

Bogotá D.C., 24 de agosto de 2018

Honorable Consejero

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo

Sección Primera

E.S.D.

Referencia: Coadyuvancia del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia – en el proceso de radicación No. 11001-03-24-000-2016-00379-00 – Medio de control de nulidad instaurada por Hernando Salcedo Tamayo contra la Directiva 0006 de 27 de marzo de 2016, *“por medio de la cual se adoptan directrices para la investigación y juzgamiento del delito de aborto”*, expedida por la Fiscalía General de la Nación.

César Rodríguez Garavito, Nina Chaparro González, Maryluz Barragán, María Ximena Dávila y Vanessa Daza Castillo, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, mayores de edad y vecinos de Bogotá, actuando en calidad de director e investigadoras del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–, respetuosamente nos permitimos solicitar que, en virtud del artículo 223 de La Ley 1437 de 2011, **Dejusticia**, como persona jurídica, sea reconocida como coadyuvante del demandado en el proceso de la referencia, así como tener en cuenta los argumentos que presentaremos en este escrito.

Dejusticia es un centro de investigación sociojurídica dedicado a la promoción de los derechos humanos en Colombia y América Latina, a la garantía del interés público y al fortalecimiento del Estado de Derecho. A lo largo de 10 años hemos realizado acciones de investigación, litigio e incidencia en distintos temas, incluyendo asuntos de género, con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos y combatir la discriminación. Dentro de la línea de trabajo de género, trabajamos en la promoción de los derechos de las mujeres, en particular los derechos sexuales y reproductivos, como el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante: IVE). En virtud de lo anterior, es del mayor interés para Dejusticia intervenir en el proceso de la referencia, y en este sentido, respetuosamente solicitamos que los argumentos que presentaremos a continuación sean tenidos en cuenta.

El objeto de la presente intervención es defender la constitucionalidad y la legalidad de la Directiva 006 de 2016 emitida por la Fiscalía General de la Nación (en adelante: FGN). Con tal propósito, esta intervención se dividirá en tres partes. En la primera parte realizamos precisiones sobre el alcance de la directiva demandada. En la segunda parte desarrollamos tres argumentos

por los que consideramos que la directiva está conforme a la Ley y la Constitución Política. Y en la tercera parte, resumimos la petición derivada del análisis de legalidad y constitucionalidad que realizado.

Los argumentos en favor de la legalidad y constitucionalidad del decreto los resumimos de la siguiente manera: **i)** argumentamos que la FGN no extralimitó sus competencias con la expedición de la mencionada directiva. Por el contrario, a través de las disposiciones de la directiva, la FGN adoptó directrices generales para el cumplimiento de las funciones asignadas a la entidad; es decir, no reglamentó derechos fundamentales ni amplió el marco de garantía de la IVE estipulado en la sentencia C-355 de 2006; **ii)** demostramos cómo la Directiva 006 de 2016 da la posibilidad a los funcionarios de la Fiscalía de usar el principio de oportunidad en los casos de aborto sin que ello sugiera la despenalización total del aborto o la vulneración del principio de descentralización. Señalamos que la Directiva 006 se limita a explicar por qué el principio de oportunidad puede ser una herramienta aplicable en los casos de aborto no despenalizado y sugiere a los fiscales examinar la posibilidad de aplicarlo. En la misma línea, explicamos que dicha Directiva tampoco vulnera el principio de descentralización de la FGN, pues respeta la discrecionalidad propia de los fiscales al momento de aplicar el principio de oportunidad; y, **iii)** sustentamos que la Directiva 006 de 2016 no se opone a las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad. Lejos de proponer un deber de protección absoluto de la vida desde la gestación como sugiere el demandante, las normas nacionales e internacionales establecen la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Constitución Política y en otros instrumentos del derecho internacional que son coherentes con el contenido de la Directiva 006 de 2016.

I. CUESTIÓN PRELIMINAR: LA DIRECTIVA 006 DE 2016

Antes de explicar nuestros argumentos contra la demanda del señor Salcedo Tamayo, consideramos pertinente realizar un recuento del contenido de la Directiva 006 de 2016 emitida por la FGN. En esta sección señalaremos los puntos más importantes de esta directiva, a efectos de guiar los argumentos que exponemos en el presente documento.

Esta directiva, como lo explicamos en la segunda sección, es un acto administrativo que emite el Fiscal General de la Nación en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales. Por esa razón, busca “establecer los criterios que deben seguir los fiscales para la investigación y el juzgamiento de los casos que traten sobre la posible comisión del delito de aborto, tipificado en el artículo 122 del Código Penal”. En primer lugar, la Directiva 006 de 2016 adopta un conjunto de decisiones que se derivan de la normatividad colombiana sobre interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en Colombia, y que se refieren principalmente a las acciones que pueden o no ejercer los fiscales cuando están investigando el delito de aborto. Por ejemplo, la directiva reitera cuáles son las causales despenalizadas e indica que no es posible solicitar requisitos adicionales a los que ha establecido la Corte Constitucional colombiana para comprobar si una mujer estaba en

alguna de estas causales. También recuerda a los fiscales que no hay un plazo determinado para que las mujeres aborten legalmente y que es necesario adoptar un enfoque diferencial cuando se trate de mujeres en estado de vulnerabilidad, tales como las mujeres con discapacidad o las mujeres menores de edad.

En segundo lugar, la Directiva 006 de 2016 señala los fundamentos teóricos y empíricos que sustentan la despenalización parcial del aborto en Colombia. La FGN se concentra en describir el marco jurídico nacional e internacional sobre los derechos a la autodeterminación reproductiva de las mujeres y la interrupción voluntaria del embarazo. En la misma sección, la FGN dedica un largo apartado a explicar detalladamente las tres causales despenalizadas por la Corte Constitucional y qué implica cada una para la labor de los fiscales. También hace especial énfasis en las subreglas desarrolladas por la jurisprudencia constitucional y en la importancia de proteger la intimidad de las mujeres al investigar delitos de aborto.

En tercer lugar, la directiva indica por qué el principio de oportunidad puede ser aplicable a los casos de aborto no despenalizado siempre y cuando el fiscal que conoce el caso lo estime posible y se cumplan las causales y requisitos estipulados en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal. Es decir, la directiva simplemente recomienda evaluar la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad para el delito de aborto, pero deja la potestad de decidirlo a cada uno de los fiscales. Finalmente, se enuncian las conclusiones derivadas del contenido de la directiva, las cuales estudiaremos más adelante en esta intervención.

II. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA LEGALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD DE LA DIRECTIVA 006 DE 2016 DICTADA POR LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

1. LA FGN ES COMPETENTE PARA EMITIR LA DIRECTIVA 006 DE 2016, PUES SE TRATA DE UN CONJUNTO DE DIRECTRICES GENERALES PARA EL CUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES QUE, POR LO TANTO, NO IMPLICA UNA LABOR DE REGLAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA C-355 DE 2006

En esta sección estudiaremos el alcance de la competencia de la FGN para adoptar directivas y demostraremos que la Directiva 006 de 2016 se encuentra dentro del ámbito de competencias de la FGN y no supone la reglamentación de lo estipulado en la sentencia C-355 de 2006. Ello con el fin de abordar el primer cargo formulado por el demandante, según el cual la FGN desborda su ámbito de competencias al emitir la Directiva 006 de 2016. Dice el demandante que la FGN, “pretende reglamentar, interpretar y acomodar sentencias de la Corte Constitucional” (folio 3), en particular la sentencia C-355 de 2006. También sostiene que la potestad reglamentaria solo puede ejercerse respecto de leyes y no de sentencias, pero que, en el presente caso, “al expedirse la directiva del 2016 para la investigación y juzgamiento del delito de aborto en el fondo es la reglamentación de una sentencia” (folio 8).

