RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	Jamen Celis Rangel José Manuel Duran Sánchez
FACULTAD	**Facultad de Educación, Artes y Humanidades**
PLAN DE ESTUDIOS	**Derecho**
DIRECTOR	Nelson Fernando Gaona Díaz
TÍTULO DE LA TESIS	Convencionalidad de la despenalización del aborto según la sentencia C 055 de 2022
TITULO EN INGLES	Conventionality of the decriminalization of abortion according to sentence C 055 of 2022

RESUMEN
(70 palabras)

El trabajo monográfico que se aborda es de tipo investigativo orientado desde fundamentos jurídicos, el cual, toma preponderancia en el área del Derecho de acuerdo a la situación coyuntural que se presenta en relación con la despenalización del aborto. Por lo anterior, se extraerán los elementos necesarios de los dispositivos normativos tanto de índole nacional como transnacional, que permiten realizar un estudio concienzudo del núcleo esencial planteado en el problema.

RESUMEN EN INGLES

The monographic work that is addressed is of an investigative type oriented from legal foundations, which takes precedence in the area of Law according to the current situation that arises in relation to the decriminalization of abortion. Therefore, the necessary elements of the regulatory devices of both a national and transnational nature will be extracted, which allow a thorough study of the essential core raised in the problem.

PALABRAS CLAVES	Vida, Convencionalidad, Despenalización, Constitucionalidad, Aborto.
PALABRAS CLAVES EN INGLES	Life, Conventionality, Decriminalization, Constitutionality, Abortion.

CARACTERÍSTICAS

PÁGINAS: 57	PLANOS:0	ILUSTRACIONES:0	CD-ROM:0

Convencionalidad de la Despenalización del Aborto según la Sentencia C 055 de 2022

Autores

Jamen Celis Rangel

José Manuel Durán Sánchez

Facultad de Educación, Artes y Humanidades, Universidad Francisco de Paula Santander

Ocaña

Derecho

Abogado Nelson Fernando Gaona Díaz

15 de Mayo de 2023

Índice

Capítulo 1. Aborto en Colombia 5

1.1 Derecho a la vida/ Derecho al Aborto 5

1.2 Derechos de la mujer en relación con la Interrupción voluntaria del embarazo (IVE) 9

1.3 Visión del Aborto desde los Poderes Públicos en Colombia 13

Capítulo 2. Estudio Hermenéutico del Aborto 18

2.1 Sentencia C-355 de 2006 18

2.2 Sentencia C-055 de 2022 22

2.2.1 Circular 044 de 2022 y Resolución 051 de 2023 del Ministerio de Salud y Protección Social 28

Capítulo 3. Derecho Convencional de acuerdo Al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). 31

3.1 Naturaleza y Funciones del Control de Convencionalidad 31

3.1.1 Principio Pacta Sunt Servanda 33

3.2 Postulados sobre el derecho a la vida en relacion a los conceptos consultivos de la CIDH 35

3.3 Control de Convencionalidad en Colombia 40

3.4 Derecho a la Vida en la CADH 44

3.5 Efectos del Control de Convencionalidad al Aborto. 46

Conclusiones 52

Referencias 55

Introducción

La Corte Constitucional ha venido estudiando a través de su jurisprudencia un trascendental tema como lo es la interrupción voluntaria del embarazo, de ahora en adelante IVE. Cabe resaltar, que el derecho a la vida se entiende protegido en diferentes cuerpos normativos de índole nacional e internacional.

En este entendido, existen situaciones en las cuales desde el ámbito jurídico se permite la limitación a dicho derecho al entrar en tensión con el amparo de los derechos reproductivos de la mujer, la salud, entre otros. No obstante, esta compresión debe darse de acuerdo a instrumentos jurídicos internacionales de los cuales Colombia es parte y en razón a su carácter vinculante debe dar cumplimiento.

Corolario de lo anterior, ese debe abordar la Convención Americana de Derechos Humanos suscrita por Colombia, con el fin de analizar si eventualmente existe incompatibilidad entre la sentencia C-055 de 2022 y los parámetros dados a través de la Convención, donde este deber recae en cabeza del operador judicial y es este quien debe efectuar el debido control de convencionalidad.

Por otro parte, no se debe dejar de lado que a la luz del "*pacta sunt servanda"* contenido en la Convención de Viena de 1969, lo acordado por los Estados partes en tratados internacionales es de obligatorio cumplimiento, por lo que, se hace necesario realizar un estudio profundo sobre la CADH en tratándose de la protección del derecho a la vida, en efecto, es fehaciente plantear el siguiente problema jurídico ¿Cómo la despenalización del aborto según la sentencia C-055 de 2022 puede ser incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos?

La metodología utilizada en el desarrollo de la monografía se sustentó en la hermenéutica que atiende doctrinalmente como un instrumento de análisis jurídico. (Giraldo, 2012)

Capítulo 1. Aborto en Colombia

1.1 Derecho a la vida/ Derecho al Aborto

La historia de la humanidad ha estado marcada por diferentes momentos en los cuales ha sufrido las consecuencias de múltiples guerras originadas algunas de ellas por la lucha de poderes, no obstante, dicha situación también ha permitido que la misma evolucione o en su defecto, se cuestione sobre las consecuencias de las mismas, repercutiendo así en el campo del derecho.

Tal es el caso del surgimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos dada en 1948, cuyo documento jurídico que emana de la Organización de las Naciones Unidas, nace en razón al atroz exterminio de la raza judía en los campos de concentración nazi en Alemania, durante la segunda guerra mundial, convirtiéndose en el primer documento de carácter internacional que categoriza la universalidad de los derechos humanos, resaltando que la misma no tiene fuerza vinculante.

En esa línea de ideas, el derecho a la vida se toma como núcleo esencial de la existencia y reconocimiento de las demás prerrogativas, pues sin este, no existe el ser humano, en tal sentido es un derecho inherente a cada persona. De lo anterior, surgen diferentes cuestionamientos, que van un poco más allá de dicho derecho, y es el análisis de quien es considerado persona, pues cabe recordar que en el derecho romano los esclavos eran calificados como cosas de las cuales se podía disponer bajo el régimen del derecho real.

En su carácter conceptual, la vida inicialmente era considerada como aquella posibilidad que tenía el ser humano para sobrevivir, posteriormente y de acuerdo al dinamismo del derecho se evoluciona hacia una categoría conceptual íntegra que responde a las necesidades y realidad social como lo es la vida digna, principio fundante de muchas cartas políticas de aquellos estados sociales de derecho en los cuales se protege de diferentes formas. Postulado que ha sido desarrollado de igual forma a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana quien expresa:

> El derecho fundamental a la vida que garantiza la Constitución -preámbulo y artículos 1, 2 y 11-, no se reduce a la mera existencia biológica, sino que expresa una relación necesaria con la posibilidad que les asiste a todas las personas de desarrollar dignamente todas las facultades inherentes al ser humano. Sin duda, cuando se habla de la posibilidad de existir y desarrollar un determinado proyecto de vida, es necesario pensar en las condiciones que hagan posible la expresión autónoma y completa de las características de cada individuo en todos los campos de la experiencia internacionalmente (Corte Constitucional de Colombia, 1999, C-926, párr.2).

De igual manera, su protección obedece al orden jerárquico normativo, pues como se ha venido mencionado, es desde el orden internacional que se reconoce dicho derecho, lo cual permea los ordenamientos jurídicos internos de cada país que se acoge a estos. En tal sentido, al hablar de vida digna, se derivan ciertas condiciones que deben ser garantizadas por los Estados, en razón no solo la subsistencia del ser, sino al ostentar una calidad de vida en la que cada ciudadano pueda desarrollarse como tal.

Colombia por su parte con la Constitución de 1991, hace alusión a la vida como prerrogativa y valor constitucional en su articulado, así se denota en el preámbulo al relacionarla

como un valor, en su artículo 2 responsabiliza a las autoridades sobre su protección y específicamente plasma dicho derecho en su artículo 11, por su parte la Corte Constitucional como guardiana de la misma, a lo largo de su jurisprudencia ha plasmado las condiciones en las cuales se debe materializar, en tal sentido se trae a colación la sentencia T- 444 la cual sostiene:

> (…) que el derecho constitucional fundamental a la vida (…) supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución. Así, no solamente aquellas actuaciones u omisiones que conducen a la extinción de la persona como tal, o que la ponen en peligro de desaparecer son contrarias a la referida disposición superior, sino también todas las circunstancias que incomodan su existencia hasta el punto de hacerla insoportable (Corte Constitucional de Colombia, 1999, párr.1).

> Decantado lo anterior, es pertinente destacar que el derecho a la vida puede ser limitado en determinadas circunstancias, atendiendo al territorio colombiano. Esta premisa la vemos reflejada en diferentes cuerpos normativos como el Código Penal, el cual, al disponer de la legítima defensa, permite bajo unos requisitos que se transgreda esta prerrogativa al ponderarse a otros derechos.

Por otra parte, en la actualidad desde el ámbito jurídico se ha dado reconocimiento al aborto como un derecho, pero para poder dar análisis al mismo, es necesario conceptualizar sobre lo que es en sí una práctica abortiva, para tal fin, se trae a colación desde el ámbito científico, la definición dada por Lucas y d'Argemir (2016) quienes en la Revista de Bioética y Bioderecho, esbozan:

> La palabra aborto proviene del latín "arborior" que significa morir antes del nacimiento (Jiménez Garrote, 2006: 1). Desde la perspectiva biomédica es la interrupción de la gestación a la que, según la participación de los profesionales, de la mujer o el embrión se le atribuye un determinado adjetivo (p.3).

En observancia a lo anterior y según la misma revista, existe una clasificación científica del aborto, es decir, se discrimina el aborto espontáneo (aquel en el que no interfiere el actuar humano), aborto inducido o voluntario (interviene de formas distintas el ser humano), aborto indirecto (aquel que por realizar un procedimiento en pro de otra razón médica, se tiene como resultado secundario la interrupción del embarazo) y por último el llamado aborto terapéutico, práctica que se ha tomado como fundamento para la legalización del mismo y la cual se analizará en líneas posteriores.

En tratándose del aborto voluntario, la antigua Unión de Repúblicas Soviéticas (URSS) fue el primer país en aprobar el aborto a través de decreto en 1920, estableciéndose, así como un procedimiento gratuito y sin ningún tipo de limitación. (BBC News Mundo , 2018)

No obstante, años atrás en Estados Unidos, se dio un emblemático fallo conocido como Roe Vs. Wade (1973), hito que marcó la historia del aborto en dicho país, pues con base en este, varias leyes federales que lo prohibían, fueron derogadas.

