

**BARRERAS EN EL ACCESO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL
EMBARAZO**

TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR AL TITULO DE ABOGADO

PRESENTADO POR:

CARLOS HUMBERTO VASQUEZ ZAMORANO

ISABEL CRISTINA GARCIA BURBANO

TUTOR:

DIANA MARCELA SOLANO

UNIVERSIDAD ICESI

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

PROGRAMA DE DERECHO

SANTIAGO DE CALI

2013

Tabla de contenido

Introducción.....	4
1 Despenalización parcial del aborto, requisitos y subreglas.....	7
1.1 Antecedentes de la decisión.....	7
1.2 La decisión de la Corte: los casos despenalizados.....	10
1.3 Requisitos y reglas jurisprudenciales para la procedencia de la interrupción voluntaria del embarazo.....	12
1.3.1 Requisitos para la procedencia del aborto en caso de riesgo para la vida o salud física y mental de la madre	12
1.3.2 Requisitos para la procedencia del aborto en caso de malformaciones en el feto que hagan inviable su vida.....	14
1.3.3 Requisitos para proceder con el aborto en el caso de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas e incesto	14
1.4 Reglas Jurisprudenciales aplicables a los tres casos despenalizados.....	15
1.4.1 Reglas frente a trámites institucionales de las EPS e IPS.	15
1.4.2 Reglas frente al ejercicio del derecho fundamental a la objeción de conciencia	17
1.4.3 Reglas frente a la práctica judicial.....	17
2 Barreras en el acceso al derecho de interrupción voluntaria del embarazo en Colombia.....	20
2.1 Barreras derivadas de los trámites Institucionales de las EPS e IPS	21
2.2 Barreras derivadas del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia	23
2.3 Barreras derivadas de la actividad médica.....	24
2.4 Barrera derivada de la concepción legalista en el sistema de fuentes colombiano: la Suspensión y posterior anulación del Decreto 4444 de 2006	25
2.5 Barreras derivadas de la falta de centros de salud que presten el servicio de IVE....	28
2.6 Barreras derivadas del ejercicio de la libertad de expresión de los funcionarios públicos.....	28
3 La garantía del derecho a la IVE: cuestiones pendientes	31

3.1	Puntos pendientes sobre la adjudicación de las reglas jurisprudenciales	31
3.2	Necesidad de una política pública	34
3.3	Necesidad de un debate más allá de la moral	35
	Conclusiones.....	37
	Bibliografía.....	41

Introducción

En las últimas décadas, en especial después de promulgada la Constitución de 1991, ha tomado auge el debate sobre el aborto en Colombia¹. Desde que la Corte Constitucional despenalizó parcialmente el aborto a través de la sentencia C-355 de 2006 reconociendo el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE), han sido numerosas las posiciones a favor o en contra de este procedimiento². El álgido debate demuestra que este tema no es pacífico y que tanto detractores como grupos a favor se pronuncian cada vez más para hacer valer sus posiciones y visiones sobre la forma en que debe ser regulado el aborto. La sentencia de la Corte Constitucional, lejos de zanjar la discusión, lo que ha hecho es poner en el debate público un tema que pocas veces había sido tan visibilizado, al punto que, después del fallo, se han presentado varias iniciativas legislativas para prohibir totalmente el aborto y otras para plasmar en una ley lo decidido por la Corte Constitucional, al tiempo que se observan movilizaciones de la sociedad civil en diferentes espacios públicos en defensa de ambas posturas³.

Ahora bien, el derecho de origen pretoriano para interrumpir voluntariamente el embarazo (IVE) ha generado diversas polémicas y obstáculos al momento de su aplicación en algunos

¹ - El País. (5 de octubre de 2012) “Revive el debate sobre la despenalización del aborto en Colombia”. El País. Recuperado de: <http://www.elpais.com.co/elpais/colombia/noticias/revive-debate-sobre-despenalizacion-aborto-colombia>

- El Tiempo (25 de abril de 2011). “Se reabre el debate sobre el aborto”. El Tiempo. Recuperado de: http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-9219897.html

² - El Espectador (4 de octubre de 2012). “Iglesia dice que aborto no es un derecho fundamental”. El Espectador. Recuperado en: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-379316-iglesia-dice-aborto-no-un-derecho-fundamental>

- El Espectador (24 de septiembre de 2012). “Marcha contra el aborto en Bogotá”. El Espectador. Recuperado en: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/galeria-377200-marcha-contra-el-aborto-bogota#ad-image-1>

- El Espectador (28 de octubre de 2009). “Nutrida manifestación a favor del aborto en Bogotá”. El Espectador. Recuperado en: <http://www.elespectador.com/articulo169142-nutrida-manifestacion-favor-del-aborto-bogota>

³ - El Tiempo (12 de octubre de 2012). “Dos proyectos sobre aborto podrían dividir al Congreso”. El Tiempo. Recuperado en: http://www.eltiempo.com/politica/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12300442.html

- El Tiempo (19 de septiembre de 2012). “Minjusticia abre debate sobre despenalización amplia del aborto”. El Tiempo. Recuperado en: http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12237941.html

casos específicos. Por ello, el propósito de este trabajo, teniendo como fuente principal la jurisprudencia⁴, consiste en exponer aquellas barreras y dificultades que se han dado en el acceso al derecho de interrupción voluntaria del embarazo. Con este objetivo en mente, empezaremos por mostrar algunos antecedentes sobre el tema del aborto en Colombia. Entre esos antecedentes se encuentran la movilización ciudadana a favor de la despenalización del aborto y algunas recomendaciones de organismos internacionales al Estado colombiano que fueron tenidas en cuenta por la Corte Constitucional en su decisión. Asimismo presentaremos los principales requisitos y las reglas jurisprudenciales que se fijaron en la sentencia C-355 de 2006 para la procedencia de la práctica del aborto en los casos despenalizados. La finalidad de éste estudio es dejar claro al lector cuáles han sido los preceptos que ha fijado la Corte Constitucional Colombiana para que las mujeres puedan ejercer el derecho a la IVE.

En un segundo capítulo se expondrán las principales barreras en el acceso a este derecho en Colombia con el propósito de mostrar las dificultades en su materialización. Por último, como resultado del estudio realizado, nos proponemos plantear algunas propuestas sobre aspectos que creemos que deben tenerse en cuenta para lograr una mayor efectividad en la protección y garantía del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

La fuente principal de nuestro trabajo es la jurisprudencia. En este caso examinaremos todas las sentencias que la Corte ha proferido en materia de IVE desde el año 2006, cuando se reguló este derecho a través de la sentencia C-355 de 2006, hasta la actualidad. De esas sentencias extraeremos las reglas jurisprudenciales que sustentan jurídicamente la regulación del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, y por otro lado, los hechos que dan origen a la tutela, los cuales reflejan las dificultades en el acceso a la IVE.

⁴ El presente trabajo tiene como fuente principal todas las sentencias proferidas por la Corte Constitucional sobre la interrupción voluntaria del embarazo después del año 2006, año en que fue despenalizado parcialmente el aborto en Colombia. Hemos decidido tratar todas las sentencias que encontramos frente al tema porque, como se presentará, no son muchas y todas contienen información valiosa sobre los distintos casos despenalizados y sobre las reglas y las barreras para el acceso a este derecho fundamental reconocido en la sentencia C-355 de 2006. Las sentencias son la T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-636 de 2011, T-841 de 2011 y T-627 de 2012.

Con el propósito de ampliar las fuentes de consulta, se revisaron varios informes con datos y estadísticas sobre la situación del aborto en Colombia, siendo los principales el informe “Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias” del Guttmacher Institute del año 2011, y varios informes de vigilancia a las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, elaborados por la Procuraduría General de la Nación en el año 2010 y 2011, así como doctrina sobre el tema.

Recordamos al lector que este trabajo solo pretende exponer las principales barreras en el acceso al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo desde una mirada jurisprudencial y no adentrarse en discusiones filosóficas ni de otra índole sobre la práctica del aborto en nuestro país. Asimismo, dejamos claro que nuestro trabajo, por tener como fuente la jurisprudencia y algunos informes con datos y estadísticas, solo mostrará lo que se pudo evidenciar de la lectura de las mismas, es decir, la metodología se centra en el análisis documental, por lo que se propone una línea investigativa enfocada en otras metodologías para complementar la información que aquí se presenta.

1 Despenalización parcial del aborto, requisitos y subreglas

1.1 *Antecedentes de la decisión*

Desde el año de 1.999 el Estado colombiano había recibido varias recomendaciones por parte de diferentes Comités de Derechos Humanos del Sistema Internacional de Protección, donde se le instaba a revisar la legislación penal vigente en materia de aborto, pues era de especial preocupación la alta tasa⁵ de mortalidad derivada de la gran cantidad de abortos clandestinos que se practicaban en el país y la falta de una política pública para la atención de estos casos. Entre esas recomendaciones se encontraban la recomendación General No. 24 de febrero de 1999, del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, la recomendación del Comité Interamericano de Derechos Humanos de febrero de 1999 y la recomendación hecha en mayo de 2004 por el Comité de Derechos Humanos, encargado de monitorear el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Todas estas recomendaciones coincidían en plantear como problema el hecho de que, siendo el aborto una de las causas de mayor mortalidad de las mujeres en Colombia, la legislación penal vigente de total prohibición, no era un camino viable para la solución a este problema. Por ejemplo, la recomendación del Comité Interamericano de Derechos Humanos realizada en febrero de 1999 sostenía que el 23% de las muertes del género femenino tenían como origen abortos mal practicados y que al año en Colombia se practicaban de manera ilegal unos 450.000 abortos.