La FGN, según el artículo 250 de la Constitución Política, es la institución encargada de ejercer la acción penal y de realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito. A su vez, el artículo 249 constitucional dispone que la FGN tendrá autonomía administrativa y presupuestal. La Corte Constitucional ha entendido que la autonomía que la Constitución Política otorga a determinados organismos implica que estos son titulares de una potestad de emitir las normas necesarias para su propio funcionamiento y el cumplimiento de la misión constitucional encomendada¹. En línea con lo anterior, el artículo 4 del Decreto Ley 014 de 2014, “Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación”, establece entre las funciones del Fiscal General de la Nación la de, “formular y adoptar las políticas, **directrices**, lineamientos y protocolos para el cumplimiento de las funciones asignadas a la Fiscalía General de la Nación en la Constitución y en la ley” (numeral 1), la de “formular políticas y fijar **directrices** para asegurar **el ejercicio eficiente y coherente de la acción penal**” (numeral 6) y la de “formular, dirigir, definir políticas y estrategias de **priorización para el ejercicio de la actividad investigativa** a cargo de la Fiscalía General de la Nación” (numeral 7).

De lo anterior resulta que el Fiscal General de la Nación es competente para adoptar directrices generales sobre su propia organización y sobre las actividades que desarrollan sus funcionarios, con el fin de orientar la actividad de la FGN hacia el cumplimiento de sus funciones constitucionales de investigación y acusación penal. Además, las normas referidas señalan que dichas directrices pueden contener lineamientos y pautas generales sobre cómo llevar a cabo la investigación y acusación que les corresponde los fiscales, de manera que con ello se garantice la coherencia entre los funcionarios y, por ende, el ejercicio coherente y eficiente de la acción penal. La Corte Constitucional ha precisado que el objeto de las directrices que son competencia del Fiscal General de la Nación puede versar sobre “*aspectos fácticos o técnicos del proceso de investigación, así como a asuntos jurídicos generales de índole interpretativa, prioridades, parámetros o criterios institucionales para el ejercicio de la actividad investigativa, designar unidades especiales para ciertos temas, entre otros*”². En otras palabras, el Fiscal General de la Nación es constitucional y legalmente competente para emitir directivas tales como la Directiva 006 de 2016.

La facultad del Fiscal para expedir este tipo de directrices no puede confundirse con la potestad reglamentaria atribuida al presidente de la República, en virtud del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política. Esta potestad es la facultad para la expedición de reglamentos de carácter general y abstracto que facilitan la debida ejecución de las leyes y radica, en principio, en el presidente de la República. Si bien la Constitución Política atribuyó facultades

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-220 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz; Sentencia T-496 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-775 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

² Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia C-979 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-1260 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia C-232 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

reglamentarias a instituciones como el Consejo Superior de la Judicatura y el Consejo Nacional Electoral, estas se limitan a materias específicas relacionadas con sus funciones. De tal manera que toda reglamentación cuyo objeto sea desarrollar una ley para garantizar su debida ejecución le corresponde, en principio, al presidente ³. Por lo tanto, contrario a lo que expresa el demandante, la expedición de la Directiva 006 de 2016 no se puede asimilar a la facultad reglamentaria con la que cuenta el presidente de la República ni en su objetivo ni en sus efectos. Mientras que el objetivo de esta directiva es dar lineamientos y pautas generales que reproducen normatividad y jurisprudencia colombiana en materia de IVE, las reglamentaciones que pertenecen a la esfera de potestad del presidente, tienen la vocación de desarrollar de forma detallada ciertos aspectos frente a los cuales las leyes han guardado silencio y, por lo tanto, tienen efectos generales que no suelen agotarse en una entidad o conjunto de funcionarios.

En la misma línea, el Consejo de Estado cuenta con un importante precedente en materia de derechos sexuales y reproductivos que da luces para el análisis de la Directiva 006 de 2016. Mediante sentencia de 13 de octubre de 2016, la Sección Primera del Consejo de Estado se pronunció a favor de la Circular No. 000003 de 2013 que tenía por objetivo dar lineamientos y materializar la garantía de los derechos sexuales y reproductivos. En este fallo el Consejo de Estado reconoció (i) a la IVE como un derecho fundamental, (ii) legitimó la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud para impartir instrucciones en materia de IVE con el fin de hacer material este derecho y (iii) explicó la competencia de esta entidad para impartir instrucciones y su diferencia con la potestad reglamentaria del presidente de la República. A continuación, pasamos a desarrollar estos tres aspectos importantes de la sentencia y su relación con la Directiva 006.

Primero, el Consejo de Estado señaló que la IVE es un derecho fundamental que encuentra sustento en el ordenamiento jurídico nacional, la jurisprudencia constitucional y en el derecho internacional que forma parte del bloque de constitucionalidad. Insiste además en que su efectividad está “directamente ligada con la responsabilidad del Estado en materia de salud, por lo cual las garantías de su disfrute dependen del cumplimiento por parte de las autoridades de su obligación de asegurar el acceso a servicios de salud prestados de manera integral, oportuna, con calidad y eficacia”. Esto implica, según este alto tribunal, que es obligación de las instituciones estatales que tienen directa relación con la garantía de este derecho, su materialización, protección y promoción.

Segundo, argumentó que la IVE debe ser garantizada institucionalmente y que entidades como la Superintendencia de Salud están facultadas para emitir directrices que garanticen el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva de acuerdo con el marco legal vigente. Particularmente, este alto tribunal sostuvo que:

³ Corte Constitucional. Sentencia C-805 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

“[...] queda fuera de discusión tanto la responsabilidad global que le asiste al Estado en relación con la efectividad de este derecho, como la viabilidad y necesidad de que LA SUPERINTENDENCIA, en ejercicio de sus competencias como órgano de vigilancia y control del sector salud, supervise el cumplimiento del complejo marco normativo vigente en materia de IVE como una prestación a cargo de sus vigilados. En consecuencia, **desde la óptica de la competencia del ente, no hay duda que LA SUPERINTENDENCIA está facultada para emitir instrucciones específicas destinadas a los prestadores de servicios de salud y a todos aquellos entes que estén bajo su inspección, vigilancia y control en relación con el acatamiento del régimen jurídico de la IVE**”. (negrilla fuera de texto)

Este razonamiento es extrapolable al caso de la Directiva 006 de 2016, puesto que la Fiscalía es el órgano competente para vigilar y supervisar el cumplimiento del marco normativo sobre IVE, en el ámbito de la persecución penal. Como es evidente, este fallo tuvo un impacto directo en el desarrollo de las funciones de la FGN. Al ser la FGN la entidad encargada de ejercer la acción penal e investigar la comisión del delito de aborto, la entidad está llamada a garantizar que el ejercicio de su función no riña con el goce de los derechos fundamentales de mujeres y niñas que la Corte decidió amparar en esta sentencia. A partir de este fallo, investigar y acusar a mujeres y niñas por interrumpir su embarazo al estar dentro de las tres causales, implicaría una violación de sus derechos fundamentales. La FGN, entonces, estaba llamada a coordinar a los fiscales para que llevaran a cabo sus funciones de investigación y acusación penal de forma respetuosa con los derechos fundamentales y la Constitución Política. Y para ello, por disposición de la misma Corte Constitucional, el Fiscal General de la Nación, en virtud de su competencia para formular directrices para el cumplimiento de sus funciones, tenía la obligación de proceder a expedir lineamientos acordes con la normatividad colombiana y la sentencia C-355 de 2006.

Tercero, el fallo del Consejo de Estado reconoció que las instrucciones impartidas por la Circular 003 de 2013 no representan un tipo de regulación del derecho a la IVE. En concreto, esta corporación reconoció que “pese a nombrar diferentes asuntos relacionados con la IVE, la Circular No. 003 de 2013 **no puede ser calificada como una regulación integral ni completa de este derecho fundamental, pues es claro que se trata apenas de reglas básicas, que antes que agotar la materia y definir su régimen de manera exhaustiva, buscan asegurar de forma mínima su efectividad**” (negrilla fuera de texto). En esta medida, la argumentación del Consejo de Estado es útil para reiterar por qué la Directiva 006 de 2016 (así como la Circular 003 de 2013) es un acto que, lejos de reglamentar el derecho fundamental a la IVE, está orientado dar lineamientos para la efectividad de lo estipulado en la sentencia C-355 de 2006 en un sector específico como lo es la justicia penal.

