

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

–Sala Plena–

SENTENCIA C-055 de 2022

Referencia: Expediente D-13.956

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 122 de la Ley 599 del 2000.

Demandantes: Ana Cristina González Vélez, Mariana Ardila Trujillo, Catalina Martínez Coral, Sandra Patricia Mazo Cardona, Laura Leonor Gil Urbano, Angélica Cocomá Ricaurte, Ana María Méndez Jaramillo, Cristina Rosero Arteaga, Aura Carolina Cuasapud Arteaga, Valeria Pedraza Benavidez, Beatriz Helena Quintero García, María Alejandra Cárdenas, María Mercedes Vivas Pérez y Florence Thomas.

Magistrados sustanciadores:
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
y ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós (2022)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, con fundamento en el artículo 241.4 de la Constitución y cumplidos los trámites¹ previstos en el Decreto Ley 2067 de 1991, decide sobre la demanda presentada por las ciudadanas de la referencia en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 40.6 de la Constitución, contra el artículo 122 de la Ley 599 del 2000 (Código Penal), cuyo texto es del siguiente tenor:

¹ Según consta en el expediente, por medio de escrito enviado por correo electrónico el 16 de septiembre de 2020, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, se demanda el artículo 122 de la Ley 599 del 2000. En cumplimiento del artículo 2 del Decreto Ley 2067 de 1991, las demandantes señalan la norma demandada y las disposiciones constitucionales que se alegan como infringidas; así mismo, describen las razones por las cuales estiman que la norma acusada viola la Constitución y el fundamento de la competencia de la Corte Constitucional para conocer de la demanda. En atención a lo previsto en el artículo 3 del Decreto Ley 2067 de 1991, la demanda fue repartida por sorteo el 30 de septiembre del 2020 y remitida al despacho del magistrado sustanciador, Antonio José Lizarazo Ocampo, el 2 de octubre de 2020. En atención a lo dispuesto por el artículo 6 del Decreto Ley 2067, el magistrado sustanciador, mediante auto del 19 de octubre de 2020, admitió la demanda.

I. TEXTO DE LA DISPOSICIÓN DEMANDADA

LEY 599 DE 2000 (julio 24)
Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000
Por la cual se expide el Código Penal
El Congreso de Colombia decreta: [...]
Libro II. Parte especial de los delitos en particular. Título I. Delitos contra la
vida y la integridad personal
Capítulo IV.
Del aborto

“Artículo 122. Aborto². La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior”.

Este artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006, “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”.

II. LA DEMANDA

1. Las demandantes solicitan declarar la inexecutable total de la disposición acusada. A su juicio, vulnera el preámbulo y los artículos 1, 2, 11, 13, 16, 18, 19, 20, 26, 43, 49, 67 y 93 de la Constitución Política (en adelante, CP). Si bien en el acápite de la demanda correspondiente a las normas vulneradas no se hace referencia expresa a instrumentos internacionales, en la exposición de los cargos se indican como desconocidas la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH); el artículo 1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en adelante, CADH) y el artículo 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante, Convención de Belem do Pará).

2. Para fundamentar su pretensión, en primer lugar, formulan los siguientes seis cargos de inconstitucionalidad: (i) desconocimiento del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante, IVE³) en relación con el

² A partir del 1 de enero de 2005, la pena de este tipo penal, entre otras, fue aumentada por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004. El texto con las penas aumentadas es el que se transcribe.

³ Como se indica más adelante, en la Sentencia C-355 de 2006 la Corte consideró que la penalización del aborto en términos absolutos era contraria a la Constitución; por tal motivo, estableció tres supuestos en los que la interrupción voluntaria del embarazo no sería una conducta típica. En tal sentido, entiéndase por el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo –IVE– las tres hipótesis introducidas en la citada sentencia como atípicas.

derecho a la igualdad; (ii) violación del derecho a la salud y de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en relación con el derecho a la igualdad; (iii) desconocimiento del derecho a la igualdad de las mujeres en situación migratoria irregular; (iv) violación del derecho a la libertad de profesión y oficio del personal de la salud; (v) desconocimiento del derecho a la libertad de conciencia y del principio del Estado laico y (vi) desconocimiento de los principios constitucionales sobre los fines de la pena y de los estándares constitucionales mínimos de la política criminal.

3. En segundo lugar, para justificar por qué es procedente un pronunciamiento de fondo respecto de estos cargos, señalan las razones por las cuales consideran que no existe cosa juzgada constitucional respecto de la Sentencia C-355 de 2006 y, de manera subsidiaria, por qué, a pesar de que se concluya que se presenta este fenómeno, aquella se puede superar para tal fin.

4. También precisan que la Corte debe tener en cuenta los límites del control de constitucionalidad como consecuencia de la expedición de la Sentencia C-355 de 2006. Así, argumentan que: (i) en virtud del principio de cosa juzgada, la decisión respecto a esta demanda no puede tener una interpretación más restrictiva que la que se dio en la citada providencia; (ii) en atención a los principios constitucionales e internacionales en materia de progresividad de los derechos, las causales autorizadas de la IVE en dicha decisión deben ser tenidas como un mínimo, que no puede ser restringido o condicionado más de lo que ya está, y, finalmente, (iii) los principios *pro persona* e interpretación evolutiva de los derechos exigen ofrecer alternativas, oportunidades y espacios –siempre– opcionales ante el déficit de protección que existe en materia de IVE.

5. Señalan que la Corte Constitucional goza de legitimidad para eliminar el delito de aborto del Código Penal, en la medida en que: (i) se trata de una competencia formal del Tribunal (artículos 40 y 241 de la CP); (ii) la corporación cuenta con “credenciales jurídicas y democráticas” necesarias y suficientes; (iii) se evidencia una inacción del Congreso frente a los exhortos que la misma Corte ha hecho en la materia, por lo que surge la imperiosa necesidad de proteger derechos fundamentales, eliminar bloqueos institucionales y terminar con la *infra* aplicación de la Constitución, y (iv) al tomarse la decisión en el seno de la Corte, se genera una garantía de deliberación democrática y pública de la materia.

6. Finalmente, indican que ante el silencio continuo del Congreso durante los últimos 14 años, se puede entender que existe una conformidad implícita del Congreso y del pueblo para la despenalización del aborto y que, en virtud del constitucionalismo dialógico y cooperativo que caracteriza a la jurisprudencia constitucional, no habrá una invasión de competencias al pronunciarse, sino que, por el contrario, propiciará un incentivo o estímulo institucional que terminará con el silencio institucional en la materia.

1. Los cargos de la demanda

1.1. Primer cargo: violación del derecho a la IVE en las causales de que trata la Sentencia C-355 de 2006, en relación con el derecho a la igualdad

7. Las demandantes sostienen que la disposición acusada constituye la principal barrera de acceso al procedimiento de IVE cuando las mujeres se encuentran en alguna de las causales de que trata la Sentencia C-355 de 2006⁴. Además, señalan que el desconocimiento de ese derecho supone la vulneración de los derechos constitucionales a la vida digna –artículos 1 y 11–, a la igualdad –artículo 13–, al libre desarrollo de la personalidad –artículo 16–, a la información –artículo 20–, a la salud –artículo 49– y a la educación –artículo 67–. También precisan que la disposición demandada no tiene el mismo impacto cuando se trata de mujeres inmersas en alguna situación de vulnerabilidad, ya que se enfrentan a barreras adicionales para acceder a la práctica de la IVE en las tres causales de que trata la Sentencia C-355 de 2006, debido, entre otras razones, a estar ubicadas en zonas rurales, carecer de recursos económicos o no poder acceder a los servicios de salud.

8. Precisan que el artículo 122 del Código Penal promueve un régimen dual: derecho-delito, que favorece un contexto hostil para la práctica de la IVE, que dificulta e impide el cumplimiento de los diferentes deberes que surgen tanto para los particulares como para el Estado en relación con la garantía del procedimiento. Entre otros, este contexto da lugar a que se impongan obstáculos y dilaciones ilegítimas e injustificadas en su práctica, lo que supone un desconocimiento por parte del Estado de los deberes negativos y positivos que exige su garantía. Entre los primeros, están los de abstenerse de imponer obstáculos y dilaciones ilegítimas e injustificadas para la práctica del procedimiento de IVE. Entre los segundos, resaltan los siguientes: *(i)* de respeto o garantía, que implica desarrollar todas aquellas actividades que sean necesarias para que las mujeres que solicitan la práctica del procedimiento accedan a ella en condiciones de oportunidad, calidad y seguridad, incluyendo la remoción de barreras normativas, como la penalización del aborto y la regulación de la IVE por otros mecanismos distintos al derecho penal; *(ii)* de información oportuna, suficiente, veraz y adecuada en materia reproductiva, por ejemplo, en cuanto a los riesgos del procedimiento de acuerdo con la edad de gestación, con el fin de garantizar un consentimiento informado de la mujer, incluso de las menores de 14 años; *(iii)* de disponibilidad de la IVE en todo el territorio nacional, en cualquier etapa del embarazo y en todos los niveles de complejidad –en particular, en la medida en que se evidencian prácticas indebidas e inconstitucionales de la objeción de conciencia– y en circunstancias libres de violencia obstétrica; *(iv)* de confidencialidad médica y el correlativo derecho a la intimidad; *(v)* de decidir libremente sobre la IVE; *(vi)* de emitir la certificación correspondiente por parte de los profesionales de la salud, de

⁴ Para tales efectos, precisan que en las siguientes sentencias la Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental de este derecho: C-754 de 2015, C-327 de 2016, SU- 096 de 2018, T-585 de 2010, T-841 de 2011 y T-301 de 2016.

acuerdo a la causal alegada, y (vii) de emitir un diagnóstico médico oportuno sobre el estado y las condiciones del embarazo.

9. Finalmente, precisan que la garantía de acceso al aborto legal y seguro, así como la eliminación del uso del derecho penal para su regulación, cuentan con sustento suficiente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH), como lo han evidenciado el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante, CCPR⁵), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW⁶), el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante, Comité DESC) y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, Comité CRDP⁷).

1.2. Segundo cargo: violación del derecho a la salud y de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en relación con el derecho a la igualdad (artículos 13, 49, 42 y 16 de la CP)

10. Las accionantes ponen de presente que si bien el derecho a la salud fue expresamente alegado como vulnerado en la demanda que dio lugar a la Sentencia C-355 de 2006 y, además, estudiado por la Corte en dicha providencia, en esta oportunidad se plantean argumentos distintos, que no fueron valorados en aquel momento, y que justifican la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 122 del Código Penal. Así, solicitan a la corporación estudiar el derecho a la salud en su vertiente positiva, y no en la negativa; proponen que el estudio se realice desde las barreras para su ejercicio, que, claro está, no existían en un escenario de penalización total del aborto, como el que se presentaba antes del año 2006, y, finalmente, piden que se tengan en cuenta las recomendaciones de organismos internacionales sobre la despenalización total del aborto, más allá de las tres causales autorizadas en el año 2006⁸.

11. Superada la justificación acerca de la cosa juzgada respecto de este cargo, dado que la IVE es un componente del derecho a la salud reproductiva, precisan que la disposición demandada desconoce las obligaciones estatales inmediatas de cumplimiento o garantía, protección y respeto, que tienen origen tanto en la Ley Estatutaria 1751 del 2015⁹ –artículo 5–, como en diversos instrumentos

⁵ Por las siglas en inglés del convenio que monitorea: “*International Covenant on Civil and Political Rights*” (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

⁶ Por sus siglas en inglés, “*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*”.

⁷ Por sus siglas en inglés, “*Committee on the Rights of Persons with Disabilities*”.

⁸ En relación con todas estas razones, señalan: “La norma demandada vulnera el derecho fundamental a la salud reproductiva de dos grandes formas. De un lado, la norma demandada, en contravía de las obligaciones de cumplimiento y protección, genera, mantiene y profundiza barreras estructurales para acceder a la IVE –que es parte de la salud reproductiva– bajo las tres causales autorizadas. De esta forma afecta a todas las mujeres que son titulares del derecho a la IVE, pero especialmente a algunos grupos en situación de vulnerabilidad, violando el derecho a la igualdad sustancial. De otro lado, la norma demandada viola las obligaciones de respeto a la salud reproductiva porque prohíbe, en contravía de las recomendaciones internacionales, un servicio de salud que las mujeres requieren de modo tal que las mujeres que no están en las causales, sobre todo las más vulnerables, deben recurrir a abortos en condiciones inseguras poniendo en riesgo su vida y principalmente su salud, como lo demuestran las actuales cifras de mortalidad y morbilidad materna en el país”.

⁹ Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.

internacionales¹⁰, al igual que sus interpretaciones autorizadas¹¹, y que han sido reconocidas, entre otras, en la Sentencia SU-096 de 2018:

12. (i) En cuanto a la obligación de cumplimiento, precisan que la disposición demandada (a) da lugar a una injerencia indebida en el derecho a la salud de las mujeres, (b) dificulta el acceso a la información integral e imparcial, (c) impide el acceso universal y equitativo a servicios de salud de calidad y (d) genera abortos ilegales e inseguros.

13. (ii) En cuanto a la obligación de proteger, sostienen que el uso del derecho penal para criminalizar el aborto da lugar a las siguientes conductas que la desconocen: (a) información falsa que induce a error a las mujeres que buscan la práctica del procedimiento de IVE, (b) objeciones de conciencia inconstitucionales y oportunistas, (c) violaciones al deber de confidencialidad médica, (d) conductas abusivas y violentas que buscan modificar la voluntad de las mujeres y castigar a aquellas que deciden acceder al procedimiento de la IVE y (e) dilaciones injustificadas por parte de los prestadores privados del sistema de salud para la práctica de dicho procedimiento.

14. (iii) En cuanto a la obligación de respeto, las demandantes afirman que la penalización del aborto y el diseño de políticas que obstaculizan el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva constituyen una intromisión indebida en el ejercicio de este derecho. Además, la prohibición del aborto por fuera de las tres causales que lo permiten genera un trato desigual injustificado para las mujeres que quedan excluidas, lo que impacta en mayor medida a las más vulnerables.

15. Finalmente, las demandantes hacen referencia a interpretaciones que consideran autorizadas sobre los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad y señalan que existe una posición generalizada en la esfera internacional en cuanto a la despenalización de aborto. Así, señalan que “varios organismos internacionales no solo exigen la despenalización del aborto bajo unas causales mínimas como las de la sentencia C-355, sino que recomiendan, con base en estándares de derechos humanos, una mayor liberalización e incluso derogación de las leyes que criminalizan el aborto. Esto lo han hecho tanto en Observaciones o Recomendaciones Generales –que guían la interpretación de los tratados–, como en el marco de recomendaciones hechas a los países partes en sus reportes periódicos de cumplimiento, y en sus mecanismos de indagaciones. Estos pronunciamientos [...] constituyen un criterio relevante para la interpretación de la Constitución y del bloque de constitucionalidad, que esta Corte debe considerar”. Para tales efectos refieren algunos apartados de los siguientes documentos: (i) informe especial de 2011 sobre “la interacción entre

¹⁰ Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC, artículo 12); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW, artículos 11.f. y 12); Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN, artículo 24); Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD, artículo 25); Convención Internacional sobre todas las Formas de Discriminación Racial (en adelante CERD –por sus siglas en inglés: “*International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*”–, artículo 5.d.iv); CADH (artículo 26); Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Protocolo de San Salvador, artículo 10).

¹¹ Como ocurre con la Observación General No. 14 del Comité DESC.

las leyes penales y otras restricciones jurídicas relativas a la salud sexual y reproductiva y el derecho a la salud” del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud; (ii) Observación General No. 22, sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva del Comité DESC; (iii) Recomendación General No. 35 de 2017, mediante la cual se actualizó la Recomendación General No. 19 de 1992, sobre la violencia contra la mujer del Comité CEDAW; (iv) observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile, 2015, del Comité de Derechos del Niño; (v) observaciones finales sobre el sexto informe periódico de México, 2019, del Comité de Derechos Humanos y (vi) Declaración conjunta del Comité de los derechos de las personas con discapacidad y del Comité CEDAW sobre la garantía de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de todas las mujeres, en particular las mujeres en condición de discapacidad, 2018.

1.3. Tercer cargo: desconocimiento del derecho a la igualdad de las mujeres en situación migratoria irregular (artículos 13 y 93 de la CP, 1 de la CADH y 9 de la Convención Belem do Pará)

16. Las demandantes afirman que la norma acusada contraviene el derecho a la igualdad, en la medida en que genera una discriminación indirecta para las mujeres migrantes en situación irregular, pues las condiciones de acceso al procedimiento de IVE, especialmente para las migrantes venezolanas, se tornan desproporcionadas.

17. De un lado, precisan que, por su condición migratoria, estas mujeres enfrentan enormes dificultades para denunciar los hechos delictivos de que son objeto, como trata de personas, explotación y violencia sexuales. De otro lado, estas restricciones, asociadas a la estigmatización que supone este tipo de procedimientos, les impiden acudir con facilidad ante las IPS o EPS para su realización, ya que se exigen una serie de documentos que acrediten su situación migratoria regular, como fue evidenciado de manera reciente en la Sentencia T-178 de 2019. Este tipo de prácticas, advierten, desconocen que el procedimiento de IVE es un servicio de salud que se debe prestar de manera prioritaria y que constituye una urgencia que corresponde atender, independientemente del estatus migratorio de las personas.

18. Por lo anterior, las demandantes aseguran que la disposición acusada debe ser sometida a un escrutinio estricto de igualdad, examen que no superaría, al no satisfacer las exigencias de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

19. De un lado, señalan que existen otras formas para proteger la vida prenatal y garantizar en mayor medida los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, especialmente de las migrantes en situación irregular¹². De otro

¹² Como fundamento de esta afirmación se cita la sentencia Artavia Murillo contra Costa Rica (2012) de la Corte IDH. Indican que esta decisión ha sido utilizada como criterio hermenéutico relevante en casos de control abstracto de constitucionalidad (Sentencia C-500 de 2014), en los que se ha indicado que la vida prenatal como valor se realiza por medio de la protección de la mujer con diferentes medidas, entre ellas, el respeto por su autonomía para quedar o no en embarazo y el castigo de todas las formas de violencia contra ella.

lado, indican que la disposición no considera los obstáculos concretos que afrontan estas mujeres para acceder a la IVE, lo que pone en riesgo sus vidas, dignidad, integridad personal y salud, al aumentar las probabilidades de que acudan a abortos inseguros.

1.4. Cuarto cargo: violación del derecho a la libertad de profesión y oficio del personal de la salud (artículo 26 de la CP)

20. Según las demandantes, la dualidad de la norma acusada (derecho-delito) no garantiza las condiciones para la libre práctica de los profesionales de la salud cuando se enfrentan a la decisión de realizar un aborto consentido, como consecuencia de que no es claro aquello que continúa siendo delito y aquello que no lo es. Por tanto, señalan que la disposición demandada vulnera dicha libertad y tiene varios efectos frente a los profesionales de la salud: *(i)* los médicos que practican la IVE, en los términos de la Sentencia C-355 del 2006, siguen afrontando riesgos de ser sancionados penalmente en el caso de que un juez considere que no se configura alguna de las tres causales permitidas; *(ii)* la estigmatización del aborto tiene efectos de autocensura, silencio, marginalización, estrés psicológico, fatiga emocional y sobrecarga laboral en los profesionales que practican este procedimiento; *(iii)* la norma favorece el desconocimiento y la falta de formación de los prestadores del servicio de IVE, que genera consecuencias negativas en la vida y la salud de las mujeres y en la educación de los médicos, lo que impide la prestación de ese procedimiento desde la autonomía médica y compromete el acceso y la calidad del servicio. En suma, para las accionantes, “la intromisión del legislador en el libre ejercicio de la profesión al fijar una sanción penal no es un límite legítimo sino una intromisión en la esfera interna de los profesionales quienes a conciencia deciden ofrecer su experiencia para garantizar la salud de las mujeres que solicitan un aborto”.

1.5. Quinto cargo: violación del derecho a la libertad de conciencia y el principio del Estado laico (artículos 18 y 19 de la CP, artículos 3 y 12 de la CADH)

21. Las demandantes expresan que la disposición acusada obliga a las mujeres a actuar conforme a consideraciones que no necesariamente coinciden con su conciencia y, por tanto, el Estado persigue a aquellas que toman decisiones sobre su propia existencia con base en su autodeterminación. Esto es, confronta la libre determinación de la mujer para optar o no por la maternidad, que se castiga cuando, en uso de esa libertad, decide abortar. Finalmente, señalan que Colombia, como un Estado laico, no puede imponer o defender normas, valores o principios morales particulares ligados con una confesión determinada.

22. Así las cosas, este cargo se sustenta en la doble dimensión que tiene la libertad de conciencia: la primera corresponde a la libertad de religión o culto y

la segunda tiene que ver con la construcción personal más allá de la identidad religiosa, es decir, una moral.

23. Para las demandantes, la regulación del aborto en Colombia parte de una posición moral que, con injerencias religiosas, se basa fundamentalmente en la protección de la vida prenatal. Sin embargo, afirman que el derecho no está llamado a introducir una prohibición jurídica que penalice la libre determinación de la mujer para ejercer la maternidad como una opción de vida, así como para interrumpir un embarazo cuando este es contrario a su propia conciencia y sus íntimos mandatos morales, “pues la procreación, así como la gestación y la reproducción, no pueden ser considerados actos meramente biológicos sino el resultado de la voluntad”. En suma, concluyen:

“el Estado colombiano en materia religiosa adopta la fórmula del Estado Laico, por lo que la defensa de la Laicidad y del Estado Laico resultan indispensables si queremos como sociedad avanzar en el reconocimiento y pleno goce de los derechos, especialmente de grupos históricamente vulnerados como las mujeres, en donde las decisiones de las mayorías no impliquen la vulneración de los derechos de las minorías, teniendo como principios iluminadores la diversidad, la multiculturalidad y la pluriétnicidad. Estos principios son los pilares del Estado Social y Democrático de Derecho, los que se ponen en riesgo cuando un credo o credos particulares buscan imponer su concepción del mundo y de la vida al conjunto de la sociedad. Pero el riesgo es aún mayor, cuando las confesiones religiosas se basan en herramientas normativas vigentes como el artículo 122 de la Ley 599 de 2000 para institucionalizar dogmas constitutivos de imposiciones que a todas luces atentan contra la fórmula del Estado Laico, que es precisamente el que garantiza el ejercicio de la libertad religiosa y de conciencia”.

1.6. Sexto cargo: violación de los principios constitucionales sobre los fines de la pena y de los estándares constitucionales mínimos de la política criminal (preámbulo y artículos 1 y 2 de la CP)

24. La demanda sostiene que toda criminalización por parte del Estado supone interferir en la libertad de las personas y, en esa medida, choca con la realización de los fines del Estado y la materialización de un orden justo. Por tanto, la potestad de configuración del Legislador para tipificar conductas como delitos no es absoluta y encuentra límites —explícitos e implícitos— en el conjunto de valores, principios y derechos reconocidos constitucionalmente. Estos límites, a juicio de las demandantes, han sido reconocidos por la jurisprudencia constitucional¹³.

25. Así las cosas, en primer lugar, afirman que el tipo penal que se demanda desconoce las finalidades retributiva y preventiva de la pena¹⁴, hasta el punto de que, en realidad, en lugar de prevenir los abortos, los promueve, pero en circunstancias clandestinas e inseguras para las mujeres. A partir de la

¹³ Sobre el particular, las demandantes citan las siguientes sentencias: C-108 de 2017, C-387 de 2014, C-1033 de 2006, C-475 de 2005, C-420 de 2002 y C-565 de 1993.

¹⁴ Para tales efectos, hacen referencia a las sentencias C-318 y C-328 de 2016. Igualmente, afirman que en las sentencias C-107 de 2018 y C-939 de 2002 la Corte declaró la inexecutable de disposiciones que no eran idóneas para alcanzar la meta trazada por el Legislador, consistente en reducir la impunidad de ciertos crímenes, ni lograba desestimular la realización de la conducta prohibida.

experiencia comparada¹⁵, indican que la penalización del aborto es una variable que propicia un mayor número de abortos per cápita¹⁶, además de que la tasa de abortos se ha mantenido incólume en Colombia desde el año 2006, fecha en la que se despenalizó en tres causales¹⁷.

26. Por tanto, si la tipificación de una conducta como delito no persuade y no reduce la cantidad de lesiones a bienes jurídicos tutelados, pierde legitimidad y, por tanto, contradice la Constitución Política (finalidad preventiva). Lo mismo sucede si la retribución no es justa o coherente con la entidad de la lesión, la consciencia del individuo en su realización y los perjuicios ocasionados (finalidad retributiva).

27. En segundo lugar, indican que la disposición censurada también contraviene el carácter de *ultima ratio* o último recurso del derecho penal, al omitir considerar otras vías de actuación pública que sean más idóneas para proteger la vida en gestación, sin necesidad de anular los derechos de las mujeres¹⁸. Para tales efectos, indican que otras medidas igualmente idóneas para lograr el citado fin se corresponden con aquellas que adoptan “una perspectiva de salud pública, con campañas educativas en derechos sexuales y reproductivos y acceso a los servicios médicos de calidad”¹⁹. Así mismo, precisan que la penalización, como medio de control social en la materia, (i) es contraria a los datos empíricos que existen en cuanto a la IVE, tales como las tasas de mortalidad, el impacto diferenciado en mujeres vulnerables²⁰, los perfiles sociodemográficos y los casos de aborto; (ii) es una política especialmente lesiva de los derechos fundamentales y (iii) supone una alta erogación económica para el sistema de salud, como consecuencia de las

¹⁵ Las demandantes citan los siguientes datos: “entre los años 2010 a 2014 se practicaron alrededor de 56 millones de abortos inducidos en todo el mundo. De esta cifra, los países que autorizan su realización ‘a solicitud’ de la mujer exhibieron un promedio menos de hechos en comparación con aquellos donde la ley permite su práctica para ‘salvar la vida de la mujer’ o garantizar su ‘salud física’. A sí, en los primeros se verificó una media de 34 abortos inducidos por cada mil mujeres de 15 a 44 años. En los segundos, la media se eleva a 39 y 43 abortos inducidos por cada mil mujeres, respectivamente. (Comisión Guttmacher–Lancet sobre salud y los derechos sexuales y reproductivos, *Acelerar el progreso: salud y derechos sexuales y reproductivos para todos*, 2018, pp. 44–45)”.

¹⁶ (i) Holanda, donde el aborto se puede practicar desde la concepción hasta la viabilidad del feto, aproximadamente a las 24 semanas de edad gestacional, tiene la tasa de abortos más baja de la Unión Europea (Zuñiga, Y. Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista. *Revista Ius et Praxis*, v. 19, No. 1, p. 255–300); (ii) Inglaterra, que tiene un modelo de indicaciones amplio en términos de causales, edad gestacional y acceso, y, por tanto, que deja sin efecto en la práctica el delito de aborto, ha reducido el número de abortos (Cfr., al respecto el Anexo 3 de la demanda) y (iii) Canadá, donde el aborto ha sido eliminado del Código Penal y existen varios estudios que demuestran primero un aumento, luego una estabilización y finalmente una reducción (Cfr., Anexo 3 de la demanda).

¹⁷ Según datos aportados en la demanda, “el número de casos de aborto con consentimiento que registra la Fiscalía a partir de 2006 se encuentra estable y no se presenta la reducción significativa que debería haber a la luz de la despenalización introducida por la Corte en la Sentencia C-355 de 2006. La actuación de la Fiscalía tampoco muestra reducciones en las imputaciones; aunque hay una caída en las imputaciones entre 2012 y 2015, el número es bastante regular en los quince años transcurridos. También se encontró que partir de 2005 y 2006 hubo un aumento en las denuncias. (Isabel Cristina Jaramillo y otros. *La criminalización del aborto en Colombia, en proceso de publicación*)”.

¹⁸ En relación con los parámetros que deben orientar la política criminal, la demanda cita las consideraciones de la Sentencia C-762 de 2015.

¹⁹ Comisión Asesora de Política Criminal. Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano, junio de 2012.

²⁰ Las demandantes traen a colación las cifras de la Fiscalía General de la Nación en el informe sobre judicialización del aborto en Colombia, aportadas como concepto técnico a la Corte Constitucional en el proceso con radicado D0013255. Así: “en 800 noticias criminales por el delito de aborto, un alto porcentaje de las mujeres indiciadas no registraba ingresos económicos o desempeñaba actividades poco lucrativas. Así en el 43,3% de los casos (275 mujeres) reportaron dedicarse a actividades relacionadas con el hogar o con servicios domésticos, 2,75% (22 indiciadas) reportaron estar desempleadas y 13,6% (109 indiciadas) estudiantes de secundaria. Así mismo, el sistema de información del ente investigador constató que el 29,11% de las mujeres indiciadas por aborto (910 mujeres) han sido vinculadas en calidad de víctimas del delito en sus bases de datos, y que 42% de estas mujeres presentó un historial de victimización previa por delitos de violencia intrafamiliar (12%), lesiones personales (10%), delitos sexuales (8%), entre otros. Según datos de la Fiscalía General de la Nación, en el periodo 2010–2017, el 97% de las mujeres denunciadas por aborto son habitantes de áreas rurales”.

complicaciones pos aborto que suelen ser resultado de la práctica de procedimientos de IVE clandestinos e inseguros²¹.

2. Las razones de las demandantes para justificar por qué no existe cosa juzgada constitucional que inhiba un pronunciamiento de mérito por parte de la Corte Constitucional

28. Las demandantes asumen la carga cualificada de argumentar por qué no existe cosa juzgada constitucional respecto de la disposición demandada, a pesar de la existencia de la Sentencia C-355 del 2006, en la que se declaró su exequibilidad condicionada. Según precisan, (i) no existe identidad en el objeto de la demanda actual con el de la citada providencia, “por variación sustancial del régimen jurídico al que pertenece”²², y (ii) tampoco existe identidad en los cargos que en esta oportunidad se formulan y aquellos propuestos y decididos hace quince años. Por tanto, concluyen que se presenta el fenómeno de la cosa juzgada formal²³, relativa e implícita, que no inhibe la competencia de la Corte para pronunciarse de fondo sobre la presente demanda.

29. Con relación al primer aspecto, toman como referente las consideraciones de la Sentencia C-075 del 2007, en la que la Corte consideró que no se presentaba el fenómeno de la cosa juzgada en el régimen patrimonial de las parejas de personas del mismo sexo. A partir de este precedente, según indican, como consecuencia de una serie de cambios en el conjunto normativo en la materia ha operado una variación sustancial del régimen jurídico en el que se inscribe la disposición demandada, “esto es, el régimen que regula la interrupción del embarazo, tanto la que es derecho fundamental como la que es delito”²⁴. Para tales efectos hacen referencia, al menos, a la expedición de tres leyes ordinarias relacionadas con el objeto de la actual demanda²⁵, una ley estatutaria²⁶, múltiples reglamentos²⁷ y documentos de política pública²⁸ y más

²¹ La demanda cita las siguientes cifras: “para el año 2014 el costo promedio en Colombia de la atención por complicaciones de aborto significó un costo directo para el sistema de salud de cerca de \$14 millones de dólares anuales (dólares estadounidenses), lo que podría reducirse al proveer servicios de manera oportuna en instituciones de primer nivel y mediante el uso de métodos de aborto seguro, no invasivos y menos costosos. (Elena Prada y otros, ‘El costo de la atención posaborto y del aborto legal en Colombia’, Perspectivas internacionales en sexual y reproductiva, 2014, pp. 2-12)”.

²² Fl. 6 de la demanda. A partir de lo consignado en la Sentencia C-007 de 2016, indican que la “Corte también ha manifestado, al explicar la identidad de objeto, que ‘la variación de algunos de los elementos normativos, o la modificación de su alcance como consecuencia de la adopción de nuevas disposiciones, son circunstancias que pueden incidir en el objeto controlado’.”, como acaeció con el caso resuelto en la Sentencia C-075 de 2007 (fls. 8-9 de la demanda).

²³ Con fundamento en la Sentencia C-259 de 2019, señalan que este fenómeno se presenta “[...] ‘cuando existe una decisión previa de este Tribunal, que ha analizado la constitucionalidad de la misma disposición que se somete nuevamente a estudio’, entendiéndose disposición como enunciados normativos, esto es, los textos legales, en este caso el artículo 122 del Código Penal vigente” (Fl. 8 de la demanda).

²⁴ Fl. 7 de la demanda. En otros términos, según indican, “desde 2006 se ha producido todo un entramado de medidas normativas, de política pública y decisiones judiciales -de esta y de otras cortes nacionales-, que hacen que el artículo 122 del Código Penal no sea el mismo que se demandó en 2006 pues su régimen jurídico es sustancialmente diferente en 2020” (ibid.).

²⁵ Cfr., Anexo 2 de la demanda: (i) Ley 1257 de 2008 (artículo 7), “por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”; (ii) Ley 1448 de 2011 (artículo 54), “por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones; y (iii) Ley 1719 de 2014 (artículo 23), “por la cual se modifican algunos artículos de las Leyes 599 de 2000, 906 de 2004 y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual con ocasión del conflicto armado, y se dictan otras disposiciones”.

²⁶ Cfr., Anexo 2 de la demanda: Ley 1751 de 2015 (artículos 6 y 11), “Ley Estatutaria de salud”.

²⁷ Cfr., Anexo 2 de la demanda: (i) Ministerio de Salud y la Protección Social: Resoluciones 3280 de 2018, 276 de 2019, 0459 de 2012, 652 de 2016, 1904 de 2017 y Circular 016 de 2017; (ii) Superintendencia Nacional de Salud, Circular 003 de 2013; (iii) Fiscalía general de la Nación, Directiva 006 de 2016; (iv) Instituto Nacional de Bienestar Familiar, Resolución No. 1526 del 23 de febrero de 2016 y (v) Secretaría distrital de Salud de Bogotá, Circular 043 de 2012.

²⁸ Cfr., Anexo 2 de la demanda: (i) Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Acuerdo 350 de 2006; (ii) Documento Conpes 147 de 2012; (iii) Documento Conpes 161 de 2013; (iv) Documento Conpes Social 3783 de 2013; (v) Plan Nacional de Salud Pública para el cuatrienio 2007-2010; (vi) Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021; (vii) Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos de 2014-2021.

de veinte sentencias de la Corte Constitucional²⁹. A partir de este conjunto de normas y jurisprudencia concluyen que en el contexto colombiano se experimenta un tránsito de modelo o paradigma, que supera la despenalización parcial del aborto voluntario, bajo el modelo de casuales previsto en la Sentencia C-355 del 2006, a un modelo de legalización parcial de la IVE³⁰. Esta variación sustancial del régimen jurídico del aborto voluntario no existía para el momento en que se profirió la Sentencia C-355 de 2006, razón por la cual no es posible inferir que existe identidad entre el objeto de la demanda actual y el de la citada providencia.

30. En relación con el segundo aspecto, precisan que no existe identidad entre los cargos que motivaron la expedición de la Sentencia C-355 de 2006 y los que se formulan en esta demanda, por lo que apenas se evidencia una cosa juzgada formal³¹, relativa e implícita³², que no impide un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional. Indican que mientras en aquella oportunidad se resolvió una demanda que versaba sobre los límites al margen de configuración del Legislador para sancionar el delito de aborto voluntario, en esta oportunidad se trata de una que acusa la norma de violar directamente el derecho a la IVE, a la salud sexual y reproductiva, a la libertad de profesión y oficio del personal de la salud, al principio del Estado laico, a la libertad de conciencia, a la igualdad de las mujeres en situación migratoria irregular y a los principios constitucionales sobre los fines de la pena y los estándares constitucionales mínimos de la política criminal. En suma, concluyen que se trata de una nueva demanda que reprocha la constitucionalidad del artículo 122 del Código Penal por violar normas constitucionales diferentes a las que se emplearon como parámetro de control en el proceso que dio lugar a la Sentencia C-355 del 2006 y en la que, por tanto, se estudiaron problemas jurídicos sustancialmente diferentes a los que se derivan de la presente acusación³³.

²⁹ Cfr., Anexo 2 de la demanda: Corte Constitucional, sentencias T-171 de 2007, T-636 de 2007, T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-009 de 2009, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-841 de 2011, T-959 de 2011, T-636 de 2011, T-627 de 2012, T-532 de 2014, C-754 de 2015, T-301 de 2016, C-327 de 2016, T-697 de 2016, T-731 de 2016, C-341 de 2017 y C-088 de 2020.

³⁰ Según indican, la distinción entre “despenalización” y “legalización” es de suma relevancia. Según precisan, “Podría suceder que simplemente se despenalizara el aborto mas no se tuviera por parte del Estado la obligación de asegurar el acceso al procedimiento. En el caso de la interrupción voluntaria del embarazo la legalización implica la inclusión de las prestaciones en el sistema de salud así como otras decisiones que involucran al sector justicia y al sector protección. Esta legalización parcial es la que tenemos en Colombia, gracias a los desarrollos legislativos, de política pública, regulatorios y jurisprudenciales posteriores a 2006” (fl. 10 de la demanda).

³¹ A partir de lo consignado en las sentencias C-1145 de 2000, C-443 de 2009, C-539 de 2010, C-327 de 2016 y C-659 de 2016 precisan que, a pesar de que la Corte hubiese valorado en el pasado la constitucionalidad de una disposición, en caso de que se presenten cargos nuevos es procedente “un análisis de fondo del mismo” (fl. 12 de la demanda). De manera especial, hacen referencia a lo consignado en las sentencias C-656 de 2006, C-443 de 2009 y C-300 de 2016 en las que se evidenció que, a pesar de que una determinada disposición hubiese sido declarada exequible de manera condicionada, era procedente un nuevo pronunciamiento de fondo siempre que se tratara de nuevos cargos, ya que se estaría en presencia del fenómeno de la *cosa juzgada formal*, que no inhibe un nuevo pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional (fl. 12 de la demanda).

³² Para las demandantes, la Sentencia C-355 de 2006 es un caso paradigmático del fenómeno de la *cosa juzgada implícita relativa*, ya que la Corte “no limitó su parte resolutoria sobre el artículo 122 del Código Penal a los cargos analizados, pero lo hizo implícitamente en su parte motiva, lo que configura una cosa juzgada que solo es relativa y habilita a presentar nuevos cargos que no guarden identidad con aquellos estudiados en 2006” (fl. 14 de la demanda). Según indican, tal delimitación se realizó en el acápite “el asunto objeto de estudio” de la citada providencia, en el se precisó: “En general las razones formuladas por los demandantes giran en torno a que los enunciados normativos del Código Penal que tipifican el delito de aborto (Art. 122), de aborto sin consentimiento (art. 123) y las circunstancias de atenuación punitiva del delito de aborto (art. 124) son inexecutable porque limitan de manera desproporcionada e irrazonable los derechos y libertades de la mujer gestante, inclusive cuando se trata de menores de catorce años. Afirman también que los enunciados normativos demandados son contrarios a diversos tratados de derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 de la C. P., y a opiniones emitidas por los organismos encargados de interpretar y aplicar dichos instrumentos internacionales”.

³³ En síntesis, según precisan las accionantes, “En esta ocasión, como en otros casos de cosa juzgada relativa implícita, la Corte no examinó el artículo 122 del Código Penal a la luz de la totalidad de la Constitución y de las normas que integran parámetros de constitucionalidad, ni se refirió a otros aspectos de constitucionalidad que son relevantes para definir si la Carta Política está siendo vulnerada, como son los nuevos cargos que aquí planteamos y cuya novedad será demostrada enseguida. En otras palabras, la C-355 de 2006 solo revisó un aspecto -aunque complejo- de constitucionalidad, es decir, aquel de los límites constitucionales del legislador al penalizar el aborto constituidos por ciertos derechos de la mujer y principios del derecho penal (obligación negativa de respeto), pero no estudió la norma demanda respecto

3. Las razones subsidiarias propuestas por las demandantes para justificar por qué, en gracia de que se considere que existe cosa juzgada, es procedente su debilitamiento y, por tanto, un pronunciamiento de fondo

31. De manera subsidiaria a la anterior argumentación, las demandantes señalan que, si la Corte llegase a estimar que se presenta el fenómeno de la cosa juzgada respecto de alguno o de todos los cargos propuestos en contra del artículo 122 del Código Penal, existen dos razones, decantadas por la jurisprudencia constitucional³⁴, que permiten enervar o debilitar la cosa juzgada en el presente asunto y, por tanto, justifican una decisión de fondo. Según precisan, “existe una variación del contexto normativo del objeto del control y una variación de la significación material de la Constitución”³⁵.

32. En relación con el primer fenómeno –variación del contexto normativo– precisan que ha variado el contexto normativo del objeto de control a raíz de la multiplicidad de normas, políticas públicas y sentencias que han aparecido respecto de la IVE, con posterioridad a la Sentencia C-355 del 2006, a las que se hizo referencia de manera amplia en el título anterior *supra*. Por tanto, según indican, se ha “modificado el régimen en el que se inscribe el delito de aborto pues en estos 14 años transitamos de una *despenalización parcial bajo un modelo de causales* efectuada por la sentencia C-355 de 2006, a un modelo de *legalización parcial de la interrupción voluntaria del embarazo*, llegando incluso a considerar que existe en Colombia *un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos despenalizados*. Así la norma penal demandada convive ahora con un entramado de medidas normativas, de política pública y decisiones judiciales, bajo el cual la Corte no ha tenido la oportunidad de analizar su constitucionalidad y es nuestra petición ciudadana que lo haga ahora”³⁶.

33. En relación con el segundo fenómeno –modificación del significado material de la Constitución³⁷–, indican que la Corte tendría que reconocer los cambios en el significado material de la Constitución acerca de la problemática de relevancia constitucional que supone el aborto consentido, como consecuencia de las siguientes circunstancias, ampliamente desarrolladas en cada uno de los cargos de la demanda: (i) la evolución de la jurisprudencia constitucional³⁸ e internacional³⁹ y de la interpretación autorizada progresiva de

de las obligaciones positivas de garantía y protección de estos y otros derechos de la mujer y del personal de salud como se le pide a la Corte que haga en esta demanda” (fl. 15 de la demanda).

³⁴ En especial, hacen referencia a las sentencias C-007 de 2016, C-659 de 2016 y C-064 de 2018.

³⁵ Fl. 7 de la demanda.

³⁶ Fl. 35 de la demanda.

³⁷ Según precisan, este fenómeno se ha evidenciado de manera principal en aquellos casos que tienen que ver “-como el presente- con los derechos de las mujeres y las relaciones de pareja entre personas del mismo sexo, pues en los últimos [sic] años se han producido transformaciones sociales y jurídicas profundas que ameritaron -como ahora- nuevos estudios por parte de este Tribunal” (fl. 21 de la demanda). Para ilustrar esta afirmación hacen referencia a las sentencias C-007 de 2006, C-029 de 2009, C-283 de 2011 y C-659 de 2016.

³⁸ Hacen referencia, en particular, a la sentencia de octubre 13 de 2016 de la Sección Primera del Consejo de Estado (radicación: 11001-03-24-000-2013-00257-00, C.P. Guillermo Vargas Ayala), a las siguientes sentencias de constitucionalidad de la Corte: C-754 de 2015 y C-327 de 2016, y, entre otras, a las siguientes decisiones en sede de revisión: T-585 de 2010, T-841 de 2011, T-627 de 2012, T-301 de 2016, T-697 de 2016 y SU-096 de 2018.

³⁹ Para tales efectos, hacen referencia, en especial, a las siguientes decisiones de la Corte IDH: (i) Sentencia de junio 17 de 2005, Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay; (ii) Sentencia de septiembre 1 de 2015, Gonzales Lluy y otros contra Ecuador; (iii) Sentencia de noviembre 22 de 2007, Albán Cornejo y otros contra Ecuador; (iv) Sentencia de agosto 31 de 2017, Lagos del Campo contra Perú; (v)

los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad en lo relativo a la IVE, al derecho a la salud, las recomendaciones para la despenalización del aborto más allá de las 3 causales previstas en el ordenamiento colombiano y la protección de la vida prenatal en el marco de la CADH⁴⁰. (ii) Las estadísticas que evidencian la falta de idoneidad de la disposición demandada y que tienen que ver con la poca eficacia para proteger la vida como bien jurídico, y, por el contrario, las intensas afectaciones a que da lugar respecto de los derechos de las mujeres en situación de vulnerabilidad, los niveles de mortalidad y morbilidad materna que incentiva, el impacto negativo respecto del personal de la salud y que explican la tendencia internacional hacia la liberalización y disminución del uso del derecho penal en materia del aborto voluntario. (iii) El obstáculo que representa la inexistencia de desarrollos legislativos –pese a los exhortos directos realizados por la Corte⁴¹–, para la reforma constitucional o legal que se adecue al reclamo social en materia de aborto consentido. (iv) Los efectos que tendría la eliminación de este tipo penal como principal barrera para el acceso al procedimiento de IVE, en cuanto al uso frecuente de la tutela como medio de protección.

III. TRÁMITE PROCESAL

34. En este apartado se dará cuenta de los distintos asuntos decididos, tanto por el magistrado sustanciador como por la Sala Plena de la Corte, durante el trámite del proceso y hasta antes de adoptar una decisión de fondo, el día 21 de febrero de 2022.

1. Acumulación de expedientes

35. El 1 de octubre de 2020 se recibió una solicitud para acumular los procesos D-13.856, D-13.911, D-13.929 y D-13.956, todos relacionados con el artículo 122 de la Ley 599 de 2000⁴². Posteriormente, el 6 de octubre del citado año, algunas de las demandantes presentaron un escrito en el que se pidió la no acumulación de los procesos referidos⁴³.

36. Mediante el Auto 403 del 28 octubre de 2020, la Sala Plena rechazó por improcedente la solicitud de acumulación de los citados procesos⁴⁴.

2. Solicitudes de audiencia pública

Sentencia de marzo 8 de 2018, Poblete Vilches y otros contra Chile, (vi) Sentencia de agosto 23 de 2018, Cuscul Piraval contra Guatemala y, con relevancia cualificada, (vii) Sentencia noviembre 28 de 2012, Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) contra Costa Rica.

⁴⁰ Según precisan, los “intérpretes autorizados que tuvo en cuenta específicamente esta Corte en 2006 han evolucionado en sus consideraciones respecto de la penalización del aborto, y otros comités han emitido recomendaciones o decisiones relevantes después de 2006, indicando que una despenalización mas [sic] amplia es la que resulta respetuosa de los derechos humanos. La presente demanda permitirá a la Corte analizar la norma demanda a luz de estas evoluciones o nuevos pronunciamientos que no existían en 2006, y que son criterio relevante para la interpretación de la Constitución” (fl. 27 de la demanda).

⁴¹ Refieren, en particular, aquellos realizados en las sentencias T-532 de 2014 y SU-096 de 2018 (fl. 34 de la demanda).

⁴² Escrito remitido por la ciudadana Ángela María Anduquia Sarmiento.

⁴³ Escrito remitido por Aura Carolina Cuasapud Arteaga, Angélica María Cocomá Ricaurte, Mariana Ardila Trujillo, Valeria Pedraza y Cristina Rosero Arteaga.

⁴⁴ La Corte consideró que la única oportunidad procesal para elevar solicitudes de acumulación era antes del reparto de los expedientes; oportunidad que, en los procesos referidos, ya se había agotado.

37. El juicio de constitucionalidad fue dispuesto para que, por medio de un proceso público, participativo y deliberativo, la ciudadanía controle el poder de configuración del ordenamiento jurídico que la Constitución atribuye al Congreso y, excepcionalmente, al presidente de la República. En atención a dichas características, el Decreto Ley 2067 de 1991 regula la posibilidad de que la Sala Plena convoque audiencias públicas en las que, entre otras cosas, se pueden aclarar y exponer hechos relevantes de los asuntos de que conoce, se escuchen las distintas posiciones relacionadas con el debate constitucional y se resuelvan interrogantes sobre los puntos bajo controversia. En efecto, su artículo 12 dispone que cualquier magistrado puede proponer, previo a definir sobre un asunto de competencia de la Corte, que se convoque a una audiencia para que se profundicen los argumentos expuestos o se aclaren hechos relevantes para tomar la decisión, y que la Corte “por mayoría de asistentes, decidirá si convoca la audiencia, fijará la fecha y hora en que habrá de realizarse y concederá a los citados un término breve pero razonable para preparar sus argumentos. Las audiencias serán públicas”.

38. Si bien los ciudadanos pueden solicitar la realización de dichas audiencias, lo cierto es que no se trata de un derecho judicialmente exigible, ni de una etapa procesal de obligatorio agotamiento cuyo incumplimiento pueda generar la nulidad del trámite; se trata de una potestad de la Sala Plena, para los fines referidos. Así las cosas, solo en el caso de que la Corte, por medio de su Sala Plena, decida convocarlas, resulta procedente que dicha decisión se adopte mediante providencia judicial.

39. Durante el trámite del proceso se allegaron varios escritos en los que se solicitó a la Corte Constitucional que, con fundamento en las competencias que le asigna el Decreto Ley 2067 de 1991, realizara una audiencia pública, con el propósito de exponer argumentos tanto para la defensa como para la impugnación de la norma objeto de control (cfr., el Anexo 1 de esta providencia). Así mismo, otros ciudadanos pidieron mayor participación en el proceso (cfr., el Anexo 2 de esta providencia). Sometidas a consideración de la Sala Plena estas solicitudes ciudadanas, en sesión del 26 de mayo del año 2021, la Sala Plena no accedió a realizar la audiencia.

3. Solicitud de pruebas

40. Las demandantes⁴⁵, así como Gloria Yolanda Martínez Rivera, Elsa Eugenia Hurtado Hurtado, Francisco Javier Higuera, Ángela Vélez Escallón y Claire Culwell, solicitaron el decreto y la práctica de pruebas.

41. Mediante auto del 11 de octubre de 2021, el magistrado sustanciador resolvió: (i) rechazar la solicitud suscrita por la señora Claire Culwell, quien no acreditó la calidad de ciudadana colombiana, en los términos del artículo 7 del Decreto Ley 2067 de 1991; (ii) negar por falta de necesidad las demás pruebas

⁴⁵ Solicitaron incorporar a este expediente los conceptos técnicos rendidos o intervenciones ciudadanas allegadas en el marco del proceso D-13.255, de Yesid Reyes, María Camila Correa Flórez, Ricardo Posada Maya, Ana Cristina González Vélez, el Centro de Derechos Reproductivos, Megan Duffy y Diana López, la Fiscalía General de la Nación y la Secretaría Distrital de la Mujer de Bogotá.

solicitadas, tanto por las demandantes como por los demás solicitantes que acreditaron la condición de ciudadanos colombianos e intervinieron oportunamente en el proceso; y (iii) admitir como parte integral de las intervenciones ciudadanas de Gloria Yolanda Martínez Rivera y Ángela Vélez Escallón, los testimonios reproducidos en los escritos remitidos a este proceso⁴⁶

4. Nulidades

42. Durante el trámite del proceso se presentaron y decidieron múltiples solicitudes de nulidad parcial y la Sala Plena decretó dos (2) nulidades de oficio.

43. (i) El 26 de octubre de 2020, la ciudadana Ángela María Anduquia Sarmiento solicitó a la Corte “tramitar incidente de Nulidad contra el auto admisorio de la demanda y a partir de ahí de todas las actuaciones posteriores por los vicios que lo afectan”⁴⁷. Mediante Auto 423 de noviembre 12 de 2020, la Sala Plena rechazó la solicitud por considerarla manifiestamente improcedente⁴⁸.

44. Con posterioridad al registro de la ponencia del auto que resolvió la referida solicitud de nulidad y de su aprobación en Sala Plena, algunos ciudadanos, los días 10, 11, 12, 26 y 27 de noviembre de 2020, presentaron escritos en los que manifestaron coadyuvar la solicitud de nulidad de la ciudadana Anduquia Sarmiento. Mediante Auto 479 del 3 de diciembre de 2020, la Sala Plena rechazó por manifiestamente improcedentes los escritos de coadyuvancia de la nulidad, por las razones expuestas en el citado Auto 423 del 12 de noviembre⁴⁹.