Este fallo, originado en el estado de Texas, tuvo como fundamento jurídico el derecho a la privacidad, y en el cual la Corte Suprema de los EEUU, estableció cronológicamente unas condiciones, en tal sentido, una vez emitido este, durante el primer trimestre el aborto no estaba prohibido en lo absoluto, en el segundo trimestre se debían dar regulaciones razonables y por tanto en el último trimestre, se prohibiría con algunas excepciones como las condiciones de salud

de la madre. Lo anterior, se toma como la formalización de una lucha de un grupo determinado en pro del reconocimiento jurídico a nivel mundial.

Años después se da en el mismo país el caso Planned Parenthood v. Casey a través del cual se elimina la anterior división trimestral y se establece que:

> Las mujeres tenían un derecho constitucional al aborto siempre y cuando el feto no fuera ya viable, b) que una vez que el feto lo fuera, el Estado podía prohibir el aborto siempre y cuando incluyera excepciones para proteger la vida y la salud de la madre y c) (..)que el Estado tenía un interés legítimo en proteger la vida de la madre y la del feto desde el momento de la concepción, lo que le autorizaba a adoptar medidas para encauzar dicha protección, siempre que no resultaran una "carga indebida" para el derecho de la madre a acceder a un aborto (Soriano, 2022, párr. 4).

De esa forma, lo anterior empieza a incidir paulatinamente en los ordenamientos jurídicos de otros países como los latinoamericanos, y por supuesto Colombia, fallos que serán analizados posteriormente. Ahora bien, el fallo Roe Vs. Wade fue revocado el 24 de junio de 2022 a través de sentencia con referencia de fallo Dobbs vs. Jackson Women's Health Organization en el cual se menciona que la Constitución de los Estados Unidos, no establece en su articulado el aborto como derecho (Soriano, 2022, párr. 3).

1.2 Derechos de la mujer en relación con la Interrupción voluntaria del embarazo (IVE)

El discurso que defiende los derechos de la mujer, abordado por diferentes civilizaciones a lo largo de la historia se ha visto acompañado por las nociones del rol que la mujer desempeña en las dinámicas sociales. Es así que, desde las primeras nociones en la defensa femenina las

categorías de sexo, rol y género han comparecido una relevante importancia para que las mujeres tomen la bandera de la lucha en los diferentes estamentos institucionales.

La cuestión de los derechos sobre la mujer lleva a la discusión legal que versa sobre la oportunidad o no que la mujer ha tenido históricamente para auto-determinarse. Friedrich Engels expuso el arduo estudio que realizó en relación a la propiedad privada y dentro de este discurrir, el origen de lo que en la actualidad se considera la idea de familia.

Este autor evidenció que en un momento de la historia se consideraba como único progenitor conocido a la mujer debido a que la poliandria se practicaba abiertamente por las comunidades, y este hecho indicaba que la madre gozaba de un aprecio especial dentro de la comunidad, por ello el dominio femenino predominaba, lo que en términos políticos se denominó ginecocracia (Engels, 1884).

De este postulado, es loable inferir que la lucha por los derechos de la mujer inició cuando esta dejó de ser vista como un miembro valioso de la sociedad, para cosificar su existencia, pues por razones claramente biológicas aportaba la fuerza de trabajo al gestar la vida de los hijos, y si se adiciona la acumulación de recursos que darían origen a la propiedad priva, se genera el caldo de cultivo perfecto para que los hombres se volcaran a tomar el poder, y así, tener control de la riqueza.

Esta situación social condicionó a hombres y mujeres a encontrarse en polos opuestos desde la disputa jurídica. Motivo por el cual, las mujeres desde tiempos ancestrales han venido luchando por sus derechos civiles políticos y por encontrar un rol de igualdad dentro de las dinámicas en una comunidad. Esta situación, ha llegado a la esfera más íntima de la mujer cómo son los derechos reproductivos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, mencionada con antelación, no solo da origen al derecho internacional de los derechos humanos y el correspondiente organismo global de protección para los derechos de las personas, Sí no que además categoriza la dignidad humana como elemento importancia que tiene que cubrir a los diferentes individuos y grupos poblacionales.

Por ende, los primeros derechos que son reconocidos a través de este instrumento son los Derechos Humanos a las mujeres, permitiéndole condiciones de vida digna y encontrando una herramienta a través de la cual pueden proteger su existencia. Este documento por primera vez destaca la igualdad entre la mujer y el hombre al enunciar: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (Organización de Naciones Unidas, ONU, s.f., Artículo 2, párr. 9).

Aunado a lo anterior, es importante aclarar que la división geográfica en el planeta no ha permitido la misma evolución de la cual se hará mención en tratándose de los derechos de la mujer. Por lo cual, se alude en las siguientes líneas la evolución de los derechos de las mujeres desde una óptica occidentalizada.

La primera intervención que se encuentra en relación a los derechos reproductivos de la mujer hace referencia a un concepto médico, razón por la cual en las primeras discusiones internacionales se hablaba de los Derechos en cuanto a la salud de la mujer. No fue hasta 1984 en el primer encuentro internacional de salud de la mujer realizado en Ámsterdam Holanda, dónde en el escenario de diálogo sobre la autodeterminación reproductiva de la cual debían gozar

las mujeres, nace el concepto propiamente dicho (Red de Salud de las mujeres Latinoamericanas y el Caribe RSMLAC, Pág. 35).

Davis, autora del documento científico Reconocimiento Jurídico De Los Derechos Sexuales – Un Análisis Comparativo Con Los Derechos Reproductivos, estructura la dinámica jurídica que los derechos de las mujeres han tenido en el contexto internacional, hasta llegar esta influencia al escenario latinoamericano. De acuerdo con la autora, la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, que tuvo lugar en El Cairo, Egipto, en 1994 indica el primer documento que conceptualiza los derechos reproductivos de la mujer, líneas que se denotan así:

> Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho de alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos sobre derechos humanos. (Davis Mattar, 2008, p. 4).

Un año después en la conferencia mundial sobre la mujer llevada a cabo en Pekín, aparece en el escenario una nueva visión sobre los derechos de la mujer, se hace referencia a los derechos sexuales de la misma, toda vez que, en el contexto de salud pública en el cual se desarrollaban estos discursos, las nuevas enfermedades de tipo sexual cómo es el VIH/SIDA

cobraban una relevancia en la sociedad, por lo que debía permitirse que la mujer libremente se protegiera de contagios de enfermedades potencialmente mortales.

Es por ello que la doctrina que rige actualmente la dinámica de los derechos reproductivos y sexuales de la mujer, se ha encontrado impregnado de diferentes disputas legales sociales que impiden creer que la evolución de los derechos de la mujer en la actualidad obedezca a un proceso cristalino de consolidación de prerrogativas que busquen un bien mayor para el género femenino.

Ahora bien, la interrupción voluntaria del embarazo, que ya se venía practicando de forma clandestina, con la existencia de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, se convierte en una práctica legar que de acuerdo a ciertas circunstancias de modo y lugar dejaría de ser un delito, ya que se encontrarían protegidas por la ley. Trasladando el tema del aborto a un desarrollo generacional de normas y documentos que regulen las condiciones puntuales para su ejecución.

1.3 Visión del Aborto desde los Poderes Públicos en Colombia

Montesquieu se convierte en el jurista que aporta los primeros elementos teóricos sobre la tridivisión del poder bajo la estructura del Estado, es así como se determina que coexisten en el mismo, aunque de forma separada, el ejecutivo, el legislativo y el poder judicial, cada uno con funciones específicas, modelo que se encuentra plasmado en Colombia bajo la significancia del Estado Social de Derecho y concreta así la elaborada ley de pesos y contrapesos.

Por su parte, el jurista francés Charles Louis de Secondat en una de sus obras titulada *El Espíritu De Las Leyes*, expresó desde aquel entonces según la importancia de la ecuanimidad de

cada una de las ramas del poder, y así mismo determinó la intrínseca conexión que estos poderes soportaban, en líneas de su obra se encuentra: “Es preciso que esas leyes se amolden a la naturaleza del gobierno establecido o que se quiera establecer, bien sea que ella lo formen, como lo hacen las leyes políticas, bien sea que lo mantengan, como las leyes civiles”. (Secondat, et al., s.f., p. 6).

Aterrizando lo anterior al tema del aborto, se tiene que, desde la rama legislativa en su función de expedir normas, el aborto se encuentra tipificado como delito en la ley 599 del 2000 actual Código Penal, en el capítulo quinto del título cuarto, conteniendo el articulado del 122 al 124, donde se logra evidenciar que se impone una pena para la mujer o cualquier tercero que con o sin consentimiento de la mujer provoque dicha conducta.

Este articulado en varias oportunidades ha sido objeto de demanda de constitucionalidad, a través de los cuales ha sufrido varias modificaciones que se analizarán en el siguiente capítulo. En ese mismo contexto se ha exhortado al legislador a que regule el tema del aborto en Colombia, es decir, que a la fecha se cuenta con un marco normativo del derecho a la vida ampliamente tratado, no obstante, al hacer referencia al aborto, no existe una ley que así lo apruebe.

Un argumento justo para este punto, es el artículo titulado *La distancia entre el discurso jurídico y la práctica del aborto en Colombia,* en este documento los autores aluden que en Colombia el legislador concibe actualmente el aborto como un problema complejo, ya que, por un lado, es visto como un fenómeno social y por el otro como un hecho que afecta a la persona de forma individual, razón por la cual el abstencionismo del legislador crea un discurso cruzado en el escenario legal. (Molina y Roldán, 2006).

Desde la rama judicial, bajo el modelo constitucionalista como ya se dejó plasmado, en Colombia la Corte Constitucional es la encargada de la salvaguarda de la Constitución Política, en ese entendido, cuenta con algunas funciones a través de las cuales materializa lo anterior, es así como, una de estas es el control de constitucionalidad de las leyes, medio a través del cual confronta la norma con la Constitución y en efecto, toda norma contraria se declara inexequible.

De otra parte, se encuentra la protección de derechos fundamentales a través de mecanismos ciudadanos. Son justamente dichas acciones en el ámbito Constitucional las que han venido induciendo el desarrollo jurisprudencial del aborto en Colombia, ya que, las demandas de inconstitucionalidad, así como las tutelas han venido abriendo diferentes debates alrededor del aborto, la vida, los derechos de la mujer entre otros temas.