De esa forma, el Consejo de Estado concluyó que 13 de las 16 directrices de la Circular 003 de 2013 tenían un fundamento legal, ya fuese en la Constitución, en la ley, o en la *ratio decidendi* de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Debido a esto, sostuvo que la circular es un medio para que los sectores más cercanos a la garantía de la IVE, conozcan la amplia

normatividad de la cual se desprenden sus obligaciones. Para el caso de la Directiva 006 de 2016, la mayoría de las directrices que señala son similares a las que fueron avaladas por el Consejo de Estado, puesto que se sostienen sobre diversas disposiciones de la jurisprudencia, de la Constitución, de la ley y del sistema de salud.

En suma, con base en el desarrollo jurídico expuesto y el precedente del Consejo de Estado, consideramos que el contenido de la Directiva 006 de 2016 se encuentra dentro del ámbito de las competencias de la FGN puesto que adopta directrices generales, orientadas a los fiscales, sobre la investigación y acusación del delito de aborto, que es la función constitucional asignada a la FGN. Además, la directiva de la FGN no desarrolla ningún aspecto de la sentencia C-355 de 2006, sino que se limita a enunciar los puntos más relevantes del marco legal de la interrupción voluntaria del embarazo, con el fin de que los fiscales estén al tanto de cómo debe investigarse el delito de aborto. En esa medida, mediante la Directiva 006 de 2016, la FGN no pretende reglamentar la sentencia C-355 de 2016, sino adoptar una política criminal coherente con los derechos fundamentales de mujeres y niñas que deciden acceder al aborto legal.

Ahora bien, al comparar las subreglas jurisprudenciales desarrolladas por la Corte, y que resultan de obligatorio cumplimiento para el Estado y los particulares en tanto se derivan de obligaciones constitucionales y legales⁴, con cada una de las conclusiones de la directiva (numeral IV), es claro que esta última no pretende reglamentar la sentencia (lo cual, además, no podría hacer la FGN). Por el contrario, la directiva constituye un simple conjunto de instrucciones o aspectos que derivan directamente de la regulación actual del aborto legal. Por ende, la directiva no va más allá del contenido de las sentencias, sino que aclara que los fiscales deben cumplirlas y establece las bases para dicho cumplimiento. Para desarrollar este punto, a continuación, hacemos un cuadro comparativo del contenido del marco normativo en materia de aborto legal y las conclusiones de la Directiva 006 de 2016.

Directiva 006 de 2016	Marco normativo de IVE
------------------------------	-------------------------------

⁴ El fallo de 13 de octubre de 2016 del Consejo de Estado reconoce que diversas obligaciones que tienen las instituciones frente a la garantía de la IVE se derivan de obligaciones legales y constitucionales.

<p>1. En relación con el aborto, están enfrentados, por un lado, los derechos de las mujeres, quienes son evidentemente sujetos autónomos de derechos, y por el otro lado, la protección del feto o del <i>nasciturus</i>, que no es una persona en estricto sentido, ya que eso ocurre únicamente cuando se separa de su madre y ha “sobrevivido un momento siquiera”.</p>	<p>Sentencia C-355 de 2006: “la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional”.</p>
<p>2. En Colombia, bajo ciertas hipótesis desarrolladas por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, prevalecen los derechos de las mujeres, ya que constituirla una carga desproporcionada obligarlas a continuar con el embarazo. En esos casos, emplear al derecho penal como un instrumento para perseguirlas es una injerencia ilegítima por parte del Estado que contraría su autonomía y su derecho a decidir sobre su propio cuerpo especialmente cuando, por ejemplo, representa un riesgo para su salud física o psicológica.</p>	<p>Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006: “si bien la decisión de penalizar el aborto, como una medida para proteger la vida en gestación resulta constitucionalmente justificada –aunque se insiste, no es la única opción que puede adoptar el legislador ya que este puede escoger otro tipo de medidas de carácter asistencial y prestacional que cumplan con este propósito-, la prohibición completa e incondicional del aborto en todas las circunstancias es abiertamente desproporcionada porque anula completamente derechos de la mujer embarazada garantizados por la Constitución de 1991 y por tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad”</p>

<p>3. La Corte Constitucional a través de la sentencia C-355 de 2006 despenalizó parcialmente el aborto en Colombia. En esa ocasión sostuvo que la IVE no podía ser perseguida penalmente en los siguientes casos: (i) "Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de ovulo fecundado no consentidas, o de incesto"</p>	<p>Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006:</p> <p>“Tercero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.</p>
---	---

4. La Corte Constitucional ha señalado que "la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en los tres casos establecidos en la Sentencia C-355 de 2006, que incluye el aborto en supuestos de violencia sexual, es [tanto] un derecho fundamental de las mujeres, como un derecho reproductivo"

Corte Constitucional. Sentencia T-585 de 2010:

“Resulta innegable que, a partir de la sentencia C-355 de 2006, surgió en Colombia un verdadero derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis despenalizadas. En efecto, como se indicó, en esta sentencia la Corte concluyó que la protección de los derechos fundamentales de la mujer a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental –contenidos en la Constitución de 1991 y en el bloque de constitucionalidad- implican reconocerle la autonomía para decidir libremente si interrumpir o continuar la gestación en las tres precisas circunstancias ya señaladas, de modo tal que la sanción penal resultaba desproporcionada. En otras palabras, del contenido de los derechos fundamentales mencionados la Corte derivó el derecho a la IVE de las mujeres gestantes que se encuentran en los eventos antes indicados”.

Corte Constitucional. Sentencia C-754 de 2015:

“Es importante advertir que la provisión de servicios de salud sexual y reproductiva no solo hace parte de los deberes del Estado en el ámbito del derecho a la salud, sino que además, esta Corporación ha determinado que la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en los tres casos establecidos en la **Sentencia C-355 de 2006**, que incluye el aborto en supuestos de violencia sexual, es **un derecho fundamental de las mujeres, como un derecho reproductivo**”.

<p>5. La Corte Constitucional sostiene que la salud debe ser entendida no solo como la ausencia de enfermedad sino como un alto estado de bienestar que incluye lo físico y lo mental. Así también lo considera la Organización Mundial para la Salud, que reconoce que "la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"</p>	<p>Corte Constitucional. Sentencia T-841 de 2011:</p> <p>“[En la sentencia C-355 de 2006] se indicó que la causal de peligro para la salud y la vida de la mujer gestante no cobija solamente la protección de su salud física sino que también se extiende a <i>“aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental”</i>, y evocó la disposición contenida en el artículo 12 del PIDESC según la cual la garantía del derecho a la salud supone gozar del “más alto nivel posible de salud física y mental”. Concluyó la Corporación que el embarazo podía provocar <i>“una situación de angustia severa o, incluso, graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica”</i>”.</p>
<p>6. La concepción integral de la salud implica que para que una mujer legalmente decida interrumpir su embarazo no es necesario que haya un riesgo de muerte o que ocurra una afectación grave para su salud. Por el contrario, lo que se evalúa en estos casos es que exista un riesgo "en términos de pérdida de bienestar, pérdida de la calidad de vida y años de vida saludable"</p>	<p>Corte Constitucional. Sentencia T-841 de 2011:</p> <p>“[En la sentencia C-355 de 2006] se indicó que la causal de peligro para la salud y la vida de la mujer gestante no cobija solamente la protección de su salud física sino que también se extiende a <i>“aquellos casos en los cuales resulta afectada su salud mental”</i>, y evocó la disposición contenida en el artículo 12 del PIDESC según la cual la garantía del derecho a la salud supone gozar del “más alto nivel posible de salud física y mental”. Concluyó la Corporación que el embarazo podía provocar <i>“una situación de angustia severa o, incluso, graves alteraciones síquicas que justifiquen su interrupción según certificación médica”</i>”.</p>

7. Permitir que se sancione penalmente a las mujeres por la práctica de la IVE cuando el embarazo es fruto de una conducta delictiva como el acceso carnal violento, no únicamente anula sus derechos y su autonomía en relación con la protección que se le da al feto, sino que además es una "intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana"

Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006:

“Ahora bien, a pesar de que el Código Penal consagra una prohibición general del aborto, las disposiciones acusadas muestran que bajo ciertas hipótesis el legislador previó la atenuación de la pena o inclusive su exclusión a juicio del funcionario judicial que conoce el caso. Se trata del supuesto cuando el embarazo es resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (Art. 124 C. P.).