Las recomendaciones de los Comités advertían al Estado colombiano que prohibir el aborto de manera absoluta, aumentaba el número de abortos clandestinos y desconocía los derechos que habían sido reconocidos a la mujer en diferentes tratados internacionales

⁵ Según datos estadísticos, se estimaba que el aborto es la tercera causa de mortalidad materna. En el año 2005 de las 478 muertes maternas que se presentaron por diferentes causas, 77 fueron por causa del aborto, es decir, un 16,10%. Informe Quincenal Epidemiológico Nacional. Volumen 12. Número 5. Bogotá, D.C. – 15 de marzo de 2007. Ministerio de la Protección social. Instituto Nacional de Salud.

ratificados por Colombia⁶. De lo anterior, que se instara al Estado colombiano a derogar la prohibición total del aborto para permitirlo en algunos casos específicos.

Sumado a estas recomendaciones internacionales, la estrategia de movilización ciudadana femenina tuvo gran influencia en el debate sobre la despenalización del aborto. En la historia de Colombia se observa que las manifestaciones del feminismo iniciaron a partir de los 70's, entre el 9 y 10 de diciembre de 1978 en la ciudad de Medellín, tuvo lugar el Primer Encuentro Nacional de Mujeres el cual fue convocado por el bloque socialista con la finalidad de incluir la participación de Colombia en la campaña mundial por la consecución del derecho del aborto, encuentro que tuvo como resultado que el 31 de marzo de 1979 se diera una manifestación mundial cuya finalidad era la legalización del aborto.⁷ En el Senado de la República también se presentó una propuesta en el mismo sentido, la cual fue abanderada por el Senador liberal Iván López Botero, quien planteaba “La interrupción terapéutica del embarazo en Colombia”, propuesta secundada por la representante del Partido Liberal Consuelo Lleras en el año 1979, quien propuso la despenalización parcial del aborto. Luego en 1981 en la ciudad de Bogotá se organizó el Primer Encuentro Feminista Latinoamericano y del Caribe, mediante el cual diferentes grupos feministas buscaban la movilización del género femenino para la discusión de temas relacionados con la sexualidad, el aborto y la violencia contra la mujer. Este encuentro tuvo en el año 2011 su doceava versión, en la que se conmemoraron los 30 años de la declaratoria del 25 de Noviembre como el Día Internacional de la NO Violencia contra las Mujeres⁸, realizada por parte de la Organización de las Naciones Unidas.

⁶ Ver las cuatro conferencias mundiales sobre la mujer de México en 1975, de Copenhague en 1980, de Nairobi de 1985 y de Beijing en 1995. Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra las mujeres; Convención interamericana para la prevención y el castigo de todas las formas de Violencia contra las Mujeres. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12).

⁷ Mauleón, C.O. (Junio de 2007). La trayectoria del movimiento feminista en el Perú. Estudios Feministas. Recuperado de <http://www.tanianavarrosuain.com.br/labrys/labrys11/peru/olea.htm>
- La mesa por la vida y la salud de las mujeres. (2007). La lucha por la despenalización del aborto en Colombia. Recuperado de <http://www.despenalizaciondelaborto.org.co/La-lucha-por-la-despenalizacion>

⁸ - 12 Encuentro Feminista Latinoamericano y del Caribe
Noviembre 23 al 26 de 2011. Recuperado
en:<http://convergenciacoa.org/files/12%20Encuentro%20Feminista.pdf>

Aunque el trabajo realizado por el movimiento feminista colombiano se remonta a la década del setenta, no se había logrado que el debate sobre el aborto se popularizara en los medios de comunicación para así lograr que se reconociera como un problema de derechos humanos y de salud pública, por encima de los criterios morales que históricamente han relegado el tema (Jaramillo Sierra, 2008).

A partir del año 2003 Mónica Roa inició el proyecto LAICIA (Litigio de Alto Impacto en Colombia por la Inconstitucionalidad del Aborto), el cual fue fruto de sus investigaciones realizadas en el marco de la maestría en Derecho Global de Interés Público en New York University. La estrategia de litigio fue acompañada por la entidad no gubernamental Women's Link Worldwide, la cual se enfoca en apoyar los movimientos de mujeres para lograr un cambio más amplio desde un trabajo estratégico que influya en las decisiones judiciales (Jaramillo Sierra, 2008).

Este proyecto tenía como objetivo general lograr el reconocimiento de la mujer como un ser humano plenamente digno y que, por lo tanto, no fuera considerada como un simple instrumento reproductor. Para desarrollar este objetivo, Mónica Roa, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana presentaron una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 122, 123 y 124 del Código Penal colombiano. La demanda fue admitida el 16 de diciembre de 2005 y la Corte inició su estudio.

Como lo señalo Julieta Lemaitre Ripoll en su libro “El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales”, la propuesta de Mónica Roa fue novedosa porque integro tres componentes principales: 1) una movilización de medios de comunicación típicamente norteamericano; 2) la argumentación de la demanda tenía como base el derecho internacional y su incorporación en el bloque de constitucionalidad así como el énfasis en que las decisiones y recomendaciones de los comités internacionales de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos eran parte de ese bloque

- Thomas, F. (22 de Noviembre de 2011). 1200 feministas en Bogotá. El tiempo. Recuperado de http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/florencethomas/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-10812711.html

y 3) la actuación con independencia frente a las feministas mayores, sus organizaciones y sus rivalidades históricas (Lemaitre Ripoll, 2009, pág. 225).

Junto a lo anterior, las acciones de movilización de LAICIA involucraban las publicaciones de columnas de opinión y editoriales en los periódicos y revistas de amplia circulación del país, así como la programación mensual de plantones el día 28 de cada mes, para exigir la abolición de la sanción penal del aborto durante todo el tiempo que durara el debate ante la Corte Constitucional (Jaramillo Sierra, 2008). Asimismo el proyecto LAICIA facilitó la integración de diferentes actores como organizaciones de mujeres, abogados(as) constitucionalistas, medios de comunicación, entre otros, para que la Corte Constitucional tuviera en cuenta que había toda una comunidad nacional e internacional pendiente del fallo que se profiriera al respecto (Jaramillo Sierra, 2008).

1.2 *La decisión de la Corte: los casos despenalizados.*

Finalmente, el 10 de mayo de 2006, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-355 de 2006 mediante la cual se despenalizó parcialmente el aborto en Colombia. Con esto, la sanción penal de 16 a 54 meses de prisión para aquella mujer que causare su aborto o permitiera que otro lo causara establecida en el artículo 122 del código penal colombiano, fue declarada inconstitucional en tres casos específicos. En la parte resolutive de la sentencia C – 355 de 2006 la Corte decidió:

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

Los puntos argumentativos principales que la Corte desarrolló en su sentencia para justificar esta decisión fueron:

- El ordenamiento jurídico colombiano otorga protección al *nasciturus*, pero no lo otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana, en tanto la vida no tiene un carácter de derecho absoluto y debe ser ponderada con los otros principios y derechos constitucionales.
- Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido reconocidos como derechos humanos y han entrado a formar parte del derecho constitucional. La consagración, protección y garantía de estos derechos reconocen la igualdad, la dignidad, la equidad de género y la emancipación de la mujer.
- Las medidas tendientes a proteger la vida del *nasciturus* no pueden desconocer ni atender contra los derechos de la mujer gestante entre los que se cuenta el estar libre de toda discriminación injustificada y de violencia, así como gozar de modo pleno de sus derechos sexuales y reproductivos. A la mujer gestante debe garantizársele su derecho a la libertad y la autodeterminación para configurar su propia identidad, así como también el derecho a preservar su salud integral y proteger su vida.

A partir de estos planteamientos, la Corte concluyó que conferir un amparo absoluto a la vida del que está por nacer, hasta el punto de penalizar el aborto de manera absoluta, supone una intromisión estatal desmesurada que se aleja por entero de los principios de proporcionalidad y razonabilidad desarrollados por la jurisprudencia constitucional, y desconoce las garantías que se le confiere a la mujer en el ámbito internacional de los derechos humanos.

De esta decisión se desprendió, tal como lo señala la misma sentencia, un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) cuya titular es la mujer⁹.

En este fallo, la Corte estableció los requisitos y reglas para la aplicación de los tres casos en los que excepcionalmente procede el aborto. A continuación exponemos dichos

⁹Posición que ha sido reforzada a lo largo de varias sentencias, ver entre otras T-388 de 2009 y T-841 de 2011.

requisitos y reglas teniendo como fuente las sentencias de la Corte Constitucional C-355 de 2006, T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-636 de 2011 y T-841 de 2011.

1.3 Requisitos y reglas jurisprudenciales para la procedencia de la interrupción voluntaria del embarazo

1.3.1 Requisitos para la procedencia del aborto en caso de riesgo para la vida o salud física y mental de la madre

El primer caso es en el que hay riesgo para la vida o salud física y mental de la madre. La Corte formuló como único requisito, el que un profesional de la medicina certifique la existencia de un riesgo inminente para la vida o salud de la madre. En esa ocasión la Corte precisó:

“Ahora bien, en los dos últimos casos en los que no se incurre en delito de aborto, es decir, cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, y cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, debe existir la certificación de un profesional de la medicina, pues de esta manera se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado.” (Sentencia C-355 de 2006).

Posteriormente en sentencias T-585 de 2010 y T-841 de 2011¹⁰, la Corte precisó que la afectación de la salud de la mujer, en caso de ser la causal para proceder para el aborto, también involucra la afectación a la salud mental.

¹⁰ En la sentencia T-585 de 2010, se trató el caso de una mujer que presentaba un embarazo de alto riesgo para su vida y salud mental. Sin embargo la evaluación médica no incluyó el aspecto psicológico y se consideró que no había riesgo de muerte, por lo que la Corte tuteló el derecho a la IVE por no haberse dado un diagnóstico integral de la salud de la mujer que hubiera permitido tener en cuenta la afectación de la salud mental.

