

La tercera vía del derecho penal en el delito de aborto y el principio de oportunidad en Colombia*

The third way of criminal law in the crime of abortion and the principle of opportunity in colombia

Recibido: Agosto 23 de 2021 - Evaluado: Septiembre 28 de 2021 - Aceptado: Octubre 30 de 2021

Henry Torres Vásquez**

Para citar este artículo / To cite this article

Torres Vásquez, H. (2022). La tercera vía del derecho penal en el delito de aborto y el principio de oportunidad en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 13 (24), X-X.

Resumen:

En este artículo se examina el delito de aborto establecido en el artículo 122 del código penal y la posibilidad de que en Colombia se utilicen otras formas de terminar la acción penal, evitando así imponer penas o medidas de seguridad. Si bien actualmente no hay forma de impedir la penalización en todos los casos de una conducta punible como el aborto, sí es posible lograrlo a través del procedimiento penal aplicando el principio de oportunidad que se encuentra consagrado en los artículos 321 y siguientes del código de procedimiento penal y regulado en el decreto 4155 de 2016. Cuando el proceso penal termina con una pena o sanción se apologiza el clásico derecho penal retributivo, y en este escrito se aboga por recurrir a la reparación o a la aplicación del principio de oportunidad, las que son una tercera vía del derecho penal.

En este trabajo para tal efecto se reúne la jurisprudencia más relevante de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia respecto al delito de aborto y se atiende a lo resaltado tanto en la doctrina nacional como en la internacional sobre el principio de

* Artículo que pertenece al proyecto de investigación “Características, mecanismos y dinámicas de la terminación anticipada del proceso penal en el departamento de Boyacá”, grupo de investigación “Derecho penal y DIH” de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Correo: henry.torres01@uptc.edu.co. ORCID <http://orcid.org/0000-0002-5299-8269>

** Doctor en Sistema penal de la Universidad Jaime I de Castellón, España. Tesis doctoral: análisis del terrorismo de Estado, máxima calificación “Cum Laude” por unanimidad, 2008. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Licenciado en derecho en España. Par académico e investigador Asociado (1) de Colciencias. Profesor de planta de Derecho penal de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

oportunidad, lo cual conlleva a enaltecer el debate interno sobre el delito de aborto y si penalizarlo o no, lo que servirá de apoyo en igual sentido en el ámbito internacional.

Se concluye que, ante delitos inanes como el aborto, el principio de oportunidad es el mejor balance entre justicia y capacidad del sistema penal y es en últimas una tercera vía del derecho penal.

Palabras clave: Tercera vía, aborto, reparación, derecho penal, principio de oportunidad.

Abstract:

This article examines the crime of abortion established in article 122 of the penal code and the possibility that in Colombia other ways of ending the criminal action are used, thus avoiding imposing penalties or security measures. Although currently there is no way to prevent the criminalization in all cases of punishable conduct such as abortion, it is possible to achieve it through criminal procedure applying the principle of opportunity that is enshrined in articles 321 and following of the code of procedure. criminal and regulated in decree 4155 of 2016. When the criminal process ends with a penalty or sanction, the classic retributive criminal law is apologized, and in this document we advocate recourse to reparation or the application of the principle of opportunity, which are a third way of criminal law.

In this work, for this purpose, the most relevant jurisprudence of the Constitutional Court and the Supreme Court of Justice regarding the crime of abortion is brought together, and what is highlighted in both national and international doctrine on the principle of opportunity, which leads to enhance the internal debate on the crime of abortion and whether to penalize it or not, which will serve as support in the same sense in the international arena. It is concluded that, when faced with inane crimes such as abortion, the principle of opportunity is the best balance between justice and the capacity of the penal system and is ultimately a third way of criminal law.

Keywords: Third way, abortion, reparation, criminal law, principle of opportunity.

Resumo:

Este artigo examina o crime de aborto estabelecido no artigo 122 do código penal e a possibilidade de que na Colômbia sejam utilizadas outras formas de encerrar a ação penal, evitando assim a imposição de penas ou medidas de segurança. Embora atualmente não haja como impedir a criminalização em todos os casos de uma conduta punível como o aborto, é possível alcançá-la através do processo penal aplicando o princípio da oportunidade consagrado nos artigos 321 e seguintes do Código de Processo. e regulamentado no decreto 4155 de 2016. Quando o processo penal termina com pena ou sanção, defende-se o direito penal retributivo clássico, defendendo-se neste escrito o recurso à reparação ou à aplicação do princípio da oportunidade, que são terceira via do direito penal.

Para tanto, este trabalho reúne as mais relevantes jurisprudências do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal de Justiça a respeito do crime de aborto e atende ao que é destacado tanto na doutrina nacional como internacional sobre o princípio da oportunidade, o que leva

a exaltando o debate interno sobre o crime de aborto e puni-lo ou não, que servirá de suporte no mesmo sentido no cenário internacional.

Conclui-se que, diante de crimes fúteis como o aborto, o princípio da oportunidade é o melhor equilíbrio entre a justiça e a capacidade do sistema penal e é, em última instância, uma terceira via do direito penal.

Palavras-chave: Terceira via, aborto, reparação, direito penal, princípio da oportunidade.

Résumé:

Cet article examine le crime d'avortement établi à l'article 122 du code pénal et la possibilité qu'en Colombie d'autres moyens de mettre fin à l'action pénale soient utilisés, évitant ainsi l'imposition de sanctions ou de mesures de sécurité. Bien qu'il n'existe actuellement aucun moyen d'empêcher l'incrimination dans tous les cas d'un comportement punissable tel que l'avortement, il est possible d'y parvenir par la voie de la procédure pénale en appliquant le principe d'opportunité consacré par les articles 321 et suivants du code de procédure. et réglementé par le décret 4155 de 2016. Lorsque le procès pénal se termine par une peine ou une sanction, le droit pénal rétributif classique est défendu, et dans cet écrit, il est préconisé de recourir à la réparation ou à l'application du principe d'opportunité, qui sont un troisième voie du droit pénal.

À cette fin, ce travail rassemble la jurisprudence la plus pertinente de la Cour constitutionnelle et de la Cour suprême de justice en matière de délit d'avortement et s'occupe de ce qui est mis en évidence tant dans la doctrine nationale qu'internationale sur le principe d'opportunité, qui conduit à exaltant le débat interne sur le crime d'avortement et de le pénaliser ou non, qui servira de support dans le même sens sur la scène internationale.

Il est conclu que, face à des crimes insensés comme l'avortement, le principe d'opportunité est le meilleur équilibre entre la justice et la capacité du système pénal et constitue finalement une troisième voie du droit pénal.

Mots-clés: Troisième voie, avortement, réparation, droit pénal, principe d'opportunité.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Plan de redacción. - 1. La tercera vía. -2. La ineficacia de la pena. -3. El principio de oportunidad. -4. El delito de aborto. -5. La justicia restaurativa y la tercera vía. -6. Formas de terminas el proceso penal por el delito de aborto. - Conclusiones. Referencias.

Introducción.