En este caso concreto, el legislador colombiano consideró que la pena prevista para el delito del aborto debía atenuarse debido a la especial afectación de ciertos derechos fundamentales de la mujer embarazada, como su dignidad y su libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, el legislador consideró que la mujer aún en tales hipótesis extremas de afectación de su dignidad y autonomía debía ser juzgada y condenada como delincuente. Una regulación en este sentido es desproporcionada porque en definitiva el supuesto sigue siendo sancionable penalmente y en esa medida continúan siendo gravemente afectados los bienes constitucionalmente relevantes de la mujer gestante.

En efecto, a juicio de esta Corporación, ésta debe ser una de las hipótesis bajo las cuales debe considerarse que la interrupción del embarazo no es constitutiva de delito de aborto, no sólo por la manera como fue inicialmente contemplada por el legislador sino también porque en este caso la prevalencia absoluta de la protección de la vida del nasciturus supone un total desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, cuyo embarazo no es producto de una decisión libre y consentida sino

	<p>el resultado de conductas arbitrarias que desconocen su carácter de sujeto autónomo de derechos y que por esa misma razón están sancionadas penalmente en varios artículos del Código Penal.</p> <p>Llevar el deber de protección estatal a la vida en gestación en estos casos excepcionales hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo, significa darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continúa o no con un embarazo no consentido. Una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y en esa medida resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable. La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos”.</p>
--	--

8. Cuando el embarazo es el resultado de una conducta delictiva, como la "violación o [el] incesto, debe partirse de la buena fe y responsabilidad de la mujer que denunció tal hecho, y por tanto basta con que se exhiba al médico copia de la denuncia debidamente formulada". Sin embargo, la carga de verificación sobre la existencia de la denuncia recae sobre el fiscal quien deberá verificar en los sistemas de información su existencia. En caso de no encontrarla el fiscal deberá iniciar la noticia criminal de oficio.

Corte Constitucional. Sentencia T-388 de 2009. Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

“Está terminantemente prohibido elevar obstáculos, exigencias o barreras adicionales a las establecidas en la referida sentencia C-355 para la práctica del aborto en los supuestos allí previstos. Entre las barreras inadmisibles se encuentran, entre otras: i) Realizar juntas médicas, de revisión o de aprobación por auditores que ocasionan tiempos de espera injustificados para la práctica del aborto inducido ;ii) Impedir a las niñas menores de 14 años en estado de gravidez exteriorizar libremente su consentimiento para efectuar la interrupción voluntaria del embarazo, cuando sus progenitores o representantes legales no están de acuerdo con dicha interrupción; iii) Imponer requisitos adicionales, verbigracia, exigir: (a) dictámenes de medicina forense; (b) órdenes judiciales; (c) exámenes de salud que no son practicados de manera oportuna; (d) autorización por parte de familiares, asesores jurídicos, auditores, médicos y pluralidad de galenos; iv) Alegar objeción de conciencia colectiva que desencadena, a su turno, objeciones de conciencia, institucionales e infundadas; v) Suscribir pactos –individuales o conjuntos– para negarse a practicar la interrupción del embarazo; vi) Acogerse a formatos o plantillas de adhesión que incidan en que las entidades hospitalarias no cuenten en su planta de personal con médicos dispuestos a prestar los servicios de interrupción voluntaria del embarazo, sea por cuanto estos (as) profesionales de la medicina son víctimas de discriminación en el momento en que se efectúa su vinculación laboral o por cuanto, una vez vinculados (as), reciben presiones en el sentido de abstenerse de practicar abortos; vii) Descalificar conceptos médicos expedidos por psicólogos a quienes Ley 1090 de 2006 les reconoce el status de profesionales de la salud;

viii) Ser reticentes en cumplir a cabalidad con las reglas de referencia y contrarreferencia imprescindibles para atender eventos en los que el servicio médico –en este caso la práctica del aborto inducido– no está disponible en el centro hospitalario al que acude la paciente; ix) No disponer dentro de algunas redes públicas de prestadores del servicio de salud en los niveles departamental, distrital y municipal del servicio de interrupción voluntaria del embarazo”.

Corte Constitucional. Sentencia T-946 de 2008. Magistrados Ponentes: Jaime Córdoba Triviño. “Bajo el supuesto del acceso carnal no consentido, la negativa o la dilación injustificada en la autorización del procedimiento de IVE vulnera los derechos a la integridad, a la libertad, a la dignidad, entre otros, de las mujeres que no son remitidas de forma oportuna y adecuada a un centro de servicios médicos en donde los profesionales de la salud les aseguren la interrupción del embarazo”.

<p>9. En aquellas situaciones en las que haya una grave malformación del feto que haga inviable su vida, la Corte Constitucional estableció que es necesario solicitar un certificado médico que así lo acredite.</p>	<p>Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006:</p> <p>“[c]uando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, y cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, debe existir la certificación de un profesional de la medicina, pues de esta manera se salvaguarda la vida en gestación y se puede comprobar la existencia real de estas hipótesis en las cuales el delito de aborto no puede ser penado.</p> <p>Lo anterior, por cuanto no corresponde a la Corte, por no ser su área del conocimiento, establecer en que eventos la continuación del embarazo produce peligro para la vida o salud de la mujer o existe grave malformación del feto. Dicha determinación se sitúa en cabeza de los profesionales de la medicina quienes actuaran conforme a los estándares éticos de su profesión”.</p>
<p>10. Las solicitudes de IVE de menores de 14 años pueden ser adelantadas bajo la causal de violencia sexual incorporada por la sentencia C-355 de 2006. Por eso, en tales casos "la exhibición de la denuncia se torna en una mera formalidad y la falta de la misma no puede ser un pretexto para dilatar la interrupción del embarazo, si la mujer solicita que se le practique el aborto"</p>	<p>Corte Constitucional. Sentencia T-209 de 2008:</p> <p>“Para el evento en el cual el embarazo sea el resultado de acceso carnal o de acto sexual sin consentimiento, acto abusivo, inseminación artificial no consentida, transferencia de óvulo fecundado no consentida, o de incesto, se requiere acreditar solamente que el correspondiente hecho punible haya sido debidamente denunciado ante la autoridad competente.</p> <p>Claro está que cuando la violación se presume por tratarse de una mujer menor de catorce (14) años, la exhibición de la denuncia se torna en una mera formalidad y la falta de la misma no puede ser un pretexto para dilatar la interrupción del embarazo, si la mujer solicita que se le practique el aborto”.</p>