45. (ii) El 18 de noviembre de 2020, la ciudadana Natalia Bernal Cano solicitó la nulidad del trámite del proceso D-13.956 por la presunta vulneración de sus derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia, a la igualdad, a la imparcialidad y la protección y garantías judiciales⁵⁰. Mediante

⁴⁶ Dado que los escritos de Gloria Yolanda Martínez Rivera y Ángela Vélez Escallón fueron presentados dentro del término de fijación en lista, y que algunos de los testimonios solicitados fueron allí transcritos, estos se tuvieron en cuenta como parte integral de sus intervenciones ciudadanas, presentadas de manera oportuna.

⁴⁷ En la solicitud de nulidad se argumentó que al haberse admitido la demanda en el proceso D-13.956 sin que se hubiera resuelto la solicitud de acumulación presentada a los magistrados Alberto Rojas Ríos y Richard S. Ramírez Grisales (e) el 1 de octubre del citado año, se habrían vulnerado sus derechos al debido proceso y a la intervención procesal. La solicitante también se refirió a una presunta falta de imparcialidad del magistrado sustanciador, Antonio José Lizarazo Ocampo; al desconocimiento de la cosa juzgada; a la falta de cumplimiento de la carga argumentativa de la demanda admitida y a la falta de legitimación en la causa de la organización Women’s Link. En el término de traslado se recibieron intervenciones de algunas de las demandantes.

⁴⁸ La Corte determinó que: (i) la solicitud de nulidad se dirigió contra un auto de trámite y, conforme a la jurisprudencia constitucional, en principio, las providencias de trámite no son susceptibles de nulidad; y (ii) que la acumulación de demandas es un asunto que decide la Sala Plena de la corporación antes del respectivo reparto.

⁴⁹ La Sala Plena destacó que los escritos de coadyuvancia a la solicitud de nulidad que presentó la ciudadana Anduquia Sarmiento ratificaban los argumentos y la pretensión del escrito inicial.

⁵⁰ La solicitante cuestionó que el auto por medio del cual se admitió la demanda el 19 de octubre de 2020 se encontraba viciado de nulidad porque se profirió: (i) sin haberse resuelto previamente la solicitud de nulidad y recusación presentada por ella en el proceso D-13.255; (ii) con posterioridad a que la Corte, con la actuación del mismo magistrado sustanciador, Antonio José Lizarazo Ocampo, profiriera una sentencia inhibitoria sobre el mismo tema (Sentencia C-088 de 2020) sin haber valorado todas las pruebas aportadas por ella; (iii) con ausencia de imparcialidad e independencia y abuso de autoridad; (iv) sin que la demanda cumpliera el requisito de suficiencia previsto en la jurisprudencia constitucional; y finalmente (v) en el marco de presuntas conductas delictivas que atribuyó, sin ningún tipo de prueba, al magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo. El 23 de noviembre de 2020, la ciudadana Bernal Cano reiteró la solicitud de nulidad y pidió que se tuvieran como anexos tres escritos de su autoría en los que, además de reitera los argumentos planteados en su escrito del 18 de noviembre de 2020, expuso las razones por las cuales justificaba su intervención como solicitante de la nulidad del proceso D-13.956. En el término de traslado se recibieron intervenciones por parte de las demandantes del proceso, del Grupo de Incidencia y Acción Social de la Universidad de Los Andes, la Universidad Libre de Colombia, la presidencia de la República, Martha Liliana Cuéllar Aldana y la Fundación de Ética y Bioética.

Auto 480A de diciembre 7 de 2020, la Sala Plena rechazó la solicitud de nulidad por ser manifiestamente improcedente⁵¹.

46. El 19 de febrero de 2021, la ciudadana Bernal Cano manifestó desistir de la solicitud de nulidad y de las solicitudes de recusación, que alega como no notificadas, todas presentada en el proceso D-13.255. Igualmente, el 22 de febrero del citado año remitió a esta corporación otros dos escritos⁵².

47. Mediante Auto 088 del 25 de febrero de 2021, la Sala Plena anuló de oficio el Auto 480A del 7 de diciembre de 2020, con el fin de garantizar ampliamente el debido proceso⁵³. En consecuencia, mediante Auto 178 del 22 de abril de 2021 procedió a decidir nuevamente el incidente de nulidad y lo rechazó por manifiestamente improcedente⁵⁴, así como el desistimiento presentado por la misma ciudadana⁵⁵.

48. (iii) El 27 de noviembre de 2020, el arzobispo de Villavicencio, Óscar Urbina Ortega, presidente de la Conferencia Episcopal Colombiana, solicitó la nulidad del proceso a partir del Auto del 12 de noviembre de 2020⁵⁶. Mediante Auto 117 del 11 de marzo de 2021, la Sala Plena rechazó por manifiestamente improcedente la solicitud de nulidad⁵⁷.

⁵¹ El rechazo de la solicitud de nulidad se fundamentó en que: (i) la solicitante no cumplió el requisito de legitimación procesal, al no tener la calidad de interviniente dentro del proceso de la referencia; (ii) carecer de fundamento sus afirmaciones y argumentos; y (iii) ser improcedente la solicitud, en la medida en que el auto de admisión es una providencia de trámite.

⁵² En el primer escrito indicó que se produjo una falla en el servicio de la administración de justicia, entre otras cosas, porque, en su opinión, los documentos que puso en conocimiento de la corporación “fueron rechazados, adulterados, denigrados, desacreditados y considerados todos infundados”. Así mismo, afirmó haber interpuesto denuncias en contra de los magistrados y magistradas de esta Corte por los supuestos “abusos judiciales en perjuicio de los niños y en mi perjuicio, causados por la indebida manipulación de mis 45 manuscritos originales y más de 400 páginas en anexos científicos que confié de buena fe a su institución en espera de una honesta y transparente administración de justicia”. En el segundo escrito realizó varias consideraciones en relación con el expediente con radicado No. D-13.255 y el expediente de la referencia. Respecto del presente proceso señaló: (i) que confirma todas las denuncias y documentos presentados en contra de las magistradas y magistrados de la corporación; (ii) que pidió excusas públicas por algunos términos utilizados en contra de los integrantes de la Sala Plena de esta Corte y que, como consecuencia de ello, modificó algunos de los escritos enviados a la Corte Constitucional; (iii) que ha denunciado a las magistradas y magistrados de este alto Tribunal por los delitos de falsedad en documento público y prevaricato; y (iv) que ella es víctima de los delitos de injuria y calumnia.

⁵³ Se constató que mientras se resolvía la nulidad presentada por la ciudadana Bernal Cano, la Secretaría General de la corporación, sin tener conocimiento que se surtía el debate sobre el asunto, remitió a todos los despachos una solicitud de recusación de fecha 6 de diciembre de 2020 presentada por la misma ciudadana, la cual tenía como propósito apartar del trámite incidental a los magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Gloria Stella Ortiz Delgado. Adicionalmente, tuvo en cuenta que los términos del proceso se suspendieron al momento de presentarse la recusación, la cual fue decidida mediante Auto 040 del 4 de febrero de 2021.

⁵⁴ La Sala Plena en el Auto 178 del 22 de abril de 2021 rechazó la nulidad por manifiestamente improcedente bajo el argumento de que no era posible trasladar al proceso de la referencia las supuestas irregularidades que habrían tenido lugar en otro proceso distinto; además, que la solicitante carecía de legitimidad para promover el incidente y que la providencia censurada era un auto de trámite, respecto del cual no procedía su nulidad y tampoco recurso alguno.

⁵⁵ La Corte argumentó que en el proceso de constitucionalidad no resultaba admisible el desistimiento porque no había intereses disponibles, dado que no eran intereses privados los que se sometía a juicio. Por el contrario, precisó que el objeto de este proceso es defender el interés público y las decisiones que en él se adopten tienen efectos *erga omnes*.

⁵⁶ Mediante el Auto del 12 de noviembre de 2020, el magistrado sustanciador, Antonio José Lizarazo, amplió el plazo para la presentación de los conceptos respecto de todos los invitados en el Auto del 19 de octubre de 2020, hasta el 27 de noviembre siguiente. A juicio del solicitante, con la ampliación del término para conceptuar se desconocieron los artículos: (i) 242 y 244 de la Constitución que establecen, según la Sentencia C-323 de 2006, términos constitucionales perentorios para resolver los asuntos de constitucionalidad; (ii) 7, 8, 9 y 10 del Decreto Ley 2067 de 1991, que señalan los términos de las diferentes etapas del proceso de constitucionalidad; y (iii) el 13 del citado decreto, que regula la posibilidad de invitar a entidades públicas, organizaciones privadas y expertos en las materias relacionadas con el objeto del proceso a presentar su concepto y establece la no interrupción de los términos judiciales por razón del plazo que se otorgue a los destinatarios de la invitación. También manifestó que se contradecía lo expresado en la Sentencia C-513 de 1992, según la cual el artículo 13 del Decreto Ley 2591 de 1991 reiteraba el carácter perentorio de los términos conferidos a la Corte. Finalmente, advirtió que los expertos invitados que presentaran su concepto en el término de ampliación del plazo tendrían una ventaja indebida, ya que podrían tener acceso a las opiniones expertas y a las intervenciones ciudadanas presentadas dentro del plazo inicial y dentro del término de fijación en lista; e inclusive, refutar las que le sean contrarias a su propia opinión. En el término de traslado se recibieron intervenciones por parte de Harold Sua Montaña, de algunas de las demandantes del proceso de la referencia, del Ministerio de Justicia y del Derecho (Dirección de Desarrollo y ordenamiento Jurídico) y de Gloria Yolanda Martínez Rivera.

⁵⁷ La solicitud de nulidad fue objeto de rechazo por cuanto se dirigió contra un auto de trámite.

49. (iv) El 26 de enero de 2021, el ciudadano Harold Eduardo Sua Montaña solicitó la nulidad parcial de los procesos con radicados D-13.856 y D-13.956⁵⁸. Mediante Auto 176 del 22 de abril de 2021, la Sala Plena rechazó por manifiestamente improcedente tal solicitud de nulidad⁵⁹.

50. (v) El 5 de abril de 2021, el ciudadano Harold Eduardo Sua Montaña presentó un escrito denominado “Manifiesto sobre el Auto de Sala Plena 039 de 2021”⁶⁰.

51. (vi) El 9 de abril de 2021, el citado ciudadano presentó un escrito que tituló “Manifiesto contra el auto proferido por el Magistrado Antonio José Lizarazo el ocho (8) de abril de dos mil veintiuno (2021) en el marco del proceso del expediente D-13956 y figura hoy en el expediente sin inclusión en lista”⁶¹.

52. (vii) El 23 de abril de 2021, el ciudadano Sua Montaña remitió otro documento que denominó “Manifiesto contra el auto proferido por el Magistrado Antonio José Lizarazo el veintiuno (21) de abril de dos mil veintiuno (2021) en el marco del proceso del expediente D-13956”⁶².

⁵⁸ En criterio del solicitante, el Auto 403 del 28 de octubre de 2020, proferido dentro del proceso D-13.856, que correspondió en reparto al magistrado Alberto Rojas Ríos solo fue notificado el 25 de enero de 2021 y, por tanto, se le vulneró el derecho al debido proceso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del Código General del Proceso. Advirtió que el 20 de enero de 2021 remitió a esta corporación una solicitud para que se incorporara “la solicitud de nulidad interpuesta en el expediente D-13956 el veintiséis (26) de octubre de dos mil veinte (2020) al expediente D-13856, pues omitir resolver dicha acumulación o no poner en conocimiento la decisión sobre ésta, ocasiona para el expediente D-13856 un incumplimiento al principio de publicidad de las actuaciones judiciales”. Sostuvo que la falta de divulgación del Auto 403 de 2020 generó una nulidad parcial de los procesos D-13856 y D-13956, cuyas consecuencias son: “(i) la nulidad del auto admisorio del expediente D-13956; (ii) la nulidad del proyecto de fallo del expediente D-13856, si ya ha sido presentado y (iii) emitir un nuevo pronunciamiento sobre la acumulación de ambos procesos resolviendo previamente el incidente de inconstitucionalidad por excepción formulado el 20 de enero de dos mil veintiuno (2021)”. En este último escrito manifestó: “Al haber intervenciones comunes en ambos expedientes, aun cuando en principio las dos demandas requieren ser abordadas de manera diferente, y una recusación contra el magistrado sustanciador del expediente D-13956, todavía por decidir, resulta mucho más plausible acumular los expedientes que al momento de haberme pronunciado sobre ello tanto a la luz del artículo 5 del Decreto 2067 de 1991 como de los artículos 148 a 150 del Código General del Proceso siendo entonces una limitante de los principios de economía procesal, eficacia y ausencia de rigorismos formales excesivos inherentes al debido proceso en materia constitucional y el alcance de dichas normas legales al aplicar al presente caso una norma de inferior jerarquía como lo es el artículo 49 del Reglamento Interno de la Corte procediendo así el respectivo incidente de inconstitucionalidad por excepción contemplado en Sentencia C-122 de 2011 y frente al cual solicito su realización”. En el término de traslado se recibieron intervenciones por parte de algunas de las demandantes del proceso de la referencia, del Ministerio de Justicia y del Derecho (Dirección de Desarrollo y ordenamiento Jurídico), Gloria Yolanda Martínez Rivera y Carlos Felipe Castrillón. De manera extemporánea se recibieron escritos de Esperanza Andrade (Senadora de la República) y María Cristina Rosado Sarabia (coordinadora de la Comisión Legal para la Equidad de la Mujer del Congreso de la República), Vilma Graciela Martínez Rivera y Yolanda Martínez Rivera.

⁵⁹ La Sala Plena advirtió que la providencia censurada, esto es, el auto que admitió la demanda era un auto de trámite, respecto del cual no procedía su nulidad y tampoco recurso alguno. En relación con la solicitud de nulidad del Auto 403 de 28 de octubre de 2020, proferido en el proceso D-13.856, la Sala advirtió que no cabía tramitarla en este incidente de nulidad porque se dirigía contra una providencia dictada en un proceso diferente, razón por la que, además, las determinaciones adoptadas en dicho auto carecerían de entidad para viciar de nulidad las actuaciones surtidas en el presente proceso.

⁶⁰ El ciudadano Sua Montaña fundamentó la solicitud de nulidad, entre otras razones, en las siguientes: (i) el auto 039 del 4 de febrero del 2021, mediante el cual se rechazó por falta de pertinencia la recusación presentada por Vilma Graciela Martínez Rivera y otros, no podía haberse dictado por la Sala Plena de la Corporación, sino por la magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera (que no fue recusada), junto con ocho conjueces, en atención a lo dispuesto por el artículo 28 del Decreto Ley 2067 de 1991 y el artículo 140 del Código General del Proceso; y (ii) que el citado auto es un precedente que debe ser tenido en cuenta por la Corte al momento de resolver varias de las peticiones que manifiesta haber presentado en el proceso con radicado D-13.856 (magistrado sustanciador, Alberto Rojas Ríos). Adicionalmente, presentó recusación contra ocho de los magistrados que integran la Sala Plena de la Corte Constitucional. En el término de traslado se recibieron intervenciones por parte de Clemencia Salamanca, Gloria Yolanda Martínez Rivera, Andrés Forero Medina, el arzobispo de Villavicencio, Óscar Urbina Ortega, Carmen Alicia Martínez Rivera y Vilma Graciela Martínez Rivera.

⁶¹ El ciudadano sustentó la solicitud de nulidad contra el auto del 8 de abril de 2021, mediante el cual se dio traslado a la solicitud de nulidad del 5 de abril de 2021, en que el magistrado sustanciador: (i) debió remitir el caso al despacho de la magistrada Paola Andrea Meneses porque se había solicitado apartarlo a él y a los magistrados Alberto Rojas Ríos, Alejandro Linares Cantillo, Cristina Pardo Schlesinger, Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Enrique Ibáñez Najjar y José Fernando Reyes Cuartas del asunto; y, además, porque (ii) confundió la solicitud de nulidad con la facultad oficiosa de la Corte Constitucional de declarar la nulidad de sus actuaciones. Asimismo, pidió apartar de esta decisión a los magistrados mencionados. En el término de traslado se recibieron intervenciones por parte de Clemencia Salamanca, Gloria Yolanda Martínez Rivera, Andrés Forero Medina, Oscar Urbina Ortega, Carmen Alicia Martínez Rivera, Felipe Chica Duque y Vilma Graciela Martínez Rivera.

⁶² El ciudadano solicitó que se le explicara por qué el magistrado sustanciador había proferido los autos del ocho y del veintiuno de abril de 2021 que dieron traslado a las solicitudes de nulidad del 5 y del 9 de abril del citado año, no obstante haber sido recusado para conocer de estos asuntos. En consecuencia, formuló nulidad en contra del auto del 21 de abril de 2021 y solicitó que los magistrados Alberto Rojas Ríos, Alejandro Linares Cantillo, Cristina Pardo Schlesinger, Diana Fajardo Rivera, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Enrique Ibáñez Najjar y José Fernando Reyes Cuartas se apartaran de esta decisión.

53. Mediante Auto 217 de mayo 5 de 2021, la Sala Plena rechazó las referidas solicitudes de nulidad por ser manifiestamente improcedentes⁶³.

54. Posteriormente, mediante el Auto 325 de junio 23 de 2021 la Sala Plena anuló de oficio todo lo actuado en el proceso de la referencia entre el 11 de marzo y el 26 de mayo de 2021, la cual incluyó los referidos autos 117 de marzo 11, 176 y 178 de abril 22, y 217 de mayo 5 de 2021⁶⁴.

55. Como quiera que el Auto 325 de 2021 ordenó rehacer las providencias anuladas, en cumplimiento de la citada providencia, la Sala Plena procedió a estudiar nuevamente las solicitudes de nulidad presentadas por Óscar Urbina Ortega, presidente de la Conferencia Episcopal Colombiana, Natalia Bernal Cano y Harold Eduardo Sua Montaña⁶⁵. En cumplimiento de lo ordenado en el citado auto, mediante Auto 752 de octubre 6 de 2021, la Sala Plena rehizo las providencias 117 de marzo 11, 176 y 178 de abril 22, y 217 de mayo 5 de 2021, que fueron declaradas nulas, y rechazó por manifiestamente improcedentes las solicitudes de nulidad presentadas por Óscar Urbina Ortega, Natalia Bernal Cano y Harold Eduardo Sua Montaña dirigidas contra los autos de 19 de octubre de 2020 y 12 de noviembre de 2020, el Auto 039 de febrero 4 de 2021 y los autos del 8 de abril y 21 de abril de 2021, proferidos dentro del proceso de la referencia⁶⁶.

5. Impedimentos y recusaciones

56. Durante el trámite del proceso se presentaron y decidieron múltiples solicitudes de recusación contra algunos de los integrantes de la Sala Plena, como respecto de toda ella, al igual que dos solicitudes de impedimento de los magistrados Alejandro Linares Cantillo y Cristina Pardo Schlesinger:

57. (i) Vilma Graciela Martínez Rivera intervino para oponerse al aborto, como a su posible despenalización y señaló que evidenciaba impedimentos de la Corte Constitucional para abordar el tema⁶⁷.

58. Los ciudadanos Víctor Raúl Martínez Rivera, Ángela Rocío Martínez Rivera y Ángela Paola Rada Martínez, presentaron intervenciones ciudadanas en las que, entre otros aspectos, solicitaron que la Corte tuviera en cuenta el escrito presentado por Vilma Graciela Martínez Rivera.

⁶³ La Sala Plena señaló que estas solicitudes de nulidad eran improcedentes por dirigirse contra autos de trámite, respecto de los cuales no procedía la nulidad, ni recurso alguno.

⁶⁴ La Sala Plena advirtió que entre el 11 de marzo y el 26 de mayo de 2021 los términos del proceso estuvieron suspendidos con ocasión de una solicitud de recusación –como se precisa en el título que sigue–. De ahí que al proferirse esas decisiones, entre otras, no se cumplió con las formas propias del juicio, pues la competencia de la Sala Plena se hallaba suspendida.

⁶⁵ En cumplimiento del auto del 8 de septiembre de 2021, proferido por el magistrado sustanciador, en el que se ordenó a la secretaría general de la corporación que librara las comunicaciones de las referidas solicitudes de nulidad, con fundamento en el artículo 106 del Acuerdo 02 de 2015 y con el fin de permitir la participación de los interesados en el trámite incidental, presentaron intervenciones Natalia Bernal Cano, Harold Eduardo Sua Montaña y el Ministerio de Justicia y del Derecho, Dirección de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico.

⁶⁶ La Sala Plena rechazó por manifiestamente improcedentes estas solicitudes de nulidad porque se dirigieron contra autos de trámite. Adicionalmente, rechazó por manifiestamente improcedente el desistimiento presentado por una de las solicitantes, el 19 de febrero de 2021, y negó las solicitudes de suspensión del proceso planteadas por algunos de los intervinientes.

⁶⁷ En los escritos presentados el 30 de octubre, el 8 y el 12 de noviembre de 2020 sostuvo que en la corporación se presenta una “grave situación desde la cual entre otros aspectos, evidenciamos los impedimentos de la Corte Constitucional para abordar neutral, ética y moralmente el tema de la inconstitucional pretensión de despenalización del aborto”.

59. Posteriormente, el 27 de noviembre de 2020, la ciudadana Vilma Graciela Martínez Rivera presentó un nuevo escrito en el que manifestó ampliar sus intervenciones y, adicionalmente, solicitó la incorporación en el expediente del escrito radicado en la Secretaría General de la corporación el 25 de febrero de 2020⁶⁸.

60. Mediante Auto 039 de febrero 4 de 2021, la Sala Plena rechazó por falta de pertinencia las solicitudes de recusación⁶⁹.

61. (ii) El 6 de diciembre de 2020, la ciudadana Natalia Bernal Cano presentó un escrito de recusación contra los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, Alejandro Linares Cantillo y Gloria Stella Ortiz Delgado, con el fin de apartarlos de la decisión de la solicitud de nulidad presentada por ella en este proceso⁷⁰. Mediante Auto 040 de febrero 4 de 2021, la Sala Plena rechazó la solicitud⁷¹.

62. (iii) El 11 de marzo de 2021, la ciudadana Vilma Graciela Martínez Rivera presentó escrito dirigido al magistrado Alberto Rojas Ríos, dentro del proceso D-13.856, en el que presentó recusación frente a todos los magistrados de la Corte y solicitó, entre otras cosas, su incorporación al presente proceso, al igual que de la petición remitida el 25 de febrero de 2020⁷². Mediante Auto 141 de marzo 25 de 2021, la Sala Plena rechazó por falta de pertinencia la solicitud de recusación⁷³.

63. (iv) Mediante escrito de abril 5 de 2021, el ciudadano Harold Eduardo Sua Montaña solicitó “declarar de manera oficiosa la nulidad del auto del Sala Plena (Auto 039 del 4 de febrero de 2021) apartando del asunto a los 8 Magistrados sobre los cuales resuelve la situación dicha providencia”⁷⁴.

⁶⁸ En este escrito solicitó a las magistradas y magistrados de la Corte que se declararan impedidos para pronunciarse “sobre el tema del aborto (o “IVE”, procesos 13225 y 13255 y cualquier otro relacionado con este tema)”. Indicó que se presentaba una presunta falta de transparencia, neutralidad e imparcialidad por parte de las magistradas y magistrados de la Corte Constitucional como consecuencia del apoyo económico que para la implementación del programa PROMETEA otorgaron a la Corte el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, organismos que, según indicó, defienden el aborto.

⁶⁹ Según precisó la Sala, las solicitudes carecían de pertinencia. Señaló que la argumentación expuesta no era clara ni coherente, ni apuntaba a determinar la forma en que se afectaría la imparcialidad de las magistradas y magistrados, ni la manera como la cooperación internacional recibida por la Corte Constitucional, como autoridad judicial, podría llegar a traducirse en un interés específico, personal, cierto y real de las magistradas y magistrados recusados y su relación con la decisión que se está deliberando; y, finalmente, que la solicitud no había cumplido con el rigor argumentativo requerido para evidenciar la configuración de alguna causal de recusación, pues los solicitantes alegaron la existencia de un interés institucional en la decisión y no un interés personal de las magistradas y magistrados.

⁷⁰ La solicitante manifestó la presunta falta de imparcialidad e independencia de la magistrada y los magistrados mencionados en razón a que, según ella, los funcionarios judiciales, en suma, (i) cometieron presuntas irregularidades en la decisión adoptada mediante la Sentencia C-088 de 2020, para favorecer a las demandantes del Expediente D-13.956; y (ii) omitieron valorar las pruebas y argumentos expuestos por ella como demandante en procesos anteriores.

⁷¹ La Sala Plena consideró que: (i) la solicitante no cumplió con la legitimación procesal, toda vez que no presentó intervención ciudadana en este proceso de inconstitucionalidad; (ii) tampoco es posible establecer si las recusaciones que solicita son oportunas, pues no existe la concreción del interés dentro del proceso –la intervención– para establecer si los hechos que alegó, como causales de recusación, eran posteriores y si eran o no determinantes para afectar la imparcialidad de la decisión.

⁷² Afirmó que ratificaba la solicitud de impedimento dirigida contra todas las magistradas y magistrados de la Corte Constitucional, respecto de cualquier pronunciamiento sobre el aborto y agregó a sus solicitudes de recusación dos hechos nuevos: (i) la firma de un memorando de entendimiento entre la Corte Constitucional y el señor Juan Gustavo Corvalán (directivo del Laboratorio de Innovación e Inteligencia Artificial de la Universidad de Buenos Aires), en noviembre del año 2018; y (ii) la realización de un taller en la Corte Constitucional por parte de la organización Dejusticia, en el año 2019.

⁷³ La solicitud de recusación fue rechazada porque se fundamentó en supuestos intereses institucionales y no personales y, además, por ser inoportuna.

⁷⁴ Manifestó que esta corporación en Sentencia T-266 de 1999 había señalado: “el deber de cualquier juez de declararse impedimentos (sic) ante situaciones donde deba entrar a revisar su propia actuación y también al conuez Humberto Sierra Porto al haber sido uno de los Magistrados de la Corte Constitucional que profirieron la sentencia C-355 de 2006 e intervenido en el expediente D-13956 indicando el no poder brindar concepto sobre la constitucionalidad de la norma acusada tras encontrarse conociendo el caso Manuela y otros vs. Salvador”.

Mediante Auto 165 de abril 15 de 2021, la Sala Plena rechazó la recusación por falta de pertinencia⁷⁵.

64. (v) El 15 de abril de 2021, la ciudadana Vilma Graciela Martínez Rivera presentó un escrito de recusación dirigido al expediente de la referencia y pidió que fuera incorporado al proceso D-13.856⁷⁶. Mediante Auto 179 de abril 22 de 2021, la Sala Plena resolvió “ESTARSE A LO RESUELTO” en los autos 039 y 105A de 2021, que definieron las recusaciones presentadas en contra de los integrantes de la Sala Plena de la Corte Constitucional⁷⁷.

65. (vi) Mediante escritos de los días 9 y 23 de abril de 2021, el ciudadano Harold Eduardo Sua Montaña pidió apartar a la mayoría de los magistrados que integran la Corte Constitucional, específicamente a ocho (8) de ellos, de los trámites de nulidad presentados en el proceso de la referencia contra los autos del 8 y de 21 de abril de 2021⁷⁸.

66. (vii) El 27 de abril de 2021, la ciudadana Vilma Graciela Martínez Rivera presentó una nueva solicitud con el fin de que se analizara la competencia de la Sala Plena para definir de fondo sobre el expediente D-13.956⁷⁹.

67. Mediante Auto 216 del 5 de mayo de 2021, la Sala Plena resolvió “ESTARSE A LO RESUELTO” en los autos 039 del 4 de febrero, 141 del 25 de marzo, 165 del 15 de abril y 179 del 22 de abril, todos del 2021, que rechazaron por falta de pertinencia las recusaciones presentadas por los ciudadanos Sua Montaña y Martínez Rivera⁸⁰.

68. Además, teniendo en cuenta que la ciudadana Vilma Graciela Martínez Rivera solicitó hacer extensivo su escrito “a los procesos D-13.856 y a los demás relacionados con el aborto”, mediante Auto 249 de mayo 20 de 2021, proferido en relación con el expediente D-13.856, la Sala Plena resolvió estarse a lo resuelto en el Auto 105A de 2021, que decidió rechazar la recusación.

69. Posteriormente, mediante el Auto 325 de junio 23 de 2021, la Sala Plena anuló de oficio todo lo actuado en el proceso de la referencia entre el 11 de

⁷⁵ Para la Sala Plena, el escrito no indicó la forma en que se afecta su imparcialidad.

⁷⁶ Señaló como argumentos adicionales a las solicitudes por ella presentadas que la razón para apartar a todos los magistrados titulares y conjuces de esta Corte de resolver cualquier trámite relacionado con el tema del aborto radica en que la definición sobre su penalización o no, de acuerdo con la Constitución, corresponde al Congreso de la República. También cuestionó el uso de las expresiones *derecho a decidir*, *Enfoque de género y/o perspectiva de género* las cuales, en su opinión, han sido utilizadas por el Banco Interamericano de Desarrollo desde el 2018 cuando apoyó el aborto en Uruguay y Argentina.

⁷⁷ Para la Corte, la ciudadana Martínez Rivera nuevamente reclamaba que se analizara la competencia del pleno de esta corporación para definir de fondo sobre los expedientes D-13.856 y D-13.956, aludiendo a hechos adicionales que no modificaban el sentido inicial de su petición, esto es, apartar del conocimiento a ocho de los magistrados por carecer de imparcialidad, asunto que había sido analizado oportunamente en las citadas providencias, en las que se rechazaron sus argumentos, siendo inviable un nuevo análisis.

⁷⁸ Fundamentó la solicitud de recusación en los argumentos expuestos *supra*, cuando se hizo referencia a la solicitud de nulidad presentada el 5 de abril de 2021.

⁷⁹ Como argumento adicional al de las tres recusaciones por ella promovidas, indicó que la Secretaria General de la Corte se desempeñó como magistrada encargada en reemplazo del Magistrado Alberto Rojas Ríos quien llevaba el estudio de nulidades de sentencias relacionadas con el aborto y es pública su vinculación con PROMETEA; igualmente, indicó que el exmagistrado Manuel José Cepeda se ha pronunciado a favor del aborto y que el magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najjar fue consultor del Banco Interamericano de Desarrollo.

⁸⁰ Para la Corte, el solicitante no identificó ninguna de las causales de recusación previstas en el Decreto Ley 2067 de 1991 y tampoco indicó la forma en que se afectaba la imparcialidad de las magistradas y magistrados, y la ciudadana Martínez Rivera señaló hechos adicionales que no modificaban las peticiones presentadas con anterioridad.

marzo y el 26 de mayo de 2021, incluidos los referidos autos 165 del 15 de abril, 179 del 22 de abril y 216 del 5 de mayo de 2021⁸¹.

70. Como quiera que el Auto 325 de 2021 ordenó rehacer las providencias anuladas, en cumplimiento de la citada providencia la Sala Plena procedió a estudiar nuevamente las solicitudes de recusación presentadas por los ciudadanos Harold Eduardo Sua Montaña y Vilma Graciela Martínez Rivera. En consecuencia, mediante Auto 326 de junio 23 de 2021, la Sala Plena rechazó por falta de pertinencia las mencionadas recusaciones⁸².

71. (viii) Mediante escritos del 2 de agosto de 2021, los ciudadanos Edison Pablo Zárate, Martha Camila Páez, Andrés Fabián Moreno y Delio Camilo Zúñiga, presentaron escrito de recusación en contra de los integrantes de la Sala Plena de la Corte Constitucional⁸³. Mediante Auto 442 de agosto 5 de 2021, la Sala Plena rechazó la recusación por falta de legitimación y, así mismo, de pertinencia⁸⁴. Posteriormente, solicitaron adición de la providencia⁸⁵, petición que fue rechazada por improcedente por medio del Auto 470 de agosto 11 de 2021⁸⁶.

72. Los días 4 y 5 de agosto de 2021, algunos ciudadanos presentaron escritos de coadyuvancia a la solicitud de recusación presentada el 2 de agosto de 2021⁸⁷ y solicitaron la declaratoria de nulidad de las decisiones en las que hubiese participado el Magistrado Alberto Rojas, “específicamente en los procesos de aborto y eutanasia”. Mediante Auto 671 de septiembre 16 de 2021, la Sala Plena rechazó los escritos de coadyuvancia por coincidir con la recusación previamente rechazada en el Auto 442 de agosto 5 de 2021 y declaró la carencia actual de objeto respecto de las solicitudes de nulidad planteadas⁸⁸.

⁸¹ La Sala Plena advirtió que entre el 11 de marzo y el 26 de mayo de 2021 los términos del proceso estuvieron suspendidos con ocasión de una solicitud de recusación. Por tanto, al proferirse las decisiones en cita, entre otras, no se cumplió con las formas propias del juicio ya que la competencia de la Sala Plena se hallaba suspendida.

⁸² Respecto de los escritos de recusación del ciudadano Harold Sua Montaña, se resolvió que en el presentado el 5 de abril no se indicó la forma en se afectaba la imparcialidad de las magistradas y magistrados, y en los remitidos los días 9 y 23 de abril, al alegarse como fundamento los autos proferidos por el magistrado sustanciador los días 8 y 21 de abril, los cuales fueron declarados nulos mediante Auto 325 de 2021 se afectó su validez con efectos *ex tunc*, razón por la cual los fundamentos de estas solicitudes desaparecieron. En cuanto a las recusaciones formuladas por la ciudadana Martínez Rivera los días 15 y 27 de abril de 2021, la Sala Plena decidió rechazarlas por falta de pertinencia, al estimarlas inoportunas, en tanto se fundamentaron en hechos anteriores a su intervención ciudadana, esto es, acaecidos antes del 30 de octubre de 2020.

⁸³ Los ciudadanos presentaron la recusación con fundamento en la causal prevista en el artículo 25 del Decreto Ley 2067 de 1991, relacionada con “tener interés directo en la decisión”.

⁸⁴ La Sala Plena rechazó la recusación propuesta por falta de legitimación de los solicitantes y, por ende, de pertinencia, por cuanto estos no obraban como demandantes en ninguno de los procesos sobre los cuales se presentó recusación y tampoco intervinieron oportunamente como impugnadores o defensores de las normas sometidas a control de constitucionalidad. Incluso, no acreditaron siquiera de manera sumaria su condición de ciudadanos.

⁸⁵ Esto, por cuanto, en su criterio, la Sala Plena debió pronunciarse sobre la petición de información concerniente al estado de las investigaciones adelantadas por las supuestas conductas de uno de los magistrados de la Corte Constitucional.

⁸⁶ La Sala Plena consideró que la petición de información presentada en el escrito de recusación no debía ser resuelta mediante providencia judicial, pues no se trataba de una actuación procesal sino de una solicitud amparada por el derecho de petición.

⁸⁷ En los escritos referidos los ciudadanos: (i) coadyuvaron el escrito de recusación presentado el 2 de agosto del citado año; y (ii) como consecuencia de esas recusaciones, solicitaron la nulidad de todas las decisiones en las que hubiera participado el magistrado Alberto Rojas Ríos, especialmente en los procesos de aborto y de eutanasia. Asimismo, la mayoría de los solicitantes pidieron información acerca de una investigación contra uno de los magistrados, sobre una solicitud de insistencia y la selección de un expediente. Finalmente, una de las peticionarias solicitó una precisión en relación con las “orientaciones éticas” para el ejercicio de las funciones asignadas a los magistrados de la corporación.

⁸⁸ Sobre el particular, estimó que los escritos de coadyuvancias coincidían con la petición del escrito principal, esto es, la de recusar a los integrantes de la Sala Plena de la Corte Constitucional, resuelta en el Auto 442 de 5 de agosto de 2021. Por otra parte, rechazó por carencia actual de objeto los incidentes de nulidad planteados por (i) ser consecuencia de la recusación formulada el 2 de agosto de 2021 en el expediente D-13.956, entre otros, y (ii) como quiera que esta fue rechazada por falta de pertinencia en el Auto 442 de agosto 5 de 2021.

73. (ix) El 12 de noviembre de 2021, luego de haberse registrado y rotado la ponencia en el expediente del asunto y de encontrarse en el orden del día de la Sala Plena desde el 27 de octubre de 2021, Ana María Idárraga Martínez solicitó a la Sala, “que aparte al Magistrado Alejandro Linares de la discusión y decisión de los expedientes D0013956 y D0013856, dado que emitió concepto claro, concreto y preciso, el día 11 de noviembre de 2021, sobre su posición de despenalizar el aborto”.

74. El 16 de noviembre de 2021, el Magistrado Alejandro Linares Cantillo presentó impedimento al considerar que, en el marco de una entrevista con el medio Semana TV, relacionada con “la decisión adoptada por este tribunal en el caso de tutela del señor expresidente Álvaro Uribe Vélez”⁸⁹, realizó “breves referencias y generalidades a título de ejemplo de las difíciles decisiones que debe tomar la Corte” y, entre ellas, al caso del aborto⁹⁰. Según señaló el Magistrado Linares, tal circunstancia podría enmarcarse “en la causal del numeral 4° del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, si se considera que en el marco de dicha entrevista proferí inadvertidamente opiniones sobre mi posición en el tema del aborto”⁹¹.

75. En la sesión de la Sala Plena del día 18 de noviembre de 2021, “se dispuso la designación de un Conjuez para decidir el impedimento presentado por el Magistrado ALEJANDRO LINARES CANTILLO dentro de los procesos D-13856 y D-13956, por no haberse obtenido la mayoría exigida para ello. || Que realizado el sorteo de rigor resultó seleccionado como conjuez el doctor HERNANDO YEPES ARCILA”⁹².

76. En atención a esta designación, mediante oficio de noviembre 23 de 2021, Ana Cristina González Vélez, Mariana Ardila Trujillo, Catalina Martínez Coral, Sandra Mazo Cardona, Cristina Rosero Arteaga, Aura Carolina Cuasapud Arteaga y Valeria Pedraza, demandantes dentro del expediente D-13.956, presentaron recusación en contra del Conjuez Hernando Yepes Arcila para participar en la discusión y decisión del impedimento presentado por el Magistrado Alejandro Linares Cantillo⁹³. Por iguales razones, en escrito del 2 de diciembre de 2021, el ciudadano Enrique Gómez Martínez refirió que el Conjuez Hernando Yepes Arcila estaba incurso en un conflicto de interés.

77. En atención a estas solicitudes y manifestación de impedimento, en primer lugar, a excepción del Magistrado Alejandro Linares Cantillo –cuyo

⁸⁹ Se refiere al expediente T-8.170.363, que se decidió con la Sentencia SU-388 de noviembre 10 de 2021. La entrevista en cita se llevó a cabo el día 11 de noviembre de 2021.

⁹⁰ Fl. 2 de la manifestación de impedimento.

⁹¹ Fl. 2 de la manifestación de impedimento. Posteriormente, mediante escrito de noviembre 19 de 2021 el Magistrado Alejandro Linares dio alcance a la manifestación de impedimento en los expedientes D-13.956 y D-13.856, al indicar que las circunstancias allí mencionadas podrían enmarcarse, no en la disposición del Código de Procedimiento Penal previamente citada, sino en la causal de impedimento y recusación prevista en el artículo 25 Decreto Ley 2067 de 1991 de “haber conceptuado sobre la constitucionalidad de la disposición acusada”. Finalmente, indicó: “Dejo a su consideración esta precisión sobre la norma legal aplicable, para que en ejercicio de sus competencias, la Sala Plena adopte la decisión que mejor corresponda a la imparcialidad objetiva, la transparencia y la lealtad institucional”.

⁹² Así se indica en la constancia secretarial del día 19 de noviembre de 2021, disponible en el expediente digital del proceso: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/actuacion.php?accion=mostrar&palabra=D0013956&proceso=1&etapa=0>

⁹³ Según indicaron, el Conjuez Yepes Arcila podría estar incurso en un “conflicto de interés”, ya que, este obraba como apoderado judicial en un proceso de tutela, objeto de conocimiento por la Sala Plena, y cuyo magistrado sustanciador es el Magistrado Linares Cantillo. Hacen referencia al expediente de tutela T-7.648.831, en el que actúa como demandante “la empresa Proactiva Doña Juana E.S.P. S.A.”, de la cual es apoderado judicial el Dr. Hernando Yepes Arcila.

impedimento se debía decidir– y del Conjuez Hernando Yepes Arcila –contra quien se formuló recusación–, mediante Auto 1063 de diciembre 1 de 2021, el resto de los magistrados de la Sala Plena rechazó por impertinente la recusación presentada por Ana Cristina González Vélez, Mariana Ardila Trujillo, Catalina Martínez Coral, Sandra Mazo Cardona, Cristina Rosero Arteaga, Aura Carolina Cuasapud Arteaga y Valeria Pedraza⁹⁴, y, mediante el Auto 031 de enero 20 de 2022, rechazó por impertinente la recusación formulada por Enrique Gómez Martínez⁹⁵.

78. En segundo lugar, en atención a que no prosperó la solicitud de recusación en contra del Conjuez Hernando Yepes Arcila, la Sala Plena de la Corte Constitucional, con su participación, en sesión de enero 20 de 2022 decidió aceptar el impedimento presentado por el Magistrado Alejandro Linares Cantillo en los expedientes D-13.956 y D-13.856. En consecuencia, en la misma sesión, se dispuso la designación de un conjuez que reemplazara al Magistrado Linares Cantillo en la decisión del expediente D-13.956; luego de realizado el sorteo de rigor fue seleccionado el Conjuez Julio Andrés Ossa Santamaría⁹⁶.

79. (ix) El 8 de febrero de 2022, luego de haberse registrado y rotado la ponencia en el expediente del asunto, y de haberse designado al Conjuez Julio Andrés Ossa Santamaría para reemplazar al magistrado Alejandro Linares Cantillo, Linda María Cabrera Cifuentes y Karla Roxana Pérez García formularon “recusación en contra de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger en consideración a la causal ‘*tener interés directo en la decisión*’, contenida en el artículo 25 del Decreto 2067 de 1991”. Precisaron que el interés de la magistrada era de carácter “moral”, “en la medida que las convicciones personales y morales en torno al derecho al aborto, que tiene la magistrada Cristina Pardo, representan una afectación a su fuero interno y a su imparcialidad y, al mismo tiempo, son de tal magnitud que se entienden actuales y constantes pues no se tratan de opiniones ocasionales o aisladas sobre el derecho al aborto” el cual le impediría decidir de manera imparcial en la decisión del citado expediente⁹⁷.

80. El día 9 de febrero de 2022, la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger manifestó impedimento para participar en el debate y decisión de las demandas de los expedientes D-13.956 y D-13.856. Según precisó, la manifestación buscaba garantizar “la absoluta transparencia que debe presidir el ejercicio de la función judicial”⁹⁸, ya que, como consecuencia de la objeción de conciencia que presentó para conceptuar acerca de la sanción u objeción por

⁹⁴ Según precisó la Sala, de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2067 de 1991, no son recusables “los magistrados y conjuces a quienes corresponda la decisión sobre impedimentos o recusaciones”.

⁹⁵ Preciso la Sala que “el solicitante no acredita legitimación en la causa por activa ni son recusables los conjuces a quienes corresponda la decisión sobre impedimentos o recusaciones”.

⁹⁶ En la constancia secretarial del día 21 de enero de 2022, disponible en el expediente digital del proceso: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/actuacion.php?accion=mostrar&palabra=D0013956&proceso=1&etapa=0>, se indica: “En sesión virtual de Sala Plena celebrada el veinte (20) de enero de dos mil veintidós (2021) con la presencia del señor Conjuez HERNANDO YEPES ARCILA y, de conformidad con lo normado por los artículos 25 y 26 del Decreto 2067 de 1991, se aceptó el impedimento manifestado por el Magistrado ALEJANDRO LINARES CANTILLO, para participar y decidir el asunto de la referencia. || Que por tal motivo se procedió a realizar sorteo de rigor y resultó seleccionado como conjuez dentro de estas diligencias el doctor JULIO ANDRÉS OSSA SANTAMARÍA”.

⁹⁷ Fl. 7 del escrito de recusación.

⁹⁸ Fl. 2 de la manifestación de impedimento.

inconstitucionalidad o inconveniencia⁹⁹ de algunas disposiciones del proyecto de ley que culminó con la expedición de la Ley 1719 de 2014¹⁰⁰, “algunos ciudadanos podrían inferir [...] que frente a lo que solicitan los demandantes en esta ocasión yo tendría una posición negativa, derivada de un supuesto interés moral”¹⁰¹.

81. Mediante Auto 178A de febrero 21 de 2022, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró infundado el impedimento manifestado por la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger en el Expediente D-13.956. Así mismo, mediante Auto 179A de febrero 21 de 2022, rechazó la recusación presentada por Linda María Cabrera Cifuentes y Karla Roxana Pérez García en contra de la Magistrada Pardo Schlesinger, por no superar las exigencias del examen de su pertinencia¹⁰².

6. Solicitudes de aclaración de providencias judiciales

82. Durante el trámite del proceso se presentaron y decidieron las siguientes solicitudes de aclaración.

83. (i) Mediante escrito del 7 de mayo de 2021, el ciudadano Harold Eduardo Sua Montaña pidió a la Corte aclarar el Auto 165 de 2021¹⁰³, en el sentido de señalar si “tras la falta de pertinencia de la misma puede volverse a presentar la recusación supliendo las falencias atisbadas en dicho auto o la misma resultaría extemporánea”. Mediante el Auto 277 de junio 2 de 2021, la Sala Plena rechazó la solicitud de aclaración al no acreditarse el deber de argumentación que exige¹⁰⁴.

84. Como ya se había dicho, mediante el Auto 325 del 23 junio de 2021, la Sala Plena anuló de oficio todo lo actuado en el proceso de la referencia entre el 11 de marzo y el 26 de mayo de 2021, incluido el referido Auto 277 de 2021, que se profirió como consecuencia de la solicitud de aclaración de una de las providencias anuladas¹⁰⁵.

85. (ii) Mediante escrito del 11 de agosto de 2021, el ciudadano Harold Eduardo Sua Montaña solicitó aclarar el numeral segundo del Auto 325 de 2021, que declaró la nulidad de todo lo actuado en el proceso de la referencia

⁹⁹ Artículo 27 del Decreto 672 de 2017.

¹⁰⁰ Fl. 2 de la manifestación de impedimento.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² De un lado, precisó la Sala que Linda María Cabrera Cifuentes carecía de legitimación para presentar la solicitud ya que ni fue demandante ni interviniente en el proceso de constitucionalidad del expediente D-13.956. De otro lado, indicó que, si bien solo uno de los hechos o circunstancias formuladas fue presentado de manera oportuna y por parte legitimada –el relacionado con la objeción de conciencia que presentó la Magistrada Pardo Schlesinger–, respecto de este se presentaba el fenómeno de la sustracción de materia, ya que mediante el Auto 178A de febrero 21 de 2022, los restantes magistrados de la Sala Plena declararon infundado el impedimento manifestado por la citada magistrada respecto de esta circunstancia.

¹⁰³ Esta providencia resolvió la solicitud de nulidad en contra del Auto 039 del 4 de febrero de 2021 presentada por el ciudadano Sua Montaña.

¹⁰⁴ Para la Sala Plena, la solicitud no cumplió con el deber de argumentación que exige y, por tanto, concluyó que el solicitante no censurara la falta de claridad o ambigüedad de la parte resolutive de la providencia mencionada. Por el contrario, formuló una petición adicional, dirigida a que la Corte se pronunciara acerca de la oportunidad de un nuevo escrito con el que se pretendía corregir las falencias de la solicitud presentada el 5 de abril de 2021.

¹⁰⁵ La Sala Plena advirtió que entre el 11 de marzo y el 26 de mayo de 2021 los términos del proceso estuvieron suspendidos con ocasión de una solicitud de recusación. De ahí que, al proferirse esas decisiones, entre otras, no se cumplió con las formas propias del juicio, pues la competencia de la Sala Plena se hallaba suspendida.

entre el 11 de marzo y el 26 de mayo de 2021, en el sentido de “si el rehacer de los autos y actuaciones implica nuevamente la publicación del contenido de los autos nulos en otros autos y el envío de los escritos elaborados en virtud de lo resuelto en dichas providencias carentes de validez”. Mediante el Auto 663 de septiembre 8 de 2021, la Sala Plena rechazó la solicitud de aclaración al no acreditarse el deber de argumentación que exige¹⁰⁶.

IV. INTERVENCIONES

86. Dentro del término de fijación en lista de la norma demandada, que venció el día 12 de noviembre de 2020¹⁰⁷, se recibieron diversas intervenciones ciudadanas, escritos de organizaciones sociales, *amicus curiae*, pronunciamientos de entidades y autoridades públicas, conceptos de personas expertas, entre otros, en los que se proponen distintas aproximaciones al examen de los cargos de la demanda y se ofrecen elementos relevantes para deliberar y abordar el estudio de constitucionalidad¹⁰⁸. Estas intervenciones evidencian una discusión pública extendida y reflejan el pluralismo y la diversidad de enfoques que suscita la regulación penal del aborto voluntario en Colombia. En atención a su gran número, se dará cuenta de estos de manera simplificada en los anexos de esta providencia¹⁰⁹; en todo caso, a continuación, se sintetizan los principales argumentos propuestos.

87. Algunos intervinientes solicitaron a la Corte abstenerse de realizar un estudio de fondo sobre la constitucionalidad de la norma demandada, al considerar que la demanda es inepta; otros le pidieron declarar estarse a lo resuelto en la Sentencia C-355 de 2006 ya que, en su opinión, se verificaba el fenómeno de la cosa juzgada. En otras intervenciones se pidió a la Corte pronunciarse de fondo y, en ese sentido, se presentaron distintas solicitudes:

¹⁰⁶ Según precisó la Sala, la solicitud no cumplió con el deber de argumentación que exige, pues no censuraba la falta de claridad o ambigüedad del numeral segundo de la parte resolutoria del Auto 325 de junio 23 de 2021, mediante el cual se ordenó rehacer los autos y las actuaciones procesales declaradas nulas en el ordinal primero, sino que formulaba una petición adicional, dirigida a que la Corte se pronunciara acerca de los efectos de la declaratoria de nulidad.

¹⁰⁷ Mediante Auto del 12 de noviembre de 2020, el magistrado sustanciador Antonio José Lizarazo Ocampo amplió el término hasta el 27 de noviembre de 2020 para que las entidades públicas, organizaciones privadas y expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso D-13.956 señalados en el auto admisorio del 19 de octubre de 2020, rindieran su concepto.

¹⁰⁸ Se recibieron 249 intervenciones ciudadanas, 21 intervenciones de organizaciones sociales, 37 intervenciones de *amicus curiae* y 77 conceptos de expertos, para un total de 384 intervenciones. Es de precisar que la cantidad de intervenciones y conceptos no reflejan de manera individual el número de personas signatarias, que superan ampliamente este número.

