

DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN COLOMBIA EN LOS CASOS DONDE FALLAN LOS MÉTODOS ANTICONCEPTIVOS HORMONALES, MECÁNICOS Y QUIRÚRGICOS SUMINISTRADOS POR EL ESTADO O POR UN PARTICULAR QUE PRESTE EL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

Claudia Vanessa Bravo Ramírez¹

Anamaría Bustos Burbano²

Angie Valentina Garcés Hernández³

Fecha de recepción: 13 de agosto de 2021.

Fecha de aceptación: 10 de octubre de 2021.

Referencia: Bravo, C., Bustos, A., Garcés, A. (2021). Despenalización del aborto en Colombia en los casos donde fallan los métodos anticonceptivos hormonales, mecánicos y quirúrgicos suministrados por el Estado o por un particular que preste el servicio público de salud. *Revista Científica Codex*, 7(13), 84-115.

RESUMEN

En el año 2006 la Corte Constitucional reconoció el derecho fundamental a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE) en tres circunstancias extremas. Pese al tiempo transcurrido desde entonces⁴, el Estado ha hecho caso omiso a las necesidades y dificultades que diariamente enfrentan las mujeres y que requieren la ampliación de garantías de

-
1. Abogada de la Universidad de Nariño. Especialista en derecho de los negocios. Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: c.vanessabravor@outlook.com
 2. Abogada de la Universidad de Nariño. Especialista en DDHH y DIH. Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: anamariab.burbano@gmail.com
 3. Abogada de la Universidad de Nariño. Estudiante de especialización en derecho de los negocios. Universidad Externado de Colombia.
 4. La presente investigación fue culminada en el año 2020.

acceso a la IVE. Una de las principales problemáticas es que, a pesar de asumir responsablemente la planificación familiar, los métodos anticonceptivos suministrados por el Estado mediante los servicios de salud no son cien por ciento efectivos, lo que puede envolver a la mujer en dos escenarios desfavorables: por una parte, el asumir una maternidad forzada, y por otra, el recurrir al aborto en condiciones inseguras, poniendo en riesgo su integridad e incluso su vida.

Por tal motivo, entendiendo que los derechos humanos se rigen por el principio de progresividad, el presente artículo concluye que es viable que en el ordenamiento jurídico se ampare la situación mencionada, bajo la inclusión de una cuarta causal que permita el acceso a la IVE en condiciones legales y seguras cuando fallen los métodos anticonceptivos hormonales, mecánicos y quirúrgicos, reconociendo con ello la maternidad voluntaria, respetando su decisión de no procrear y reivindicando a la mujer como sujeto de derechos, sin que asuman cargas probatorias desproporcionadas. Para alcanzar tal fin, se realizó un estudio de carácter descriptivo con un enfoque crítico social.

Palabras clave: interrupción voluntaria del embarazo, maternidad voluntaria, falla en métodos anticonceptivos, responsabilidad estatal, derechos sexuales y reproductivos.

ABSTRACT

In the year 2006 the Constitutional Court recognized the fundamental right to Voluntary Interruption of Pregnancy (VIP) in three extreme circumstances. Despite the elapsed time since the decision, the State has neglected the needs and difficulties faced by women day to day and which require a widening of guarantees for accessing VIP. One of the main problems is that, in spite of assuming a responsible family planning, contraceptive methods supplied by the State through health services are not a hundred percent effective, situation that can engulf a woman in two unfavorable scenarios. On one hand, to assume a forced maternity, and on the other, appeal to abortion in unsafe conditions, placing her integrity at jeopardy, or even her life.

Thus, taking into account that human rights adhere to the progressivity principle, this paper claims that said situation finds shelter within the legal system without women being required to present excessive evidence on their behalf, under the inclusion of a fourth case which grants women access to VIP under legal and safe conditions, respects their

decision not to procreate, recognizes voluntary maternity and vindicates the role of the woman as bearer of rights. To achieve this goal, a descriptive study was carried out with a critical social approach.

Key Words: voluntary pregnancy interruption, voluntary motherhood, wrongful conception, state responsibility, sexual and reproductive rights.

INTRODUCCIÓN

Históricamente, las mujeres han hecho parte de un grupo socialmente relegado y se han visto en la obligación de llevar a cabo continuas luchas con el propósito de que les sean reivindicados sus derechos y libertades. Entre las más extenuantes se encuentra aquella relacionada con sus derechos sexuales y reproductivos, enfrentándose a una sociedad que constantemente pretende ejercer control sobre las decisiones en torno a su cuerpo. Es por ello que sus exigencias de justicia social se han mantenido, propiciando que, en virtud del reconocimiento pleno de su existencia, los Estados asuman compromisos en aras de garantizarlos. Sin embargo, asuntos como la Interrupción Voluntaria del Embarazo aún siguen despertando exacerbadas discusiones.

En la actualidad, mucho y poco se ha dicho sobre el aborto y, si bien, no es una práctica actual, se ha ido reconociendo como derecho gracias al continuo avance proveniente del ámbito internacional en materia de derechos humanos, al cual las mujeres pueden acceder de manera legal y segura en razón de su autonomía sexual y reproductiva. Siendo conscientes de ello y de que penalizar la IVE transgrede otras garantías, algunos Estados han adaptado sus ordenamientos, permitiendo el acceso al aborto sin restricción alguna, mientras que otros, aún inmersos en prejuicios morales, han logrado su reglamentación bajo un esquema de causales excepcionales (BBC News Mundo, 2018).

En el caso de Colombia, desde el año 2006 la IVE fue reconocida como un derecho fundamental en tres situaciones extremas, en donde se exige que la mujer demuestre efectivamente estar inmersa en una de ellas y por tanto ser “merecedora” de acceder a la IVE de manera legal y segura (Corte Constitucional, Sala Plena, C-355, 20016). Desde entonces, el Estado no ha avanzado en la ampliación de sus garantías, y como consecuencia, aquellas cuya situación no encuentra amparo dentro de las causales existentes, deben recurrir a la práctica de abor-

tos clandestinos. Tal es el caso de las mujeres que, a través del sistema de salud, acceden a métodos de planificación familiar hormonales, mecánicos y quirúrgicos, quienes, a pesar de asumir todas las medidas humanamente posibles para no procrear, se ven afectadas por la falla del método y deben replantear su proyecto de vida en función de un embarazo no deseado.

En ese sentido, la presente investigación propone analizar la viabilidad jurídica de la despenalización del aborto en los casos en que fallan los métodos de planificación familiar hormonales, mecánicos y quirúrgicos, suministrados por el Estado o por un particular que preste el servicio público de salud, con la cual la carga probatoria no recaería en la mujer, sino en el sistema de salud que hace seguimiento a todo lo relacionado con la mujer y el método anticonceptivo. Para ello, se desarrolla una investigación de alcance descriptivo, inmersa en el paradigma cualitativo de la investigación con un enfoque crítico social. Así mismo, valiéndose del método deductivo, se adelanta un trabajo de gabinete, consistente en la revisión de distintas fuentes de derecho nacional e internacional.

Para dar respuesta al objetivo propuesto, el presente artículo se desarrolla en tres secciones. La primera abarca la evolución que ha tenido la IVE como derecho humano en el plano internacional y su reconocimiento dentro de algunos ordenamientos jurídicos del continente americano. La segunda, parte de las obligaciones del Estado colombiano en materia de salud sexual y reproductiva, centrándose en aquellas derivadas de los métodos de planificación familiar a cargo del sistema de salud. Finalmente, tras el estudio detallado de la situación actual de la IVE en el país, se exponen los argumentos que respaldan la implementación de una cuarta causal que permita acceder al aborto de manera legal y segura, con la cual se incrementen las garantías en materia de derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

1. EVOLUCIÓN Y RECONOCIMIENTO DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: UNA VISIÓN DESDE EL ÁMBITO INTERNACIONAL

A lo largo de las últimas décadas, importantes avances se han implementado en el plano internacional a raíz del constante deseo de materializar y hacer efectivos los derechos de las mujeres. Conferencias internacionales como la Conferencia Mundial de Derechos Humanos,

celebrada por Naciones Unidas en Viena en el año 1993, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo en 1994 y la Cuarta Conferencia Internacional de la Mujer de Beijing de 1995, fueron escenarios donde se reconoció el derecho de la población femenina a decidir sobre su propio cuerpo. Por primera vez se incluyó la salud sexual y reproductiva dentro de los derechos humanos a ser protegidos por parte de los Estados, estableciendo que los derechos reproductivos se fundamentan 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 momento de tenerlos” (Ministerio de Salud y Protección Social, s.f.a, s.p.), así como el disponer de la información y de los medios necesarios para ello, en aras de alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. Asimismo, se estableció que esta última, implica un estado general de bienestar físico, mental y social, que entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos (Organización de Naciones Unidas [ONU], 1994).