De entrada, hay que aclarar que en este artículo no se está hablando de otras conductas relativas al aborto como son, el parto o aborto preterintencional (artículo 118 del código penal) ni tampoco del aborto sin consentimiento (artículo 123 del código penal), ni lesiones al feto (artículo 125 del código penal), ni lesiones culposas al feto (artículo 126 del código penal) (Ley 599, 2000). Tampoco se entra a analizar el sujeto activo de la conducta cuando es indeterminado, es decir, aquí se aborda únicamente el estudio de la mujer como sujeto

activo de la conducta punible de aborto, cuando hay una interrupción voluntaria del embarazo (IVE), aunque es cierto que la perspectiva desde la que aborda esta publicación es desde la mujer como el centro del tipo penal, lo que a veces la puede hacer ver como víctima. El estudio se emprende desde la mirada de la no necesidad de un tipo penal que castigue el aborto doloso consentido y desde la opinión científica que, en materia penal, como ocurre en Colombia, está consagrado un tipo penal que castiga el aborto. Para evitar el castigo a la mujer que incurre en esa conducta, en este caso desde el punto de vista procedimental penal se acude a la tercera vía del derecho penal, la que puede extrapolarse a quien cause el aborto con el consentimiento de la mujer. No obstante, conscientemente el estudio deja de lado las profundas tradiciones de fe y aboga por una visión liberal del derecho penal.

De otra parte, un aspecto significativo de la sociedad contemporánea es el crecimiento exponencial de la criminalidad, situación que aumenta los casos que llegan a un sistema penal permanentemente colapsado. Aunado a esta particularidad se encuentra la singularidad de suponer que el derecho penal es la solución a todos los problemas que la sociedad tiene. Está tan arraigada esta opinión que, si hay un menor número de conductas que sean penalizadas o si hay una menor pena de prisión para ciertas conductas, una parte de la sociedad emite voces que señalan su total inconformidad al considerar que el gobierno y el modelo de justicia son incapaces de acabar con la criminalidad lo que conlleva la impopularidad respecto a todo el sistema penal. El derecho penal es a todas luces el repositorio de los males de la sociedad, esta sociedad no cambia su patrón de actitud frente a la justicia, siendo ella, en muchas ocasiones caótica, perversa, anárquica, pero crítica del sistema penal.

En el derecho penal la aplicación del principio de la última ratio, no necesariamente impone una “camisa de fuerza” al sistema de penal, lo cual se aprecia sin mayores dificultades en numerosas conductas, en las que la doctrina colombiana, ha señalado no deberían ser objeto del derecho penal, por ejemplo, el aborto. Esta conducta punible es objeto de debate, pero continúa siendo parte de la teórica solución a problemas arraigados de la sociedad colombiana en los que dentro de sus muchas causas subyacen aspectos como la desigualdad social, la pobreza, falta de oportunidades, la ignorancia, entre otras.

Sin desconocer que una parte de la sociedad aupada por los medios masivos de comunicación o viceversa, piden constantes reformas al código penal, tampoco se desconoce que hay un populismo punitivo y que el incremento de penas, la tipificación de nuevas conductas, en numerosas ocasiones pasan a ser los que “solucionan” los problemas de la criminalidad por un lado y de la rampante impunidad por el otro, todo lo cual se dice termina mejorando la seguridad o para otros la inseguridad en sus diversas clases.

Se puede asumir que en un medio como el colombiano los delitos sean severamente castigados; así lo pide el populismo punitivo y sus seguidores, como señala el profesor Muñoz Conde (2010) “la aceptación de esta realidad no quiere decir, ni mucho menos, que tenga que ser una aceptación acrítica. Las experiencias habidas hasta la fecha con el Derecho penal demuestran hasta qué punto éste puede ser manipulado y utilizado para reprimir derechos fundamentales de las personas y perpetuar las injusticias estructurales del sistema” (pág. 36).

Ante este panorama, cuando se examina la reparación en el contexto de la justicia penal en Colombia, y se considera el principio de oportunidad establecido en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal en sus causales 1, 6, 7, 12 o 15 (Ley 906, 2004), es importante tener en cuenta que, en general, en el mencionado principio se encuentra una tercera vía del derecho penal en que las penas o sanciones se evitan y que, al centralizarse en los derechos de las víctimas, se satisface a esa y a la sociedad, respecto al daño que les hayan causado con la comisión de la conducta punible.

No se puede considerar la tercera vía como una alternativa al clásico derecho penal, tampoco como complementaria, a través de ella, lo que efectivamente se desea en la tercera vía del derecho penal es centralizar a la víctima y que de ese modo ella pueda intervenir activamente en la defensa de sus intereses en el proceso penal. Que esta sea la principal protagonista y que a partir de su asentimiento se dé por terminado ciertos procesos penales que de ninguna manera debieran llegar a juicio y mucho menos, que lleguen a tener una sentencia condenatoria y peor aún si es privativa de la libertad. O bien en ciertos tipos penales en los que su consagración legal y el ejercicio de la acción penal no debería llevarse a cabo o si ya se inició es mejor terminarlo con mecanismos más expeditos. En todo caso estos mecanismos están dentro del marco legal y cada vez gozan de afecto.

Problema de investigación.

En un delito como el aborto se protege el nivel de vida intrauterino dependiente, el cual en Colombia es una conducta punible establecida en el artículo 122 del código penal:

“Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.” (Ley 599, 2000)

La política criminal permeada de sus ancestrales rasgos conservadores mantiene un tipo penal como el aborto con la pretendida finalidad de lograr “convivir pacíficamente”. La afectación al bien jurídica vida, en el caso concreto del delito de aborto consentido, es discutible en torno a si afecta o pone en peligro el bien jurídico o si, por el contrario, el bien jurídico se afecta cuando no se permite abortar legalmente. En esta circunstancia la mujer se ve compelida a abortar, generalmente en condiciones de poca o ninguna higiene; o bien le toca continuar con un embarazo que no puede o no quiere seguir; lo que de por sí, constituye un problema de salud pública.

Desde muchos puntos de vista no es aconsejable iniciar o llevar a cabo una acción penal por una conducta punible denominada aborto, máxime si es consentido. Ya que son múltiples las consecuencias de su penalización, en cambio sí hay muchas ventajas al terminar el proceso por la vía de la reparación o bien en aplicación del principio de oportunidad, en otras palabras, aplicando la tercera vía del derecho penal.

Entonces, en razón de lo anterior resulta necesario analizar ¿cuál es la posibilidad de aplicación del de una tercera vía del derecho penal en los delitos de aborto en Colombia?

Metodología.

Para lograr el objetivo propuesto, se recoge toda la información sobre el aborto y sus posibilidades de despenalización, ya sea la emitida por medio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional o de la Corte Suprema de Justicia. En igual sentido se estudia el principio de oportunidad y como base importante se profundiza en la tercera vía del derecho penal. Estos conceptos se consideran por separado y luego se examinan integralmente. Siendo esta una investigación socio-jurídica con una metodología análisis-síntesis.

Esquema de resolución del problema jurídico

Plan de redacción

1. La tercera vía.

Mediante la tercera vía se tiene presente a la víctima en el sentido de su participación activa en acciones concretas que tienden a la reparación del daño producido y es la solución real del conflicto jurídico penal que a menudo se presenta frente a conductas nimias.

A través de la tercera vía se busca no solo la reparación del daño, sino que persigue la rehabilitación del delincuente y restituir la dignidad de la propia víctima. En últimas lo que busca es conseguir un efecto general preventivo positivo. Lo que se traduce en cambios de comportamientos.