¹⁰⁹ Cfr., el Anexo 9 de esta providencia, que presenta un balance simplificado de estas intervenciones. Al proceso de constitucionalidad, igualmente se allegaron los siguientes escritos, de los cuales da cuenta el Anexo 10 de la providencia: (i) manifestaciones generales en contra del aborto y a favor de mantener su penalización (cfr., el Anexo 10.1 de esta providencia); (ii) escritos que solicitan el archivo de la demanda antes de su admisión (cfr., el Anexo 10.2 de esta providencia); (iii) escritos que solicitan el archivo de la demanda, después de la admisión y antes de la fijación en lista (cfr., el Anexo 10.3 de esta providencia); (iv) escritos enviados antes de la fijación en lista, que solicitan la constitucionalidad de la norma (cfr., el Anexo 10.4 de esta providencia); (v) escritos enviados antes de la fijación en lista, que hacen referencia a la falta de competencia de la Corte Constitucional para pronunciarse en la materia (cfr., el Anexo 10.5 de esta providencia); (vi) manifestaciones generales remitidas antes de la fijación en lista, a favor de mantener la penalización del aborto (cfr., el Anexo 10.6 de esta providencia); (vii) correos en blanco remitidos antes de la fijación en lista, en cuyo asunto se presentan manifestaciones generales en contra del aborto (cfr., el Anexo 10.7 de esta providencia); (viii) escritos que hacen referencia a la existencia de cosa juzgada, remitidos después del término de fijación en lista (cfr., el Anexo 10.8 de esta providencia); (ix) escritos que hacen referencia a la inexistencia de cosa juzgada, remitidos después del término de fijación en lista (cfr., el Anexo 10.9 de esta providencia); (x) escritos que solicitan la constitucionalidad de la norma demandada, remitidos después del término de fijación en lista (cfr., el Anexo 10.10 de esta providencia); (xi) escritos que solicitan la inexequibilidad de la norma demandada, remitidos después del término de fijación en lista (cfr., el Anexo 10.11 de esta providencia); (xii) manifestaciones generales en contra del aborto y a favor de mantener su penalización, remitidas después del término de fijación en lista (cfr., el Anexo 10.12 de esta providencia), (xiii) correos en blanco en cuyo asunto se presentan manifestaciones generales en contra del aborto y a favor de mantener su penalización (cfr., el Anexo 10.13 de esta providencia) y (xiv) información remitida en respuesta al auto de pruebas (cfr., el Anexo 10.14 de esta providencia).

88. Un número amplio de intervinientes solicitó declarar la constitucionalidad simple del artículo 122 del Código Penal¹¹⁰. Entre otras cosas, por considerar que: (i) se deben proteger los derechos del *nasciturus*; (ii) el aborto desconoce los derechos humanos; (iii) los derechos de las niñas y de los niños prevalecen sobre los demás; (iv) inexistencia del derecho fundamental a la IVE; (v) se deben garantizar los derechos de los padres (pareja) a decidir el número de hijas e hijos y (vi) las normas de *soft law* en las que se fundamenta la demanda no son vinculantes.

89. Otro grupo de intervinientes solicitó a la Corte declarar la constitucionalidad condicionada de la disposición que se demanda, en el sentido de que se tenga en cuenta un límite de edad gestacional, o de que no se exija la denuncia del acceso carnal violento o del acto sexual abusivo, o de que no se solicite la prueba de acceso al sistema de salud a las mujeres en situación migratoria irregular.

90. Finalmente, otro número considerable de intervinientes apoyó las pretensiones de la demanda y solicitó la declaratoria de inexequibilidad¹¹¹. De este grupo de escritos se destaca que, además de apoyar los argumentos de la demanda, algunos también consideran, entre otras cosas, que la norma es discriminatoria porque contiene una redacción excluyente frente a quienes no se identifican como mujeres y que desconoce la progresividad en el reconocimiento de garantías *iusfundamentales*.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

91. En concepto del 14 de diciembre de 2020, el Procurador General de la Nación solicitó a la Corte, por una parte, declararse inhibida para adoptar una decisión de fondo sobre la demanda y, por la otra, exhortar al Congreso de la República para que expida una regulación integral de la IVE, como manifestación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, así como para decidir acerca de la razonabilidad de su despenalización total, en términos de política criminal.

92. Advirtió que en el presente asunto cabría predicar el fenómeno de la “cosa juzgada relativa implícita”, que le permitiría a la Corte decidir de fondo el presente caso, pero que, en todo caso, la Corte carecería de competencia para adelantar el juicio de constitucionalidad ya que se evidenciaba una “omisión legislativa absoluta” en la regulación de la IVE, la cual solo podía ser resuelta por el Congreso de la República.

93. En relación con la primera razón, y sin perjuicio del análisis más detallado que se hace en el título 6.1 *infra*, indica que existen nuevos cargos que no fueron valorados en la Sentencia C-355 de 2006, por ejemplo, la

¹¹⁰ Cfr., el Anexo 8 de esta providencia.

¹¹¹ Cfr., el Anexo 9 de esta providencia.

penalización parcial del aborto como barrera estructural para acceder a la IVE dentro de las tres causales fijadas en la providencia en cita, la afectación desproporcionada de las mujeres migrantes, la libertad de oficio del personal de salud y el principio de Estado laico. Igualmente que, si bien otros cargos son similares, lo cierto es que los enfoques presentados por las demandantes son claramente distintos.

94. Al igual que las demandantes, también señala que sin perjuicio del anterior argumento, en caso de que se considerara que no se presenta el fenómeno de la “cosa juzgada relativa implícita”, sino el de la cosa juzgada absoluta, lo cierto es que también sería procedente un pronunciamiento de fondo, como consecuencia de su debilitamiento o enervamiento, en los términos de la jurisprudencia constitucional, al acreditarse, de un lado, una variación en el significado material de la Constitución en relación con la problemática del aborto consentido y de otro, evidenciarse un nuevo contexto normativo que ha modificado el régimen jurídico del aborto voluntario como delito y en el cual debe estudiarse la compatibilidad del artículo 122 del Código Penal con la Constitución.

95. En segundo lugar, a pesar de esta argumentación, para el Procurador General de la Nación la Corte Constitucional carece de competencia para adelantar este juicio de constitucionalidad debido a que se está ante una “omisión legislativa absoluta”, que solo puede ser resuelta por el Congreso de la República. Según señala, “la regulación integral del derecho fundamental a la IVE y la determinación de la política criminal, son asuntos sometidos al principio de reserva legal”¹¹².

96. Señala que, dado que la IVE es un derecho fundamental autónomo¹¹³, es competencia exclusiva del Legislador regular integralmente la materia:

“En primer lugar, el aborto solo fue regulado por el Congreso de la República en su faceta como delito en un contexto constitucional y normativo diferente al que actualmente rige, y no desde la nueva faceta de derecho fundamental cuya regulación específica e integral, ausente hasta el momento, es competencia del legislador. Es entonces al legislador a quien le compete garantizar que el sistema de salud permita la realización efectiva de la IVE en condiciones de cobertura, eficacia, equidad, igualdad y calidad, para asegurar la vida, dignidad, autonomía sobre el cuerpo y libre desarrollo de la personalidad de que son titulares las mujeres, ello con el fin de atender y superar las barreras existentes”¹¹⁴.

97. De otro lado, indica que es el Congreso de la República el que debe razonablemente legislar sobre la despenalización del aborto voluntario o sobre otras circunstancias, adicionales a las señaladas en la Sentencia C-355 de 2006, en las que deba eliminarse su criminalización:

¹¹² Fl. 20 del concepto del Procurador General de la Nación.

¹¹³ Fl. 21 y 27 del concepto del Procurador General de la Nación.

¹¹⁴ Fl. 20 del concepto del Procurador General de la Nación.

“En segundo lugar, la determinación de la política del Estado en materia criminal se encuentra en cabeza del legislador ordinario que cuenta con un amplio margen de configuración para definir los delitos y las penas, así como para determinar la despenalización total de un determinado comportamiento que bajo otro contexto había advertido como delictual, o establecer en qué otras causales el aborto no resulta punible para, por esa vía, superar las barreras para el ejercicio de la IVE”¹¹⁵.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

98. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241.4 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, por cuanto ella se dirige contra el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, que establece el delito de aborto con consentimiento, consentido o voluntario¹¹⁶, por cargos relacionados con su contenido material.

2. Estructura de la decisión

99. Para su estudio, la Sala se pronunciará acerca del contenido y alcance de la disposición demandada –Título 3–. Justificará por qué no se presenta una omisión legislativa absoluta, en los términos en que fue planteado por el Procurador General de la Nación –Título 4–. Valorará la aptitud sustantiva de la demanda y razonará por qué solo cuatro de los seis cargos que fueron propuestos son aptos –Título 5–¹¹⁷. A partir del estudio del fenómeno de la cosa juzgada, justificará, a partir de tres razones, por qué es procedente un pronunciamiento de fondo respecto de los cargos admitidos, a pesar de la existencia de la Sentencia C-355 de 2006 –Título 6–¹¹⁸. Finalmente, propondrá el problema jurídico sustancial del caso y la estructura de análisis –Título 7–, el cual resolverá en los apartados restantes de la providencia –títulos 8 a 13–.

3. Contenido y alcance de la disposición demandada

100. El artículo 122 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) regula el tipo penal de aborto con consentimiento, consentido o voluntario. Esta disposición forma

¹¹⁵ Fl. 20 del concepto del Procurador General de la Nación.

¹¹⁶ Se utiliza la última expresión “aborto con consentimiento”, “aborto consentido” o “aborto voluntario” con dos fines: el primero, para ilustrar que la disposición demandada estatuye un tipo penal que recae en la mujer, por su condición de tal, ya que exige que sea “[l]a mujer” quien “causare su aborto”, lo que supone su voluntad, o que, con su consentimiento, “permitiere que otro se lo cause”. En segundo lugar, este uso tiene por finalidad diferenciar este tipo penal de aquel que regula el artículo 123 de la codificación penal, que dispone: “Aborto sin consentimiento. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años”. Esta pena fue aumentada en atención a lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, “en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo”. Este último tipo penal, a diferencia del que regula la norma demandada, no solo protege el bien jurídico de la vida en gestación, sino también el bien jurídico relacionado con la autonomía reproductiva de la mujer, su dignidad, salud y libertad de conciencia para decidir de manera libre acerca de su maternidad. Es por esta doble incidencia en los bienes jurídicos del que está por nacer y de la mujer gestante que al delito es correlativa una pena de prisión mucho mayor a aquella de la norma que se demanda. Finalmente, no sobra reiterar que el artículo 123 del Código Penal, que estatuye el delito de “aborto sin consentimiento” o “aborto forzado”, no fue demandado y, por tanto, respecto de él no es posible que la Corte Constitucional emita pronunciamiento alguno.

¹¹⁷ En cuanto a las solicitudes y escritos de inhibición por falta de requisitos mínimos de la demanda, cfr., el Anexo 3 de esta providencia.

¹¹⁸ En cuanto a los conceptos, intervenciones y escritos en que se alega la existencia de cosa juzgada, cfr., el Anexo 5 de esta providencia. Por su parte, en cuanto a las intervenciones y conceptos de ciudadanos, organizaciones privadas, autoridades públicas y *amicus curiae* que justifican la inexistencia de cosa juzgada constitucional, cfr., el Anexo 6 de esta providencia.

parte del Libro II (“Parte especial de los delitos en particular”), Título I (“Los delitos contra la vida y la integridad personal”), Capítulo IV (“Del aborto”). Hacen parte del citado capítulo los artículos 122, 123 y 124. El primero regula el aborto con consentimiento –disposición demandada–, el segundo el aborto sin consentimiento o forzado –disposición que no fue objeto de la demanda– y el tercero regulaba ciertas circunstancias de atenuación punitiva, el cual fue declarado inexecutable en la Sentencia C-355 de 2006, al considerar que, entre otras cosas, la actuación de la mujer que interrumpiere voluntariamente el embarazo en los supuestos allí regulados no podía considerarse una conducta típica, ya que en todos ellos la mujer era víctima de un delito.

101. La norma que se demanda es un tipo penal autónomo o independiente, es decir, que se aplica sin necesidad de acudir a otro tipo penal; además que, antes de la expedición de la Sentencia C-355 de 2006, contenía una prohibición absoluta de interrumpir o poner fin al embarazo de manera voluntaria, so pena de la sanción penal; y es un tipo penal subjetivo, esto es, que solo admite la modalidad dolosa.

102. En relación con los elementos del tipo penal: (i) el bien u objeto jurídico que se protege es la vida en gestación; (ii) el sujeto activo puede ser monosubjetivo, cuando es la mujer quien se causa por sí misma el aborto, o plurisubjetivo, cuando se lo causa otro con su consentimiento; (iii) el sujeto pasivo puede ser mono o plurisubjetivo, si se trata de uno o varios fetos o embriones, y (iv) y el verbo rector de la conducta es “causar” un resultado concreto, que es el aborto.

103. Aunque el contenido normativo de dicho artículo era similar al del artículo 343 del Decreto Ley 100 de 1980 (anterior Código Penal), cuya constitucionalidad se valoró en la Sentencia C-133 de 1994, en la Sentencia C-355 de 2006 se indicó que estos diferían debido a la modificación en el *quantum* de la pena. Esta tuvo como causa el incremento prescrito por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, el cual dispuso que a partir de enero 1 de 2005 “las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo”, de allí que la Corte hubiese concluido que no se trataba de “enunciados normativos idénticos”. En dicha ocasión, también precisó la Sala Plena que ambas disposiciones hacían parte de contextos normativos disímiles “pues se trata de dos códigos penales expedidos con casi veinte años de diferencia y que obedecen a una orientación penal diferente”¹¹⁹.

104. Con fundamento en estas distinciones, consideró que no se configuraba el fenómeno de cosa juzgada formal respecto de la Sentencia C-133 de 1994, que había declarado executable el artículo 343 del Decreto Ley 100 de 1980. También precisó que no se presentaba el fenómeno de la cosa juzgada absoluta, dado que se estaba ante cargos distintos a los estudiados en el año de 1994. A

¹¹⁹ Sentencia C-355 de 2006.

partir de este análisis, estimó procedente emitir un pronunciamiento de fondo acerca de la constitucionalidad del artículo 122 de la Ley 599 de 2000.

105. Luego del estudio de fondo correspondiente, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal, “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”.

106. Así, a partir de la facultad para modular sus fallos, mediante una sentencia integradora, la Corte adecuó el contenido normativo del artículo 122 de la Ley 599 de 2000 a los preceptos de la Constitución que hicieron parte de los reproches formulados en su contra, y con base en los cuales realizó su análisis en tal oportunidad. Por tanto, desde hace quince años es posible identificar en dicha disposición dos contenidos normativos diferenciables: uno que continúa sancionando penalmente el aborto con consentimiento en la generalidad de los casos y otro en el que la conducta resulta atípica cuando corresponda a alguno de los tres supuestos del condicionamiento previamente referido.

107. Esta distinción, se insiste, tuvo como causa el estudio de los cargos específicamente propuestos hace quince años y conforme al problema jurídico planteado y resuelto en dicha oportunidad, lo cual le permitió a esta corporación circunscribir su análisis a tres circunstancias específicas respecto de las que estimó que sancionar el aborto con consentimiento era “manifiestamente desproporcionado”, sin que en dicha oportunidad se hubiera ocupado de valorar otros supuestos en los que el artículo cuestionado pudiera entrar en tensión con mandatos superiores¹²⁰.

108. Finalmente, es relevante precisar que la delimitación del alcance de este contenido normativo del artículo 122 del Código Penal introducido por la Sentencia C-355 de 2006 no se ha restringido a este pronunciamiento, ya que la Corte Constitucional, en sede de revisión de tutela, se ha pronunciado con posterioridad respecto de su alcance concreto en las sentencias T-171 de 2007, T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-636 de 2011, T-959 de 2011, T-841 de 2011, T-627 de 2012, T-532 de 2014, T-301 de 2016, T-731 de 2016, T-697 de 2016, T-931 de 2016 y SU-096 de 2018.

¹²⁰ En relación con este aspecto, en la citada sentencia se señaló: “Por tanto, en virtud del principio de conservación del derecho, resulta necesario proferir una sentencia de exequibilidad condicionada mediante la cual se considere que no se incurre en el delito de aborto en las hipótesis a las cuales se ha hecho mención con anterioridad. De esta manera se impide que la debida protección a la vida en gestación represente una afectación manifiestamente desproporcionada de los derechos de la mujer embarazada” (Sentencia C-355 de 2006).

109. Como se aprecia, a partir de la expedición de la Sentencia C-355 de 2006, el contenido normativo del artículo 122 de la Ley 599 de 2000 ha variado; aunque el aborto con consentimiento continúa siendo un delito en la generalidad de los casos, no lo es en los tres supuestos señalados en dicha providencia, y la jurisprudencia de revisión posterior ha precisado la comprensión de esta dualidad.

4. Ausencia de omisión legislativa absoluta

110. En relación con la posible omisión legislativa absoluta que, en opinión del Procurador General de la Nación, impediría a la Corte emitir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de la disposición que se demanda, la Corte considera que no le asiste razón, pues no se verifica la ausencia total de regulación o la inexistencia de un referente normativo que se pueda confrontar con la Constitución¹²¹. Por el contrario, el contenido normativo de la disposición demandada, cuya inexecutable se pretende, es claramente contrastable con la Carta. Se trata de una disposición que profiere el Legislador como manifestación del poder punitivo del Estado, en ejercicio de su margen de configuración para definir los delitos y las penas.

111. Para la Sala lo que realmente plantea el Procurador es que de la Constitución se desprende un mandato dirigido al Legislador para que regule los derechos reproductivos de las mujeres, mandato que, a su juicio, el Congreso de la República ha omitido de manera absoluta. Sin embargo, de que esto sea así no se sigue que la Corte carezca de competencia para valorar la demanda que se presenta, ya que esta pretende la declaratoria de inexecutable de la regulación del delito de aborto con consentimiento, es decir, la exclusión del ordenamiento jurídico de un contenido normativo –verificable, cierto y determinado–, que en opinión de las demandantes resulta contrario a la Constitución. Así las cosas, la Corte no constata una inactividad o una omisión de regulación en relación con el delito de aborto voluntario; todo lo contrario, la Sala verifica que la norma demandada, el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, fue expedida por el Legislador con fundamento en el artículo 150.2 de la Constitución y goza de un contenido concreto que puede ser contrastado con la norma superior.

5. Análisis de la aptitud sustantiva de la demanda

112. La demanda se admitió mediante auto del 19 de octubre de 2020¹²², aplicando en dicha oportunidad el principio *pro actione*¹²³. Su admisión, en todo caso, no restringe la competencia de la Sala Plena para pronunciarse acerca de

¹²¹ En relación con las omisiones legislativas absolutas, de manera pacífica esta corporación ha señalado que se presentan cuando existe total inactividad del Legislador sobre la materia en la que se exige su intervención, es decir, se evidencia una ausencia total de desarrollo de un contenido constitucional por parte del Congreso de la República, por lo que, ante la inexistencia de norma sobre la cual pueda recaer el juicio de constitucionalidad, la Corte carece de competencia para decidir de fondo. En este sentido véase, entre otras, las sentencias C-314 de 2009, C-285 de 2019, C-572 de 2019 y C-486 de 2020.

¹²² El magistrado sustanciador constató que las demandantes expusieron argumentos que lograban generar una duda de constitucionalidad razonable en relación con los cargos presentados en su demanda por la presunta vulneración del preámbulo y los artículos 1, 2, 11, 13, 16, 18, 19, 20, 26, 43, 49, 67 y 93 de la Constitución Política, por lo que, en aplicación del principio *pro actione*, procedió a su admisión.

¹²³ De acuerdo con el principio *pro actione*, cuando se presente duda en relación con el cumplimiento de los requisitos de la demanda esta se resuelve a favor del accionante.

su aptitud, al momento de decidir definitivamente sobre la demanda de inconstitucionalidad.

113. Como se precisó, en algunas intervenciones ciudadanas se solicitó a la Corte que se inhiba de emitir un pronunciamiento de fondo, al considerar que la demanda no cumple los requisitos mínimos exigidos para su admisión. Para la Sala, el hecho de que, en el marco de un proceso público y participativo, en varias de las intervenciones se solicite un fallo inhibitorio, impone que se vuelva a examinar, con mayores elementos de juicio, la aptitud sustantiva de la demanda. Esto es así, ya que en esta etapa del proceso la Sala Plena cuenta con las intervenciones ciudadanas y el concepto del Procurador General de la Nación, que aportan mayores elementos de juicio al diálogo constitucional¹²⁴.

114. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto Ley 2067 de 1991, las demandas de inconstitucionalidad deben señalar: (i) las normas acusadas como inconstitucionales; (ii) las disposiciones constitucionales que se consideran infringidas; (iii) las razones por las cuales dichos textos han sido violados; (iv) en caso de que se cuestione el correcto trámite legislativo, el procedimiento que habría debido observarse y, en todos los casos, (v) la razón por la cual la Corte es competente. En especial, respecto de las razones por las cuales dichos textos han sido violados, esta Corte ha precisado que los demandantes tienen el deber de definir correctamente un concepto de violación, razón por la cual tienen “una carga de contenido material y no simplemente formal”, en el sentido de que no basta que el cargo formulado contra las normas legales se estructure a partir de cualquier tipo de razones o motivos, sino que se requiere que estas sean “claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes”¹²⁵.

115. El cargo es *claro* si permite comprender el concepto de violación alegado. Lo que significa que la argumentación: (i) tenga un hilo conductor lógico, (ii) permita diferenciar con facilidad las ideas expuestas y los razonamientos sean sencillamente comprensibles y (iii) señale por qué se considera que la norma legal es inconstitucional¹²⁶.

116. El cargo es *cierto* si: (i) recae sobre una proposición jurídica presente en el ordenamiento jurídico; (ii) ataca la norma acusada y no otra no mencionada en la demanda; (iii) no infiere consecuencias subjetivas de las disposiciones demandadas, ni se fundamenta en conjeturas, presunciones, sospechas o creencias de quien demanda respecto de la norma cuya constitucionalidad cuestiona; (iv) no extrae de las disposiciones que se demandan efectos que ellas no contemplan objetivamente; (v) las proposiciones jurídicas acusadas devienen objetivamente del *texto normativo*; y, finalmente, (vi) cuando se demanda una interpretación de una norma, esta es plausible y se desprende del contenido

¹²⁴ Cfr., entre otras, las sentencias C-623 de 2008, C-031 de 2014, C-688 de 2017 y C-233 de 2021.

¹²⁵ Sentencia C-1052 de 2001. En esta providencia la Corte sistematizó la jurisprudencia existente sobre el tema de los requisitos de procedibilidad de la acción de inconstitucionalidad.

¹²⁶ Cfr., en especial las sentencias C- 540 de 2001, C- 1298 de 2001, C-039 de 2002, C- 831 de 2002, C-537 de 2006 y C-140 de 2007.

normativo que se acusa¹²⁷.

117. En cuanto a la *especificidad* del cargo, este debe: (i) evidenciar una acusación de inconstitucionalidad contra la disposición atacada; (ii) relacionarse directamente con la norma demandada y no tener como causa exposiciones vagas, indeterminadas, indirectas, abstractas y globales, que no permitan directamente realizar un juicio de constitucionalidad y (iii) tratarse de una efectiva acusación de inconstitucionalidad, razón por la cual sus fundamentos deben ser determinados, concretos, precisos y particulares en relación con la norma acusada¹²⁸.

118. La *pertinencia* del cargo exige que: (i) se desprenda lógicamente del contenido normativo de la disposición que se acusa; (ii) tenga una naturaleza constitucional, es decir, que contraponga normas de inferior categoría a las normas constitucionales y (iii) contenga razonamientos de orden constitucional, esto es, no basados en argumentos legales o doctrinarios, ni en acaecimientos particulares, hechos personales, vivencias propias, sucesos y ocurrencias reales o imaginarias, en las que supuestamente se hubiere aplicado o será aplicada la norma demandada, ni en deseos personales, anhelos sociales del accionante o en su querer en relación con una política social¹²⁹.

119. El cargo es *suficiente* si despierta una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional¹³⁰.

120. Por último, tratándose de un cargo de inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad, existe una especial y mayor carga argumentativa orientada a identificar, con claridad, los sujetos, grupos o situaciones comparables, frente a los cuales la medida acusada introduce un trato discriminatorio, y la razón por la cual se considera que el mismo no se justifica¹³¹. Así mismo, esta corporación ha manifestado que el principio de igualdad constitucional no excluye el trato diferenciado. Por el contrario, el principio de diferencia materializa la igualdad en cuanto se trate de medidas afirmativas. La igualdad así concebida no significa, por tanto, que el Legislador deba asignar a todas las personas idéntico tratamiento jurídico, porque no todas ellas se encuentran en situaciones fácticas similares ni en iguales condiciones.

121. Solo con el cumplimiento de estas exigencias le es posible al juez constitucional realizar la confrontación de las normas impugnadas con el texto

¹²⁷ Cfr., al respecto, las sentencias C- 831 de 2002, C-170 de 2004, C- 865 de 2004, C-1002 de 2004, C-1172 de 2004, C-1177 de 2004, C-181 de 2005, C-504 de 2005, C-856 de 2005, C-875 de 2005, C-987 de 2005, C-047 de 2006, C-156 de 2007, C-922 de 2007, C-1009 de 2008, C-1084 de 2008, C-523 de 2009, C-603 de 2019 y C-088 de 2020.

¹²⁸ Cfr., en especial las sentencias C-572 de 2004, C-113 de 2005, C- 178 de 2005, C-1192 de 2005, C-278 de 2006, C-603 de 2019 y C-088 de 2020.

¹²⁹ Cfr., entre otras, las sentencias C- 528 de 2003, C-1116 de 2004, C-113 de 2005, C-178 de 2005, C-1009 de 2005, C-1192 de 2005, C-293 de 2008, C-603 de 2019 y C-088 de 2020.

¹³⁰ En este sentido, cfr., las sentencias C- 865 de 2004, C-1009 de 2008, C-1194 de 2005, C-603 de 2019 y C-088 de 2020.

¹³¹ Cfr., al respecto, la Sentencia C-178 de 2014.

constitucional. Por tanto, al momento de realizar el análisis detallado de los requerimientos señalados, si los encuentra incumplidos, la Corte deberá declararse inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda, de manera que se deje abierta la posibilidad de que los ciudadanos puedan cuestionar en el futuro la disposición acusada.

5.1. Análisis de aptitud de los cargos formulados por la presunta violación del derecho a la IVE y del derecho a la salud y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres

122. Las demandantes plantean como primer cargo la presunta violación del derecho a la IVE y un segundo cargo por la supuesta vulneración del derecho a la salud y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. De igual manera, sostienen que, en relación con ambos cargos, se desconoce la garantía constitucional de la igualdad. Dada la estrecha relación de este último aspecto con el cargo que proponen las accionantes por desconocimiento del derecho a la igualdad de las mujeres en situación migratoria irregular, la Sala hará una valoración conjunta de estas razones en el estudio de aptitud de este último cargo, al cual integrará las razones relacionadas con el presunto desconocimiento del derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad.

123. Luego de analizar los argumentos planteados para sustentar los dos primeros cargos, la Corte concluye que ambos se construyen a partir de la misma tesis. En otras palabras, en ambos cargos se sostiene como argumento principal que la penalización del aborto consentido constituye la barrera más importante para la materialización del derecho fundamental a la salud de las mujeres, en particular, de sus derechos sexuales y reproductivos y, a su vez, para el acceso al procedimiento de IVE como componente esencial de estos. En efecto, las demandantes afirman que al mantener la norma demandada en el ordenamiento se incumple con obligaciones tanto negativas como positivas que se derivan de las mencionadas garantías constitucionales y que las autoridades estatales deben cumplir. En consecuencia, la Corte estudiará la aptitud de estos cargos de manera conjunta.

124. Tales cargos, en primer lugar, son claros, en tanto la argumentación tiene un hilo conductor y las ideas expuestas son fácilmente comprensibles.

125. Igualmente, cumplen el requisito de certeza. Debe recordarse que este Tribunal, a partir de la Sentencia C-355 de 2006, declaró que no se incurre en delito de aborto cuando, con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los tres casos a que dicha sentencia se refiere. Bajo este fundamento, las demandantes sostienen que la inconstitucionalidad de la disposición demandada se deriva, entre otras razones, de la forma en que se mantiene la penalización del aborto, constituyéndose en el principal obstáculo para garantizar la IVE en los supuestos que dejaron de ser delito a partir de la Sentencia C-355, pues impide la adecuada garantía de esta prestación positiva

adsrita al derecho a la salud, en tanto imposibilita una correcta información al respecto e incluso siguen existiendo denuncias y adelantándose procesos penales a pesar de que el aborto se lleve a cabo en los tres escenarios despenalizados.

126. A su vez, advierten que la disposición acusada mantiene una medida que no sólo no facilita, ni promueve ni afirma, sino que obstruye el acceso al procedimiento de IVE como servicio de salud reproductiva que requieren todas las mujeres. Aunado a ello, las demandantes señalan que se trata de un componente del derecho a la salud –reproductiva– y que se erige como una garantía fundamental para la realización de todos sus demás derechos humanos.

127. En ese sentido, sostienen que la disposición contraviene las obligaciones estatales inmediatas en dicha materia. Lo que lleva a concluir que, en principio, una confrontación objetiva de la disposición demandada con los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres permitiría observar una vulneración de esta garantía.

128. De otro lado, la demanda es específica. Las demandantes sostienen que, con la penalización del aborto, el Estado colombiano incumple una serie de deberes, dentro de los que resaltan, por una parte, unas obligaciones de no hacer, consistentes en abstenerse de imponer obstáculos y dilaciones ilegítimas e injustificadas a la práctica del procedimiento de IVE y de discriminar a las mujeres que opten por este. Y por otra, un conjunto de obligaciones positivas o de hacer, como, por ejemplo, de respeto o garantía, que implican desarrollar todas aquellas actividades que sean necesarias para que las mujeres que solicitan el procedimiento de IVE accedan a este en condiciones adecuadas, incluyendo la remoción de barreras normativas; el deber de información oportuna, suficiente, veraz y adecuada en materia reproductiva; la garantía de disponibilidad del procedimiento de IVE en todo el territorio nacional, en cualquier etapa del embarazo, en todos los niveles de complejidad y en circunstancias libres de violencia obstétrica y la garantía del derecho a decidir libremente sobre la IVE, entre otras.

129. En igual sentido, señalan de manera precisa la forma en que la disposición desconoce las diferentes obligaciones que se derivan del derecho a la salud establecido en el artículo 49 superior. Al respecto, sostienen que la disposición demandada vulnera tres obligaciones contenidas en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 (artículo 5), en la jurisprudencia constitucional (Sentencia SU-096 de 2018, entre otras) y en la Observación General No. 14 del Comité DESC, a saber: (i) cumplir con el derecho a la salud sexual y reproductiva en sus niveles mínimos o esenciales en materia de disponibilidad, accesibilidad, calidad, idoneidad del profesional de la salud y sin discriminación; (ii) proteger el derecho a la salud, así como (iii) respetarlo, lo que deriva en una obligación negativa inmediata, no sujeta a progresividad y que no constituye una carga desproporcionada para los Estados en términos de recursos.

130. A su vez, el cargo es pertinente, ya que los planteamientos expuestos se dirigen a demostrar, según las demandantes, la vulneración del derecho a la IVE, que estiman protegido por la Corte desde el año 2006 (sentencias C-355 de 2006, C-754 de 2015 y SU-096 de 2018, entre otras). En ese sentido, afirman que las principales barreras para acceder al procedimiento son impuestas por el Estado y que estas se profundizan al mantener la norma demandada en el ordenamiento jurídico. Así mismo, sostienen que se desconoce el derecho fundamental a la salud establecido en el artículo 49 de la Constitución y se incumplen obligaciones que se derivan de este y que han sido reconocidas no solo por esta Corte, sino por instrumentos internacionales sobre la materia. Es decir, se presentan argumentos de carácter constitucional, y no meramente legal, y no se basan en interpretaciones subjetivas o suposiciones.

131. Finalmente, la demanda aporta amplios elementos de juicio como informes, estadísticas y conceptos, emitidos por Relatorías Especiales de Naciones Unidas, observaciones generales e incluso decisiones de este Tribunal, entre otros, sobre la necesidad de despenalización del aborto. Los argumentos son desarrollados ampliamente y generan duda sobre la constitucionalidad de la norma demandada, por lo que se encuentra acreditado el requisito de suficiencia.

5.2. Análisis de aptitud del cargo formulado por la presunta vulneración del derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular

132. Las demandantes sostienen, en cargos distintos –los cargos primero, segundo y tercero, a los que se hizo referencia–, que la penalización del aborto consentido por fuera de las tres causales a las que se refiere la Sentencia C-355 de 2006 vulnera, de un lado, el derecho a la igualdad de las mujeres y niñas en situación de vulnerabilidad y, de otro lado, el derecho a la igualdad de aquellas que se encuentran en el país en situación migratoria irregular.

133. Luego de analizar los argumentos expresados para sustentar cada una de estas acusaciones, se concluye que ambas se construyen a partir de la misma tesis, esto es, que el artículo 122 del Código Penal, aunque se muestra neutral en su texto, genera una discriminación indirecta a tales grupos de personas, pues las impacta de una manera diferente, evidentemente más desproporcionada, que a la generalidad de las mujeres a las que identifica como sujetos activos de la conducta de aborto consentido. Lo anterior, por cuanto la situación particular de estas mujeres las expone en mayor medida a la práctica de abortos inseguros que ponen en grave riesgo sus derechos a la salud y a la vida, así como a múltiples barreras de acceso al procedimiento de IVE.

134. Se observa, en primer lugar, que el cargo es claro, en tanto los argumentos expuestos por las demandantes siguen un hilo conductor lógico y son fácilmente comprensibles.

135. En segundo lugar, satisface el requisito de certeza, pues las demandantes le atribuyen a la disposición demandada un contenido y alcance que se deriva de manera objetiva de su texto, y no de simples suposiciones o interpretaciones irrazonables. En efecto, tal como se afirma en la demanda, el artículo 122 del Código Penal castiga con pena de prisión a toda mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, excepto en las tres circunstancias a las que se refiere la Sentencia C-355 de 2006, lo que incluye como eventuales sujetos activos tanto a las mujeres en situación de vulnerabilidad como a aquellas que se encuentran en situación migratoria irregular.

136. En tercer lugar, el cargo cumple con la carga de especificidad, pues las demandantes exponen argumentos concretos con base en los cuales es posible constatar de qué manera la disposición demandada se opone al principio de igualdad. Según afirman, la penalización del aborto consentido genera una discriminación indirecta que viola el derecho a la igualdad de las mujeres vulnerables y en situación migratoria irregular porque las afecta de una manera evidentemente desproporcionada, más que a la generalidad de las mujeres. Esto, en la medida en que las mujeres más vulnerables, de un lado, están mayormente expuestas a la práctica de abortos inseguros que ponen en riesgo sus derechos a la salud y a la vida y, de otro lado, enfrentan barreras diferenciales para acceder a la IVE, derivadas de factores geográficos, económicos, sociales y culturales. En otras palabras, las demandantes sostienen que las consecuencias que se derivan de la aplicación de una norma aparentemente neutra, en la práctica, tienen un impacto adverso y desproporcionado sobre grupos de personas que han sido tradicionalmente marginadas o discriminadas.

137. En cuarto lugar, el cargo satisface el requisito de pertinencia, pues se fundamenta en razones de naturaleza constitucional y no de simple conveniencia o corrección de las decisiones legislativas. En efecto, el argumento de discriminación indirecta que sustenta la acusación de las demandantes confronta la disposición demandada con un principio de rango superior, esto es, el derecho a la igualdad reconocido tanto en el artículo 13 de la Constitución como en instrumentos internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. En particular, se contrapone al artículo 9 de la Convención de Belem do Pará, que obliga a los Estados parte a tener especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que puedan sufrir las mujeres en razón, entre otras, de su condición de migrantes, desplazadas, menores de edad o de su situación socioeconómica desfavorable o afectada por el conflicto armado.

138. Cabe anotar que, si bien las demandantes enfatizan en las consecuencias que la aplicación de la disposición demandada genera en los grupos de personas que consideran especialmente afectados, estas razones (i) no obedecen a simples hipótesis o suposiciones, pues están respaldadas por información oficial y de organizaciones no gubernamentales, y (ii) son necesarias para comprender la afectación diferencial e indirecta que, en su criterio, el artículo 122 del Código Penal provoca en las mujeres vulnerables y en situación migratoria irregular.

139. En quinto lugar, y derivado del cumplimiento de los requisitos anteriores, los argumentos que sustentan el cargo son suficientes para generar, al menos, una duda inicial sobre la constitucionalidad de la disposición demandada, que torna procedente el análisis de fondo por parte del juez constitucional.

140. Finalmente, se constata que el cargo satisface la carga argumentativa especial que se exige cuando se alega la vulneración del derecho a la igualdad. En efecto, las demandantes:

141. *(i)* Identifican los grupos de personas objeto de comparación: de un lado, las mujeres que se encuentran en una situación de vulnerabilidad derivada de condiciones geográficas, sociales y económicas, y las mujeres en situación migratoria irregular. De otro lado, la generalidad de las mujeres a las que la norma demandada identifica como sujetos activos de la conducta de aborto consentido prevista en el artículo 122 del Código Penal.

142. *(ii)* Identifican el patrón de igualdad que permite comparar a tales grupos de personas, esto es, que ambos están cobijados por los efectos de la disposición demandada y, en particular, por las intensas afectaciones que generaría tanto en sus derechos a la salud y a la vida, como en el acceso al procedimiento de la IVE.

143. *(iii)* Explican que a pesar de que la disposición demandada es aparentemente neutral en su texto, discrimina de manera indirecta a las mujeres vulnerables y en situación migratoria irregular, lo que las impacta de una manera diferente (evidentemente más desproporcionada), en comparación con la generalidad de las mujeres. En otras palabras, advierten que dicha norma genera un trato diferenciado entre grupos de personas que deberían ser tratadas de la misma forma.

144. *(iv)* Explican por qué dicho trato diferenciado carece de justificación constitucional. En su criterio, si bien el artículo 122 del Código Penal persigue finalidades imperiosas, esto es, proteger la vida en gestación y, al mismo tiempo, permitir la IVE en las tres circunstancias previstas en la Sentencia C-355 de 2006, la penalización categórica del aborto *(a)* no es una medida necesaria, pues existen otras formas de proteger la vida prenatal que garantizan en mayor medida los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, como mejorar el acceso a los servicios de salud materna, a los controles prenatales, a la anticoncepción y a la propia IVE en las circunstancias permitidas. Además, *(b)* es una medida desproporcionada, pues no tiene en cuenta los obstáculos concretos que la situación particular de las mujeres vulnerables y en situación migratoria irregular les impone para acceder al procedimiento de IVE y que ponen en grave riesgo sus derechos a la salud y a la vida, al incrementar las probabilidades de que acudan a un aborto inseguro.

5.3. Análisis de aptitud del cargo formulado por la presunta violación del

derecho a la libertad de profesión y oficio del personal de la salud

145. Las demandantes consideran que mantener la tipificación del aborto en el Código Penal –excluyendo las causales previstas en la Sentencia C-355 de 2006– vulnera el artículo 26 de la Constitución, por cuanto produce una ambigüedad que no garantiza las condiciones para la libre práctica de este procedimiento por parte de los profesionales de la salud, quienes deben, de un lado, convivir con la obligación de asegurar el procedimiento de IVE en tres circunstancias despenalizadas, mientras que, al mismo tiempo, pende sobre ellos y sobre las mujeres que atienden –de cuya salud son responsables– la “amenaza del crimen de aborto”¹³².

146. Si bien el argumento es claro, en la medida en que se entiende el planteamiento formulado, carece de certeza, pues el cargo se sustenta en: (i) la posible intimidación que la norma acusada genera en los profesionales de la salud, quienes deben decidir en cada caso individual si se cumplen los requisitos legales para que el aborto no constituya un delito; (ii) la presunta estigmatización que podrían sufrir dichos profesionales; (iii) el presunto favorecimiento para el desconocimiento y la falta de formación de los prestadores de servicios de salud, lo que genera consecuencias nocivas para las mujeres que optan por la IVE, y, por último, (iv) que la penalización del aborto impide la prestación del servicio de IVE desde la autonomía médica, consecuencias todas que a juicio de la Sala no se desprenden objetivamente de la norma demandada.

147. Adicionalmente, el cargo tampoco es pertinente, porque si bien –tal y como la demanda lo indica– el tipo penal del aborto y las causales de la Sentencia C-355 de 2006 exigen a los prestadores de los servicios de salud una decisión compleja, esto es, que, de acuerdo con sus conocimientos e interpretaciones califiquen un mismo hecho –las razones dadas para la interrupción de un embarazo– como legales o como el fundamento de la posible comisión de un delito, situación que para muchos puede resultar desproporcionada, este argumento no es de naturaleza constitucional. Por el contrario, obedece a valoraciones relacionadas con la dificultad que en la práctica representa la aplicación de la norma demandada, concretamente las causales despenalizadas en la referida sentencia.

148. Igual valoración merecen los argumentos sobre las presuntas persecuciones de que son objeto los profesionales de la salud por parte de los entes de control y el temor a ser juzgados, estigmatizados o etiquetados como *asesinos* o *abortistas*, así como la escasa formación de los profesionales de la salud para practicar el procedimiento de IVE. En efecto, el análisis realizado en la demanda no se desprende directamente del artículo 26 constitucional y, por tanto, no es posible verificar si existe una contradicción objetiva entre esa norma superior y la disposición legal demandada.

¹³² Fl. 102 de la demanda.

149. Por último, la demanda precisa que el Estado debe garantizar las condiciones para el libre ejercicio de las profesiones u oficios; sin embargo, al mismo tiempo, puede imponer restricciones, límites y controles, que, en todo caso, no podrán atentar contra los derechos fundamentales ni el interés general. Estas razones no son específicas ni suficientes.

150. En efecto, las demandantes omiten explicar por qué la restricción que la norma demandada impone al personal de la salud es inconstitucional. Se limitan a señalar que la persistencia de la sanción penal en ella prevista no garantiza las condiciones para el libre ejercicio de los y las profesionales de la salud, a quienes se les imponen restricciones, límites y controles al ejercicio de su profesión, que atentan contra sus derechos fundamentales y los de las mujeres que buscan acceder al servicio de IVE en condiciones de seguridad y legalidad, así como contra el interés general de prestar atención en salud, todo esto sin brindar argumentos de orden constitucional.

5.4. Análisis de aptitud del cargo formulado por la presunta violación de la libertad de conciencia y del principio de Estado laico

151. El cargo es claro, en la medida en que de su lectura es fácil comprender que, según las demandantes, la norma cuestionada vulnera la libertad de conciencia desde dos perspectivas: (i) una construida desde la libertad de religión o culto, y (ii) otra que tiene que ver con la construcción personal más allá de la identidad religiosa, es decir, de la moral.

152. En términos generales, de acuerdo con la primera de ellas, se vulneran “los límites del derecho a la libertad de religión y cultos”, debido al alto contenido religioso sobre el cual está soportada la discusión en torno al aborto, yendo en contra de aquellas mujeres que no se vinculan a ninguna creencia relacionada con la existencia de un dios. Sostienen que, en un Estado laico, no se pueden imponer o defender normas, valores o principios morales particulares, ligados a una religión determinada, por cuanto se estarían confiriendo consecuencias jurídicas desfavorables o de desventaja contra las personas o comunidades que no comparten la práctica religiosa mayoritaria, bien porque ejercen otro credo, porque no comparten ninguno o, incluso, porque manifiestan su abierta oposición a toda dimensión trascendente.

153. Desde la segunda perspectiva, es decir, aquella que encuentra fundamento en convicciones personales que no son de contenido religioso, la norma demandada quebrantaría “la garantía de las mujeres a actuar en pro de su libertad de conciencia”, esto es, que en ejercicio de la autonomía reproductiva la mujer debería gozar de plena facultad para adoptar una decisión sustentada en el sistema de valores producto de sus convicciones ideológicas construidas sobre la base de la experiencia moral, como parte de su interacción con su contexto social, político y económico; más aun, teniendo en cuenta que es ella quien asume el proceso de gestación.

154. El primero de los planteamientos que exponen las demandantes parte de la premisa de que la norma demandada es producto de una construcción religiosa para la protección de la vida prenatal y que, por ende, trasgrede el principio del Estado laico en que se funda la Constitución. La Sala encuentra que este planteamiento se basa en estimaciones subjetivas de las demandantes y en proposiciones jurídicas que no se desprenden objetivamente de la disposición demandada, por lo que no encuentra acreditado el requisito de certeza.

155. En esa medida, al no demostrar, siquiera sumariamente, de qué manera la norma demandada vulnera la libertad de religión o culto y el Estado laico, el cargo carece de especificidad y pertinencia, pues se basa en meros razonamientos subjetivos y apreciaciones de las demandantes, de los cuales no se advierte una acusación concreta de oposición a la Constitución Política.

156. Así mismo, el cargo no brinda los argumentos necesarios y suficientes que permitan aceptarlo como razonable, esto es, no hay evidencia de que la norma demandada sea producto de una concepción religiosa específica, impuesta por el Legislador. En efecto, las afirmaciones en el sentido de: (i) que “Colombia como un Estado laico no puede imponer o defender normas, valores o principios morales particulares ligados con una religión determinada”¹³³, (ii) que “las confesiones religiosas se basan en herramientas normativas vigentes como el artículo 122 de la Ley 599 de 2000 para institucionalizar dogmas constitutivos de imposiciones que a todas luces atentan contra la fórmula del Estado Laico”¹³⁴, o (iii) “el desproporcionado reconocimiento que el Estado ha otorgado y que raya con la exclusión de distintas religiones y creencias existentes, así como frente a las personas o grupos de personas que disienten de la pertenencia a determinado credo religioso”¹³⁵ no dan cuenta del carácter confesional que las demandantes le atribuyen a la norma que cuestionan.

157. Ahora bien, la otra perspectiva, relacionada con el derecho a la libertad de conciencia y su posible vulneración, presenta argumentos diferentes que merecen distinta valoración.

158. Así, los planteamientos de las demandantes son ciertos, pues ofrecen una interpretación plausible del contenido de la norma acusada, ya que efectivamente va dirigida a la mujer que decide interrumpir su embarazo –sujeto activo del delito de aborto voluntario–, quien también es titular del derecho a la libertad de conciencia y a la autodeterminación, lo que implica tener autonomía para definir su plan de vida. Esto incluiría, a juicio de las demandantes, múltiples aspectos, entre ellos, si desea o no asumir la maternidad.

159. Además, las razones expuestas son específicas y pertinentes, en la medida en que permiten confrontar la libre determinación de la mujer para optar o no por la maternidad, derivada de su derecho a libertad de conciencia, y la norma

¹³³ FIs. 114 y 115 de la demanda.

¹³⁴ Fl. 116 de la demanda.

¹³⁵ Fl. 112 de la demanda

demandada, que castiga a esa misma mujer que decide abortar haciendo uso de esa libertad, según afirman. De esa manera, se comprueba la existencia de una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la disposición legal que se acusa y la libertad de conciencia que garantiza el ordenamiento superior, con base en las razones de naturaleza constitucional expresadas.

160. Así mismo, la demanda suministra elementos que generan una duda razonable sobre la constitucionalidad de la norma que se acusa, porque, además de lo expuesto, señalan que: (i) el delito de aborto consentido obliga a las mujeres a actuar conforme a consideraciones que no necesariamente coinciden con su conciencia; (ii) este delito persigue a la mujer por tomar decisiones sobre su propia existencia con base en su autodeterminación, y (iii) debe ser la mujer la que, a partir de sus convicciones religiosas, morales, éticas, espirituales y de conciencia, tome la decisión sobre continuar o no con un embarazo. Por tanto, los argumentos planteados son suficientes para que la Corte pueda asumir el estudio de constitucionalidad de la norma demandada en virtud de este cargo.

5.5. Análisis de aptitud del cargo formulado por la presunta violación de los principios constitucionales sobre los fines de la pena y los estándares constitucionales mínimos de la política criminal

161. Este último cargo cumple con el requisito de claridad, en tanto es comprensible el interés de las demandantes en que esta corporación revise la proporcionalidad entre la protección del bien jurídico de la vida en gestación mediante la penalización del aborto y el impacto que esta genera en los derechos fundamentales de las mujeres, en particular a la luz de los nuevos estándares internacionales.

162. Para las demandantes, el delito de aborto con consentimiento desconoce las finalidades retributiva –correspondencia entre la lesión y la sanción– y preventiva de la pena –reducción del índice de lesiones al bien jurídico tutelado con el tipo penal, *prevención general y especial*–. Además, afirman que contraviene el carácter de *ultima ratio* del derecho penal al omitir considerar otras vías distintas a la imposición de una sanción penal para tutelar el interés jurídico que envuelve la vida en gestación. Estas circunstancias, se afirma en la demanda, se oponen abiertamente a la realización de los fines del Estado y a la materialización de un orden justo, principios fundantes de la Constitución Política.

163. Adicionalmente, en la demanda se expone, con base en diversos estudios¹³⁶, que el delito de aborto y su sanción de pena privativa de la libertad no desestimulan ni disminuyen la comisión de la conducta tipificada. Es decir,

¹³⁶ Comisión Gutmacher–Lancet sobre salud y los derechos sexuales y reproductivos, *Acelerar el progreso: salud y derechos sexuales y reproductivos para todos*, 2018, pp. 44–45. (Disponible en: <https://www.balancemx.org/sites/default/files/recursos/AcelerarEspanol.pdf>). Zúñiga, Y. *Una propuesta de análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista*. Revista Ius et Praxis, v. 19, n. 1, p. 255–300, 2013. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122013000100008. Mesa por la vida y la salud de las mujeres. Causa Justa: argumentos para el debate sobre la despenalización total del aborto en Colombia. Editado por Ana Cristina González Vélez y Carolina Melo. Pág. 147. Disponible en versión digital (anexo 3 de la demanda). Isabel C. Jaramillo Sierra, Nicolás Santamaría Uribe y Wilson Forero Mesa. *La Criminalización del aborto en Colombia*. 2020. En proceso de publicación. En el estudio se analizó una base de datos de la Fiscalía con 4.834 casos de aborto sin consentimiento entre 1998 y julio de 2019.

la penalización del aborto no logra proteger la expectativa de vida que representa el *nasciturus*; todo lo contrario, genera un resultado completamente opuesto, en tanto incrementa el número de abortos, como lo confirman diversos estudios a nivel mundial. Así las cosas, no hay una retribución o coherencia entre el interés de proteger la expectativa de vida que representa el sujeto en formación y el daño que genera la norma demandada en los derechos fundamentales de las mujeres gestantes (seres humanos con vida independiente) a la libertad, la autonomía, la dignidad y la igualdad, entre otros.

164. Se afirma en la demanda que, aun cuando el Estado dispone de infinidad de herramientas de política pública (por ejemplo, adoptar una perspectiva de salud pública con campañas educativas en derechos sexuales y reproductivos y acceso a servicios médicos de calidad), para asegurar la expectativa de vida, sin necesidad de anular los derechos fundamentales de las mujeres, acuda al derecho penal para regular esta problemática social. Por tal razón, a partir del informe de la Comisión Asesora de Política Criminal, precisan que el delito de aborto consentido tampoco responde al carácter de *ultima ratio* del derecho penal¹³⁷.

165. Además, las demandantes señalan que la decisión de mantener vigente el delito de aborto voluntario no se fundamenta en datos empíricos, ni valora los costos de la criminalización, pues la penalización del aborto ha resultado ser altamente onerosa para la vida, libertad, integridad, salud e igualdad de las mujeres, además de generadora de costos económicos elevados para los sistemas de salud. Ello, aun cuando “[t]ales valores podrían reducirse en forma significativa, al proveer servicios de manera oportuna en instituciones de primer nivel y mediante el uso de métodos de aborto seguro, no invasivos y menos costosos”¹³⁸. Y agregan que, en efecto, la sanción penal no es idónea ni necesaria para garantizar la vida en gestación y anula por completo las libertades de las mujeres sin producir ningún beneficio social en compensación.

166. Cabe concluir, en consecuencia, que la demanda expone de manera clara, con base en argumentos específicos, cómo la norma demandada podría vulnerar el preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Constitución. Por otra parte, sustenta el cargo por la presunta vulneración de los principios y estándares mínimos de la política criminal previstos para mantener el orden justo y cumplir con los fines del Estado, en los términos de la Constitución, por lo que los argumentos expuestos resultan pertinentes.