Razón por la cual, en la actualidad la Corte Constitucional tienen un amplísimo desarrollo en estos temas y crea lo anterior, una sensación de que este órgano judicial toma atribuciones que en términos generales no debería corresponderle.

Frente a lo anterior, existen dos corrientes con base en el activismo judicial, por una parte, algunos juristas aprueban la labor de la Corte pues consideran que gracias a ella se ha logrado cambiar paradigmas, especialmente frente a la protección y conceptualización de derechos como por ejemplo la salud.

En contraposición a los postulados anteriores, está la teoría a través de la cual se manifiesta una usurpación del poder, la cual se basa en los reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional donde exhorta o más puntualmente da órdenes a la administración y al poder legislativo a que tomen cartas en el asunto.

Por su parte, la posición de la rama ejecutiva frente al aborto ha estado determinada por el gobierno de turno. Para el año 2006 Cuándo es proferida la sentencia C 355, Se encontraba en el mando gubernativo Álvaro Uribe Vélez, el 13 de diciembre de ese mismo año se expide el Decreto 4444 por medio del cual se determinan las directrices al sistema de seguridad social en salud para la prestación de los servicios sexuales y reproductivos a la mujer directamente relacionado con el fallo proferido en la sentencia antes mencionada.

En el mismo documento, el poder ejecutivo determina que la prestación de este servicio de salud debía darse en condiciones de igualdad, sin discriminación y siendo primordial la seguridad de la mujer que acudiese ante una entidad de salud para practicarse una interrupción voluntaria del embarazo, al respeto su artículo 1 parágrafo dos exponía en su momento lo siguiente:

> Los servicios de interrupción voluntaria del embarazo en los casos y condiciones establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, estarán disponibles en el territorio nacional para todas las mujeres, independientemente de su capacidad de pago y afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud-SGSSS. (Presidencia de la República de Colombia, 2006, Decreto 4444).

Años después, en el gobierno de Iván Duque, por medio de su equipo gubernativo se opuso rotundamente a la segunda sentencia hito en temas de aborto, la cual despenalizó el aborto hasta las 24 semanas y no limitara la interrupción voluntaria del embarazo a las tres causales alegadas en el 2006. En palabras textuales el presidente expresó:

> “El **aborto** no es un método anticonceptivo. Si la vida empieza desde la concepción, interrumpirla es atentar contra la vida misma, porque no existe un derecho al aborto”, dijo

el presidente. Seguido a ello, explicó que **“no existe un derecho a arrebatarle la vida a un ser con expectativa de entrar a la sociedad”.** (Infobae, 2022, párr. 2).

Capítulo 2. Estudio Hermenéutico del Aborto

2.1 Sentencia C-355 de 2006

De acuerdo a lo esbozado en el capítulo anterior, para el tema del presente estudio monográfico es de vital importancia realizar una revisión jurisprudencial desde un enfoque hermenéutico sobre las formas en las cuales se ha despenalizado el aborto en Colombia.

En esa línea de tiempo, el año 2006 es el punto de inflexión, pues a través de acción pública de inconstitucionalidad la Corte Constitucional dio apertura al análisis del articulado del Código Penal que versa sobre el aborto. En esta oportunidad un grupo de ciudadanos demandaron los artículos 122, 124, 123 (parcial) y el numeral 7 del artículo 32 de la Ley 599 del 2000, manifestando como fundamento, la violación de normas constitucionales que circundan sobre los derechos de la mujer.

Las cuales son el derecho a la dignidad, el derecho a la vida, a la integridad personal, a la igualdad, el derecho a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, autonomía reproductiva, derecho a la salud y por último en lo establecido en los tratados de derechos humanos, por lo que el problema jurídico se centró en dicho análisis.

En su *ratio descidendi* el órgano de cierre toma como fundamento inicialmente el carácter no absoluto del derecho a la vida, reconociendo que, si bien es cierto la Constitución Política de 1991, hace hincapié en el derecho a la vida, se reconoce que esta se da a la persona humana, en tanto el nasciturus según jurisprudencia de la misma, no ostenta dicha condición, por lo que se establece es una protección a la vida en potencia, más no se da el reconocimiento de dicho derecho en esta etapa del ser humano.

De igual forma, realiza un análisis en atención a los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, a los cuales se les debe dar estricta observancia en razón al orden jerárquico. En efecto, al analizar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 6, determina que al igual que el argumento anterior, la vida se reconoce a la persona humana y el nasciturus según interpretación del órgano, no es considerado persona.

En esa línea trae dicho órgano, la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual en su preámbulo establece la protección del niño "tanto antes como después del nacimiento", lo que para la hermenéutica utilizada por la misma, no hace claridad sobre si los derechos contenidos en este instrumento jurídico internacional aplica para la etapa gestante, pues seguidamente en el artículo primero se establece que se entiende por niño, todo aquel menor de 18 años, lo que en su conclusión deja abierta la interpretación a los Estados parte y a los órganos encargados de interpretar su alcance.

Seguidamente, se toma la Convención Americana de Derechos Humanos o también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, la cual en su artículo 4.1 establece que el derecho a la vida se entiende generalmente protegido desde la concepción. En términos de la Corte, este precepto deja abierta la posibilidad de doble interpretación, es decir, de que el nasciturus es considerado persona humana, por ende, es titular del derecho a la vida y, por otra parte, la interpretación de que los Estados parte debe crear medidas de protección a la vida en gestación, más no es de carácter absoluto.

Consecuentemente, se traen a colación los derechos fundamentales de la mujer a la luz de la Carta Magna y los tratados internacionales, en ese entendido aboca a la lucha que este grupo poblacional ha tenido que vivir para el reconocimiento de sus derechos, trayendo al escenario, la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena en 1993, instrumento hito en la

historia, pues categoriza la igualdad en los diferentes ámbitos sociales, entre ellos la política, propendiendo por exterminar cualquier signo de discriminación por cualquier motivo.

En igual medida, al versar sobre los derechos reproductivos de la mujer, se fundamenta en la Conferencia Mundial sobre población y Desarrollo de El Cairo en 1994, la cual, en su documento de acción, reconoce los derechos reproductivos como derechos humanos. Paralelamente, trae dos documentos jurídicos internacionales como marco de referencia y de los cuales subyacen otros elementos que con posterioridad marcaron el camino de lucha. Uno de ellos es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW, adoptada por Colombia a través de la ley 51 de 1982.

En ese orden, se toma la Convención Belem Do Pará, asiento en Colombia de grandes aportes al reconocimiento jurídico de los derechos de las mujeres, aprobada en el país por medio de la Ley 248 de 1995. Lo anterior, con el fin de realizar un recorrido normativo histórico en el que se deja en evidencia que el estatus que se ha logrado, no ha sido fácil y, por tanto, los derechos reproductivos los cuales subsumen la salud reproductiva, la planificación familiar, autonomía sexual, entre otros, cuentan con una estructura jurídica que deviene del ámbito internacional.

En ese entendido, relaciona la responsabilidad que tiene el Estado para garantizarle a la mujer los servicios en salud, entendiéndose que también es reconocida como derecho y que de la misma hace parte la esfera física y mental de la persona, que le permitan materializar el reconocimiento de los derechos consignados en los diferentes dispositivos normativos, es así como manifiesta:

> También en el área de salud, se deben eliminar todas las barreras que impidan que las mujeres accedan a servicios, a educación e información en salud sexual y reproductiva.

> La CEDAW ha hecho hincapié en que las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan especialmente a la mujer, constituyen una barrera para acceder al cuidado médico que las mujeres necesitan, comprometiendo sus derechos a la igualdad de género en el área de la salud y violando con ello la obligación internacional de los Estados de respetar los derechos reconocidos internacionalmente (Corte Constitucional de Colombia, 2006, C-355, p. 246).

En igual medida hace relación al derecho a la intimidad, a la educación, dignidad humana y no menos importante se refiere al Estatuto de Roma en cuanto a los delitos reproductivos y sexuales de los cuales las mujeres han sido y siguen siendo víctimas, por tanto, el mismo estatuto reconoce que las violaciones a la autodeterminación productiva es un crimen grave.

Ahora bien, al situarse en el poder punitivo, pues cabe recordar que la Litis surge del derecho penal, la Corte hace referencia a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad como un límite al legislador en la promulgación de leyes penales, pues se denota que lo consignado en la Constitución, debe permear todo el ordenamiento jurídico, en efecto, señala que específicamente en cuanto a la mujer no debe tratarla como un mero instrumento de reproducción. A su vez, acota frente a la tridivisión del poder descrita en el anterior capítulo, lo siguiente:

> (…)corresponde al legislador la decisión de adoptar disposiciones penales para la protección de bienes de rango constitucional como la vida; sin embargo, los derechos fundamentales y los principios constitucionales se erigen en límites a esa potestad de configuración, correspondiéndole a la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, ejercer en estos casos el control sobre los límites que ella le ha impuesto al legislador, es decir, debe examinar si tales medidas

> legislativas presentan o no el carácter de restricciones constitucionalmente válidas (Corte Constitucional de Colombia, 2006, C-355, p. 259).

De esa manera, se despenaliza el aborto en tres causales específicas, declarándose la exequibilidad del artículo 32 en su numeral 7, al igual que el artículo 122, con la aclaración de las tres causales. Así mismo, se declara la inexequibilidad del artículo 124 y el apartado del 123 que menciona "o mujer menor de catorce años". Se hace necesario traer taxativamente las causales, las cuales son:

> 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. (Corte Constitucional de Colombia, 2006, C-355, p. 301).

2.2 Sentencia C-055 de 2022

Quince años después, retorna al escenario jurídico el cuestionamiento sobre el tipo penal del aborto contenido en el artículo 122 de la Ley 599 del 2000, en esta oportunidad varios ciudadanos a través de acción pública de inconstitucionalidad solicitan se declare la inexequibilidad de dicho precepto jurídico, aludiendo como fundamento la vulneración al preámbulo, el derecho a la igualdad, los derechos de interrupción voluntaria del embarazo, entre otros.

Razón por la cual, la Corte Constitucional centra el problema jurídico en el análisis de la conducta punible tipificada como aborto con consentimiento en contraposición de derechos de orden superior como lo son los derechos reproductivos, el derecho a la salud, derecho a la igualdad, libertad de conciencia en relación a la autonomía reproductiva y, por tanto, si existe compatibilidad del artículo demandado con la finalidad preventiva de la pena, toda vez que el mismo resguarda el bien jurídico tutelado de la vida en gestación, en consecuencia, siendo esta la única norma que versa sobre el aborto debe ponderarse con los cargos expuestos en demanda.