Si la tercera vía del derecho penal es una solución para mejorar la convivencia pacífica. Esta debe tener en cuenta aspectos como:

- a) Se puede aplicar antes, durante y después del inicio de la acción penal. Antes cuando la tercera vía plantea la reparación del daño como una forma de despenalizar ciertas conductas. Es decir que el legislador tenga en cuenta esta alternativa a la pena o medida de seguridad. Vista así la tercera vía es una salida alternativa del derecho penal la cual es utilizada para delitos de poca gravedad, lo que en definitiva procura evitar el expansionismo del derecho penal. La tercera vía se puede efectuar en un momento anterior a la perpetración de la conducta, lo que es fácilmente sería parte de una política pública. Aunque la reparación realizada antes de iniciarse el proceso penal, no sea una pena por falta del elemento coactivo, propio del derecho penal, es evidente que de no llegar a ser reparado el daño la conducta será objeto de persecución penal.
- b) La tercera vía del derecho penal es aplicable durante el pleno ejercicio de la acción penal, en aquellas situaciones en las que el proceso se haya iniciado el juez puede no imponer una pena y en cambio castigar con una sanción reparatoria. En este caso, la tercera vía pretende renunciar a la aplicación de la pena gracias a la reparación, la que por supuesto hace parte de la política criminal.
- c) Después de terminada la acción penal, los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad en Colombia pueden evitar que el condenado cumpla con su pena, una vez haya reparado o cumplido de cualquier modo con las posibilidades que dimanen de la tercera vía del derecho penal. Este tipo de exigencias hacen que la tercera vía se efectúe dentro de una política penitenciaria y carcelaria. La alternativa que se

propugna a través de la tercera vía se debe a la ineficacia del régimen penitenciario y carcelario el cual proviene de la incapacidad o la inexistencia de una política criminal a la cual seguramente antecede el no existir una política pública que prevenga las conductas criminales.

En este punto es necesario pregonar las bondades de la tercera vía del derecho penal. Así pues, en esta tercera vía se encuentra la reparación al daño causado, reparación que puede ser individual o colectiva y que, puede darse en todas las fases del proceso penal, inclusive desde antes de darse la acción penal. Lo anterior unido a que la reparación puede ser de variadas formas y se puede celebrar (claro está dentro de unos parámetros establecidos en forma previa). Esta reparación viene a satisfacer y proteger los derechos de los más vulnerables, por lo cual es importante tener en cuenta que, aquí no se hace relación solamente al incidente de reparación integral consagrado en el artículo 94 del CPP, más bien se aboga por que existan acciones rogadas en las que no siempre sea necesario una audiencia y en las que se le dé un enorme privilegio a lo acordado entre las partes.

El restablecimiento del derecho y la reparación integral son conceptos diferentes, puesto que el primero es devolverle a la víctima lo perdido y la segunda es remediar el daño.

La tercera vía viene a evitar que sean penadas muchas conductas, también es posible sustituir la pena, o bien atenuarla, en virtud a que, si el sujeto activo repara en muchos procesos y en muchas conductas o bienes jurídicos protegidos podría inclusive, no haber lugar a pena o medida de seguridad, ni siquiera habría delito. Pero en otros eventos la reparación vendría a atenuar o a minorar la pena con lo cual el sujeto activo podría obtener beneficios o subrogados penales que darían origen a la libertad.

El principio de oportunidad exige la presencia de víctima, de tal manera que esta pueda hacer valer sus derechos. En la tercera vía es de resaltarse que, en este tipo de justicia, la víctima disfruta de un importante un papel ya que siempre es llamado a ser valer sus derechos, de tal modo que se le pueden resarcir los perjuicios producidos con el delito. Si la víctima no participa en el proceso se deshumaniza el derecho penal y muy seguramente haya una doble victimización.

2. La ineficacia de la pena.

El derecho penal, por cuestiones político criminales, llega a considerar la necesidad de la pena, pero en algunos eventos el derecho penal puede perseguir como fundamental la reparación para satisfacer a la víctima, evitar la imposición de penas y medidas de seguridad y de esa manera hacer justicia y mejorar la convivencia pacífica. Como ha destacado Galain (2005) “al derecho penal se le ha asignado la misión de: a) Proteger bienes jurídicos; b) motivar conductas; c) prevenir en forma general y reafirmar la norma”. (pág. 187). La exigencia de la pena desde el punto de vista de las exigencias sociales sin llegar a ver reparación del daño, representa poco o nada para la víctima en concreto de un delito. En esta dirección teórica, Muñoz Conde señala que la finalidad de la pena la define en tres teorías como lo son la absoluta en la cual: “el sentido de la pena radica en la retribución, en la imposición de un mal por el mal cometido” (Muñoz Conde, 2010, págs. 48-49), a su vez la teoría relativa da como fin de la pena: la intimidación de la generalidad de los ciudadanos,

para que se aparten de la comisión de delitos”, y en la teoría de la unión es la: pura retribución del delito culpablemente cometido y sólo dentro de este marco retributivo y, por vía de excepción, admiten que con el castigo se busquen fines preventivos”.

Igualmente, el referido tratadista español, afirma que la pena también tiene como finalidad la prevención ya sea general o especial por lo que precisa la prevención especial como positiva y negativa en la cual la: “prevención general positiva que más que la intimidación general, persigue el reforzamiento de la confianza social en el Derecho” y la negativa es donde “se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida”. La prevención especial es aquella que: “incidiendo sobre el delincuente ya condenado, corrigiéndolo y recuperándolo para la convivencia, fomentando en él una actitud de respeto por las normas jurídicas”, (Muñoz Conde, 2010, págs. 50-51). Entonces la pena es intimidación, y esto a la víctima del delito seguramente poco le interesa, en cambio sí y quizás mucho le importe, la reparación.

Al respecto Hirsch recordado por Rodríguez (1998) “explica que la reparación no se debe basar en el objetivo preventivo-general positivo o integrador, puesto que la supuesta tercera vía que busca ser, se funda en tal equívoco. Sin embargo, la reparación tiene efectos de prevención general positiva, puesto que si se considera que la pena debe cumplir con la función de cohesionar a la sociedad y, por ende, generar un efecto de fidelidad al Derecho, la reparación puede cumplir con tales objetivos de manera más efectiva que la pena privativa de libertad, ya que la colectividad al ver que el autor del hecho punible debe cumplir –y sobre todo cuando cumple- con la reparación, constata que el sistema penal funciona; más aún, que funciona bien”.(pág. 35).

En Colombia, en líneas generales, tal como dice Galaín (2005) sucede en Alemania “el esfuerzo reparador que se traduce en una reparación efectiva del daño, puede conducir a una total renuncia a la pena, o al menos a una importante disminución de la misma” (pág. 197).

La pena vista como cualquier tipo de castigo es por supuesto ilógica, en algunos casos, y quizás sea vista como absurda cuando de la pena de prisión se trata. Al respecto Rodríguez critica como el derecho penal no ha logrado alcanzar la prevención de conductas a través de “su instrumento más común: la pena privativa de libertad, debido a que dicha sanción no puede ser vista como benigna, ya que en sí misma es un mal”, (Rodríguez Delgado, 1998, pág. 31). Este aspecto es significativo en lo que se verá adelante sobre el delito de aborto doloso consentido.