167. Por último, la demanda expone ampliamente, con fundamento en informes de la Fiscalía General de la Nación, del Ministerio de Salud y de la Comisión Asesora de Política Criminal¹³⁹, el número de investigaciones

¹³⁷ En el citado informe se afirma lo siguiente: “la mejor manera de reducir los abortos es adoptar una perspectiva de salud pública, con campañas educativas en derechos sexuales y reproductivos y acceso a servicios médicos de calidad”. Fl. 130 de la demanda.

¹³⁸ Fl. 132 de la demanda.

¹³⁹ Cifras de la Fiscalía General de la Nación obtenidas por La Mesa por la Vida en 2017, en respuesta a petición de junio 1 de 2017. Los datos corresponden a casos iniciados a partir de la expedición de la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), es decir entre los años 2004 y 2017 (anexo 5 de la demanda). Fiscalía General de la Nación. *Informe sobre judicialización del aborto en Colombia*. Concepto técnico enviado a la Corte Constitucional en el proceso con número de radicación D0013255. Fiscalía General de la Nación, Directiva No. 0006, de 27 de marzo de 2016, “por medio de la cual se adoptan directrices para la investigación y juzgamiento del delito de aborto”.

adelantadas desde la tipificación del aborto, las condenas que por este delito se han impuesto, el origen y comportamiento de las investigaciones adelantadas, así como las consecuencias derivadas de la tipificación del aborto.

168. De todo lo anterior, según indican, se logra establecer que: (i) solo un pequeño número (136) de los relatos de casos en la Fiscalía General de la Nación tiene que ver con el funcionamiento o la promoción de una clínica de abortos¹⁴⁰, lo que quiere decir que la persecución se centra en las personas, y no en combatir el aborto inseguro como negocio organizado; (ii) el 65,85% de las condenas se dan por información relevante suministrada por personal médico, lo que indicaría una violación del secreto profesional; (iii) la prohibición penal parcial del aborto y la subsiguiente práctica clandestina del mismo es responsable de cerca de 70 muertes al año en Colombia, a las cuales se suman alrededor de 132.000 casos de complicaciones por la realización de ese procedimiento sin condiciones médicas adecuadas; (iv) el delito en cuestión no previene ni reduce la realización de abortos y resulta constitucionalmente problemático conservar un tipo penal carente de cualquier función disuasoria; (v) con su vigencia no se materializa, ni siquiera potencialmente, el respeto por la expectativa de vida humana y (vi) la amenaza de sanción penal que implica la existencia de la norma demandada y el inicio de investigaciones criminales sí tiene graves y comprobados impactos negativos en diversos derechos fundamentales, tanto de las mujeres más vulnerables como del personal de salud. Entonces, de acuerdo con la demanda, la norma acusada no cumple con su finalidad, consistente en “desestimular conductas lesivas de bienes jurídicos dignos de ser tutelados por el derecho penal (prevención general) pero de manera tal que exista una cierta proporcionalidad entre el daño ocasionado por el delito y la pena que le es atribuida (componente retributivo en esta fase)”¹⁴¹.

169. En definitiva, el planteamiento relacionado con este último cargo suministra información suficiente que logra plantear dudas respecto de la constitucionalidad de la norma demandada.

5.6. Síntesis del estudio de aptitud de los cargos formulados en la demanda

170. Con base en las anteriores razones, la Sala concluye que los cargos relacionados con la vulneración del derecho a la libertad de profesión y oficio y al Estado laico carecen de certeza, pertinencia, especificidad y suficiencia, por lo que no logran generar una duda razonable acerca de la inconstitucionalidad

Comisión Asesora de Política Criminal. Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano, junio de 2012. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Informe provisional del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*. A/66/254. 2011. Isabel C. Jaramillo Sierra, Nicolás Santamaría Uribe y Wilson Forero Mesa. *La Criminalización del aborto en Colombia*. 2020. En proceso de publicación.

¹⁴⁰ Las demandantes citan como fuente el escrito *La Criminalización del aborto en Colombia*, en el que se señala lo siguiente: los relatos de casos de aborto son textos en los cuales los fiscales o los jueces consignan información cualitativa relacionada con los casos de aborto. Así, este estudio toma como fuente la base de datos de la Fiscalía que contenía un total de 5.744 relatos de casos de abortos entre 1998 y 2018; sin embargo, el estudio encontró que de este universo, 157 casos no tenían ningún contenido en la variable relato o simplemente tenían la sigla “NA”; además se excluyeron del análisis otros 7 casos, debido a que el número identificador del caso estaba repetido; se descartaron 6 casos más, porque su contenido era idéntico al relato relacionado con otro caso, y finalmente, se excluyeron 290 casos cuyos hechos no se relacionaban con el aborto.

¹⁴¹ Fl. 126 de la demanda.

de la disposición acusada. Por el contrario, evidencia que los siguientes cuatro cargos son aptos: (i) desconocimiento de la obligación de respeto al derecho a la salud y los derechos reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes (artículos 49, 42 y 16 de la Constitución); (ii) violación del derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular (artículos 13 y 93 de la Constitución, 1 de la CADH y 9 de la Convención de Belem do Pará); (iii) vulneración de la libertad de conciencia de las mujeres, las niñas y las personas gestantes, en especial, frente a la posibilidad de actuar conforme a sus convicciones en relación con su autonomía reproductiva (artículo 18 de la Constitución) y (iv) incompatibilidad con la finalidad preventiva de la pena y no satisfacción de las exigencias constitucionales adscritas al carácter de *ultima ratio* del derecho penal (preámbulo y artículos 1 y 2 de la Constitución). Así las cosas, únicamente respecto de estos cuatro cargos, la Sala estudiará si se presenta o no el fenómeno de la cosa juzgada.

6. De la cosa juzgada constitucional

171. La Sala estudiará el fenómeno de la cosa juzgada, en atención a que distintas intervenciones ciudadanas solicitan a la Corte estarse a lo resuelto en la Sentencia C-355 de 2006 (cfr., el Anexo 5 de esta providencia). Otras intervenciones, por el contrario, piden que se emita un pronunciamiento de fondo, en tanto consideran que no se configura este fenómeno (cfr., el Anexo 6 de esta providencia). Además, porque, como se puso de presente, el Procurador General de la Nación sostiene que se está ante la existencia de una cosa juzgada relativa implícita –sin perjuicio de que considera que se acredita una omisión legislativa absoluta–.

172. Si concluyere que existe cosa juzgada, deberá estudiar, en primer lugar, si se configura una variación en el significado material de la Constitución en relación con la problemática del aborto con consentimiento y, en segundo lugar, si nos encontramos ante un nuevo contexto normativo que modifica el régimen jurídico del aborto voluntario como delito.

6.1. Las razones propuestas por el Procurador General de la Nación para justificar un pronunciamiento de fondo en el presente asunto

173. En primer lugar, según precisa el Procurador General de la Nación, en el presente asunto se presenta el fenómeno de la cosa juzgada relativa implícita, que no impide un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional, ya que el análisis que hizo la corporación en la Sentencia C-355 de 2006:

“[...] se ciñó a los límites de la libertad de configuración del legislador en la penalización del aborto, considerando que su prohibición absoluta resultaba desproporcionada en relación con los derechos sexuales y reproductivos, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía en materia de salud de las mujeres en gestación. Mientras que lo que se plantea en esta

ocasión, es que la penalización parcial del aborto ha generado barreras de acceso a la IVE en las causales permitidas por la ley y ha contribuido a la estigmatización de dicha práctica, con lo que se ha afectado la libertad de conciencia y la salud sexual y reproductiva de las mujeres (en particular, de las mujeres migrantes), la libertad de profesión y oficio del personal médico encargado de prestar ese servicio, el principio de Estado laico y los estándares del derecho penal y la política criminal”.

174. Por tanto, en relación con este primer argumento, concluye que: (i) existen nuevos cargos que no fueron valorados en la Sentencia C-355 de 2006, por ejemplo, la penalización parcial del aborto como barrera estructural para acceder a la IVE dentro de las tres causales fijadas en la providencia en cita, la afectación desproporcionada de las mujeres migrantes, la libertad de oficio del personal de salud y el principio de Estado laico. (ii) Si bien otros cargos son similares –como ocurre con la vulneración de la igualdad, la salud sexual y reproductiva y el carácter de *ultima ratio* del derecho penal–, lo cierto es que los enfoques presentados por las demandantes son distintos: en relación con el cargo de igualdad, la discriminación indirecta de las mujeres migrantes y, por tanto, el desconocimiento por parte del Estado de sus obligaciones de cumplimiento; respecto del derecho a la salud sexual y reproductiva, la existencia de barreras estructurales para acceder a la IVE en las causales autorizadas y, finalmente, en relación con el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, la evidencia de otras vías distintas al uso del poder punitivo del Estado y más idóneas para proteger la vida en gestación.

175. En segundo lugar, según indica el Procurador General de la Nación, sin perjuicio del anterior argumento, lo cierto es que el estudio de la cosa juzgada se supera, como consecuencia de su debilitamiento o enervamiento, en los términos de la jurisprudencia constitucional¹⁴², al acreditarse los siguientes dos fenómenos: (i) de un lado, indica que ha operado una variación en el significado material de la Constitución en relación con la problemática del aborto consentido y (ii) de otro, existe un nuevo contexto normativo –normas legales y reglamentarias, documentos de política pública y jurisprudencia– que ha modificado el régimen jurídico del aborto consentido como delito y en el cual debe estudiarse la compatibilidad del artículo 122 del Código Penal con la Constitución. Todo esto, según precisa, como consecuencia de los siguientes fenómenos: (i) el desarrollo de la IVE en el marco de las tres causales previstas en la ley a partir de la jurisprudencia de revisión de la Corte, para lo cual hace referencia a las sentencias T-585 de 2010, T-841 de 2011, T-627 de 2012, C-754 de 2015, C-327 de 2016, T-301 de 2016, T-697 de 2016 y SU-096 de 2018; (ii) la transformación del derecho a la salud en un derecho fundamental autónomo, para lo cual hace referencia a lo consignado en las sentencias C-313 de 2014 y T-361 de 2014; (iii) las recomendaciones internacionales para la despenalización del aborto más allá de las tres causales de que trata la Sentencia C-355 de 2006 y (iv) la expedición de la Ley 1257 de 2008, con el fin, entre

¹⁴² Para tales efectos, hace referencia a las sentencias “C-774 de 2001, C-030 de 2003, C-1122 de 2004, C-990 de 2004, C-533 de 2005, C-211 de 2007, C-393 de 2011, C-468 de 2011, C-197 de 2013, C-334 de 2013 y C-532 de 2013, C-494 de 2014, C-228 de 2015, C-007 de 2016, C-100 de 2019, C-068 de 2020, entre otras” (Concepto del Procurador General de la Nación, fl. 12).

otros, de cumplir los compromisos internacionales del Estado respecto de la libertad, la autonomía y la salud sexual y reproductiva.

6.2. La cosa juzgada en la jurisprudencia constitucional

176. A partir de lo dispuesto en el artículo 243 superior, y en procura de garantizar la seguridad jurídica, la jurisprudencia constitucional ha precisado que la cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas¹⁴³. Lo anterior implica, en principio, como seguidamente se precisa, la pérdida de competencia del juez constitucional para emitir un nuevo pronunciamiento de fondo sobre una norma cuyo control fue realizado previamente. Según ha precisado de manera reciente¹⁴⁴, la cosa juzgada constitucional pretende garantizar diversos valores y principios constitucionales como la seguridad jurídica, la buena fe, la autonomía judicial y la fuerza normativa de la Constitución.

6.2.1. Elementos estructurantes de la cosa juzgada constitucional

177. Como bien lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, no todas las sentencias proferidas por la Corte tienen los mismos efectos y consecuencias normativas¹⁴⁵. Por tanto, a fin de establecer si en un caso concreto se configura la cosa juzgada, deben valorarse las relaciones jurídicas entre los siguientes tres elementos de la decisión del pasado y las razones que se alegan en el presente: (i) el tipo de decisión adoptada, concretamente, si se declaró la constitucionalidad simple de la disposición cuestionada, su constitucionalidad condicionada¹⁴⁶ o su inexecutable y, en todos estos supuestos, la *ratio decidendi* de la providencia; (ii) el objeto de control –la norma demandada– y (iii) el parámetro de control, constituido por los cargos de constitucionalidad formulados¹⁴⁷ y su relación con el problema jurídico resuelto en la sentencia anterior¹⁴⁸.

6.2.1.1. El tipo de decisión adoptada

178. En los juicios de constitucionalidad que adelanta la Corte, cuando la decisión es de inexecutable por su contenido material, la cosa juzgada es *absoluta* y, por tanto, la Corte debe rechazar la demanda por ausencia de objeto

¹⁴³ Sentencia C-100 de 2019. En igual sentido, cfr., las sentencias C-774 de 2001, C-030 de 2003, C-1122 de 2004, C-990 de 2004, C-533 de 2005, C-211 de 2007, C-393 de 2011, C-468 de 2011, C-197 de 2013, C-334 de 2013, C-532 de 2013 y C-519 de 2019.

¹⁴⁴ Sentencia C-233 de 2021.

¹⁴⁵ Sentencia C-233 de 2021.

¹⁴⁶ Según precisó la Corte en la Sentencia C-233 de 2021, las decisiones “que concluyen con la declaratoria de conformidad de la ley con la Constitución (de executable simple o de executable condicionada) abren una serie de posibilidades diversas, debido al alcance del control realizado por la Corte, así como a los efectos que esta atribuye a sus providencias”.

¹⁴⁷ En la Sentencia C-007 de 2016, se explicó que “existirá cosa juzgada si un pronunciamiento previo de la Corte en sede de control abstracto recayó sobre la misma norma (identidad en el objeto) y si el reproche constitucional planteado es equivalente al examinado en oportunidad anterior (identidad en el cargo)”.

¹⁴⁸ A partir del estudio de la interacción de estos elementos, la Corte Constitucional ha construido una tipología de la cosa juzgada. Así, ha señalado que la cosa juzgada puede ser *formal*, *material*, *absoluta*, *relativa* o *aparente*. En este sentido véanse, entre otras muchas sentencias, la reciente Sentencia C-233 de 2021 que, de manera amplia, desarrolla este asunto. De manera puntual, acerca de estas distinciones precisa: “128. Así, (i) el *objeto de análisis* da lugar a la distinción entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material; (ii) *el problema jurídico* o los cargos analizados, a la distinción entre cosa juzgada relativa y cosa juzgada absoluta. Y (iii) *la motivación* -además de ser relevante para analizar las dos distinciones previas- puede dar lugar excepcionalmente al fenómeno de *cosa juzgada* de carácter *aparente*”.

de control o estarse a lo resuelto en la decisión del pasado, ya que el contenido normativo acusado ya ha sido expulsado del ordenamiento jurídico. En estos casos, además, tal como lo dispone el artículo 243, inciso segundo, de la Constitución, “ninguna autoridad” puede reproducir el contenido normativo que fue expulsado del ordenamiento jurídico por razones de fondo, “mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

179. En los eventos en los que ha sido declarada la exequibilidad simple de una norma, es necesario valorar el alcance del fallo, con el propósito de establecer si lo planteado en la actualidad no se resolvió en la oportunidad precedente y, por tanto, si procede emitir un nuevo pronunciamiento, o si el reproche formulado se resolvió en el pasado y, en ese caso, habrá que estarse a lo ya decidido.

180. El análisis de la cosa juzgada es más complejo cuando en la decisión del pasado la Corte ha declarado la exequibilidad condicionada de una norma o, en otros términos, ha proferido una sentencia integradora. En este tipo de decisiones, la Corte suple aparentes vacíos normativos o hace frente a las inevitables indeterminaciones del marco legal, como es el caso de la Sentencia C-355 de 2006, que ocupa el estudio de la Sala. Las sentencias integradoras, en cualquiera de sus modalidades –interpretativa, aditiva o sustitutiva–, encuentran fundamento en el carácter normativo de la Constitución (artículo 4 CP) y en los principios de efectividad (artículo 2 CP) y conservación del derecho (artículo 241 CP), los cuales gobiernan el ejercicio del control de constitucionalidad. En relación con este tipo de providencias, la jurisprudencia ha precisado:

“[...] la lectura constitucional dada por la sentencia se entiende incorporada a la disposición, como única interpretación válida de la misma. También, cuando la cosa juzgada se predica de una sentencia integradora, aditiva o sustitutiva, que interviene no la interpretación del texto, sino su contenido gramatical mismo¹⁴⁹]. En estos casos, luego de la sentencia de constitucionalidad condicionada nos encontramos frente a una ‘norma jurídica que surge, a partir del fallo condicionado’ y, en el caso de la sentencia aditiva, integradora o sustitutiva, surge una nueva redacción de la disposición”¹⁵⁰.

181. En cualquiera de estos supuestos, el efecto propio de la decisión de exequibilidad condicionada, tal como lo ha reiterado la Sala, es que “la interpretación excluida del ordenamiento jurídico no podrá ser objeto de reproducción o aplicación en otro acto jurídico; y en los supuestos en los que la Corte ha adoptado una sentencia *aditiva*, la cosa juzgada implica que no se encuentra permitido reproducir una disposición que omita el elemento que la Corte ha juzgado necesario adicionar”¹⁵¹. Sobre este particular, en relación con las sentencias *aditivas*, de manera reciente esta corporación recordó:

¹⁴⁹ Sentencia C-182 de 2016.

¹⁵⁰ Sentencia C-325 de 2009.

¹⁵¹ Sentencia C-089 de 2020.

“Cuando la Corte adopta una sentencia aditiva, la cosa juzgada implica que no es válido reproducir una disposición que omita el elemento que la Corte ha juzgado necesario adicionar. En ese caso, cualquier modificación o reproducción de la norma inicialmente controlada –sea de origen legislativo o jurisdiccional– debería mantener la fórmula de ponderación admisible establecida por la Corte Constitucional. De no ser así, nada impide que se presente una nueva demanda en su contra y que la Corte la estudie nuevamente, sin desconocer por ello el principio de cosa juzgada constitucional”¹⁵².

6.2.1.2. El objeto de control

182. Habrá identidad en el objeto de control cuando el contenido normativo que fue valorado en el pasado es igual al acusado en la demanda del presente, ya sea debido a que es un texto igual –disposición– o porque la norma cuestionada produce los mismos efectos jurídicos, caso en el cual es necesario valorar, de ser procedente, el alcance de las sentencias integradoras aditivas previas que hubieren recaído sobre una disposición en particular. En relación con este supuesto, la Corte ha señalado que “La variación de algunos de los elementos normativos, o la modificación de su alcance como consecuencia de la adopción de nuevas disposiciones, son circunstancias que pueden incidir en el objeto controlado”¹⁵³.

6.2.1.3. El parámetro de control

183. El estudio de este elemento supone valorar los cargos propuestos y el problema jurídico resuelto por la Corte en el pasado.

184. Es indiciario de que se trata del mismo reproche constitucional cuando coinciden las normas constitucionales o del bloque de constitucionalidad¹⁵⁴ que se alegan como desconocidas y las razones que se aducen para demostrar la trasgresión. Esta constatación, sin embargo, no es suficiente. Además de ello, es necesario valorar el problema jurídico resuelto por la Corte en el pasado, pues es este el que delimita el debate constitucional a partir de la demanda propuesta; por tanto, aun cuando aparentemente en una demanda actual se formule el mismo debate que en una decisión anterior, le corresponde revisar a la Sala si existe identidad en la forma en que se abordó el estudio del caso y la solución adoptada. Finalmente, en este estudio es especialmente relevante considerar que, “si las normas constitucionales que integraron el parámetro de control sufren una modificación relevante o, sin ocurrir tal variación, el tipo de razones para explicar la violación son diferentes, no podrá declararse la existencia de cosa juzgada y procederá un nuevo pronunciamiento de la Corte”¹⁵⁵.

6.2.2. A pesar de evidenciarse la existencia de cosa juzgada es posible, en determinados supuestos, emitir un pronunciamiento de fondo, de manera excepcional

¹⁵² Sentencia C-233 de 2021.

¹⁵³ Sentencia C-007 de 2016.

¹⁵⁴ Artículo 93, inciso primero, de la Constitución.

¹⁵⁵ En este sentido, las sentencias C-228 de 2009, C-220 de 2011, C-712 de 2012 y C-090 de 2015.

185. Finalmente, esta corporación ha admitido que de manera excepcional es posible adelantar un nuevo examen de constitucionalidad pese a la existencia de cosa juzgada. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que esta posibilidad se produce en las siguientes tres circunstancias¹⁵⁶:

186. (i) *Modificación del parámetro de control*: se presenta cuando cambian las normas que constituyeron el referente para juzgar la constitucionalidad de la disposición nuevamente acusada¹⁵⁷.

187. (ii) *Cambio en el significado material de la Constitución*: ocurre cuando la realidad social, económica o política del país transforma los presupuestos que sirvieron de sustento para declarar la constitucionalidad de la norma, lo que permite que se adelante un nuevo estudio a la luz de las nuevas realidades, entendiendo la Constitución como un texto vivo¹⁵⁸. Según se precisa en la reciente Sentencia C-233 de 2021, esta hipótesis “no depende entonces de la incorporación o incorporación *formal* de normas al bloque de constitucionalidad, sino a la manera en que la comprensión de las reglas y principios constitucionales cambia en el tiempo y se adapta a realidades políticas, sociales y económicas”¹⁵⁹.

188. (iii) *Variación del contexto normativo del objeto de control*: se presenta cuando la disposición previamente examinada se integra a un nuevo contexto normativo, o cuando el sistema normativo en que se inscribe ha sido objeto de modificaciones. Se hace alusión a la interpretación sistemática de la norma acusada, en conjunto con todas las disposiciones que, en la actualidad –y, por tanto, luego de la decisión del pasado–, integran el sistema normativo específico al que pertenece¹⁶⁰. Según se indica en la reciente Sentencia C-233 de 2021, “varía el *contexto normativo* de las disposiciones o normas objeto de control cuando (i) una norma que ya fue juzgada se expide posteriormente, en un contexto normativo distinto; (ii) el ordenamiento en que la norma se inscribe ha sufrido modificaciones y es necesaria una valoración constitucional distinta, en el nuevo contexto. Este escenario toma en cuenta la necesidad de interpretar las normas, tanto en su contexto como en el criterio de interpretación sistemática de la ley, pues considera que dos artículos, idénticos en su formulación, pueden tener contenidos distintos si hacen parte de contextos normativos diversos”¹⁶¹.

¹⁵⁶ Cfr., de manera especial, la Sentencia C-233 de 2021. En esta providencia, al reiterar la jurisprudencia contenida en las sentencias C-007 de 2016 y C-073 de 2014, la Sala precisó: “de manera excepcional, también el Tribunal ha admitido que es posible adelantar un nuevo estudio de constitucionalidad, pese a la existencia de cosa juzgada formal o material. En este sentido, la Corte Constitucional ha admitido esta posibilidad cuando se produce (i) un cambio en el parámetro de control, derivado de la incorporación de nuevos mandatos relevantes a la Constitución Política, incluido el bloque de constitucionalidad; (ii) una modificación en el significado material o en la comprensión de los mandatos relevantes, derivada de cambios sociales, políticos o económicos significativos; o (iii) la variación en el contexto normativo en que se inserta la norma objeto de control”.

¹⁵⁷ Sobre esta hipótesis, la Sentencia C-007 de 2016 precisó: “Dado que el parámetro de control puede encontrarse conformado por normas directamente constitucionales o por aquellas que sin tener una fuerza equivalente se integran al bloque de constitucionalidad, la variación puede tener lugar en virtud de una reforma de la Carta Política o de una variación, mediante los procedimientos previstos para el efecto, de las leyes integradas a dicho bloque. En estos casos lo que ocurre, en realidad, es que la norma no ha sido juzgada a la luz de las nuevas disposiciones y por ello, de no admitir un nuevo examen constitucional, se afectaría la supremacía de la Carta al permitir la vigencia de contenidos normativos contrarios a la Carta”.

¹⁵⁸ Cfr., al respecto, las sentencias C-075 de 2007, C-029 de 2009 y C-283 de 2011.

¹⁵⁹ Sentencia C-233 de 2021.

¹⁶⁰ Sentencia C-200 de 2019.

¹⁶¹ Sentencia C-233 de 2021.

6.3. Análisis sobre la posible configuración de la cosa juzgada en el asunto bajo examen

189. Tal como se señaló, y ante la discusión sobre la posible existencia de cosa juzgada respecto de la Sentencia C-355 de 2006, la Corte pasa a establecer si en el presente asunto se configura o no el fenómeno de la cosa juzgada constitucional y, de ser así, si hay lugar a entenderlo superado, de conformidad con alguno de los tres supuestos mencionados previamente, no sin antes advertir que, según la jurisprudencia constitucional¹⁶², en estos casos se exige una carga argumentativa calificada por parte de quien demanda. En relación con este último aspecto, pretender cuestionar la existencia de la cosa juzgada constitucional exige que los accionantes no se limiten a presentar los desacuerdos que fueron expuestos en el pasado, sino que deben explicar de manera suficiente las razones por las que el pronunciamiento anterior no constituye cosa juzgada absoluta o, en su defecto, en caso de que se haya logrado constatar la existencia de cosa juzgada, justifiquen su superación.

190. En el asunto bajo estudio, como se expuso en los antecedentes de esta providencia y se desarrollará a continuación, las demandantes asumieron la carga de explicar, de forma suficiente, por qué se justifica un nuevo pronunciamiento de esta Corte, a pesar de la existencia de la Sentencia C-355 de 2006. En primer lugar, en su opinión, la demanda que ahora se decide no presenta identidad de cargos, objeto de control, ni corresponde al mismo parámetro de control, respecto de la demanda que valoró la Corte en la sentencia en cita. En segundo lugar, de manera suficiente, expusieron las razones por las cuales, a su juicio, a pesar de que se concluyera que se presenta el fenómeno de la cosa juzgada, es procedente un pronunciamiento de fondo. Según afirman, esta se debilita o enerva porque, de un lado, se acredita un cambio en el significado material de la Constitución en cuanto a la comprensión de la problemática social del aborto consentido y, de otro, se evidencia una variación en el contexto normativo en el que se inserta la norma que se demanda¹⁶³.

191. Para la Sala, a pesar de la existencia de la Sentencia C-355 de 2006, es procedente un pronunciamiento de fondo, ya que (i) se trata de cargos que, en sentido estricto, no fueron valorados por la Corte en la citada sentencia –razón por la cual, como lo precisaron las demandantes y el Procurador General de la Nación, se estaría en presencia de un supuesto de cosa juzgada formal, relativa e implícita– y, en todo caso, (ii) se evidencia una modificación en el significado material de la Constitución en cuanto a la comprensión de la problemática constitucional que supone el delito del aborto consentido, y (iii) un cambio en el contexto normativo en el que inserta el artículo 122 del Código Penal. La primera razón no inhibe la competencia de la Corte para pronunciarse de fondo

¹⁶² Cfr., de manera reciente, la Sentencia C-233 de 2021. En esta providencia se señala: “La carga argumentativa que debe asumir un accionante para que una disposición declarada exequible sea estudiada de fondo una vez más es especial y particularmente exigente. (Se insiste, si se trata de un cargo nuevo o un problema jurídico que no fue resuelto previamente por la Corte, ya que en este supuesto no se estaría en presencia del fenómeno de cosa juzgada; ver, *supra*, 127 y 128). En ese sentido, no puede limitarse a presentar los desacuerdos que fueron expuestos en el pasado, sino que debe explicar cómo se materializa alguno de los factores que debilitan la cosa juzgada”.

¹⁶³ Se precisa, en todo caso, que en la actualidad no se debate la constitucionalidad del condicionamiento de que fue objeto el artículo 122 del Código Penal en la Sentencia C-355 de 2006, sino de la compatibilidad de esta disposición con la Carta, a partir de cuatro cargos aptos.

sobre la presente demanda. Las dos últimas, según lo ha precisado de manera reiterada la Sala, permiten un pronunciamiento de fondo respecto de cargos aptos, a pesar de que se demande una disposición que fue objeto de control constitucional previo¹⁶⁴. Se trata, por tanto, de tres tipos de razones que de manera independiente justifican un pronunciamiento de mérito en el presente asunto, pero que de manera conjunta brindan motivos suficientes a la Sala para, a partir de novísimas razones, valorar la constitucionalidad del artículo 122 de la Ley 599 de 2000, a pesar del condicionamiento contenido en la Sentencia C-355 de 2006.

6.3.1. No existe identidad entre los cargos formulados en la presente demanda con aquellos resueltos por la Corte en la Sentencia C-355 de 2006

192. La Corte encuentra que no se está ante el mismo parámetro de control del año 2006, dado que no solo no existe identidad entre los cargos que actualmente se proponen y los que fueron resueltos hace quince años, sino que tampoco es posible inferir que los cargos actuales se encuentren subsumidos en el problema jurídico resuelto por la Corte en dicha oportunidad. Por tanto, a pesar de que se está en presencia del fenómeno de la cosa juzgada formal, esta es de carácter relativa, y, por tanto, no inhibe la competencia de la Corte para pronunciarse de fondo sobre la presente demanda.

193. Como se ha indicado, hace quince años fue sometida a valoración la conformidad de algunos enunciados normativos referidos al tipo penal de aborto, contenidos en el Código Penal, entre los que se encontraba el artículo 122, que ahora se demanda. La censura resuelta en la Sentencia C-355 de 2006 sostenía que dichas disposiciones contrariaban los derechos a la dignidad (preámbulo y artículo 1 de la CP), a la vida (artículo 11 de la CP), a la integridad personal (artículo 12 de la CP), a la igualdad y el derecho general de libertad (artículo 13 de la CP), al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 de la CP), a la autonomía reproductiva (artículo 42 de la CP), a la salud (artículo 49 de la CP) y las obligaciones del derecho internacional de derechos humanos (artículo 93 de la CP). A juicio de las demandantes de aquella ocasión, la tipificación del aborto con consentimiento constituía una limitación de los derechos y libertades de las mujeres gestantes, en contravía de las obligaciones internacionales del Estado colombiano adquiridas en virtud de la ratificación de varios tratados de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad y cuya interpretación por parte de los organismos autorizados sugería la descriminalización de la conducta.

¹⁶⁴ Cfr., entre otras, las sentencias C-073 de 2014, C-007 de 2016 y, de manera especial, la Sentencia C-233 de 2021. En esta última providencia la Corte precisó que respecto del artículo 106 de la Ley 599 de 2000, que regula el tipo penal de “homicidio por piedad”, existía “cosa juzgada material, debido a que la Corte Constitucional se pronunció sobre un contenido normativo *idéntico* al de la norma demandada en la Sentencia C-239 de 1997”. Con todo, “a pesar de la existencia de cosa juzgada, la Sala advierte que en este caso hay dos líneas argumentativas que conducen a la reapertura del debate. Por una parte, un profundo *cambio en el contexto normativo*, que incluye una comprensión constitucional más profunda en torno al derecho a morir dignamente que aquella alcanzada en 1997, es decir, una *evolución en el significado de los principios constitucionales relevantes*”. La Sala, entonces, justificó un pronunciamiento de mérito respecto del tipo penal de “homicidio por piedad” al evidenciar, de un lado, “que existen diversos cambios en el contexto normativo en que se inserta el tipo penal de homicidio por piedad” y, de otro, “una evolución en el significado de la Carta Política en lo que tiene que ver con el derecho a morir dignamente: una de las hipótesis que habilita un nuevo pronunciamiento de la Corte Constitucional”.

194. Luego del análisis de los reproches formulados, la Corte estimó que la penalización absoluta del aborto con consentimiento constituía una extralimitación de la libertad de configuración del Legislador, desproporcionada e irrazonable, frente a los derechos a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad, vida y salud e integridad de las mujeres gestantes, en tres supuestos específicos, extremos, y que consideró manifiestamente desproporcionados, al tratarse de circunstancias relacionadas con (i) peligro para la vida o la salud de la mujer, (ii) grave malformación del feto que haga inviable su vida, y (iii) cuando el embarazo fuere el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. La Corte precisó que la protección de la vida en el ordenamiento constitucional goza de distintos grados y no es una garantía absoluta, de manera que es susceptible de ser ponderada con otros principios, valores y derechos superiores, aunque su salvaguarda a partir de disposiciones penales era viable, prever la sanción 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”¹⁶⁵. A partir de esta idea regulativa precisó que, al Legislador, en primer lugar, “le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y, en segundo lugar, le está ordenado no desproteger bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que, al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como *ultima ratio*”¹⁶⁶.

195. Para la Corte, si bien la providencia en mención no limitó el alcance ni los efectos del fallo en su parte resolutive, es dable advertir, a partir de su contenido, que el examen del tipo penal de aborto llevado a cabo se circunscribió a los cargos formulados en la demanda y no respecto de todo el texto constitucional, de allí el carácter relativo e implícito de la cosa juzgada de la Sentencia C-355 de 2006, respecto de la presente demanda.

196. A partir de lo dicho, para evidenciar la ausencia de identidad en el parámetro de control, se harán las siguientes distinciones en relación con cada uno de los cargos que examina la Corte en esta oportunidad:

6.3.1.1. Derecho a la salud y derechos reproductivos

197. En relación con la presunta violación del derecho a la salud y los derechos reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes, a pesar de encontrar ciertas similitudes con algunos aspectos tratados por la Corte en la Sentencia C-355 de 2006, no se está en presencia del mismo reproche que se estudió hace quince años.

¹⁶⁵ Sentencia C-355 de 2006.

¹⁶⁶ Sentencia C-355 de 2006.

198. El cargo formulado y valorado en el año 2006 cuestionaba la compatibilidad del artículo 122 del Código Penal con el derecho a la salud – artículo 49 de la Constitución–, en conexidad con los derechos a la vida y a la dignidad, entre otros. Según se alegó, se desconocía el citado derecho al criminalizar a las mujeres que, independientemente de sus circunstancias, quisieran terminar con su gestación, pues se les obligaba a acudir a lugares clandestinos para tal fin, con riesgo para su vidas, salud, integridad y dignidad, incluso en los eventos en que su estado representara una amenaza para su vida o salud, existieran malformaciones en el feto incompatibles con la vida de la persona gestante o el embarazo fuera producto de un hecho de violencia sexual.

199. Dicha controversia fue abordada por la Corte a partir del análisis de los límites del legislador penal, entre los que destacó los derechos constitucionales, siendo uno de ellos el derecho a la salud, el cual adquiriría el carácter de fundamental –para aquel momento– “cuando quiera que se encuentre en relación de conexidad con el derecho a la vida, es decir, cuando su protección sea necesaria para garantizar la continuidad de la existencia de la persona en condiciones de dignidad”¹⁶⁷. De esta manera, el examen que realizó la Corte se produjo desde una obligación negativa de respeto (enfatisa la Sala) de dicho derecho ya que, en palabras de esta corporación, la potestad regulatoria del legislador en el ámbito penal “excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas aun cuando sea en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional”¹⁶⁸.

200. Igualmente, es preciso indicar que, aunque en ese pronunciamiento se hizo una breve referencia al marco internacional de protección de los derechos de las mujeres y niñas, en el cual se incluyó la mención a algunos aspectos de los derechos sexuales y reproductivos de esta población, ello se hizo con el propósito de especificar que de “este no se deriva un mandato de despenalización del aborto ni la prohibición al poder legislativo de adoptar medidas penales en este ámbito”¹⁶⁹.

201. Para la Sala no es posible evidenciar que el del pasado sea un cargo análogo al que actualmente se formula, por las siguientes tres razones: en primer lugar, en el año 2006 la Corte no se pronunció acerca de las obligaciones de cumplimiento y protección del Estado, de carácter positivo, para la garantía del derecho a la salud y los derechos reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes –según se deriva de los artículos 42 y 16 de la Constitución–, en particular, como consecuencia de la expedición de la Ley 1751 de 2015, estatutaria de Salud. En segundo lugar, para dicho año no era posible que la Corte se pronunciara en cuanto a la obligación de respeto adscrita al derecho a la salud, con base en las recomendaciones de descriminalización de la práctica del aborto emitidas por múltiples organismos de protección de derechos humanos –con independencia de su valor normativo–, ya que estas fueron posteriores a la expedición de la Sentencia C-355. En tercer lugar, a diferencia

¹⁶⁷ Sentencia C-355 de 2006.

¹⁶⁸ Sentencia C-355 de 2006.

¹⁶⁹ Sentencia C-355 de 2006.

del año 2006, para la fecha, la dualidad de la norma acusada –delito / no delito– impide valorar la condición de la IVE como un procedimiento adscrito a la salud en los términos de la jurisprudencia constitucional, que ha considerado a los derechos sexuales y reproductivos como integrantes de este derecho fundamental –a la salud–, autónomo y justiciable de manera directa.

202. En efecto, de acuerdo con las demandantes, la jurisprudencia constitucional y el Comité DESC han sostenido que los derechos sexuales y reproductivos hacen parte del derecho a la salud, el cual se encuentra contemplado en el artículo 49 superior, en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y en varios tratados internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad. Según precisan, dichos derechos –los sexuales y reproductivos– tienen una particular importancia, en la medida en que de su garantía depende también el goce de los otros derechos humanos de las mujeres.

203. Lo anterior implica, a juicio de las demandantes, que al Estado le corresponde, respecto a la IVE, el cumplimiento de las mismas obligaciones que frente al derecho a la salud. Precisan que, a pesar de esto, dichas obligaciones se desconocen con la actual tipificación del delito de aborto voluntario –en las conductas que siguen calificándose como típicas–, al constituirse en el mayor obstáculo de acceso a los procedimientos para la terminación de la gestación y vulnerar los elementos del derecho fundamental a la salud –reproductiva– de disponibilidad, accesibilidad, y calidad e idoneidad profesional.

204. Así, destacan que tal violación ocurriría principalmente debido a que lo previsto en el artículo 122 del Código Penal estaría en contravía de las obligaciones de cumplimiento y protección a la salud, en este caso de la salud reproductiva, al generar, mantener y profundizar, las barreras estructurales para acceder a la IVE en las tres causales autorizadas. Según señalan, dichas obligaciones a cargo del Estado han sido precisadas por la Corte Constitucional en sus pronunciamientos, luego de constatar las múltiples trabas enfrentadas por las mujeres al solicitar el citado procedimiento, en los cuales ha debido instar a las autoridades y particulares involucrados en el trámite para que se abstengan de desplegar prácticas que lo impidan.

205. Igualmente, se resalta en la demanda que “la norma demandada también va en contra del artículo 5 literal a) de la Ley Estatutaria de Salud de 2015 [que es parámetro de control de constitucionalidad luego del año 2006], pues es una medida que lleva al deterioro de la salud de la población y que de hecho está probado que resulta en un daño en la salud de las mujeres”¹⁷⁰.

206. Para las demandantes, el artículo 122 del Código Penal adicionalmente vulneraría la obligación de respeto, al constituirse en una injerencia indebida en el derecho a la salud de las mujeres que se encuentran por fuera de las causales de ausencia de tipicidad, referidas en la Sentencia C-355 de 2006. Esta

¹⁷⁰ Fl. 88 de la demanda.

inferencia, según señalan, no era posible efectuarla hace quince años en la censura estudiada por la Corte, pues se fundamenta en los pronunciamientos posteriores a ese fallo, de varios organismos internacionales de derechos humanos –entre los que se encuentran los del Comité DESC, del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud y del Comité de la CEDAW–, los cuales han sido inequívocos en plantear la necesidad de despenalizar el aborto como una medida en favor de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de esta población, así como una forma de actuar en contra de la violencia hacia las mujeres.

207. Como se observa, respecto de la vulneración del derecho a la salud, la demanda actual se dirige principalmente a probar que el tipo penal de aborto con consentimiento impide a las mujeres incursas en las tres circunstancias previstas por el fallo de esta corporación de hace quince años, llevar a cabo el procedimiento de IVE. Es decir, que está centrada en determinadas obligaciones de cumplimiento y protección a cargo del Estado, de carácter positivo, para la garantía del derecho a la salud en los tres supuestos mencionados. Por su parte, frente a la obligación de respeto, se fundamenta en el déficit de protección que persiste luego de la expedición de la Sentencia C-355 de 2006 para las mujeres que no están incursas en las causales que ella contempla y, por tanto, no pueden acceder a servicios indispensables para el goce de su salud reproductiva, pese a los múltiples pronunciamientos de organismos de derechos humanos posteriores a esa providencia, que propenden por la descriminalización de esta práctica como una medida fundamental para el goce de la salud de las mujeres y niñas. Para la Sala, a partir de lo expuesto, en la Sentencia C-355 de 2006 no se abordó el estudio de un cargo relativo a la garantía del derecho fundamental a la salud, concretamente, a la salud reproductiva, en los términos propuestos por las demandantes, pues tal como ellas lo ponen de presente es a partir de esa decisión que se han identificado las vulneraciones alegadas.

208. Por las razones que anteceden, como se anunció, la Corte encuentra que en relación con el cargo relativo al presunto desconocimiento del derecho a la salud planteado en la demanda actual no se configura la cosa juzgada constitucional, por lo que corresponde emitir un pronunciamiento de fondo.

6.3.1.2. Derecho a la igualdad

209. En relación con el cargo relacionado con el principio de igualdad, en la Sentencia C-355 de 2006, la Corte no analizó ningún reparo relacionado con el presunto desconocimiento del principio de igualdad, ni mucho menos con el desconocimiento de esta garantía respecto de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular.

210. Según precisaron las demandantes, las barreras estructurales de acceso al procedimiento de IVE que provienen de la norma demandada no afectan a todas las mujeres por igual. Es decir, se trata de una afectación desproporcionada en lo que respecta a mujeres y niñas en situación de vulnerabilidad, como es el

caso de las mujeres rurales, las mujeres de escasos recursos, las adolescentes, las mujeres que viven en situaciones de conflicto armado y las mujeres que sufren otros tipos de violencias basada en el género. Según razonan, esta desigualdad injustificada entre las mujeres vulnera la obligación del Estado de garantizar el acceso al procedimiento de IVE en condiciones de igualdad y sin discriminación. Así, sostienen que el “derecho fundamental a la igualdad contiene un mandato de abstención de tratos discriminatorios (igualdad formal), así como un mandato de intervención que obliga al Estado a superar las condiciones de desigualdad (igualdad material)”¹⁷¹; y, además, el artículo 13 de la Constitución prohíbe la discriminación indirecta, es decir, “las consecuencias que se derivan de la aplicación de normas aparentemente neutras, pero que en la práctica generan un impacto adverso y desproporcionado sobre un grupo tradicionalmente marginado o discriminado”. Esto es, “de tratamientos formalmente no discriminatorios se derivan consecuencias fácticas desiguales de los derechos de un grupo, en este caso de las mujeres en situación migratoria irregular”¹⁷¹.

211. Así, según indicaron, si bien la racionalidad legislativa debe tener en cuenta, entre otros aspectos, el contexto social, económico y cultural de la población a la que se dirige la tipificación y sanción penal, el escrutinio judicial respecto de tales competencias debe indagar si su eficacia apunta a sectores específicos de la población, para evidenciar, entre otros, si ellos consagran sesgos en contra de grupos sociales en condiciones de vulnerabilidad, más propensos a incurrir en dichas conductas y ser judicializados por sus condiciones económicas, sociales o culturales, que otros más privilegiados que pueden obviar con mayor facilidad la conducta o la sanción penal por medio de distintas estrategias.

212. También precisaron que merecen especial atención los casos en los que los delitos se dirigen a penalizar únicamente a las mujeres, niñas y personas gestantes, pues se debe identificar si, efectivamente, el Legislador les impone una carga excesiva en razón del sexo y el género, si al tipificar determinada conducta pondera las posibles afectaciones a la dignidad individual y si evita, o no, imponer un sistema de creencias y valores que, en últimas, se traduce en la determinación de su conducta y en el sometimiento de su voluntad, hasta el punto de ponerla al servicio de convicciones ajenas, por medio de la coerción y la amenaza de una pena para ello; en suma, al reemplazar su autonomía personal por la heteronomía estatal.

213. Finalmente, indicaron que, como lo recordó la Corte Constitucional en la Sentencia C-335 de 2017, la Convención de Belem do Pará y la Corte IDH han resaltado que la violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres que ha trascendido a todos los sectores de la sociedad, por lo que ciertas acciones de particulares e incluso del Estado pueden terminar legitimándola o reproduciéndola.

¹⁷¹ Fls. 95 y 96 de la demanda.

6.3.1.3. Derecho a la libertad de conciencia

214. En relación con el cargo relacionado con la libertad de conciencia, si bien en la Sentencia C-355 de 2006 la Sala hizo referencia al derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 de la Constitución, el presente cargo se fundamenta en un parámetro de control constitucional diferente y autónomo –el artículo 18–. Según indican las demandantes, la disposición obliga a las mujeres a actuar conforme a consideraciones que no necesariamente coinciden con su conciencia y, por tanto, el Estado persigue a aquellas que toman decisiones sobre su propia existencia con base en su propia autodeterminación. Esto es, las accionantes confrontan la libre determinación de las mujeres para optar o no por la maternidad con la norma demandada, que las castiga cuando, en uso de esa libertad, deciden abortar. Así las cosas, en el año 2006, la Corte no se pronunció sobre la posible vulneración que produciría la penalización del aborto con consentimiento en el derecho fundamental a la libertad de conciencia de las mujeres, las niñas y las personas gestantes, es decir, respecto de la presunta trasgresión a su autonomía reproductiva al no poder actuar conforme a sus convicciones.

215. En efecto, las censuras que originaron el pronunciamiento de esta corporación sobre la constitucionalidad condicionada del tipo penal de aborto hace quince años, no incluyeron dentro de los cargos en contra del artículo 122 de la Ley 599 de 2000, la violación de la libertad de conciencia, contemplada en el artículo 18 superior. Ello tampoco ha ocurrido en demandas posteriores respecto de la misma disposición, sobre las que la Corte se hubiere podido pronunciar de fondo.

216. Pese a lo anterior, es importante indicar que en la Sentencia C-355 de 2006 se hicieron algunas precisiones sobre las personas titulares de la objeción de conciencia, con el fin de que esta no se constituyera en un obstáculo para las mujeres que, estando incurso en alguna de las causales previstas en dicha providencia, pudieran acceder al procedimiento de la IVE.

217. En dicha oportunidad, esta Corporación estimó pertinente referirse a la objeción de conciencia para indicar que: (i) no es un derecho que se predique de las personas jurídicas o del Estado, de tal manera que estos no pueden solicitar su protección; (ii) en relación con las personas naturales, esta se fundamenta en profundas creencias y no se corresponde simplemente con la opinión personal de estar o no de acuerdo con el aborto voluntario; y, (iii) en los eventos en los que se presente un caso de objeción de conciencia por parte del personal médico, es deber de estos remitir a la mujer a aquel que pueda llevar a cabo el procedimiento.

218. Cabe mencionar que la breve referencia de la Sentencia C-355 de 2006 a la libertad de conciencia estuvo enmarcada en el análisis del caso concreto, específicamente, de dos de los eventos en los que no se incurre en el delito de

aborto –cuando la continuación del embarazo constituye peligro para la vida o la salud de la mujer, y cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida–, para señalar que “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”. Así, la Corte concluye que en estos casos “[d]icha determinación se sitúa en cabeza de los profesionales de la medicina quienes actuarán conforme a los estándares éticos de su profesión”.

219. Como se observa, en la decisión a la que se hace alusión, la Corte se pronunció sobre el derecho a la libertad de conciencia de los profesionales de la salud que deben practicar la IVE y a que su objeción de conciencia no puede afectar los derechos de las mujeres. Es decir, se ocupó únicamente de la posición jurídica de los médicos respecto del derecho fundamental a la libertad de conciencia, específicamente, en los eventos en los que, como consecuencia de verse precisados a practicar una interrupción del embarazo, se vieran amenazadas sus creencias.

220. En contraste, la demanda actual incluye el artículo 18 de la Constitución explícitamente como una de las disposiciones desconocidas por la norma demandada¹⁷², frente a la posición jurídica de las mujeres como titulares del derecho fundamental a la libertad de conciencia. De esta manera, en el proceso actual, las demandantes sostienen que el artículo 122 del Código Penal viola la libertad de conciencia por transgredir la regla subjetiva de moral de las mujeres, la cual, respecto de la autonomía reproductiva, debería servir para reconocer que “la mujer goza de plena facultad para adoptar una decisión encaminada a ejercerla, sustentada en un sistema de valores producto de sus convicciones ideológicas construidas sobre la base de la experiencia moral, como parte de su interacción con su contexto social, político y económico, pero especialmente porque la gestación es un proceso que solamente ella está en situación de afrontar”¹⁷³. Lo anterior, por cuanto, por una parte, las somete a llevar a término su gestación pese a estar incursas en alguna de las causales establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, debido a los obstáculos que enfrentan para acceder al procedimiento de la IVE y, por otra, respecto de las mujeres que no se encuentran amparadas por las causales que no están penalizadas, al obligarlas a asumir la maternidad, en contravía de sus convicciones.

221. Se concluye, entonces, que respecto de este cargo tampoco se configura el fenómeno de la cosa juzgada, pues no se evidencia identidad entre lo analizado por esta corporación hace quince años y lo formulado en la presente demanda.

6.3.1.4. Finalidad constitucional de prevención general de la pena y característica constitucional adscrita al derecho penal como mecanismo de *ultima ratio*

¹⁷² También hizo referencia sobre este derecho al artículo 3 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y al artículo 12 de la CADH.

¹⁷³ Fl. 112 de la demanda.

222. Finalmente, en relación con el cargo relativo a la finalidad constitucional de prevención general de la pena y a la característica constitucional adscrita al derecho penal como mecanismo de *ultima ratio*, cuyo parámetro de control constitucional lo constituyen el preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Constitución, a pesar de que existen algunas similitudes entre este cargo y algunos aspectos tratados en la Sentencia C-355 de 2006, no es posible inferir que la problemática constitucional que ahora se plantea se hubiese resuelto en la citada sentencia.

223. En la Sentencia C-355 de 2006 se valoró por parte de la Corte si la penalización absoluta del aborto constituía una intromisión estatal desproporcionada e irrazonable que desbordaba los límites del Legislador y desconocía los derechos constitucionales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud en conexidad con la vida y a la integridad de las personas, al igual que a los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y estricta legalidad, los cuales se aplicaban tanto a la definición del tipo penal como a su sanción.

224. En esta oportunidad, las demandantes alegan que el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, luego del condicionamiento de que fue objeto en la Sentencia C-355 de 2006, es inconstitucional debido a que, en primer lugar, desconoce las finalidades preventivas y retributivas de la pena, dado que no evita la realización de abortos voluntarios en el ámbito general ni particular, ni contempla una consecuencia negativa justa y legítima al daño social ocasionado por dicha conducta. Señalan que el delito no desestimula ni disminuye la comisión de la conducta tipificada; por el contrario, la penalización incrementa el número de abortos como, según señalan, lo confirman los datos a nivel mundial y las cifras de la Fiscalía General de la Nación en el caso colombiano¹⁷⁴.

225. De otro lado, señalan que el tipo penal también desconoce los estándares mínimos de la política criminal, si se tiene en cuenta que el tipo penal de aborto carece de eficacia preventiva y desconoce el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, a la vez que dicha política carece de fundamentos empíricos y no mide sus costos económicos.