Es preciso aclarar que la afectación de la salud mental de la mujer no es un tema que, como concepto, haya sido desarrollado extensamente por la Corte. Sin embargo, se ha reiterado que si un médico, con base en sus conocimientos científicos, certifica que existe una afectación que pone en peligro la salud mental de la mujer, entonces se debe proceder con la interrupción voluntaria del embarazo. Un ejemplo para ilustrar este caso puede ser el ocurrido en la sentencia T-841 de 2011, en el cual una menor de doce años en estado de embarazo fue tratada por un psiquiatra y una gineco-obstetra quienes le diagnosticaron síntomas como depresión, ansiedad severa y alteración del patrón del sueño. También se enuncia en los hechos de la sentencia que la menor intento suicidarse ingiriendo unas pastillas desconocidas. En este caso la Corte consideró que estaba plenamente probada y certificada la afectación a la salud mental de la madre y que por ello procedía la interrupción del embarazo.

Por último, en sentencia T-388 de 2009¹¹, se dejó claro que los conceptos expedidos por los psicólogos tienen plena validez ya que la Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de salud.

¹¹ Esta sentencia es importante debido a que hizo una precisión amplia sobre las reglas que deben seguirse para la práctica de la IVE en todos los casos despenalizados. El caso trato de una mujer que estaba gestando un feto con malformaciones congénitas, en donde la EPS autorizo la IVE con base en el certificado de una junta médica compuesta por un grupo de gineco-obstetras, quienes indicaron necesario interrumpir el embarazo. Sin embargo, al momento de la atención medica en la Clínica, el médico asignado para atender el procedimiento solicito una orden judicial para llevarlo a cabo. Debido a lo anterior se interpuso la tutela para que un juez ordenara la IVE, pero el juez de primera instancia decidió negarla aduciendo objeción de conciencia por creencia personales. El juez de segunda instancia revoco el fallo y confirió el amparo solicitado. Debido a que los hechos involucraban elementos como la solicitud, por parte de los médicos, de requisitos no contemplados en la Sentencia C-355 de 2006 para el trámite de la IVE y el tema de la objeción de conciencia en relación con el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, la Corte Constitucional reviso el fallo e hizo un extenso resumen de las reglas que deben seguir las EPS e IPS al momento de atender los casos de la IVE (incluida la validez de los conceptos de los psicólogos) y la obligación de no imponer barreras . Asimismo la Corte expuso reglas sobre el ejercicio de la objeción de conciencia y en el resuelve de la sentencia dio la orden para que el Ministerio de la Protección Social, el Ministerio de Educación Nacional, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo llevaran a cabo campañas de promoción masiva de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, así como también ordeno a la Superintendencia Nacional de Salud para que adoptara las medidas necesarias para que las EPS e IPS tuvieran personal idóneo para llevar a cabo la IVE y se abstuvieran de imponer obstáculos injustificados.

1.3.2 Requisitos para la procedencia del aborto en caso de malformaciones en el feto que hagan inviable su vida

En este caso, la Corte estableció como requisito que un profesional de la salud certifique la existencia de una malformación en el feto que haga inviable su vida. Hay que aclarar que no se trata sólo de una malformación producto de una enfermedad que pueda ser curada antes o después del parto, sino de una malformación que no permita continuar la vida del feto una vez nazca. La Corte se pronunció así: “(...) *En efecto, la hipótesis límite ineludible a la luz de la Constitución es la del feto que probablemente no vivirá, según certificación médica, debido a una grave malformación. En estos casos, el deber estatal de proteger la vida del nasciturus pierde peso, precisamente por estarse ante la situación de una vida inviable. De ahí que los derechos de la mujer prevalezcan y el legislador no pueda obligarla, acudiendo a la sanción penal, a llevar a término el embarazo de un feto que, según certificación médica se encuentra en tales condiciones.*” (Sentencia C-355 de 2006).

1.3.3 Requisitos para proceder con el aborto en el caso de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas e incesto

En este último caso, se estableció como requisito la presentación de la copia de la respectiva denuncia penal presentada ante la autoridad competente.

Sumado a la presentación de la copia de la denuncia penal, la Corte precisó en la sentencia T-988 de 2007¹², que en caso de que el embarazo se presente en una mujer incapaz, la violación se presume y por lo tanto la presentación de la copia de la denuncia se torna en una mera formalidad que no puede servir de excusa para negar la práctica del aborto.

¹² En esta sentencia se trató el caso de una mujer de 24 años de edad que presentaba retardo mental severo y cuya madre solicitó a la EPS la interrupción del embarazo con base en denuncia penal por acceso carnal violento en persona incapaz de resistir. Sin embargo la EPS negó la solicitud argumentando no se había dado un proceso de interdicción donde se le hubiera dado a la madre la representación legal. La madre presentó tutela pero los jueces de instancia la negaron exponiendo que el embarazo estaba muy adelantado y que por ello no ordenaban el aborto. La Corte decidió amparar los derechos de la mujer puesto que había presentado los requisitos necesarios para la interrupción del embarazo, pero se le habían exigido requisitos adicionales que no podían solicitarse, como es el caso de una sentencia de interdicción. No hubo órdenes de la Corte debido a que al momento del fallo la mujer ya no se encontraba en estado embarazo pero tampoco había dado a luz.

Esta regla tiene su antecedente en la aclaración de voto a la sentencia C-647 de 2001 realizada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Manuel José Cepeda Espinosa. En dicha sentencia se demandó el parágrafo del artículo 124 del Código Penal que excluía (o exoneraba) de responsabilidad a quienes abortaran en condiciones anormales de motivación, por considerarlo violatorio del derecho a la vida. Los magistrados antes mencionados, manifestaron que se debía dar la posibilidad de abortar en caso de acceso carnal violento, teniendo para ello la denuncia penal como prueba y requisito; la magistrada Clara Inés Vargas fue después una de las ponentes de la sentencia C-355 de 2006.

1.4 Reglas Jurisprudenciales aplicables a los tres casos despenalizados

A partir de la sentencia C-355 de 2006 y en las sentencias T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-636 de 2011, T-841 de 2011 y T-627 de 2012¹³, la Corte Constitucional ha formulado una serie de reglas jurisprudenciales que tienen como propósito explicar y precisar el contenido de los primeros requisitos y reglas que se formularon en la sentencia C-355 de 2006. Hay que anotar que estas reglas se aplican de manera general a los tres casos despenalizados y no a alguno en específico, por ello deben cumplirse en cualquier caso en que se solicite una interrupción voluntaria del embarazo.

1.4.1 Reglas frente a trámites institucionales de las EPS e IPS.

Estas reglas buscan que las instituciones que participan dentro del sistema de salud, como las EPS y las IPS, no impongan obstáculos injustificados que conlleven la negación del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Hay que aclarar que en algunas ocasiones los obstáculos son impuestos por las EPS por ser ellas las encargadas de aprobar o negar la prestación de los servicios médicos, mientras que en otras ocasiones, son las IPS

¹³ Estas son todas las sentencias que la Corte Constitucional ha proferido sobre la interrupción voluntaria del embarazo después del año 2006 en que fue despenalizado parcialmente el aborto. Hemos decidido tratar todas las sentencias porque, como se ve, no son muchas y todas contienen información valiosa sobre los distintos casos despenalizados, las reglas y las barreras para el acceso a este derecho fundamental reconocido en la sentencia C-355 de 2006.

por ser ellas las encargadas de prestar de manera directa con su personal de profesionales de la salud, los servicios médicos aprobados por la EPS. Estas reglas están contenidas en la sentencia T-388 de 2009¹⁴ y pueden sintetizarse así:

- Una vez realizada la solicitud de IVE, no se pueden realizar juntas médicas de revisión o de aprobación por auditores que impliquen demoras injustificadas en la práctica del procedimiento.
- No se pueden imponer requisitos adicionales a los establecidos para cada caso despenalizado como: (a) dictámenes de medicina forense; (b) órdenes judiciales; (c) exámenes de salud que no son practicados de manera oportuna; y (d) autorización por parte de familiares, asesores jurídicos, auditores, médicos y pluralidad de galenos.
- La evaluación de la procedencia de la interrupción voluntaria del embarazo impone una obligación de diagnóstico oportuno e integral para asegurar los derechos de la mujer que la solicita. Este diagnóstico supone la obligación de las EPS e IPS de atender lo más rápido posible las solicitudes de aborto y de hacer una evaluación médica que involucre tanto los riesgos físicos como los riesgos psicológicos para la vida y salud de la mujer.
- Los certificados médicos expedidos por médicos externos a la EPS tienen validez y sirven para proceder con la IVE, siempre y cuando la EPS no contradiga dichos certificados en un plazo razonable.
- Las niñas menores de 14 de años en embarazo, pueden exteriorizar libremente su consentimiento para interrumpir voluntariamente el embarazo, así los padres o representantes legales no estén de acuerdo.
- Las redes públicas de prestadores de servicios de salud del nivel departamental, distrital y municipal, deben contar con los servicios de interrupción voluntaria del embarazo.

¹⁴ Sentencia explicada en la página 13.

1.4.2 Reglas frente al ejercicio del derecho fundamental a la objeción de conciencia

Estas reglas buscan delimitar el uso de la objeción de conciencia por parte de los médicos e instituciones prestadoras de los servicios de salud, para que su uso se armonice con el ejercicio del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo y este último no encuentre obstáculos por el ejercicio del primero. Las reglas sobre la objeción de conciencia fueron planteadas a partir de la sentencia C-355 de 2006 y reforzadas en sentencias T-209 de 2008 y T-388 de 2009¹⁵, Se resumen de la siguiente manera:

- El médico que se abstenga de practicar un aborto con fundamento en la objeción de conciencia tiene la obligación de remitir de manera inmediata a la mujer a otro médico habilitado para llevar a cabo el procedimiento. En todo caso, las IPS deben tener designado previamente a los médicos habilitados para practicar el procedimiento de IVE para así evitar demoras en su atención.
- La objeción de conciencia es un derecho que solo pueden ejercer las personas naturales. Por ello, no puede ser invocada por parte de las personas jurídicas (como clínicas u hospitales) para negarse a practicar una IVE en los casos permitidos.

