como posible denunciante, en el padre del *nasciturus*. Esta situación no es extraña, dado que se han conocido algunos eventos en los cuales el progenitor, alegando su derecho a la paternidad, interpone una denuncia contra la madre, ya sea porque esta se practicó

un aborto sin su consentimiento o porque ha manifestado su intención de hacerlo. Finalmente, otro grupo de denunciantes sería la comunidad cercana a la mujer algo que, sin lugar a duda, representa una terrible intromisión en el ámbito íntimo de una persona que ha tomado esta decisión.

A modo de cierre, es importante resaltar la necesidad de que la academia analice y profundice en este tipo de situaciones. Además, es fundamental superar los debates morales y de dogmática penal en los cuales ha habido un desarrollo extenso sobre el aborto. A su vez, el Estado debería propiciar discusiones entre funcionarios y la sociedad sobre las alternativas para poder abordar, de manera científica, el aborto. Tal vez, la solución esté en fortalecer las políticas públicas para que abandonen esa concepción punitivista del Estado, íntimamente ligada con el *populismo punitivo*, y que trae costos exagerados al Estado, tanto en términos de calidad de vida como en términos genuinamente económicos (Prada *et al.*, 2014, p. 25).

Creemos, firmemente, que la educación sexual y la capacitación en métodos anticonceptivos son los agentes de cambio. Inclusive, deberían explorarse otras alternativas de regulación, distintas a la penal, como acertadamente lo afirman Dávila *et al.* (2021). Esto implica, desde luego, llevar programas y personal capacitado hasta las poblaciones más vulnerables quienes suelen ser las primeras víctimas de las medidas penales. En últimas, también se trata de abandonar la percepción penal en torno a este fenómeno tan conflictivo para los colombianos.

Referencias

- Aguirre, J., Silva, A. & Pabón, A. P. (2015). Análisis de la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional sobre la liberalización del aborto en Colombia: argumentos iusfilosóficos que sustentan el debate en el marco de la perspectiva de Habermas sobre el rol de la religión en la esfera pública. *Revista Estudios Socio-jurídicos*, 17 (2), 167-197. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/4103>
- Astete, C., Beca, J. P. y Lecaros, A. (2014). Propuesta de un Glosario para la discusión del aborto. *Revista Médica de Chile*, 11, 1449-1451. <https://www.scielo.cl/pdf/rmc/v142n11/art12.pdf>

- Benavides, F. S. (2016). Política criminal y seguridad. En F. S. Benavides, A. A. Binder, C. Villadiego y C. Niño (Coord.), *La reforma a la justicia en América Latina: Las lecciones aprendidas* (pp. 123-150). Friedrich Ebert Stiftung. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/12574.pdf>
- Comisión Asesora de Política Criminal (junio de 2012). *Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/Informe%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20Asesora%20de%20Pol%C3%ADtica%20Criminal.pdf>
- Constitución Política de Colombia (1991). Asamblea Nacional Constituyente. *Diario Oficial 51478 del 25 de octubre de 2020*. Imprenta Nacional. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Dávila, M. X., Zea, M. C., Guzmán, D. E. & Chaparro, N. (2021). Descriminalizar para proteger. Modelos alternativos de regulación del aborto: despenalización total y regulación sanitaria en Canadá, Australia y Nueva York. *Derecho en breve*, (14), 1-28. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2021/09/DB14_Descriminalizar-para-proteger-Modelos-alternativos-de-regulacion-del-aborto.pdf
- Directiva 006 (2016, marzo 27). Por medio de la cual se adoptan directrices para la investigación y juzgamiento del delito de aborto. Fiscalía General de la Nación. <https://data.miraquetemiro.org/sites/default/files/documentos/Directiva%2006%20de%20la%20Fiscalia%20General%20de%20la%20Naci%C3%B3n.pdf>
- Dworkin, R. (1993). *Life's dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*. Alfred A. Knopf.
- El Tiempo. (19 de octubre de 2018). Los magistrados Cristina Pardo, Luis Guillermo Guerrero y Carlos Bernal se apartaron de la mayoría. *El Tiempo*. <https://bit.ly/2Ycs4rz>
- El Tiempo. (29 de enero de 2021). Abogada que buscó prohibir el aborto denuncia a tres magistrados. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/justicia/cortes/abogada-natalia-bernal-quien-pidio-prohibir-aborto-demanda-a-magistrados-de-la-corte-constitucional-563465>
- Ferrer, N. (2010). El acceso a la justicia como elemento indispensable del ejercicio de la ciudadanía femenina. *Opinión Jurídica*, 9 (17), 113-124. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94516348006>
- Fiscalía General de la Nación. (16 de abril de 2021). *Estadística de denuncias por delitos*. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/delitos/>
- García, N. A. (2019). Aborto, el cuerpo de la mujer como territorio ajeno: una mirada al contexto en Colombia [Especialización en Derechos Humanos y Derecho Internacional