En ese entendido, al referirse a la protección de la vida en gestación, trae como fundamento normativo el ya mencionado artículo 11 constitucional y el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la cual reitera los argumentos expuestos en la anterior sentencia, determinando que el derecho a la vida no tiene un carácter absoluto, de lo que se desprende una protección con mayor o menor intensidad en algunas de sus etapas.

En ese orden, al ser un fin constitucional la protección del nasciturus, argumenta la Corte que debe analizarse de forma integral, es decir, que, por ser el derecho penal de carácter residual, el conocimiento debe avocarse desde otras medidas legislativas que eviten el aborto en mujeres. En este acápite, el órgano de cierre enfatiza en aquellas normas del mismo código penal que de acuerdo a la etapa de la vida, reconoce una pena mayor o menor, no obstante, en cuanto a la Convención solo menciona el carácter no absoluto, reiterado en jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Posteriormente al analizar los derechos reproductivos de la mujer manifiesta que obedece a doble protección, por un lado, la autonomía reproductiva que deviene del artículo 42 superior y, por otra parte, la salud reproductiva en el entendido de acceder a servicios donde se den métodos anticonceptivos, cuidados de embarazo, entre otros.

En observancia a este derecho fundamental, la Corte establece que es una responsabilidad del Estado garantizar la salud reproductiva de las mujeres, niñas y personas gestantes por lo que la prohibición del aborto se convierte en un obstáculo para la materialización de dicho derecho cuya consecuencia es el fenómeno de abortos en centros ilegales en los cuales se pone en riesgo la salud de dicho grupo poblacional.

Reitera la Corte en este punto como lo hace a lo largo de su *ratio descidendi* lo expuesto en la sentencia C-355 de 2006, estableciéndose que ya la misma en razón a la protección de la vida en condiciones dignas y demás argumentos esbozados en dicha providencia, concretándose que el fenómeno de clandestinidad se convierte para el estado colombiano en un problema de salud pública cuya incidencia según la alta corporación se ve reflejada en el aumento de tasas de mortalidad materna.

Aunado a lo anterior, al analizar el derecho a la salud, aduce que gozan de una protección constitucional, lo que conlleva a que debe ser garantizado, y en esa línea concluye que la interrupción voluntaria del embarazo como conducta tipificada, constituye un obstáculo a la salud reproductiva, pues las mujeres se ven obligadas a abortar en sitios inseguros. En ese entendido, uno de sus fundamentos deviene del Comité CEDAW, trayendo a colación la recomendación general No.35, la cual expone:

> "Las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como la esterilización forzada, el aborto forzado, el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden

> constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante (Corte Constitucional de Colombia, 2022, C-055, p. 91).

De igual modo, al referirse al derecho a la igualdad el cual consideran transgredido las demandantes, con la exposición de motivos fundamentada en que las mujeres pertenecientes a población vulnerable y las que se encuentran de forma irregular en el país no acceden en las mismas condiciones a dichos derechos, la Corte da razón a este cargo, señalando que la falta de política integral aunado a que la única medida sea de carácter penal, pone en riesgo aun mayor a las mujeres que ostentan estrato socioeconómico bajo, población rural o vulnerable.

Otro derecho constitucional que cobró relevancia en dicho fallo, fue la libertad de conciencia consagrado en el artículo 18 de Carta Magna, en el acápite dedicado al análisis hermenéutico de esta prerrogativa, se hace un recorrido inicialmente por el estatus que el mismo ostenta a la luz de la Constitución y posteriormente lo correlaciona con la coerción del derecho penal para luego concatenarlo con el aborto y las medidas penales, dando como resultado según el órgano constitucional una fuerte tensión de la cual se deriva en una trasgresión a la libertad de conciencia al ser el derecho penal la única medida que se tome para el aborto y no la creación de políticas integrales encaminadas a prevenirlo.

En atención a lo anterior, se analiza a la luz de la dignidad humana y el artículo segundo superior, la finalidad preventiva de la pena, teniendo en cuenta que el derecho penal en el deber ser, es de última ratio como límite material al poder que ostenta el legislador en la creación de normas punitivas, y de igual forma al principio de legalidad contenido en los límites formales en los cuales el mismo órgano el cual debe plasmarlos de una forma clara, especifica y precisa.

En esa línea de ideas, expone cuatro razones fundamentales. La primera de ellas es la omisión por parte del legislador en cuanto a la creación de un marco normativo del aborto que

responde a la problemática social de forma integral, argumento que se entrelaza con el segundo pues menciona una evasión por parte de la misma rama, aun cuando ya existió un pronunciamiento en la C-355 de 2006. La tercera razón la expone en los siguientes términos:

> (…) dos circunstancias constitucionalmente relevantes que exigían una regulación integral de esta problemática por parte del Legislador, que no exclusivamente por la vía penal: (i) la dignidad humana, como criterio material que explica el carácter de última ratio del derecho penal y (ii) que la tipificación de la conducta se fundamenta en un criterio sospechoso de discriminación: el sexo. (Corte Constitucional de Colombia, 2022, C-055, p. 112).

Y por último esboza que, en razón a los derechos fundamentales expuestos, se debe propender por herramientas menos lesivas a los mismos y que de igual forma protejan la vida en gestación. Concluyendo que la finalidad preventiva de la pena entra en tensión con el tipo penal del aborto y la eficacia de las conductas tipificadas deben responder a su finalidad.

Es decir, que para que se categorice una conducta como delito, debe demostrarse que es la medida más adecuada para la protección del bien jurídico que se pretende tutelar. En ese entendido la Corte trae a colación cifras importantes relacionadas con el aborto que emanan de la Fiscalía General de la Nación, las cuales expone de la siguiente forma:

> A partir de los mismos datos, del total de 5.833 noticias criminales por este delito, 76,60% de los procesos se encuentran inactivos. Según se señala, la principal causa son los archivos y las preclusiones (75%). Las sentencias condenatorias, por su parte, solo ascienden al 10% de los casos. Por ende, del reducido número de procesos finalizados es posible inferir, a su vez, la baja idoneidad de la penalización categórica que contempla la

> norma demandada para proteger de manera eficaz la vida en gestación. (Corte Constitucional de Colombia, 2022, C-055, p. 122).

En conclusión, al exponer todos los fundamentos anteriormente relacionados, se determina que existe una solución constitucional al tema del aborto y los derechos que dicen entrar en conflicto con el mismo, estableciéndose que no se puede proteger absolutamente a uno y desestimar la protección del otro, sino que por el contrario se debe propender por un punto intermedio.

En igual medida al referirse a la Convención Americana de Derechos Humanos, tema esencial en el presente estudio, inicialmente se menciona que el espíritu constituyente al tipificar la conducta del aborto en el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, fue específicamente la protección del que está por nacer en concordancia con lo establecido en el artículo 11 constitucional y lo convenido en los artículos 2 y 4 de la Convención, lo anterior desde un carácter preventivo.

Menciona la alta corporación que, por tanto, la vida es un bien jurídico tutelado que debe ser protegido en todas las etapas de su desarrollo, pero de forma gradual el cual debe coincidir con la consagración de la conducta punible en el derecho penal, es decir que a medida que avanza el periodo de gestación mayor debe ser la protección en consideración de los otros derechos con los cuales puede entrar en tensión.

Se hace a su vez claridad que lo anteriormente planteado, se emite en razón a que la vida no representa un carácter absoluto, alusión que ha establecido la misma Corte Interamericana. En ese entendido, concluye la Corte Constitucional que es competente el legislador interno en materia de política criminal, establecer las conductas más siempre y cuando no pueda recurrir a

otro tipo de medidas que puedan dar una solución al problema para que de esta forma se proteja el derecho a la libertad, el cual cabe resaltar tampoco goza de un carácter de absolutidad.

En esa línea, reitera la Corte que el órgano legislativo cuenta con un universo de medidas a activar con el fin de proteger los bienes jurídicos cuya jerarquía normativa develan una protección integral. En efecto, de acuerdo al análisis de la Corte, en el ordenamiento jurídico colombiano solo se acude al derecho penal para proteger la vida en gestación.

Es así como se declara la exequibilidad condicionada del artículo 122 de la ley 599 del 2000, decisión que permite la interrupción voluntaria del embarazo hasta las 24 semanas de gestación, de igual forma aclara que al encontrarse en las tres causales establecidas en la C-355, no existirá límite temporal. Consecuentemente exhorta al Congreso de la República y al gobierno nacional a tomar cartas en el asunto por medio de la formulación de políticas públicas y la elaboración de medidas legislativas que subsanen el vacío existente en materia legal.

2.2.1 Circular 044 de 2022 y Resolución 051 de 2023 del Ministerio de Salud y Protección Social

Con fundamento en el anterior estudio jurisprudencial, se hace pertinente estudiar la posición reglamentaria desde el enfoque gubernativo, con la finalidad de describir la postura que este poder público tiene al respecto de la despenalización del aborto dispuesta en la sentencia C 055 de 2022. En efecto, el asunto de la circular 044 de 2022 versa sobre las condiciones en las cuales debe darse el acceso efectivo a las mujeres con el respeto de sus derechos sexuales y reproductivos en la atención determinada por la ruta integral de atención en salud materno-perinatal.

En ese entendido el ente ejecutivo por medio de este documento jurídico busca una promoción y prestación de un servicio integral a la mujer para dotarla de herramientas en materia no solo de IVE sino también con lo relacionado con la violencia física y sexual, así que obliga a las entidades prestadoras de salud a realizar un asesoramiento en cuanto a planes anticonceptivos que deben concomitantemente estar incluidos en el plan de beneficios en salud y hace en este mismo documento hincapié en la prestación oportuna de los procedimientos que permitan el IVE. De esta circular se extrae literalmente en el numeral 5 el cual se encuentra encaminado a la salud pública en los siguientes términos:

> Desarrollar las demás acciones de gestión de la salud pública, intervenciones colectivas e individuales para garantizar la atención en salud de la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones de no punibilidad definidas por la
>
> Honorable Corte Constitucional y teniendo en cuenta las responsabilidades de cada uno de los actores del Sistema de Salud (Ministerio de Salud y Protección Social, 2022, Circular 022, numeral 5).