En estos postulados se incluye, además, el derecho de todas las mujeres a “adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones, ni violencia” (ONU, 1994, p. 37), aduciendo que, si bien los derechos sexuales y reproductivos comienzan en el entorno individual de cada persona, es al Estado a quien le corresponde garantizar su ejercicio y respeto (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [FNUI], 2016). En concordancia con ello, en el Sistema Interamericano, con la Convención de Belém do Pará, se estableció que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros, “el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación” (Organización de los Estados Americanos [OEA], 1994).

De esa manera, uno de los puntos más importantes de la agenda de los derechos sexuales y reproductivos es la Interrupción Voluntaria del Embarazo o aborto inducido, entendido como un procedimiento que permite finalizar un embarazo a través de métodos quirúrgicos o farmacológicos (Departamento de Salud del Gobierno Vasco, 2018), cuando la mujer así lo decide. Dicho procedimiento debe realizarse en condiciones de higiene y salubridad, que garanticen, no solamente el

derecho a la salud, sino también su vida e integridad física y mental, con el fin de propender por el respeto a la mujer gestante de tomar decisiones sobre su propio cuerpo, dando cabida a reconocer que “el acceso al aborto legal y seguro resulta esencial para el ejercicio efectivo de los derechos humanos de las mujeres”⁵ (Human Rights Watch [HRW], 2005, p. 13) (Subrayado fuera del texto original).

En ese sentido, se han establecido estándares sobre reconocimiento, acceso y protección del aborto, considerando que encuentra respaldo en las garantías a la integridad física y mental, a no sufrir un trato cruel, inhumano o degradante, la dignidad, la privacidad y la vida familiar, a la salud, igualdad y a vivir una vida libre de discriminación (Centro de Derechos Reproductivos, 2010). Así, se trata de un derecho humano reconocido en diferentes pronunciamientos realizados por los Comités de Naciones Unidas, especialmente por el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, al ejercer sus funciones como organismos de interpretación del contenido de las disposiciones de derechos humanos y del PIDESC, respectivamente. Dentro de los referidos pronunciamientos, se destaca la Observación General número 22 expedida por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (2016), en la cual se manifiesta que:

la realización del derecho de las mujeres a la salud sexual y reproductiva es esencial para el desarrollo y ejercicio de todos sus derechos humanos. El derecho de las mujeres a la salud sexual y reproductiva es imprescindible para su autonomía y su derecho a adoptar decisiones significativas sobre su vida y salud (s.p.).

En el mismo sentido, la Observación General No. 36, emitida por el Comité de Derechos Humanos (2018), señala el acceso al aborto seguro como un elemento fundamental para proteger la vida y la salud de las mujeres embarazadas.

Tales manifestaciones han sido aplaudidas y ratificadas por entidades como el Centro de Derechos Reproductivos (2018), quien considera que la Observación General No. 36, otorga un fuerte apoyo para la defensa, litigios e investigación que define el aborto como un derecho fundamental, y que los servicios de salud reproductiva, incluido el

5. Texto original: legal and safe abortion is vitally important to women's exercise of their human rights.

aborto, son necesarios para garantizar el derecho a la vida, la salud, la privacidad y la no discriminación de las mujeres y niñas.

Por otra parte, según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OACNUDH] (s.f.), el derecho internacional de los Derechos Humanos genera unas obligaciones que los Estados deben respetar al ser partes de los tratados internacionales, debiendo adoptar medidas positivas para facilitar su disfrute y absteniéndose de interferir en el ejercicio o limitar su desarrollo. Por tanto, cuando los Estados no cumplen con dichas obligaciones internacionales, se generan efectos perjudiciales que afectan el desarrollo efectivo de estos derechos. En el caso de los derechos sexuales y reproductivos, esos efectos perjudiciales causados por la limitación o impedimento de su ejercicio se hacen evidentes cuando los Estados convierten los servicios de aborto en inaccesibles para las mujeres que los necesitan, vulnerando con ello todos los derechos derivados. Como consecuencia, las mujeres, inmersas en una situación de angustia e incertidumbre, recurren a la clandestinidad, a métodos inseguros y a la práctica de abortos en entornos que se caracterizan por la ausencia total de estándares médicos y personal calificado, sufriendo daños irreversibles en su salud, daños que en muchas ocasiones terminan con la muerte de la mujer embarazada.

Al respecto, la Organización Mundial de la Salud [OMS] (2017), manifestó que

en los países donde el aborto estaba completamente prohibido o se permitía únicamente para salvar la vida de la mujer o preservar su salud física, tan solo 1 de cada 4 abortos fue seguro; por el contrario, en los países donde el aborto era legal en supuestos más amplios, 9 de cada 10 abortos se realizó de manera segura, siendo evidente que restringir el acceso al aborto no reduce el número de estos⁶ (s.p.).

Igualmente, organizaciones civiles como Alianza por la Solidaridad (2017), denuncian que “cada año 44 millones de mujeres deciden de manera voluntaria interrumpir su embarazo... de ellas 47.000 muer-

6. Texto original: in countries where abortion is completely banned or permitted only to save the woman's life or preserve her physical health, only 1 in 4 abortions were safe; whereas, in countries where abortion is legal on broader grounds, nearly 9 in 10 abortions were done safely. Restricting access to abortions does not reduce the number of abortions.

ren por abortos inseguros y otras cinco millones sufren lesiones graves” (s.p.), lo que visibiliza el impacto negativo que tienen las leyes que restringen el aborto, desencadenando una causa de muerte evitable. Tan solo en América Latina las víctimas de abortos inseguros alcanzan la cifra del 24 % del total de muertes relacionadas con embarazos y partos (Alianza por la Solidaridad, 2017).

En ese entendido y ante la preocupación por las altas tasas de mortalidad, el acceso al aborto seguro como un derecho, ha sido objeto de llamados de atención por parte de los comités de interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos (Singh, Remez, Sedgh, Kwok, & Onda, 2018), quienes comparten la postura de que “las restricciones legales al aborto tienen un impacto devastador sobre el derecho a la vida de las mujeres” (HRW, 2005, p. 7).⁷ (Subrayado fuera del texto original). Las legislaciones que prohíben y penalizan el aborto en todas circunstancias han recibido fuertes críticas, exhortando a los Estados para que, de conformidad con la recomendación No. 24 de la CEDAW, hagan una revisión de sus legislaciones y eliminen los castigos a mujeres que se someten a abortos (HRW, 2005).

Específicamente en el continente americano, existen marcos normativos que van desde la despenalización hasta la prohibición absoluta del aborto. Países como Canadá, Estados Unidos, Cuba, Guyana, México y Uruguay han legalizado totalmente el aborto, mientras que países como El Salvador, Honduras, Nicaragua y República Dominicana, se encuentran al otro lado de la balanza, prohibiéndolo de manera absoluta (Chiapparrone, 2018). Sin embargo, el porcentaje más alto en la región se encuentra conformado por países como Colombia, que han adoptado un sistema de despenalización parcial y por causales.