Para Monge el fin de la pena está relacionada con dos momentos el primero es cuando: “la amenaza penal, o sea, cuando el legislador decide prohibir una conducta bajo amenaza de pena, es decisiva la idea de la prevención general de la intimidación”. Y el segundo momento es el de: “la aplicación de la pena, predomina la idea de retribución”. (Monge Fernández, 2009, pág. 99). En cuanto a la función preventivo general negativa, Rodríguez señala que “la reparación generaría esa intimidación psicológica. (Rodríguez Delgado, 1998, pág. 36).

Como se colige, la representación del castigo en materia penal para prevenir el delito, es una constante en nuestras sociedades. Ante esta situación, está claro que hay que buscar otras formas de terminar con el proceso penal. Y la reparación del daño y la aplicación del principio

de oportunidad son las que requiere una sociedad que estime importante vivir en paz, es aquí donde se puede acudir a una tercera vía del derecho penal.

El profesor Roxin indica que más allá de sancionar la conducta de una persona con una pena está la reparación del daño que se ha causado a la víctima, añade que esta reparación beneficia estrictamente a las víctimas. El gran profesor alemán (Roxin, 1992) ha manifestado que “la reparación puede aportar mucho para el cumplimiento de los fines de la pena y con ello también adquiere importancia política criminal. En primer lugar, está al servicio del restablecimiento de la paz jurídica, lo que llamó integración-prevención, cuando el autor repara con sus medios” (pág. 29).

Está demostrado plenamente que el derecho penal tiene la función de proteger bienes jurídicos y de prevenir de forma general para legitimar la pena en conductas tanto graves como leves, aun así, la tercera vía es factible de utilizarse en delitos culposos y en delitos dolosos que tengan pena privativa de la libertad, es apenas obvio que en aquellas conductas en las que la conducta es efectuada con culpa o preterintención o con el consentimiento de la víctima como es el caso del delito de aborto doloso consentido, es aplicable el principio de oportunidad, y en general es aconsejable cualquier salida jurídico penal que tenga que ver con la justicia restaurativa que es la tercera vía del derecho penal.

Es claro que con la tercera vía del derecho penal hay una renuncia a la aplicación de la pena o medida de seguridad, lo que permite que el agresor pueda ser rehabilitado y en últimas resocializado, acudiendo a otras formas diversas al tratamiento que teóricamente se puede dar con la imposición de una pena de prisión.

3. El principio de oportunidad

Parte fundamental del principio de oportunidad es aquello que le da respaldo, esto es la política criminal. El artículo 122 del código penal tipifica el tipo penal de aborto. Y en este tipo penal y en todos los consagrados en el código en Colombia, la fiscalía está obligada a llevar a cabo la acción penal, esta acción la realiza por el conocimiento que, por vía de denuncia, querrela, petición especial etc., tiene sobre la ocurrencia de una conducta que reviste las características de un delito. Con ese fundamento inicia los actos de investigación, con la finalidad de determinar si la conducta se adecua al menos a un tipo penal y quién o quiénes participaron en la misma en calidad de autores o partícipes. Sin embargo, la excepción constitucional y legal es el principio de oportunidad.

Señala en el artículo 323 el Código de procedimiento penal que:

“La Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece este código para la aplicación del principio de oportunidad.

El principio de oportunidad es la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el

Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías. (Ley 906, 2004)

La fiscalía tiene, en virtud del principio de oportunidad, la posibilidad de interrumpir, suspender o renunciar a la acción penal; esto representa una disminución importante de la tradicional congestión del sistema judicial colombiano, el cual abarca una solución a una amplia variedad de problemas de la administración de justicia entre los que está la crisis del sistema penitenciario y carcelario.

El fiscal tiene heterogéneas justificaciones frente a la acción penal surgida del conflicto que dimana de la violación a la norma penal. El interés primario de solicitar al juez de garantías enviar a prisión al infractor penal, inclusive de manera preventiva. Y después de un proceso penal generalmente largo, solicitar al juez de conocimiento imponer una pena de prisión. Por estas razones la ley le ha autorizado para proceder dentro del imperativo del principio de legalidad y dar por terminado un proceso penal específico. En esta dirección puede precluir la investigación, llegar a preacuerdos con el autor o participe o bien aplicar el principio de oportunidad y en determinadas situaciones archivar el proceso. Para este trabajo la atención la tenemos en el principio de oportunidad y en otra salida a la clásica pena o medida de seguridad, tal como es la tercera vía del derecho penal.

Se puede aplicar el principio de oportunidad en la indagación o en la etapa de investigación, esta opción para el fiscal se puede dar incluso, según el artículo 323 del Código de Procedimiento Penal, “hasta antes de la audiencia de juzgamiento” (Ley 906, 2004)

Respecto a las causales y para no desbordar la seguridad jurídica, estas son taxativas y claramente indicadas en la ley. En ese mismo sentido, el fiscal posee legalmente una discrecionalidad que le permite analizar si aplica o no el principio de oportunidad. Así se expresa que “las causales de aplicación del principio de oportunidad son taxativas, autónomas e independientes, razón por la cual no es posible deducir la existencia de nuevas causales aduciendo la combinación entre ellas o entre estas y los parágrafos del artículo 324 de la Ley 906 de 2004” (Resolución 4155, 2016). El fiscal está sujeto a una discrecionalidad reglada, es así que la Corte Constitucional ha dicho que esto obedece a “límites objetivos, claros y precisos a las facultades discrecionales de los funcionarios” (Sentencia C-1062, 2003).

En la denominada justicia premial y negociada, el principio de oportunidad es bien importante, en la medida en que es un medio para fortalecer el sistema de justicia penal, es una tercera vía del derecho penal, con lo que las posibilidades de mediación, transacción conciliación o desistimiento en las que exista reparación se puede dar antes de iniciarse el proceso penal, durante e inclusive después de haya sentencia condenatoria. El principio de oportunidad es una forma legítima que permite al Estado no continuar con la acción penal. La acción penal al iniciarse y mediante un trámite procedimental supone luego de un debate probatorio en un juicio oral, la imposición de pena o medida de seguridad al autor o participe de la conducta criminal.

Mediante este principio se disminuyen los conflictos sociales; la sociedad, la víctima, el procesado y el sistema penal, ante una salida al conflicto penal se consolidan mutuamente.

De ese modo la administración de justicia penal puede dedicarse a la persecución de otro tipo de delitos más graves que atentan con mayor rudeza la convivencia pacífica.

El principio de oportunidad contiene muchas ventajas y debe ser aplicado en delitos donde el daño ocasionado es inane, donde la conducta es de escasa relevancia o gravedad, o donde el sujeto activo de la conducta es un delincuente primario o motivado por impulsos altruistas, o bien donde la pena carezca de importancia y en todas las acciones que revistan la característica de delito, pero en las que el sujeto activo pueda servir para desvertebrar organizaciones criminales o descubrir sus autores o partícipes.

La Corte Suprema ha señalado que ante la enorme cantidad de procesos que llevan fiscales y jueces que producen un desgaste en su actividad, y para que estos puedan “concentrarse en lo que verdaderamente ponía en peligro nuestra convivencia, por ello se concibió, entre otros mecanismos, el del principio de oportunidad.” (Sentencia Casación 29183, 2008).