Entendido este documento del ejecutivo se trae a colación las pautas establecidas por la Resolución 051 de 2023 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, para esgrimir sobre las orientaciones y medidas que deben ser tenidas en cuenta por parte de los prestadores del servicio de salud, en el evento de que una mujer haciendo uso de la potestad que le dan sus derechos sexuales y reproductivos quiera practicarse una IVE. Una parte importante de este documento es el establecimiento de una nueva conceptualización de lo que significa ser mujer para efectos del IVE en el sistema jurídico colombiano, del cual se extrae textualmente lo siguiente:

> Para efectos de la presente resolución el término mujer incluye niñas y adolescentes y, el término personas gestantes incluye a toda persona con capacidad biológica de quedar en embarazo y atravesar el proceso de gestación, lo que abarca, hombres transgénero, transmasculinidades, personas no binarias o personas intersexuales, sin excluir otras identidades de género con las cuales la persona se autoreconozca. (Ministerio de Salud y Protección Social, 2023, Resolución 051, Artículo 6, parágrafo).

Lo importante en esta resolución y el motivo por el cual se trae a colación en este documento, es dilucidar sobre la capacidad que se le fue otorgada a las niñas en tratándose de IVE, pues estipula claramente que las entidades prestadoras del servicio de salud no deben informarles a los padres si una menor quiera practicarse el aborto y tampoco debe solicitar autorización de los padres o tutores para que los menores accedan a dicha práctica.

Capítulo 3. Derecho Convencional de acuerdo Al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

3.1 Naturaleza y Funciones del Control de Convencionalidad

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos compone una estructura jurídica de carácter regional del cual hacen parte los Estados que han acogido la Convención Americana de Derechos Humanos, en tal sentido existen dos órganos de especial importancia como lo son La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) con funciones jurisdiccionales, y por su parte la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la cual cumple según su reglamento con lo siguiente:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano autónomo de la Organización de los Estados Americanos que tiene las funciones principales de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. (Organización de Estados Americanos, OEA, 2023, Artículo 1).

> Ahora bien, el control de convencionalidad es una institución jurídica del Derecho Internacional, que dispuesta activarse ante cualquier situación antijurídica provocada por los órganos de justicia de un Estado parte de la Convención determina el procedimiento por medio del cual la institución guardiana de la Convención Americana de Derechos Humanos brinda su protección en favor de los individuos que sientan vulnerados sus derechos y que requieran tramitar la demanda una vez agotado su propio marco de derechos, entendido este como un control concentrado. Dicha función natural, emerge del artículo segundo de la Convención Americana la cual estipula:

> Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades." (Corte IDH, 1978).

En tratándose de la categoría conceptual del concepto de control de convencionalidad, es pertinente establecer que apareció por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con el caso Almonacid Arellano Vs, Chile, a través del cual, los familiares del señor Arellano solicitaron a la CIDH expresara si el Estado Chileno al mantener en vigencia el Decreto Ley No. 2191 con posterioridad a la suscripción de la Convención, trasgredía el artículo 1 en su numeral primero y el artículo 2, fue así, como la Corte IDH manifestó:

> El Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana. (Sentencia de 26 de septiembre de 2006 Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Caso Almonacid Arellano Vs. Chile,). (Corte IDH, 2006).

Por lo anterior, se entiende que el control de convencionalidad determina la existencia de una obligación en cabeza del Estado que se acoge a lo pactado en La Convención Americana de Derechos Humanos, la cual, si bien es cierto, respeta los postulados de derecho interno, también es claro que compele a los operadores judiciales a observar los tratados internacionales que

versen sobre Derechos Humanos al momento de aplicar la norma nacional en un proceso contencioso.

Así las cosas, el control de convencionalidad comporta un conjunto de responsabilidades encabeza de los estados firmantes los cuales comprenden los siguientes postulados: “Verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte” (Nash, s.f.).

Corolario de lo anterior, la naturaleza del control de convencionalidad, obedece a la función primordial consistente en la limitación (desde una fuerza externa y vinculante) del poderío judicial del Estado que se accione, a través de la imposición de normas y mecanismos de salvaguarda de los derechos humanos.

En este sentido, el control estatal conocido también como control difuso, va dirigido en dos sentidos, los cuales consisten en la inaplicación de normas nacionales que contravienen la Convención Americana de Derechos Humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los conceptos consultivos y demás documentos de índole internacional que interpreten derecho humano.

Como segunda función, se denota que el control de convencionalidad se ejerce en sentido subjetivo, consistiendo este en el bloqueo o destrucción de decisiones judiciales intra-estatales que surjan de la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a la convención y demás instituciones jurídicas mencionadas anteriormente.

3.1.1 Principio Pacta Sunt Servanda

Este acápite, determina un punto importante para este trabajo al referirse el mismo a la fuerza vinculante de la Convención, de acuerdo al Derecho de los Tratados contenido en la Convención de Viena de 1969, los Estados parte se obligan a respetar el principio denominado Pacta Sunt Servanda, como irradiador de los convenios, tratados y demás documentos con fuerza vinculante, que a partir de ese año se comprometieron en cumplir lo estipulado en dicho documento, el cual a la voz del artículo 26 expone: "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.” (ONU, 1969).

Ahora bien, la Convención Americana de los Derechos Humanos concibe aspectos por medio de los cuales se integra la fuerza vinculante de la cual se hace mención, ya que, en su artículo primero direcciona a los Estados a la obligatoriedad de respetar los derechos que integran el documento, artículo que se entiende a su tenor literal así:

> Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (Organización de Estados Americanos, OEA, 2016, Artículo 1).

Teniendo en cuenta lo descrito, es loable inferir que esta norma de derecho positivo, contenida en el derecho internacional nació en el contexto de múltiples naciones envueltas en diversos modelos dictatoriales y serios cuestionamientos en materia de derechos humanos, así, la creación de la Convención y de la Corte interamericana de derechos humanos, se propuso como respuesta regional a los desmanes que el continente se veía envuelto en aquella época.

En este orden de ideas, la fuerza vinculante no solo obliga a los Estados en el escenario internacional al someterlo al imperio de Corte IDH, sino que también, en el contexto interno, somete a la observancia de dichas prerrogativas a los operadores judiciales y demás autoridades públicas. Por lo anterior, se fundamenta la fuerza vinculante del control de convencionalidad en el artículo 29 de la CADH, el cual reza así:

> La CADH, en la medida en que todos los poderes u órganos del Estado que han ratificado la CADH se encuentran obligados, a través de sus interpretaciones, a permitir de la manera más amplia el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH, lo que implica, a su vez, interpretaciones restrictivas cuando se trate de limitaciones a los mismos, y siempre a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH. (Nash, s.f., p. 5).

3.2 Postulados sobre el derecho a la vida en relacion a los conceptos consultivos de la CIDH

En desarrollo de lo planteado en los capítulos anteriores con relación al derecho a la vida proscrito en el artículo 4.1 de la Convención de los Derechos Humanos tema trascendente en el presente escrito, se hace necesario contrastarlo con los conceptos consultivos que se han emitido por parte de la Corte Interamericana como órgano salvaguarda de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Cabe resaltar que en la actualidad no existe un pronunciamiento de este órgano frente al aborto, por lo que se trae a colación inicialmente el concepto consultivo número 22 (OC-22/16 del 26 de febrero de 2016) solicitado por la República de Panamá en el cual entre otros temas se hace referencia al artículo 1.2 de la misma Convención el cual referencia lo siguiente: “Para efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” (Organización de Estados Americanos, OEA, Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 12)

En relación a la interpretación del término persona y ser humano, en dicho concepto la Corte aborda tres enfoques de interpretación, siendo el primero el teleológico a través del cual determina una postura bajo el principio Pro Persona el cual se sustenta en argumentar que las libertades y prerrogativas contenidas en la legislación de un Estado parte no pueden limitar o transgredir el instrumento internacional puesto que en principio el acogimiento de la Convención por parte de un Estado, indica una protección a la vida como fin último contenido en la misma.

De otra parte, la Corte hace referencia al enfoque de interpretación sistemática bajo el cual una norma debe interpretarse según el sistema jurídico al cual pertenece integrando las normas de derecho interno con las de carácter internacional, aterrizándolo específicamente al termino persona se hace alusión a todos los seres humanos sin ningún tipo de clasificación.

Y por último señala como enfoque el sentido literal el cual vincula el termino persona y ser humano como sinónimos, en efecto la Corte Interamericana señala que los derechos contenidos en la Convención son aplicables a todas las personas y, por tanto, dicho instrumento internacional no dejó abierta la interpretación sobre cómo debe entenderse este término, es decir, en sentido literal se debe entender que los derechos allí contenidos pertenecen a la familia humana.

Ahora bien, aclarado lo anterior, es pertinente mencionar que la Convención sobre los Derechos del Niño en su preámbulo establece la protección del niño “tanto antes como después del nacimiento”, en ese entendido se asume que a la vida en gestación le es aplicable la protección y garantías de derechos contenidos en este instrumento.

Lo anterior conlleva una protección alineada bajo los mismos principios ya que, consecuentemente un dispositivo internacional protege la vida desde la concepción y el otro por

su parte, establece la protección de los derechos del niño en relación a la etapa anterior al nacimiento. En efecto, es clara la titularidad de derechos del cual goza la vida en gestación.

En otro caso importante en el cual si bien es cierto la Litis no se centra en el derecho a la vida o el aborto, si hace referencia a la vida en gestación. En tal sentido, la Comisión Interamericana en el año 2011 sometió a jurisdicción de la Corte Interamericana el caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, al configurarse el incumplimiento de unas recomendaciones emitidas por la Comisión, en este caso específicamente el tema circunda sobre la fecundación in vitro y la posible vulneración de derechos humanos al tenerse como prohibida dicha conducta.

De acuerdo a las consideraciones que toma la Corte en el presente caso, retoma el enfoque interpretativo del sentido corriente de los términos, refiriéndose específicamente a la concepción de las cuales hacen parte dos momentos, siendo el primero de ellos la fecundación y el otro la implantación, considerándose científicamente este último el culmen de la concepción, por lo que tan solo al implantarse en la mujer se configura la posibilidad de desarrollo de un ser humano.

En observancia al anterior análisis, la Corte considera que, de acuerdo al enfoque de interpretación sistemática, la evolución de ese ser humano depende del proceso que se lleve en el cuerpo de la mujer, cuya consecuencia es que la expresión “toda persona” por tanto todo ser humano, contenida en el artículo 4.1 de la Convención no puede es otorgable al embrión y según este órgano la protección se centra en la mujer gestante la cual es sujeto de derecho en múltiples tratados.