Bajo el precepto de acatar el cumplimiento de obligaciones internacionales y disminuir la transgresión de garantías fundamentales, algunos países del continente americano han desarrollado grandes avances respecto a los derechos sexuales y reproductivos, creando fuertes antecedentes jurisprudenciales y legales que permiten proteger el derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo. El primer país en la región en tener amparado el procedimiento de la IVE fue Cuba, quien desde 1965 lo implementó por vía legal ante el alarmante número de

7. Texto original: restrictive abortion laws can have a devastating impact on the right to life.

muertes provocadas por abortos clandestinos. El caso de Cuba supone gran importancia debido a que el Código Penal establece que el aborto es un delito únicamente “a) cuando se comete por lucro; b) se realiza fuera de las instituciones oficiales; c) se realiza por persona que no es médico” (Ley 62, 1987, art. 267.2) o “en contra de la voluntad expresa [de la mujer]” (Ley 62, 1987, art. 159.1). Para la sociedad cubana, la IVE se configura como un derecho básico e indiscutible de la mujer, y la garantía de su ejercicio significa para el Estado el compromiso de este en pro del desarrollo de un conjunto de derechos, como son el derecho a la vida, la salud y en especial los derechos sexuales y reproductivos.

Por su parte, Estados Unidos, mediante el caso *Roe vs. Wade* (Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, 410 U.S. 113, 1973), creó el fundamento jurisprudencial para la lucha por la despenalización del aborto, centrándose en que el derecho a la intimidad de las mujeres incluye la decisión de abortar o no hacerlo, teniendo como base la libertad de elección personal. Asimismo, concluyó que el gobierno no puede interferir en ciertas decisiones personales como la de procrear, y que esta decisión merece el mayor nivel de protección constitucional. En el pronunciamiento, la Corte Suprema también manifestó que el perjuicio que el Estado causa sobre la mujer al negarle la posibilidad de decidir es evidente, dado que la maternidad no deseada puede desencadenar en una vida angustiada, donde la salud física y mental se ven gravadas con el cuidado infantil.

Siguiendo esta corriente, Canadá con el caso *Morgentaler* en 1988, pasó de ser un país con sistema de causales a tener una despenalización absoluta, fundamentada en que el permitir la interrupción del embarazo para unos casos y prohibirla para otros es inconstitucional, puesto que limita la libertad y pone en manos de terceros una decisión personal como lo es el abortar o no hacerlo. Ante esta situación, el Alto Tribunal canadiense determinó que obligar a llevar a término la gestación con amenaza de sanciones, implica una intrusión profunda en el cuerpo de las mujeres y viola así el derecho a la seguridad personal, siendo que un Estado Libre y Democrático no debe aprobar las decisiones de las personas, sino que debe respetarlas, incluyendo la de poner fin a un embarazo, pues ello refleja de manera profunda la forma en que una mujer se piensa a sí misma con relación a los otros y a la

sociedad (Corte Suprema de Canada, 1988, como se citó en Petrone & Ramallo, 2008).

A su vez, México cuenta con una legislación del aborto en cada uno de sus Estados. La Ciudad de México y el Estado de Oaxaca son los únicos que consagran en su legislación la causal de libre decisión de la mujer, cuyo argumento central de legalidad se ha desarrollado desde la década de los 70's a través de los movimientos feministas mexicanos, los cuales acogieron el término maternidad voluntaria como eje central del derecho a la IVE. Con base en este concepto, se estructura la idea de que la maternidad no puede ocurrir en contra de la voluntad de la mujer gestante, reconociendo la existencia de su libertad reproductiva como un intento de compensar la injusticia social que las mujeres han sufrido por el desconocimiento de sus derechos en un país donde el aborto es un asunto de justicia, salud pública y aspiración democrática (Lamas, 2009).

Atendiendo a la magnitud de muertes por abortos registradas y reconociendo que el Estado es quien debe “garantizar el derecho a la procreación consciente y responsable, el valor social de la maternidad y tutela de la vida humana” (Ley 18.987, 2012, art. 1), y que es el encargado de promover el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos, la Asamblea General de la República de Uruguay, profirió la ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, la cual permite que una mujer aborte dentro de las doce primeras semanas, salvo las siguientes excepciones: si el embarazo es resultado de una violación, en cuyo caso el plazo para abortar se extiende a 14 semanas; y cuando hay malformaciones en el feto y cuando hay riesgo grave para la salud, en cuyo caso no hay semana límite de gestación (Ley 18.987, 2012). Lo esencial de este modelo de despenalización, radica en que no limita a la mujer a invocar una causal para poder decidir si continuar o no con su embarazo y en el seguimiento por parte de personal calificado durante todo el proceso. Por lo anterior, los resultados positivos del modelo uruguayo de despenalización total de la IVE, son reconocidos a nivel mundial, siendo el “segundo país con menos mortalidad materna en América al registrar 14 muertes cada 100 mujeres, aventajado solo por Canadá, que tiene 11 cada 100” (Verdile, 2018, s.p.).

Finalmente, la Corte Constitucional colombiana, mediante Sentencia C-355, despenalizó el aborto en 3 presupuestos:

(i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, 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 no consentidas o de incesto (Corte Constitucional, Sala Plena, C-355, 2006).

Haciendo un ejercicio de ponderación entre el deber de protección de la vida que está por nacer y los derechos fundamentales de la mujer embarazada, la Corte Constitucional reconoció que el Estado tiene el deber de respetar y garantizar a la mujer el derecho fundamental de tomar decisiones libres e informadas sobre su propio cuerpo y que un ordenamiento jurídico que penaliza el aborto en todas las circunstancias anula a la mujer gestante como sujeto de derechos, reduciéndola a un mero receptáculo de la vida en gestación. Es decir, el ejercicio de ponderación permite entrever a la penalización absoluta como una medida desproporcionada.

De esta manera, se evidencia cómo a lo largo del continente americano existen avances respecto a la consagración y garantía de la IVE como un derecho sexual y reproductivo, donde su legalidad significa una disminución en las tasas de mortalidad materna y un compromiso con los pronunciamientos internacionales en materia de derechos humanos. Esto incrementa la efectivización de los derechos sexuales y reproductivos, al reconocer que el procrear o no hacerlo constituye una decisión que se ubica en la esfera íntima de la mujer y en el poder asumir su cuerpo como propio, anteponiendo su voluntad y el deber de los Estados de respetar y no imponer cargas desproporcionadas como la penalización.

2. MUJER, PLANIFICACIÓN FAMILIAR Y RESPONSABILIDAD ESTATAL

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 Colombia se transformó en un Estado Social de Derecho, convirtiéndose en el máximo garante de los derechos que hacen parte de la Carta y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, conforme lo

establecido en el artículo 93 superior⁸. Dentro de esas garantías fundamentales se encuentra la salud como un derecho y servicio público a cargo del Estado, la cual, conforme lo establecido en el artículo segundo de la Ley 1751 de 2015 “comprende el acceso a los servicios de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud” (Ley 1751, 2015, art. 2), y es el Estado, como máximo responsable de respetar, proteger y permitir el goce efectivo de los derechos de todos sus asociados, quien debe adoptar medidas encaminadas a materializar su cumplimiento.

Cabe resaltar que el derecho a la salud no debe y no puede entenderse únicamente en el sentido estricto de evitar o curar una enfermedad, sino en “garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación” (Constitución Política de Colombia [Const.], 1991, art. 49), abarcando también la salud sexual y reproductiva en conjunto con todo lo que ello enmarca: prevención, atención, educación sexual, goce, libertad de identidad y género, conformación de una familia y demás. En función de lo anterior, los derechos sexuales y reproductivos, incluyendo la planificación familiar, se encuentran ligados directamente con el derecho a la salud como derecho prestacional a cargo del Estado, sin discriminar si la entidad prestadora corresponde al sector público o privado. Dichos métodos de planificación familiar, también conocidos como métodos anticonceptivos, comprenden medicamentos, técnicas y dispositivos utilizados para prevenir el embarazo, pudiendo ser utilizados tanto por hombres como mujeres, dependiendo ello del método en sí, y siendo naturales (ritmo, temperatura basal, moco cervical, coito interrumpido, sintotérmico y lactancia prolongada), de barrera (condón, diafragma y espermicidas), mecánicos (dispositivo intrauterino), hormonales (anticonceptivos orales, inyectables, implantes subdérmicos de depósito) y quirúrgicos (ligadura de trompas y vasectomía) (Encolombia, s.f.).