1.4.3 Reglas frente a la práctica judicial

En este caso la regla se presenta frente al manejo (o estudio) probatorio que debe tener en cuenta el juez al momento de aplicar las reglas mencionadas. Esta regla se evidencia en la sentencia T-988 de 2007, donde se trató el caso de una joven de 24 años de edad con discapacidad cognitiva severa, cuya madre presentó denuncia penal por acceso carnal

¹⁵ En la Sentencia T – 209 de 2008 una menor, víctima de acceso carnal violento, solicitó ante su EPS que le realizaran el procedimiento de IVE, presentando para ello la respectiva denuncia penal. Sin embargo la EPS negó el procedimiento alegando objeción de conciencia grupal de todo el staff de ginecólogos y gineco-obstetras. La Corte revisó la sentencia y la revocó, puesto que se había cumplido con el requisito único para la procedencia de la IVE en el caso de violación como lo era la presentación de la denuncia penal. Asimismo la Corte se pronunció sobre la objeción de conciencia al haber sido ese uno de los motivos de los médicos para negar el derecho a la IVE.

violento en persona incapaz de resistir. La EPS negó la solicitud de IVE con el argumento de que la madre de la joven no ha habido llevado a cabo un proceso de interdicción que le diera la representación legal sobre su hija. La madre presentó la acción de tutela y el juez de primera instancia consideró que se cumplían los requisitos para proteger el derecho pero negó la tutela exponiendo que, según certificado médico allegado al proceso, un aborto realizado después de la quinceava semana de gestión, representaba mayores riesgos para la mujer e implicaba una mayor posibilidad de muerte.

En la sentencia T-841 de 2011, se dio el caso de una menor de doce años que solicitó la IVE por riesgo de su salud mental y física certificada por profesionales de la salud. Sin embargo, la EPS negó el trámite porque los certificados eran de médicos externos y no médicos adscritos a ella. En la decisión de única instancia dentro del trámite de tutela, el juez negó la protección solicitada por la menor. Uno de los argumentos esgrimidos por el juez fue que, según certificación medica allegada al expediente, era peligroso interrumpir el embarazo después de la octava semana de gestión. Sin embargo hay que aclarar que en la decisión de la Corte se afirma que dicho certificado no obraba en el expediente de pruebas, lo que dio a entender que el juez tomó su decisión sobre criterios que no le competen como son dar análisis médicos que se encuentran por fuera de su competencia.

Hay que anotar que en ambos casos los jueces exponen observaciones que han hecho médicos sobre la conveniencia o no de practicar la IVE en determinado tiempo de gestación, pero esas observaciones son generales y abstractas. De acuerdo a lo que se puede leer de las sentencias, esas observaciones médicas corresponden a conceptos generales sobre el tiempo límite para practicar el aborto y no a una evaluación del caso concreto. Por ello, la Corte Constitucional precisó que a los jueces no les corresponde determinar en qué momento es peligroso o no llevar a cabo la interrupción del embarazo, pues ellos no tienen los conocimientos científicos necesarios, sino que deben ser los médicos quienes, en el caso concreto, después de una ponderación sobre los riesgos del embarazo, la situación mental y física de la mujer, los riesgos del aborto y la expresión libre de la voluntad, deben emitir el determinado concepto sobre la conveniencia de su práctica.

La regla que se desprende de lo anterior podría plantearse así:

- Los jueces no pueden fijar límites temporales, para la práctica del aborto, derivados de consideraciones médicas generales sobre su conveniencia, pues esto le corresponde a los médicos, quienes, en el caso concreto, y después de una ponderación de todos los factores involucrados, deben emitir un concepto sobre las implicaciones de la interrupción del embarazo.

De lo expuesto, se tiene que, si bien no existe una ley que regule el aborto en los tres casos despenalizados por la Corte Constitucional, si existen, desde el mismo momento de la expedición de la sentencia C-355 de 2006, una serie de reglas mínimas que deben observarse cuando alguna mujer solicite la interrupción del embarazo bajo alguna de las causales despenalizadas. Sin embargo, como se verá en el siguiente capítulo, estas reglas han sido ignoradas impidiendo la efectividad del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

2 Barreras en el acceso al derecho de interrupción voluntaria del embarazo en Colombia

En este acápite, se realizará una síntesis de las barreras que se presentan para lograr la protección de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer en el caso de la IVE¹⁶. Para lograrlo, se hará una clasificación de las barreras que llevaron a la presentación de acciones de tutela exigiendo la aplicación de lo dispuesto en la sentencia C-355 de 2006. Entre las sentencias analizadas están: la T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-636 de 2011, T-841 de 2011 y T-627 de 2012 de la Corte Constitucional¹⁷; asimismo se analizó el Informe de Seguimiento a la sentencia C-355 de 2006 del año 2010, elaborado por la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de la Procuraduría General de la Nación; el Auto 327 de seguimiento de la sentencia T-388 de 2009 de la Corte Constitucional; El informe de vigilancia superior de la sentencia T-388 de 2009 del año 2011 elaborado por la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de la Procuraduría General de la Nación¹⁸ y el trabajo de investigación e información estadística: “Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias” del año 2011 del Guttmacher Institute¹⁹.

¹⁶ De acuerdo con el examen de las fuentes de información del trabajo (antes mencionadas) logramos encontrar 12 barreras en total.

¹⁷ Estas son todas las sentencias que la Corte Constitucional ha proferido sobre la interrupción voluntaria del embarazo después del año 2006 en que fue despenalizado parcialmente el aborto. Hemos decidido tratar todas las sentencias porque, como se ve, no son muchas y todas contienen información valiosa sobre los distintos casos despenalizados y sobre las barreras para el acceso a este derecho fundamental reconocido en la sentencia C-355 de 2006.

¹⁸ Como será vera más adelante, una de las barreras tiene que ver con la actuación del Procurador General de la Nación y sus procuradoras delegadas, lo cual puede llevar al lector a pensar que hay una inconsistencia, ya que los informes de la Procuraduría son utilizados como fuente de información del presente trabajo. Lo anterior no representa ninguna inconsistencia, ya que los informes que la Procuraduría elabora son ordenados y revisados por la Corte Constitucional y las fuentes de información proviene de otras entidades del Estado como el Ministerio de Salud o la Superintendencia Nacional de Salud. Esa información, en cuanto a sus datos y estadísticas, en principio, se ajusta a la realidad y la proporcionan otras entidades del estado. lo anterior no es óbice para que los informes tengan consideraciones u opiniones que dejen ver una posición que parece ir en contra del aborto, sin embargo nosotros centramos nuestra atención en los datos y estadísticas que se muestran sobre la situación del aborto en el país.

¹⁹ Este trabajo tiene como fuente entrevistas realizadas a Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, a personal médico e instituciones públicas del orden regional como Secretarías de Salud de los distintos

2.1 *Barreras derivadas de los trámites Institucionales de las EPS e IPS*

Algunas de estas barreras se exponen en varias de las sentencias de tutela sobre IVE de la Corte Constitucional, como lo son la T-209 de 2007, T-988 de 2007 y T-946 de 2008 (ya explicadas), y que fueron sintetizadas en la sentencia T-388 de 2009. Se evidencian en las siguientes actuaciones:

- La realización de juntas médicas, de revisión o de aprobación por parte de auditores que demoran el trámite de la interrupción del embarazo de manera injustificada. Lo anterior lleva a que el embarazo se prolongue en el tiempo y pueda ser más riesgosa su interrupción, o que la misma no se logre y la mujer deba culminar con el proceso de gestación.
- La solicitud de conceptos de médicos forenses, órdenes judiciales, exámenes médicos adicionales, aprobación de familiares o auditores que representan elementos adicionales e injustificados para el trámite del aborto. Esta barrera y la anterior se evidencian en los hechos de la sentencia T-209 de 2008 donde por un lado, se llevaron a cabo juntas médicas antes de tomar una decisión en cuanto a la práctica del aborto, con lo cual se dilató injustificadamente la aprobación del mismo. Y por otro lado se evidenció como el médico que debía llevar a cabo el procedimiento de interrupción del embarazo, puso como condición una orden judicial que ordenara tal procedimiento.
- La demora en la atención de la mujer que solicita la interrupción del embarazo, así como la no remisión a otros hospitales en caso de que la IPS no tenga el personal para llevar a cabo el aborto. En estos casos las EPS dan citas para fechas muy alejadas de la fecha de la solicitud de interrupción del embarazo, o dan una cita que empiezan a reprogramar una y otra vez, demorando de manera injustificada la interrupción del embarazo. Asimismo, ocurre que las IPS cuando no tienen un sitio

municipios y departamentos. Asimismo el trabajo recopila información del Ministerio de Salud y de la Superintendencia de Salud. Para más información remitirse al documento.

y personal médico idóneo para proceder con el aborto, no llevan a cabo ningún tipo de acción para asegurar a la mujer solicitante dichos elementos. En la sentencia T-585 de 2010 se evidencia como a la mujer que había solicitado el aborto invocando riesgo para su vida por un embarazo calificado como de alto riesgo, le aplazaban constantemente las citas médicas y el diagnóstico definitivo y la aprobación sobre la interrupción del embarazo. Durante un mes le reprogramaron citas hasta que le dijeron que solo había citas varios meses después, por lo que la mujer terminó interponiendo la acción de tutela para obtener el amparo inmediato del derecho a la IVE.