226. Según indican, se trata de un mecanismo de control social ineficaz e innecesario o con poca funcionalidad como medio de disuasión social, mientras que sí tiene un efecto dañino en los derechos de las mujeres. Precisan que el uso que hace el Legislador del derecho penal mediante la tipificación de la conducta de abortar no responde al carácter de *ultima ratio* del derecho penal, pues omite e impide la consideración de otras vías más idóneas para la protección de la vida en gestación, bajo una perspectiva de salud pública que involucre la educación sobre derechos sexuales y reproductivos y el acceso a servicios médicos de

¹⁷⁴ Según precisan, “el delito y su amenaza de prisión no desestimulan ni disminuyen la comisión de la conducta tipificada, es decir, por su conducto no se logra proteger la expectativa de vida humana que representa el *nasciturus*, y de hecho está comprobado que la penalización logra el resultado completamente opuesto, es decir, incrementar el número de abortos como lo confirman los datos a nivel mundial” (fl. 122 de la demanda).

calidad. Además, indican que en aquella oportunidad a la Corte no le era posible advertir que se producirían nuevas recomendaciones y pronunciamientos en la materia por parte de organismos internacionales de protección de derechos humanos, que apuntan a la descriminalización de la práctica del aborto voluntario, como una medida en favor de los derechos de las mujeres y como una forma para erradicar las violencias a las que esta población se enfrenta de manera cotidiana; tal es el caso de los comités de Derechos Humanos¹⁷⁵, CEDAW¹⁷⁶, DESC¹⁷⁷ y de las personas con discapacidad¹⁷⁸.

227. En síntesis, en relación con este cargo, a pesar de que en la Sentencia C-355 de 2006 se hace referencia, en general, a la competencia legislativa en materia penal, en ella no se valora el fin de prevención general de la pena – relacionado, en particular, con la falta de idoneidad de la disposición para proteger de manera eficaz la vida en gestación–. De otra parte, salvo algunas intervenciones en el citado proceso de constitucionalidad, la Sentencia C-355 de 2006 solo se refiere en una ocasión a la expresión *ultima ratio* –como se indicó *supra*–, y únicamente para brindar una contextualización general acerca de esta exigencia, sin que tenga el alcance que en esta ocasión le asignan las demandantes, asociado al carácter subsidiario de las sanciones penales que exige, antes de acudir al poder punitivo del Estado, recurrir a otros controles menos lesivos para lograr un estándar análogo de amparo que aquel que brinda el ejercicio del derecho penal, y más respetuosos con los derechos de las mujeres.

6.3.2. Se evidencia una modificación en el significado material de la Constitución en cuanto a la comprensión de la problemática de relevancia constitucional que supone el delito del aborto consentido

228. A pesar de la suficiencia del argumento anterior para justificar un pronunciamiento de fondo, dada la complejidad de la problemática de relevancia constitucional que se aborda, la Sala también evidencia dos razones que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, justifican el estudio de fondo de los cargos de la demanda, al encontrar superada la cosa juzgada constitucional. De un lado, se acredita una modificación en el significado material de la Constitución en cuanto a la comprensión de la problemática constitucional que supone el delito del aborto consentido, y, de otro, se evidencia un cambio en el contexto normativo en el que se inserta el artículo 122 del Código Penal. Estas dos circunstancias, como lo ha advertido la Corte, justifican un pronunciamiento de mérito¹⁷⁹.

229. La Sala evidencia una modificación en el significado material de la Constitución en cuanto a la comprensión de la problemática de relevancia

¹⁷⁵ Comité de Derechos Humanos. *Observación General No. 36 sobre el derecho a la vida*. CCPR/C/GC/36. Párr. 8

¹⁷⁶ Comité CEDAW. *Indagación sobre Reino Unido e Irlanda del Norte* (Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer). 2018. CEDAW/C/OP.8/GBR/1. Párr. 58.

¹⁷⁷ Comité DESC. *Observación General No. 22. Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/C.12/GC/22. Párr. 34.

¹⁷⁸ Declaración conjunta del Comité de los derechos de las personas con discapacidad y el Comité CEDAW. *La garantía de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de todas las mujeres, en particular las mujeres con discapacidad*. Agosto 29 de 2018.

¹⁷⁹ Cfr., entre otras, las sentencias C-073 de 2014, C-007 de 2016 y, de manera especial, la reciente Sentencia C-233 de 2021.

constitucional que plantea el delito del aborto consentido, como consecuencia de los siguientes cuatro fenómenos.

230. En primer lugar, se aprecia una profunda transformación jurisprudencial acerca de la consideración del derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo, en particular, en los términos de las sentencias T-760 de 2008, C-313 de 2014 y T-361 de 2014. Para la época en que se profirió la Sentencia C-355 de 2006, el carácter de derecho fundamental de la salud se reconocía en los eventos en los que la vida dependía de su protección. En esta materia y durante las últimas décadas, la jurisprudencia constitucional ha avanzado para dar cuenta de que “la salud adquiere una connotación fundamental como derecho esencial para garantizar a las personas una vida digna y de calidad que permita su pleno desarrollo en la sociedad. Esto luego de comprender que los derechos económicos, sociales y culturales, no serán un mero complemento de los derechos de libertad, sino que serán en sí mismos verdaderos derechos fundamentales”¹⁸⁰.

231. La anterior postura se ha fundamentado en una concepción de los derechos fundamentales basada en la dignidad de las personas y en la realización plena del Estado Social de Derecho. Así, en la actualidad, el derecho a la salud “se configura como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que debe garantizarse de conformidad con los principios rectores de accesibilidad, solidaridad, continuidad e integralidad, entre otros, los cuales caracterizan el Sistema de Salud y están contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015”¹⁸¹.

232. En segundo lugar, luego del año 2006 y mediante la resolución de casos concretos, la jurisprudencia constitucional ha ampliado su comprensión acerca de la problemática de relevancia constitucional que supone el aborto consentido, a partir de la estrecha relación que se presenta entre las conductas que siguen constituyendo un supuesto delictivo y aquellas que no.

233. En este sentido, según precisaron las demandantes, la decisión del año 2006 se produjo en un momento en el que no era posible constatar las múltiples barreras que enfrentan las mujeres para acceder a la IVE en las causales autorizadas –reconocidas como parte de la salud reproductiva–, a partir de las cuales la jurisprudencia constitucional ha precisado durante quince años los deberes del Estado y de los particulares para su garantía¹⁸². Para tal época, por iguales razones, no era posible apreciar los diferentes desarrollos legales y reglamentarios en la materia y tampoco se contaba con la interpretación en sede de revisión que de aquella prestación se ha hecho y su estrecha relación con los derechos reproductivos.

¹⁸⁰ Sentencia T-171 de 2018.

¹⁸¹ Sentencia T-402 de 2018.

¹⁸² Cfr., en especial, la Sentencia SU-096 de 2018.

234. Como se evidencia de la línea jurisprudencial constituida por las sentencias T-171 de 2007, T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-636 de 2011, T-959 de 2011, T-841 de 2011, T-627 de 2012, T-532 de 2014, T-301 de 2016, T-731 de 2016, T-697 de 2016, T-931 de 2016 y SU-096 de 2018 –al igual que en las sentencias C-754 de 2015 y C-327 de 2016–, la Corte Constitucional ha constatado un déficit de protección constitucional de los derechos fundamentales de las niñas y mujeres accionantes, que ha tornado en inoperantes las excepciones mínimas destinadas a salvaguardar su dignidad y demás derechos, de que trata la Sentencia C-355 de 2006. De hecho, ha evidenciado que estas restricciones también afectan, en abstracto, el bien jurídico que pretende proteger la disposición demandada, ya que la dilación en la práctica del procedimiento de la IVE, en los supuestos que no constituyen delito, permite que la edad gestacional avance y sea mucho más cara a los intereses que pretende proteger la realización oportuna del citado procedimiento.

235. En tercer lugar, como lo precisaron las demandantes, existen documentos internacionales, de distinto valor normativo, que, a diferencia del año 2006, han propugnado por la despenalización del aborto más allá de las tres causales definidas en la Sentencia C-355 de 2006 y, por tanto, inciden en una nueva comprensión constitucional del fenómeno. De allí que, según señalan, tal pretensión encuentre sustento suficiente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

236. Entre tales documentos, las demandantes hacen referencia al informe especial de 2011 sobre la interacción entre las leyes penales y otras restricciones jurídicas relativas a la salud sexual y reproductiva y el derecho a la salud, del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud; las observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Chile de 2015, del Comité de Derechos del Niño; la Observación General No. 22 de 2016, sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva, del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹⁸³; la Observación General No. 36 de 2017, sobre el derecho a la vida, del Comité de Derechos Humanos; la Recomendación General No. 35 de 2017, mediante la cual se actualizó la Recomendación General No. 19 de 1992, sobre la violencia contra la mujer, del Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹⁸⁴; la Indagación sobre Reino Unido e Irlanda del Norte (Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) del año 2018, del Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; las Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de México de 2019 del Comité de Derechos Humanos y la Declaración conjunta

¹⁸³ La observación tiene como causa “los numerosos obstáculos jurídicos, procedimentales, prácticos y sociales [para], el acceso a todos los establecimientos, servicios, bienes e información en materia de salud sexual y reproductiva” que ha evidenciado el Comité, de allí que pretenda dar pautas a los Estados –en particular, a los órganos con competencias normativas: administraciones y legisladores– a “asegurar a todas las personas el disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva prescrito en virtud del artículo 12” del PIDESC.

¹⁸⁴ La recomendación pretende brindar a los “Estados partes orientación adicional para acelerar la eliminación de la violencia por razón de género contra la mujer” (párr. 3), mediante la complementación y actualización de “la orientación formulada a los Estados partes en la recomendación general núm. 19” (párr. 8).

del Comité de los derechos de las personas con discapacidad y del Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, sobre la garantía de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de todas las mujeres, en particular de las mujeres en condición de discapacidad, del año 2018. Si bien, este tipo de documentos no tienen un carácter vinculante *per se*, constituyen criterios hermenéuticos internacionales que pueden facilitar la interpretación constitucional interna, tal como se deriva de lo dispuesto por el artículo 93, inciso 2°, de la Constitución. De allí que este sea el alcance que a este tipo de informes, observaciones y recomendaciones le otorgue la Sala en la presente providencia. Lo dicho no excluye el deber de las autoridades administrativas y legislativas de cumplir de buena fe los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso de la República de que trata el inciso 1° de la disposición constitucional en cita.

237. Finalmente, luego del año 2006 se ha perfilado con mayor precisión una jurisprudencia constitucional para valorar la violencia de género contra la mujer, de la que son especialmente relevantes las sentencias C-297 de 2016, C-539 de 2016, C-117 de 2018, C-519 de 2019 y C-038 de 2021.

238. En la Sentencia C-297 de 2016, la Corte declaró la exequibilidad de un apartado de la Ley 1761 de 2015, “Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. (Rosa Elvira Cely)”, que adicionó el artículo 104A de la Ley 599 de 2000, luego de considerar, entre otras razones, que los patrones estructurales de discriminación,

“se manifiestan en diversas formas de violencia, que pueden tener un carácter sistemático o no. Esta violencia se evidencia tanto en elementos de periodicidad como en tratos que suponen una visión de roles de género estereotipados o arraigados en la cultura que posicionan a la mujer como un objeto o una propiedad desechable con ciertas funciones que se ven inferiores a las del hombre. La realidad indica que las condiciones de discriminación que sufren las mujeres no siempre son abiertas, explícitas, y directas, no porque no estén presentes, sino porque hacen parte de dinámicas culturales que se han normalizado”.

239. En la Sentencia C-539 de 2016, la Corte declaró la exequibilidad de otro apartado de la Ley 1761 de 2015, “Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. (Rosa Elvira Cely)”. Es especialmente relevante resaltar de esta providencia la caracterización que realiza de varias disposiciones del ordenamiento, que evidencian supuestos de violencia de género contra la mujer. Se hace referencia, por ejemplo, a las disposiciones del derecho civil que obligaban a la mujer a adoptar el apellido del cónyuge, con la adición al suyo de la partícula “de” como símbolo de pertenencia. También señala que las mujeres solo podían ejercer la patria potestad en caso de que faltara el esposo y se les equiparaba a los menores en la administración de sus bienes y en el ejercicio de sus derechos, pues estaban sujetas a la potestad marital. Igualmente, se mencionan las reglas civiles que establecían que el “marido” tenía el derecho a obligar a “su mujer” a vivir con

él y seguirlo a donde trasladara su residencia, mientras la mujer solo tenía derecho a que el hombre la recibiera en su casa. Así mismo, refiere que el “marido” debía “protección” a la mujer, al paso que la mujer debía “obediencia al marido”. En lo laboral, la posibilidad de trabajar de toda mujer “casada” se encontraba sometida a la autorización del “marido”. Igualmente refiere que la mujer no alcanzó el estatus de ciudadana sino hasta el año de 1945 y tuvo restringidos sus derechos políticos hasta comienzos de los años cincuenta. A raíz de este tipo de tratos, la Sala hizo énfasis en que “El campo legal no solo reflejó con nitidez estereotipos de género y fue un espacio más de discriminación, sino que se convirtió en un poderoso escenario de reproducción, legitimación y garantía de continuación del sometimiento que experimentaba la mujer en los demás ámbitos”.

240. En la Sentencia C-117 de 2018, la Corte declaró la inexecutable de las disposiciones que gravaban con IVA las toallas higiénicas y los tampones, al considerar que tales medidas tenían “un impacto desproporcionado para las mujeres y, en especial, para aquellas de escasos recursos, ya que, el uso exclusivo de estos productos se restrinja a las mujeres en edad fértil implica una distinción respecto de las cargas que deben asumir los hombres. Así, dado que estos bienes particulares no son de libre escogencia, se trata de la imposición de un tributo a un solo grupo” que no encontraba justificación constitucional.

241. En la Sentencia C-519 de 2019, la Sala Plena declaró la inexecutable con efectos diferidos de la expresión “seguido del”, contenida en el artículo 53 del Decreto 1260 de 1970 (subrogado por el artículo 1 de la Ley 54 de 1989), al evidenciar el desconocimiento del principio de igualdad, como consecuencia del trato discriminatorio que se otorgaba a las mujeres, por su condición de tales, ya que la disposición privilegiaba que en el registro civil de nacimiento se inscribiera como primer apellido el del padre seguido del primero de la madre.

242. En la Sentencia C-038 de 2021, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “las mujeres y” del numeral 13 del artículo 108 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), que permitía al Estado y a los empleadores especificar en los reglamentos de trabajo las actividades que les estaba prohibido realizar a las mujeres, al evidenciar que esta facultad se otorgaba sin otra justificación distinta que el recurso a un tratamiento fundado en el sexo.

243. Como se precisó en la primera sentencia en cita –C-297 de 2016–, a partir de la valoración de múltiples disposiciones de instrumentos del derecho internacional que reconocen derechos humanos, la Sala avanzó en las siguientes ideas en relación con la violencia de género contra la mujer: (i) “la violencia de género es un fenómeno social vigente que se fundamenta en la discriminación de la mujer y tiene serias consecuencias para el goce de sus derechos fundamentales”; (ii) las mujeres tienen derecho a “estar libres de violencia, que a su vez comporta el deber estatal de adoptar todas las medidas para protegerlas de la violencia y atender de forma integral a sus sobrevivientes”; (iii) la

disposición demandada –la norma que tipifica el delito de feminicidio– incluye la obligación del Estado de “prevenir, atender, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” y, por tanto, comprende medidas de naturaleza penal, inclusive, así como aquellas sociales, económicas y culturales que sean idóneas y efectivas para “revertir las condiciones sociales que fomentan los estereotipos negativos de género y precluyen el goce de la igualdad sustantiva, particularmente en el ámbito de la administración de justicia”; (iv) finalmente, precisó que al Estado le corresponde adoptar

“(i) acciones afirmativas para proteger a las mujeres de los riesgos y amenazas desproporcionados de violencia en el contexto del conflicto armado, particularmente aquellos de abuso sexual; (ii) protocolos de atención integral en salud y psicosociales para las víctimas de cualquier tipo de violencia, como un mínimo constitucional; (iii) un enfoque diferencial en los programas de testigos en el marco del acceso a la justicia en el conflicto armado; (iv) políticas para eliminar los estereotipos de género en la administración de justicia, particularmente los que revictimizan a las mujeres y (iv) medidas, más allá de las punitivas, para erradicar la violencia contra la mujer, como la sanción social”.

244. Estas razones, que evidencian una modificación en el significado material de la Constitución en cuanto a la comprensión de la problemática de relevancia constitucional que supone el delito del aborto consentido, justifican un pronunciamiento de mérito en el presente asunto.

6.3.3. Se evidencia un cambio en el contexto normativo en el que se inserta el artículo 122 del Código Penal

245. La hipótesis del cambio de contexto normativo de la disposición objeto de control puede ocurrir cuando, de un lado, “una norma que ya fue juzgada se expide posteriormente, en un contexto normativo distinto”¹⁸⁵, y, de otro lado, la disposición juzgada previamente mantiene su contenido formal, es decir, no se transforma, pero el ordenamiento en el que se inscribe es objeto de modificaciones, por lo que su contenido material cambia. En otras palabras, en este supuesto la disposición objeto de examen exhibe un contenido idéntico al previamente analizado; sin embargo, revela un contenido material distinto al hacer parte de contextos normativos diversos¹⁸⁶.

246. Ante la variación del marco normativo se impone la necesidad de efectuar un nuevo examen, para determinar si se requiere o no emprender una valoración constitucional distinta a la luz del nuevo contexto¹⁸⁷. Tal apreciación es imprescindible, en aras de evitar que en el proceso de integración a dicho contexto puedan producirse resultados inconstitucionales, pues “una disposición jurídica no puede ser analizada aisladamente, sino que debe ser interpretada de manera sistemática, tomando en consideración el conjunto normativo del cual forma parte”¹⁸⁸. Por consiguiente, se presenta la necesidad

¹⁸⁵ Sentencia C-233 de 2021.

¹⁸⁶ Sentencia C-1046 de 2001.

¹⁸⁷ Sentencia C-233 de 2021.

¹⁸⁸ Sentencia C-1046 de 2001.

de realizar una nueva ponderación de valores o principios constitucionales a partir del cambio de contexto en el que se incorpora la norma acusada¹⁸⁹.

247. Como se indicó, la segunda razón que justifica un pronunciamiento de fondo en el presente asunto tiene que ver con la evidencia de un cambio en el contexto normativo en el que se inserta el artículo 122 del Código Penal, como consecuencia de los siguientes fenómenos¹⁹⁰:

248. En primer lugar, la expedición de la Ley Estatutaria de Salud del año 2015. En el contexto actual de discusión de la constitucionalidad del artículo 122 del Código Penal, la salud se presenta como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable, en lo individual y en lo colectivo¹⁹¹, mientras que en el examen desarrollado en la Sentencia C-355 de 2006 la salud se consideró como un derecho “fundamental por conexidad con la vida”.

249. Por consiguiente, de acuerdo con el nuevo alcance dispuesto por la Ley 1751 de 2015 la salud es una prerrogativa que genera para el Estado deberes de respeto, protección y cumplimiento, así como la obligación de adoptar políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en cuanto a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación de todas las personas. Estos aspectos generan un nuevo contexto constitucional, legal y reglamentario en el que se inserta la disposición acusada.

250. La *iusfundamentalidad* autónoma del derecho a la salud exige que las instituciones, normas, procedimientos, participantes y actores del sistema, se enfoquen en la dignidad de las personas como eje axial para la realización plena de los fines del Estado Social de Derecho. De ahí que actualmente las actuaciones del sistema de salud se rijan por los principios de accesibilidad, solidaridad, continuidad e integralidad, dispuestos por el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015. En tales términos, la disposición demandada se ha introducido en un nuevo contexto normativo del aseguramiento en salud, que no se encontraba presente al momento en que se llevó a cabo el debate que culminó con la expedición de la Sentencia C-355 de 2006.

¹⁸⁹ Sentencia C-073 de 2014.

¹⁹⁰ Según indican las accionantes, las siguientes disposiciones, normas, documentos y jurisprudencia son las que determinan el cambio de contexto normativo en el que se inserta la disposición que se demanda: (i) los artículos 7, 8 y 13 de la Ley 1257 de 2008, el artículo 1 de la Ley 1412 de 2010, el artículo 54 de la Ley 1448 de 2011, el artículo 23 de la Ley 1719 de 2014, los artículos 6 y 11 de la Ley 1751 de 2015; (ii) el Acuerdo 350 de 2006 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el Documento CONPES 147 de 2012, el Documento CONPES 161 de 2013, el Documento CONPES Social 3783 de 2013, el Plan Nacional de Salud Pública para el cuatrienio 2007-2010, el Plan Decenal de Salud Pública 2012-2021, la Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos de 2014-2021; (iii) del Ministerio de Salud y Protección Social, las resoluciones 3280 de 2018, 0459 de 2012, 652 de 2016 y 1904 de 2017, la Circular 016 de 2017, el Protocolo para la Prevención del Aborto Inseguro en Colombia de 2014, el Lineamiento Técnico para Atención Integral de la IVE en el primer nivel de complejidad, el Lineamiento Técnico para la Atención del Post Aborto y sus complicaciones, el Lineamiento Técnico para Orientación y Asesoría en IVE; (iv) de la Superintendencia Nacional de Salud, la Circular 003 de 2013; (v) de la Fiscalía General de la Nación, la Directiva 006 de 2016; (vi) de la Secretaría Distrital de Salud, la Circular 043 de 2012; (vii) del Instituto Nacional de Bienestar Familiar, el Anexo 2 del Lineamiento Técnico Administrativo sobre ruta de actuaciones para el restablecimiento de derechos de niños, niñas y adolescentes inobservados, amenazados o vulnerados, (viii) las sentencias T-171 de 2007, T-636 de 2007, T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-009 de 2009, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-841 de 2011, T-959 de 2011, T-636 de 2011, T-627 de 2012, T-532 de 2014, C-754 de 2015, T-301 de 2016, C-327 de 2016, T-697 de 2016, T-731 de 2016, C-341 de 2017 y C-088 de 2020 de la Corte Constitucional; (ix) la sentencia del 13 de octubre de 2016 de la Sección Primera del Consejo de Estado (Radicación: 11001-03-24-000-2013-00257-00, C.P. Guillermo Vargas Ayala).

¹⁹¹ Artículo 2 de la Ley 1751 de 2015.

251. En segundo lugar, con posterioridad a la Sentencia C-355 de 2006, múltiples organismos internacionales –entre los que se encuentran el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud; y el Comité CEDAW– han planteado la necesidad de despenalizar el aborto como una medida en favor de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de esta población, así como una forma de actuar en contra de la violencia hacia las mujeres. En particular, como lo pusieron de presente las demandantes, existen documentos internacionales de distinto valor normativo que han propugnado por la despenalización del aborto más allá de las tres causales definidas en la Sentencia C-355 de 2006 y, por tanto, inciden en una nueva comprensión constitucional del fenómeno.

252. En tercer lugar, la política criminal ha visto una revaloración del sentido de la proporcionalidad y los fines de la pena. Así se desprende, entre otras, de la información suministrada por la Comisión Asesora de Política Criminal, los datos sobre la judicialización del delito de aborto en Colombia entre 1998 y 2019, aportados por la Fiscalía General de la Nación, y la información obrante en la iniciativa legislativa presentada por esta última entidad para despenalizar de manera parcial el delito de aborto consentido (Proyecto de Ley 209 de 2016, Cámara de Representantes).

253. En relación con estos dos aspectos, distintos referentes normativos y técnicos, nacionales e internacionales, dan cuenta de la necesidad de replantear los términos en que se encuentra prevista la penalización del aborto voluntario en atención a los diversos impactos que esta norma genera para los derechos de las mujeres. Entre estos, se encuentran el Informe Especial de 2011 sobre “La interacción entre las leyes penales y otras restricciones jurídicas relativas a la salud sexual y reproductiva y el derecho a la salud” del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, la Observación General No. 22 sobre “El derecho a la salud sexual y reproductiva” del Comité DESC, la Recomendación General No. 35 sobre “La violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general No. 19” del Comité CEDAW, la Observación General No. 36 sobre “El derecho a la vida” del Comité de Derechos Humanos; la Declaración conjunta sobre “La garantía de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de todas las mujeres, en particular las mujeres con discapacidad” del Comité de los derechos de las personas con discapacidad y del Comité CEDAW, y el Informe sobre “Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres colombianas” del Ministerio de Salud y Protección Social.

254. En cuarto lugar, la expedición de la Ley 1257 de 2008, con el fin, entre otros, de cumplir los compromisos internacionales del Estado respecto de la libertad, la autonomía y la salud sexual y reproductiva. Según precisaron las demandantes, la lectura del artículo 122 del Código Penal debe considerar lo dispuesto en la Ley 1257 de 2008, por medio de la cual se previeron

instrumentos normativos para la sensibilización, prevención, sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres¹⁹².

255. Dado que el objeto de esta disposición es adoptar normas que permitan garantizar a todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito privado como público, el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno e internacional, el acceso a los procedimientos administrativos para su protección y adopción, y la fijación de políticas públicas orientadas a su realización, no es posible valorar el texto del artículo 122 del Código Penal sin considerar estos fines relevantes perseguidos por el Legislador. Sostener lo contrario implica consentir una omisión que contraría los fines aludidos, al desconocer el imperativo de la protección de la violencia contra la mujer, en el que se promueven sus derechos a la libertad, a la autonomía y a la salud sexual y reproductiva.

256. Finalmente, no puede desconocerse el proceso de evolución jurisprudencial progresiva y constante que se ha desarrollado con posterioridad a la expedición de la Sentencia C-355 de 2006, orientado al desarrollo de los contenidos de los derechos de las mujeres a la salud sexual y reproductiva, así como a definir el alcance de las obligaciones del Estado para enfrentar las barreras estructurales de acceso de esta población a las garantías superiores referidas. Admitir lo contrario supondría negar el carácter dinámico de la Constitución del que ciertamente se hizo parte la disposición acusada¹⁹³.

257. De lo expuesto, la Corte aprecia que en el contexto descrito el artículo 122 del Código Penal adquirió un nuevo alcance o unos efectos distintos, lo cual justifica un fallo de fondo en el presente caso.

7. Problema jurídico sustancial, estructura de análisis y tesis de la decisión

258. Le corresponde a la Corte determinar si, a pesar del condicionamiento de la Sentencia C-355 de 2006, la tipificación del delito de aborto con consentimiento, en los términos del artículo 122 del Código Penal, (i) es contraria a la obligación de respeto al derecho a la salud y a los derechos reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes (artículos 49, 42 y 16 de la Constitución); (ii) desconoce el derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular (artículos 13 y 93 de la Constitución, 1 de la CADH y 9 de la Convención de Belem do Pará); (iii) vulnera la libertad de conciencia de las mujeres, las niñas y las personas gestantes, en especial, frente a la posibilidad de actuar conforme a sus convicciones en relación con su autonomía reproductiva (artículo 18 de la Constitución), y (iv) es compatible con la finalidad preventiva de la pena y satisface las exigencias constitucionales adscritas al carácter de *ultima ratio* del derecho penal (preámbulo y artículos 1 y 2 de la Constitución).

¹⁹² Artículo 1 de la Ley 1257 de 2008.

¹⁹³ En Sentencia C-200 de 2019 esta Corte sostuvo que “Una aproximación que niegue el carácter dinámico de la Constitución no sólo no es realista, sino que es indeseable”.

259. Dado que la protección de la vida en gestación –bien jurídico que resguarda la disposición demandada– es una finalidad constitucional imperiosa, le corresponde a la Sala valorar si la actual tipificación del delito de aborto, como única medida legislativa para desincentivar la interrupción voluntaria del embarazo y mediante ella proteger la vida del *nasciturus*, afecta las garantías constitucionales que fundamentan los cargos de la demanda que en esta oportunidad examina la Corte.

260. De ser así, al menos respecto de uno de los cargos, lo procedente es valorar si se trata de una afectación desproporcionada –lo que, en principio, justificaría la declaratoria de inexecutable de la disposición–, o si esta se encuentra justificada en la finalidad constitucional que pretende alcanzar: proteger la vida en gestación –lo que justificaría la declaratoria de su executable–. También puede ocurrir que, a pesar de evidenciarse una afectación tal a aquellas garantías, la declaratoria de inexecutable genere un déficit de protección a la finalidad constitucional imperiosa que pretende proteger el tipo penal, razón por la cual se justificaría una solución distinta.

261. La Corte encuentra que la penalización del aborto con consentimiento es *prima facie* compatible con la Constitución, en cuanto medida para proteger la vida en gestación –para cuya consecución, en todo caso, el Legislador puede acudir a otro tipo de medidas de carácter asistencial y prestacional–. Sin embargo, su penalización en todas las etapas del embarazo y en forma absoluta –excepto en las tres causales señaladas en la Sentencia C-355 de 2006, condicionamiento que integra el contenido normativo de la disposición vigente–, plantea una tensión de relevancia constitucional entre la protección de la vida en gestación –finalidad constitucional imperiosa que pretende amparar el artículo 122 del Código Penal– y las garantías relacionadas con la salud y los derechos reproductivos, la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular, la libertad de conciencia y la finalidad constitucional de prevención general de la pena, así como con el carácter de último recurso –*ultima ratio*– del derecho penal. Esta tensión constitucional no es posible resolverla en forma absoluta mediante la preferencia de alguno de estos intereses porque supone el sacrificio absoluto del otro, no solo porque no tiene en cuenta que en cada etapa del embarazo estos intereses jurídicos tienen una importancia y relevancia distintas, sino porque deja de valorar la existencia de otras medidas legislativas alternativas más adecuadas para garantizar la ponderación de los bienes y derechos en tensión.

262. Para resolver esta tensión, la Corte precisará, de un lado, por qué la protección de la vida en gestación es una finalidad constitucional imperiosa (aspecto que se analiza en el título 8) y, de otro, a partir del marco normativo actual, por qué la tipificación del delito del aborto con consentimiento entra en fuerte tensión con los intereses jurídicos que fundamentan los cargos de la demanda (análisis que se realiza en los títulos 9 a 12). En el título 13, con fundamento en estas razones, justificará por qué a partir de la semana 24 de

gestación, momento en el que se acredita una mayor probabilidad de vida autónoma extrauterina, se incrementa la necesidad de una protección cualificada de la vida en gestación, incluso por la vía penal, pues como lo señaló la Corte en la Sentencia C-355 de 2006, y lo reitera en esta oportunidad, “la vida del *nasciturus* es un bien protegido por el ordenamiento constitucional y por lo tanto las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden de la esfera de su autonomía privada e interesan al Estado y al legislador”.

263. De otra parte, en atención a que la disposición demandada no logra conciliar aquella tensión, se exhortará al Congreso de la República y al Gobierno nacional para que formulen e implementen una política pública integral que evite los amplios márgenes de desprotección para la dignidad y los derechos de las mujeres gestantes y, a su vez, proteja la vida en gestación, sin desconocer tales garantías de manera manifiestamente desproporcionada o irrazonable. Como lo precisó la Sala en la Sentencia C-355 de 2006, y se reitera,

“la vida del *nasciturus* es un bien constitucionalmente protegido y por esa razón el legislador está obligado a adoptar medidas para su protección [...] se podría discutir si la naturaleza de estas medidas de protección de la vida en gestación han de ser de carácter penal o si serían más efectivas previsiones de otro tipo como políticas sociales o de índole prestacional que aseguren la vida que está en proceso de gestación mediante la garantía de cuidados médicos, alimentación o de ingresos de la mujer embarazada. Al respecto cabe anotar, que corresponde en primer lugar al legislador decidir entre el universo de medidas posibles aquellas más adecuadas para proteger los bienes jurídicos de relevancia constitucional y su decisión, en principio, sólo podrá ser objeto de control cuando resulte manifiestamente desproporcionada o irrazonable”.

8. La protección de la vida en gestación es una finalidad constitucional imperiosa (artículos 11 de la Constitución y 4.1 de la CADH)

264. Para la Corte, el artículo 122 del Código Penal persigue una finalidad constitucional imperiosa que consiste en proteger la vida en gestación, ya que mediante la amenaza de imponer una pena de prisión a la mujer “que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause”, y a “quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta”, pretende que esta no se realice y, por tanto, busca que el embarazo culmine con el nacimiento de un nuevo ser.

265. El carácter imperioso de esta finalidad se deriva de lo dispuesto en los artículos 11 de la Constitución y 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De conformidad con el primero, “El derecho a la vida es inviolable”¹⁹⁴ y de acuerdo con el segundo, “Toda persona tiene derecho a que

¹⁹⁴ La protección a la vida a partir del nacimiento fue un asunto objeto de debate en la Asamblea Nacional Constituyente. El constituyente Augusto Ramírez propuso que la posibilidad de entender la protección del “derecho a la vida lo es desde su origen y al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorezca”. En relación con este aspecto, el constituyente Darío Mejía Agudelo manifestó que “al hablar de la vida del derecho [sic] debe enfatizarse que se trata de una vida digna, de lo contrario carece de sentido defender la vida desde la gestación”. En un sentido semejante, el constituyente Jaime Ortiz Hurtado señaló que “el entusiasmo en defender la vida sería más moral si se complementa con su dignificación social y económica”. El planteamiento del constituyente Augusto Ramírez no fue contemplado en el texto aprobado por la Comisión Primera, la cual se inclinó por aceptar la propuesta presentada por el constituyente Juan Carlos Esguerra: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte. || Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Gacetas de la Asamblea Nacional Constituyente, tomo 126, pp. 8 a 10.

se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”¹⁹⁵. Estas disposiciones pretenden proteger la vida, incluyendo aquella que está en formación durante la etapa de gestación.

266. Como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional e interamericana, la vida es un bien jurídico que se debe proteger en todas las etapas de su desarrollo, pero no necesariamente con la misma intensidad. De allí que la protección de la vida en gestación como finalidad constitucional imperiosa, incluso mediante el derecho penal, también deba ser gradual e incremental, según la etapa de desarrollo del embarazo, siendo especialmente relevante su garantía en la etapa más avanzada del periodo de gestación en la que es posible una mayor protección frente a otros bienes jurídicos con los que pudiera entrar en tensión¹⁹⁶.

267. Ello por cuanto la vida, como lo ha indicado la Sala, “no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto”¹⁹⁷ o, en términos de la jurisprudencia interamericana, “la protección del derecho a la vida [...] no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”¹⁹⁸.

268. En este sentido, un uso idóneo, necesario y proporcional de la competencia del legislador en materia de política criminal, exige reservarla para las conductas más lesivas, siempre que no sea posible acudir a “otros controles menos gravosos”¹⁹⁹ que sean “igualmente idóneos, y menos restrictivos de la libertad”²⁰⁰, o cuando ha ofrecido alternativas para el ejercicio de los derechos con los que la sanción penal entra en tensión.

269. Corresponde al Legislador, en todo caso, “decidir entre el universo de medidas posibles aquellas más adecuadas para proteger los bienes jurídicos de relevancia constitucional y su decisión, en principio, sólo podrá ser objeto de control cuando resulte manifiestamente desproporcionada o irrazonable”²⁰¹.

¹⁹⁵ Según precisó la Corte IDH en la Sentencia del 28 de noviembre de 2012, caso Artavia Murillo y Otros (“*Fecundación in Vitro*”) vs. Costa Rica, la expresión “en general” contenida en el citado artículo 4.1 de la CADH busca un balance en la garantía de los derechos e intereses cuando se encuentran en conflicto, de ahí que la norma no constituya un deber absoluto e incondicional. Esto significa, para la Corte IDH, que “la protección del derecho a la vida [...] no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general” (ibid.).

¹⁹⁶ Como lo advirtió la Sala en la Sentencia C-355 de 2006, “La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta”.

¹⁹⁷ Sentencia C-355 de 2006. En un sentido análogo se ha pronunciado la Sala en las sentencias C-239 de 1997, C-177 de 2001, C-251 de 2002, C-899 de 2003, C-233 de 2014, C-327 de 2016, C-430 de 2019 y C-233 de 2021. A partir de lo dispuesto por el artículo 4.1 de la CADH, en la Sentencia C-355 de 2006, la Sala Plena explicó lo siguiente: “el artículo 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos no puede ser interpretado en el sentido de darle prevalencia absoluta al deber de protección de la vida del nasciturus sobre los restantes derechos, valores y principios consagrados por la Carta de 1991 [...] En conclusión, de las distintas 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 gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado. || Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada”.

¹⁹⁸ Según precisó la Corte IDH, este es el alcance que debe otorgarse a la expresión “en general” contenida en el citado artículo 4.1 de la CADH. Caso Artavia Murillo y Otros (“*Fecundación in Vitro*”) vs. Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012. Según refirió, la cláusula “en general” busca un balance en la garantía de los derechos e intereses cuando se encuentran en conflicto, de ahí que la norma no constituya un deber absoluto e incondicional.

¹⁹⁹ Sentencia C-742 de 2012.

²⁰⁰ Sentencia C-070 de 1996.

²⁰¹ Sentencia C-355 de 2006.

270. Ahora bien, si el Legislador decide acudir al derecho penal para proteger la vida en gestación, debido a la gravedad de este tipo de medidas y a su potencialidad restrictiva de otras garantías constitucionales, su margen de configuración es más limitado. Por ello, en el caso de la vida en gestación, su protección implica el deber estatal de implementar medidas de política pública para salvaguardarla y, de estimarlo necesario, adoptar disposiciones complementarias de carácter penal. Un uso indiscriminado del derecho penal resulta arbitrario y contrario a las exigencias adscritas al Estado Social de Derecho, en los términos del preámbulo y de los artículos 1 y 2 de la Constitución. Como lo precisó de manera reciente la Sala Plena al declarar la inexecutable del Acto Legislativo 1 de 2020²⁰²:

“[...] el mandato constitucional de la prevalencia de los derechos de los NNA sobre los demás y la adopción de medidas con miras a lograr su protección especial no implica cercenar otros principios de carácter constitucional o abolir el goce y ejercicio de otros derechos, como la dignidad humana del infractor. El uso del derecho penal debe ser la *ultima ratio* dentro de un Estado de Derecho fundado en la dignidad humana”²⁰³.

271. En relación con la protección de este bien jurídico es importante reiterar que, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, su protección mediante disposiciones penales no es *en principio* irrazonable ni desproporcionada²⁰⁴, lo que no significa que el legislador no se encuentre sujeto a límites en su margen de configuración. Dado que “ni la vida como valor, ni el derecho a la vida tienen un carácter absoluto”²⁰⁵ el Legislador ha tipificado para su protección diferentes conductas y las ha sancionado con diferente intensidad. Es decir, para salvaguardar el mismo interés constitucional, la tipificación y la sanción punitiva han sido ponderadas teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y los otros valores, principios y derechos comprometidos, como se evidencia a continuación:

272. Para proteger no solo la vida en gestación, sino también la autonomía reproductiva de la mujer, su dignidad, salud y libertad de conciencia, el Legislador tipificó el delito de aborto sin consentimiento, que regula el artículo 123 del Código Penal. De conformidad con este, “El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años”²⁰⁶. Es por esta doble incidencia en los bienes jurídicos del que está por nacer y de la mujer gestante que a este delito es correlativa una elevada pena de prisión. En relación con esta disposición, es importante precisar que no fue demandada y, por tanto, respecto de ella no corresponde a la Corte Constitucional realizar pronunciamiento alguno.

²⁰² “Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la Pena de Prisión Perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable”

²⁰³ Sentencia C-294 de 2021.

²⁰⁴ Cfr., en particular, las sentencias C-013 de 1997, C-355 de 2006, C-829 de 2014 y C-327 de 2016.

²⁰⁵ Sentencia C-327 de 2016; en sentido análogo, entre otras, las sentencias C-239 de 1997, C-177 de 2001, C-251 de 2002, C-899 de 2003, C-355 de 2006, C-233 de 2014, C-430 de 2019 y C-233 de 2021.

²⁰⁶ Esta pena fue aumentada en atención a lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, “en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo”.

273. Igual protección, pero circunscrita a la vida en gestación, pretenden garantizar los artículos 125 y 126 de la misma codificación cuando se causan lesiones al feto. De conformidad con el primero, “El que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años” y de conformidad con el segundo, “Si la conducta descrita en el Artículo anterior se realizare por culpa, la pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años”²⁰⁷.

274. A diferencia del homicidio²⁰⁸, el Legislador ha contemplado una pena diferencial para la “madre” que abandona a su hijo dentro de los 8 días siguientes al nacimiento, si la fecundación fue consecuencia de acceso o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas²⁰⁹. Como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, esta pena diferente se justifica en que la conducta tiene como causa no solo la vulneración de la libertad sexual y la autonomía personal de la mujer²¹⁰, sino también la “desprotección del Estado en prevenir ese tipo de atentados contra la integridad de la mujer”²¹¹. De hecho, en la Sentencia C-013 de 1997, al declarar la exequibilidad del artículo 348 del Código Penal de 1980 (Decreto Ley 100 de 1980), que regulaba circunstancias agravantes para los delitos de abandono, la Corte descartó el argumento del demandante según el cual la citada disposición desconocía “los artículos 1, 2, 4, 5, 11, 12, 13, 14, 16, 22, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 83, 94, 95, 96, 228 y 229 de la Constitución Política” por cuanto, “si a causa de una conducta omisiva de deberes se producen como resultados la muerte o las lesiones personales (artículo 348 del Código Penal), el tratamiento jurídico penal debe ser el de castigar la respectiva falta como homicidio y lesiones personales”.

275. Para fundamentar la declaratoria de exequibilidad de la disposición demandada en aquella oportunidad, la Corte consideró que la tipificación de un agravante era “una disposición que de ninguna manera puede tacharse de contraria a las prescripciones fundamentales, pues mediante ella no se hace nada diferente de atribuir unos efectos sancionatorios más fuertes cuando la lesión causada reviste mayor gravedad y causa peores efectos”²¹². Según precisó la Sala, “La norma absoluta, que no establece distinciones, que otorga el mismo trato jurídico a situaciones diferentes, podría ser objeto de glosa, con mayor

²⁰⁷ Es importante tener presente que estas penas fueron aumentadas de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004. Ahora bien, en relación con ambos tipos penales, de manera idéntica precisan los incisos segundos de las citadas disposiciones que, si la conducta la realiza un profesional de la salud, “se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión” por el tiempo de la pena para cada delito.

²⁰⁸ El artículo 103 de la Ley 599 de 2000 prescribe: “El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años”. Esta pena fue aumentada en atención a lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

²⁰⁹ Al respecto, el artículo 128 del Código Penal dispone: “Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. La madre que dentro de los ocho (8) días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años”. Estas penas fueron aumentadas de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004.

²¹⁰ Sentencia C-829 de 2014 que, para los fines pertinentes, reitera la jurisprudencia contenida en la Sentencia C-013 de 1997.

²¹¹ Sentencia C-829 de 2014. Según precisó la Sala, en estos casos debe tenerse en cuenta que “la autora de estos delitos en estas circunstancias es a la vez una víctima también. Se enfrenta una paradoja cruel: por un lado, el legislador sanciona el proceder injusto de la madre con un ser indefenso al que da muerte o abandona y por otro, está la mujer que ha sido atacada en su libertad, integridad y dignidad. En muchos casos, el Estado ha estado ausente e incumplido con su deber de garantizar la integridad y los derechos fundamentales de la mujer agredida en forma tan grave”. Por consiguiente, en estos casos, según indicó la Corte, “no conceder consecuencias relevantes a este hecho a efectos de atenuar el reproche de culpabilidad, y por tanto de la pena, supondría, como ya se hizo referencia, una revictimización de la mujer”.

²¹² Sentencia C-013 de 1997.

propiedad, por romper la igualdad y por desvirtuar el concepto de justicia, que aquélla [sic] orientada a la gradación y distinción fundada en hipótesis diversas”.

276. De manera reciente y compatible con dicha interpretación, al valorar la disposición sucedánea de aquella –artículo 130 de la Ley 599 de 2000, en los términos en que fue subrogado por el artículo 41 de la Ley 1453 de 2011–, en la Sentencia C-093 de 2021, la Corte Constitucional declaró inexecutable dos circunstancias de agravación que hacían equivalente el delito de abandono de menores, en determinadas circunstancias, a “tentativa de homicidio” y a “homicidio”, por desconocer “el mandato de *lex stricta*, definitorio del principio constitucional de legalidad y el mandato de proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva, corolario del principio constitucional de culpabilidad penal”²¹³.

277. En la misma línea de estos precedentes, se puede observar que en nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo, no se castiga con la misma severidad el homicidio simple²¹⁴ que aquel cometido bajo circunstancias de agravación punitiva²¹⁵ o, en contraste, de manera preterintencional²¹⁶ o culposa²¹⁷, ni el homicidio por piedad²¹⁸. Este grupo de disposiciones evidencian que en la protección de la vida no solo debe valorarse el resultado de la afrenta –la muerte–, sino que deben considerarse las demás circunstancias, valores, principios y derechos, que puedan entrar en tensión con el recurso al derecho penal.

278. En relación con esta última idea, es especialmente relevante hacer referencia a la jurisprudencia de la Sala en cuanto al último delito, el homicidio por piedad. En vigencia del Código Penal de 1980, en la Sentencia C-239 de 1997, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 326 de la citada codificación²¹⁹ al considerar, entre otras razones, que “El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (CP art.12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral”. De manera reciente, en relación con este tipo penal, pero de la manera en que fue introducido en la Ley 599 de 2000 –artículo 106–, en la Sentencia C-233 de

²¹³ Sentencia C-093 de 2021. La Sala fundamentó la última inferencia que sirvió de base a la declaratoria de inconstitucionalidad en el siguiente razonamiento: “Así las cosas, la disposición demandada es un caso paradigmático de una incongruencia dogmática que amalgama un tipo penal completo de resultado –art. 103 del Código Penal– o de resultado tentado –arts. 27 y 103 del Código Penal– con un tipo penal subordinado de mera conducta –arts. 127 y 128 del Código Penal–, pues difícil e indeterminado resulta que del solo abandono en lugar despoblado se infiera el *animus necandi* –ánimo de matar–, al paso que se desconoce el aspecto subjetivo de la circunstancia de agravación. Si ello es así, entonces [... el Legislador] no apenas invade el juicio de desvalor que el fiscal y el juez deben efectuar sobre el hecho concreto –en cuya virtud articulan la descripción objetiva de la conducta (tipo objetivo) con la forma como se ha manifestado la voluntad del agente del delito (tipo subjetivo)–, sino que, además, desconoce el mandato de proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva, corolario del ya enunciado principio constitucional de culpabilidad –art. 29 constitucional–”.

²¹⁴ Ley 599 de 2000, artículo 103.

²¹⁵ Ley 599 de 2000, artículos 104 y 110.

²¹⁶ Ley 599 de 2000, artículo 105.

²¹⁷ Ley 599 de 2000, artículo 109.

²¹⁸ Ley 599 de 2000, artículo 106.

²¹⁹ La Corte ordenó “Declarar EXEQUIBLE el artículo 326 del decreto 100 de 1980 (Código Penal), con la advertencia de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada”.

2021, la Corte Constitucional amplió el alcance del condicionamiento a que se encontraba sujeto. De conformidad con esta sentencia, la conducta descrita por el tipo penal no es típica cuando es realizada por un médico, con consentimiento o por voluntad del paciente, aquejado por una enfermedad o lesión grave e incurable que le produce intenso sufrimiento. En estos casos, la conducta del médico que practica el procedimiento eutanásico es atípica. Además, la Sala hizo referencia a la necesidad de expedir una regulación detallada de este procedimiento adscrito al sistema de salud que, por tanto, no podía únicamente circunscribirse a la regulación de la conducta en el Código Penal. De allí la relevancia de la regulación positiva de ciertas problemáticas para las cuales la respuesta exclusivamente penal es claramente insuficiente.

279. En síntesis, como lo precisó la Sala en la Sentencia C-327 de 2016, a partir del estándar interamericano previamente citado:

“La protección del valor de la vida no impone el reconocimiento de la vida prenatal, como titular de los derechos de las personas desde la concepción. Ni implica un desconocimiento del deber de protección de la vida en potencia, a pesar de lo cual, tal garantía envuelve un carácter gradual e incremental [...] la vida como valor es un bien constitucionalmente relevante, pero no tiene un carácter absoluto, sino que tiene un protección gradual e incremental según su desarrollo”.

280. A estas consideraciones se suma una precisión semántica que tiene evidente repercusión en el debate jurídico. El artículo 11 de la Constitución Política advierte que “el derecho a la vida es inviolable”, término este, el de la inviolabilidad, que lleva implícita la carga jurídica de la ilegitimidad. De manera que cuando la Constitución afirma que la vida es inviolable quiere decir que la vida no puede verse afectada “ilegítimamente” y que el Estado debe protegerla contra cualquier violación o, lo que es lo mismo, contra cualquier agresión antijurídica.

281. Si ello no se entendiera así, por ejemplo, el régimen jurídico no habría podido incluir la legítima defensa en el régimen penal. Solo en tanto que el acto es antijurídico, es decir, ilegítimo, la agresión es injusta.

282. Igualmente, a pesar de la evidente diferencia de grado, un supuesto constitucional semejante se regula en el artículo 15 de la Constitución. Este garantiza el derecho a la privacidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada; por tanto, de conformidad con esta disposición, son inviolables. Ahora bien, esta garantía constitucional no impide que, por ejemplo, un juez de la República ordene levantar el velo de privacidad en busca de posibles actos delictivos.

283. Así las cosas, el concepto de violación, que se refiere a la afectación injusta, no impide que tal derecho se vea afectado por acciones legítimas, o autorizadas por el ordenamiento.

284. Sirven también estas consideraciones para desvirtuar el argumento que recurre al sentido textual del artículo 11 constitucional para sostener que la Constitución Política colombiana establece una protección absoluta del derecho a la vida desde la concepción, porque lo que se trata de resolver en el debate del aborto es si su afectación es, precisamente, legítima o no.

285. A partir de esta caracterización de la vida en gestación como finalidad constitucional imperiosa y meritoria de protección penal, le corresponde valorar a la Corte cómo la protección de la citada garantía puede entrar en conflicto con aquellas garantías cuya protección pretenden las demandantes.

9. Análisis del primer cargo: la obligación de respeto al derecho a la salud y a los derechos reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes (artículos 49, 42 y 16 de la Constitución)

9.1. Síntesis del argumento

286. La tipificación del delito de aborto con consentimiento en el actual contexto normativo entra en fuerte tensión con el derecho a la salud y los derechos reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes, por las siguientes razones:

287. El deber de respeto al derecho a la salud a cargo del Estado implica, entre otras cosas, la obligación de remover los obstáculos normativos que impiden el acceso a los servicios necesarios para que mujeres, niñas y personas gestantes gocen de salud reproductiva. Como lo señalan múltiples organismos internacionales de derechos humanos, una de dichas barreras la constituye la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo en los términos del artículo 122 de la Ley 599 de 2000, por tener incidencia en la práctica de abortos inseguros en los que peligra la salud, integridad y vida de esta población.

288. El derecho a la salud, que incluye la interrupción voluntaria del embarazo en las causales previstas en la sentencia C-355 de 2006, es indispensable para la garantía de la vida digna de las mujeres, niñas y personas gestantes. La criminalización del aborto, en los términos categóricos de la norma objeto de control, las empuja a la práctica de abortos inseguros y clandestinos²²⁰, lo que se traduce en un grave problema de salud pública que tiene incidencia en las tasas de mortalidad y morbilidad maternas, como se constata a partir de las cifras aportadas, entre otros, por el Ministerio de Salud y Protección Social.

289. Por tanto, a pesar de pretender realizar una finalidad constitucional imperiosa, como es la protección de la vida en gestación, la disposición demandada, como única medida, afecta intensamente el derecho a la salud contemplado en el artículo 49 superior y los derechos reproductivos, cuyo reconocimiento se encuentra en los artículos 42 y 16 de la Constitución, pese a

²²⁰ Ministerio de Salud y Protección Social, Atención integral de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en el primer nivel de complejidad. Documento técnico para prestadores de servicios de salud, 2014, p. 14.

existir medios alternativos que, en su conjunto, resultarían más efectivos para proteger, respetar y garantizar aquella finalidad constitucional sin afectar intensamente estos derechos, como sería la adopción de una política pública integral orientada a proteger la vida en gestación por diversos medios que brinden verdaderas alternativas a la interrupción del embarazo, así como para la realización de este procedimiento en el marco de los servicios de salud reproductiva, en las condiciones que señale el legislador. Es decir, el Legislador, ante una realidad fáctica que afecta intensamente derechos fundamentales, cuenta con otras alternativas jurídicas, distintas a la penal –sin excluirla en determinados casos²²¹, en ejercicio de su libertad de configuración del ordenamiento, siempre que se trate de un ejercicio idóneo, necesario y proporcional–, menos lesivas para esos derechos y que, por tanto, resulten proporcionales.