Ahora bien, para efectos del presente análisis, es pertinente centrarse en un tipo específico de anticonceptivos de uso exclusivo de la mujer, los cuales se encuentran dentro del Plan de Beneficios en Salud, entendido como el “conjunto de servicios para la atención en salud que

8. Referente al bloque de constitucionalidad, que permite colocar en igual jerarquía de la constitución política, otras disposiciones como tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos.

todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene derecho” (Ministerio de Salud y Protección Social, 2014, p. 6) y pertenecen a la clase de métodos mecánicos, hormonales y quirúrgicos. Sobre ellos, las Entidades Prestadoras del Servicio de Salud realizan un seguimiento partiendo de una asesoría acorde a las necesidades y expectativas de la mujer, la elección y modo de uso, suministro, efectividad del método y controles periódicos trimestrales o semestrales encaminados a identificar efectos secundarios, adherencia, reforzar señales de alarma y hacer provisión efectiva, para dar continuidad al proceso de anticoncepción (Resolución 3280, 2018).

No obstante, pese a que la planificación familiar se asume como el medio que permite a las mujeres decidir el postergar ser madres o no serlo definitivamente, los anticonceptivos no son cien por ciento efectivos. Aunque esto llega a ser una verdad a voces, entidades gubernamentales como el Ministerio de Salud y Protección Social publican datos aduciendo que el porcentaje de error es mínimo (Ministerio de Salud y Protección Social, s.f.b), evadiendo la responsabilidad por suministrar mediante los servicios de salud, métodos que no son completamente seguros, sin explicar las razones por las que fallan, incluso culpando a las mujeres por usarlos inadecuadamente, obviando situaciones como las descubiertas actualmente, donde es posible que el cuerpo femenino rechace la planificación (Agencia Europa Press, 2019). Aunado a esto, al hacer uso de un método anticonceptivo, la mujer se ve inmersa en distintos eventos secundarios que perjudican su salud física y/o mental, los cuales van desde náuseas, aumento de peso, humor deprimido o alterado, migrañas, retención de líquidos, disminución del deseo sexual, incluso llegando a padecer cáncer de mama o trastornos tromboembólicos arteriales y venosos (Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios [AEMP] y Centro de Información de Medicamentos [CIMA], 2022).

Además de los controles y seguimientos, las mujeres que acceden a la planificación familiar son conscientes de que se enfrentan a métodos que no son totalmente efectivos y que conllevan en muchas ocasiones a perjuicios en su salud. No así, al ser este el único medio ofrecido por el sistema, la mujer accede a él de manera voluntaria en función de su autonomía y autodeterminación reproductiva, pero más allá de esto, la mujer que planifica diseña su propio proyecto de vida y desliga su

sexualidad de la reproducción, partiendo de la idea de que hace todo lo humanamente posible con un único propósito: el de no ser madre.

Empero, los embarazos no deseados se producen en su mayoría por dos situaciones: cuando la mujer está usando algún método anti-conceptivo y este falla, o cuando no recurre a ninguna práctica anti-conceptiva. Kosoy (2017) afirma que

más del 40% de los embarazos en el mundo son no planificados. En Latinoamérica, este número asciende al 58% y en mujeres jóvenes puede llegar, según la región, al 70% y continúa aumentando año a año. Lo llamativo es que la mayor parte de ellas se encontraban utilizando algún método anticonceptivo en el momento de quedar embarazadas, lo que hace más preocupante la situación (s.p.).

En otras palabras, los métodos fallan, y las mujeres que a raíz de ello quedan en estado de gestación no tienen ninguna otra opción que el asumir una maternidad forzada, ya que, en Colombia, con respecto a los embarazos no deseados, únicamente se permite su interrupción en las tres causales que ya se enunciaron, vulnerando de manera evidente derechos como la dignidad humana y obligando a la mujer a renunciar a la forma en que ellas mismas se conciben. Eso da lugar a que tengan que modificar su proyecto de vida, desconociendo un concepto del que poco se ha hablado, que es el de maternidad voluntaria. Con respecto al proyecto de vida, desarrollado dentro de la jurisprudencia colombiana como pieza integrante del derecho a la dignidad humana, este se ve afectado con la falla de los métodos de planificación, en tanto

es en el cuerpo de las mujeres donde tiene lugar la gestación y, aunque no debería ser así, son las principales responsables del cuidado y la crianza de los hijos e hijas, a lo que se añade el hecho de que han sido históricamente despojadas del control sobre su cuerpo y de la libertad sobre sus decisiones reproductivas por la familia, la sociedad y el Estado (Corte Constitucional, Sala de Revisión, T-732, 2009).

En igual sentido, lo anterior transgrede derechos conexos como la autonomía, autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad, omitiendo la exigencia de una sociedad democrática que desmitifique el tener hijos como un hecho natural y que exige un reordenamiento jurídico en el que las mujeres decidan si eligen o no esta opción (Lamas, 2010).

Pese a lo anterior, en el año 2016 el Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección “B”, Radicación: 81001233100020090005101, 2016) emitió un pronunciamiento innovador respecto al tema. El punto clave de la sentencia radica en la anticoncepción fallida, ya que encuentra responsable a la administración y la condena a reparar económicamente a una mujer que quedó embarazada, aun cuando se sometió de manera voluntaria a un tratamiento médico anticonceptivo. El daño antijurídico que genera la responsabilidad estatal por la falla en el servicio es la afectación del ejercicio informado de la libertad reproductiva y las repercusiones que ese hecho genera en el desenvolvimiento personal de la mujer.

Si bien, la condena no fue por la falla en el método de planificación ofrecido y aplicado a la accionante, sino más bien por la falta de información que suministró la entidad que prestó el servicio, la sentencia proferida constituye un antecedente, al establecer que el hecho de que un método de planificación falle, puede afectar el plan de vida y por ende la dignidad humana de la mujer que ha decidido voluntariamente planificar con el fin de no tener hijos, abriendo la posibilidad de responsabilizar al Estado por las fallas en los métodos anticonceptivos.

Así, se tiene que el Estado colombiano al obligar a la mujer gestante a continuar con un embarazo que se presume no planeado desde el momento en que accede a un método anticonceptivo, está incumpliendo con la obligación como Estado Social de Derecho de garantizar la salud y los derechos sexuales y reproductivos bajo los parámetros nacionales e internacionales. En función de ese incumplimiento cabe cuestionarse ¿quién asume la responsabilidad por un embarazo no deseado cuando el método anticonceptivo falla?

3. LA MATERNIDAD VOLUNTARIA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: AMPLIACIÓN DE GARANTÍAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

A pesar de asumir la planificación de manera consciente y someterse a las consecuencias que esta conlleva, es la mujer quien debe renunciar a su proyecto de vida y hacerse responsable por un error que no le corresponde, generando así una carga desproporcionada en materia de derechos sexuales y reproductivos como también en su autonomía y autodeterminación. En ese sentido, es incorrecto argumentar, como

se ha hecho desde que la Corte Constitucional despenalizó el aborto, que solamente se transgrede la dignidad humana cuando se trata de las tres causales, dejando de lado otras circunstancias en las que la mujer también se enfrenta a embarazos no deseados y/o no planificados que modifican su plan vital.

En relación con el acceso de las mujeres a una IVE oportuna y segura, la Corte Constitucional ha sido lo suficientemente enfática en establecer y determinar los eventos en que puede realizarse, “las condiciones para su ejercicio, y las obligaciones de las autoridades del Estado y de las entidades prestadoras de servicios de salud” (Dalén, Guzmán, & Molano, 2013, s.p.) (Subrayado fuera del texto original). Al existir esta regulación expresa, se restringe la posibilidad de interpretar e incorporar presupuestos adicionales dentro de las causales ya establecidas.

No obstante, de forma dogmática, se pretende que un embarazo no deseado sea interrumpido dentro del plano legal invocando la causal salud, con argumento en la existencia de una relación inherente entre el proyecto de vida y la salud mental, al exponer que en cualquier situación en donde la mujer se enfrenta a un embarazo no deseado se transgrede su proyecto de vida, cuya consecuencia directa es la afectación a su salud mental, derivando en trastornos de depresión y/o ansiedad, entre otros (Corte Constitucional, Sala Plena, SU-096, 2018). Uno de los aspectos que no consideran quienes sostienen esta postura, es que esta causal exige una carga probatoria asumida por la mujer que solicita la IVE, consistente en la certificación médica y/o psicológica donde conste que existe un daño o riesgo evidente a su salud (Corte constitucional, Sala Plena, C-355, 2006; Corte constitucional, Sala Plena, SU-096, 2018), sometiendo a la mujer a juicios de valor por parte de los profesionales de la salud, quienes, en muchas ocasiones, subestiman el detrimento que se genera en su bienestar a raíz de un embarazo no planificado (La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, 2019).