- Humanitario, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia]. <https://bibliotecadigital.udea.edu.co/handle/10495/19535>
- González, A. C. y Melo, C. (2019). *Causa Justa: argumentos para el debate sobre la despenalización total del aborto en Colombia*. Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres. https://despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2021/02/Argumentos_CausaJusta-virtual-final-1-1-1-2.pdf
- González, A. C. (2005). La situación del aborto en Colombia: entre la ilegalidad y la realidad. *Fórum*, 21 (2), 624-628. <https://www.scielo.br/j/csp/a/pNkLL8RjdQmb8NQHkTq6Xgc/abstract/?lang=es>
- González, A. C. (2020). La producción de conocimiento experto: un eje central en la implementación del aborto legal en Colombia. *Cadernos de Saúde Pública*, 36, 1-4. <https://www.scielosp.org/article/csp/2020.v36suppl1/e00132719/en/>
- González, A. C. & Castro L. (2017). Barreras de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia. La Mesa por la Salud y la Vida de las Mujeres. http://www.clacaidigital.info/bitstream/handle/123456789/996/Barreras_IVE_vf_WEB.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Grisales, P. A. (2019). El papel de los números en la despenalización del aborto [Entrevista a Óscar Javier Maldonado Castañeda]. Universidad del Rosario. <https://www.urosario.edu.co/Investigacion/UCD/Articulos/El-papel-de-los-numeros-en-la-despenalizacion-del-aborto/>
- Jaramillo, I., Santamaría, N. & Forero, W. (2021). *La Criminalización del Aborto en Colombia*. Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres. https://despenalizaciondelaborto.org.co/wp-content/uploads/2021/08/La-criminalizacioi%CC%80n-del-aborto-en-Colombia_LaMesa-1.pdf
- Johnson, N., López, A., Sapriza, G., Castro, A., Arribeltz, G., Alemán, A., Andreoli, M., Carril, E., Moreira, C., Pallas, C., Rey, Grazzia, Sarlo, O. & Schenck, M. (2011). *(Des) penalización del aborto en Uruguay: prácticas, actores y discursos. Abordaje interdisciplinario sobre una realidad compleja*. Universidad de la República de Uruguay y Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC). <https://clacaidigital.info/bitstream/handle/123456789/149/Libro%20despenalizacion%20del%20aborto%202011.pdf?sequence=5&isAllowed=y>
- Ley 599 (2000, julio 24) [C. P.]. Por la cual se expide el Código Penal. Congreso de la República [Colombia]. *Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000*. Imprenta Nacional. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Mendoza, J. F. (2012). Alcances penales de la objeción de conciencia del médico en el aborto lícito en Colombia. *IUSTA*, (37), 137-162. <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/1083>

- Mier, E. (2014). Reflexiones y datos sobre el aborto en Colombia. *Criterio Jurídico*, 14 (2), 65-84. <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/1407>
- Ministerio de Salud y Protección Social [MSPS] y Fondo de Población de las Naciones Unidas [UNFPA]. (2014a). *Determinantes del Aborto Inseguro y Barreras de Acceso para la Atención de la Interrupción Voluntaria del Embarazo en Mujeres Colombianas*. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/SM-Determ-aborto-inseguro.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social [MSPS] y Fondo de Población de las Naciones Unidas [UNFPA]. (2014b). *Protocolo del aborto inseguro en Colombia. Protocolo para el sector salud*. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/SM-Protocolo-IVE-ajustado-.pdf>
- Miranda, J. N. (1986). Aborto, aspectos clínicos y epidemiológicos. *ARS MÉDICA Revista de Ciencias Médicas*, 15 (2), 64-69. <https://doi.org/10.11565/arsmed.v31i1.290>
- Molina, C. & Roldán, S. (2006). La distancia entre el discurso jurídico y la práctica del aborto en Colombia. *Opinión jurídica*, 5 (10), 15-29. <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/126>
- Ortíz, A. (1973). El aborto en Colombia. Aspectos médicos legales y socioeconómicos. *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, 24 (3), 195-205. <https://revista.fecolsog.org/index.php/rcog/article/view/1581>
- Ospina-Celis, D. F. (2019). El consenso en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991: El aborto y la definición de “familia”. *Universitas Estudiantes*, (20), 129-150. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7438586>
- Oviedo, C. (2020). *La política criminal como política pública: evaluación de resultados de las reformas a la legislación penal* [Tesis de pregrado, Universidad de los Andes]. <http://hdl.handle.net/1992/39776>
- Palacio, P., Rojas, L. & Vásquez, M. (2015). Discursos éticos, políticos y religiosos ocultos tras la no aplicación de la sentencia C-355 de 2006, por parte de las instituciones de salud y la manera en que se vulneran los derechos de las mujeres que justifican la interrupción voluntaria de su embarazo según lo preceptuado por la mencionada sentencia. *Escenarios estudiantiles*, 1 (1), 11-28. <http://vlex.com.co/vid/discursos-eticos-politicos-religiosos-655071513>
- Picasso, N. E. (2017). *Más allá de la despenalización: Cómo el derecho impide a las mujeres abortar por la causal violencia sexual en Colombia* [Tesis de maestría, Universidad de los Andes]. Séneca. Repositorio Institucional. <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/13765>