- En algunas sentencias se observa que los médicos de las EPS dilatan la entrega del certificado sobre el riesgo para la salud mental o física de la madre y sobre la malformación que haga inviable la vida del feto, o prefieren no expedirlo, y remiten en varias oportunidades a la mujer embarazada a otros médicos para que sean estos los que expidan el certificado. En los hechos de la sentencia T-585 de 2010 ya mencionada, se observó cómo los médicos no tomaban la decisión sobre el certificado para proceder con el aborto y preferían dejar en manos de otro médico la decisión sobre la interrupción del embarazo.
- Las EPS no le den valor a los certificados expedidos por médicos diferentes a los de su red de especialistas. Así, se niega el servicio de IVE por parte de la EPS y no se hace ningún trámite para que los especialistas de la EPS tramiten la solicitud de IVE o refuten lo certificado por los especialistas externos.²⁰ La sentencia T-841 de 2011 antes mencionada, es un ejemplo de esta situación. En dicha sentencia varios especialistas que no estaban adscritos a la EPS a la cual estaba vinculada la menor de edad, habían certificado una afectación de su salud mental y física y por ello recomendaban proceder con el aborto. La EPS negó el procedimiento aduciendo que el certificado no había sido emitido por sus propios especialistas, sin que tampoco hubiera efectuado alguna acción para evaluar la situación de la menor ni para refutar lo certificado por los médicos externos. La omisión de la EPS y su negligencia para

²⁰ Ver sentencia T-841 de 2011.

tramitar la solicitud de IVE, llevaron a que la menor diera a luz sin haber podido hacer valer sus derechos.

- Por último, existe una barrera en cuanto al diagnóstico integral que debe practicársele a la mujer para efectos de saber si se procede o no con el aborto. En estos casos los médicos solo evalúan si hay peligro para la vida física de la madre, en concreto, si hay riesgo de muerte, pero no hacen una evaluación completa sobre el peligro para la salud de la madre tanto física como mental. Por ello, si bien puede que no haya un peligro de muerte para la mujer, si puede haber un peligro para la salud mental, y los médicos, desconociendo este riesgo, niegan la IVE. Un ejemplo de esto es el caso de la sentencia T-585 de 2010 ya comentada, en donde uno de los médicos que atendió a la mujer indicó que era necesaria una valoración psicológica que nunca se hizo y solo se remitía a la mujer de cita en cita a otros médicos sin una valoración ni certificación concreta sobre el trámite de la IVE. Como ya se dijo, la Corte expuso en la sentencia que no llevar a cabo dicha evaluación representó un incumplimiento del diagnóstico integral que debe hacerse para establecer la procedencia de la IVE y con ello la vulneración de tal derecho.

2.2 Barreras derivadas del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia

Existen dos barreras derivadas del mal ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, que dificultan el acceso al derecho a la IVE. Estas barreras se evidencian en las sentencias T-209 de 2008 y T-388 de 2009 de la siguiente manera:

- Los centros de salud o algún departamento médico al interior del centro de salud, alegan la objeción de conciencia de manera colectiva. En este caso, un hospital o clínica se niega a prestar los servicios de interrupción del embarazo alegando para ello la objeción de conciencia. Hay que recordar que de acuerdo a las reglas jurisprudenciales elaboradas por la Corte Constitucional, las personas jurídicas no pueden alegar la objeción de conciencia, pues ese es un derecho solo de las persona

naturales²¹. Por otro lado, todo un departamento médico, como el área de ginecología de un hospital, alegaba la objeción de conciencia para negarse a la práctica del aborto. De nuevo hay que recordar que la objeción de conciencia solo puede ser ejercida por una persona y exponiendo las razones de tal objeción, por lo que no se puede que todo un departamento, de manera caprichosa, se declare impedido para realizar el aborto alegando la objeción de conciencia, pues es cada profesional de la salud quien debe ejercer de manera individual tal derecho.

- Por otro lado, algunos jueces invocan la objeción de conciencia para no emitir un fallo en un proceso de tutela donde se solicita la protección del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. La Corte Constitucional dejó claro que los jueces pueden tener unas convicciones personales, pero en el momento en que están cumpliendo la función de administrar justicia, su obligación es la de solucionar el problema planteado con base en la Constitución, la ley y en este caso, la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Su investidura de juez hace que sus decisiones deban basarse única y exclusivamente en el derecho y no en los pareceres que tenga. (Sentencia T-388 de 2009).

2.3 *Barreras derivadas de la actividad médica*

Algunos profesionales de la salud han impuesto barreras innecesarias para el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, tales como:

- La solicitud de órdenes judiciales para llevar a cabo el aborto. En estos casos los procedimientos ya han sido aprobados por la EPS e IPS pero el médico solicita la orden de un juez para llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo, negando así el acceso a este derecho.

²¹ Esto de acuerdo a las reglas jurisprudenciales mencionadas páginas atrás y que encuentran sustento en las sentencias C-355 de 2006, T209 de 2008 y T-388 de 2009.

2.4 *Barrera derivada de la concepción legalista en el sistema de fuentes colombiano: la Suspensión y posterior anulación del Decreto 4444 de 2006*

En este caso, hay que hacer una breve referencia a lo que creemos que es la causa de la presente barrera. En su libro “La Teoría Impura del Derecho”, Diego Eduardo López Medina sostiene que en la conciencia jurídica colombiana aun impera una concepción legocentrista, donde la ley es considerada la única fuente de derecho o la única vinculante dentro del sistema jurídico. Lo anterior lleva a que las leyes, decretos, resoluciones y demás, sean tenidas como las fuentes que dan un soporte jurídico a las actuaciones que ellas regulan, y que sin ellas el contenido y alcance de las sentencias no puede ser desarrollado en la práctica o, por otra parte, que su validez como fuente sea cuestionable (LOPEZ MEDINA, 2004, pp. 129-158)

Acorde con esta visión legalista del derecho, el Ministerio de la Protección Social expidió el Decreto 4444 de 2006, mediante el cual se reglamentó lo contenido en la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional. En este decreto se reguló lo relativo al procedimiento para la práctica del aborto, la objeción de conciencia y un régimen sancionatorio en caso de incumplimiento de las disposiciones del Decreto. En octubre de 2009, en el trámite de una acción pública de nulidad contra este decreto, la sección primera del Consejo de Estado resolvió suspenderlo provisionalmente²². En reciente decisión, la sección Primera del Consejo Estado, con ponencia de la Magistrada María Claudia Rojas Lasso, decretó la nulidad de dicho Decreto. En el comunicado de prensa emitido por el Alto Tribunal²³, se expone que el Gobierno Nacional solo puede ejercer la facultad reglamentaria que le otorga el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, cuando exista una ley previa que reglamentar, y como en este caso no había tal ley, se procedió con la anulación del decreto.

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. MP: María Claudia Rojas Lasso. Auto del 15 de octubre de 2009. Expediente 2008-00256-00. La suspensión provisional se efectúa porque se consideró que el Decreto 4444 de 2006, al parecer, no respondía a ninguna ley previa que pudiera reglamentar, por lo que el Gobierno Nacional posiblemente se había extralimitado en su facultad reglamentaria. Esta es la misma razón de su posterior anulación.

²³ Ver comunicado del 18 de marzo de 2013 en: <http://www.consejodeestado.gov.co/> y noticia en: Redacción Justicia (18 de Marzo de 2013). Anulan Decreto que reglamento el aborto en los casos despenalizados. El tiempo. Recuperado de http://www.eltiempo.com/justicia/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12699782.html

Durante la suspensión del Decreto, muchas EPS, IPS y profesionales de la salud negaron el acceso al derecho de interrupción voluntaria del embarazo aduciendo que no existe regulación alguna sobre la materia. Exponían que al estar suspendido el Decreto, no había una base jurídica sobre la cual pudieran actuar y que por ello no procedían a practicar el aborto en los casos despenalizados²⁴. Este argumento también fue expuesto por organizaciones en contra del aborto, quienes hicieron gran eco de la suspensión del Decreto 4444 de 2006 para decir que con esa suspensión, cualquier persona o entidad podía desconocer tal reglamentación y en consecuencia, negarse a la práctica del aborto en los casos despenalizados²⁵. Asimismo, la Procuraduría General de la Nación, en Circular 29 de 2010, expuso que la suspensión del Decreto 4444 de 2006 dejaba sin sustento jurídico la regulación hecha sobre la objeción de conciencia y que por ello no había ningún tipo de restricción para el ejercicio de ese de derecho hasta tanto el Consejo de Estado tomara una decisión.

Ahora con la nulidad del Decreto en firme, se han reforzado esas posiciones que indican que sin él no hay obligación ni marco regulatorio para que las entidades de salud presten el servicio de interrupción voluntaria del embarazo. Es más, el tema ya ha tenido en los medios de comunicación varios debates sobre si se puede desconocer el derecho a la IVE con la anulación del Decreto²⁶.

²⁴ Para información al respecto, ver Auto 327 de 2010 de la Corte Constitucional. En dicho auto la Corte Constitucional reitera que la suspensión del Decreto 4444 de 2006 no es una causal para que la Superintendencia de Salud pierda facultades para hacer efectivo el cumplimiento del derecho a la IVE. Asimismo se indica que la suspensión del Decreto 4444 de 2006 no puede ser impedimento para el acceso al derecho a la IVE toda vez que *“los derechos de la mujer que sustentan la despenalización de la IVE en los tres casos despenalizados se encuentran en disposiciones constitucionales que poseen en sí mismas carácter normativo en virtud del artículo 4 de la Carta Política y en tratados internacionales sobre derechos humanos que tienen fuerza vinculante, prevalecen en el orden interno y hacen parte del bloque de constitucionalidad”*.

²⁵ Ver Gómez Rueda. L (28 de Octubre de 2009). Suspendido el Decreto 4444. Cúcuta Jurídica. Recuperado de <http://cucuta-juridica.blogspot.com/2009/10/suspendido-el-decreto-4444.html>

²⁶ Ver:

- Redacción Vivir. (19 de Marzo de 2013). El aborto sigue siendo un Derecho. El Espectador. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/temadeldia/articulo-411383-el-aborto-sigue-siendo-un-derecho>

- Redacción Nacional. (19 de Marzo de 2013). Nulidad de reglamentación del aborto no afecta su práctica en casos permitidos. Recuperado de: <http://www.vanguardia.com/actualidad/colombia/200699-nulidad-de-reglamentacion-del-aborto-no-afecta-su-practica-en-casos-permi>

Los grupos Pro-Vida se han manifestado en las redes sociales afirmando que con la anulación del Decreto 4444 de 2006 dejó de existir la regulación sobre la interrupción voluntaria del embarazo y que en Colombia no existe ninguna obligación para que el sistema de salud atienda y financie los casos en que la mujeres soliciten la IVE. Solo consideran que no hay sanción penal en los casos establecidos por la Corte pero sin que ello signifique que haya la obligación por parte del Estado colombiano para garantizar ese derecho²⁷.