Claramente, dicho argumento no encuentra sustento al interior de los presupuestos desarrollados por la Corte Constitucional, debido a que en pronunciamientos internacionales y en distintos marcos normativos a lo largo del continente americano, se ha reconocido que la alteración del plan de vida no supone, en principio, una transgresión a la salud mental de la mujer, sino la vulneración de la dignidad huma-

na, “entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera)” (Corte Constitucional, Sala Septima de Revisión, T-881, 2002), la autodeterminación y los derechos sexuales y reproductivos como base de su existencia.

Por este motivo, las mujeres que deciden no aceptar las consecuencias derivadas de la falla en el método anticonceptivo, buscan el respeto y garantía de su decisión de no procrear, intentando acceder a la IVE en un ordenamiento jurídico donde su situación no se encuentra contemplada, viéndose obligadas a enfrentar dos panoramas nocivos: por una parte, el asumir una maternidad forzada y por otra, el recurrir a servicios clandestinos que ponen en inminente riesgo su salud y su vida, siendo parte de las 22 millones de mujeres en el mundo que se someten cada año a abortos practicados en condiciones de riesgo (Alianza por la Solidaridad, 2017), sumando la posibilidad de ser responsabilizadas penalmente por haber incurrido en el delito que contempla el artículo 122 del Código Penal.

Respecto de la penalización, la Corte Constitucional ha manifestado que el legislador puede “adoptar disposiciones de carácter penal que sancionen las conductas que amenacen o vulneren el bien jurídico protegido, ya sea un valor, principio o derecho fundamental, dicha potestad de configuración está sujeta a diversos límites constitucionales” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-355, 2006), siendo la dignidad humana el más importante de estos. Como consecuencia, el legislador al incorporar normas de carácter penal

no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear (Corte Constitucional, Sala Plena, C-355, 2006).

Aunque este argumento fue establecido por la Corte para dar paso a la legalidad de la IVE bajo el esquema de causales, no puede restringirse específicamente a las ya existentes, puesto que al analizar otras circunstancias, como la falla en el método anticonceptivo, se advierte un perjuicio en la decisión que la mujer realiza sobre su propio cuerpo

y la posibilidad de hacerlo de manera segura en el sistema de salud como expresión de su autonomía (Corte Constitucional, Sala Plena, C-088, 2020), teniendo como base la dignidad humana.

En igual sentido, al dar vía a las tres causales, la Corte enfatizó que tratándose de derechos fundamentales su interpretación no es estática, sino cambiante, y encuentra su orientación en el principio de maximización. En otras palabras, cuando se realiza una interpretación de los derechos humanos, prevalece aquella que resulta más protectora y que representa un menor sacrificio de otros derechos, sobre aquella que se torna restrictiva o que provoca una mayor trasgresión, situación que también encuentra amparo en el principio *pro homine* o *pro persona*. En este punto, también es importante recordar el principio de progresividad de todos los derechos humanos, los cuales deben permanecer en continua ampliación, siendo los Estados parte de los tratados internacionales los que asumen la obligación de adoptar los mecanismos para garantizar su desarrollo y abstenerse de implementar medidas regresivas frente a ellos.

Aunado a lo anterior, cuando la Corte profirió la sentencia de despenalización de la IVE por causales y condicionó el artículo 122 del Código Penal, “se limitó a comprender las circunstancias extremas en las cuales se presentaría una afectación desproporcionada de los derechos de la mujer al exigirle continuar con su embarazo” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-355, 2006) (subrayado fuera de texto original), sin embargo, dejó abierta la posibilidad de que el legislador avance en la determinación de otras causales que respeten los derechos mínimos que fueron reconocidos con la despenalización parcial y que no vulneren “el respeto de la mujer como sujeto digno que no puede ser instrumentalizado para fines reproductivos” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-355, 2006).

Ante este panorama, se hace necesario ampliar las garantías dentro del marco jurídico precisando que la discusión no gira en torno a determinar si la IVE es o no legal, sino en su maximización como derecho fundamental ya reconocido, el cual, bajo los parámetros del principio de progresividad, no puede permanecer únicamente en tres causales, sino que debe ir evolucionando conforme a las necesidades y problemáticas de la sociedad y sus individuos.

Hoy, catorce años después de la despenalización parcial del aborto y a pesar de que la IVE se ha reconocido como un derecho fundamental en unas circunstancias determinadas, esta se ha mantenido estática, sin considerar otras situaciones que ponen en riesgo y transgreden derechos inherentes a las mujeres. Adicionalmente, aunque en el plano internacional la Interrupción Voluntaria del Embarazo ha sido considerada como un derecho humano sin restricciones, dentro del ordenamiento jurídico interno se ha hecho caso omiso a la maximización de derechos, ya que hasta el momento el legislador no ha dado lugar a un debate y la Corte Constitucional ha preferido declararse inhibida, antes que dar un pronunciamiento de fondo que derive en la ampliación de garantías respecto de la IVE (Corte Constitucional, Sala Plena, C-088, 2020).

Así, cuando una mujer no es dueña de su cuerpo, tampoco lo es de sus decisiones ni de su vida (Beltrán, 1991), su existencia se disminuye al rol de la reproducción y se desconoce su calidad de sujeto de derechos dentro de un Estado Social y Democrático. Por lo tanto, el no permitir a la mujer practicarse la IVE de forma legal y segura debido a la falla en el método de planificación familiar al que accedió mediante los servicios de salud prestados por el Estado, conlleva una afectación a su autonomía y una coerción directa respecto de su decisión de no procrear. Si a las mujeres se les impide disponer de sí mismas, el Estado no puede pretender que se desarrollen en igualdad de condiciones en la sociedad ¿cómo podrían decidir en otros aspectos si ni siquiera pueden hacerlo sobre su propia vida y cómo quieren vivirla?

En este sentido, dar cabida a la implementación de una nueva causal que obedezca a la premisa de que es la mujer, y nadie por ella, quien debe decidir si continuar o no con su embarazo, denotaría la responsabilidad que tiene el Estado por ofrecer y suministrar mediante los servicios de salud, anticonceptivos que no son cien por ciento efectivos. Más allá de limitarse a resarcir económicamente un daño irreparable, debe enfocarse en una reestructuración del ordenamiento jurídico donde el Estado, al ser consciente del porcentaje de error, permita que la mujer, quien de manera voluntaria se sometió al método anticonceptivo, también de forma voluntaria decida si interrumpe o no su embarazo.

Por esta razón, la despenalización del aborto en los casos donde fallan los métodos de planificación familiar hormonales, mecánicos y quirúrgicos suministrados por el Estado o por un particular que presta el servicio público de salud, exige la formulación de una cuarta causal, justificada en el reconocimiento del derecho fundamental innominado a la maternidad voluntaria, ejercida de manera libre y responsable sin que sea impuesta o se trate de un castigo a la libertad sexual, eliminando así la idea de que el plan de vida de las mujeres debe estar encaminado a la obligación de ser madres y cuidadoras, trastocando “los roles heredados, a tal punto, que la maternidad se convierta en un proyecto intencional, reflexivo y autónomo, donde se recupere para la mujer el privilegio de dar vida, un proyecto de maternidad que incluya a la madre” (Goyes, 2011, pp. 49-50).

Encontrando respaldo en instrumentos internacionales, este derecho ha inspirado debates de despenalización del aborto en otros países, donde se ha entendido que las decisiones que inciden en la manera cómo la mujer se concibe a sí misma deben ser respetadas y protegidas por el Estado. En virtud de ello, las mujeres encuentran la posibilidad de reflexionar acerca de su propia vida y definir por sí mismas las oportunidades, peligros y prácticas en torno a la maternidad (Castilla, 2008).