9.2. Los deberes estatales para la satisfacción del derecho fundamental a la salud y sus elementos estructurales

290. Las sentencias iniciales de la Corte Constitucional se pronunciaron en torno a la importancia de la salud como servicio público a cargo del Estado –en los términos de los artículos 48 y 49 superiores–, principalmente por su relación con la garantía del derecho a la vida, y de manera excepcional como un derecho fundamental de las niñas y niños, por expresa disposición del artículo 44 superior. Lo anterior, bajo una interpretación basada en la división jerárquica y artificial de los denominados derechos de primera generación –de aplicación inmediata y protección directa mediante acción de tutela (Capítulo I del Título II de la Constitución)– y los de segunda –de carácter programático y de desarrollo progresivo (Capítulo II del Título II de la Carta)–.

291. No obstante, esta Corporación avanzó hacia una concepción de los derechos fundamentales instituida en la dignidad de las personas y en la consecuente realización plena del Estado Social de Derecho. De esta manera, pese al carácter de servicio público de la salud, se reconoció que su efectiva prestación constituía un derecho fundamental susceptible de ser protegido por medio de la tutela.

292. En esta evolución jurisprudencial, que coincide con el desarrollo de la protección del derecho a la salud en el ámbito internacional, la Sentencia T-760 de 2008 representa un hito. En ella se avanzó definitivamente desde la concepción prestacional del derecho a la salud a considerarlo como un derecho fundamental autónomo. Dicha providencia se ocupó de caracterizar el derecho a la salud a partir del bloque de constitucionalidad, para lo cual hizo referencia a su contenido, alcance y a la clase de obligaciones estatales que exige.

²²¹ Como actualmente se contempla. *Inter alia*, la práctica de abortos sin el consentimiento de la persona gestante o las lesiones que se infrinjan al feto. En la actualidad, la primera conducta se encuentra tipificada en el artículo 123 del Código Penal y la segunda en sus artículos 125 y 126.

293. Para ese propósito, destacó especialmente la Observación General No. 14 (2000) del Comité DESC²²², sobre “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, por ser el más amplio desarrollo acerca del derecho a la salud, su alcance y significado”. Esta observación general precisa que la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos, destaca los elementos que abarca, da cuenta del avance en su comprensión luego de su estipulación en el PDCP y en el PIDESC²²³, y esclarece el contenido de los deberes de los Estados para su efectiva satisfacción.

294. Igualmente, hace referencia a que el concepto del “más alto nivel posible de salud” de que trata el PIDESC no se restringe a la idea de que deba garantizar simplemente el goce de “buena salud”, sino que, en atención a las condiciones biológicas y socioeconómicas de toda persona, como los recursos con que cuenta el Estado, le corresponde a este proveer “toda una gama de facilidades, bienes y servicios” que aseguren, precisamente, el “más alto nivel posible de salud”. A partir de esta caracterización, precisa:

“El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho [de las personas] a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”²²⁴.

295. Así pues, dicha observación general, al interpretar el PIDESC frente al cumplimiento de las obligaciones que emanan del derecho a la salud para los Estados, recuerda que estas son de tres tipos: (i) de respeto, (ii) de protección y (iii) de cumplimiento, denominada también de garantizar²²⁵.

296. La obligación de “respetar exige que los Estados se abstengan de injerir directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud”, lo cual implica, en particular:

“[abstenerse] de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer. Además, las obligaciones de respetar incluyen la obligación del Estado de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas

²²² A partir de 1989, el Comité realiza ‘observaciones generales’ acerca del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966) en desarrollo de su función principal que es vigilar la aplicación del Pacto por los Estados parte.

²²³ Sobre este último punto, la observación en mención precisa los ámbitos de protección específicos del derecho a la salud contemplados en el artículo 12 del PIDESC, entre los que se encuentra la salud materna y reproductiva, respecto de la que señala que deben incluirse “(i) los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, (ii) la atención anterior y posterior al parto, (iii) los servicios obstétricos de urgencia y (iv) el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información”.

²²⁴ Comité DESC. Observación General 14. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*: E/C.12/2000/4, CESCR, párr. 8.

²²⁵ Al respecto, ver también Comité DESC, Observación General No. 3, No. 4, No. 5 y No. 6; así mismo, los principios de Limburgo (1986) y los principios de Maastricht (1997).

y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas. || [...] Asimismo, los Estados deben abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto, así como impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud”.

297. Por su parte, la obligación de “proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías previstas en el artículo 12”. Según se indica en la Observación General No. 14, este tipo de obligaciones:

“incluyen, entre otras, las obligaciones de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología. Los Estados también tienen la obligación de velar por que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención anterior y posterior al parto ni a la planificación de la familia; impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales, por ejemplo a la mutilación de los órganos genitales femeninos; y de adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva de género. Los Estados deben velar asimismo porque terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud”.

298. Por último, la obligación de “cumplir requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud. Los Estados parte también tienen la obligación de cumplir (facilitar) un derecho específico enunciado en el Pacto en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición”.

299. Adicionalmente, es importante resaltar que la citada observación general también hizo referencia a algunas “obligaciones básicas”²²⁶, las cuales se

²²⁶ Se hace referencia a las siguientes: “a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados”. Observación General No. 14, párr. 43.

entenderían incluidas dentro de los niveles esenciales de la salud, cuyo cumplimiento no puede ser diferido, así como algunas de las “obligaciones prioritarias” en relación con este derecho²²⁷. Igualmente, se refirió a la obligación que tienen los Estados de no adoptar medidas “deliberadamente regresivas”²²⁸.

300. Para la Corte Constitucional, la clasificación de las obligaciones derivadas del derecho a la salud resulta útil, entre otras razones, porque permite caracterizar las violaciones en su contra y las implicaciones jurídicas de las mismas. Sobre este particular, ha precisado, por ejemplo, que el Estado desprotege el derecho a la salud cuando mantiene vacíos o lagunas en la regulación, las cuales se constituyen en barreras de acceso a los servicios de salud, y que, en estricto sentido, se irrespeta este derecho cuando a pesar de que existe una regulación aplicable, ésta se constituye en un obstáculo al acceso a los servicios de salud²²⁹.

301. Así mismo, esta clasificación da cuenta de que todo derecho fundamental tiene facetas de carácter positivo y de carácter negativo. Dentro de las obligaciones de respeto, protección y garantía, por ejemplo, pueden entremezclarse ambas facetas: obligaciones en las que se demanda “hacer” algo (positivas) y obligaciones en las que se demanda “dejar de hacer” algo (negativas)²³⁰.

302. La Observación General No. 14 también precisa que el derecho a la salud “en todas sus formas y a todos los niveles” abarca cuatro componentes básicos e interrelacionados: (i) disponibilidad, (ii) accesibilidad, (iii) aceptabilidad y (iv) calidad.

303. La disponibilidad se refiere a que los Estados deben tener “un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas”²³¹.

²²⁷ Se mencionan las siguientes: “a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil; b) Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad; c) Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas; d) Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades; e) Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos”. Observación General No. 14, párr. 44.

²²⁸ En relación con este aspecto, se señala: “Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”. Observación General No. 14., párr. 32.

²²⁹ Sentencia T-760 de 2008.

²³⁰ Al respecto, en la Sentencia C-313 de 2014, la Corte precisó: “El derecho a la salud tiene una marcada dimensión positiva, aunque también tiene dimensiones negativas. La jurisprudencia constitucional ha reconocido desde un inicio, que el Estado, o las personas, pueden violar el derecho a la salud, bien sea por una omisión, al dejar de prestar un servicio de salud, o bien por una acción, cuando realizan una conducta cuyo resultado es deteriorar la salud de una persona. En lo que respecta a las dimensiones negativas del derecho a la salud, de las cuales no se deriva la obligación de realizar una acción positiva, sino más bien, obligaciones de abstención, en tanto no suponen que el Estado haga algo, sino que lo deje de hacer, no hay razón alguna para que sean obligaciones cuyo cumplimiento sea pospuesto hasta que el Estado, entidad o persona cuente con los recursos suficientes y la capacidad administrativa adecuada”.

²³¹ Para el Comité, “esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS (Véase la Lista modelo de medicamentos esenciales de la OMS, revisada en diciembre de 1999, Información sobre medicamentos de la OMS, vol. 13, N° 4, 1999.)”. Observación General No. 14, párr. 12.

304. La accesibilidad comprende los siguientes cuatro componentes que deben acreditar los establecimientos, bienes y servicios de salud:

“(a) ‘no discriminación’ los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna; (b) ‘accesibilidad física’, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados; (c) ‘accesibilidad económica’ (asequibilidad), los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos, en especial, la equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos; y (d) ‘acceso a la información’, el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud, sin perjuicio de la debida confidencialidad”.

305. La aceptabilidad hace alusión a que “los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser (aceptables) respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate”.

306. Finalmente, la calidad exige que los establecimientos, bienes y servicios de salud deban ser “de buena calidad” y “apropiados desde el punto de vista científico y médico”.

307. La Sentencia T-760 de 2008, y los fallos posteriores de la Corte²³², junto con las demandas sociales y los avances internacionales en la materia, en especial contenidos en la observación citada, inspiraron la expedición de la Ley 1751 de 2015, “Ley Estatutaria de Salud”, la cual estableció la obligación del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para brindar a las personas acceso integral al servicio de salud²³³. Respecto de esta, la Corte ha precisado:

“Los artículos 1 y 2 de dicha ley establecieron la naturaleza y el contenido del derecho a la salud y lo reconocieron, por un lado, como derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación y la promoción de la salud; y por otro, como servicio público esencial obligatorio cuya prestación eficiente, universal y solidaria se ejecuta bajo la responsabilidad del Estado”²³⁴.

308. Respecto de su artículo 2, la jurisprudencia constitucional ha resaltado:

“en primer lugar, [el citado artículo] caracteriza el derecho fundamental a la salud como autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de

²³² En particular, las sentencias T-607 de 2009 y T-016 de 2017.

²³³ En la sentencia C-313 de 2014, mediante la cual se hizo el control a la Ley Estatutaria de Salud, la Corte destacó el “peso que se le dio a la observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la elaboración del Proyecto de Ley”.

²³⁴ Sentencia T-171 de 2018.

manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”²³⁵.

309. El artículo 5 dispone que el Estado es el responsable de (i) respetar, (ii) proteger y (iii) garantizar, el goce efectivo del derecho, obligaciones que se derivan de aquella caracterización hecha por el Comité DESC en la Observación No. 14, previamente descrita. Frente a estas, advirtió la Sala:

“el precepto adoptado por el legislador debe comportar una interpretación amplia del derecho objeto de regulación, por ende, la norma, según la cual, únicamente serían responsabilidad del Estado las tres obligaciones estipuladas en el enunciado legal, no es de recibo en el ordenamiento constitucional colombiano. En sentido distinto, cabe una lectura, según la cual, las responsabilidades consignadas en la preceptiva legal, no son taxativas, sino que hacen parte de un conjunto de obligaciones abierto y orientado por lo preceptuado en la observación 14, de tal modo que las obligaciones legales específicas, las obligaciones internacionales y las obligaciones básicas, incorporadas en el pronunciamiento internacional hacen parte de las obligaciones del Estado colombiano en materia de salud, acorde con los principios de progresividad y no regresividad, propios de derechos como el que aquí se analiza”²³⁶.

310. El artículo 6 de la Ley Estatutaria de Salud “determina y estructura jurídicamente el contenido del derecho a la salud”, ya que contempla las características que debe cumplir, así como sus elementos y principios. La disposición puntualiza que el derecho a la salud incluye los elementos de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad, calidad e idoneidad profesional²³⁷ y debe realizar los principios de universalidad, *pro homine o pro persona*, equidad, continuidad, solidaridad, sostenibilidad, eficiencia y progresividad del derecho, entre otros, los cuales deben ser interpretados de manera armónica.

311. En suma, la regulación estatutaria del derecho fundamental a la salud armoniza el ordenamiento jurídico interno con la caracterización de este derecho y los deberes estatales para su satisfacción, conforme a la interpretación que se ha realizado en la Observación General No. 14 del Comité DESC.

9.3. Los deberes específicos derivados del derecho a la salud reproductiva y su relación con la IVE

²³⁵ Sentencia C-313 de 2014.

²³⁶ Sentencia C-313 de 2014.

²³⁷ Sentencia C-313 de 2014. La disposición hace referencia a la interrelación entre ellos y los califica como esenciales al servicio de salud. A partir de esta caracterización, precisó la Corte que, “estas connotaciones no riñen con la preceptiva constitucional, pues, esa calificación de esenciales e interrelacionados es la que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, les atribuyó en el párrafo 12 de la observación 14 a los mismos elementos. Para la Sala, la condición de esencial resulta importante en la medida en que a partir de dichos elementos se configura el contenido esencial del derecho, el cual aparece como un límite para las mayorías, de tal modo que decisiones del principio mayoritario que cercenen alguno de estos elementos pueden eliminar el derecho mismo y por ello deben ser proscritas del ordenamiento jurídico”. Sentencia C-313 de 2014.

312. Con fundamento en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 16 de la CP, y en la facultad de las parejas a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos e hijas, prevista en el inciso noveno del artículo 42 de la Carta, la jurisprudencia de la Sala ha reconocido el carácter fundamental de los derechos reproductivos²³⁸ y ha precisado que estos se concretan especialmente en dos garantías²³⁹.

313. La primera, relacionada con la autodeterminación reproductiva, que se refiere a la potestad de toda persona para decidir si quiere o no tener hijos o hijas, así como el momento para hacerlo. Esta garantía implica la prohibición de cualquier interferencia externa, de carácter desproporcionado, en la toma de decisiones reproductivas, como son los actos de discriminación, coacción o violencia física o psicológica²⁴⁰. Cuando la mujer es la titular de esta garantía, ella comprende “la facultad que tiene de tomar, libre y personalmente, la decisión de procrear o no”²⁴¹, sin que pueda admitirse ningún tipo de coacción proveniente de terceros o del Estado²⁴². Específicamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que “se violenta la autodeterminación reproductiva cuando se obstaculiza el ejercicio de la autonomía personal y se recurre a la coacción para obtener una decisión respecto del desarrollo de la progenitora. Igualmente, cuando no se ofrecen los medios y servicios necesarios para adoptar una determinación en relación con esta facultad; y finalmente, cuando no se suministra la información precisa para adoptar una decisión fundada en hechos ciertos, o se provee de forma falsa o inexacta”²⁴³.

314. La segunda garantía comprende el derecho de acceso a servicios de salud reproductiva, el cual “incluye tratamientos médicos para enfermedades del aparato reproductivo, embarazos libres de riesgos y el acceso a información y métodos de anticoncepción”²⁴⁴. En relación con esta garantía, el Comité DESC ha indicado que la salud reproductiva (y sexual) es parte integrante del derecho a la salud consagrado en el artículo 12 del PIDESC, de lo que se deriva la obligación para los Estados de respetarla, protegerla y garantizarla²⁴⁵. Así mismo, ha resaltado que “debido a la capacidad reproductiva de las mujeres, la realización del derecho de las mujeres a la salud sexual y reproductiva es esencial para la realización de todos sus derechos humanos”²⁴⁶, de manera que “para suprimir la discriminación contra la mujer, es necesario asegurarle, de forma particular, acceso a servicios en materia reproductiva por lo cual el Estado debe abstenerse de limitarlo y suprimir las barreras que impiden el mismo, incluso cuando provengan de terceros”²⁴⁷.

²³⁸ Cfr., al respecto, la Sentencia C-355 de 2006.

²³⁹ Cfr., la Sentencia T-398 de 2019.

²⁴⁰ Cfr., al respecto, la Sentencia C- 531 de 2014.

²⁴¹ Cfr., al respecto, la Sentencia T-627 de 2012.

²⁴² Sentencia T-627 de 2012.

²⁴³ Sentencia SU-096 de 2018.

²⁴⁴ Sentencia T-398 de 2019.

²⁴⁵ Comité DESC. Observación General No. 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*: E/C.12/2000/4, CESCR, párr. 7.

²⁴⁶ Comité DESC. *Observación General No. 22. Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/C.12/GC/22. 2016. Introducción y párr. 25.

²⁴⁷ *Ibid.*, párr 21.

315. En igual sentido, el Comité CEDAW ha indicado que “el acceso a la atención de la salud, incluida la salud reproductiva, es un derecho básico previsto en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”²⁴⁸ y ha precisado que “la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria”²⁴⁹. A partir de estas consideraciones, ha señalado que uno de los deberes estatales consiste en garantizar la eliminación de todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios de salud en la esfera de la salud sexual y reproductiva²⁵⁰.

316. De manera análoga, la Corte IDH ha precisado que “la salud sexual y reproductiva constituye ciertamente una expresión de la salud que tiene particulares implicancias para las mujeres debido a su capacidad biológica de embarazo y parto. Se relaciona, por una parte, con la autonomía y la libertad reproductiva, en cuanto al derecho a tomar decisiones autónomas sobre su plan de vida, su cuerpo y su salud sexual y reproductiva, libre de toda violencia, coacción y discriminación. Por el otro lado, se refiere al acceso tanto a servicios de salud reproductiva como a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer su derecho a decidir de forma libre y responsable el número de hijos que desean tener y el intervalo de nacimientos”²⁵¹.

317. En la Sentencia SU-096 de 2018, la Corte indicó que los derechos sexuales y reproductivos en el ordenamiento jurídico se edifican sobre dos pilares: el primero, relacionado “con la libertad, que supone la imposibilidad del Estado y la sociedad de implantar restricciones injustificadas en contra de las determinaciones adoptadas por cada persona” y, el segundo, de carácter prestacional, “que implica la responsabilidad de adoptar medidas positivas para garantizar el goce efectivo de estos derechos”²⁵².

318. A partir de esta caracterización, la jurisprudencia constitucional ha precisado que la IVE “no se limita a la realización de un procedimiento médico, sino también supone componentes básicos de información, accesibilidad y disponibilidad en los servicios por parte de las EPS”²⁵³ y, por tanto, dado que “no se agota en la materialización de un procedimiento médico que ponga fin al proceso de gestación, en los tres casos previstos en la sentencia C-355 de 2006 [...] su realización se vincula estrechamente con los derechos a la dignidad humana y a la autonomía individual (Art. 1 C. Pol.); a la vida digna (Art. 11 C. Pol.); a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Art. 12); a la intimidad personal y familiar (Art. 15 C. Pol.); al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C. Pol.); a las libertades de

²⁴⁸ Comité CEDAW. *Recomendación General N° 24. La mujer y la salud*. 02/02/99, párr.1.

²⁴⁹ *Ibid.*, párr. 11.

²⁵⁰ *Ibid.*, párr. 31.

²⁵¹ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y Otros (“*Fecundación in Vitro*”) vs. Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, ff 147.

²⁵² Según se ha indicado en la jurisprudencia de revisión de la Corte, estos derechos comprenden los siguientes componentes: “a) la educación y la información sobre toda la gama de métodos anticonceptivos, acceso a los mismos y la posibilidad de elegir aquél de su preferencia; || b) el acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo de forma segura, oportuna y con calidad, de acuerdo a lo establecido por la ley y la jurisprudencia de esta Corporación; || c) medidas que garanticen una maternidad libre de riesgos en los períodos de gestación, parto y lactancia y que brinden las máximas posibilidades de tener hijos sanos, y; || d) tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino”. Sentencia T-627 de 2012.

²⁵³ Sentencia SU-096 de 2018.

conciencia y religión (Art. 18 y 19 C. Pol.); a la seguridad social (Art. 48 C. Pol.), a la salud (Art. 48 y 49 C. Pol.) y a la educación (Art. 67 C. Pol.)”²⁵⁴. Es por esto por lo que ha precisado que “la interrupción voluntaria del embarazo protege la autonomía y la libertad de decisión de la mujer que, encontrándose en alguna de las tres causales de despenalización previstas en la sentencia C-355 de 2006, resuelve poner fin al proceso de gestación humana”²⁵⁵.

9.4. La actual forma de tipificación del delito de aborto consentido entra en fuerte tensión con la obligación de respeto que exige el derecho a la salud reproductiva de las mujeres, niñas y personas gestantes

319. La actual concepción del derecho a la salud, de la salud reproductiva, y de la IVE en los supuestos de que trata la Sentencia C-355 de 2006 como uno de los componentes del derecho a la salud, constituye un escenario diferente al que se enfrentó la Corte hace quince años cuando analizó la constitucionalidad del artículo 122 de la Ley 599 de 2000.

320. Actualmente, existe un amplio desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a la salud en relación intrínseca con el goce de los demás derechos fundamentales, frente al que también se han pronunciado los órganos especializados que supervisan la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado colombiano, en relación con la necesidad de evitar que las mujeres y niñas acudan a abortos inseguros. Estas recomendaciones y observaciones, entre otras, adquieren la mayor relevancia, máxime cuando las situaciones que se ponen de presente no son ajenas a la realidad nacional.

321. Al respecto, el estudio realizado por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, denominado “Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres colombianas”²⁵⁶ destaca que la Organización Mundial de la Salud estima que en los países en los cuales el aborto es ilegal, las mujeres se ven obligadas a recurrir a la práctica de procedimientos médicos inseguros que ponen en riesgo su vida y salud y que dan como resultado que “anualmente 67.000 mujeres mueren por abortos mal practicados, lo que equivale al 13% de la mortalidad materna. En América Latina, el aborto inseguro es el responsable del 17% de las muertes maternas”²⁵⁷. Igualmente, destaca que este organismo ha considerado que “los avances médicos y de las tecnologías seguras y eficaces, y la capacidad para realizar abortos inducidos en particular, podrían eliminar en su totalidad los abortos inseguros y las muertes relacionadas, siempre y cuando exista un acceso universal a estos servicios”²⁵⁸.

²⁵⁴ Sentencia SU-096 de 2018.

²⁵⁵ Sentencia SU-096 de 2018.

²⁵⁶ Ministerio de Salud y la Protección Social. *Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres colombianas*. Bogotá, 2014. Pág. 12. Cfr., al respecto, la intervención presentada por este ministerio en el expediente de la referencia.

²⁵⁷ *Ibid.*, pág. 12.

²⁵⁸ *Ibid.*, pág. 12. En este sentido, la Organización Mundial de la Salud ha manifestado que entre algunas de las condiciones que limitan el acceso al aborto seguro e inciden en el incremento de estas prácticas se encuentran, entre otras, la legislación restrictiva, la poca disponibilidad y los elevados costos de estos servicios. Organización Mundial de la Salud. *Prevención del aborto inseguro*. Septiembre de 2020. En: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/preventing-unsafe-abortion>

322. Según las cifras del citado ministerio, se trata de una grave problemática si se tiene en cuenta que, “en general, se estima que cada año, un total de 132.000 mujeres sufre complicaciones debido al aborto inducido practicado en condiciones clandestinas y probablemente inseguras, a pesar de existir una legislación que despenaliza parcialmente el aborto”²⁵⁹. Al respecto, refiere que “en los países donde el aborto es ilegal, el riesgo de muerte y lesión de las mujeres que buscan servicios de aborto es, en promedio, 30 veces más alto que en países donde el aborto es permitido por la ley. Las leyes restrictivas que penalizan el aborto no impiden que las mujeres se sometan a abortos inseguros para interrumpir embarazos no deseados”²⁶⁰. En todo caso, enfatiza en lo siguiente:

“las leyes que legalizan o despenalizan parcialmente el aborto, no siempre garantizan el acceso a la prestación de servicios de aborto, como sucede en Colombia. Después de 7 años de haberse despenalizado parcialmente el aborto, la mayoría de los abortos se continúa realizando en forma clandestina. La legalización o despenalización parcial del aborto y las políticas para evitar el aborto inseguro no bastan por sí solas para reducir la mortalidad materna. Las mujeres que desean interrumpir su embarazo dentro de las causales establecidas en la legislación, o las mujeres que han tenido un aborto, necesitan recibir una atención oportuna y de calidad dentro de los servicios de salud sexual y reproductiva, con el fin de evitar complicaciones que pongan en peligro su salud y sus vidas”.

323. La Comisión Asesora de Política Criminal²⁶¹ ha coincidido en esta valoración del fenómeno al señalar que:

“[La] despenalización es constitucionalmente posible y la Comisión considera que es recomendable, puesto que en este campo, la experiencia comparada y los estudios de la realidad colombiana muestran que es mejor, tanto para reducir los abortos como para proteger los derechos de las mujeres, adoptar una perspectiva de salud pública, que combine campañas vigorosas para promover la salud sexual y reproductiva y para prevenir el embarazo no deseado, con una despenalización amplia de la interrupción voluntaria del embarazo, que permita a las mujeres acceder a un aborto seguro en los casos en que tengan legalmente derecho a interrumpir el embarazo. Por el contrario, la penalización severa del aborto, sobre todo cuando no se acompaña de campañas para prevenir el embarazo no deseado, no evita los abortos y en cambio genera prácticas clandestinas de aborto que afectan la salud de las mujeres, en especial de aquellas

²⁵⁹ Ministerio de Salud y Protección Social, *Atención integral de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en el primer nivel de complejidad. Documento técnico para prestadores de servicios de salud*, 2014. p. 14.

²⁶⁰ *Ibid.*, pág. 14.

²⁶¹ Mediante auto del 19 de octubre de 2020, el magistrado sustanciador, Antonio José Lizarazo Ocampo, admitió la demanda del expediente de la referencia y, además, invitó al Consejo Superior de Política Criminal a presentar concepto. Específicamente, solicitó los conceptos emitidos por dicho consejo sobre las iniciativas legislativas presentadas desde el año 2006 hasta la fecha, tanto para penalizar el aborto en Colombia, como para su despenalización y aquellos relacionados con la práctica de la IVE. Además, le solicitó informar cuál ha sido, en materia de política criminal, la orientación, criterios y elementos a tener en cuenta respecto de la penalización del aborto. Si bien, en oficio del 16 de diciembre del 2020, el director de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia informó que el referido Consejo, por intermedio del Observatorio de Política Criminal, elaboró un plan de acción y pautas metodológicas, con el propósito de dar alcance a la invitación de intervención elevada por esta Corte, no aportó lo solicitado por la Corte Constitucional, ni ningún otro documento, distinto al mencionado. Lo anterior, a pesar de que en el citado oficio se indicó que el citado plan había sido aprobado en las sesiones de los días 10 y 24 de noviembre de 2020 y que, en consecuencia, se habían creado tres mesas de trabajo conjunto y participativo, integradas por miembros de las 13 entidades estatales representadas en el Consejo, y los representantes de los 4 congresistas integrantes, para trabajar en 3 ejes temáticos: (i) el fenómeno de la cosa juzgada respecto de la Sentencia C-355 de 2006 y los conceptos del Consejo Superior de Política Criminal sobre las iniciativas legislativas, (ii) los cargos expuestos en la demanda y (iii) la orientación, criterios y elementos en materia político criminal, a tener en cuenta respecto de la penalización del aborto.

más pobres, que son las que sufren más embarazos no deseados y tienen que abortar en las peores condiciones de salubridad”²⁶².

324. Durante los últimos quince años, el Comité DESC, el Comité CEDAW, el Comité de Derechos Humanos y el Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, se han pronunciado sobre el aborto, en especial, al advertir los riesgos que se derivan para la salud física y mental de las mujeres y niñas, cuando debido a normas prohibitivas o sancionatorias como el artículo 122 del Código Penal aquí cuestionado, acuden a la realización de procedimientos clandestinos que representan una de las causas de mortalidad y morbilidad materna y de serias afectaciones a sus derechos.

325. El Comité DESC, que emitió la Observación No. 14 varias veces citada, en la Observación No. 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva, luego de reflexionar en torno a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos sexuales y reproductivos respecto de otros derechos humanos, indicó:

“El derecho a la salud sexual y reproductiva también es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos. Está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; a la libertad y la seguridad de la persona; a no ser sometido a tortura ni otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; la privacidad y el respeto por la vida familiar; y la no discriminación y la igualdad. Por ejemplo, la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia o la negativa a practicar abortos son causa muchas veces de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la seguridad, y, en determinadas circunstancias, pueden constituir tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes”²⁶³.

326. Así mismo, indicó que dentro de las “violaciones de la obligación de respetar”, “[c]abe mencionar como ejemplos [...] el establecimiento de obstáculos legales que impiden el acceso de las personas a los servicios de salud sexual y reproductiva, como la criminalización de las mujeres que se sometan a un aborto”²⁶⁴.

327. En igual sentido, en la Recomendación general No. 35, sobre la violencia por razón de género contra la mujer, el Comité CEDAW señaló:

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

²⁶² Comisión Asesora de Política Criminal. Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano, junio de 2012, p. 75.

²⁶³ Comité DESC. *Observación General No. 22. Relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/C.12/GC/22. 2016, párr. 10. Esta afirmación la realizó el Comité al hacer referencia al “II. Contexto” en el que se enmarcaba la observación y, en particular, a la interdependencia del derecho a la salud sexual y reproductiva “con otros derechos humanos”.

²⁶⁴ *Ibid.*, párr. 57.

razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante”²⁶⁵.

328. A partir de esta premisa, recomendó a los Estados parte derogar las disposiciones jurídicas que inducen la violencia basada en género, entre las que se encuentran expresamente aquellas que penalizan el aborto²⁶⁶.

329. Este mismo órgano, en las últimas *Observaciones* que hizo al Estado colombiano en 2019, indicó:

“De conformidad con su recomendación general núm. 24 (1999) sobre la mujer y la salud, el Comité exhorta al Estado parte a que: [...] || c) De conformidad con la sentencia C-355 de la Corte Constitucional, de 2006, apruebe una ley que legalice el aborto en los casos de violación, incesto, riesgo para la salud física o mental o la vida de la mujer embarazada y malformación grave del feto, y despenalice el aborto en todos los demás casos”²⁶⁷.

330. De manera análoga, en la Observación General No. 36, sobre el derecho a la vida²⁶⁸, el Comité de Derechos Humanos indicó que, pese a que los Estados pueden adoptar medidas para regular la IVE, estas no se pueden traducir en una violación a la vida ni a los demás derechos de las mujeres o niñas gestantes, ni deben conducir a “someterlas a sufrimientos o dolores físicos o mentales que violen el artículo 7 del PDCP, ni suponer una discriminación contra ellas o una injerencia arbitraria en su vida privada”²⁶⁹. Así, además de las causales para permitir la realización de un aborto relacionadas con la afectación a la salud física y mental, y a la violencia sexual que hayan podido padecer, señaló:

“los Estados partes no pueden regular el embarazo o el aborto en todos los demás supuestos de manera contraria a su deber de velar porque las mujeres y las niñas no tengan que recurrir a abortos peligrosos, y deberían revisar en consecuencia la legislación pertinente. Por ejemplo, no deberían adoptar medidas tales como [...] la aplicación de sanciones penales a mujeres y niñas que se sometan a un aborto, ni a los proveedores de servicios médicos que las ayuden para ello, ya que, así, las mujeres y niñas se verían obligadas a recurrir a abortos en condiciones de riesgo”²⁷⁰.

331. Sobre este aspecto, el Comité de los derechos de las personas con discapacidad, al advertir los riesgos diferenciales y más gravosos a los que se encuentran sometidas cuando deben recurrir a abortos inseguros, precisó que, “con el fin de respetar la igualdad de género y los derechos de discapacidad, de conformidad con los Convenios CEDAW y CDPD, los Estados parte deben despenalizar el aborto en todas las circunstancias y legalizarlo de una manera que respete plenamente la autonomía de las mujeres, incluidas las mujeres con

²⁶⁵ Comité CEDAW. *Recomendación general No. 35, sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general No. 19*, CEDAW/C/GC/35. 2017. Párr. 18. Esta referencia se contiene en el apartado “II. Alcance”, en el que el Comité precisa, de un lado, que la recomendación “complementa y actualiza la orientación formulada a los Estados partes en la recomendación general núm. 19 y debe leerse conjuntamente con ella” y, de otro, el sentido de la expresión “violencia por razón de género contra la mujer”.

²⁶⁶ *Ibid.*, párr 29 c) i).

²⁶⁷ Comité CEDAW. *Observaciones Finales. Colombia*. CEDAW/C/COL/CO/9. 2019. párr. 38. c).

²⁶⁸ Por la que se actualiza la Observación General No. 6.

²⁶⁹ Comité de Derechos Humanos. *Observación General No. 36 sobre el derecho a la vida*. CCPR/C/GC/36, párr. 8.

²⁷⁰ *Ibid.*

discapacidad”²⁷¹. Por ello, junto con el Comité CEDAW solicitaron a los Estados parte que “adopten un enfoque basado en los derechos humanos que proteja la elección reproductiva y la autonomía de todas las mujeres, incluidas las mujeres con discapacidad”²⁷².

332. Finalmente, el Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, se pronunció en contra de la penalización absoluta del aborto consentido, tras señalar que:

“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”²⁷³.

333. Como se observa, el deber de respeto al derecho a la salud a cargo del Estado implica, entre otras cosas, el deber de remover los obstáculos normativos que impidan el acceso a los servicios necesarios para que mujeres y niñas gocen de salud reproductiva. Una de dichas barreras la constituye la actual forma de penalización categórica y como única medida de regulación social de la compleja problemática social y de salud pública que supone el aborto con consentimiento. Esta forma de regulación, tal como lo han precisado los organismos internacionales de derechos humanos a los que se ha hecho referencia, tiene incidencia en la práctica de abortos inseguros en los que peligra la salud, integridad y vida de las mujeres, las niñas y las personas gestantes.

334. Sancionar en forma categórica y sin alternativas a quienes acceden a la interrupción voluntaria del embarazo, incluso en las primeras semanas, representa una seria injerencia del Estado en el disfrute del derecho a la salud de esta población, la cual incrementa el riesgo de abortos inseguros que ponen en peligro aquellas garantías. Dicha práctica constituye un grave problema de salubridad pública, cuyos elevados índices en Colombia y en el mundo tiene serias consecuencias sobre los derechos de las mujeres, lo que ha motivado a que múltiples organismos de protección de derechos humanos recomienden a los Estados adoptar medidas para desincentivarla, entre las que se destacan la despenalización del aborto consentido y la adopción de políticas públicas que incluyan disposiciones administrativas y sanitarias para la realización de este procedimiento en el marco de los servicios de salud reproductiva.

²⁷¹ Declaración conjunta del Comité de los derechos de las personas con discapacidad y el Comité CEDAW. *La garantía de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de todas las mujeres, en particular las mujeres con discapacidad*. Agosto 29 de 2018.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover*. A/66/254. 3 de agosto de 2011, párr.21.

335. Por las razones expuestas, la Corte constata que la penalización del aborto con consentimiento, en los términos del artículo 122 del Código Penal y en el actual contexto normativo, caracterizado por la ausencia de una política pública integral orientada a la protección de la vida en gestación y, al mismo tiempo, de los derechos y garantías de las mujeres, las niñas y las personas gestantes, entra en fuerte tensión con su derecho a la salud y con sus derechos reproductivos.

10. Análisis del segundo cargo: el derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular (artículos 13 y 93 de la Constitución, 1 de la CADH y 9 de la Convención de Belem do Pará)

10.1. Síntesis del argumento

336. La tipificación del delito de aborto consentido en el actual contexto normativo entra en fuerte tensión con el derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular por las siguientes razones:

337. La penalización del aborto con consentimiento se encuentra vigente desde el primer Código Penal de 1837, emitido poco después de la organización de Colombia como república independiente. Es decir, se reguló bajo la influencia de ideas políticas y concepciones jurídicas que no contemplaban los derechos de las mujeres y, desde entonces, se ha mantenido en el ordenamiento jurídico solo con algunas variaciones. Actualmente, salvo casos excepcionalísimos identificados por el juez constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, en el ejercicio del *ius puniendi* estatal se mantiene la política de someter a la mujer, sin ofrecer alternativas para el ejercicio de sus derechos, a una pena privativa de la libertad si decide no continuar con el proceso de gestación, penalización que impacta de manera diferente –evidentemente más desproporcionada– a las mujeres más vulnerables, entre estas aquellas en situación de migración irregular, como se evidencia de la información aportada al proceso. Según se deriva de esta información oficial, las mujeres denunciadas por el delito de aborto consentido y quienes más graves consecuencias sufren en su salud están expuestas a factores interseccionales de discriminación que las hacen aún más vulnerables. Por dichos factores interseccionales, la prohibición categórica del aborto con consentimiento, prevista en el contenido normativo objeto de control, afecta de manera particularmente grave y evidente a esta población, cuya penalización agudiza su situación de vulnerabilidad.

338. La anterior consideración es especialmente relevante, si se tiene en cuenta que son estas niñas y mujeres las que menores probabilidades de acceso tienen a los servicios estatales asociados a su salud sexual y reproductiva, bien sea educativos, relacionados con la planificación familiar o de interrupción voluntaria del embarazo en los casos previstos por la Sentencia C-355 de 2006. Además, son quienes están mayormente expuestas a la práctica de abortos clandestinos en deplorables condiciones de salubridad, lo cual las expone a una

mayor degradación de su dignidad. El efecto discriminatorio de la prohibición categórica se hace aún más evidente, si se tiene en consideración que la práctica de abortos clandestinos es una de las principales causas de mortalidad materna. Es simplemente razonable inferir que la probabilidad de muerte por la realización de este tipo de procedimientos de manera insegura aumenta de manera exponencial.

339. En este sentido, al Estado le corresponde, más que acudir *primariamente* a la penalización, promover y garantizar una política con un enfoque de género y un alcance interseccional, en el sentido de que beneficie especialmente a quienes están expuestas a más de un factor de vulnerabilidad, como son las mujeres, niñas y personas gestantes que habitan el sector rural o comunidades remotas; aquellas en condición de discapacidad; las menores de edad desescolarizadas; aquellas que se encuentran en condición de desplazamiento forzado, refugiadas, migrantes irregulares o en situación de indigencia; aquellas recluidas en instituciones o detenidas; indígenas, afrodescendientes o miembros de población Rom y aquellas que ya han tenido un embarazo y son cabeza de familia. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que la convergencia de factores estructurales de vulnerabilidad repercute en la generación de riesgos adicionales contra las mujeres y niñas, de tal manera que su combinación crea una situación de naturaleza concreta con cargas de discriminación mayores por la confluencia de tales factores.

10.2. La afectación del derecho a la igualdad por discriminación indirecta y su impacto en las mujeres más vulnerables

340. Las demandantes sostienen que las barreras estructurales de acceso al procedimiento de IVE que genera la norma demanda afectan de una manera evidentemente más desproporcionada a las mujeres y niñas en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular. Esto, advierten, contraría la obligación del Estado de garantizar el acceso a la IVE en condiciones de igualdad y sin discriminación. Para sustentar su argumento, afirman que el derecho a la igualdad contiene tanto un mandato de abstención de tratos discriminatorios –igualdad formal– como un mandato de intervención que obliga al Estado a superar las condiciones de desigualdad –igualdad material–. Además, que el artículo 13 de la Constitución Política prohíbe la discriminación indirecta, esto es, que la aplicación de normas aparentemente neutras genere consecuencias adversas y desproporcionadas sobre grupos tradicionalmente marginados o discriminados.

341. La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre este tipo de normas y, en particular, sobre aquellas que contienen previsiones discriminatorias exclusivamente basadas en el género. Por ejemplo, en la Sentencia C-754 de 2015, la Corte resolvió una demanda formulada en contra de la expresión “facultad” contenida en el artículo 23 de la Ley 1719 de 2014, con base en la cual las entidades del sistema de salud podían implementar el Protocolo y el Modelo de Atención Integral en Salud para las Víctimas de

Violencia Sexual, sin que estuvieran obligadas a hacerlo. Los demandantes sostenían, entre otras razones, que dicha expresión generaba una discriminación indirecta en contra de las mujeres, en especial de las más vulnerables, que implicaba una regresión en la garantía de su derecho a la salud, concretamente, en la obligación de adoptar e implementar protocolos dirigidos a asegurar el derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual bajo condiciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad.

342. En esa oportunidad, la Corte advirtió que el Legislador no solo tiene prohibido proferir normas que discriminen o excluyan a ciertos grupos de personas de una manera abierta y directa con el objeto de anular o reducir el reconocimiento, disfrute o ejercicio de derechos fundamentales con base en criterios sospechosos como su género, raza, condición socioeconómica, etc., sino, además, discriminarlas de manera indirecta mediante regulaciones que generen un impacto desproporcionado en la garantía de sus derechos. Al respecto, precisó que “la prohibición de discriminación directa o indirecta y el deber reforzado de protección, también se extiende a casos donde la acción u omisión del Estado se concreta en una discriminación múltiple e interseccional. Es decir, a situaciones donde una persona es sometida a mayores riesgos o desventajas por la confluencia de diferentes criterios sospechosos que agravan o añaden obstáculos en el ejercicio de un derecho fundamental”²⁷⁴.

343. Con base en lo anterior, concluyó que, aunque la disposición demandada tenía un contenido neutro, pues se refería en general a las víctimas de violencia sexual, generaba una discriminación indirecta e interseccional hacia las mujeres y, en particular, hacia las pertenecientes a grupos marginados, quienes sufrían los efectos más agudos y pronunciados de la falta de un protocolo de atención en salud en casos de violencia sexual. En consecuencia, declaró la inexecutable de la expresión demandada y, en su lugar, señaló que la adopción del referido protocolo era una “obligación” de las entidades del sistema de salud.

344. Posteriormente, en la Sentencia C-586 de 2016, que examinó la constitucionalidad del numeral 3º (parcial) del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo, que excluía a las mujeres de la realización de ciertas labores peligrosas, insalubres o que requerían grandes esfuerzos, la Corte reiteró que existe discriminación indirecta “cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, que lesionan sus derechos o limitan el goce efectivo de los mismos. En tales casos, medidas neutrales que en principio no implican factores diferenciadores entre personas, pueden producir desigualdades de facto entre unas y otras, por su efecto adverso exclusivo, constituyendo un tipo indirecto de discriminación”.

345. La sentencia explicó que esta modalidad de discriminación se compone de dos criterios: (i) la existencia de una medida o práctica que se aplica a todos

²⁷⁴ Sentencia C-754 de 2015.

de una manera aparentemente neutra, y (ii) el hecho de que esa medida o práctica pone en una situación de desventaja a un grupo de personas protegido. En tales casos, agregó, el análisis de la discriminación no se focaliza en la existencia de un trato diferencial, sino en los efectos diferenciales que genera la norma cuestionada. Esta vez, la Corte declaró inexecutable la norma demandada, argumentando, entre otras razones, que la prohibición adoptada por el legislador era innecesaria y desproporcionada y, por tanto, contraria al derecho a la igualdad.

346. De manera reciente, la Sentencia C-117 de 2018 declaró inexecutable la partida contenida en el artículo 185 de la Ley 1819 de 2016 que gravaba las toallas higiénicas y los tampones con una tarifa del 5% de IVA y, en consecuencia, ordenó incluir esos productos en el listado de bienes exentos de ese impuesto. Esta vez, la Corte advirtió que cuando se alega una discriminación contra las mujeres por una circunstancia específica, es necesario verificar: “(i) El contexto y los diferentes factores que puedan contribuir o determinar la situación; y || (ii) El impacto que tiene la medida, no solo respecto de las mujeres en general, sino desde una perspectiva interseccional, que analice las consecuencias en relación con otras posibles categorías de discriminación como la raza o el estatus socioeconómico”.

347. En el caso analizado, la Corte concluyó que gravar con IVA las toallas higiénicas y los tampones, que son productos de aseo exclusivamente femeninos, tenía un impacto desproporcionado sobre las mujeres, en particular sobre las mujeres pobres. En ese sentido, indicó que si bien la norma tributaria era aparentemente abstracta y general, solo afectaba a una porción de la población con fundamento en su género, ya que imponía una carga tributaria exclusivamente a las mujeres, lo que afectaba en mayor medida a las de escasos recursos económicos. Así las cosas, concluyó que la medida resultaba irrazonable y desproporcionada y, por tanto, era inconstitucional.

348. En suma, aunque, en ocasiones, la normas que expide el Legislador tienen apariencia de neutralidad, pues no están explícitamente dirigidas a un grupo social determinado, terminan por excluir y discriminar de manera indirecta a ciertos grupos vulnerables, sobre los cuales generan efectos diferenciados, desproporcionados o exclusivos, que obstaculizan el disfrute de sus derechos fundamentales.

10.3. El impacto de la penalización del aborto con consentimiento en las mujeres más vulnerables

349. Tal como se indicó previamente, la política de someter a la mujer, sin ofrecer alternativas para el ejercicio de sus derechos, a una pena privativa de la libertad si decide no continuar con el proceso de gestación, impacta de manera diferente –evidentemente más desproporcionada– a las mujeres más vulnerables por su condición socioeconómica, su origen rural, su edad o su situación migratoria, entre otros factores. Dicho de otra manera, si bien el tipo penal de

aborto voluntario prevé una pena privativa de la libertad para toda mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, la medida pone en una particular situación de desventaja a aquellas que, debido a su situación de vulnerabilidad, no tienen facilidades de acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, incluido el procedimiento de la IVE en las tres circunstancias que, según la Sentencia C-355 de 2006, no constituyen ese tipo penal. En efecto, de la información aportada al proceso, es posible derivar que las mujeres denunciadas por el delito de aborto consentido y quienes más graves consecuencias sufren en su salud por la práctica irregular de ese procedimiento están expuestas a factores interseccionales de discriminación que incrementan su condición de vulnerabilidad.

350. De acuerdo con las cifras sobre procesos penales por el delito de aborto consentido aportadas al proceso por Profamilia, el 75% de las condenas fueron impuestas a mujeres mayores de edad, en su mayoría en condiciones de vulnerabilidad por su origen rural, su situación de pobreza o su condición de migrantes irregulares. La información correspondiente a Bogotá, por ejemplo, revela que “el 85% de las entradas de aborto al Sistema Penal, son de mujeres pertenecientes a estratos 1, 2 y 3. Es decir, son las mujeres más vulnerables a quienes más afecta la persecución penal del delito de aborto”²⁷⁵.

351. Según el informe sobre la judicialización del aborto en Colombia, emitido por la Fiscalía General de la Nación, hasta el año 2020, el 50,93% de las mujeres denunciadas eran menores de 28 años, de las cuales el 31,7% eran menores de edad. La mayoría de las mujeres indiciadas ejercían actividades relacionadas con el hogar o servicios domésticos (34,3%), eran estudiantes (13,6%), otras se encontraban en situación de desempleo (2,75%) o de trabajo sexual (2,75%)²⁷⁶. A la vez, cuatro registros de noticias criminales por el delito de aborto hacen referencia a niñas menores de 14 años²⁷⁷, pero, de manera incomprensible, no se refieren a ellas como víctimas de violencia sexual en los términos del artículo 209 del Código Penal, que regula el delito de “[a]ctos sexuales con menor de catorce años”.

352. Adicionalmente, en el más reciente informe allegado a la Corte en el año 2021, consta que “[d]e los 5.646 procesos por el delito de aborto (art. 122) que se han registrado en los sistemas misionales de la [Fiscalía General de la Nación] desde 2006, 1.675 registran el lugar de los hechos como una zona rural y 1.611 como una zona urbana”²⁷⁸. Es decir que, de acuerdo con las cifras aportadas, se trata de una conducta que proporcionalmente tiene su mayor incidencia en las áreas rurales. Este número es especialmente acuciante si se tiene en cuenta que, de conformidad con el “censo nacional de población y vivienda 2018”, el 22.9 % de la población del país vive áreas rurales —“centros

²⁷⁵ Concepto técnico de Profamilia, en atención a la invitación hecha mediante Auto de 19 de octubre de 2020, fl. 27.

²⁷⁶ Dirección de Políticas y Estrategia. Fiscalía General de la Nación (2020). Informe sobre la judicialización del aborto en Colombia. Anexo a la intervención de la Fiscalía General de la Nación, p. 49. En relación con este último grupo, el de las personas en situación de trabajo sexual, se trata de un porcentaje alto, si se considera que el número de personas que lo integran es relativamente bajo en el país.

²⁷⁷ Ibid., p. 26.

²⁷⁸ Ibid., p. 6.

poblados” (7.1 %) y zonas “rurales dispersas” (15.8 %)–, en comparación con el 77.1 % que reside en las “cabeceras municipales” o áreas urbanas²⁷⁹.

353. La penalización del aborto con consentimiento, sin embargo, no evidencia una incidencia relevante en su disminución ni, por tanto, en una mayor protección a la vida en gestación. Por el contrario, fomenta la práctica irregular del procedimiento de la IVE, lo que da lugar a graves perjuicios para para las mujeres, niñas y personas gestantes, no solo como grupo discriminado y expuesto a múltiples factores de violencia, sino individualmente consideradas, con especial incidencia en las más vulnerables, entre ellas quienes se encuentran en situación migratoria irregular. Estas mujeres, niñas y personas gestantes afrontan un problema de salud pública que las expone a sufrir complicaciones por el procedimiento e, incluso, a perder sus vidas.

354. Sobre el particular, para el año 2012, la Comisión Asesora de Política Criminal había señalado lo siguiente:

“La penalización severa del aborto tiene consecuencias discriminatorias pues la evidencia en Colombia y en otros países muestra que las mujeres de pocos recursos económicos sufren mayoritariamente embarazos no deseados y son quienes acceden a abortos en peores condiciones. En efecto, en Colombia, según un reciente informe del Instituto Guttmacher, que desde 2009 es colaborador oficial en salud reproductiva de la OMS (Organización Mundial de la Salud), cada año, un total estimado de 132.000 mujeres sufren complicaciones que pueden ser muy riesgosas debido al aborto clandestino. Esto representa un 30% de las mujeres que abortan en esas condiciones, pero ese porcentaje llega a 53% en el caso de las mujeres rurales pobres y es menor (‘sólo’ 24%) en el caso de las mujeres de las ciudades que no son pobres”.

355. En cuanto a las complicaciones posteriores al aborto, el Ministerio de Salud ha precisado que:

“Cada año, el sistema de salud colombiano ofrece tratamiento postaborto a 93.000 mujeres [...]. En la actualidad, nueve mujeres por cada 1.000 reciben atención postaborto en instituciones de salud. La tasa más alta de tratamiento y de mayor carga en el sistema de salud ocurre en la región Pacífica, en donde cada año, 16 de cada 1000 mujeres reciben tratamiento postaborto”²⁸⁰.

356. Estos datos coinciden con otros aportados al proceso. En Colombia se registran unos 400.400 abortos clandestinos al año²⁸¹. “Las consecuencias del

²⁷⁹ Departamento Nacional de Estadística. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/files/censo2018/infografias/info-CNPC-2018total-nal-colombia.pdf>

²⁸⁰ Ministerio de Salud y Protección Social (2014). Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres colombianas pág., 28. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/SM-Determ-aborto-inseguro.pdf> [último acceso: 22 de junio de 2021].