Uno de los argumentos esbozados por la Comisión en contra de la prohibición normativa de leyes en favor de la fecundación in vitro, se basa en el enfoque evolutivo o gradual con el cual debe interpretarse según ella la protección de la vida en gestación, por lo que se hace relación a

que el derecho a la vida no ostenta un carácter absoluto y el mismo puede entrar en tensión con otros derechos concedidos en el mismo instrumento jurídico. Lo anterior lo hace la Corte haciendo énfasis en el término “en general” consagrado en el numeral primero del artículo cuarto de la Convención. En ese entendido es la misma Corte Constitucional colombiana quien trae a colación dicho pronunciamiento de la CIDH, en el cual expresa:

> Además, es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general. (Corte Constitucional de Colombia, 2022, Sentencia C-055).

No obstante, lo anterior si se realiza un análisis con lo ya decantado en relación a la Convención de los Derechos del Niño donde se protege la vida desde antes y después del nacimiento, se puede llegar a colegir que dicha interpretación de la Corte puede entrar en una confrontación normativa.

Ahora bien, es importante de acuerdo a la delimitación del presente escrito monográfico resaltar que en razón a la competencia de la CIDH es aplicable el control de convencionalidad ya expuesto en Colombia, no obstante, es pertinente traer a colación el análisis que desde otros ordenamientos jurídicos internacionales se le ha dado al fenómeno del aborto. En tal sentido en el año 2010 la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos se encuentra el caso A, B, C contra Irlanda en el cual se realiza un análisis sobre el ordenamiento jurídico de dicho país donde estaba prohibido el aborto y su posible tensión con los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En esta sentencia se enuncia el caso de tres mujeres irlandesas que debieron trasladarse a otros países de la Unión europea con el fin de poder realizar la interrupción voluntaria del embarazo ya que, en su país debido a la tipificación de la conducta cuya sanción era la cadena perpetua por lo que este acto resultaba imposible. Sin embargo, a través de la jurisprudencia irlandés se despenalizó el aborto bajo causales excepcionalísimas como lo es el hecho de que la vida de la mujer embarazada se encuentre en peligro.

En dicha discusión jurídica se ponía de manifiesto la posible violación del principio de no discriminación, por otro lado, el trato inhumano y degradante al cual sostenían las demandantes se estaban sometiendo a las mujeres en Irlanda en razón a dicha prohibición, de igual forma se adujo una violación del derecho a la intimidad, entre otros que se encuentran en dicho marco jurídico europeo.

En tratándose de los fundamentos para decidir, el Consejo Europeo a la luz de los límites para los Estados partes en cuanto a la existencia del ser humano y de otra forma el consenso de legislación sobre legalización de la interrupción voluntaria del embarazo que se da entre los mismos en dicho continente. En esa línea, el Tribunal aduce que en la mayoría de los países europeos se es permitido el aborto con base en el enfoque de interpretación evolutiva afirmando que:

> Sin embargo, se debe considerar que tal consenso no reduce el margen de apreciación de los Estados porque no hay consenso sobre la cuestión subyacente a la legislación sobre la que sí hay consenso, que es la cuestión sobre cuándo comienza la vida)" (Alvarez, 2015, Pág. 10).

Por tanto, el tribunal advierte que no existe en la Unión Europea una anuencia sobre cuál es el momento exacto en el que comienza la vida, premisa que abarca tomando como pilar los

diferentes estudios científicos que se contrarían en emitir un concepto que aclare dicho punto cuya consecuencia es la imposibilidad de: “responder a la pregunta sobre si el no nacido es una persona que deba ser protegida a los efectos del Artículo 2 [...] (§ 237)”. (Alvarez, 2015, Pág. 9)

En observancia a lo anterior, concluye el tribunal que Irlanda cuenta con un margen de apreciación sobre el cual puede basar su normatividad prohibitiva del aborto y que, por tanto, no existía una vulneración o contraposición con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sin embargo, para uno de los casos si establece una responsabilidad estatal ya que se encontraba inmersa en las causales que a través de su propia jurisprudencia se ha permitido en dicho país.

De esta manera se deja en evidencia que, hasta el momento en el continente americano y los Estados sujetos a la Convención, no se ha emitido un pronunciamiento específicamente en tema de aborto, en la actualidad se encuentra en curso el caso Beatriz Vs. El Salvador no obstante a la fecha no se ha emitido sentencia, por lo que fue pertinente el abordaje que de alguna u otra manera se relaciona con el artículo 4.1 del mismo instrumento y del cual se deriva la protección a la vida en gestación, dejándose así en evidencia que existen como ya se había manifestado en acápites anteriores diferentes métodos de interpretación de la norma.

3.3 Control de Convencionalidad en Colombia.

Colombia es un Estado parte de la Convención Americana, por lo tanto, es su deber cumplir con las obligaciones anteriormente descritas, se hace necesario así, analizar como en el derecho interno se da aplicabilidad a lo estipulado en las normas superiores.

Al abordar el estudio de este fenómeno en el escenario colombiano, la convencionalidad en el contexto nacional opera a través del instituto jurídico conocido como bloque de constitucionalidad, que se incorporó en virtud de la promulgación de la Carta Magna de 1991.

Una vez creada la Corte Constitucional de igual forma bajo la estructura constitucional cuya función es la interpretación de la Constitución Política actual y la salvaguarda de los derechos allí reconocidos, armoniza las figuras de protección de la Convención Americana con el catálogo de derechos constitucionales.

El bloque de constitucionalidad se genera por los pilares jurídicos descritos en los artículos 93, 94,44, y 53 de la constitución política de Colombia, la fuerza de estas normas tiene tanta importancia que determina que los derechos humanos de los cuales se alimenta, deben ser respetados inclusive en estados de excepción.

Es por ello, que la convencionalidad, está encaminada a realizar un estudio estricto entre las normas del bloque de constitucionalidad, las normas vinculantes del derecho internacional y cualquier norma que se encuentre vulnerando los principios fundamentales de los derechos humanos o tratados internacionales en esta materia.

Teniendo en cuenta estas argumentaciones, se hace necesario comprender que la Corte constitucional en sentencia 327 del 2016, al verificar el rigor constitucional del artículo 90 del Código Civil Colombiano, estudió la figura de la convencionalidad. De esta sentencia se extrae notoriamente una aclaración de voto realizada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, al exhibir argumentos importantes que aportaran luces en cuanto a la interpretación dogmática de la figura del control de convencionalidad. Al respecto la misma alude en su aclaración de voto lo siguiente:

> Sobre esa posición institucional, es imprescindible recordar que la Corte IDH tiene la función de interpretar con autoridad la Convención Americana sobre Derechos Humanos, un instrumento que sin lugar a dudas hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y, en consecuencia, su jurisprudencia también define normas adscritas a la CADH. Si, según una conocida metáfora de la jurisprudencia constitucional colombiana, entre la Carta Política y la interpretación de esta Corte (la Constitucional) no cabe una sola hoja de papel ¿Por qué no comprender de igual forma la relación entre la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH? (Corte Constitucional de Colombia, 2016, Sentencia C-327).

De la intervención de la magistrada, es pertinente señalar que esta buscaba entender el trabajo que la Corte tiene dentro del escenario político y jurídico en Colombia, pues claramente el control de convencionalidad al entenderse como esa compaginación de las normas vinculantes y las normas nacionales, debe ser una tarea del ente en materia constitucional.

Por lo cual la finalidad de dicha aclaración de voto, fue determinar que la jurisprudencia o normas de CIDH no están sujetos a un carácter de obligatoriedad estricto, sino que, según la magistrada comporta un aspecto de interpretación relevante a la hora de ser tenido como herramienta en casos de estudio constitucional.

En esa línea, cabe denotar que la Corte de acuerdo al desarrollo de teorías doctrinales sobre la incorporación de un tratado al derecho interno ha tomado postura, no obstante, es importante relacionar cuáles son para luego si conocer el concepto del órgano de cierre, es así como se determina que se han decantado dos vertientes directamente opuestas.

La primera hace alusión a la existencia de dos sistemas (el derecho interno y el externo), autónomos en sí mismos, lo que refiere que no existe ningún tipo de subordinación, en el cual la

integración del tratado internacional, se da mediante la aprobación de una ley interna, esta premisa obedece a los postulados de Duguit, entre otros y es conocida como teoría dualista.

En segunda medida, la teoría monista emerge como la antípoda a la teoría anteriormente descrita, de forma tal, que esta corriente de pensamiento jurídico interpreta el derecho internacional y el interno, como elementos integrantes de un orden jurídico universal. En el caso colombiano la Corte Constitucional opta en su jurisprudencia por la segunda teoría, es decir el monista, no obstante, lo hace de una forma moderada, y en tal sentido afirma:

> Estas doctrinas monista moderada, coordinadora o de la integración dinámica entre el derecho interno y el derecho internacional, muestran que el artículo 27 de la Convención bajo revisión se ajusta a la Carta, por cuanto esa cláusula no implica que son nulas internamente las disposiciones constitucionales contrarias a un tratado, caso en el cual esa disposición sería inadmisible por erosionar la supremacía constitucional. La Convención de Viena, en armonía con la doctrina y la jurisprudencia internacional, simplemente señala que Colombia compromete su responsabilidad internacional en caso de aplicar disposiciones internas contrarias a un tratado, lo cual armoniza con la Carta, (…) (Corte Constitucional de Colombia, 1998, sentencia C-400, p.27).

Lo anterior, según la Corte significa que la Constitución reconoce el principio Pacta Sunt Servanda, pero sin dejar de lado lo que en el orden jerárquico refiere la Constitución Política del país. Así las cosas, La figura del convencionalismo se presenta ante la inoperancia del constitucionalismo en materia de protección de derechos fundamentales, dicha ineficacia se presenta toda vez que el actuar de un Estado, no cumplió con la obligación de brindar protección real de los derechos sociales, económicos, culturales y del medio ambiente, con que gozan los ciudadanos, pese, a la operatividad Constitucional al interior de un Estado.

Por todo lo anteriormente enunciado, se entiende que la convencionalización del derecho como fenómeno presente en Colombia dentro su ordenamiento jurídico interno, al afirmar que este proceso tiene como fuente de inspiración, creación y de validez, de las normas externas expresadas en los diversos convenios y tratados celebrados, y el contraste de estas con las leyes internas, dando como resultado la inaplicación de aquella que rebose o trasgreda los parámetros internacionales. (Martínez, s.f., p. 528).