Es de recalcar que, hasta el momento, la maternidad voluntaria no ha sido el argumento central del debate en torno a la despenalización de la IVE y tampoco se ha reconocido como un derecho positivo en el ordenamiento jurídico nacional. A pesar de ello, esta figura se ha desarrollado implícitamente en la jurisprudencia colombiana a partir de la aplicación de instrumentos internacionales, específicamente la CEDAW, al reconocer que cada persona tiene el derecho a elegir si desea o no procrear (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1981). Sin embargo, aun cuando su contenido está enmarcado dentro los presupuestos que abarcan los derechos sexuales y reproductivos, se torna imprescindible su reconocimiento como derecho autónomo que contiene en su núcleo esencial la libertad de la mujer de decidir el ser madre o no serlo. De este modo, existe una relación inherente con la dignidad humana, en tanto la maternidad influye de manera directa en el proyecto de vida de la mujer, y por consiguiente con sus derechos sexuales y reproductivos.

En relación con lo expuesto, diversas organizaciones de la sociedad civil han realizado pronunciamientos con la intención de que “ninguna mujer sea obligada a ser madre en contra de su voluntad, y para que bajo ninguna circunstancia se le violen sus derechos a la privacidad y a la intimidad” (Women’s Link Worldwide, 2020, s.p.). Del mismo modo, la Corte Constitucional en sentencia SU-096, hizo un llamado a superar las barreras que las mujeres enfrentan para acceder al aborto, lo cual implica que el país dé pleno cumplimiento a la protección internacional de los derechos de la mujer y no se limite única y exclusivamente a la ratificación de instrumentos internacionales que los reconocen (Corte Constitucional, Sala Plena, SU-096, 2018).

Con la adopción de una nueva Carta Política, la creación de la Corte Constitucional y la implementación de los instrumentos internacionales, se abrió un importante espacio de deliberación y compromiso en pro de la protección y defensa de los derechos de las mujeres (Cardona, Carrillo & Caycedo, 2019), quienes han “padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-355, 2006).

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T-274 resaltó que las mujeres pertenecen a un grupo social discriminado “y el reconocimiento de sus derechos ha sido producto de un proceso complejo de evolución social, política, legislativa y jurisprudencial” (Corte Constitucional, Sala Sexta de revisión, T- 274, 2015). El Tribunal ha desarrollado esta idea señalando que

aun cuando en la actualidad se reconoce la igualdad entre hombres y mujeres, para estas últimas el camino recorrido ha sido largo, al punto que solo hasta la Constitución de 1991 nuestro ordenamiento jurídico reconoció que la mujer no podía ser sometida a ninguna clase de discriminación (art. 43 CP) (Corte Constitucional, Sala Sexta de revisión, T- 274, 2015).

Ahora bien, esas desigualdades se exageran y ejercen diferencialmente en las mujeres, cuando en medio existen decisiones concernientes a su cuerpo, sexualidad y reproducción. Por esto, se requiere repensar su efectiva realización desde una perspectiva que amplíe y profundice la noción de libertad como parte de un verdadero compromiso del Estado con las obligaciones que se derivan de su papel de

máximo garante de derechos al interior del ordenamiento jurídico colombiano, en donde considerar ampliamente la noción de plan de vida de las mujeres a la hora de permitir la Interrupción Voluntaria del Embarazo se erige como imperativo.

Lo anterior supone que, en materia de derechos sexuales y reproductivos, el Estado debe tener en cuenta una dimensión positiva y otra negativa. En la primera, tiene la obligación de brindar medios necesarios para hacer efectiva la autodeterminación sexual y reproductiva, mientras que, en la segunda, la obligación radica en abstenerse de interferir en las decisiones sexuales y reproductivas. En ese entendido “el Estado no puede obligar a una persona a tener o no hijos, ni a desarrollar su sexualidad de una forma” (Corte Constitucional, Sala Novena de revisión, T-398, 2019) determinada.

Bajo estos postulados, es claro que el penalizar la IVE en los casos donde fallan los métodos de planificación hormonales, mecánicos y quirúrgicos, es una medida que no guarda proporción con el espíritu de la Carta Política y, por lo tanto, es viable implementar una nueva causal que permita la IVE en la situación planteada, con la cual no solo se reivindica el proyecto de vida de la mujer, sino también implica el reconocimiento de derechos innominados como lo es la maternidad voluntaria. Esto guarda coherencia, si se considera que Colombia es un Estado garantista, cuya base es el respeto por la dignidad humana y la prevalencia de una amplia lista de derechos inalienables a todos sus asociados, sobre los cuales, el texto constitucional también consagra los mecanismos efectivos para su protección, dejando abierta la posibilidad de incrementar el reconocimiento de derechos nuevos o innominados (Corte Constitucional, Sala Plena, C-355, 2006). Un aspecto para destacar acerca de la legalidad de una nueva causal, y en general de la IVE, es que su licitud no significa la obligación de abortar, por el contrario, otorga la posibilidad a las mujeres de elegir si desean continuar o interrumpir la gestación, sin ser criminalizadas ni poner en riesgo su vida e integridad.

3.1 Acceso a la IVE bajo el esquema de la nueva causal

Con el planteamiento de una cuarta causal para interrumpir el embarazo a partir de la falla de un método de planificación que ha tenido asesoría, suministro y seguimiento por parte del sistema de salud, se

genera un beneficio que no se encuentra consagrado dentro de las tres causales existentes, en las cuales el *onus probandi* sigue correspondiendo a la mujer, debiendo ser ella quien aporta la prueba que soporta su solicitud, ya sea la denuncia o concepto médico y/o psicológico (Ministerio de Salud y Protección Social, 2016), mientras que, la usuaria que decide practicarse la IVE bajo el esquema de la nueva causal no tendría que aportar prueba alguna, pues esta estaría consignada en su historia clínica (Resolución 1995, 1999), la cual se encuentra en manos del propio sistema (Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 839, 2007) que le ha prestado el servicio de planificación familiar.

Al ser la historia clínica un “documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran integral y cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención” (Resolución 1995, 1999) (subrayado fuera del texto original), el personal del sistema de salud “tiene la obligación de registrar en este documento sus observaciones, conceptos, decisiones y resultados de las acciones en salud desarrolladas” (Resolución 1995, 1999). En ese sentido, desde el momento en que las mujeres deciden hacer uso de un método anticonceptivo hormonal, mecánico o quirúrgico, mediante el sistema de salud, el o los profesionales que le brinden asesoría para elegir el método, que formulen la orden médica para el suministro y/o realicen los controles periódicos, tal como lo reglamenta la Resolución 3280 de 2018, deberán consignar en la historia clínica todo lo relacionado con la mujer y el método usado.

Es por esta razón que el expediente clínico debe tenerse como la prueba idónea en donde consta que la mujer ha cumplido con todos los deberes derivados de la planificación familiar, como son el informarse y elegir un método en las consultas por primera vez, el acudir en las fechas establecidas para que le suministren el método anticonceptivo y/o la solicitud y asistencia a las citas de control. Esta opción disminuye los obstáculos para acceder a la IVE, puesto que se trata de una prueba que no admite interpretación y no contiene juicios de valor de un tercero.

No obstante, pese a que ha sido reconocido como derecho fundamental, el aborto continúa siendo un tema bastante controversial⁹, motivo por el cual las instituciones y/o el personal de la salud, en muchas ocasiones adoptan prejuicios que se convierten en una barrera de acceso frente a la IVE (Corte Constitucional, Sala Plena, SU-096, 2018); lo que conlleva a que las mujeres deban recurrir a instancias judiciales y/o administrativas que protejan y hagan efectivo su derecho.

Para el caso en concreto, como la prueba idónea es la historia clínica que se encuentra en guarda de los proveedores del servicio de salud, en caso que se impida el acceso a la IVE y que la mujer deba recurrir a mecanismos de protección de derechos para lograr su reconocimiento, se aplicaría la carga dinámica de la prueba, entendida como la redistribución probatoria, en donde quien debe aportar la prueba es quien ostenta la mejor posición por su cercanía con el material probatorio, por tenerlo en su poder, haber intervenido en los hechos que dan lugar al litigio o estar en mayor favorabilidad para hacerlo (Código General del Proceso, 2012), relevando así a la usuaria del sistema de aportar material que soporte su derecho.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, al acoger dentro del ordenamiento jurídico los presupuestos de esta nueva causal, tratándose de la IVE, el Estado por primera vez asumiría un compromiso real con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres dentro del territorio colombiano, pues no sólo permitiría la ampliación de garantías, sino también implicaría una disminución en los obstáculos e impedimentos de acceso que las mujeres normalmente encuentran al no estar incluidas dentro de las tres causales que ya existen, aún más si se considera la responsabilidad y seriedad que las mujeres asumen cuando deciden hacer uso de un método anticonceptivo.