²⁸¹ El estudio en cita corresponde al siguiente: Elena Prada, Susheela Singh, Lisa Remez y Cristina Villarreal (2011). Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias. Instituto Guttmacher. Disponible en: https://www.guttmacher.org/sites/default/files/report_pdf/embarazo-no-deseado-colombia_1.pdf [último acceso 22 de junio de 2021] A este estudio del Instituto Guttmacher se hace referencia en la iniciativa legislativa presentada por la Fiscalía General de la Nación para despenalizar parcialmente el delito de aborto (Proyecto de Ley 209 de 2016, Cámara de Representantes) y en el siguiente estudio del Ministerio de Salud y Protección Social: Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres colombianas, p. 28. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/SM-Determ-aborto-inseguro.pdf> [último acceso: 22 de junio de 2021].

aborto inseguro y clandestino se traducen en 132.000 mujeres con complicaciones que anualmente deben atenderse en el sistema de salud colombiano por eventos que podían haberse evitado”²⁸². En este último grupo de casos, el 53 % de las afectadas son mujeres de origen rural²⁸³. Este último porcentaje acredita la incidencia diferenciada que para las mujeres rurales tiene la práctica de abortos inseguros y clandestinos, en comparación con las mujeres que habitan sectores urbanos, ya que, como se indicó *supra*, solo el 22.9 % de la población del país vive en áreas rurales –“centros poblados” (7.1 %) y zonas “rurales dispersas” (15.8 %)–²⁸⁴.

357. Ahora bien, la información correspondiente a la región pacífica del país es relevante, si se tiene en cuenta que, en ella, según Profamilia, la posibilidad de acceder a servicios de salud, incluidos los servicios de salud sexual y reproductiva, es de solo el 11,7%²⁸⁵. Cabe destacar que, según datos del DANE publicados en 2018, las mujeres afrocolombianas viven en promedio 11 años menos que el resto de las mujeres y la tasa de mortalidad materna para este grupo poblacional es de 109,18 casos por cada 100.000 nacidos vivos, lo que contrasta con la tasa de 51 casos por cada 100.000 nacidos de la población en general²⁸⁶.

358. De hecho, el efecto discriminatorio de la prohibición categórica del aborto voluntario se hace aún más evidente, si se tiene en consideración que la práctica de abortos consentidos es, precisamente, una de las principales causas de mortalidad materna. En efecto, es simplemente razonable inferir que la probabilidad de muerte por la realización de este tipo de procedimientos de manera insegura aumenta de forma exponencial. Según la información reportada por el DANE, entre las afectaciones obstétricas clasificadas, el “embarazo terminado en aborto” fue la cuarta causa de defunción materna en el año 2019²⁸⁷.

359. Esta situación no es nueva. Un par de años después de emitida la Sentencia C-355 de 2006, el Ministerio de Salud calculaba 75 casos de muertes maternas por cada 100.000 nacidos vivos. Aun cuando estas cifras son de difícil estimación, según afirman expertos en la materia, se aproximan al cálculo realizado por la Organización Mundial de la Salud que, para el mismo año, estimó 85 casos por cada 100.000 nacidos vivos²⁸⁸.

²⁸² Concepto técnico de Profamilia, en atención a la invitación hecha mediante Auto de 19 de octubre de 2020, fl. 21.

²⁸³ *Ibid.*

²⁸⁴ Departamento Nacional de Estadística. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/files/censo2018/infografias/info-CNPC-2018total-nal-colombia.pdf>

²⁸⁵ *Ibid.*, fl. 33.

²⁸⁶ Intervención de Dayana Blanco Acendra y Eliana Alcalá de Ávila, directora general e investigadora de Ilex Acción Jurídica, Luz Marina Becerra, Coordinadora Mujeres Afrocolombianas Desplazadas en Resistencia La COMADRE de AFRODES, Ángela Solange Ramírez, Coordinadora de Género, La Comadre - Cali, María Fernanda Escobar Rodríguez representante Corporación Instituto Internacional de Raza, Igualdad y Derechos Humanos (Raza e Igualdad) y Ana María Valencia, presidenta de la Asociación de Economistas Negras “Mano Cambiada”.

²⁸⁷ DANE (2020). Cifras definitivas 2019 – Cifras del 1 de enero a 31 de diciembre de 2019 (publicadas el 23 de diciembre de 2020). Cuadro 7 – Defunciones maternas, por grupos de edad, según departamento de residencia y grupos de causas de defunción. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/salud/nacimientos-y-defunciones/defunciones-no-fetales/defunciones-no-fetales-2019> [último acceso: 23 de junio de 2021].

²⁸⁸ Según el Instituto Guttmacher, “Cuando el aborto es realizado por profesionales capacitados y bajo condiciones higiénicas, menos del 0.3% de los procedimientos conducen a complicaciones que requieren atención en alguna institución de salud”. Elena Prada, Susheela Singh, Lisa Remez y Cristina Villarreal (2011). Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias. Instituto Guttmacher, p. 19. Disponible en https://www.guttmacher.org/sites/default/files/report_pdf/embarazo-no-deseado-colombia_1.pdf

360. Los datos antes referidos son especialmente relevantes, si se tiene en cuenta que los abortos clandestinos que se practicaban antes del año 2006 –en específico, antes de la expedición de la Sentencia C-355 del citado año–, actualmente se siguen llevando a cabo –*ceteris paribus*, según los datos ampliamente referidos en esta providencia– y producen graves consecuencias para los derechos de las mujeres y las niñas. Así, ante la eficacia meramente formal del derecho penal, el Estado termina convirtiendo en víctima a la autora de la interrupción voluntaria del embarazo, pues sus derechos fundamentales se ven seriamente afectados.

361. En este orden de ideas, cabe recordar la recomendación de despenalización del delito de aborto voluntario que en el año 2012 –con posterioridad a la expedición de la Sentencia C-355– efectuó la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado colombiano²⁸⁹, al considerarlo un tipo penal injustificado, contrario a los estándares internacionales y a los compromisos adquiridos por Colombia. Según precisó, dicha criminalización, incluso después del año 2006, propició abortos inseguros y clandestinos, además, refirió que regímenes penales menos restrictivos tenían una relación directa con menos abortos inseguros y con menores tasas de aborto.

10.4. La actual forma de tipificación del delito de aborto consentido entra en fuerte tensión con el derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular

362. Para la Sala, de la información anterior puede inferirse que las mujeres denunciadas por el delito de aborto consentido –quienes más graves consecuencias sufren en su salud–, están expuestas a factores interseccionales de discriminación que las hacen aún más vulnerables.

363. En efecto, es posible sostener –a partir de la experiencia y la observación– que la población femenina más vulnerable es la más afectada por la sanción penal. Lo anterior, porque son las mujeres rurales, las de los estratos socioeconómicos más bajos, las mujeres migrantes, las refugiadas, las desescolarizadas y otras, seguidas por ese largo etcétera que ya fue enlistado en esta sentencia, las que menores recursos y alternativas tendrían para dar por terminado un embarazo no deseado sin que el hecho llegue al conocimiento de las autoridades penales. *Contrario sensu*, las condiciones socioeconómicas favorables pueden incidir en la impunidad de la conducta, pues gracias a aquellas es posible acceder a servicios médicos de calidad e información calificada sobre métodos abortivos o viajar al exterior para interrumpir la gestación donde la práctica no es penalizada.

364. Lo anterior, claro está, sin contar con las desventajas que la precariedad socioeconómica trae para las mujeres cuyas condiciones de vulnerabilidad les

[último acceso 22 de junio de 2021]

²⁸⁹ Comisión Asesora de Política Criminal. Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano, junio de 2012, p. 170.

ha impedido acceder a educación de calidad sobre el ejercicio responsable de sus derechos sexuales y reproductivos o para acceder a la IVE en los casos referidos en la Sentencia C-355 de 2006.

365. Es visible, a partir de estos ejemplos, que la penalización acrecienta la vulnerabilidad de quienes ya ven afectada o amenazada su dignidad humana por esa situación (de vulnerabilidad). Y el impacto no solo ya de la sanción penal, sino de la decisión de asumir la maternidad para las mujeres socioeconómicamente vulnerables, no lo reciben exclusivamente estas, como individuos, sino sus familias, que, en muchos casos, deben hacerse cargo de la alimentación, crianza y educación de un nuevo miembro de la familia, ante la disminución de la fuerza de trabajo de la mujer en la proporción de sus nuevas responsabilidades como madre.

366. Si, en atención a estas realidades, que no hace falta contrastar con estadísticas, pues, como se dijo, son evidentes a partir de la observación y la experiencia, la única respuesta del Estado es la penal, podría resultar contraria al régimen constitucional en cuanto desprotege la dignidad de las mujeres que han sido discriminadas o marginadas por la adversidad de las circunstancias.

367. Por dichos factores interseccionales, la prohibición categórica del aborto consentido, prevista en el contenido normativo objeto de control, afecta de manera particularmente grave y evidente a esta población, cuya penalización, como única medida de política pública, agudiza más su situación de vulnerabilidad.

368. La anterior consideración es especialmente relevante, si se tiene en cuenta que son estas niñas y mujeres las que menores probabilidades de acceso tienen a los servicios estatales asociados a su salud sexual y reproductiva, bien sea educativos, relacionados con la planificación familiar o de interrupción voluntaria del embarazo en los casos previstos por la Sentencia C-355 de 2006. Además, son quienes están mayormente expuestas a la práctica de abortos clandestinos en deplorables condiciones de salubridad, lo cual las expone a una mayor degradación de su dignidad.

369. En consecuencia, mantener la actual tipificación del aborto consentido y, por tanto, utilizar el derecho penal como *prima ratio*, expone a las mujeres a una de las principales causas de muerte materna, esto es, a la práctica de abortos inseguros, que pueden lesionar su integridad personal, salud y vida²⁹⁰ y que afectan de una manera más evidentemente desproporcionada a aquellas en situación de vulnerabilidad socioeconómica. Por estas razones, la Corte constata que el artículo 122 del Código Penal en el actual contexto normativo

²⁹⁰ Según el Ministerio de Salud, la mortalidad por aborto, “es la única totalmente prevenible de las causas de mortalidad materna”. Ministerio de Salud y Protección Social (2014). Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres colombianas p. 30. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/SM-Determ-aborto-inseguro.pdf> [último acceso: 22 de junio de 2021].

en que se inserta entra en fuerte tensión con el derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular.

11. Análisis del tercer cargo: la libertad de conciencia de las mujeres, las niñas y las personas gestantes, en especial, frente a la posibilidad de actuar conforme a sus convicciones en relación con su autonomía reproductiva (artículo 18 de la Constitución)

11.1. Síntesis del argumento

370. La tipificación del delito de aborto con consentimiento en el actual contexto normativo entra en fuerte tensión con la libertad de conciencia de las mujeres, niñas y personas gestantes, por las siguientes razones:

371. La potestad del Legislador en materia penal no es absoluta y sus límites se hacen más evidentes cuando la tipificación de conductas como delitos interfiere en el ejercicio de libertades intrínsecamente asociadas a la dignidad humana, entre ellas, la libertad de conciencia, disposición autónoma constitucional, en los términos del artículo 18 de la Carta.

372. Para evaluar si una persona, en abstracto, puede legítimamente actuar o abstenerse de hacerlo con el fin de preservar su sistema de convicciones y creencias, debe valorarse la importancia del bien jurídico que se quiere preservar con la penalización frente a los sacrificios que se derivan de ella. En este ejercicio, la garantía y el peso de la libertad de conciencia será mayor en tanto más intensa sea la conexión con la integridad corporal, física y emocional de la persona que alega su protección y con su dignidad humana.

373. La libertad de conciencia, en lo atinente a la decisión de procrear o de no hacerlo, y, por tanto, de asumir la maternidad o paternidad, es un asunto *personalísimo, individual e intransferible* que se corresponde con una de las dimensiones de los derechos reproductivos, concretamente, la autonomía reproductiva, respecto de la cual le está prohibido *prima facie* intervenir al Estado y a los particulares haciendo uso de la coacción o de la violencia.

374. En el caso de las mujeres, la decisión de asumir la maternidad es un asunto que las impacta de manera personalísima, porque afecta su proyecto de vida; es un asunto individual, pues tiene consecuencias físicas y emocionales sobre su propia existencia, y es intransferible, porque la autonomía de la decisión no puede ser trasladada a un tercero, salvo casos excepcionales en los que se ha provisto un previo consentimiento o existen razones sólidas para inferirlo. Es, entonces, una decisión íntima y estrechamente vinculada al sistema de valores de quien puede gestar y constituye una de las principales expresiones de la naturaleza humana, y tanto quienes deciden asumir la maternidad como quienes optan por no hacerlo ejercen su libertad y ponen en práctica su sistema individual de creencias y valores. Esta decisión, a todas luces íntima, constituye

una manifestación de la autonomía reproductiva, incluso de las parejas, ligada estrechamente al sistema de valores personales.

375. En el presente asunto, la norma demandada permite juzgar y sancionar a la mujer que, durante el embarazo, decide actuar conforme a sus juicios morales o íntimas convicciones, lo que genera una evidente tensión de relevancia constitucional con la citada libertad, ya que da lugar a la imposición de una manera específica de proceder que, en este caso, implica el deber de asumir la maternidad, aun en contra de la propia voluntad, sin que, entre otras, pondere el conocimiento de la mujer acerca de su estado ni el avance del proceso gestacional. Estas dos circunstancias son especialmente relevantes, si se tiene en cuenta que el ejercicio de esta libertad supone, de un lado, conocer el estado de embarazo para que sea posible tomar una decisión acerca de su continuidad o no y, de otro, actuar conforme al deber de protección gradual e incremental de la vida en gestación.

11.2. Caracterización constitucional de la libertad de conciencia

376. La libertad de conciencia se encuentra consagrada en el artículo 18 de la Constitución, en los siguientes términos: “Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”.

377. Esta libertad protege la autonomía de pensamiento y de acción individual, voluntaria y consciente, en contraposición a la imposición de un determinado proceder. De este modo, permite que cada persona regule su vida de acuerdo con sus creencias y convicciones, que no necesariamente con un credo, confesión o religión determinada²⁹¹. Por tanto, no protege un sistema moral determinado, o una regla objetiva de moralidad, sino que ampara el conjunto de creencias y convicciones de cada individuo, salvaguardando su propio sistema de valores y la manera en que determina sus acciones²⁹².

378. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el concepto de *conciencia* al que hace referencia la disposición constitucional en cita comprende el propio e íntimo discernimiento acerca de lo que está bien y lo que está mal; de allí que la disposición proteja el derecho a la conciencia moral, es decir, al juicio moral sobre la propia conducta²⁹³. Es por esta razón que esta libertad avala la facultad de formular juicios prácticos en relación con lo que resulta ser una acción correcta frente a un determinado evento. En otras

²⁹¹ En cuanto a la libertad religiosa, en su componente individual, esta corporación ha señalado que la persona “como un ser proyectivo, estimativo y temporal ajusta su conducta a los cánones de una determinada religión en aras de obtener la satisfacción de una vida plena, trascendente y espiritual” (Sentencia T-823 de 2002). A partir de esta idea, ha precisado que es deber del Estado “asegurar que todos los creyentes tengan la libertad de actuar según sus propias convicciones y de prohibir aquellas coacciones o impedimentos que restrinjan el compromiso asumido por ellos de conducirse según lo que profesan” (Sentencia T-823 de 2002). A pesar de la semejanza de este último deber estatal con aquellos propios de la libertad de conciencia, no implica que en todos los casos la conciencia del individuo se encuentre relacionada con un determinado credo religioso. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha precisado: “aunque la ideología adoptada por una persona, o su religión, podían determinar su conciencia, es decir su personal manera de emitir juicios morales prácticos, no por ello la libertad de conciencia se confundía con el derecho a la libertad religiosa, pues de hecho, no hacía falta estar inscrito en una religión determinada, ni en un sistema filosófico, humanístico o político, para emitir juicios prácticos en torno de lo que era correcto o incorrecto, pues las personas ateas o las agnósticas, igualmente lo hacían” (Sentencia SU-108 de 2016).

²⁹² Sentencia C-616 de 1997.

²⁹³ Sentencia T-409 de 1992.

palabras, hace referencia a la potestad de cada persona para discernir entre lo que resulta ser el bien o el mal moral en o frente a una determinada situación y, conforme a esta, guiar su conducta²⁹⁴, sin que alguna de tales determinaciones pueda ser incentivada u objeto de una intervención desproporcionada por parte del Estado o de terceros. En relación con este último aspecto, como se ha precisado por la jurisprudencia constitucional, el ejercicio de esta libertad debe realizarse siempre dentro del marco de la Constitución y de la ley y del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, de conformidad con lo dispuesto por su artículo 95, “sobre la base, implícita en todo derecho y en toda libertad, de que sus expresiones están limitadas por los derechos de los demás y por las necesidades propias del orden público, la tranquilidad, la salubridad y la seguridad colectivas”²⁹⁵.

379. Esta libertad ampara tres garantías fundamentales: en primer lugar, la de conservar las convicciones en secreto, sin que nadie pueda ser obligado o violentado para revelarlas. Por tanto, prohíbe la intromisión estatal y de particulares en el fuero individual y, salvo que se cuente con la voluntad expresa del titular, no es posible acceder a sus pensamientos. En segundo lugar, una vez los pensamientos se expresan o comunican, la garantía se extiende a no ser presionado o molestado por la manifestación de dichas convicciones. Por último, ampara la prerrogativa de no ser obligado a actuar en contra de sus íntimas convicciones personales, de donde se ha derivado la objeción de conciencia.

380. Igualmente, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, esta libertad se ejerce de modo individual, es una prerrogativa personal o, mejor, es la regla subjetiva de moralidad que rige a una persona, al margen e incluso en contra de los usos y convenciones sociales en las que esté inmersa²⁹⁶.

381. A partir de lo dicho, la configuración tripartita de pensamiento, manifestación y comportamiento, que caracterizan a la libertad de conciencia es fundamental no solo para el desarrollo individual, sino también para la interacción e integración social. En relación con este último aspecto es importante hacer referencia a la importancia que la jurisprudencia constitucional le ha reconocido a esta libertad para edificar el carácter democrático, participativo y plural del Estado colombiano²⁹⁷. Así, ha indicado que la fórmula pluralista que caracteriza a la democracia se manifiesta en tres dimensiones: “(i) la diversidad que se admite y promueve (art. 7º CP.); (ii) las

²⁹⁴ Sentencia C-616 de 1997.

²⁹⁵ Sentencia T-409 de 1992.

²⁹⁶ Tanto en procesos de control abstracto como en procesos de control concreto de constitucionalidad, la Corte ha reiterado su caracterización acerca de esta libertad. En la Sentencia C-616 de 1997 precisó: “la libertad de conciencia tiene por objeto la facultad de cada persona de ‘discernir entre lo que resulta ser el bien o el mal moral, pero en relación con lo que concretamente, en determinada situación, debemos hacer o no hacer’”. En la Sentencia T-353 de 2018 indicó que, “no hace falta estar inscrito en una religión determinada [...] para emitir juicios prácticos en torno de lo que es correcto o incorrecto. Las personas ateas o las agnósticas, igualmente lo hacen, toda vez que la libertad de conciencia es un predicado necesario de la dimensión libre propia de la naturaleza humana, que le permite al hombre autodeterminarse conforme a sus finalidades racionales”. En este sentido, en la Sentencia SU-108 de 2016 precisó que la libertad de conciencia “debe interpretarse mucho más allá del simple ámbito de las valoraciones religiosas o de las creencias. Es más: debe partir de cualquier consideración que la persona estime válida y legítima dentro de su sistema de principios y valores”. Finalmente, ha advertido que la libertad de conciencia no es sinónima de libertad de pensamiento o de libertad religiosa, no solo debido al contenido propio y autónomo de cada una, sino también porque la primera se ejerce siempre de modo individual, mientras que las otras dos libertades tienen una dimensión individual y otra colectiva o institucional (Cfr., las sentencias C-616 de 1997 y C-346 de 2019).

²⁹⁷ Sentencia SU-108 de 2016.

distintas aspiraciones y valoraciones²⁹⁸ que se aprecian de modo positivo, de manera especial, la libertad religiosa²⁹⁹, de conciencia y pensamiento³⁰⁰ así como la libertad de expresión³⁰¹ y (iii) los cauces jurídicos, políticos y sociales que servirán para dirimir los posibles conflictos que se presenten en virtud de las diferentes concepciones³⁰².

11.3. La coerción derivada de las normas penales puede incidir de manera intensa en la libertad de conciencia

382. La libertad de conciencia garantiza un primer ámbito de intangibilidad en el cual su titular puede configurar y acoger un sistema propio de convicciones y creencias que pueden ser tan íntimas y privadas como lo desee, el cual nadie tiene derecho a conocer o a interferir, a menos que su titular consienta en ello.

383. El segundo ámbito de protección de esta libertad implica que, en relación con el sistema propio de convicciones y creencias, su titular no puede ser molestado. Esto no significa que el Estado no pueda establecer limitaciones asociadas a la libertad de expresión, difusión y comunicación pública de los pensamientos y opiniones (artículo 20 CP). En todo caso, asume dos deberes para su garantía: uno positivo, asociado al deber de proteger a quienes han divulgado total o parcialmente sus convicciones y creencias, y otro negativo, referido a la obligación de abstenerse de ejecutar acciones encaminadas a modificarlas.

384. El tercer ámbito que protege esta libertad se relaciona con la garantía individual de no actuar en contra del sistema de valores y creencias propio. Esta faceta está asociada, en particular, a la objeción de conciencia y encuentra su punto crítico cuando su ejercicio interfiere con otros bienes jurídicos –derechos, principios y valores–, ya que entra en tensión con la propia integridad, física o espiritual, de quien se ve en el dilema de actuar o no en contra de su conciencia. Como límite a la acción estatal, la objeción de conciencia ha sido objeto de análisis por parte de la jurisprudencia constitucional. De manera reciente, en la Sentencia C-370 de 2019, la Corte reiteró:

“la objeción de conciencia, en general, es un derecho autónomo y nominado en el apartado final del artículo 18 de la Constitución que reza que las personas tienen derecho a no ser obligadas a actuar contra su conciencia. || Esta posibilidad de objetar conciencia no es absoluta, puede ser legítimamente limitada por el Legislador, siempre y cuando respete el principio de proporcionalidad y las limitaciones no sean en exceso restrictivas como para hacer nugatorio este

²⁹⁸ “La aspiración de una norma constitucional como la de 1991 es obtener, en la medida de lo jurídico, fáctico y económicamente posible, la plena realización de los valores y principios consagrados en el preámbulo: El pueblo de Colombia || en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz (...)”.

²⁹⁹ “Artículo 19. Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. || Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley”.

³⁰⁰ “Artículo 18. Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”.

³⁰¹ “Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. || Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.

³⁰² Sentencia T-388 de 2009.

derecho, pero tampoco sean demasiado amplias como para desconocer el principio de igualdad ante la ley y las necesidades que se quieran satisfacer, en la medida que los bienes jurídicos que se pretenden proteger con la obligación tengan respaldo constitucional o legal”³⁰³.

385. Dada la íntima relación que tiene la objeción de conciencia con el sistema propio de convicciones y creencias, su ejercicio puede fundarse en motivos religiosos, morales, éticos, humanitarios o de índole similar. No obstante, es posible que el Legislador establezca restricciones a este derecho, siempre que sean razonables y proporcionadas³⁰⁴; en otras palabras, es posible limitar la procedencia de la objeción de conciencia a ciertas creencias, siempre que resulte necesario para resguardar un bien jurídico superior³⁰⁵. Esto significa, entonces, que el principio general es que, ante el silencio del Legislador en relación con las características de las creencias, cualquier convicción profunda que se oponga al bien jurídico garantizado por la norma que establece un deber jurídico, de hacer o de abstenerse de actuar, puede ser aducida para excusarse de su cumplimiento. La objeción de conciencia, sin embargo, no puede ser alegada por autoridades judiciales y notarios en el cumplimiento de funciones públicas o, en algunos casos, por médicos en casos de interrupción voluntaria del embarazo, entre otros eventos³⁰⁶.

386. Como regla de principio, entonces, el Legislador puede interferir en el alcance de la libertad de conciencia por medio de normas penales en aquellas situaciones en las que la intervención en las convicciones íntimas y morales de la persona no sea tan intensa que las desconozca. Es por esto por lo que la facultad punitiva del Estado no es absoluta; de hecho, es excepcional, en atención al carácter de *ultima ratio* que la caracteriza.

387. Esta caracterización es relevante, ya que las normas penales pueden dar lugar a una coerción tal que determine la conducta de las personas, aun en contra de su conciencia. Esto es así, ya que en ellas se manifiesta la capacidad de ordenar el comportamiento social por medio de reglas con fuerza de ley y cuyo incumplimiento o realización acarrea una sanción que restringe un amplio abanico de derechos fundamentales, en especial los derechos de libertad.

388. Dichas disposiciones dan cuenta de un ideal de sociedad adoptado por quienes gozan de la autorización constitucional para establecerlas por vía legal y, en la generalidad de casos, plasman y son reflejo de la moral social o pública que resulta mayoritariamente aceptada. Casi siempre suelen estar vigentes en tanto gocen de dicho respaldo; de lo contrario, al tomar distancia del citado estándar, terminan siendo expulsadas del ordenamiento jurídico, como ocurrió, entre otros, con los delitos de estupro, bigamia y adulterio³⁰⁷. Esto es así, ya que

³⁰³ Sentencia C-370 de 2019.

³⁰⁴ Cfr., al respecto, las sentencias C-370 de 2019 y SU-108 de 2016.

³⁰⁵ Cfr., la Sentencia C-370 de 2019.

³⁰⁶ En el caso de médicos, cfr., las sentencias T-209 de 2008, T-388 de 2009 y SU-096 de 2018. En el caso de los funcionarios judiciales, cfr., la Sentencia T-388 de 2009. La Corte se ha referido ampliamente a esta garantía en el caso del servicio militar obligatorio, cfr., al respecto, la Sentencia SU-106 de 2018.

³⁰⁷ A estos se hace referencia de forma más detallada en el estudio del cargo relativo al presunto desconocimiento de la finalidad constitucional de prevención general de la pena y la característica constitucional adscrita al derecho penal como mecanismo de *ultima ratio*. En todo caso, es importante resaltar la interdependencia que algunos tipos penales tienen con otras normas del ordenamiento. Este era el

el sistema de valores y creencias de la población, en general, y de la ciudadanía, en particular, cambia a lo largo del tiempo por diferentes influjos.

389. Dentro de las normas de orden público, aquellas que contemplan los tipos penales se caracterizan fundamentalmente por establecer un castigo derivado de la realización de una determinada conducta. La sanción penal que contienen por incurrir en un comportamiento incide, si bien de una forma no absoluta, en un cambio en las conductas públicas de las personas. De allí la finalidad de prevención general de las penas.

390. Por tanto, uno de los factores que afecta el proceso de toma de decisión sobre la realización de ciertas acciones tiene que ver con la posibilidad de ser castigado o sancionado penal y socialmente. Esto, pese a que la propia normativa legal permite que no en todos los casos en los que se incurra en una conducta típica se genere una sanción, y que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, deban ser valoradas por la autoridad judicial competente en cada caso.

391. Por esta especial afectación a la autonomía, el juicio de constitucionalidad respecto de los tipos penales generales, impersonales y abstractos, debe realizarse de una manera más estricta y rigurosa cuando interfieren en el ejercicio de libertades intrínsecamente asociadas a la dignidad humana, en especial cuando aquellos implican coerción sobre convicciones íntimas y personales que gozan de protección constitucional.

392. Si la conducta penalizada no fuera excepcional, sino practicada de forma masiva y general, la respuesta penal como única medida no sería compatible con la exigencia de último recurso o *ultima ratio* del derecho penal, al suponer una restricción desproporcionada a la dignidad de las personas, tal como se deriva de lo dispuesto por el preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Constitución³⁰⁸. En este supuesto, más que un problema delincencial, se estaría

caso del delito de adulterio, que se tipificaba en el Código Penal de 1890 (y que fue derogado con la entrada en vigencia del Código Penal de 1936), y la causal de nulidad del matrimonio celebrado “entre la mujer adúltera y su cómplice” que se regulaba en el numeral 7 del artículo 140 del Código Civil. Este último artículo estipulaba la siguiente causal de nulidad del matrimonio: “Causales de nulidad. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes: [...] 7. Cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado, en juicio, probado el adulterio”. Esta disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-082 de 1999. Para la corporación, la norma suponía “una injerencia indebida en el ámbito de la libertad individual”; según precisó, tal causal podría tener alguna función “cuando el adulterio era penalizado” (en vigencia del Código Penal de 1890, artículo 712, que sancionaba con pena de prisión a la “mujer casada” que cometiera adulterio, “por el tiempo que quiera el marido, con tal que no pase de cuatro años”). Sin embargo, como bien lo precisó la Corte, “a la luz de la Carta de 1991, no es razonable desestimar u obstaculizar la decisión del sujeto respecto a su unión marital y mucho menos hacerlo en razón del sexo al que pertenece”.

³⁰⁸ En este sentido, de manera reciente, la Sala Plena reiteró la inescindible relación que se predica entre la dignidad humana y el carácter de *ultima ratio* del derecho penal: “el ejercicio del *ius puniendi* se considera uno de los ámbitos extremos del poder estatal para la regulación de la vida social, razón por la cual suele denominarse el último recurso (o la *ultima ratio*). Ese carácter marginal que debería tener el derecho penal se debe a su capacidad para interferir intensamente en el derecho fundamental a la libertad personal y para afectar otros, debido a las condiciones de cumplimiento de la pena para la persona, razón por la cual aquella característica adscrita al *ius puniendi* estatal encuentre su fundamento y límite en la dignidad de la persona humana” (Sentencia C-233 de 2021). Igualmente, en la Sentencia C-294 de 2021 se resalta no solo el carácter definitorio de la Constitución de la cláusula de “dignidad humana”, adscrita al modelo de Estado Social de Derecho, sino su relevancia práctica como parámetro de control constitucional y eje axial fundamental: “el Estado Social de Derecho fundado en la dignidad humana como eje axial de la Constitución, supone la adopción de normas más favorables a la efectiva garantía y respeto de los derechos fundamentales de las personas; así como, la abstención de adoptar cambios normativos que impliquen su desconocimiento o regresión de las medidas previstas para su goce y ejercicio pleno. Así, estos mínimos valores consagrados en la Carta reconocen la naturaleza moral, universal, irreversible e inderogable de la naturaleza y dignidad humana. || Los principios y valores constitucionales coinciden del mismo modo con diversos instrumentos internacionales ratificados por Colombia como el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 5, 6 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales reafirman el carácter universal e indivisible de la dignidad humana y el reconocimiento de toda persona como un ser racional con capacidad de definir su identidad individual y fijar un propio plan de vida de acuerdo con sus experiencias. Lo anterior ha derivado en normas imperativas del derecho internacional como la prohibición de la esclavitud, la tortura y los tratos crueles inhumanos y degradantes”.

en presencia de un problema cultural que debe ser resuelto mediante una combinación de estrategias en las que la apuesta por la educación resulta fundamental.

11.4. La actual forma de tipificación del delito de aborto consentido entra en fuerte tensión con la libertad de conciencia de las mujeres, niñas y personas gestantes

393. Sin perjuicio de la cláusula de que trata el artículo 42, inciso noveno, de la Constitución³⁰⁹, la decisión de asumir la maternidad o de no hacerlo es un asunto personalísimo, individual e intransferible. Como se mencionó en el análisis del cargo sobre la vulneración del derecho a la salud, se corresponde con una de las dimensiones de los derechos reproductivos, concretamente, con la autonomía reproductiva, respecto de la cual *prima facie* le está prohibido intervenir al Estado o a los particulares. Como lo advirtió la Corte en la Sentencia C-355 de 2006, cuando tal interferencia se fundamenta en el ejercicio de la violencia o la coerción, encuentra una prohibición categórica:

“Cabe recordar nuevamente, que el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva, por su parte, tiene una clara perspectiva de género y se desprende de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Implica el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin discriminación, coacciones o violencia, en esa medida guarda estrecha relación con el derecho a la integridad personal”³¹⁰.

394. La decisión de asumir la maternidad, en consecuencia, es (i) personalísima, porque impacta el proyecto de vida de la mujer, niña, adolescente o persona gestante que decide continuar y llevar a término un embarazo, no solo durante el periodo de gestación, sino más allá de él; (ii) individual, por el impacto físico y emocional que supone el desarrollo de la gestación en su experiencia vital y su propia existencia, e (iii) intransferible, porque la autonomía de la decisión de asumir la maternidad no puede ser trasladada a un tercero, salvo casos excepcionales en los que se haya previsto un previo consentimiento o existan razones sólidas para inferirlo. De este modo, se comprende que esta sea una decisión no susceptible de apropiación por parte del Estado o de otros particulares³¹¹, sin perjuicio del deber constitucional de protección gradual e incremental de la vida en gestación cuyo cumplimiento compromete no sólo al Estado y a la sociedad, sino a las personas, en general, incluso a las mujeres, niñas y personas gestantes.

³⁰⁹ De conformidad con esta, “[l]a pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”.

³¹⁰ Sentencia C-355 de 2006.

³¹¹ En relación con esta caracterización, es ilustrativa la siguiente idea de la Corte Suprema de Canadá, referida al estudiar la imposición de sanciones por la interrupción voluntaria del embarazo: “la eliminación del poder de decisión no solo amenaza a las mujeres en un sentido físico; la indecisión de saber si se concederá un aborto inflige estrés emocional. El artículo 251 claramente interfiere en la integridad corporal de la mujer tanto en sentido físico como emocional. Obligar a una mujer, bajo la amenaza de una sanción penal, a llevar un feto a término a menos que cumpla ciertos criterios no relacionados con sus propias prioridades y aspiraciones, es una profunda injerencia en el cuerpo de la mujer y, por tanto, una violación de la seguridad de la persona”. Caso *Morgentaler vs. The Queen* (1998), págs. 56-57.

395. Como se advierte, la decisión de asumir o no la maternidad es un asunto íntimo y estrechamente vinculado al sistema de valores personales y de convicciones éticas y religiosas de quien puede gestar y constituye una de las principales expresiones de la naturaleza humana, y tanto quienes deciden hacerlo como quienes no lo hacen ejercen su libertad sexual y reproductiva y en ella ponen en práctica su sistema individual de creencias y valores.

396. La importancia de esta relación tiene que ver con la intensidad en la que puede ser afectado el proyecto de vida personal, que tiene incidencia en el tipo de relaciones humanas, sociales, culturales y jurídicas, que se perfeccionarán a partir del nacimiento, muchas de ellas de carácter indefinido. El impacto de estas relaciones, que pueden caracterizarse en privilegios, derechos, cargas y obligaciones de diferente tipo, y que deben ser asumidas en primer lugar por quien decide asumir la maternidad, implica el respeto pleno a su fuero individual y a su decisión personal. De hecho, tal la decisión tiene múltiples y profundas implicaciones personales, familiares, sociales, culturales y religiosas. Es por esta razón que las consecuencias de una decisión tan determinante en la vida de una persona solo pueden ser sopesadas de manera individual por la persona que se encuentra en esta específica situación, porque es precisamente ella quien asumirá primeramente sus efectos³¹².

397. En este punto, que el Estado coaccione de manera categórica a una mujer, niña, adolescente o persona gestante, para que lleve un embarazo a término so pena de incurrir en un delito y, eventualmente, aplicarle una sanción, da lugar a una evidente tensión constitucional con la finalidad imperiosa que pretende proteger la norma demandada.

398. De este modo, más allá de los tres eventos en los que la Corte Constitucional, de manera general y abstracta, estableció que su sanción es inconstitucional, se observa que existen casos adicionales en los que la tipificación genérica y absoluta del aborto consentido, contenida en el artículo 122 del Código Penal, sin alternativas para el ejercicio de la libertad de conciencia, resulta excesiva y supraincluyente, por la intensidad de la afectación a dicha libertad protegida por el artículo 18 de la Constitución.

399. Esta tensión es evidente, ya que la norma que se demanda implica una imposición estatal de una decisión no necesariamente compartida y que puede atentar contra las íntimas y profundas convicciones de la mujer, niña, adolescente o persona gestante, incluso de las parejas, y sustituye en parte su derecho a elegir cómo quieren vivir y definir su plan de vida. En últimas, restringe, con aquellos caracteres –exceso y suprainclusión–, la potestad de estas personas para discernir entre lo que resulta ser el bien o el mal moral en o frente a la decisión de continuar o no con el embarazo, a partir de una

³¹² Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, en el caso *Planned Parenthood vs. Casey* (1992), insistió en que el “sufrimiento” que asumen las mujeres al tomar este tipo de decisiones “es demasiado íntimo y personal como para que el Estado insista, sin más, en su propia visión del papel de la mujer, por muy dominante que haya sido esa visión en el curso de nuestra historia y en el de nuestra sociedad. El destino de la mujer debe estar determinado en gran medida por su propia concepción de los imperativos espirituales y de su lugar en la sociedad” (pág. 852).

imposición estatal que no pondera el conocimiento de la mujer acerca de su estado ni el avance del proceso gestacional ni, mucho menos, que la protección de la vida en gestación es un deber de cumplimiento gradual e incremental.

12. Análisis del cuarto cargo: la finalidad preventiva de la pena y las exigencias constitucionales adscritas al carácter de *ultima ratio* del derecho penal (preámbulo y artículos 1 y 2 de la Constitución)

12.1. Síntesis del argumento

400. La actual forma de tipificación del delito de aborto consentido en el contexto normativo en que se inserta entra en fuerte tensión con la finalidad constitucional de prevención general de la pena y la característica constitucional adscrita al derecho penal como mecanismo de último recurso o *ultima ratio*, por las siguientes razones:

401. La política criminal encuentra límites formales y materiales de carácter constitucional que se derivan de las prescripciones del preámbulo y de los artículos 1 y 2 de la Carta, en cuanto erigen a la dignidad humana como fundamento del Estado y a la protección de los derechos de las personas como su finalidad esencial, de allí que se trate de dos mandatos vinculantes en el ejercicio de las competencias de las autoridades, entre ellas, el Legislador, al tipificar los delitos.

402. La función preventiva del poder punitivo del Estado constituye un “estándar constitucional mínimo que debe cumplir la política criminal colombiana para respetar los derechos humanos y constitucionales”³¹³. De esta manera, en caso de que se resuelva adoptar medidas penales, su idoneidad debe estar fundamentada en que permitan proteger de manera eficaz los bienes jurídicos amparados y disuadir a las personas de incurrir en las conductas que reprochan –finalidad de prevención general de la pena³¹⁴–.

403. A pesar de que el artículo 122 del Código Penal persigue una finalidad constitucional imperiosa, que consiste en proteger la vida en gestación –bien jurídico que ampara la disposición–, la actual forma de tipificación del delito de aborto consentido no es adecuada para la consecución de los fines de la pena ya que, a pesar de que el tipo penal busca realizar aquel imperativo constitucional, no resulta claro que esta forma de penalización sea efectivamente conducente –esto es, idónea– para la consecución de aquellos fines, en particular el de prevención general, como sí es evidente la intensa afectación que produce en los derechos a la salud y los derechos reproductivos, la igualdad y la libertad de conciencia a que se ha hecho referencia. En otros términos, no es claro que la penalización del aborto con consentimiento resulte efectivamente conducente para proteger la vida en gestación, si se tiene en cuenta su poca incidencia en el cumplimiento de la finalidad de prevención general de la pena adscrita a su

³¹³ Sentencia T-762 de 2015, que declaró el Estado de Cosas Inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario del país. Cfr., en relación con este aspecto, de manera reciente, la Sentencia C-294 de 2021.

³¹⁴ Cfr., en lo pertinente, la Sentencia T-275 de 2017, reiterada en la Sentencia C-407 de 2020.

tipificación. De allí la evidente tensión constitucional que se presenta entre la disposición demandada y la finalidad preventiva de la pena.

404. El carácter subsidiario, fragmentario o de último recurso, de las sanciones penales exige que, antes de acudir al poder punitivo del Estado, se recurra “a otros controles menos gravosos”³¹⁵; por tanto, en caso de existir “otros medios preventivos igualmente idóneos, y menos restrictivos de la libertad”³¹⁶, la intervención penal debe ser el último recurso³¹⁷. En el presente asunto, si bien la disposición demandada pretende realizar una finalidad constitucional imperiosa, cual es proteger la vida en gestación, efectúa un uso *prima ratio* del derecho penal que evidentemente entra en tensión con la característica constitucional adscrita al derecho penal como mecanismo de *ultima ratio*, por cuatro razones.

405. La primera razón se asocia con la omisión del Legislador de regular de manera positiva e integral la compleja problemática social, de relevancia constitucional, que supone el aborto consentido, y no únicamente mediante el recurso al derecho penal. La forma de regulación actual de esta problemática social, en los términos exclusivos del artículo 122 del Código Penal, ha supuesto una omisión del ejercicio democrático en uno de los temas más sensibles para la sociedad colombiana, lo cual resulta incompatible con un ejercicio constitucional adecuado del derecho penal como último recurso.

406. La segunda razón tiene que ver con la mayor exigencia de regulación a cargo del Legislador con posterioridad a la expedición de la Sentencia C-355 de 2006, cuya sistemática omisión ha sido evidenciada de manera trágica por la jurisprudencia constitucional en la revisión de casos concretos.

407. La tercera razón tiene que ver con dos circunstancias constitucionalmente relevantes que exigían una regulación integral de esta problemática por parte del Legislador, que no exclusivamente por la vía penal: (i) la dignidad humana, como criterio material que explica el carácter de *ultima ratio* del derecho penal y (ii) que la tipificación de la conducta se fundamenta en un criterio *sospechoso* de discriminación: el sexo.

408. La cuarta razón tiene que ver con la existencia de mecanismos alternativos menos lesivos de los derechos a la salud, reproductivos, igualdad y libertad de conciencia que, al mismo tiempo, protejan en forma gradual e incremental la vida en gestación, que aquel que brinda la penalización categórica del aborto como la contemplada en la disposición demandada.

12.2. La competencia legislativa para tipificar qué conductas constituyen delitos y cuáles deben ser las penas aplicables, encuentra límites formales y materiales de carácter constitucional

³¹⁵ Cita en la Sentencia C-742 de 2012.

³¹⁶ Sentencia C-070 de 1996.

³¹⁷ Cfr., en particular, las Sentencias C-897 de 2005 y C-575 de 2009, ambas reiteradas en la Sentencia C-233 de 2019.

409. La política criminal comprende el conjunto de respuestas que el “Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”³¹⁸. Uno de los medios para su concreción lo constituye el ejercicio de la competencia legislativa para tipificar qué conductas constituyen delitos y cuáles deben ser las penas aplicables, como medidas idóneas, necesarias y proporcionales, para proteger determinados bienes jurídicos.

410. Tal competencia, sin embargo, como ya se dijo, encuentra *límites formales y materiales* de carácter constitucional.

411. *Los límites formales* se asocian, en particular, a las exigencias que se derivan del principio de legalidad³¹⁹, según el cual, los delitos y las penas no solo deben estar previamente determinados por el Legislador³²⁰ –reserva legal como expresión del principio democrático–, sino que deben serlo de manera inequívoca³²¹, clara, específica y precisa³²².

412. *Los límites materiales* se asocian al ejercicio necesario del *ius puniendi*, ligado al concepto de *ultima ratio* del derecho penal³²³, tendiente al cumplimiento de las funciones o fines de la pena³²⁴ y a su ejercicio proporcional³²⁵. Como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, cuando se acude al derecho penal, que debe ser el último recurso, se exige que, para definir los delitos y las penas, el Legislador debe garantizar que “la respuesta penal no sea un recurso contingente que el poder político utiliza a discreción, sin debate”³²⁶. De allí que el empleo de esta disciplina jurídica presuponga acudir, de ser posible, a “otros controles menos gravosos existentes”³²⁷, que sean “igualmente idóneos, y menos restrictivos de la libertad”³²⁸.

³¹⁸ Sentencia C-646 de 2001, reiterada, entre otras, en las sentencias C-936 de 2010 y C-224 de 2017. Como lo precisó de manera reciente la Sala Plena: “La política criminal y penitenciaria es uno de los temas que no escapa de la órbita de los principios constitucionales esenciales. La Corte en la sentencia C-038 de 1995³¹⁸ reconoció que con la Constitución de 1991 se configuró una constitucionalización del derecho penal que impuso límites al legislador para su facultad de regulación, toda vez que ‘la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados – particularmente en el campo de los derechos fundamentales – que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance’.”³¹⁸ Con base en ello, el modelo del Estado Social de Derecho y el principio de la dignidad humana imponen límites al poder punitivo del Estado” (Sentencia C-294 de 2021).

³¹⁹ Según dispone la primera parte del artículo 6 constitucional, “Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”.

³²⁰ En los términos del artículo 29, inciso 2°, de la Constitución, “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”.

³²¹ Este vocablo fue especialmente considerado en una de las propuestas que sirvió para determinar el contenido definitivo del artículo 29 de la Constitución. En el informe No. 1 de la Secretaría de la Comisión IV, *De justicia*, de la Asamblea Nacional Constituyente se hizo referencia a que uno de los “principios mínimos de derecho penal” debía ser el siguiente: “2– Las leyes penales deben describir conductas punibles de manera precisa e inequívoca, sin dejar duda sobre la prohibición o el deber de actuar”. Gaceta constitucional No. 74 del 15 de mayo de 1991, p. 9.

³²² Cfr., entre otras, las sentencias C-559 de 1999, C-843 de 1999, C-739 de 2000, C-1164 de 2000, C-205 de 2003, C-897 de 2005, C-742 de 2012, C-181 de 2016 y C-093 de 2021.

³²³ Cfr., entre otras, en particular, las Sentencias C-542 de 1993, C-070 de 1996, C-559 de 1999, C-468 de 2009, C-742 de 2012 y C-407 de 2020.

³²⁴ Cfr., en particular, las Sentencias C-646 de 2001, C-226 de 2002, C-335 de 2006, C-936 de 2010, C-224 de 2017 y C-407 de 2020.

³²⁵ Cfr., en especial, entre otras, las Sentencias C-070 de 1996, C-468 de 2009, C-488 de 2009, C-742 de 2012, C-108 de 2017 y C-233 de 2021.

³²⁶ Sentencia C-559 de 1999.

³²⁷ Sentencia C-742 de 2012.

³²⁸ Sentencia C-070 de 1996. De manera reciente, para analizar esta característica constitucional adscrita al *ius puniendi* estatal, aplicada al caso del homicidio por piedad, en la Sentencia C-233 de 2021, la Sala precisó: “378. La doble dimensión del problema jurídico es trascendental a la luz del principio de *necesidad* o *ultima ratio* del derecho penal, de acuerdo con el cual, si bien el Legislador cuenta con la facultad de configurar el derecho penal, establecer los bienes protegidos, crear los tipos penales, al igual que las causales de justificación de las conductas en el seno del proceso democrático, no debe acudir a la herramienta que afecta con mayor intensidad la libertad personal para enfrentar conductas que no causan un daño o son incompatibles con la noción de dignidad humana, fundamento y límite de aquella

413. Lo anterior, se debe a que la dignidad humana –a que se refiere el artículo 1 de la Carta³²⁹ y los demás valores, principios y derechos fundamentales –de que tratan el preámbulo y el artículo 2 de la Constitución–, son límites sustantivos del *ius puniendi*, constituyen un parámetro teleológico de racionalización de su ejercicio³³⁰ y, por tanto, castigar un comportamiento con una sanción penal sin que el Legislador valore y pondere la afectación que tiene respecto de aquellos, puede desconocerlo³³¹. De lo dicho se sigue que el derecho penal no puede tornarse en el mecanismo *prima ratio* de la política criminal. En el Estado Social de Derecho, “sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento”³³².

414. Aplicar el criterio de *ultima ratio* en la tipificación de los delitos implica considerar que, en tanto “los tipos penales son comportamientos humanos [...] (mandato de determinación)”³³³, establecer que una conducta sea susceptible de sanción penal y, por tanto, deba ser reprimida mediante la limitación de la libertad no puede ser sino la excepción. Este mandato proscribido que la penalización sea la alternativa general y primera para proteger intereses jurídicos relevantes³³⁴ –bienes jurídicos³³⁵– y, en virtud de la prohibición de exceso, además, la clasificación de conductas como delitos debe recaer únicamente sobre aquellas que constituyan los ataques más graves contra estos³³⁶, se reitera, siempre que no sea posible acudir a “otros controles menos gravosos”³³⁷, que sean “igualmente idóneos, y menos restrictivos de la libertad”³³⁸.

415. Solo de esta manera el ejercicio del poder punitivo es compatible con la dignidad humana y los demás valores, principios y derechos fundamentales –de

característica adscrita al *ius puniendi* estatal. || 379. En efecto, el derecho penal, en tanto *ultima ratio*, no puede ocuparse de todas las relaciones o situaciones jurídicas que surgen entre los particulares; en contraste, los derechos fundamentales tienen un carácter expansivo y, por tanto, sólo pueden limitarse para alcanzar fines constitucionales, a través de medios proporcionales”.

³²⁹ Cfr., en particular, las sentencias C-407 de 2020, C-233 de 2021 y C-294 de 2021.

³³⁰ Cfr., al respecto, lo señalado en la Sentencia C-468 de 2009.

³³¹ Como lo señaló la Sala de manera reciente en la Sentencia C-294 de 2021: “En suma, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho fundado en la dignidad humana, la política criminal debe obedecer a unos valores mínimos, toda vez que aquel postulado tiene como principios esenciales la dignidad humana y la libertad de la persona. De tal forma, el poder punitivo que tiene el Estado debe ser ejercido con criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad. A la vez, las penas que se imponen como consecuencia de una conducta delictiva previamente establecida en la ley deben tener fines de prevención –general y particular– y de resocialización”.

³³² Sentencia C-070 de 1996. Como se precisa en la Sentencia C-542 de 1993, “la organización social sólo se justifica cuando se la considera un medio al servicio del [ser humano], fin en sí mismo”; es por esto que, tal como lo precisó la Corte en la Sentencia C-292 de 1997, en virtud de la prohibición de exceso –dada la intensa afectación que para la dignidad y la libertad supone el ejercicio del derecho penal como medio de control social–, solo las conductas más graves que lesionan los bienes jurídicos pueden ser susceptibles de sanciones penales. Lo contrario implica una limitación arbitraria de la libertad, al carecer de justificación constitucional; de allí que acudir al derecho penal para incentivar una concepción perfeccionista de la persona se encuentre constitucionalmente vedado.

³³³ Sentencia C-407 de 2020.

³³⁴ Cfr., en este sentido la Sentencia C-292 de 1997 y el informe final “Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano” de junio de 2012, de la Comisión Asesora de Política Criminal, p. 64.

³³⁵ Los *bienes jurídicos* que pretende proteger el derecho penal no pueden equipararse, constitucionalmente hablando, al valor abstracto o estatus que la Constitución les asigna a ciertos derechos constitucionales –individuales y colectivos, salvo que estos sean el objeto específico de protección por el derecho penal–, si se tiene en cuenta que los primeros son el objeto propio del derecho penal, mientras que los segundos lo son del derecho constitucional. De esta forma, la relación entre ellos es de grado, de allí que los primeros se encuentren mediáticamente sujetos a la realización de los segundos –en especial de los derechos individuales, y particularmente los de carácter *fundamental*– y, por tanto, en caso de conflicto entre ellos, los segundos tengan una prioridad epistémica respecto de los primeros, dado su mayor valor abstracto *prima facie*.

³³⁶ Es por esta razón que, como lo ha considerado la jurisprudencia constitucional, por el carácter fragmentario del derecho penal, “solamente puede aplicarse a los ataques más graves frente a los bienes jurídicos” (cita en la Sentencia C-742 de 2012) y, una vez se ha definido cuáles de dichos bienes exigen protección penal, la tipificación y sanción procede ante “las principales hipótesis de comportamiento, que ameritan reproche y sanción punitiva” (Sentencia C-599 de 1992, reiterada en la Sentencia C-646 de 2001).

³³⁷ Sentencia C-742 de 2012.