Sin embargo, consideramos que todas esas posiciones sobre la afectación del derecho al aborto derivada de la nulidad del Decreto 4444 de 2006 son equivocadas, pues hay que recordar que la Corte Constitucional ha reiterado que la nulidad del Decreto en nada afecta la garantía del derecho a interrumpir el embarazo en los casos despenalizados, ya que la sentencia C-355 de 2006 ha estado vigente y ella contiene la regulación mínima necesaria para asegurar este derecho. La jurisprudencia constitucional ha señalado las reglas para su aplicación y procedencia, y con ellas es suficiente para que las entidades garanticen el acceso a la IVE.

Hay que agregar que la Corte Constitucional mediante Sentencia C - 634 de 2011 establece el carácter vinculante de las decisiones tomadas por parte de las altas cortes, el cual se fundamenta en la consecución de la eficacia de los principios de igualdad y seguridad jurídica dentro del Estado constitucional.

Lo anterior (...) “se logra a partir de dos vías principales: (i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte

- RCN La Radio. (10 de Mayo de 2013). EPS no podrán negarse a practicar aborto en los casos ordenados por la Corte: Acemi. RCN La Radio. Recuperado de <http://m.rcnradio.com/noticias/eps-no-podran-negarse-practicar-aborto-en-los-casos-ordenados-por-la-corte-acemi-55338>

- RCN La Radio. (10 de Mayo de 2013) Sentencia que permite abortos en tres casos específicos sigue vigente: constitucionalista. RCN La Radio. Recuperado de <http://m.rcnradio.com/noticias/sentencia-que-permite-abortos-en-tres-casos-especificos-sigue-vigente-constitucionalista>

²⁷ Ver entre otros: Red Futuro Colombia. (19 de Marzo de 2013). El aborto sí debe ser debatido en el Congreso – Toda la reglamentación del Gobierno Nacional fue anulada. Alianza Provida. Recuperado de <http://www.alianzaprovida.org/1/post/2013/03/el-aborto-s-debe-ser-debatido-en-el-congreso-toda-la-reglamentacin-del-gobierno-nacional-fue-anulada.html>

Constitucional; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de predecibilidad antes anotado(...)”.

2.5 Barreras derivadas de la falta de centros de salud que presten el servicio de IVE.

En muchas zonas del país los centros de salud no tienen las condiciones para proveer los servicios para la interrupción del embarazo. Solo alrededor de un 11% de instituciones a nivel nacional pueden prestar este servicio (Prada, 2011). Lo anterior lleva a que las mujeres que se encuentren en alguna de las causales para proceder con el aborto, no puedan hacerlo en centros de salud habilitados para ello, sino que terminan arriesgando sus vidas con abortos clandestinos, o que, aun queriendo interrumpir el embarazo, se vean obligadas a dar a luz.

Esto representa un gran obstáculo para lograr el efectivo goce del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, pues una atención médica integral y oportuna es la forma de poder materializar el derecho reconocido por la Corte Constitucional. Sin las condiciones necesarias para prestar el servicio de IVE no hay forma de garantizar el cumplimiento del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo.

2.6 Barreras derivadas del ejercicio de la libertad de expresión de los funcionarios públicos

Dentro de estas barreras, se encuentra en específico la actuación del Procurador General de la Nación, Alejandro Ordoñez. En este caso es de público conocimiento que la convicción

personal del procurador está en contra del aborto.²⁸ Sin embargo él, en ejercicio de sus funciones, no puede desconocer las decisiones judiciales ni tergiversar información para imponer sus creencias personales²⁹. Lo anterior se ve expuesto en la sentencia T-627 de 2012 de la Corte Constitucional, donde 1.280 mujeres interpusieron una tutela en contra del Procurador, Alejandro Ordoñez, y sus procuradoras delegadas³⁰ por considerar que habían violado su derecho a la información, puesto que el propio Procurador y sus funcionarias habían dictado circulares y emitido información equivocada en materia de interrupción voluntaria del embarazo.

En la sentencia la Corte le ordenó al Procurador rectificar esas decisiones, entre las cuales se encontraban, por ejemplo, el hecho de haber expedido una circular a la Superintendencia Nacional de Salud, en donde se tergiversó la información y se le dijo a esta entidad administrativa que no existía un derecho al aborto y que por ello no se podía vigilar el cumplimiento de tal derecho (T-627 de 2012). Otro caso fue el del requerimiento que la Procuradora delegada María Eugenia Carreño le hizo al Ministerio de la Protección Social para que no se incluyera el Misoprostol³¹ dentro del POS, argumentando dudas sobre los estudios respecto del medicamento y exponiendo que dicho medicamento era de carácter abortivo y que ese uso no era legal ni estaba aprobado por el INVIMA en Colombia.

En dicho requerimiento se distorsionó información de la Organización Mundial de la Salud que ya había certificado su uso como anticonceptivo y no como abortivo, y donde el

²⁸ Ver entre otros:

- Semana. (11 de Mayo de 2011). La familia y el aborto, según el procurador. Semana. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/familia-aborto-segun-procurador/156675-3.aspx>

- Redacción Política. (10 de Mayo de 2013) Debate entre la Corte, Gaviria y Procurador por fallo de aborto. El Tiempo. Recuperado de <http://m.eltiempo.com/politica/debate-sobre-el-aborto-en-colombia/9327045>

²⁹ Al respecto se puede leer el Informe del año 2012 de La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el cual expone en sus páginas 228 y 229 que las autoridades públicas no pueden, con sus pronunciamientos, desconocer los derechos fundamentales de las personas, así como tampoco de utilizar su libertad de expresión para interferir en la independencia y cumplimiento de las decisiones judiciales.

³⁰ Se trata de Ilva Myriam Hoyos, Procuradora delegada para la infancia y adolescencia y de María Eugenia Carreño, Procuradora delegada para la función pública.

³¹ El Misoprostol es un medicamento que, aparte de otros usos terapéuticos como el tratamiento de la úlcera, combinado con mifepristona sirve para terminar un embarazo reciente, por lo que sirve para inducir un aborto en las primeras semanas de gestación. <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/druginfo/meds/a689009-es.html>.

Consejo de Estado y el INVIMA también habían aceptado su uso como anticonceptivo³² (T-627 de 2012); entre otros casos. La conclusión fue que el Procurador y sus procuradoras delegadas vulneraron los derechos fundamentales al acceso a los servicios de salud reproductiva, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la salud física y mental, a la interrupción voluntaria del embarazo y a la información en materia reproductiva de las mujeres demandantes, que en el fondo benefició a todas las mujeres, pues la información y decisiones de la procuraduría ordenadas a rectificar afectan a toda la población femenina del país.

De las barreras expuestas anteriormente, puede observarse como el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo no ha tenido un reconocimiento pacífico. Si bien han pasado más de seis años desde que se despenalizó parcialmente, han sido numerosos y variados los obstáculos que existen para asegurar un efectivo goce de este derecho.

³² Ver “Guía Técnica para Abortos sin Riesgos de la Organización Mundial de la Salud. 2003” y Acta No. 20 del INVIMA.

3 La garantía del derecho a la IVE: cuestiones pendientes

A continuación nos proponemos plantear algunas consideraciones sobre algunos puntos tanto normativos como administrativos que creemos que deben ser tenidos en cuenta para lograr una mayor efectividad y avance en la garantía del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

3.1 *Puntos pendientes sobre la adjudicación de las reglas jurisprudenciales*

Sobre este punto encontramos una aclaración de voto del magistrado Mauricio Gonzales Cuervo a la sentencia T-946 de 2008, donde expone que los jueces no pueden decidir de manera automática sino que debe haber una valoración crítica de los hechos y las pruebas en la aplicación de las reglas jurisprudenciales. En esta misma sentencia el magistrado Rodrigo Escobar Gil salvó el voto y expuso que la decisión judicial en algunos casos es difícil y no puede aplicarse el precedente sin ningún tipo de consideración, ni tampoco pretender que por medio de investigaciones disciplinarias se obligue a los jueces a aplicar las reglas fijadas en materia de interrupción voluntaria del embarazo. El magistrado se apartó de la decisión pues no comparte la revocatoria que se hizo de los fallos de instancia, por considerar que los jueces actuaron bien de acuerdo a la falta de claridad sobre qué hacer cuando hay casos de avanzada gestación.

Lo anterior tiene que ver con los casos difíciles en que los jueces de instancia han hecho consideraciones sobre la procedencia de la interrupción voluntaria del embarazo y la han negado por considerar que, si bien cumplen los requisitos establecidos en la jurisprudencia, existen elementos fácticos diferentes que les permiten tomar distancia del precedente de la Corte. Hay dos ejemplos de estos casos. Por un lado³³, encontramos la situación que se presenta cuando una mujer solicita la interrupción del embarazo por haber sido víctima de un acceso carnal violento, pero el médico niega el procedimiento argumentando que la verdadera causa del embarazo no fue una violación. En este caso los médicos tratantes ponen de presente, de acuerdo a exámenes médicos, que la fecha de la concepción y la

³³ Ver caso de la sentencia T-209 de 2008 donde no coincidían las fechas de la supuesta violación con las fechas establecidas por los exámenes médicos para la concepción.

fecha de la supuesta violación no coinciden y con ello concluyen que la mujer se encontraba en estado de embarazo desde antes del supuesto acceso carnal violento.