Por consiguiente, el implementar una cuarta causal que despenalice el aborto en los casos donde fallan los métodos de planificación hormonales, mecánicos y quirúrgicos suministrados por el Estado o por un particular que presta el servicio público de salud, a los cuales el sistema realiza un seguimiento en cuanto a su aplicación, continuidad

9. Concepciones morales, religiosas y conservadoras se siguen imponiendo en la sociedad colombiana, llevando a que los debates jurídicos se vean exacerbados por los ánimos de ciertos sectores de la sociedad que se niegan a reconocer al aborto como un derecho fundamental y a la mujer como un sujeto pleno de derechos que puede decidir sobre su cuerpo y vida, sin la intervención de terceros.

de uso y efectividad, constituye un avance en la construcción de un Estado Social y Democrático de Derecho pleno e incluyente, que reivindica a la mujer como un individuo autónomo, reconoce sus derechos y de igual manera la potestad que tiene para tomar decisiones sobre su cuerpo y el rumbo de su vida. Con todo, lo que se busca es que ninguna mujer sea sancionada por elegir libremente sobre sí misma.

Si bien, el aborto en un futuro debe ser legal bajo cualquier causal tal como lo consagran otras legislaciones, debido a que su penalización afecta, restringe y vulnera derechos humanos contenidos en leyes, jurisprudencia e instrumentos internacionales, el reconocer el acceso a la IVE a las mujeres que someten su cuerpo a hormonas, implantes y/o procedimientos con el único propósito de no ser madres, y que asumen los efectos secundarios que estos ocasionan, constituye un paso más en la materialización efectiva de la autonomía y autodeterminación y por consiguiente de los derechos sexuales y reproductivos y la maternidad elegida, permitiendo que las mujeres sean dueñas absolutas de su vida, su cuerpo y sus decisiones.

CONCLUSIONES

Existe un reconocimiento en el plano internacional de los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos, incluyendo en ellos la IVE, dando pie a que organismos internacionales requieran a los Estados para que estos, en el ámbito de su competencia, modifiquen sus legislaciones y amplíen las garantías que permitan acceder a ella de forma legal y segura, puesto que el restringir el acceso, no disminuye el número de abortos, sino que obliga a las mujeres a acudir a la clandestinidad, poniendo en peligro su salud, integridad y vida.

A pesar de ello, en el continente americano, existen marcos normativos que contemplan distintas regulaciones de acceso a la IVE. Algunos restringen totalmente esta posibilidad, otros, como el caso de Colombia, mantienen una despenalización parcial, mientras que países como Estados Unidos, Cuba, Canadá, México y Uruguay, ante la preocupación por las altas tasas de mortalidad por abortos en condiciones de riesgo y la necesidad de reconocer derechos propios de la esfera íntima de la mujer, como lo es la maternidad voluntaria y la autonomía y autodeterminación sexual y reproductiva, han acogido la normatividad internacional y eliminado barreras de acceso a la IVE, anteponiendo

la voluntad de la mujer ante el deber de los Estados, no solamente de garantizar derechos, sino también de respetar y no imponer cargas desproporcionadas como la penalización.

Existen métodos anticonceptivos ofrecidos por el Estado, los cuales, por su naturaleza, deben ser suministrados por los operadores del sistema de salud y de los que se debe hacer el respectivo seguimiento. Pese a que el Estado y entidades gubernamentales se empeñan en hacer ver que estos métodos son la mejor posibilidad que tienen las mujeres para no concebir, en muchas ocasiones se omite información relevante, como son los porcentajes de error y los efectos secundarios que conlleva su uso. No obstante, al ser el único medio ofrecido por el máximo garante de los derechos fundamentales, la mujer accede a ellos de manera voluntaria diseñando su proyecto de vida fuera de la esfera de la maternidad.

Cuando el método de planificación falla, las mujeres que accedieron a este de manera responsable y asumiendo riesgos en su bienestar no encuentran garantías en el ordenamiento jurídico para hacer efectiva su decisión de no procrear, debiendo modificar su proyecto de vida. Así, se tiene que el Estado colombiano, al obligar a la mujer gestante a continuar con un embarazo que se presume no planeado desde el momento en que accede a un método anticonceptivo, está incumpliendo con su obligación como Estado Social de Derecho de garantizar la salud, los derechos sexuales y reproductivos y la posibilidad de que la maternidad sea voluntaria.

En 2006, cuando se despenalizó parcialmente el aborto en Colombia, la decisión se limitó a otorgar garantías de acceso a la IVE en tres circunstancias extremas. Sin embargo, se dejó abierta la posibilidad de que el legislador avance en la determinación de otras situaciones que reconozcan a la mujer como sujeto digno que no puede ser instrumentalizado para fines reproductivos, teniendo en cuenta que el acceso al aborto legal y seguro como un derecho humano, se rige por el principio de progresividad, y, por tanto, sus garantías no pueden permanecer estáticas, sino que deben ir evolucionando conforme a los requerimientos de la sociedad y sus individuos.

La responsabilidad estatal derivada de la falla en los métodos anticonceptivos radica en la reestructuración del ordenamiento jurídico

en aras de permitir a la mujer decidir si interrumpe o no su estado de gestación, debido a que penalizar la IVE en los casos donde fallan los métodos de planificación familiar es una medida que no guarda proporción con el espíritu garantista de un Estado Social de Derecho, puesto que limita derechos fundamentales de la mujer, sin tener en cuenta los compromisos y obligaciones adquiridos en función de la Carta Constitucional de 1991 y de los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Es por lo anterior que la incorporación de una cuarta causal adicional a las tres existentes es viable, pues permite a la mujer acceder a la IVE cuando fallen los métodos anticonceptivos, la releva de la carga de la prueba, reivindica su proyecto de vida e implica el reconocimiento de derechos innominados como lo es la maternidad voluntaria.

REFERENCIAS

- Agencia Europa Press (2019). ¿Por qué pueden fallar los métodos anticonceptivos? *El Espectador*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/cromos/maternidad-y-bienestar/por-que-pueden-fallar-los-metodos-anticonceptivos-articulo-844815>
- Alianza por la Solidaridad (2017). *47.000 mujeres mueren cada año en el mundo en abortos inseguros*. Recuperado de <https://www.alianzaporla-solidaridad.org/noticias/47-000-mujeres-mueren-cada-ano-en-el-mundo-en-abortos-inseguros>
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Beltrán, L. (1991). El derecho a decidir. *Debate Feminista*, 4, 377-380. doi:10.22201/cieg.2594066xe.1991.4.1543
- Cardona, J., Carrillo, Y. y Caycedo, R. (2019). La garantía de los derechos de la mujer en el ordenamiento jurídico colombiano. *Hallazgos*, 16 (32), 85-106. doi:10.15332/2422409x.3265

- Castilla, M. V. (2008). Modelos y Prácticas de Maternidad: Continuidades y Cambios en dos Generaciones de Madres Platenses. *Revista Mad*, (19), 63-76. doi:10.5354/0718-0527.2011.13897
- Centro de Derechos Reproductivos. (2018). UN Human Rights Committee Asserts that Access to Abortion and Prevention of Maternal Mortality are Human Rights [El Comité de Derechos Humanos de la ONU afirma que el acceso al aborto y la prevención de la mortalidad materna son derechos humanos]. Recuperado de <https://reproductiverights.org/press-room/un-human-rights-committee-asserts-access-abortion-and-prevention-maternal-mortality-are>
- Centro de Derechos Reproductivos (2010). *Aborto y Derechos Humanos*. Recuperado de <https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/BRB-Aborto%20y%20Derechos%20Humanos.pdf>
- Chiapparrone, N. (2018). El derecho al aborto en América Latina y el Caribe. *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, 3(1), 192-223. doi:10.17979/arief.2018.3.1.3300
- Congreso de Colombia (12 de julio de 2012) Código General del Proceso. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489.
- Congreso de Colombia. (16 de febrero de 2015). *Ley Estatutaria de Salud*. [Ley 1751 de 2015]. DO: 49.427.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección “B” (5 de diciembre de 2016). Radicación: 81001233100020090005101 [CP. Ramiro Pazos Guerrero].
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión (17 de octubre de 2002) Sentencia T-881 [MP. Eduardo Montealegre Lynett].
- Corte Constitucional, Sala Plena (10 de mayo de 2006) Sentencia C-355 [MP. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional, Sala de Revisión (15 de octubre de 2009) Sentencia T-732 [MP. Humberto Antonio Sierra Porto].
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (12 de mayo de 2015) Sentencia T-274 [MP. Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (17 de octubre de 2018) Sentencia SU-096 [MP. José Fernando Reyes Cuartas].
- Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión (29 de agosto de 2019) Sentencia T-398 [MP. Alberto Rojas Ríos].