- Picasso, N. E. (2018). El requisito de denuncia para acceder al aborto. Una carga desproporcionada para las mujeres. En P. Bergallo, I. C. Jaramillo & J. M. Vaggione (Comps.), *El aborto en América Latina Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras* (pp. 225-242). Siglo XXI. <https://www.cmi.no/publications/file/6584-movimiento-transnacional-contrael-derecho-al.pdf>
- Posada, R. (2019). *Delitos contra la vida y la integridad personal. Tomo II: De las lesiones personales, aborto, lesiones al feto, abandono de personas, omisión de socorro, manipulación genética y delitos de discriminación*. Ibáñez.
- Posada, R. (2020). Política criminal y derecho penal: un mecanismo de última ratio frente a la terminación voluntaria de la gestación, *Nuevo Foro Penal*, 16 (94), 13-44. <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/6407>
- Prada, E., Biddlecom, A., & Singh, S. (2011). Induced Abortion in Colombia: New Estimates and Change Between 1989 and 2008. *International Perspectives on Sexual & Reproductive Health*, 37 (3), 114-124. <https://bit.ly/3A3EwqY>
- Prada, E. Maddow-Zimet, I. & Juárez, F. (2014). El costo de la atención postaborto y del aborto legal en Colombia. *Perspectivas Internacionales en Salud Sexual y Reproductiva*, número especial, 2-12. <https://www.guttmacher.org/sites/default/files/pdfs/pubs/journals/SP00214.pdf>
- Prada, E., Singh, S., Remez, L. y Villarreal, C. (2011). *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias*. Guttmacher Institute. https://www.guttmacher.org/sites/default/files/report_pdf/embarazo-no-deseado-colombia_1.pdf
- Relatoría de Prisiones y Grupo de Derecho de Interés Público. (2011). *Comentarios sobre política criminal en Colombia*. <https://grupodeprisiones.uniandes.edu.co/images/stories/relatorias/PRISIONES-OCT2011/PRODUCTOSRELATORIA/politicacriminal.pdf>
- Profamilia. (2017). *Informe Anual de Actividades*. <http://profamilia.org.co/wp-content/uploads/INFORME-PROFAMILIA-2017.compressed.pdf>
- Profamilia. (2020). *La despenalización del aborto, un camino para avanzar en materia de derechos y salud pública en Colombia*. <https://profamilia.org.co/wp-content/uploads/2020/01/La-despenalizacion-del-aborto-es-el-camino-Comunicado-Profamilia.pdf>
- Romero, A., Lizarazo, N. & Camacho, L. M. (2017). *Crimen y política criminal: elementos para la configuración del observatorio de política criminal*. Ministerio de Justicia y del Derecho. <http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/documento/CriyPolPubCri.pdf?ver=2017-06-06-094951-850>
- Rubio, M. (2015). El mito de los 400 mil abortos en Colombia. *Revista de Economía Institucional*, 17 (33), 253-274. <http://dx.doi.org/10.18601/01245996.v17n33.11>

- Sedgh, G., Bankole, A., Singh, S. & Ellers, M. (2013). Niveles y tendencias del aborto legal por edad de la mujer al momento de la terminación del embarazo. *Perspectivas Internacionales en Salud Sexual y Reproductiva*. https://www.guttmacher.org/sites/default/files/article_files/3900213s.pdf
- Sentencia C-873 (2003, septiembre 30). [Expediente D-4504]. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-873-03.htm>
- Sentencia C-355 (2006, mayo 10) [Expedientes D-6122, 6123 y 6124]. Magistrados Ponentes: Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>
- Sentencia T-009 (2009, enero 16). [Expediente T-1323464]. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-009-09.htm>
- Sentencia T-732 (2009, octubre 15) [Expediente T-2.302.353]. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-732-09.htm>
- Sentencia C-143 (2015, abril 6) [Expediente D-10400]. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-143-15.htm>
- Sentencia SU-096 (2018, octubre 17). [Expediente T-6.612.909]. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU096-18.htm>
- Sentencia C-233 (2019, mayo 9). [Expediente D-12960]. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Corte Constitucional [Colombia]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-233-19.htm>
- Sentencia C-055 (2022, febrero 21). [Expediente D-13.956]. Magistrados Ponentes: Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos. Corte Constitucional. [Colombia].
- Velásquez, F. (2013). *Delitos contra la vida y la integridad personal*. Andrés Morales.
- Zamudio, L. (2000). Aborto en Colombia: dinámica sociodemográfica y tensiones socioculturales. *Derecho del Estado*, (8), 45-55. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/894>