Es indiscutible que en Colombia la viabilidad práctica de suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal, es legalmente válida, porque así lo establece la Constitución y la ley. Así pues, desde el punto de vista constitucional, el fiscal tiene facultades para adelantar o no la acción penal, es pues una facultad constitucional discrecional. Desde el punto de vista legal el artículo 321 y siguientes aluden al principio de oportunidad señalando sus características, causas y efectos, lo que junto al artículo 5 del (Resolución 4155, 2016), en su artículo 3 consagra el principio de oportunidad, expresando la mencionada discrecionalidad a tal punto que el fiscal “cuando se cumplan las condiciones para su adopción” (Resolución 4155, 2016) puede no aplicar el principio de oportunidad.

Una vez se presenta la solicitud de aprobación del principio de oportunidad ante el juez de control de garantías por parte del fiscal; el juez puede aprobarlo o improbarlo; en este evento el fiscal, el procesado o su defensa pueden presentar recursos de reposición y apelación. Esto de conformidad con lo dicho por la honorable Corte Suprema de Justicia “el procesado o su defensa [puede] impugnar la decisión que se adopte por el juez de garantías sobre el particular, cuando estimen que ésta les resulta contraria o transgresora de sus garantías fundamentales.”(Sentencia Casación 104808, 2019).

Los fines que tiene el principio de oportunidad son variados; no obstante, se destacan aquellos que hacen relación directa con mejorar la ecuanimidad en razón a la racionalización de la administración de justicia, la humanización de la justicia, y el brindar a la víctima la posibilidad de ser resarcida en su perjuicio. Esto viene a ser una amalgama de fines que propenden por una justicia más ágil, más equitativa y evitar en lo posible la crisis del sistema penal y la continuación del hacinamiento en cárceles y penitenciarias del país.

Así pues, los fiscales al aplicar el principio de oportunidad dentro de unos presupuestos manifiestamente reglados en el artículo 324 del código de procedimiento penal, y siendo claros que hay un amplio margen discrecional en su actuación que le permiten actuando dentro de la ley, considerar una conducta como encuadrable en una causal de las susceptibles de aplicar el principio de oportunidad, el fiscal actúa conforme a la ley (Ley 906, 2004). No obstante, que puede considerar que la conducta se ajusta a la causal invocada, es el juez de control de garantías quien legaliza el principio de oportunidad y como consecuencia de su aprobación se extingue la acción penal y se archiva el proceso.

Es de recordarse que hay dos controles de legalidad de aplicación del principio de oportunidad. En primer lugar, lo tiene que efectuar la fiscalía, cuando imponga como parte del principio de legalidad la suspensión de la acción penal y en consecuencia asigne obligaciones al autor o participe, es decir en el caso en el que se suspende el ejercicio de la acción penal. En segundo lugar, el control es posterior por parte del juez de control de garantías cuando verifica la legalidad de la aplicación del principio. Ambos controles son importantes en la medida en que el siguiente paso después de esos controles es la renuncia a la acción penal y el consecuente archivo del proceso.

4. El delito de aborto.

En Colombia no preexiste ningún derecho o norma en el cual se proteja la vida del nasciturus o embrión, existen múltiples derechos que protegen a la mujer en gestación como lo es el artículo 43 de la Carta Política en la cual “durante el embarazo y después del parto [la mujer goce] de especial asistencia y protección del Estado” (Constitución política de Colombia, 1991). La discusión se puede centrar en si el que está por nacer tiene derechos o no. La Corte Constitucional en la sentencia C 355/2006 afirmó que el ordenamiento jurídico protege al nasciturus, pero no como persona, por lo que la prohibición del aborto radicó en: “el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación y no en el carácter de persona humana del nasciturus y en tal calidad titular del derecho a la vida” (Sentencia C-355, 2006). Del mismo modo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*, analizó las afectaciones generadas a un grupo de personas a partir de la prohibición general de practicar la fecundación in vitro, se ha pronunciado sobre el derecho que tiene el no nacido afirmando que el embrión no puede ser “tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida” (Caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*, 2012)

En nuestro país la Corte Constitucional en la Sentencia C-355,2006 reconoció la interrupción del embarazo bajo tres preceptos: “con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto” (Sentencia C-355, 2006).

En esta sentencia la Corte Constitucional afirmó que el aborto no constituye un delito y quedó despenalizado parcialmente, estos criterios quedaron ligados como un derecho de la mujer el cual debe ser garantizado por el sistema de salud, si en algún momento el sistema de salud es negado se vulnerarían los derechos de igualdad y dignidad humana, restringiendo su libertad de tomar decisiones de su vida sexual y reproductiva. En esta dirección, afirma el relator especial sobre el derecho a la salud de la ONU Anand Grover “las leyes penales que castigan y restringen el aborto inducido son el ejemplo paradigmático de las barreras inaceptables que impiden a las mujeres ejercer su derecho a la salud y, por consiguiente, deben eliminarse.

Estas leyes atentan contra la dignidad y autonomía de la mujer al restringir gravemente su libertad para adoptar decisiones que afecten a su salud sexual y reproductiva. Asimismo, generan invariablemente efectos nocivos para la salud física, al ser causa de muertes evitables, morbilidad y mala salud, y para la salud mental, entre otras cosas porque las mujeres afectadas se arriesgan a caer en el sistema de justicia penal. La promulgación o el mantenimiento de leyes que penalicen el aborto puede constituir una violación de la obligación de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la salud”. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2011). Del mismo modo el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer dispone que es obligación de los Estados proteger el derecho de la mujer a la salud, dando prioridad a la prevención del embarazo, la planificación familiar y la educación sexual y los Estados deberían: “enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a aborto” (Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, 1999, pág. 7).

En torno a este tema, Lara Castro al estudiar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos al igual que la Corte interamericana de Derechos Humanos, indica que “se puede deducir que las legislaciones de los países miembros no podrían contener una prohibición total y absoluta de la interrupción del embarazo. La Corte, además, enfatizó que los derechos reproductivos integran los derechos humanos y que existe un derecho a procrear, así como un derecho a no procrear.” (Castro Lara, 2018, pág. 77).

Los Estados tienen el compromiso convencional de garantizar el acceso efectivo al aborto legal, basados en que el aborto no debe estar prohibido, al respecto Lara revela que “si bien la Comisión Interamericana sí se ha expresado de manera más contundente al recomendar – mediante sus informes de países– la terminación de la prohibición total del aborto, la Corte no ha hecho una declaración general y su línea jurisprudencial dista mucho de ser coherente” (Castro Lara, 2018, pág. 182). La razón principal por la cual no hay una prohibición total del aborto ni tampoco hay una libertad total para la mujer que quiere abortar.

No puede haber una utilización de la norma penal sobre el aborto sin ninguna necesidad. Incluso a veces hasta se exagera en la protección penal, como ocurre en algunas legislaciones, donde el aborto culposo y el provocado a sí misma por la mujer embarazada, es punible, al igual que el efectuado de manera dolosa. En Colombia el culposo no es punible, pero si el doloso, no obstante, se propugna por su despenalización total.

En un plano de libertad y de acuerdo con el libre desarrollo de la personalidad debe haber un aborto que no sea punible, y que como consecuencia el aborto sea legal, seguro y especialmente gratuito, asumido por el Estado.