<p>11. En casos de niñas víctimas de violencia sexual, que es lo que se presume cuando tienen menos de 14 años y están embarazadas, se deberá velar en todo momento por la protección de sus derechos fundamentales, entre estos el derecho a la intimidad, mediante la salvaguarda de sus datos personales.</p> <p>Para ello, se acogerá la fórmula utilizada por la Corte Constitucional para proteger la identidad de sujetos con protección constitucional reforzada, según la cual, se ha optado por el uso de seudónimos o de las iniciales del nombre para identificar el caso.</p>	<p>Corte Constitucional. Sentencia T-841 de 2011.</p> <p>“Todo juez que conozca de una tutela interpuesta para exigir el derecho fundamental a la IVE, en todo caso y con independencia del resultado del proceso, tiene la obligación de reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, lo que incluye no sólo su nombre sino, entre otros, su documento de identificación, lugar de residencia, números telefónicos, nombres de familiares, hijos, cónyuges o compañeros, instituciones de salud y personal médico que la atendió. Esta reserva de identidad se deberá asegurar también a través de la limitación del acceso al expediente a las partes del proceso, quienes de todos modos deben guardar la misma reserva. En el caso de que se alegue la causal de peligro para la vida o la salud de la gestante o la hipótesis de malformaciones graves del feto que hagan inviable su vida, existe una razón adicional para restringir el acceso al expediente por personas o autoridades ajenas al proceso de tutela pues en estos casos, por lo general, el expediente contendrá apartes de la historia clínica de la mujer, la cual goza de reserva legal por sí misma.”</p>
<p>12. En el caso de la celebración de audiencias en las cuales la víctima del delito sea una niña o adolescente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 906 de 2004, la publicidad de las actuaciones podrá ser restringida.</p>	<p>Ley 906 de 2004. Artículo 18:</p> <p>“La actuación procesal será pública. Tendrán acceso a ella, además de los intervinientes, los medios de comunicación y la comunidad en general. Se exceptúan los casos en los cuales el juez considere que la publicidad de los procedimientos pone en peligro a las víctimas, jurados, testigos, peritos y demás intervinientes; se afecte la seguridad nacional; se exponga a un daño psicológico a los menores de edad que deban intervenir; se menoscabe el derecho del acusado a un juicio justo; o se comprometa seriamente el éxito de la</p>

	investigación” (negrilla fuera de texto).
<p>13. La obligación que tiene el juez de tutela de reservar la identidad de las mujeres que hayan interrumpido su embarazo voluntariamente es trasladable a los fiscales y funcionarios judiciales que tienen a su cargo la investigación del delito de aborto. Por ello, aquellas personas que estén involucradas en cualquiera de los momentos procesales de estos casos, no podrán hacer pública la identificación de las mujeres.</p>	<p>Corte Constitucional. Sentencia T-841 de 2011:</p> <p>“Todo juez que conozca de una tutela interpuesta para exigir el derecho fundamental a la IVE, en todo caso y con independencia del resultado del proceso, tiene la obligación de reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, lo que incluye no sólo su nombre sino, entre otros, su documento de identificación, lugar de residencia, números telefónicos, nombres de familiares, hijos, cónyuges o compañeros, instituciones de salud y personal médico que la atendió. Esta reserva de identidad se deberá asegurar también a través de la limitación del acceso al expediente a las partes del proceso, quienes de todos modos deben guardar la misma reserva. En el caso de que se alegue la causal de peligro para la vida o la salud de la gestante o la hipótesis de malformaciones graves del feto que hagan inviable su vida, existe una razón adicional para restringir el acceso al expediente por personas o autoridades ajenas al proceso de tutela pues en estos casos, por lo general, el expediente contendrá apartes de la historia clínica de la mujer, la cual goza de reserva legal por sí misma.”</p>

<p>14. La medida de interdicción únicamente hace referencia a la realización de actos negociales o de contenido patrimonial, en cuyo caso quien ejerce la función de guarda tiene poder decisorio. No obstante, esta función no cobija el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad lo cual quiere decir que la titularidad del derecho permanece en cabeza de la mujer con discapacidad. Por lo tanto, las decisiones y objeciones manifestadas por ella deben prevalecer frente a las opiniones de su representante legal, pues de lo contrario se viola el bloque de constitucionalidad.</p>	<p>Corte Constitucional. Sentencia T-988 de 2007:</p> <p>“si bien es cierto algunas decisiones de la vida civil de las personas pueden ser asumidas por sus representantes legales mediante un proceso de interdicción, esta figura es propia del derecho civil y no siempre resulta trasladable por entero al ámbito del derecho constitucional, en particular, en relación con las decisiones que han de ser adoptadas frente a tratamientos médicos a los cuales, en ocasiones, deben someterse las personas con discapacidad”.</p>
<p>15. Las personas con discapacidad, incluyendo aquellas que tienen una medida de interdicción judicial, tienen derecho a brindar su consentimiento informado de manera personal y libre para acceder a la IVE.</p>	<p>Corte Constitucional. Sentencia T-988 de 2007:</p> <p>“si bien es cierto algunas decisiones de la vida civil de las personas pueden ser asumidas por sus representantes legales mediante un proceso de interdicción, esta figura es propia del derecho civil y no siempre resulta trasladable por entero al ámbito del derecho constitucional, en particular, en relación con las decisiones que han de ser adoptadas frente a tratamientos médicos a los cuales, en ocasiones, deben someterse las personas con discapacidad”.</p>

<p>16. Las mujeres con discapacidad que se practiquen un aborto cubierto por alguna de las causales despenalizadas por la Corte Constitucional, no serán sometidas a regímenes probatorios diferentes a los señalados en esta directiva.</p>	<p>Corte Constitucional. Sentencia T-988 de 2007:</p> <p>“Exigir del modo en que lo hizo la E. P. S. SaludCoop en el asunto bajo examen, requisitos adicionales al denuncia - esto es, de una parte, sentencia judicial de interdicción y guarda y, de otra, prueba psicológica por medio de la cual se comprobara que el aborto no fue consentido constituyeron requerimientos desproporcionados y, en tal medida, dicha actitud de la entidad demandada significó un desconocimiento de la ratio decidendi contenida en la sentencia C-355 de 2006 por cuanto esas exigencias representaron cargas desproporcionadas que terminaron por dejar sin protección a la joven gestante tanto más si se piensa que sus limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales la colocaban en especial situación de indefensión.</p>
<p>17. Cuando se está investigando el delito de aborto bajo la causal salud, los fiscales deberán solicitar inicialmente el certificado médico, en el cual conste que la práctica de la IVE se debió a la existencia de un riesgo para la vida o la salud de la mujer, o de la malformación del feto. Debido a lo anterior en principio, no es necesario pedir la historia clínica de la mujer.</p> <p>Así que las órdenes judiciales tendrán que estar orientadas específicamente a comprobar la existencia del certificado, y no a revisar información adicional que hace parte de la historia clínica.</p>	<p>Corte Constitucional. Sentencia T-841 de 2011:</p> <p>“La exigencia que le hizo la E.P.S. a la niña según la cual las certificaciones médicas debían venir acompañadas de la historia clínica la paciente, excede el requisito del certificado médico expresado en la sentencia C-355 de 2006. Si se consideraba necesario contar con tal documento para proceder a la intervención, la E.P.S. ha debido solicitarlo inmediatamente, más no negar ni dilatar el acceso al servicio por su ausencia. Lo antedicho demuestra que la demandada en efecto vulneró el derecho fundamental a la IVE de AA (i) al no garantizarlo mediante una respuesta oportuna a su solicitud de IVE y (ii) al incumplir su obligación de respetarlo ya que obstaculizó su ejercicio mediante la exigencia un requisito que excedía el que fue fijado en la sentencia C-355</p>

	de 2006”.
<p>18. Las mujeres embarazadas que tengan el virus del Zika podrán decidir si acceden a la IVE, cuando su caso se enmarque dentro de alguna de las causales de despenalización del aborto definidas por la Corte Constitucional (negrilla fuera de texto).</p>	<p>Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006:</p> <p>“Tercero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.</p>

19. Cuando la IVE se enmarca dentro de algunas de las causales avaladas por la Corte Constitucional, es claro que se configura un caso de atipicidad objetiva que fundamenta la inadmisión de la denuncia.

Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006:

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

Corte Constitucional. Sentencia T-301 de 2016:

"La mujer embarazada, menor de catorce años, **que se encuentre en las situaciones especificadas como carentes de tipicidad de la sentencia C-355 de 2006**, son capaces para expresar su consentimiento para la realización del aborto”.

<p>20. En los eventos en los cuales a la fecha de expedición de la presente directiva ya se hubieren realizado imputaciones o incluso audiencias posteriores de hechos que se enmarquen en lo descrito a lo largo de este documento, en la mayor medida posible se procurara (i) archivar; (ii) solicitar la preclusión de la investigación o (iii) la absolución perentoria, según sea el caso.</p>	<p>Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006:</p> <p>“Tercero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.</p>
<p>21. Cuando los casos no se adecuen a alguna de las tres hipótesis despenalizadas por la Corte Constitucional, se estudiará la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad (*)</p>	<p>(*) El marco jurídico que se explica en esta tabla hace referencia a la regulación del aborto legal. Esta última conclusión alude al aborto que aún es penalizado y, por lo tanto, no encuentra correspondencia en las decisiones de la Corte Constitucional sobre interrupción voluntaria del embarazo. En la segunda sección de este documento se estudiará la legalidad de esta conclusión.</p>

El anterior cuadro muestra que todas las conclusiones de la Directiva 006 de 2016 encuentran correspondencia en subreglas establecidas en las sentencias de la Corte Constitucional vinculantes tanto a funcionarios del Estado como a los particulares. En este sentido, la directiva debe ser vista como un acto de carácter explicativo y descriptivo que fue emitido por la FGN para ordenar en un solo documento estas subreglas y, así garantizar, en la práctica del procedimiento penal, el derecho a la IVE.

2. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD NO IMPLICA LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO NI VULNERA EL PRINCIPIO DE DESCENTRALIZACIÓN, PUES RESPETA LA DISCRECIONALIDAD REGLADA QUE TIENEN LOS FISCALES

De acuerdo con el demandante, “el Fiscal despenaliza por la puerta de atrás mediante directiva 006 de 2016 el delito de aborto a través del principio de oportunidad e incluye causales no establecidas y decreta y amplía otras e incluye causales no establecidas” (folio 4); como consecuencia, “el Fiscal General de la Nación asumió como propia una competencia que, por ser desconcentrada, es del resorte de los fiscales en general como servidores públicos que administran justicia” (folio 13). En la presente sección desarrollamos las razones por las que consideramos que la aplicación del principio de oportunidad no implica la despenalización el aborto y no menoscaba la discrecionalidad reglada que le asiste a los fiscales. Contrario a lo que alega el demandante, la FGN no despenaliza el aborto mediante la Directiva 006 de 2016, pues este documento únicamente recomienda a los fiscales evaluar la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad en los casos de aborto no despenalizado, siempre y cuando se cumplan los requisitos y causales establecidos en la ley.

Como ya mencionamos, el artículo 250 de la Constitución Política concede a la FGN la facultad de ejercer la acción penal, lo que se traduce en la posibilidad de perseguir y sancionar las conductas punibles. El principio de oportunidad es una *excepción* a la regla general de adelantar la acción penal y encuentra su justificación en la racionalización de la actividad investigativa del Estado, la promoción de la eficiencia de la justicia penal y el uso del derecho penal como *ultima ratio*⁵. En particular, el principio de oportunidad “es una institución nuclear del sistema penal de tendencia acusatoria”⁶ que consiste en la posibilidad de *suspender, interrumpir o renunciar* a la persecución en los casos previstos en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal durante la investigación o en el juicio, y hasta antes de la audiencia de juzgamiento⁷.

La generalidad de causales estipuladas en el artículo 324 del CPP se fundamenta en la no necesidad de perseguir determinada conducta punible, ya sea por la falta de gravedad de la propia conducta o por el contexto que determina su comisión. Por ejemplo, varias de las causales se refieren a la posibilidad de extradición, lo que implica que otra jurisdicción ejercerá la acción penal y, por lo tanto, no es necesario que se juzgue la conducta en el territorio nacional⁸. Otro grupo de causales están orientadas a racionalizar el uso de la acción penal cuando se trata de conductas que, por su bajo nivel de gravedad y reproche de culpabilidad, no merecen la intervención del aparato criminal en todos los casos⁹. Por último, el principio de oportunidad también se aplica cuando los procesados colaboran con la justicia para prevenir o perseguir otros

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-387 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁷ Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). Artículo 323.

⁸ Ver: Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). Artículo 324. Numerales 1, 7, 10, 11, 12, 13, 14.

⁹ Ver: Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). Artículo 324. Numerales 2, 3, 4.

crímenes, lo que justifica que se les otorguen beneficios¹⁰. Sin embargo, en ningún caso podrá usarse el principio de oportunidad como mecanismo para interrumpir, suspender o renunciar a la acción penal en casos de graves violaciones al DIH, crímenes de lesa humanidad, genocidio, narcotráfico o terrorismo. En suma, las causales de aplicación del principio de oportunidad muestran que se trata de una figura que busca “*brindar oportunidades reales de inserción social del procesado, revelar la baja significación social de ciertos delitos, desarticular organizaciones criminales, atender la culpabilidad disminuida, y adelantar el proceso penal en un tiempo razonable*”¹¹(negrilla fuera de texto).

El principio de oportunidad tiene una naturaleza casuística, y eso implica que los fiscales conservan un margen de discrecionalidad para aplicarlo. En cada circunstancia particular, el fiscal debe examinar los elementos materiales probatorios, la evidencia física y el contexto de comisión de la conducta para determinar si se ajusta a una de las causales. En otras palabras, los fiscales están sujetos a las causales taxativas del artículo 324 del CPP, pero al mismo tiempo pueden discernir si los elementos de un caso hacen posible la sujeción a una determinada causal. En palabras de la Corte Constitucional, la aplicación del principio de oportunidad en los casos establecidos por el legislador implica un ejercicio de “*discrecionalidad reglada*”¹², que le impone “no solamente una evaluación acerca de las causales legales de operatividad, sino que debe determinar si lo que procede es la interrupción, la suspensión o la renuncia, debiendo constatar a la vez el respeto por las garantías del investigada”¹³. Este ejercicio de discrecionalidad está sujeto a un posterior examen de legalidad por parte del juez de control de garantías¹⁴, lo que acentúa el carácter de “reglado” del principio de oportunidad y evita cualquier arbitrariedad en su aplicación.

En consecuencia, es posible identificar cuatro elementos nucleares del principio de oportunidad: (i) es *excepcional* y está sujeto a la adecuación fáctica de determinada conducta a una causal del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal; (ii) las causales de aplicación son consecuentes con la racionalización de la acción penal y el nivel de reproche de las conductas; (iii) el fiscal cuenta con una “discrecionalidad reglada” para aplicarlo; y (iv) está sujeto a un control de legalidad posterior por parte del juez de control de garantías.

Frente al caso de la demanda, debe decirse que la Directiva 006 de 2016 es consecuente con la naturaleza, los fundamentos y los elementos del principio de oportunidad por dos razones: primero, porque el aborto es un tipo penal que permite la aplicación del principio de oportunidad en casos individuales y, segundo, porque respeta la autonomía de los fiscales para aplicar este

¹⁰ Ver: Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). Artículo 324. Numerales 5, 6.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-387 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-979 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C-095 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-387 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio.