En los fallos de tutela de instancia los jueces negaron la interrupción del embarazo por considerar que, de acuerdo a lo expresado por los médicos tratantes, el embarazo no era fruto de acceso carnal violento y por lo tanto la mujer no se encontraba dentro de una causal lícita para solicitar el aborto. Hay que recordar que el único caso donde se ha dado esto fue en el de una menor de catorce años y por ello el acceso carnal violento se presumía. Sin embargo la Corte no hizo referencia alguna a cómo debería fallarse si tal inconsistencia se presentara con la denuncia penal de una mujer mayor de catorce años, situación que permite presumir que la tutela puede ser negada.

La sentencia T-209 de 2008, por su redacción, permite interpretar que la sola denuncia, sin ningún tipo de valoración, es suficiente para proceder con la práctica de la IVE: *“(…) Al adentrarse dichos jueces en el análisis de los hechos denunciados, obraron no como jueces constitucionales sino como jueces ordinarios, en cuanto es a éstos a los que les corresponde decidir sobre los hechos penales denunciados, previa la investigación respectiva. Los Jueces de tutela que actuaron por fuera de sus competencias al valorar los hechos denunciad y que teniendo la prueba que acreditaba la edad de la menor que solicitaba el amparo de sus derechos fundamentales, desatendieron la citada norma penal, que presume la violación en mujer menor de catorce años. (…)*.

Si bien se presume la violación en una menor de catorce años, creemos que la prueba que evidenciaba la discrepancia entre la fecha de la concepción y de la supuesta violación, puede justificar la decisión que tomaron los jueces de instancia. Pensamos que el fallo tuvo un fundamento sólido, pues una prueba científica practicada por los médicos tratantes dejó en evidencia que la fecha de la concepción distaba mucho de la fecha de la supuesta violación, con lo cual era razonable concluir que el embarazo no tiene como causa un supuesto acceso carnal violento, sin embargo la Corte parece indicar que la sola denuncia penal, sin ningún examen de su contenido, es suficiente y obliga a los médicos a llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo. En la misma sentencia la Corte ordena una

investigación a los jueces de instancia por considerar que desconocieron la ley y el precedente fijado en materia de interrupción voluntaria del embarazo. Como solo se ha dado un caso de estos, pensamos que debe haber un pronunciamiento de la Corte para que los jueces de instancia tengan total claridad sobre la línea de decisión a seguir.

El otro caso es en el que los jueces de instancia niegan la tutela de la mujer que solicita la interrupción voluntaria del embarazo por considerar que el avanzado estado de gestación (superior a las 20 semanas), no permite tomar una decisión ya que podría ponerse en peligro la vida de la madre³⁴. Dentro de los procesos de tutela los jueces tomaron conceptos generales de los médicos sobre el tiempo en el cual es recomendable o no practicar un aborto y con base a ello decidieron, sin entrar a valorar el caso concreto. Aquí el problema se relaciona con el tiempo en el cual se puede realizar la interrupción del embarazo, ya que no hay ningún límite fijado para los casos despenalizados, lo que ha sido resaltado por los magistrados Mauricio Gonzales Cuervo y Rodrigo Escobar Gil en su respectiva aclaración de voto y salvamento de voto a la sentencia T-946 de 2008.

La sentencia C-355 de 2006 no se pronunció sobre el límite temporal para llevar a cabo la IVE, sin embargo si expuso que la decisión sobre la conveniencia o no de practicar el aborto con relación al estado de gestación de la mujer, le corresponde determinarla al médico tratante junto con la mujer y los demás profesionales de la salud involucrados en el caso. De todas maneras el pronunciamiento de la Corte no ha sido claro en cuanto a la posibilidad de negar el derecho a la IVE en sede de tutela con base a informes médicos donde se evidencie que el procedimiento pone en peligro la vida de la madre. Creemos que la Corte debe hacer claridad sobre si el juez puede negar el derecho a la práctica de la IVE cuando durante el trámite de tutela se presente material probatorio que indique que tal procedimiento pone en peligro la vida de la madre, o si por el contrario el juez debe, siempre que se cumplan los requisitos, ordenar la IVE y dejar en manos de los médicos y la madre la decisión de interrumpir o no el embarazo.

³⁴ Ver sentencias T-946 de 2008 y T-841 de 2011.

3.2 *Necesidad de una política pública*

De acuerdo con varios de los informes de vigilancia de seguimiento a la sentencia C-355 de 2006 y T-388 de 2009 elaborados por la Procuraduría General de la Nación, y a cifras elaboradas por el estudio más reciente sobre aborto que se ha hecho en Colombia del Guttmacher Institute (2011), en el país no existe una efectiva prestación del servicio de interrupción voluntaria del embarazo. En las zonas alejadas de las grandes capitales del país, la implementación y conocimiento de la sentencia C-355 de 2006 todavía no es muy efectiva, por lo que las mujeres de las zonas rurales son quienes recurren en mayor cantidad a los abortos clandestinos (Prada, 2011).

Tan solo el 11% de instituciones prestadoras de servicios de salud están habilitadas para prestar este servicio en todo el país. Asimismo, esos servicios se concentran en la capital, mientras que en las regiones el porcentaje es mucho menor. Bogotá tiene un 23% de instituciones habilitadas para prestar este servicio, mientras que la región que le sigue, que es la oriental, solo llega al 12%. Igualmente, de los 400.000 abortos que se estiman que se realizan en el país cada año, tan solo el 0.08% corresponde a los tres casos despenalizados por la Corte, el resto son abortos clandestinos. De este gran número de abortos clandestinos, se calcula que el 33% presentan complicaciones que ponen en riesgos la vida de la mujer por no tener una adecuada atención médica y con ello, cada año, se estima que unas 93.000 mujeres tienen que ser tratadas por el sistema de salud para atender esas complicaciones (Prada, 2011). A lo anterior se suma que el 25% de muertes maternas en Colombia están relacionadas con el aborto³⁵.

Estas cifras revelan la necesidad de una política pública dirigida a aumentar los servicios de salud para la atención de las solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo. Es incoherente que el derecho se haya reconocido y sea exigible, pero que no exista la forma de materializarlo. Toda mujer que se encuentre dentro de las causales permitidas para interrumpir el embarazo debe tener acceso a los servicios médicos necesarios para llevarlo

³⁵ Caracol. (12 de Septiembre de 2006). El aborto en cifras. Caracol Radio. Recuperado de <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/el-aborto-en-cifras/20060912/nota/331743.aspx>

a cabo, de lo contrario no habrá un verdadero derecho a la IVE y el Estado se expone al pago de indemnizaciones como las que se observan en las sentencias T-209 de 2008 y T-841 de 2011. Asimismo, se deben implementar servicios de acompañamiento y educación sexual para que las mujeres sean conscientes de sus derechos sexuales y reproductivos y la forma de hacerlos valer.

3.3 *Necesidad de un debate más allá de la moral*

Por último, con base en las cifras sobre abortos en Colombia expuestas en los párrafos anteriores, pensamos que el debate sobre el aborto debe ir más allá de las tres causales despenalizadas y sin los prejuicios morales y religiosos que lo atraviesan. La tasa de mortalidad femenina derivada del gran número de abortos clandestinos que se practican en el país debe obligar a una reflexión alejada de esos prejuicios. El prohibicionismo radical de muchos grupos en contra del aborto mira el problema desde una perspectiva religiosa y moral y solo piensa en negar el aborto en cualquier circunstancia. Varios senadores y grupos pro vida preparan un nuevo intento de reforma constitucional para prohibir el aborto aun en los casos despenalizados por la Corte Constitucional³⁶.

Lo que no se quiere ver es que el aborto envuelve una problemática que afecta la vida y salud de muchas mujeres en el país. La cantidad de abortos clandestinos refleja que el problema, lejos de acabarse con argumentos moralistas o con leyes prohibicionistas, aumenta cada día con más casos de mujeres muertas o con graves complicaciones de salud. Por ello debe existir un debate que busque soluciones centradas en esa realidad y que atiendan el problema desde la óptica de los derechos sexuales y reproductivos y la salud pública.

De todas maneras, queremos anotar que nos quedan algunas dudas sobre por qué hay tan pocas sentencias de un tema que genera tanta resistencia como el aborto, en donde casi todas las decisiones de tutela proferidas por los jueces de instancia negaron el amparo de

³⁶ Ver Redacción Política. (20 de Abril de 2013). Senadores que hundieron matrimonio igualitario ahora buscan abolir aborto. El Espectador. Recuperado de <http://www.elspectador.com/noticias/politica/articulo-419058-senadores-hundieron-matrimonio-igualitario-ahora-buscan-abolir-a>

éste derecho. Mónica Roa expone, en una entrevista realizada para el periódico feminista Mujeres en Red, que en las regiones rurales del país todavía no se cumple a cabalidad con las reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte Constitucional. Ella explica, por ejemplo, que en los casos donde las menores de catorce años pueden expresar libremente su consentimiento para la realización de la IVE, terminan siendo los padres o entidades como el ICBF quienes deciden por ellas³⁷. Sin embargo, las sentencias existentes hasta ahora, no permiten corroborar afirmaciones como esas. Actualmente el panorama frente a éste derecho es difuso, pues es impreciso decir si el número de sentencias que han sido abordadas por la Corte son suficientes para dejar claro el precedente, o si por el contrario, el hecho de que no sean tantas las sentencias que invoquen éste tema se deba a que no han llegado más casos para su revisión constitucional. Sin duda, a partir de ejemplos como el invocado por la abogada Mónica Roa, se pueden desarrollar futuras investigaciones que permitan precisar la realidad de éste derecho.