5. La justicia restaurativa y la tercera vía.

El artículo 250 de la Constitución Nacional, unido a lo señalado en el artículo 324 del CPP y a lo regulado en la resolución 4155 de 2016 (Resolución 4155, 2016), son ejemplos de lo que se puede lograr con justicia restaurativa. Esto es patente a través del denominado principio de oportunidad el que llega a ser una forma de reducir los procesos que llegan a juicio y es un claro límite a la prisión.

En este aspecto González (2012) reconoce que “la Justicia Restaurativa representa el respeto experimentado y recíprocamente asegurado de la dignidad humana en cualquier circunstancia, y frente a cualquier riesgo al que nos exponga su defensa. Se basa en la convicción de que el conflicto tiene tres caras, y una de ellas es la sociedad, que debe responsabilizarse en el proceso de justicia, el cual no sólo pertenece a las partes o al Estado como ente regulador, sino que también pertenece a la comunidad toda, la que debe asumir responsabilidades en relación con los factores económicos, sociales y morales que contribuyen al conflicto” (pág 15).

En el sistema penal colombiano en ocasiones se utiliza la discriminación y la despenalización como formas de evitar el hacinamiento penitenciario y carcelario unido por supuesto a la justicia restaurativa establecida en los artículos 521 a 528 del CPP. También allí se incluye la conciliación pre-procesal del diálogo y la negociación con objetivos eminentemente restauradores. No obstante, estos fines no se logran en razón a que el sistema penal colombiano desde la génesis del *ius puniendi* pasando por la política criminal y terminando en la interpretación que los aplicadores de justicia llevan a cabo, permite aseverar que no se acude a una tercera vía del derecho penal, paradójicamente buscando eficientismo y garantismo penal.

El modelo de justicia restaurativa propugna por un acuerdo entre las partes. “De esta manera, la Justicia Restaurativa no privatiza ni estatiza el conflicto, y tampoco lo entrega sólo a la comunidad. Sitúa a estos actores (poder ejecutivo, judicial, comunidad, partes, víctima y victimario) en un equilibrio de poderes y obligaciones respecto al conflicto (identificado por una discrepancia, transgresión, falta o delito), sus orígenes y consecuencias, formando una red colaborativa” (González Ramírez, 2012, pág. 15).

El sistema se edifica a partir de la reparación. En ella las víctimas del delito cometido o los perjudicados realizan una mediación con quien cometió la conducta, este puede ser acordado, por ejemplo, con la reparación en dinero, simbólica etc., del daño ocasionado.

La reparación se puede llevar a cabo en las etapas procesales en la cual se divide el proceso penal, y al finalizar el juicio oral con sentencia condenatoria, el derecho penal colombiano determina que a partir de allí también se puede lograr el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el delito.

En los artículos 101 y siguientes del código procesal penal se encuentra el incidente de reparación integral, es decir la víctima en ese incidente puede obtener verdad, justicia y reparación. En este sentido, la Sentencia C-228 de 2002 emanada de la Corte Constitucional, reconoce que la víctima o perjudicado con un delito no solo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios, sino que, además tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia (Sentencia C-228, 2002). En este incidente es responsable civilmente el autor de la conducta o el tercero civilmente responsable y lo puede promover la víctima, y en algunos casos la Fiscalía o el Ministerio Público.

A su vez el sistema penal colombiano tiene taxativamente consagrado tanto penas en los artículos 34 y siguientes del Código penal como medidas de seguridad en los artículos 69 y sucesivos (Ley 599, 2000).

Ahora bien, ya en el capítulo sexto del código penal se alude a la responsabilidad civil derivada de la conducta punible, de tal modo que el artículo 94, señala “Reparación del daño. La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella” (Ley 599, 2000). Y el artículo 96, señala quiénes están obligados a indemnizar, y dice “Los daños causados con la infracción deben ser reparados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por los que, conforme a la ley sustancial, están obligados a responder” (Ley 599, 2000).

Y el artículo 269 del código penal especifica que la reparación tiene efectos muy importantes cuando se trata de delitos contra el patrimonio económico, así pues, el juez “disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado” (Ley 599, 2000).

La aplicación de instrumentos que, dentro de la legalidad, existen en el ordenamiento jurídico penal que permiten la terminación anticipada del proceso penal; es decir, que dan fin a la acción penal, son viables como una forma de evitar largos y costosos procesos penales. De este modo, hay que destacar que no se puede considerar como una alternativa al derecho penal el hecho que se apliquen los instrumentos señalados. No, ciertamente debe ser una obligación tanto para la fiscalía como para los jueces el resolver el asunto penal por la vía más expedita, esto es por la vía de la terminación anticipada y con fundamento en todas las posibilidades previstas en la ley, o bien bajo la figura de la tercera vía, la cual tiene como hemos visto raigambre constitucional y legal, además de ser el instrumento que actualmente tiene las mayores y mejores posibilidades de contrarrestar parte de los problemas del derecho penal. Máxime cuando se analiza que la víctima tiene un papel preponderante y que, si esta asiente con la solución que en muchos casos es civil dada por las partes, es suficiente para culminar la acción penal respectiva. Aclarando que dicha conformidad entre víctima y agresor penal se da en términos legales, es decir sin ningún tipo de presión hacia la víctima y cumpliendo las bases de la reparación en materia penal.

6. Formas de terminar el proceso penal por el delito de aborto.

Aunque no en todos los casos la IVE en Colombia está permitida de conformidad con la jurisprudencia constitucional en sentencia C-355 de 2006, no obstante, que el aborto está tipificado como delito, la posibilidad de que al sujeto activo cualificado por ser natural, como es la mujer embarazada, no le sea impuesta una pena por la conducta de aborto cometida, conlleva la exploración de la tercera vía del derecho penal, para verificar si por la vía de la reparación no habría lugar ni a pena ni a medida de seguridad, en aquellos casos en los que la conducta de la mujer no esté amparada en la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-355, 2006).

Dentro de esa tercera vía del derecho penal cabe incluir el principio de oportunidad, veamos el porqué: La Fiscalía General de la Nación ha conminado a los fiscales para que desde el mismo momento que se diseñe el “programa metodológico de investigación del caso y a lo largo del desarrollo del mismo, debe prever la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad y, en consecuencia, estar atento cuando se actualice alguna de las causales previstas en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal.” (Fiscalía General de la Nación, 2009, pág. 216).

En otros términos, siempre hay la posibilidad de renunciar a la acción penal frente al delito de aborto con la aplicación del principio de oportunidad. Es aquí donde cabe incluir que, en los eventos de suspensión del proceso a prueba, a manera de ejemplo, en el delito de aborto (pero cabría para toda suerte de delitos) en los que se imponga cualquier forma de reparación del daño como parte de la obligación para suspender y luego de cumplidas estas obligaciones el fiscal puede renunciar a la acción penal. Esto significa que el fiscal delegado puede renunciar a la acción penal y archivar el proceso en los casos de aborto, pero también puede, por cualquiera razón (que podría incluir la objeción de conciencia) debido a la discrecionalidad reglada, que el fiscal no aplique el principio. Es claro que, en el proceso penal colombiano, la discrecionalidad del fiscal en torno aplicar o no el principio de oportunidad es muy grande y, se reitera, las causales previstas son taxativas tal como están descritas en el artículo 324 del CPP.