¹⁴ Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). Artículo 327.

beneficio penal. Con respecto al primer punto, es preciso recordar que hace doce años, a través de la Sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional despenalizó el aborto en tres causales: i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer; ii) cuando exista inviabilidad del feto con la vida extrauterina; iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial. En los casos restantes, siempre y cuando sean cometidos dolosamente, el aborto sigue siendo una acción criminalizable en Colombia y está sujeta a la pena de uno (1) a tres (3) años según el artículo 122 del Código Penal (Ley 599 de 2000). La Directiva 006 de 2016 establece que en los casos que se adecuan al tipo penal de aborto se sugiere evaluar la aplicación del principio de oportunidad a partir de la siguiente causal del artículo 324: “12. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea tan de secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social”. El *juicio de reproche de culpabilidad* al que se refiere esta causal es, en términos simples, la evaluación de la gravedad de una conducta cometida por una persona determinada; es decir, hace referencia a la atribución subjetiva de responsabilidad y permite adjudicar cierta conducta objetivamente delictiva a las acciones y fines de un actor particular. Por esa razón, el juicio de reproche “constituye el fundamento de la proporcionalidad de la pena a imponer”¹⁵. Eso quiere decir que las mayores penas se adecuan a las conductas de mayor gravedad, mientras que las menores penas son aplicables a las conductas individuales que el sistema penal considera de menor importancia.

La pena correspondiente al aborto no despenalizado (uno (1) a tres (3) años) es un elemento que muestra el leve reproche y la baja tasación punitiva del delito, lo que permite clasificarlo como un tipo penal con posible solución alternativa. Por lo tanto, la aplicación del principio de oportunidad en casos de aborto no es desproporcionada y, en contraste, es consecuente con su baja tasación punitiva, un hecho que se evidencia en la reducida pena que le atribuye el sistema penal. Lo anterior se realza si se considera que otra de las causales del artículo 324 es que los delitos tengan una pena menor a seis (6) años de prisión, como sucede en el caso del tipo penal de aborto. En consecuencia, la Directiva 006 de 2016 no está desconociendo los presupuestos de aplicación del principio de oportunidad, pues se trata de un delito que debido a su baja punibilidad puede adecuarse a las causales del artículo 324 del Código Penal.

Sin embargo, la aplicación concreta del principio de oportunidad, tanto en casos de aborto como en otros casos, estará sometida a la discrecionalidad reglada de los fiscales, y es por esta razón que la Directiva 006 de 2016 no implica la despenalización total del aborto ni atenta contra el principio de desconcentración como lo sugiere el demandante. La Directiva no ordena a los fiscales la aplicación del principio de oportunidad, lo que resultaría contrario al principio de legalidad, al principio de desconcentración y a la Constitución Política. Por el contrario, el lenguaje usado en la Directiva es claro en su orientación propositiva y no coercitiva al establecer

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-181 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

que “la FGN **sugerirá** a los fiscales que analicen los supuestos para la aplicación del principio de oportunidad de manera preferente en todos los casos de aborto que no estén cubiertos por las causales de la Sentencia C-355 de 2006”¹⁶ (negrilla fuera de texto) y que “cuando los casos no se adecuen a alguna de las tres hipótesis despenalizadas por la Corte Constitucional, **se estudiará la posibilidad** de aplicar el principio de oportunidad”¹⁷ (negrilla fuera de texto). Dicho de otro modo, la Directiva 006 de 2006 es simplemente una pauta para la investigación y juzgamiento de los casos de aborto que aún son considerados delitos. De este modo, la aplicación del principio de oportunidad respeta el presupuesto fundamental del principio de desconcentración y es que los funcionarios conservan una relativa autonomía para desempeñar sus funciones, siempre y cuando se ajusten a lo dispuesto en la ley y sin perjuicio de recibir instrucciones y guías por parte de la dirección de la entidad.

Si bien el principio de oportunidad es susceptible de aplicarse en casos de aborto debido al bajo reproche de culpabilidad de este último dentro del sistema penal, los fiscales conservan el rango de autonomía que les asiste para determinar la procedencia de la suspensión, interrupción o renuncia de la acción penal en cada caso concreto. A diferencia de lo que sostiene el demandante, el Fiscal General no se arroga competencias ajenas a través de la Directiva 006 de 2016, sino que cumple con las propias al plantear lineamientos y guías de aplicación de las figuras penales. Dado que las funciones y la discrecionalidad de los fiscales permanecen intactas con la expedición de la Directiva, no es posible afirmar que el Fiscal General está despenalizando por completo el aborto. A esto se suma el hecho de que el examen de legalidad del juez de control de garantías evita que el principio de oportunidad se aplique en situaciones en las que no procede. Por ende, la recomendación que hace la Directiva 006 de 2016 tiene un doble filtro de aplicación: por un lado, la autonomía de los fiscales de examinar la adecuación de cada caso a los presupuestos del principio de oportunidad y, por otro lado, el control judicial posterior que evita la aplicación incorrecta o arbitraria de esta figura. En otras palabras, la Directiva 006 de 2016 no convierte la aplicación del principio de oportunidad en la regla general para casos de aborto no despenalizado, en tanto son los fiscales quienes deciden aplicarlo y son los jueces quienes se encargan de legalizarlo.

En síntesis, el principio de oportunidad es un mecanismo del sistema penal que busca un ejercicio de la acción penal más eficiente, limitado y proporcional. Debido a la baja tasa de punibilidad del tipo penal de aborto, es posible evaluar la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad para esta conducta siempre y cuando los fiscales hayan determinado su procedencia en cada caso concreto. La Directiva 006 de 2016, por lo tanto, no está despenalizando el aborto a través de la figura del principio de oportunidad. Simplemente se encarga de explicar por qué el principio de oportunidad puede ser una herramienta aplicable en los casos de aborto no despenalizado y sugiere a los fiscales examinar la posibilidad de aplicarlo. En ese sentido, la

¹⁶ Fiscalía General de la Nación. Directiva 006 de 2016, p. 52.

¹⁷ Ibid.

Directiva tampoco vulnera el principio de descentralización de la FGN, pues respeta la discrecionalidad propia de los fiscales al momento de aplicar el principio de oportunidad y únicamente les brinda pautas para la investigación de un determinado delito.

3. LA DIRECTIVA 006 DE 2016 NO DESCONOCE LOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE COMPONEN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El tercer cargo presentado por el demandante se refiere al *desconocimiento de tratados internacionales que protegen la vida desde la concepción*, pues “el acto [la directiva] está violando en forma flagrante (sic) los tratados internacionales que protegen la vida desde la concepción” (folio 18). Para el demandante, la Directiva 006 de 2016 desconoce que en el derecho internacional la vida se protege desde el momento de la concepción. Como sustento de esta afirmación, sostiene que tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tales como la Declaración de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño han sido claras en proteger la vida desde la concepción y, por lo tanto, la Corte Constitucional hace una interpretación errónea de los mismos. En esta sección presentamos las razones por las cuales consideramos que la interpretación del demandante está en contra tanto de las interpretaciones nacionales como de las internacionales sobre la protección legal de la vida en gestación. Como explicaremos en los siguientes párrafos, tanto la Corte Constitucional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han señalado que la protección del bien jurídico del no nacido no puede ser absoluta y debe ponderarse para proteger la autonomía, la dignidad, la vida y la salud de las mujeres. Adicionalmente, estos tribunales han manifestado que, al ser la vida un concepto que está mediado por entendimientos culturales, depende de cada país reconocer desde qué momento protege este derecho.

En la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional determinó que la vida es un derecho fundamental y un bien constitucionalmente protegido, por lo que los Estados están obligados a salvaguardarla. Sin embargo, también señaló que la protección de la vida varía en grado e intensidad, razón por la que no puede absolutizarse en todos los casos. Si bien la Corte reconoce que la protección de la vida se extiende incluso sobre aquellos que no han alcanzado la condición de seres humanos –como los *nasciturus*–, es necesario ponderar esa protección con la protección de los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas. En particular, la Corte abordó el tema de la vida y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad para determinar que ninguna de estas disposiciones establece un deber de protección absoluto de la vida en gestación. En contraste, expresó que tanto su interpretación literal como sistemática apuntan a la ponderación de la vida en gestación con otros derechos y principios.