3.4 Derecho a la Vida en la CADH

Es de anotar que, previo a la promulgación de la Convención de Viena de 1969, los derechos humanos tenían una incidencia netamente interna, pero al ser proyectada el amparo de los mismos a nivel internacional, se les dotó de protección múltiple, entiéndase esta, desde la óptica del derecho interno y desde los diversos dispositivos jurídicos internacionales, proceso que ocurrió con el derecho a la vida y la implicación de este es un estudio complejo, en el sentido de determinar propiamente el inicio de la existencia en términos jurídicos del ser humano.

El artículo 4 de la Convención, es absolutamente claro al determinar las condiciones por medio de las cuales existe el derecho a la vida y especifica desde cuando inicia esta para efectos prácticos, luego se entendería por sustracción de materia que todos los Estados que se acojan a dicho instrumento asumen un papel proteccionista bajo esa misma línea, en primera medida se determinará entonces que el artículo en mención, en su numeral primero, reza así: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (OEA, s.f.)

La Corte Interamericana como guardiana de la Convención ha establecido diferentes enfoques en cuanto a la interpretación de la misma. El primero de ellos obedece al sentido corriente de los términos, el cual se puede entender como exegético, por lo que claramente en el numeral primero del artículo 4, se establece como ya se relacionó, como regla general la protección a la vida desde la concepción.

Aterrizando lo anterior a la sentencia C 055 de 2022, se tendría que, bajo la eventual revisión desde la norma convencional decantada en sentido estricto, se crearía una disyuntiva entre la protección que se le ha dado al aborto desde las ramas ejecutiva y judicial con el numeral primero del artículo 4 de la Convención.

En ese mismo orden de ideas, la Corte Interamericana en el Caso Artavia Murillo Vs, Costa Rica determina un enfoque de interpretación sistemático e histórico donde se entiende que existen diferentes tratados internacionales que se correlacionan como partes de un solo sistema, en efecto si la Litis versa sobre cuando comienza la vida, se dirá que ninguno de los tratados plasma taxativamente dicha premisa.

En tercera medida, esta misma corporación internacional ofrece una interpretación netamente evolutiva fundamentándose en el carácter dinámico del derecho y la importancia que el mismo responda a la realidad social del momento, el cual invitaría a que el artículo primero se modificara, ya que, si se observa la evolución en Latinoamérica en razón al aborto, se podría comprobar que efectivamente en los países donde se ha despenalizado, no se protege la vida desde la concepción, ya que existen casos claros en los cuales este derecho admite que la regla general se convierta en la excepción.

Otro enfoque que admite la Corte es aquel que se centra en el objeto a interpretar y fin del tratado, lo que presenta una similitud en cuanto al test de proporcionalidad que se da en

Colombia cuando dos derechos entran en tensión. Bajo este enfoque se debe observar el espíritu normativo para así emitir una correcta interpretación normativa.

Por lo que, en referencia al derecho a la vida, esta corporación manifiesta la no absolutidad del mismo bajo la expresión "en general" establecida en la Convención, en tal sentido, si el test de proporcionalidad se aplica a la vida en gestación como un extremo y en el otro los derechos reproductivos y demás que se argumentan, se llegaría a la conclusión que en Colombia la Corte Constitucional dio mayor peso jurídico al segundo extremo.

Lo anterior en razón a que si bien es cierto la vida no ostenta un carácter absoluto y su protección debe ser gradual, también lo es el hecho de que la protección de la vida en gestación se encuentra positivizada en la norma internacional. Razón por la cual al establecerse causales debe hacerse con observancia en las dos medidas sin dejar de proteger dicha prerrogativa.

Con este recorrido, se puede asumir que el derecho a la vida en el escenario internacional es entendido desde un arcoíris jurídico, ya que el color bajo el cual sería interpretada la vida del ser humano depende directamente del enfoque bajo el cual es aplicado.

3.5 Efectos del Control de Convencionalidad al Aborto.

Una vez realizado el recorrido anterior por el derecho convencional, el control de convencionalidad y como es plasmado el derecho a la vida en la Convención, se hace necesario verificar si bajo la probabilidad de la existencia de un control de convencionalidad, se cumple con lo contenido en dicho artículo a la luz del *pacta sunt servanda* y existe, por tanto, una compatibilidad entre la Convención Americana de Derechos Humano y la sentencia C-055 de 2022.

En primera medida, se debe partir del análisis sobre que exige el derecho internacional en cuanto a la interrupción voluntaria del embarazo al estado colombiano, toda vez que como se ha podido evidenciar la despenalización del aborto o el establecimiento de causales trae consigo no solo la eliminación de la conducta punible, sino que, a su vez, incentiva el acceso a demanda libre y con gratuidad de dichos procedimientos que deben ser incluidos en el sistema de salud a través de sus diferentes protocolos y rutas necesarias para la materialización de lo estipulado.

En tal sentido, es pertinente establecer que la creación del derecho al aborto debe ostentar fundamentos que vayan más allá de conveniencia social o política, toda vez que el punto esencial en observancia al derecho internacional es verificar que ningún tratado internacional de derechos humanos aplicable a Colombia establece expresamente la obligación de adoptar un sistema jurídico en relación al aborto, no obstante como se dejó en evidencia en diferentes instrumentos si se menciona el derecho a la vida en la etapa de gestación.

De igual manera al realizar el recorrido pertinente por las fuentes del derecho internacional como lo es la costumbre, no se ha evidenciado un modelo de políticas criminales especifico con el aborto como se decantó con el sistema jurídico europeo en el cual, con base en la Convención de Derechos Humanos Europea, el tribunal en su análisis hermenéutico no establece ningún tipo de responsabilidad para aquellos estados en los cuales la conducta del aborto se encuentra tipificada como punible, sin dejar de lado que en los países que se ha despenalizado, tampoco lo recrimina con base en el análisis científico del momento en el cual inicia la vida.

Al igual que Europa, Estados Unidos país de referencia en este tema, como ya se mencionó inicialmente aprobó el aborto con el caso Roe contra Wade, no obstante, en el año 2022 la Corte Suprema de Estados Unidos anuló el mismo y dejó en manos del legislador la

potestad de crear normas en el tema cuya consecuencia es que en la actualidad de acuerdo al sistema federado, algunos estados americanos con base en dicho pronunciamiento han prohibido el aborto.

Lo anterior con fundamento en que la Constitución de dicho país no ordena ni restringe el derecho al aborto, por lo que considera el tribunal que es deber de los representantes tomar posición activa de acuerdo a las funciones que les competen.

De otra parte, de acuerdo a los enfoques de interpretación normativa, se determina que el mas aplicado es el de interpretación evolutiva el cual ya fue decantado en el presente texto, sin embargo, existen juristas como lo es el profesor Paolo Carozza quien en el análisis de la aplicación de dicho enfoque establece que el mismo no puede construirse en contradicción de los derechos que explícitamente yacen en la Convención Americana de Derechos Humanos.

En relación al artículo 4.1 de la Convención, se colige que los Estados cuentan con un margen importante para dar tratamiento a los derechos de las mujeres y los niños que están por nacer, esto se logra con la combinación de medidas penales y no penales, decisión que debe ser emitida por cada Estado, cabe resaltar que dicha facultad de adoptar medidas no penales, no implica necesariamente la prohibición de que el Estado decida adoptar políticas criminal, esto al referir que el artículo 4.1 no puede ser despojado de su espíritu normativo, es decir la protección de la vida en gestación.

En ese entendido, un sistema jurídico de un estado parte de la Convención, debe realizar un análisis integral normativo y así garantizar el cumplimiento de lo contenido en dicho instrumento jurídico internacional, por lo que la tensión de los derechos que se confrontan no puede decidirse bajo la absolutidad de uno de loes extremos, ya que se entraría en una disonancia con lo proscrito jurídicamente.

En observancia a lo anterior, se hace necesario en segunda medida verificar el sistema jurídico colombiano, por lo que se deja por sentado que voluntad del legislador en Colombia al penalizar el aborto claramente fue proteger el bien jurídico tutelado de la vida en gestación desde la función preventiva para así evitar trasgresiones al mismo, empero la Corte Constitucional entra en una discusión amplia con el tema del aborto.

Esta protección se dio a través del derecho penal, y a su vez se denota en el artículo 11 al establecer la vida como un derecho inviolable, y, por tanto, en el artículo 43 al categorizar el estado de embarazo de la mujer como una etapa que requiere protección y acompañamiento por parte del Estado.

Aunado a lo anterior, tomando como base la teoría monista moderada que acoge la Corte para incorporar los tratados internacionales al derecho interno, se tiene que el artículo 11 como ya se mencionó protege el derecho a la vida, y por su parte la Convención también lo hace, lo que da como resultado que la protección a la vida en gestación obedece a la armonía de estos dos instrumentos jurídicos.

Ahora bien, como se dejó en evidencia a través de las dos jurisprudencias se denota la despenalización del tipo penal del aborto. En el primer análisis de inconstitucionalidad, la Corte dedica uno de sus fundamentos al del derecho a la vida en gestación, determinándose que existe una regla general de protección a la luz del artículo cuarto de la Convención, lo que por sustracción de materia refiere que existen excepciones en las cuales la vida en esta etapa del ser humano puede ser desprotegida y en efecto, despenaliza la conducta bajo unas causales.

En ese entendido, se revela que existe una concordancia entre lo contenido en la Convención y lo estipulado por la Corte, puesto que, según el instrumento jurídico de carácter

internacional y como los mismos órganos han mencionado el derecho a la vida no es de carácter absoluto.

En tratándose de la segunda providencia, se establece una despenalización con mayor énfasis, es decir, se generaliza el derecho hasta la semana 24 y cuando se está inmerso en las causales, no se tendría límite de tiempo. En sus fundamentos y el cual es el límite del presente escrito, se encuentra el análisis del derecho a la vida contenido en la Convención, en el cual se da una protección directamente proporcional a la etapa en la cual se encuentra el ser humano, es decir que, a mayor avance de etapa, mayor es la protección jurídica.

Al igual se pone de manifiesto que el derecho penal es de carácter residual, por lo que existen otro tipo de medidas que puede optar el legislador para proteger al nasciturus que no entren en tensión con los derechos que se manifiestan vulnerados, no obstante, es importante mencionar que, al despenalizarse con la providencia, se revela que en la actualidad no existe otra medida vigente que permita su protección.

Por lo que en la eventual situación donde Colombia se ciñera a las condiciones estrictas de un control convencionalidad y se realizase una comparación entre lo determinado en el numeral primero del artículo 4 de la Convención al establecerse que la protección a la vida debe entenderse “en general” desde la concepción, con lo establecido en dicha sentencia se da una contraposición, pues la regla general se convierte en la excepción.