Aun así, la negativa a aplicar el principio de oportunidad por un delito de aborto es un aspecto que podría dar lugar a una acción de tutela encabezada por la mujer en la que se busque la protección al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, a la vida, intimidad y dignidad de la madre, esto conlleva a que se podría nombrar un nuevo fiscal para que se aplique el principio de oportunidad.

En los casos en el juez de control de garantías niegue la aplicación del principio de oportunidad con fundamento en igual razón a la señalada, existen los recursos de ley y además puede interponerse acción de tutela por las mismas razones ya expuestas.

Al iniciarse la acción penal, o al ya estar en ejecución la misma, respecto a conductas de aborto el fiscal debe verificar que este no se encuentre dentro de las conductas despenalizadas por la Corte Constitucional.

Así lo ha venido haciendo la fiscalía general de la Nación que mediante la directiva 0006 de 2016 fija las pautas que deben seguir por los fiscales cuando conozcan del delito de aborto. Al respecto ha especificado que la investigación y juzgamiento de esta conducta punible “en aquellos casos donde la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) se enmarque en las tres causales y exista el requisito establecido por la corte (certificado médico o denuncia respectivamente), los fiscales inadmitirán el caso.”(Directiva 006, 2016). Es decir, no se inicia la acción penal, con lo cual la tercera vía del derecho penal es la que impera.

Pero si por alguna razón se inicia la acción penal, se establece que “en los casos que no se enmarquen dentro de las tres causales, deberá evaluarse la aplicabilidad del principio de oportunidad.” (Directiva 006, 2016).

Los avances en cuanto a no punibilizar el delito de aborto incluyen aspectos relacionados a la intimidad de la mujer y sus razones o motivos para abortar, la fiscalía se basa en el principio

de confidencialidad, por medio del cual “bajo ninguna circunstancia, los fiscales podrán revelar información que viole el derecho a la intimidad de la mujer, niña o adolescente que haya accedido a una IVE.” (Directiva 006, 2016).

Tratándose de las pruebas penales en materia de aborto, como prueba que se exige para establecer si el aborto es legal o no; es suficiente, “el certificado médico o psicológico de riesgo para la salud física o mental”. En los casos de “malformaciones incompatibles con la vida extrauterina, los fiscales sólo podrán solicitar un certificado médico que así lo constate.” (Directiva 006, 2016).

En los comportamientos en los que se esgrima como causal de IVE la violación a la mujer según la Directiva 006 “debe partirse de la buena fe y responsabilidad de la mujer que denunció el hecho y por ello basta con que se exhiba la copia de la denuncia formulada. La verificación de la existencia de la denuncia recae sobre el fiscal quien deberá revisar en los sistemas de información. En caso de que no exista, el fiscal iniciará la noticia criminal de oficio.” (Directiva 006, 2016).

Como ya se decía existen tres casos en los cuales está despenalizado el aborto en Colombia de acuerdo con la Sentencia C 355 de 2016. En estos tres casos, desde el punto de vista de la prueba exigida para aplicar el principio de oportunidad, señala la Directiva 0006 mencionada de la fiscalía, cuando haya riesgo para la vida o la salud de la mujer y la existencia de malformaciones del feto, los fiscales únicamente exigirán un certificado médico suscrito por cualquier profesional de la salud. Y frente a los casos “cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto” (Sentencia C-355, 2006), los fiscales deben verificar si existe denuncia sobre la conducta punible y si no es así debe iniciarla de oficio.

Resumiendo, existen dos posibilidades en torno a una conducta punible de aborto y el cómo evitar la imposición de una pena. De un lado, que la conducta esté despenalizada, caso en el cual no es punible la conducta y la otra salida jurídica es aplicar el principio de oportunidad y en este evento la acción penal puede ser interrumpida, suspendida o también se puede renunciar a la misma de manera directa, lo que finalmente trae como consecuencia el archivo del proceso, es decir no hay pena.

Tanto si el aborto en los casos en que es despenalizado no da lugar al inicio o continuación de la acción penal, al igual que con la aplicación del principio de oportunidad que trae como consecuencia el archivo del proceso, ambas formas vienen a tener finales iguales, es decir, no hay pena para la mujer autora o participe de la conducta. Cuando la infractora penal sea una menor de edad, con mayor razón se debe aplicar la tercera vía del derecho penal porque como señala Torres “la delincuencia juvenil en Colombia en el SRPA es un modelo centrado en la protección integral del adolescente, en este sentido es absolutamente distinto del sistema utilizado para los adultos que delinquen” (Torres Vásquez & Rojas Ángel, 2013, pág. 131), lo cual permite que la menor que aborta no sea castigada ni con la ley establecida de los adultos ni tampoco con el propio sistema de responsabilidad penal adolescente.

Todo esto demuestra que hay una tercera vía del derecho penal que se utiliza y que permite que no se apliquen penas o medidas de seguridad.

Conclusiones.

Ante las presiones sociales que solicitan ampliación de los tipos penales y de un aumento de las penas como forma de solucionar los problemas de la creciente delincuencia; el derecho penal termina siendo, por su propia esencia, en un generador de un hacinamiento constante en las prisiones. Esto hace parte de consideraciones en contra del principio de la última ratio del derecho penal. El principio de intervención mínima surge por la imposibilidad de perseguir todas las conductas punibles y de llegar a ejercitar la acción penal de tal manera que se llegue al castigo de los responsables de la conducta.

Las críticas son importantes respecto a la expansión del derecho penal, en el caso del aborto la mujer que recibe la pena de prisión llega a padecer un desarraigo que ocasiona un daño importante para ella y para la sociedad.

Independientemente de los perjuicios de cualquier naturaleza que la mujer sufra como resultado del aborto, la verdadera razón del estudio aquí analizado radica en la ineficiencia de un tipo penal en el cual las posibilidades de tener una pena para el gusto de la sociedad en general viene a ser una satisfacción inocua ya que el porcentaje de mujeres en prisión por un delito de aborto es mínimo; lo que viene a representar una función del derecho penal que a través del miedo y de la consagración legal de un tipo penal que pretende solventar temas de política pública, de salud pública y por supuesto de política criminal.

Cierto sector de los “pro aborto” señala que el no permitir que la mujer aborte libremente, o al menos lo haga de conformidad con las tres causales establecidas de despenalización del aborto por la Corte Constitucional (lo que, por la naturaleza de la decisión es entendida como una obligación estatal de protección constitucional al derecho de la mujer a interrumpir su embarazo), por tratarse de una norma penal que se opone a un mandato constitucional, es una injerencia del Estado dentro respecto de una decisión que única y exclusivamente debe tomar la mujer.

Ahora bien, el sector que defiende “la vida” señalan que el feto es un ser que tiene derecho a vivir, mientras que otros consideran que la Corte Constitucional en la sentencia C-355 entró a proteger desde el punto de vista jurídico penal “a la persona por nacer”, con lo cual el feto adquiere así, una posición jurídica.

En esa sentencia la Corte estudió el delito de aborto y, en consecuencia, consideró legal el aborto en determinadas situaciones como un derecho fundamental de las mujeres y niñas. Por lo tanto, está latente, la posibilidad de llegar a la interrupción voluntaria del embarazo. Es decir, hay una interrupción voluntaria del embarazo que se reconoce constitucionalmente basado en el derecho a la vida, a la salud, a la integridad, a la autodeterminación, intimidad y dignidad de las mujeres. Esta es una despenalización parcial del aborto; sin embargo, en un país religioso y conservador como Colombia, resulta ser un gran adelanto, pero el avance más importante está en evitar abortos en los que no hay condiciones de asepsia, siendo este un gran problema de salud pública. Unido a que está probado que el derecho penal es selectivo y que la sanción respecto al delito de aborto recae en mujeres pobres.