Para la Corte, el primer numeral del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸ expresa que toda persona tiene derecho a la vida, mas no hace mención expresa de protección de la vida en gestación. Bajo el mismo razonamiento, la Corte determinó que, si bien el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño indica la necesidad de protección del niño “tanto antes como después del nacimiento”, el artículo 1 de la misma Convención¹⁹ no establece “que el nasciturus sea un niño y, como tal, titular de los derechos consagrados en el instrumento internacional”. La Corte manifestó que el concepto de ser humano es un “concepto amplio e indeterminado cuya precisión corresponde a los Estados Partes y a organismos encargados de interpretar el alcance del tratado”. Asimismo, anotó que:

*“[d]e la lectura de los trabajos preparatorios de la Convención se desprende que tal indeterminación obedeció a una decisión deliberada, pues se consideró que debía dejarse a los Estados Partes la facultad de adoptar, de conformidad con los valores fundamentales de su ordenamiento jurídico, la definición de lo que es un niño, que se extiende al concepto de vida protegido por la Convención”.*²⁰

Frente al artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos ²¹ (en adelante: CADH), la Corte admitió que ninguna de las posibles interpretaciones de la norma implicaba que la protección legal de la vida en gestación fuera absoluta y prevaleciera frente a los derechos reconocidos en la Constitución de 1991 y en otros instrumentos internacionales, tales como la dignidad y la posibilidad de estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes. Instrumentos como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer incorporan medidas de protección al derecho a la vida y a la salud de la mujer, lo que significa que la prohibición absoluta del aborto transgrede las obligaciones del Estado en esta materia. Por lo tanto, la Corte afirmó que “la Convención no puede ser interpretada en un sentido que lleve a la prelación automática e incondicional de un derecho o de un deber de protección sobre los restantes derechos por ella consagrados, o protegidos por otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ni de una manera tal que se exijan sacrificios irrazonables o desproporcionados de los derechos de otros”²². Bajo esta interpretación, la Corte dio prevalencia a la dignidad, la autonomía, la vida y la salud de las mujeres en los tres casos despenalizados.

¹⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 6. Numeral 1: “1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

¹⁹ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 1: “1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. M.P.

²¹ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 4. Numeral 1: “1. 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”.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. Párr. 256.

Esta interpretación es consecuente con la que adopta la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: Corte IDH), la instancia interpretativa oficial de la CADH. En el *Caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica*, la Corte IDH adoptó una interpretación transversal del contenido del artículo 4.1 de la CADH con el fin de determinar su alcance, en especial en lo correspondiente a los términos “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en general”. Para analizar el contenido de cada uno de los términos, así como de la totalidad del artículo, la Corte IDH recurrió a tres métodos hermenéuticos distintos: (i) interpretación conforme al sentido de los términos; (ii) interpretación sistemática e histórica; y (iii) interpretación evolutiva.

Bajo la primera interpretación –*conforme al sentido corriente de los términos*–, la Corte IDH destacó que el comienzo de la vida es una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral filosófica y religiosa, y coincide en que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Al realizar la *interpretación sistemática e histórica* conforme al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte IDH sostuvo que ni de los trabajos preparatorios de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, ni de la CADH, puede desprenderse que el objetivo de ambos instrumentos fuera reconocer la vida prenatal de manera absoluta. También estableció que, de los artículos que en la CADH utilizan la expresión “toda persona”, no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos y que el objeto directo de protección del derecho a la vida “es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer”²³. En cuanto a la *interpretación evolutiva*, la Corte IDH destacó que los instrumentos internacionales de derechos humanos son instrumentos vivos, lo que significa que su interpretación debe estar acompañada del cambiar de los tiempos y las condiciones de vida.

En consecuencia, de las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en la gestación; por el contrario, de sus distintos ángulos de interpretación surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Constitución Política y en otros instrumentos del derecho internacional, ponderación que órganos como la Corte IDH ha privilegiado.

Al sostener que se aparta de lo estipulado en la Sentencia C-355 de 2006 (folio 19)²⁴, el demandante está desconociendo que la interpretación realizada por la Corte Constitucional en

²³ Ibid. Párr. 258

²⁴ En concreto, el demandante sostiene lo siguiente: “Dice la sentencia de la cual nos apartamos que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la noción de ser humano es un concepto indeterminado, cuya precisión corresponde a los Estados y a los organismos encargados de interpretar el alcance de los tratados. **Los suscritos discrepamos de esta conclusión, pues estimamos que diversas normas recogidas en tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad son precisas al señalar que todo ser humano es persona y en tal virtud, desde la concepción es titular de derechos fundamentales amparados por el Derecho Internacional**” (folio 19).

esta sentencia y por la Corte IDH en el *Caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica* es la interpretación válida en los ámbitos nacional e internacional. A pesar de que el demandante esté en desacuerdo con el alcance reconocido al derecho a la vida en los tratados internacionales de derechos humanos, esto no es justificación para que incite al poder judicial a desconocer la jurisprudencia constitucional vigente. Al afirmar que el Consejo de Estado puede apartarse de la interpretación de la Corte Constitucional²⁵ (folio 19), el demandante parece desconocer que las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional –tales como la Sentencia C-355 de 2006– tienen un rango equivalente al de la Constitución, lo que implica que son de obligatorio cumplimiento para las instituciones de las tres ramas del poder público. Por lo tanto, la Directiva 006 de 2016 no desconoce la protección de la vida plasmada en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por el contrario, el contenido de la Directiva es consecuente con lo estipulado en la Sentencia C-355 de 2006 y, como lo mencionamos en la primera sección, se enfoca en trasladar los preceptos de esta decisión al ámbito de las labores de los fiscales y operadores de la FGN.

En conclusión, el demandante adopta una interpretación absolutista de los tratados internacionales ratificados por Colombia y desconoce el alcance que la jurisprudencia nacional e internacional les han dado a estas normas. Tanto la Corte Constitucional como la Corte IDH han sido enfáticas en que la vida en gestación no tiene una protección legal absoluta y debe ponderarse con los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas. También es claro para las dos instancias que la vida en gestación es un concepto que se relativiza en cada Estado y, por lo tanto, su protección legal puede variar en grado e intensidad. Por lo tanto, la FGN no desconoce el sentido de los tratados internacionales nombrados por el demandante, puesto que el contenido de la Directiva 006 de 2016 es coherente con la interpretación que se les ha dado nacional e internacionalmente.

III. PETICIONES

Con fundamento en las razones expuestas anteriormente, nos permitimos solicitar a usted, Honorable Consejero, **NEGAR LAS PRETENSIONES DE NULIDAD** del demandante contra la Directiva 006 de 2016, *“por medio de la cual se adoptan directrices para la investigación y juzgamiento del delito de aborto”*, expedida por la FGN.

Lo anterior debido a que dicha directiva fue expedida con la debida sujeción a las competencias que le asisten al Fiscal General de la Nación, y no incurre en el ejercicio de una potestad reglamentaria que le es ajena. Asimismo, la Directiva 006 de 2016 no pretende despenalizar el aborto a partir de la aplicación del principio de oportunidad, ni con ello deniega a los fiscales la

²⁵ El concreto, el demandante sostiene lo siguiente: “los tratados que están vigentes no admiten la interpretación dada por la Sentencia C-355 de 2006 y (sic) que **permiten a otro operador jurídico de la misma categoría como lo es el Consejo de Estado apartarse de dicha interpretación que solo adquiere relevancia como principio auxiliar toda vez que la reglamentación del derecho a la vida solo compete al legislador como fue establecido en la discusión**” (folio 19).

autonomía que les asiste. Finalmente, la Directiva 006 de 2016 se ajusta a las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos relativas al derecho a la vida y los derechos de las mujeres a la IVE.

Respetuosamente,

César Rodríguez Garavito
CC.79.555.322

Nina Chaparro González CC.
1.010.168.351

Vanessa Daza Castillo CC.
1.120.747.318

María Ximena Dávila CC.
1 019.093.561

Maryluz Barragán González
CC. 1.128.055.154