Ministerio de Salud (8 de julio de 1999). “*Por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica*” [Resolución 1995]. Bogotá.

Ministerio de Salud y Protección Social (3 de agosto de 2018). Directrices de obligatorio cumplimiento para la operación de la ruta integral de atención para la promoción y mantenimiento de la salud [Resolución 3280]. Recuperado de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%203280%20de%2020183280.pdf

Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (2016). *Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Recuperado de <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sU9x9eXO0nzmOMzdytOOLx1%-2BaoaWAKy4%2BuhMA8PLnWFdJ4z4216PjNj67NdUrGT87>

Comité de Derechos Humanos (2018). *Observación general núm. 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida*. Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_SP.pdf

Corte Constitucional, Sala Plena (2 de marzo de 2020). Sentencia C-088 [MP. Antonio José Lizarazo Ocampo].

Asamblea Nacional del Poder Popular de Cuba (29 de diciembre de 1987). Código Penal [Ley 62]. Recuperado de https://oig.cepal.org/sites/default/files/1987_codigopenal_cuba.pdf

Dalén, A., Guzmán, D., y Molano, P. (2013). *La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia*. Bogotá, Colombia: Dejusticia. Recuperado de https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_339.pdf

Departamento de Salud del Gobierno Vasco (2018). *Interrupción voluntaria del Embarazo (IVE)*. Recuperado de: <https://www.osakidetza.euskadi.eus/salud-sexual/-/interrupcion-voluntaria-del-embarazo-ive/#:~:text=Para%20tramitar%20la%20solicitud%20de,que%20necesites%20sobre%20este%20proceso.>

Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos (22 de enero de 1973). Sentencia 410 U.S. 113 [CJ. Warren E. Burger].

Goyes, I. (2011). *Mujer, Maternidad y Trabajo en Colombia*. Pasto, Colombia: Universidad de Nariño.

- Human Rights Watch [HRW]. (2005). *International Human Rights Law and abortion in Latin America*. Recuperado de <https://www.hrw.org/legacy/backgrounder/wrd/wrd0106/wrd0106.pdf>
- Kosoy, G. (2017). Más de la mitad de las mujeres con embarazo no planificado usaban algún método anticonceptivo. *télam*. Recuperado de <https://www.telam.com.ar/notas/201701/177504-mas-de-la-mitad-de-las-mujeres-con-embarazo-no-planificado-usaban-algun-metodo-anticonceptivo.html>
- La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres (2019). *Top 7: Barreras más comunes que enfrenta una mujer que desea interrumpir voluntariamente su embarazo*. Recuperado de <https://despenalizaciondelaborto.org.co/top-7-barreras-mas-comunes-que-enfrenta-una-mujer-que-desea-interrumpir-voluntariamente-su-embarazo/>
- Lamas, M. (2009). La despenalización del aborto en México. *Nueva Sociedad* (220), 154-172. Recuperado de https://web.archive.org/web/20200730092615/https://www.nuso.org/media/articles/downloads/3600_1.pdf
- Lamas, M. (2010). Maternidad voluntaria y aborto. *GénEros*, 2 (6), 109-114. Recuperado de http://bvirtual.uco.mx/descargables/55_maternidad_voluntaria.pdf
- Women's Link Worldwide (2020). *Organizaciones que trabajan por los derechos de las mujeres insisten en la eliminación de las barreras para acceder al aborto en Colombia*. Recuperado de: <https://www.womenslinkworldwide.org/informate/sala-de-prensa/organizaciones-que-trabajan-por-los-derechos-de-las-mujeres-insisten-en-la-eliminacion-de-las-barreras-para-acceder-al-aborto-en-colombia>
- Ministerio de Salud y Protección Social (2014). *Todo lo que usted debe saber sobre el plan de beneficios - POS*. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VP/RBC/todo-lo-que-usted-debe-saber-sobre-el-plan-de-beneficios.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social (2016). *ABECÉ Línea: Salud Materna - Derecho a la Maternidad Elegida*. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/abc-maternidad-elegida.pdf>
- Ministerio de Salud y Protección Social (s.f.a). *Derechos reproductivos*. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/ssr/Paginas/Derechos-reproductivos.aspx>

- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OACNUDH]. (s.f.). *International Human Rights Law*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/internationallaw.aspx>
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1994). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”*. Recuperado de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. (1994). *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*. El Cairo, Egipto. ONU.
- Petrone, C., & Ramallo, M. D. (2008). Debate sobre aborto: El modelo de despenalización en Canadá. *Centro de Derechos Humanos*, 1-5. Recuperado de http://www.derecho.uba.ar/institucional/centro-derechos-humanos/pdf/2018_canada.pdf
- Encolombia. (s.f.). *Planificación Familiar: Seleccionar un Método de Planificación*. Recuperado de <https://encolombia.com/salud/guias/planificacion/generalidades/>
- Singh, S., Remez, L., Sedgh, G., Kwok, L., & Onda, T. (2018). *Abortion Worldwide 2017: Uneven Progress and Unequal Access*. Guttmacher Institute Recuperado de <https://www.guttmacher.org/report/abortion-worldwide-2017#consequences-of-clandestine-abortion>
- Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios [AEMP] y Centro de Información de Medicamentos [CIMA]. (2022). FICHA TÉCNICA MICROGYNON 0,15 mg / 0,03 mg COMPRIMIDOS RECUBIERTOS. Recuperado de https://cima.aemps.es/cima/dochtml/ft/52612/FT_52612.html#
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [FNUI] y Defensoría del Pueblo. (2016). Derechos sexuales y reproductivos. En FNUI y Defensoría del Pueblo. (1), *Caracterización de los niños, niñas y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales: inserción social y productiva desde un enfoque de derechos humanos*(pp. 150-185). Bogotá, Colombia: FNUI y Defensoría del Pueblo.
- Asamblea General de la República Oriental de Uruguay (30 de octubre de 2012). Ley sobre interrupción voluntaria del embarazo. Ley del aborto. [Ley No. 18.987]. Recuperado de <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18987-2012>
- Verdile, L. (2018). El aborto en Uruguay: “Pro vida somos los que reducimos las muertes maternas”. *LAPRIMERAPIEDRA*. Recuperado de <https://www.laprimera Piedra.com.ar/2018/05/aborto-en-uruguay/>

- Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2017). Worldwide, an estimated 25 million unsafe abortions occur each year. *News release*. Recuperado de <https://www.who.int/es/news-room/detail/28-09-2017-worldwide-an-estimated-25-million-unsafe-abortions-occur-each-year>
- BBC News Mundo (2018) Aborto en América Latina: en qué países es legal, está restringido o prohibido. *BBC News Mundo*. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45132307>
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1981). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>
- Ministerio de Salud y Protección Social (23 de marzo de 2007). Por la cual se modifica la Resolución 1995 de 1999 y se dictan otras disposiciones [Resolución 839 de 2007]. Recuperado de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resolucion%20No%20839%20de%202017.pdf
- Ministerio de Salud y Protección Social (s.f.b.). *Métodos anticonceptivos modernos*. GOV.CO. Recuperado de <https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/ssr/Paginas/Metodos-anticonceptivos-modernos.asp>