El aborto ha sido es y será un tema controvertido sobre el cual se vierten multitud de opiniones. Existen muchos puntos de vista pues son muchos los condicionantes y matices que lo hacen un tema delicado que traspasa los límites de lo racional para adentrarse en lo emocional. En definitiva, y en virtud de ser una sociedad conservadora el discurso sobre el aborto versa sobre “el bien y el mal”. Lo importante es que se ha demostrado en este artículo que respecto al delito de aborto en Colombia se puede aplicar el principio de oportunidad basados en la tercera vía del derecho penal. La fiscalía general de la Nación ha dado muestras de un gran avance sobre el tema de la no penalización del delito lo que ha llevado a cabo con la aplicación de la Directiva 006 de 2016 y con fundamento en la jurisprudencia constitucional. Es así que el fiscal inadmite la noticia criminal y no da inicio a la acción penal y si da inicio a la acción penal debe aplicar el principio de oportunidad. Ahora bien, siendo posible aplicar el principio de oportunidad hay que entenderlo como una tercera vía del derecho penal, lo que viene a ser una excelente forma de terminar anticipadamente el proceso penal.

El *Ius Puniendi* permite un control social, el cual no se pierde por la reparación. Es evidente que la reparación como tercera vía del derecho penal es una solución a los conflictos en materia penal y por supuesto, que va en dirección contraria a la tradicional forma de resolver los conflictos en materia penal por el camino del castigo especialmente de la pena. Por tal razón la descongestión del sistema de justicia y del hacinamiento carcelario es una de las consecuencias más fuertes de la implantación de la tercera vía.

A pesar de no tener toda la doctrina a favor, la unanimidad se encuentra en las ventajas de la reparación en general, es claro que la reparación es un medio menos lesivo a los intereses del delincuente, de la víctima y de la sociedad, por ende, es una forma de evitar un sinnúmero de problemas que el derecho penal hasta ahora no ha solucionado y que en el futuro cercano no solucionará.

No se puede afirmar, como lo hace cierto sector de la doctrina, que la tercera vía, esté coexistiendo con la pena privativa de libertad, aunque es obligado aclarar que la tercera vía hace referencia a la reparación del daño. Tampoco se puede señalar que el principal problema de la reparación antes de ser una pena es que vulnera el principio de presunción de inocencia en razón a que de entrada el autor acepta la reparación.

Por último, en un modelo de justicia en el que existen propuestas restaurativas que pueden provenir del agresor, de la víctima, del juez o de todos ellos, las ventajas son múltiples, de esta manera la reparación descongestiona el sistema de justicia y le da pronta y eficaz solución al conflicto pudiendo llegar a mejorar la paz social.

En Colombia la reparación debería ser vista muy bien, cuando provenga del sujeto activo de la conducta y esta sea voluntaria, que en lo posible no provenga de lo señalado por un juez.

Referencias

Asamblea General de las Naciones Unidas. (03 de agosto de 2011). . Informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud

física y mental. Organización de las Naciones Unidas. Obtenido de <https://consaludmental.org/centro-documentacion/informe-relator-especial-derecho-salud-mental-abril-2020/>

Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. (28 de noviembre de 2012). Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Castro Lara, P. (2018). Regulación y acceso al aborto: análisis comparativo entre el Sistema Europeo y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Derechos en Acción*.(8), 1-16. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r38958.pdf>

Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer. (02 de febrero de 1999). Recomendaciones generales adoptadas por el comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Organización de las Naciones Unidas.

Constitución política de Colombia. (20 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá D.C, Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Directiva 006. (27 de marzo de 2016). Fiscalía General de la Nación. *Por medio de la cual se adoptan directrices para la investigación y el juzgamiento del delito de aborto*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de https://www.redjurista.com/Documents/directiva_6_de_2016_fiscalia_general_de_la_nacion.aspx#/

Fiscalía General de la Nación. (2009). Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio. Colombia : Fiscalía General de la Nación. Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/ManualdeProcedimientosdelaFiscaliaenelSistemaPenalAcusatorio.pdf>

Galain Palermo, P. (2005). ¿La reparación del daño como «tercera vía» punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin . *Revista del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*(3), 183-220. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1396386>

González Ramírez, I. X. (2012). ¿Es la Justicia Restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?. *Revista de Justicia Restaurativa*(2), 5-36. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3853310>

Ley 599. (24 de julio de 2000). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html

- Ley 906. (31 de agosto de 2004). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Bogotá D.C, Colombia: Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html
- Monge Fernández, A. (2009). *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*. (1 ed.). Barcelona , España : Editorial J.M. Bosch.
- Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho Penal parte general* (4 ed.). España: Editorial Tirant lo Blanch.
- Resolución 4155. (29 de diciembre de 2016). Fiscalía General de la Nación. *por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad y se deroga la resolución 2370 de 2016*. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Resolucion/30034013>
- Resolución 4155. (29 de diciembre de 2016). Fiscalía General de la Nación. *"por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad y se deroga la resolución 2370 de 2016"*. Bogotá. Obtenido de <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Resolucion/30034013>
- Rodríguez Delgado, J. A. (1998). La reparación como sanción jurídico-penal. *Revista Ius et Veritas*(17), 1-17. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15790/16222/0>
- Roxin, C. (1992). *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal* (2 ed.). Barcelona , España : Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU.
- Sentencia C-1062. (11 de noviembre de 2003). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expediente D-4647. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1062-03.htm#:~:text=La%20norma%20acusada%20consagra%20una,a%20cupos%20individuales%20de%20cr%C3%A9dito>.
- Sentencia C-228. (03 de abril de 2002). Corte Constitucional. Sala Plena . *Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett*. Bogotá D.C, Colombia : Referencia: expediente D-3672. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-228-02.htm>
- Sentencia C-355. (10 de mayo de 2006). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Clara Inés Vargas Hernández*. Bogotá D.C, Colombia: Referencia: expedientes D- 6122, 6123 y 6124 Demandas de inconstitucionalidad contra los Arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la ley 599 de 2000 Código Penal. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>
- Sentencia Casación 104808. (12 de junio de 2019). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. . *M. P. Luis Guillermo Salazar Otero*. Bogotá D.C, Colombia .

Sentencia Casación 29183. (18 de noviembre de 2008). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: José Leónidas Bustos Martínez*. Bogotá D.C, Colombia: acta número 333. Obtenido de [https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/PRINCIPIOS/DE%20OPORTUNIDAD/HECHOS%20IRRELEVANTES/29183\(18-11-08\).doc](https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/PRINCIPIOS/DE%20OPORTUNIDAD/HECHOS%20IRRELEVANTES/29183(18-11-08).doc)

Torres Vásquez, H., & Rojas Ángel, J. (Julio-diciembre de 2013). Tratamiento a la delincuencia juvenil en Colombia en el sistema de responsabilidad de adolescentes. *Verba Iuris*(30), 115-133. Obtenido de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/2163/1642>