³⁷ - El debate sobre el aborto en Colombia. Diez razones que lograron su despenalización. Recuperado en:
<http://www.mujiresenred.net/spip.php?article1292>

- El aborto se volvió políticamente correcto. Recuperado en: <http://www.pagina12.com.ar/diario/dialogos/21-71794-2006-08-21.html>

Conclusiones

Las barreras que se han presentado en el acceso al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo muestran como, después de siete años de expedida la sentencia C-355 de 2006, el camino en el reconocimiento de este derecho no ha sido fácil y todavía falta mucho por recorrer, sin embargo dicha decisión fue trascendental, pues difícilmente el Congreso de la República o el Gobierno Nacional hubieran impulsado el reconocimiento de este derecho. Las barreras presentadas a lo largo del trabajo pueden ser agrupadas en dos categorías principales: Por un lado se encuentra la derivada de un debate sobre los paradigmas en conflicto frente a la estructura de fuentes del derecho en nuestro país y por otro lado la derivada de la falta de recursos económicos que impulsen políticas públicas para la materialización de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

Es claro que la Corte Constitucional ha fijado la regulación mínima con la cual el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo debe ser reconocido y materializado sin necesidad de alguna ley o decreto. Desde la sentencia C-355 de 2006 hasta la sentencia T-627 de 2012, la Corte ha fijado las reglas jurisprudenciales que deben observarse por parte de las EPS's, IPS's, médicos, funcionarios públicos y jueces para garantizar el cumplimiento del derecho a la IVE en los casos despenalizados. Sin embargo, la cultura jurídica legalista dominante en Colombia dificulta la aplicación de las decisiones de la Corte Constitucional.

En el libro *Teoría Impura del Derecho*, Diego Eduardo López Medina expone como la concepción del derecho más común en Colombia, desde mucho tiempo atrás, se caracteriza por el legocentrismo, esto es, por la creencia de que la ley es la única fuente de derecho (LOPEZ MEDINA, 2004). Este teórico del derecho plantea que “(...) *Para el abogado latinoamericano contemporáneo el código civil marca la línea más antigua donde comienza los materiales jurídicos relevantes en su conciencia. Así las cosas, para el abogado latinoamericano los materiales jurídicos primarios son leyes positivas: las fuentes del derecho son exclusivamente leyes (bajo la forma de códigos) y las modificaciones introducidos a ellos por leyes posteriores (...)*” (LOPEZ MEDINA, 2004, p. 138). Asimismo, este autor pone de presente los principales argumentos que sostienen esa visión

clásica legalista: “(...) (i) Los jueces no pueden crear derecho y deben limitarse a aplicarlo; (ii) la ley está en serio peligro de ser devorada y aniquilada por principios y derechos constitucionales; (iii) la calculabilidad de las decisiones judiciales (el valor de la seguridad jurídica) está en riesgo ya que los argumentos preferidos por el nuevo derecho emanan de premisas altamente ambiguas e indeterminadas, en vez de preferir el piso, mucho más sólido, de normas jurídicas vigentes (...)” (LOPEZ MEDINA, 2004, p. 459).

Lo anterior explica en cierta medida por qué los actores que tienen influencia directa en la garantía del derecho a la IVE como son las IPS, EPS, funcionarios públicos, médicos etc., se rehúsan a la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y conciben la ley como la única fuente de derecho vinculante que puede guiar sus actuaciones. Como se evidencio en el trabajo, muchos de los casos de negación del derecho a la IVE tienen su origen en el incumplimiento caprichoso, por parte de muchas instituciones prestadoras de servicios de salud y profesionales de la salud, de las sentencias de la Corte. Hasta se ve como en recientes fallos de la Corte Constitucional se reiteran comportamientos contrarios al derecho a la IVE³⁸.

Esos actores inmersos dentro de ese fetichismo legal encuentran, en la ausencia de legislación sobre el aborto, la justificación perfecta para no dar cumplimiento a lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo cual, sumado a un Congreso de mayorías conservadores que difícilmente tramitaría la regulación legislativa de un tema tan polémico como el derecho a la IVE, hace clara la necesidad de generar un debate serio y público donde se reconozca la jurisprudencia como fuente con igual fuerza vinculante que la ley.

Por otro lado, el cumplimiento de las decisiones de la Corte Constitucional pasa por las entidades del Estado que están encargadas de su aplicación y por la garantía material de este derecho, pues es muy difícil que solo con las sentencias se logre la efectividad del derecho a la IVE en todo el país. El Ministerio de Salud, el Ministerio de Educación, la Superintendencia de Salud y el Ministerio Publico son las entidades encargadas de asegurar que éste derecho no tenga los obstáculos que se evidencian en este trabajo.

³⁸ Ver caso de la Sentencia T-841 de 2011.

Las sentencias reconocen un derecho pero la efectividad del mismo depende de una política pública a nivel nacional que lo materialice y de los recursos económicos que se destinen para tal fin. Se requiere de centros especializados con los servicios médicos necesarios, de cobertura del sistema de salud, de campañas de educación sexual, de preparación de los profesionales de la salud en el tema del aborto y de la eliminación de obstáculos administrativos en la aprobación del procedimiento de interrupción del embarazo para que las sentencias no se queden solo en el papel. Las barreras expuestas en el trabajo demuestran que si bien, el reconocimiento del derecho por parte de la Corte Constitucional existe, las grandes dificultades están en su materialización.

Precisamente el papel del Gobierno Nacional y de las entidades territoriales es el que se ha visto poco, ya que después de la expedición del Decreto 4444 de 2006 por parte del Ministerio de Salud, no se han dado pronunciamientos claros en defensa de este derecho ni tampoco se formulan las políticas que garanticen su efectividad.

De todas maneras, pensamos que detrás de estas dos grande categorías se encuentra la defensa de la moral cristiana y su concepción sobre la vida. Por un lado, si bien el legalismo imperante en el país tiene su origen en la explicación sobre nuestra cultura jurídica, también se evidencia que ese concepto es utilizado por algunos sectores como una herramienta argumentativa para imponer esa moral sobre las decisiones de la Corte Constitucional y la defensa de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Una muestra clara de ello es que algunos grupos pro vida que utilizan el legalismo para sostener que las decisiones de la Corte Constitucional no son vinculantes y que en Colombia, al no existir ley que permita el aborto, no se puede hablar de un verdadero derecho a la interrupción voluntaria del embarazo³⁹. Es claro que detrás de ese argumento jurídico se esconde la defensa de una concepción moral de la vida que quiere ser impuesta a todo la población colombiana.

Ni que decir de las actuaciones del Procurador General de la Nación Alejandro Ordoñez, quien utiliza toda suerte de argumentos jurídicos de corte legalista para intentar la nulidad

³⁹ Ver cita 25.

de las sentencias de la Corte Constitucional y para obstaculizar cualquier regulación administrativa que se pretenda a favor del aborto. Aquí también es evidente que esa argumentación, que el Procurador expone como netamente jurídica, tiene detrás una concepción moral cristiana que él mismo ha reconocido y que pretende imponer a través de sus actuaciones públicas.

Por otro lado, la destinación del gasto público para implementar políticas públicas orientadas a garantizar la efectividad del derecho a la IVE es mínima, ya que no existe un interés, en las personas que integran las entidades encargadas de garantizar la IVE, por priorizar el gasto e invertir en la materialización de este derecho.

Como las autoridades colombianas se integran por personas que no están interesadas en la garantía efectiva del derecho a la IVE, se requiere que los grupos interesados en su protección, como los movimientos feministas y sectores liberales, ejerzan presión a través de distintas estrategias como la movilización ciudadana y la presión internacional a través de entidades gubernamentales, entre otros. De todas maneras resulta interesante traer la reflexión de Julieta Lemaitre sobre hasta dónde le fe en el derecho (representado en las decisiones de la Corte Constitucional) como posibilidad de transformación social le bastará a estos movimientos cuyas aspiraciones son mucho más radicales de lo que suele permitírseles la ley (Lemaitre Ripoll, 2009, pág. 237).

Pensamos que un trabajo de tipo jurisprudencial como este podría verse complementado con trabajos de campo que logren presentar un panorama más amplio sobre esta situación, pues es muy importante tener información más exacta sobre la situación real de la IVE en el país y así tener el sustento para un debate más serio sobre el aborto en Colombia que logre desvincularse, en la mayor medida posible, de cualquier consideración moral y religiosa.

Bibliografía

- Sentencias de la Corte Constitucional: C-355 de 2006, T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-388 de 2009, T-535 de 2010, T-636 de 2011, T-841 de 2011 y T-627 de 2012.
- Auto 210 de 2010. Corte Constitucional.
- Auto 327 de 2010. Corte Constitucional.
- Auto 381 de 2010. Corte Constitucional.
- Jaramillo Sierra, Isabel Cristina y Tatiana Alfonso Sierra, “Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto”. Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 2008.
- Lemaitre Ripoll, Julieta. El derecho como conjuro: el fetichismo legal, violencia y movimientos sociales. Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes. Bogotá, 2009.
- López Medina, Diego Eduardo. Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Legis - Universidad de los Andes, Universidad Nacional. Bogotá. 2004.
- Manual Constitucional para la práctica de IVE: lineamientos constitucionales para el ejercicio del derecho al aborto en Colombia. Women’s Link Worldwide, 2010.
- Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de la Procuraduría General de la Nación. “Informe de Seguimiento a la Sentencia C-355 de 2006”. Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Publico, 2010.
- Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de la Procuraduría General de la Nación. “Informe Superior de Seguimiento a la Sentencia T-388 de 2009”. Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Publico, 2011.
- Prada, Elena et al. “Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias”. Nueva York. Guttmacher Institute, 2011.
- Molina Betancur, Carlos Mario. “El derecho al aborto”. Medellín. Sello Editorial, Universidad de Medellín, 2005.

- Red Colombiana de mujeres por los derechos sexuales y reproductivos. Despenalizar el aborto en Colombia es avanzar en la equidad para las mujeres. Medellín, 2005. <http://redesex.org/Proyecto%20LAICIA.pdf>
- La liberación del aborto en Colombia. Women's Link Worldwide. Mayo de 2007. http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Hojas_Informativas/02_WomensLinkWorldwide.pdf.
- El aborto en cifras. Women's Link Worldwide. 2005.
- Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Prensa. Volumen II. Washington. 2012. Recuperado:
<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202012.pdf>