Así es que para los autores es claro que existen excepciones en las cuales prevalecerán los derechos reproductivos de la mujer en observancia a lo establecido en la Convención como son los eventos donde medie un delito sexual, entre ostros. No obstante, en el caso colombiano con la sentencia C -055 de 2022, se cree una desprotección al derecho a la vida en etapa de gestación pues, evidentemente con lo resuelto por dicho órgano en el cual se establece que se

despenaliza el aborto en su totalidad hasta la semana 24, se deja sin efecto útil lo estipulado en la Convención y por tanto, uno de los derechos en tensión como lo es la protección del que está por nacer queda a la deriva, de igual forma con base en dicha decisión se colige que a partir de la semana 24 hasta el nacimiento se protege la vida, sin embargo se resalta que esta también tiene unas excepciones, puesto que según las causales proscritas en la C 355 de 2006, estas no tienen límite de tiempo.

De igual forma es necesario mencionar que en tratándose de los derechos reproductivos de la mujer, los mismos cuentan con un marco constitucional y convencional como se dejó en evidencia en las jurisprudencias, no obstante, se puede entrar en la absolutidad de tomar al aborto como una medida general de protección, desconociendo que existen métodos reconocidos dentro del sistema de salud colombiano que garantizan otras formas de evitar la gestación de una vida.

Por último y fuera del problema jurídico planteado en el presente escrito monográfico, un control de constitucionalidad en el sentido estricto tendría que entrar a revisar la contraposición que hoy en día existe frente a la capacidad que hoy ostentan los menores en el derecho civil y el Código de Infancia y Adolescencia con la capacidad de la cual se le fue dotada para la IVE bajo los parámetros de la C- 055 de 2022 y, por ende, de la Resolución 051 de 2023.

Conclusiones

La vida cuenta con un amplio desarrollo a nivel convencional, constitucional y legal, tanto así que en la mayoría de países la conducta del homicidio es un tipo penal que merece una pena, pues dicha prerrogativa se toma como la máxima de la cual goza un ser humano, ya que, sin esta, intrínsecamente no se pueden gozar de otros derechos.

Por su parte la vida en gestación goza de protección bajo una regla general según la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que dicha premisa debe ser observada por los Estados Partes.

Los derechos reproductivos de la mujer, merecen y ostentan un amplio reconocimiento desde los diferentes niveles jerárquicos normativos, de allí la importancia de la existencia de garantías por parte del Estado con el fin de materializar lo que sustancialmente se ha expresado.

En Colombia el tema del aborto toma relevancia jurídica a través de la sentencia C-355 de 2006, convirtiéndose este en un punto de inflexión, toda vez que se despenaliza bajo tres causales. Años después a través de demanda de inconstitucionalidad pública la despenalización se amplía a través de sentencia C 055 de 2022, lo que lleva a un cuestionamiento jurídico sobre la convencionalidad.

Colombia como Estado Parte de la Convención, se encuentra sujeto a su cumplimiento, ya que del derecho de los tratados deviene un principio irradiador de suma importancia el *Pacta Sunt Servanda*, cuya esencia es que lo pactado es obligación para las partes.

En tratándose de la convencionalidad se determina que en ningún tratado internacional de los cuales Colombia es parte se proscribe el derecho al aborto, no obstante, si se protege el derecho a la vida desde la concepción como se hace en la Convención de los Derechos del niño,

la Declaración Universal de los Derechos Humanos y bajo la concepción general en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Los sistemas jurídicos de índole internacional han emanado diferentes interpretaciones sobre la protección del derecho a la vida a la luz de parámetros científicos que permitan identificar la exactitud de dicho punto con el fin de materializar la norma, sin embargo, frente a este tema existen diferentes posturas, lo que ha llevado a determinar que se debe crear una armonización de derechos con el fin de evitar que se elimine uno de los extremos.

Lo anterior se dejó por sentado en el presente escrito monográfico al evidenciar el análisis hermenéutico que los altos tribunales como el europeo y en Estados Unidos han dado al aborto y la protección de la vida en gestación cuyo resultado es en el caso de EEUU la anulación 50 años después del fallo que permitió el aborto con fundamento en la Constitución del país al determinar que no se encuentra en la misma el derecho al aborto, en donde se deja en manos de los representantes la decisión de crear dicho postulado normativo.

De igual forma el tribunal europeo determinó que al no contar con unanimidad en estudios científicos sobre el comienzo exacto de la vida, deja en manos de los estados europeos la autodeterminación legislativa en pro o en contra del aborto sin que se elimine algún tipo de derecho, aduciéndose que no endilga responsabilidad como en el caso de Irlanda a aquellos países que cuenten con medidas de tipo penal que protegen la vida en gestación.

Por su parte en el SIDH se trajo a colación el caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica en el cual bajo los diferentes enfoques de interpretación la Corte considera que en cuanto al artículo 4.1 de la Convención y la expresión “en general” se debe interpretar como una protección gradual e incremental y no es de carácter absoluto.

Decantado el recorrido por las fuentes del derecho que de alguna u otra manera se relacionan con el problema jurídico planteado, se denota que la despenalización del aborto en Colombia según la sentencia C-055 de 2022 entra en contraposición con lo estipulado en la Convención Americana de Derechos Humanos al establecer las causales de permisión del aborto como regla general y deja pequeño margen en el cual se protege a la vida en gestación.

Pues se reitera que se protege el derecho al aborto hasta la semana 24 en su totalidad, eliminando la protección del derecho a la vida en gestación y por otra parte desde esta semana hasta el nacimiento se entiende protegido el derecho a la vida con las excepciones estipuladas en la C 355 de 2006. De acuerdo a ello se evidencia que a la luz del numeral primero del artículo 4 de la Convención y con base en los enfoques de interpretación no se da una regla general y por tanto, tampoco una protección gradual, sino que por el contrario se elimina del sistema penal colombiano la protección de la vida en gestación.

Referencias

Alvarez, S. (2015, Pág. 10). A, B y C v. Irlanda: el derecho al aborto en Europa. *Discusiones XVII*. Recuperado el 2023, de file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/a-b-y-c-v-irlanda-el-derecho-al-aborto-en-europa-1048595.pdf

BBC News Mundo . (2018). ¿Cuál fue el primer país del mundo en legalizar el aborto y por qué lo hizo? *BBC News Mundo* . Recuperado el 2023, de https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-44259569

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2022). Sentencia C-055. Magistrados sustanciadores Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos. https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/C-055-22.htm

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2016). Sentencia C-327. Magistrado Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado. https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-327-16.htm

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (2006). Sentencia C-355. Magistrados Ponentes Jaime Araújo Rentería Y Clara Inés Vargas Hernández. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm

Corte Constitucional de Colombia. (1999). Sentencia T-444. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-444-99.htm

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. (1998). Sentencia C-400. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-400-98.htm

Corte IDH. (1978). *Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Obtenido de https://www.google.com/search?q=DRECHOS+HUMANOS+SAN+JS%C3%89&oq=DRECHOS+HUMANOS+SAN+JS%C3%89&aqs=chrome..69i57j0i22i30i625l6j0i22i30j0i22i30i625l2.3608j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8

Corte IDH. (26 de Septiembre de 2006). *Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* . Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Davis Mattar, L. (junio de 2008). *Reconocimiento jurídico de los derechos sexuales – un análisis comparativo con los derechos reproductivos.* Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/tablas/R21095.pdf

Engels, F. (1884). *El origen del estado, la familia y la propiedad privada.* Editorial Akal.

Giraldo, Ä. J. (2012). *Metodología y Tecnica de la Investigacioón Jurídica.* Ediciones Unibagué. Recuperado el 2023, de https://repositorio.unibague.edu.co/server/api/core/bitstreams/b271871c-e261-40e9-8bf6-1c57166af5cf/content

Infobae. (06 de julio de 2022). *Iván Duque asegura que "no existe un derecho al aborto".* Obtenido de https://www.infobae.com/america/colombia/2022/07/07/ivan-duque-asegura-que-no-existe-un-derecho-al-aborto/

Martínez, A. (s.f.). *Constitucionalismo y Convencionalismo.* Chiapas.

Molina, C., & Roldán, S. (diciembre de 2006). *La distancia entre el discurso jurídico y la práctica del aborto en Colombia.* Obtenido de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302006000200001

Nash, C. (s.f.). *Cuadernillo de jusriisprudenica de la Corte Interamericana de Derechos.* Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf

Organizacion de Estados Americanos, OEA. (2016). *Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Obtenido de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_coleccionondebolsillo_10_convencion_americana_ddhh.pdf

Organización de Estados Americanos. (2023). *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.* Obtenido de https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/mandato/basicos/reglamentocidh.asp#:~:text=La%20Comisi%C3%B3n%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos%20es%20un%20%C3%B3rgano%20aut%C3%B3nomo,la%20Organizaci%C3%B3n%20en%20esta%20materia

Organización de Estados Americanos. (s.f.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos* . Obtenido de http://relapt.usta.edu.co/images/1969-Convencion-Americana-sobre-Derechos-Humanos.pdf

Organización de Naciones Unidos, ONU. (23 de mayo de 1969). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.* Obtenido de https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf

Organizacion de Naciones Unidad, ONU. (s.f.). *Declaración Universal de Derechos Humanos* . Obtenido de https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Organización de Estados Americanos, OEA, Convención Americana de Derechos Humanos, Art. 12. Recuperado el 2023, de http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm

Red de Salud de las mujeres Latinoamericanas y el Caribe RSMLAC. (Pág. 35). *El largo camino de la RSMLAC en la Defensa de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos.* Recuperado el 2023, de https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://derechosdelamujer.org/wp-content/uploads/2017/07/Largo-camino-RSMLAC.pdf&ved=2ahUKEwi9kt6U0tb-AhV5RTABHdp3DIA4ChAWegQICBAB&usg=AOvVaw0X-CzQvkg0IDIttiNwuaO6

Secondat, C., Brede, S., & Montesquieu, B. (s.f.). *El espíritu de las leyes.* Obtenido de https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/esl_espiritu_de_las_leyes_montesquieu_31000000630.pdf

Soriano, M. P. (2022, párr. 4). Dobbs v. Jackson Women's Health Organization: el triunfo del originalismo (Parte I). *Revista Hay Derecho*. Recuperado el 2023, de https://www.hayderecho.com/2022/07/13/dobbs-v-jackson-womens-health-organization-el-triunfo-del-originalismo-parte-i/