³³⁸ Sentencia C-070 de 1996.

que tratan el preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Constitución—, debido a que la tipificación de la conducta mantiene presente que cada persona es “un fin en sí mismo y no puede ser considerado un medio en relación con fines ajenos a él”³³⁹ y sus conductas no pueden ser objeto de una intromisión indebida del Estado. En consecuencia, el uso necesario del derecho penal exige que este sea compatible con las funciones o fines sociales de la pena. Al reiterar la jurisprudencia constitucional, de manera reciente, la Sala ha precisado que “las penas no son fines en sí mismas; la consagración de la dignidad de la persona humana como fundamento del *jus puniendi*, hace que las mismas lleven adscritas específicas funciones y, por ello, excluyen el capricho legislativo o judicial”³⁴⁰.

416. En estos términos, garantizar el cumplimiento de la *ultima ratio* del derecho penal concuerda con la necesidad de que la pena cumpla ciertos fines o funciones sociales, de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado³⁴¹, las cuales, al estar “atadas a los contenidos de dignidad humana, se ofrecen como una limitación al ejercicio del *ius puniendi* en todas sus expresiones (legislativa, judicial y de ejecución)”³⁴². Lo contrario, esto es, la penalización de una determinada conducta que no sea compatible con los fines sociales de la pena supone instrumentalizar a los individuos para un pretendido beneficio social, lo cual es a todas luces contrario a la dignidad inherente a la condición humana³⁴³, eje axial de la Constitución³⁴⁴, tal como se deriva del preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Carta.

417. Finalmente, al igual que todas las competencias que se atribuyen al Legislador³⁴⁵, el ejercicio de la competencia penal debe ser razonable y

³³⁹ Sentencia C-542 de 1993.

³⁴⁰ Sentencia C-407 de 2020. Son igualmente relevantes en este aspecto las recientes sentencias C-233 de 2021 y C-294 de 2021. Del límite citado se sigue que el Legislador no tiene el deber imperativo de criminalizar, ya que puede “despenalizar, sin violar por ello la Constitución” (Sentencia C-226 de 2002).

³⁴¹ En relación con el alcance de cada una de estas finalidades, cfr., en lo pertinente la Sentencia T-275 de 2017, reiterada en la Sentencia C-407 de 2020 y, en particular, en relación con la finalidad de prevención especial, cfr., la Sentencia C-294 de 2021, finalidad fundamental en la argumentación de la Corte para declarar la inexecutable del Acto Legislativo 1 de 2020, “Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la Pena de Prisión Perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable”.

³⁴² Sentencia C-407 de 2020. El artículo 4 del Código Penal, con evidentes fundamentos en la jurisprudencia constitucional, positiviza tales fines. De que esto sea así, no se sigue que esta disposición tenga el alcance de parámetro de control constitucional. En todo caso, es importante resaltar que tal disposición eleva al rango legal de una manera razonable el alcance de la jurisprudencia constitucional anterior a la modificación legislativa, que, además, se ha mantenido a lo largo de los años, como, en efecto, da cuenta la sentencia en cita.

³⁴³ De manera reciente, de un lado, en la Sentencia C-294 de 2021, la Corte consideró que el Acto Legislativo 1 de 2020, “Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la Pena de Prisión Perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable”, desconocía el eje definitorio de la Constitución del Estado Social y Democrático de Derecho fundado en la dignidad humana, que garantiza que el derecho a la resocialización de la persona condenada sea el fin primordial de la pena privativa de la libertad intramural. En esta decisión fueron especialmente relevantes algunas referencias a la Sentencia C-144 de 1997, en la que se enfatizó el abandono de la idea del derecho penal como instrumento de retribución, a uno marcadamente humanista. Allí se indicó: “el derecho humanista abandona el retribucionismo como fundamento esencial de la pena, pues no es tarea del orden jurídico impartir una justicia absoluta, más propia de dioses que de seres humanos. La función del derecho penal en una sociedad secularizada y en el Estado de derecho es más modesta, pues únicamente pretende proteger, con un control social coactivo, ciertos bienes jurídicos fundamentales y determinadas condiciones básicas de funcionamiento de lo social. Por ello se concluye que, tal y como esta Corte lo ha señalado en diversas ocasiones, la definición legislativa de las penas en un Estado de derecho no está orientada por fines retributivos rígidos sino por objetivos de prevención general, esto es, debe tener efectos disuasivos, ya que la ley penal pretende ‘que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones’. De otro lado, en la Sentencia C-407 de 2020, la Corte precisó, entre otras, que se incumplía con la función de resocialización de la pena determinar con carácter imprescriptible la inhabilidad para el desempeño de cargos, oficios o profesiones que involucraran una relación directa y habitual con menores de edad, impuesta a quienes fueran condenados por la comisión de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de aquellos (Ley 1918 de 2018, artículo 1). En la providencia se condicionó la disposición “en el entendido de que la duración de la pena accesoria [...], deberá sujetarse a los límites temporales que para dichas penas establezca el Código Penal”, tras considerar, entre otros argumentos, que, “la regla que elimina toda posibilidad de imponer penas imprescriptibles [...] es una garantía constitucional que obliga al Estado a enfocarse en la función resocializadora de la pena, que [...] se funda a su vez en el contenido preponderante de la dignidad humana”.

³⁴⁴ Como de manera prolija se justifica en la Sentencia C-294 de 2021.

³⁴⁵ Véase, en particular, aquellas específicamente atribuidas en el artículo 150 constitucional.

proporcional. En relación con esta exigencia, ha sido copiosa la jurisprudencia constitucional al señalar, por ejemplo, que la definición de los delitos y de las penas está sujeta a límites explícitos e implícitos. Entre los primeros, según ha precisado, se encuentra “la decisión política de imponer la pena de muerte (CP artículo 11), la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes (CP artículo 12), la esclavitud (CP artículo 17), el destierro, la prisión perpetua o la confiscación (CP artículo 34)”³⁴⁶. Entre los implícitos, se ha indicado que “el legislador penal debe propender por la realización de los fines esenciales del Estado como son los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”³⁴⁷. Además, ha referido que, en su ejercicio, el Legislador debe respetar, proteger y garantizar los derechos humanos estipulados en la Constitución y en los tratados internacionales de que trata el artículo 93, inciso 1° superior; y, así mismo, los criterios atinentes a la prohibición de exceso, relacionados con la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, y el principio de estricta legalidad³⁴⁸.

418. Además de lo dicho, habría que resaltar que la norma demandada no solo sanciona penalmente la conducta de la mujer que da por terminado su embarazo, sino que lo hace con pena privativa de la libertad, circunstancia que agrava aún más la condición personal de quien toma esa decisión.

419. Si, de conformidad con los argumentos previstos, la sanción penal constituye un medio extremo a la luz del ordenamiento constitucional, o de último recurso, con mayor razón lo es cuando la sanción corresponde a la pérdida de la libertad personal, pues al reproche jurídico que de por sí implica la sanción penal, al reproche social que conlleva y a la pena natural que suele acompañar la experiencia negativa del procedimiento abortivo se suma la pérdida transitoria del derecho fundamental a la libertad personal, requisito de ejercicio de muchos otros derechos fundamentales.

420. En tales condiciones, y no obstante que el establecimiento de la pena privativa de la libertad podría ser objeto de análisis constitucional independiente, es claro que la circunstancia de constituir la modalidad punitiva del tipo penal que aquí se estudia, agrava el juicio que recae sobre la norma demandada. Esto es así, ya que la mujer que interrumpe voluntariamente su embarazo enfrenta la sanción más severa diseñada por el ordenamiento jurídico para las conductas más graves contra el orden social.

421. Este agravamiento del juicio tiene fundamento en el carácter subsidiario, fragmentario o de último recurso del derecho penal –*ultima ratio*–, así como de la tendencia internacional de esta disciplina de reservar la privación de la libertad para las conductas merecedoras del mayor reproche social.

³⁴⁶ Sentencia C-108 de 2017 que, a su vez, cita a las sentencias C-070 de 1996 y C-468 de 2009.

³⁴⁷ Sentencia C-108 de 2017.

³⁴⁸ En relación con esto último, cfr., en lo pertinente, las sentencias C-742 de 2012, C-488 de 2009 y C-108 de 2017.

422. En cuanto al carácter de *ultima ratio* del derecho penal, el Estado puede acudir a la sanción penal cuando ha agotado todos los mecanismos preventivos a su disposición para reducir la comisión de conductas que atentan contra los intereses legítimamente protegidos o cuando ha ofrecido alternativas para el ejercicio de los derechos con los que la sanción penal entra en tensión. Su carácter fragmentario impone al Estado ejercer su poder punitivo en los casos que con mayor gravedad afectan el interés social (Sentencia C-356 de 2003). Según este rasgo del derecho penal, solo es posible aplicar la sanción penal de pérdida de la libertad a los casos más graves de afectación de los intereses protegidos.

423. Finalmente, es preciso recordar cómo la comunidad internacional ha entendido la importancia de estas características del derecho penal al aprobar, por ejemplo, en el marco de las Naciones Unidas, reglas que buscan incrementar los requisitos para imponer la sanción privativa de la libertad, sobre la convicción de que esta medida dilata la obtención de los fines resocializadores de la pena.

424. Sobre el particular, las llamadas Reglas de Tokio, aprobadas por la Asamblea de las Naciones Unidas mediante la Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990, resaltan la importancia de que las legislaciones nacionales encuentren alternativas penales a la sanción privativa de la libertad y reduzcan la aplicación innecesaria de esta, consultando las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y las necesidades de la víctima.

425. En su artículo 9, por ejemplo, dicho instrumento internacional ofrece una serie de alternativas a la pena de prisión, que deben ser contempladas por los Estados miembros a fin de evitar la reclusión y con el propósito de asistir a los delincuentes en su proceso de reinserción social.

426. Las Reglas de Tokio prescriben, así, un estándar de configuración legislativa en materia penal que busca reducir al máximo las sanciones con pena privativa de la libertad, según el enfoque resocializador de la pena y conforme al propósito de reservar este tipo de sanciones para los autores de las conductas que con mayor gravedad afectan el interés colectivo.

12.3. La actual forma de tipificación del delito de aborto consentido entra en fuerte tensión con la finalidad preventiva de la pena

427. La función preventiva del poder punitivo del Estado –sobre la cual hace especial énfasis la demanda– constituye un “estándar constitucional mínimo que debe cumplir la política criminal colombiana para respetar los derechos humanos y constitucionales”³⁴⁹. De esta manera, en caso de que se resuelva

³⁴⁹ Sentencia T-762 de 2015. Como consecuencia de la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional del Sistema Penitenciario y Carcelario del país, la Corte Constitucional ha encontrado graves falencias en la política criminal, la que ha caracterizado como “reactiva, desprovista de una adecuada fundamentación empírica, incoherente, tendiente al endurecimiento punitivo, populista, poco reflexiva frente a los retos del contexto nacional, subordinada a la política de seguridad, volátil y débil”. Ha indicado que el carácter preventivo resulta esencial, porque “la política criminal colombiana se ha caracterizado por ser una respuesta al populismo punitivo. Por ello, uno de los aspectos que debe transformarse es el enfoque de la política criminal, que debe dejar de considerarse como la principal respuesta a los

adoptar medidas penales, su idoneidad debe estar fundamentada en que permitan proteger de manera eficaz los bienes jurídicos amparados y disuadir a las personas de incurrir en las conductas que reprochan³⁵⁰ –finalidad de prevención general de la pena³⁵¹–.

12.3.1. La idoneidad o eficacia de los tipos penales como presupuesto de su finalidad preventiva

428. En relación con la idoneidad o eficacia de los tipos penales como exigencia necesaria para su compatibilidad con la Constitución, son antecedentes especialmente relevantes en la jurisprudencia constitucional los siguientes:

429. En la Sentencia C-542 de 1993, la Corte consideró que no era idóneo ni eficaz penalizar el pago de rescates por secuestros extorsivos –artículos 18, 19, 20, 21 y 24 de la Ley 40 de 1993–, porque, entre otros, “en escenarios extremos en los que la vida de familiares o de personas cercanas está en inminente peligro, la amenaza de una pena carece de toda eficacia, y porque en todo caso el combate al fenómeno del secuestro exige otro tipo de medidas, especialmente mediante la sofisticación de las herramientas de investigación y sanción”. Según precisó la Corte, desconoce “la Constitución una norma que erige en delito la conducta razonable de los particulares encaminada a proteger la vida y la libertad, propias o de un semejante”.

430. En idéntico sentido, en la Sentencia C-107 de 2018, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de una disposición mediante la cual se dispuso que, en el delito de lesiones con agentes químicos, ácido o sustancias similares, la duración de las medidas de seguridad para inimputables sería, al menos, la misma que la de la pena contemplada para ese tipo penal (artículo 116A de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo primero de la Ley 1773 de 2016). Para la Corte Constitucional, “aunque con esta medida el legislador pretendió evitar que los responsables de este delito simularan su inimputabilidad para eludir la pena, una medida de esta naturaleza no tendría la potencialidad de evitar los fraudes al sistema judicial y mucho menos la comisión de dicho delito, [...] en cambio, a través de tipos penales como el

problemas de la vida social”. Estas características de la política criminal han sido puestas en escena de nuevo, y de manera reciente, en la Sentencia C-294 de 2021. Por su parte, la Comisión Asesora de Política Criminal ha señalado: “Es importante abandonar la idea de que el delito se combate esencialmente con el incremento de las penas. La política criminal debe prever instancias adecuadas para que el Estado diseñe e implemente tratamientos del delito desde perspectivas diversas al derecho penal, para lo cual se deben estructurar instituciones de alto nivel técnico con expertos de otras disciplinas, según sea el tema objeto de estudio, quienes se encargarán de diseñar tales respuestas diferentes”. En otras palabras, según precisa la citada comisión, se debe dejar atrás “la idea de que la justicia solamente se logra mediante la represión, y poniendo como fundamento del sistema la prevención del delito, por medio de políticas públicas eficaces e incluyentes que conserven para el derecho penal su carácter subsidiario y de *ultima ratio*”. Comisión Asesora de Política Criminal. Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano, junio de 2012, p. 64.

³⁵⁰ En el análisis de la política criminal, en la jurisprudencia de revisión de la Corte se ha evidenciado que las medidas “están generalmente basadas en la necesidad de responder con celeridad a fenómenos sociales mediados por la opinión pública y de mostrar resultados contra el crimen, para aumentar la popularidad de un determinado sector político. No tienen como principal finalidad impactar los índices de criminalidad y, rara vez, se sostienen en fundamentos sólidos que permitan relacionar la expedición de una norma y la reducción real de un fenómeno criminal”. Sentencia T-762 de 2015.

³⁵¹ Tal como se referenció, según se señala en la Sentencia T-275 de 2017, reiterada en la Sentencia C-407 de 2020, “La función de prevención general de la pena, [sic] está orientada a evitar el cometimiento [sic] de conductas delictivas, es decir, se actúa antes del nacimiento de los mismos. En esta acepción, la pena es comprendida como un medio al servicio de un fin, y se justifica porque su aplicación hace que los ciudadanos desistan o se cohíban de cometer hechos punibles”.

fraude procesal, falsedad en documento público o privado o el falso testimonio, se podría sancionar y evitar este tipo de conductas”.

431. Otro antecedente jurisprudencial relevante lo constituye la Sentencia C-061 de 2008. En ella, la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso 2° del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, “Código de la Infancia y la Adolescencia”, que daba soporte jurídico a los denominados “muros de la infamia”, que imponían a los concesionarios de los servicios de radiodifusión, televisión y espacios electromagnéticos, el deber de incluir, por lo menos una vez a la semana, los nombres completos y foto reciente de las personas que hubieran sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV, “Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales”, de la citada ley, cuando la víctima hubiera sido un menor de edad. La Sala Plena evidenció que no se trataba de una medida idónea para alcanzar el fin propuesto –proteger a los menores de edad–, al considerar que no se había allegado al trámite legislativo evidencia suficiente para demostrar que las citadas publicaciones disuadieran o disminuyeran aquel tipo de delitos.

432. Finalmente, de manera reciente, en la Sentencia C-294 de 2021, al sustentar la sustitución de la Constitución que supuso el Acto Legislativo 1 de 2020, “Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la Pena de Prisión Perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable”, y que dio lugar a su inexecutable, uno de los argumentos a los cuales acudió la Corte fue el relacionado con la falta de idoneidad de la cadena perpetua como medio para disuadir la comisión de los delitos que pretendía prevenir, al señalar “que la pena de prisión perpetua revisable incluida en el artículo 34 de la Constitución no es una medida idónea para asegurar la protección de los NNA víctimas de los delitos que regula; y en contraste, genera efectos tan graves a la dignidad humana de la persona condenada y al sistema penitenciario actual, que no es una medida proporcional ni efectiva”³⁵². De manera extensa, en la providencia en cita se señala:

“La Sala encuentra que durante el trámite legislativo que dio lugar a la reforma constitucional el objetivo principal de modificar la Constitución fue disminuir la comisión de delitos contra la vida e integridad física y sexual cometidos contra NNA y, en consecuencia, establecer la pena más severa. Como argumento genérico, la pena de prisión perpetua revisable se sustentó como una medida de protección del interés superior del menor. No obstante lo anterior, se observa una ausencia de evidencia empírica que demuestre que esta pena es la medida más adecuada para disminuir la reincidencia de estos delitos, así como su prevención eficaz. Así mismo, no es claro por qué para alcanzar la protección de la niñez, esta pena es preferible a otras de posible menor impacto para la persona condenada”³⁵³.

433. Para justificar este razonamiento, entre otras, en la providencia en cita se resaltó lo siguiente:

³⁵² Sentencia C-294 de 2021.

³⁵³ Sentencia C-294 de 2021.

“El Consejo Superior de Política Criminal ha resaltado que aún con la entrada en vigencia de leyes que aumentaron las penas contra los delitos de acceso carnal abusivo con menor de catorce años (pasaron de 12 años a un máximo de 20 años con la Ley 1236 de 2008), no persuadió a la población de no incurrir en este tipo de conductas penales. [...] Por ello, ha recomendado ‘robustecer’ las capacidades operativas de las autoridades competentes de la judicialización de los delitos contra los NNA y concentrar los esfuerzos en políticas públicas dirigidas a proteger esta población a través de medidas de prevención del delito. [...] || Cabe señalar que los delitos sexuales contra NNA son un fenómeno multifactorial, en el que inciden el acceso a la educación, las oportunidades socioeconómicas, la red social, familiar e institucional de la persona menor de edad, entre otros. De manera que el tratamiento y prevención de estos delitos requiere del Estado una respuesta integral y con atención desde diferentes ángulos y perspectivas”³⁵⁴.

12.3.2. No es claro que la penalización del aborto con consentimiento resulte efectivamente conducente para proteger la vida en gestación, si se tiene en cuenta su poca incidencia en el cumplimiento de la finalidad de prevención general de la pena adscrita a su tipificación

434. A pesar de que el artículo 122 del Código Penal persigue una finalidad constitucional imperiosa, que consiste en proteger la vida en gestación –bien jurídico que ampara la disposición–, la actual forma de tipificación del delito de aborto consentido no es adecuada para la consecución de los fines de la pena ya que, a pesar de que el tipo penal busca realizar aquel imperativo constitucional, no resulta claro que esta forma de penalización sea efectivamente conducente – esto es, idónea– para la consecución de aquellos fines, en particular el de prevención general, como sí es evidente la intensa afectación que produce en los derechos a la salud y los derechos reproductivos, la igualdad y la libertad de conciencia a que se ha hecho referencia. En otros términos, no es claro que la penalización del aborto consentido resulte efectivamente conducente para proteger la vida en gestación, si se tiene en cuenta su poca incidencia en el cumplimiento de la finalidad de prevención general de la pena adscrita a su tipificación.

435. Como se precisa seguidamente, la protección de la vida en gestación por medio de la penalización del aborto consentido, en los términos que actualmente lo contempla el artículo 122 del Código Penal, no ha tenido una incidencia relevante en la disminución de la práctica de los abortos consentidos y, por el contrario, ha inducido a su práctica de manera insegura y clandestina.

436. Según los datos nacionales y comparados aportados al proceso, la prohibición categórica de la conducta no evidencia una incidencia relevante en su disminución y, por tanto, en la mayor protección que otorga al bien jurídico que pretende garantizar. Por el contrario, como se indicó al valorar el primer cargo admitido de la demanda –relacionado con el derecho a la salud reproductiva de las mujeres, las niñas y las personas gestantes– y como se hace igualmente explícito más adelante, fomenta su práctica irregular, por fuera del

³⁵⁴ Sentencia C-294 de 2021.

sistema de salud, que da lugar a graves perjuicios para las mujeres y las niñas³⁵⁵, no solo como grupo discriminado y expuesto a múltiples factores de violencia, sino individualmente consideradas, con especial incidencia en las más vulnerables por sus condiciones socioeconómicas, su origen rural o su situación migratoria, debido a que quedan expuestas a sufrir complicaciones por el procedimiento e, incluso, a perder sus vidas, como se precisó al estudiar el cargo relacionado con el derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular.

437. De conformidad con la información valorada por la Comisión Asesora de Política Criminal, “los datos comparados muestran que las leyes altamente restrictivas contra el aborto no están asociadas con bajos índices de abortos efectuados. Y es que la prohibición absoluta del aborto no los evita. Por el contrario, hace que estos se realicen en condiciones precarias de clandestinidad”. Para sustentar los citados datos, resaltó: “la tasa de abortos es de 29 por cada 1.000 mujeres en edad de gestación en África y de 32 por cada 1.000 en América Latina, donde el aborto tiende a estar fuertemente penalizado en la mayor parte. En cambio, esta tasa es de 12 por 1.000 mujeres en Europa Occidental donde el aborto es generalmente permitido en la mayor parte de países. La razón explicativa de esa diferencia es la amplitud de las políticas de salud sexual y reproductiva en Europa Occidental”³⁵⁶. Más adelante, en el mismo sentido, indicó:

“la penalización severa del aborto conduce a abortos clandestinos, que afectan gravemente la salud de las mujeres, ocasionando en no pocas ocasiones su muerte. Por ello, en todos los países en donde ha habido una despenalización más amplia del aborto, el resultado ha sido una reducción significativa de las graves complicaciones de salud asociadas a las prácticas clandestinas. Por ejemplo, en Sudáfrica, el número de muertes ligadas al aborto cayó en 91% luego de una liberalización de las leyes que regulaban la interrupción voluntaria del embarazo”³⁵⁷.

³⁵⁵ Según los datos aportados en el concepto presentado por la investigadora Isabel Cristina Jaramillo, un poco más de la cuarta parte del total de condenas por el delito de aborto se impusieron a niñas (mujeres menores de 18 años), pese a que solo correspondían a un 14% de las indiciadas. Es decir, en comparación con otros rangos etarios, las niñas son las que más condenas sufren por el delito de aborto consentido.

³⁵⁶ Comisión Asesora de Política Criminal. Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano, junio de 2012, p. 75.

³⁵⁷ Comisión Asesora de Política Criminal. Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano, junio de 2012, p. 75. En el ámbito internacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México (2008) se refirió a la eficacia de la política criminal en materia de aborto al estudiar la demanda de inconstitucionalidad propuesta en contra de la reforma legislativa a los artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal para el Distrito Federal de México, así como de la adición a los artículos 16 Bis 6, tercer párrafo, y 16 Bis 8, último párrafo, de la ley de salud para el Distrito Federal, realizadas mediante el decreto publicado en la Gaceta Oficial el 26 de abril de 2007, expedido por la Asamblea Legislativa y promulgado por el Jefe de Gobierno, ambos del Distrito Federal, en los que, entre otras, se reformó el citado artículo 144 así: “Aborto es la interrupción del embarazo después de la duodécima semana de gestación. || Para los efectos de este código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio”. La citada autoridad precisó: “El reproche por la vía penal, es decir, la imposición de la pena en el citado caso, [sic, en materia de aborto] no sirve para asegurar el correcto desenvolvimiento del proceso en gestación” y, por el contrario, “reafirma la discriminación hacia las mujeres”. Según indicó, “constituye una realidad social que las mujeres que no quieren ser madres recurran a la práctica de interrupciones de embarazos clandestinos con el consiguiente detrimento para su salud e, incluso, con la posibilidad de perder sus vidas”. A partir de estas consideraciones, indicó que la despenalización adoptada pretendió “acabar con un problema de salud pública derivado de la práctica de abortos clandestinos, estimando que la despenalización del aborto permitirá que las mujeres interrumpan voluntariamente su embarazo en condiciones de higiene y seguridad; asimismo, garantizar un trato igualitario a las mujeres, en específico aquellas de menores ingresos”. A partir de estas razones precisó: “no puede plantearse que la amenaza penal es la primera y única solución a la erradicación de las prácticas clandestinas de interrupción voluntaria del embarazo [...] la sanción no puede ignorar la racionalidad y la necesidad pues, de lo contrario, se habilitaría el ingreso al sistema penal de la venganza como inmediato fundamento de la sanción”. Sentencia del 28 de agosto de 2008. Esta cita se circunscribe al aspecto específico que se quiere poner de presente y, por tanto, no tiene por finalidad hacer una recopilación exhaustiva de la decisión, como tampoco una presentación de los fundamentos que dieron lugar a la sentencia.

438. Según los datos sobre la judicialización del aborto en Colombia aportados por la Fiscalía General de la Nación³⁵⁸, entre 1998 y 2019 las noticias criminales por esta causa se han mantenido relativamente constantes a partir del año 2009³⁵⁹. Si esto es así, es razonable inferir no solo la baja incidencia del aumento de la pena como consecuencia de la expedición de la Ley 890 de 2004 –artículo 14–, sino también del reconocimiento de los tres supuestos de aborto consentido no prohibidos, como consecuencia de la expedición de la Sentencia C-355 de 2006.

439. A partir de los mismos datos³⁶⁰, del total de 5.833 noticias criminales por este delito, 76,60% de los procesos se encuentran inactivos. Según se señala, la principal causa son los archivos y las preclusiones (75%). Las sentencias condenatorias, por su parte, solo ascienden al 10% de los casos. Por ende, del reducido número de procesos finalizados es posible inferir, a su vez, la baja idoneidad de la penalización categórica que contempla la norma demandada para proteger de manera eficaz la vida en gestación.

440. En el mismo informe, la Fiscalía General de la Nación señala que solamente el 23,4% de los procesos se encuentran activos, de los cuales 94% no tienen imputación y, de estos, el 23,05% se refieren a hechos ocurridos hace cinco años o más, por lo cual, “son hechos que han cumplido el tiempo de prescripción”³⁶¹.

441. Por su parte, según las cifras del Instituto Guttmacher, citadas por la Fiscalía General de la Nación³⁶² y el Ministerio de Salud y Protección Social³⁶³, a las que ya se ha hecho referencia en esta providencia, el 44% de los embarazos no planeados terminan en un aborto inducido, lo que se traduce en 400.400 abortos al año, de los cuales solo 322 son practicados en instituciones de salud³⁶⁴. Si esto es así, no es claro que la penalización del delito como herramienta jurídica *prima ratio* para proteger la vida en gestación resulte idónea, pues no solo no permite una protección eficaz para este bien jurídico, sino que tampoco disuade la ejecución de la conducta y, en contraste, genera un efecto altamente lesivo para los derechos a la salud, los derechos reproductivos, la igualdad y la libertad de conciencia de las mujeres, tal como se precisó *in*

³⁵⁸ Dirección de Políticas y Estrategia de la Fiscalía General de la Nación (2020). Informe sobre la judicialización del aborto en Colombia. Anexo a la intervención de la Fiscalía General de la Nación, fl. 22.

³⁵⁹ Según se indica en el citado informe, “Desde el año 1998 a 2019, han ingresado a la FGN 5.833 noticias criminales por el delito de aborto. De 2005 a 2008, se registraron 1.056 entradas (18%), presentando una tendencia creciente que alcanzó su punto más alto en 2008 con 436 entradas, lo cual probablemente responde a la implementación progresiva del sistema de información misional SPOA entre 2005 y 2008 y no a un cambio en la ocurrencia del delito. En adelante, de 2009 a 2019 las entradas por abortos se estabilizaron alrededor de 410,9 entradas anuales promedio, presentándose picos al alza en 2011 con 459 entradas, en 2015 con 437 entradas y en 2018 con 424 entradas” (fl. 22).

³⁶⁰ Dirección de Políticas y Estrategia de la Fiscalía General de la Nación (2020). Informe sobre la judicialización del aborto en Colombia. Anexo a la intervención de la Fiscalía General de la Nación.

³⁶¹ Dirección de Políticas y Estrategia de la Fiscalía General de la Nación (2020). Informe sobre la judicialización del aborto en Colombia. Anexo a la intervención de la Fiscalía General de la Nación, fl.44.

³⁶² Estas se citan en la iniciativa legislativa presentada por la Fiscalía General de la Nación para despenalizar parcialmente el delito de aborto (Proyecto de Ley 209 de 2016, Cámara de Representantes).

³⁶³ Ministerio de Salud y Protección Social (2014). Determinantes del aborto inseguro y barreras de acceso para la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres colombianas, p. 28. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/SM-Determ-aborto-inseguro.pdf> [último acceso: 22 de junio de 2021].

³⁶⁴ El estudio en cita corresponde al siguiente: Elena Prada, Susheela Singh, Lisa Remez y Cristina Villarreal (2011). Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias. Instituto Guttmacher. Disponible en: https://www.guttmacher.org/sites/default/files/report_pdf/embarazo-no-deseado-colombia_1.pdf [último acceso 22 de junio de 2021]

extenso supra, y se enfatiza seguidamente. Por tanto, no es claro que la norma demandada cumpla con la finalidad de prevención general que debe caracterizar el ejercicio de esta competencia legislativa.

442. En relación con esta última idea, según se señala en la iniciativa legislativa presentada por la Fiscalía General de la Nación para despenalizar de manera parcial el delito de aborto (Proyecto de Ley 209 de 2016, Cámara de Representantes), la “criminalización no influye en la práctica de abortos ilegales”, pero sí es un factor que incide en la mortalidad materna³⁶⁵ y genera complicaciones en la salud de la mujer que sobrevive. Por estas razones, para la Fiscalía General de la Nación, en la citada iniciativa, “Lo único que logra su criminalización es someter la práctica de la IVE a condiciones riesgosas”. A partir de estas cifras, en la iniciativa se consideró que “la persecución penal como la única herramienta jurídica para el tratamiento de la conducta”³⁶⁶ resulta lesiva y, por tanto, es necesaria la adopción de otras medidas para afrontar la problemática social derivada de la práctica del aborto consentido y abordarlo, de manera principal, como un asunto de salud pública.

443. Así las cosas, no es claro que la actual forma de tipificación de la conducta proteja de manera eficaz la vida en gestación y, por tanto, incida en su función preventiva –como lo evidencian los datos anteriores–, pero sí es claro que genera intensas afectaciones a otros bienes constitucionales relevantes y da lugar a graves problemas de salud pública porque la penalización indiscriminada y las barreras que de ella se derivan obligan a las mujeres a acudir a procedimientos clandestinos e inseguros para la interrupción de sus embarazos. Esta situación tiene un mayor impacto respecto de aquellas en situación de vulnerabilidad que, por tener escasos recursos, residir en el sector rural o encontrarse en situación migratoria, acuden preferentemente a estos procedimientos riesgosos³⁶⁷. Estas inferencias justifican las recomendaciones del Comité CEDAW que, desde el año de 1992, ha señalado que los Estados parte de la Convención deben “asegurar que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, tales como los abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad”³⁶⁸, recomendación que reiteró en 1999 al señalar que “En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto”³⁶⁹.

12.4. La actual forma de tipificación del delito de aborto consentido entra

³⁶⁵ Proyecto de Ley 209 de 2016, Cámara de Representantes. Esta apreciación se hizo en consideración a las cifras que revelaban el alto índice de interrupciones del embarazo de manera clandestina, las complicaciones de salud por los abortos inducidos o realizados bajo condiciones inseguras y la calificación de esta última práctica como una de las principales causas de mortalidad materna en el país: “Se estima que en el año 2008 el 99,92% de las interrupciones de embarazo realizadas fueron practicadas en la clandestinidad y que, en el año 2010, 132.000 mujeres colombianas sufrieron complicaciones por abortos inducidos o realizados bajo condiciones inseguras. Igualmente, que en ese mismo año se registraron 1.357.659 embarazos, de los cuales 911.897 no fueron planeados y de los que el 43,9 % terminó en aborto inducido. Así como que ‘los abortos inseguros son la tercera causa de mortalidad materna en el país’. La cita fue tomada por la Fiscalía General de la Nación de la fuente citada del Instituto Guttmacher.

³⁶⁶ Proyecto de Ley 209 de 2016.

³⁶⁷ De conformidad con los datos aportados al proceso por Profamilia, el 75% de las condenas por el delito de aborto se produce sobre mujeres mayores de edad, en su mayoría en condiciones de vulnerabilidad por su origen rural, su situación de pobreza o por ser migrantes. Según la misma entidad, los datos de abortos en Bogotá, por ejemplo, llevan a conclusiones en el mismo sentido: “el 85% de las entradas de aborto al Sistema Penal, son de mujeres pertenecientes a estratos 1, 2 y 3. Es decir, son las mujeres más vulnerables a quienes más afecta la persecución penal del delito de aborto” (Concepto técnico de Profamilia, en atención a la invitación hecha mediante Auto de 19 de octubre de 2020, fl. 27).

³⁶⁸ Comité CEDAW. Recomendación General No. 19.

³⁶⁹ Comité CEDAW. Recomendación General No. 24.

en fuerte tensión con la característica constitucional adscrita al derecho penal como mecanismo de último recurso –ultima ratio– por cuatro razones

444. Como se precisó con amplitud en el título 8 *supra*, la vida es un bien jurídico susceptible de protección gradual e incremental incluso mediante el poder punitivo del Estado. En todo caso, un uso idóneo, necesario y proporcional de esta potestad exige reservarla para las conductas más lesivas, siempre que no sea posible acudir a “otros controles menos gravosos”³⁷⁰ o a medidas alternativas para garantizar el ejercicio de los derechos con los cuales entra en tensión la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Por tanto, en caso de existir “otros medios preventivos igualmente idóneos, y menos restrictivos de la libertad”³⁷¹, la intervención penal debe ceder ante ellos³⁷².

445. A partir de estas premisas, en el caso de la protección de la vida en gestación y dada la tensión que surge frente a la obligación constitucional de proteger otros derechos, el Estado tiene el deber de adoptar medidas de política pública que respondan adecuadamente a esa tensión teniendo en cuenta el carácter gradual e incremental de la protección de la vida en gestación y, por tanto, tipificar únicamente las conductas más graves que atenten contra ella. En esto consiste el carácter subsidiario, fragmentario o de último recurso de las sanciones penales. En contraste, un uso indiscriminado –y, por tanto, *prima ratio* del derecho penal– resulta arbitrario y contrario a las exigencias adscritas al Estado Social de Derecho.

446. En el presente asunto, por las cuatro razones que seguidamente se justifican, si bien la disposición demandada pretende realizar una finalidad constitucional imperiosa, cual es proteger la vida en gestación, efectúa un uso *prima ratio* del derecho penal que evidentemente entra en conflicto con la característica constitucional adscrita al derecho penal como mecanismo de *ultima ratio*, y no ofrece respuestas a la tensión con los bienes jurídicos a que se ha hecho referencia y que la Constitución protege.

12.4.1. La primera razón se asocia con la omisión del Legislador de regular de manera positiva e integral la compleja problemática social, de relevancia constitucional, que supone el aborto consentido, y no únicamente mediante el recurso al derecho penal

447. La forma de regulación actual de esta problemática social, en los términos exclusivos del artículo 122 del Código Penal, ha supuesto una omisión de regulación en uno de los temas más sensibles para la sociedad colombiana, que dista de su compatibilidad con un ejercicio constitucional adecuado del derecho penal como último recurso. Además, esta visión unidimensional del fenómeno ha dado lugar a una situación de infra protección para la vida en gestación y a amplios márgenes de desprotección para la dignidad y los derechos de la mujer, incluso de las parejas en los términos del artículo 42 de la Constitución.

³⁷⁰ Sentencia C-742 de 2012.

³⁷¹ Sentencia C-070 de 1996.

³⁷² Cfr., en particular, las Sentencias C-897 de 2005 y C-575 de 2009, ambas reiteradas en la Sentencia C-233 de 2019.

448. La regulación del aborto consentido en los códigos penales colombianos, las propuestas en la Asamblea Nacional Constituyente sobre la libre opción a la maternidad y los principales proyectos de ley presentados en la materia desde 1975 hasta la fecha –y con especial énfasis, luego de la expedición de la Sentencia C-355 de 2006– permiten evidenciar que, a pesar de que han existido múltiples iniciativas legislativas y constitucionales para regular de una manera positiva la problemática social que supone el aborto con consentimiento, esta finalmente se ha regulado a partir de un uso del derecho penal como mecanismo *prima ratio*.

449. Como lo ha precisado de manera reciente la Sala Plena en la Sentencia C-233 de 2021, el carácter de *ultima ratio* del derecho penal y, por tanto, su “carácter esencialmente limitado”, es antagónico a la exigencia de desarrollo y protección de los derechos humanos, que “exigen esfuerzos amplios de concreción, tanto positivos como negativos, en cabeza de las autoridades públicas y los particulares”. Según precisó:

“En ese sentido, el ejercicio del *ius puniendi* se considera uno de los ámbitos extremos del poder estatal para la regulación de la vida social, razón por la cual suele denominarse el último recurso (o la *ultima ratio*). Ese carácter marginal que debería tener el derecho penal se debe a su capacidad para interferir intensamente en el derecho fundamental a la libertad personal y para afectar otros, debido a las condiciones de cumplimiento de la pena para la persona, razón por la cual aquella característica adscrita al *ius puniendi* estatal encuentre su fundamento y límite en la dignidad de la persona humana [...] || Los derechos fundamentales, por otra parte, constituyen pretensiones justificadas de los ciudadanos frente al poder, que lo limitan y lo vinculan, y que deben realizarse en la mayor medida posible, por los cauces de los que disponen los órganos del poder para alcanzar fines establecidos desde la Constitución Política y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. || Así las cosas, en contraste con el carácter esencialmente limitado del derecho penal, los derechos humanos exigen esfuerzos amplios de concreción, tanto positivos como negativos, en cabeza de las autoridades públicas y los particulares. La ampliación constante de su marco de protección justifica también el ejercicio judicial amplio y creativo destinado a la comprensión y goce efectivo de todas sus esferas: para su goce efectivo. Los derechos fundamentales, además de tener esa fuerza expansiva, solo pueden ser limitados de manera razonable (para alcanzar fines constitucionales); y proporcionada (de modo que cada restricción satisfaga con mayor intensidad otro principio constitucional)”³⁷³.

450. La descripción que se hace en los títulos siguientes pretende evidenciar no solo que ha existido un creciente consenso acerca de la relevancia de regular de manera positiva e integral esta problemática social –que no únicamente mediante un uso *prima ratio* del derecho penal–, sino que, además, la vía penal no se ha considerado suficientemente idónea, ni la única, ni la principal alternativa para proteger los bienes jurídicos en juego, más allá de los tres supuestos *extremos* que consideró la Corte Constitucional que no podían ser objeto del derecho penal o, en los términos de la Sentencia C-355 de 2006, de

³⁷³ Sentencia C-233 de 2021.

las “hipótesis extremas de afectación de [la] dignidad” de la mujer³⁷⁴. En relación con este último aspecto, es importante resaltar que una de las razones –no determinantes– de la citada decisión fue la ausencia de una regulación integral de esta problemática, luego de quince años de expedición de la Constitución de 1991 y, por tal razón, la Corte,

“se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales éste es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública”³⁷⁵.

451. Desde la expedición de la sentencia en cita han transcurrido, nuevamente, quince años de omisión legislativa en regular de manera integral la problemática compleja que involucra el aborto consentido, que ahora comprende llamados específicos y concretos de la Corte Constitucional en ejercicio del control concreto de constitucionalidad para ejercer tal competencia³⁷⁶, y que llevan a inferir la fuerte tensión entre la opción legislativa vigente –estatuida en el artículo 122 del Código Penal– y el carácter de *ultima ratio* que debe caracterizar el uso del derecho penal como medio de control social.

12.4.1.1. Desde la organización de Colombia como República, la tipificación del delito de aborto consentido en los códigos penales se ha caracterizado por ser el mecanismo *prima ratio* para regular esta compleja problemática social

452. Los códigos penales de 1837, 1890, 1936, 1980 y 2000 han sancionado con pena de prisión el aborto consentido por la mujer. Si bien, ha habido diferencias entre ellos, siempre se ha recurrido al derecho penal como mecanismo primordial para regular esta problemática social.

453. Los códigos penales de 1837 y 1890, además de sancionar la citada conducta³⁷⁷ regulaban un supuesto de reducción de la sanción penal o de justificación de la conducta para “proteger” el “honor” de las mujeres –y, en vigencia del Código Penal de 1936, también de los hombres–, denominado por la doctrina y la jurisprudencia como “aborto honoris causa”³⁷⁸. Igualmente,

³⁷⁴ Sentencia C-355 de 2006.

³⁷⁵ Sentencia C-355 de 2006.

³⁷⁶ En particular, aquellos realizados en las sentencias T-532 de 2014 y SU-096 de 2018.

³⁷⁷ El primero prescribía en su artículo 490, inciso 1º, lo siguiente: “La mujer embarazada que para abortar emplee a sabiendas, o consienta que otro emplee, alguno de los medios espesados [sic] en el artículo 488, sufrirá las penas allí señaladas respectivamente [seis meses a dos años de reclusión o presidio]”. El segundo, por su parte, en su artículo 641 disponía: “La mujer embarazada que para abortar emplee, á sabiendas, ó consienta en que otro emplee, alguno de los medios expresados en el artículo 638, sufrirá la pena de uno á tres años de reclusión, si resulta el aborto, y de seis meses á un año si no resulta”.

³⁷⁸ En el caso del Código Penal de 1837, se regulaba en su artículo 490, inciso 2º: “Pero si fuere mujer honrada [la que se practica el aborto], i resultare, a juicio de los jueces, que el único o principal móvil de la acción fue el de encubrir su fragilidad, se le impondrán solamente cuatro a seis meses de arresto, si resultare el aborto, i no tendrá pena si no resultare”. Por su parte, el Código Penal de 1890 disponía en su artículo 642 lo siguiente: “Pero si fuere mujer honrada y de buena fama anterior [la que se practicare el aborto], y resultare, á juicio de los jueces, que el único móvil de la pena de tres á seis meses de prisión, si el aborto no se verifica; y de cinco á diez meses, si se verifica”. El artículo 390 del Código Penal de 1936 disponía lo siguiente: “Cuando el aborto se haya causado para salvar el honor propio [hace referencia al honor del hombre o del género masculino] o de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana, la sanción puede disminuirse de la mitad a las dos terceras partes, o concederse el perdón judicial”.

regulaban una causal de justificación de la conducta denominada “aborto terapéutico”³⁷⁹. Esta causal estuvo vigente hasta la expedición del Código Penal de 1936 que no la reiteró. Desde entonces, y solo hasta la expedición de la Sentencia C-355 de 2006, 70 años después, fue posible considerar esta circunstancia como un supuesto atípico, ya que en los restantes se valoraba como un caso de antijuridicidad de la conducta, asociado a un *estado de necesidad*³⁸⁰.

454. El Decreto Ley 100 de 1980 reguló uno de los regímenes más drásticos en la materia, que se reprodujo posteriormente por la Ley 599 de 2000, salvo algunas variaciones. Este estatuto excluyó la circunstancia asociada al “aborto honoris causa” y no contempló la causal de justificación relacionada con el “aborto terapéutico”. Solo dispuso como atenuante de la conducta del aborto con consentimiento el acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida.

455. Esta misma regulación se conservó en el Código Penal de 2000, en cual se agregó como una nueva circunstancia de atenuación de la conducta la transferencia de óvulo fecundado no consentida –artículo 124–; además, en relación con todas las circunstancias de atenuación, se dispuso que en tales supuestos el funcionario judicial podría “prescindir de la pena” cuando el aborto consentido se diera por “extraordinarias condiciones anormales de motivación” –disposición *ibidem*–³⁸¹. Esta última regulación fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006 al considerar, entre otras, que en todos los supuestos allí regulados la actuación de la mujer que aborte no puede considerarse típica, dado que en todas ellas es víctima de un delito. En la citada providencia, la Corte precisó:

“Todas las hipótesis señaladas como generadoras de atenuación punitiva en la norma acusada quedan incluidas, en virtud de la presente sentencia, junto con otras no contempladas en tal disposición, como situaciones no constitutivas del delito de aborto. || En consecuencia y precisamente en razón de tal decisión,

³⁷⁹ Ambos códigos disponían que no se incurría en las penas prescritas para el delito de aborto voluntario, si no hubiese “otro modo de salvar la vida de la mujer” (artículo 489, inciso final, del Código Penal de 1837), o este fuere un “medio absolutamente necesario para salvar la vida de la mujer” (artículo 640, inciso 2º, del Código Penal de 1890). Seguidamente, en relación con esta conducta, disponía la norma penal de 1890: “No por eso debe creerse que la ley aconseje el empleo de esos medios, que generalmente son condenados por la iglesia. Únicamente se limita á eximir de pena al que, con rectitud y pureza de intenciones, se cree autorizado para ocurrir á dichos medios” (artículo 640, inciso 3º, del Código Penal de 1890).

³⁸⁰ Es muy importante destacar que uno de los principales cambios que introdujo el Código Penal de 1936, en comparación con su antecedente de 1890, para garantizar la autodeterminación de la mujer y, por tanto, reconocer el carácter de *ultima ratio* del derecho penal en los asuntos que solo al fuero interno de ellas concierne, fue la despenalización del delito de adulterio. El Código Penal de 1890, en el título sobre los “delitos contra las personas”, tipificaba el delito adulterio así: “La mujer casada que cometa adulterio, sufrirá una reclusión por el tiempo que quiera el marido, con tal que no pase de cuatro años. Si el marido muriere sin haber solicitado la liberad de la mujer, y faltare más de un año para cumplirse el término de la reclusión, permanecerá en ella un año después de la muerte de aquel. Si faltare menos de un año, permanecerá en la reclusión hasta que acabe de cumplir su condena” (artículo 712). A pesar de la derogatoria de esta disposición, esta conducta era considerada como una causal de nulidad del matrimonio, tal como se disponía en el artículo 140.7 del Código Civil: “Causales de nulidad. El matrimonio es nulo y sin efecto en los casos siguientes: [...] 7. Cuando se ha celebrado entre la mujer adúltera y su cómplice, siempre que antes de efectuarse el matrimonio se hubiere declarado, en juicio, probado el adulterio”. Esta disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-082 de 1999. En el análisis de constitucionalidad se indicó: “la disposición acusada establece una injerencia indebida en el ámbito de la libertad individual. Tal vez cuando el adulterio era penalizado, se podía concebir que, en función del delito, se limitara el libre desarrollo de la personalidad; sin embargo, hoy en día, a la luz de la Carta de 1991, no es razonable desestimar u obstaculizar la decisión del sujeto respecto a su unión marital y mucho menos hacerlo en razón del sexo al que pertenece”.

³⁸¹ El citado artículo disponía lo siguiente: “Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. || Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto”.

pierden su razón de ser tanto la disposición acusada como su respectivo párrafo, por cuanto, en lugar de la atenuación de la pena, lo que se declara es la inexistencia del delito de aborto en las precisas y excepcionales circunstancias anotadas, razón por la cual la disposición acusada ha de retirarse del ordenamiento por consecuencia”.

456. Es importante resaltar que, a diferencia de la regulación sobre el aborto consentido, la Ley 599 de 2000 despenalizó ciertas conductas relacionadas con la libertad sexual, a partir de considerar el carácter de *ultima ratio* del derecho penal.

457. En primer lugar, en el Decreto Ley 100 de 1980 se penalizaba el “estupro”, como un delito contra “la libertad y el pudor sexual”, así: “Artículo 301. Acceso carnal mediante engaño. El que mediante engaño obtenga acceso carnal con persona mayor de catorce años y menor de dieciocho, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años”. En el debate legislativo que concluyó con la expedición de la Ley 599 de 2000, en el que se abstuvo de tipificar esta conducta, se indicó que se adoptaron modificaciones como esta, “con el fin de encontrar un adecuado equilibrio entre la protección de los menores y el carácter de *mínima ratio* del derecho penal [...] Lo anterior no significa desconocer la necesidad de que se establezca una regulación total de la materia, sino que implica una decisión de política criminal orientada a que cada sistema se regule con los medios adecuados al mismo y así no hacer inoqua la protección por la inidoneidad del mecanismo”³⁸².

458. Así mismo, el artículo 260 del Decreto Ley 100 de 1980 penalizaba la “bigamia”, como un delito “contra la familia”, en los siguientes términos: “Bigamia. El que ligado por matrimonio válido contraiga otro, o el que siendo libre contraiga matrimonio con persona válidamente casada, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años”. En el debate legislativo, en relación con los “delitos contra la familia”, que dio lugar a la expedición del Código Penal de 2000 y que se abstuvo de tipificar esta conducta, se destacó como un aspecto relevante las “luchas feministas de los años sesenta”, a partir de las cuales “todo lo que suceda en el ámbito de la vida privada tiene la posibilidad de hacerse público cuando se lesionen bienes jurídicos de los ciudadanos”³⁸³.

459. La Ley 599 de 2000 también conservó algunos cambios relevantes, en cuanto al ejercicio del derecho penal como *ultima ratio* en la materia, introducidos previamente por la Ley 360 de 1997³⁸⁴. Entre estos se destaca que en el Código Penal de 1980 se regulaba en su artículo 307 la “extinción de la acción penal por matrimonio” en los siguientes términos: “Si cualquiera de los autores o partícipes de los delitos descritos en los capítulos anteriores contrajere matrimonio válido con el sujeto pasivo, se extinguirá la acción penal para todos ellos”. En los capítulos anteriores a que se hace referencia se regulaban delitos

³⁸² Gaceta del Congreso 510, Cámara de Representantes, p. 6.

³⁸³ Gaceta del Congreso 510, Cámara de Representantes, p. 6.

³⁸⁴ Por medio de la cual se modifican algunas normas del título XI del Libro II del Decreto-ley 100 de 1980 (Código Penal), relativo a los delitos contra la libertad y pudor sexuales, y se adiciona el artículo 417 del Decreto 2700 de 1991 (Código Procedimiento Penal) y se dictan otras disposiciones.

tales como el acceso carnal y el acto sexual violento. Esta disposición fue derogada de manera expresa por la Ley 360 de 1997 y no fue retomada por la Ley 599 de 2000.

12.4.1.2. La Asamblea Nacional Constituyente y la libre opción de la maternidad

460. La “libre opción de la maternidad” fue objeto de una especial discusión en la Asamblea Nacional Constituyente. Si bien la propuesta de regulación finalmente no se adoptó, puso de presente las aristas fundamentales para una regulación de la problemática social relevante que supone el aborto con consentimiento y no únicamente a partir de una visión del derecho penal como mecanismo *prima ratio* de control social.

461. En la Asamblea Nacional Constituyente se hizo referencia al concepto citado a partir de propuestas específicas de artículos que debían integrar la Constitución, así: (i) “Es privilegio de la mujer la opción libre a la maternidad”³⁸⁵; (ii) “Es privilegio de la mujer la opción libre de la maternidad, el Estado garantizará a las mujeres en embarazo el derecho al trabajo”³⁸⁶; (iii) “Protección de la maternidad. Se protege la maternidad como libre elección de la mujer”³⁸⁷; (iv) “El Estado protege la maternidad. [...] || Toda persona tiene derecho a decidir sobre el número de hijos que esté en condición de procrear, mantener y educar. Es decisión de la mujer la opción libre de la maternidad [...]”³⁸⁸; (v) “La maternidad cumple una función social y no puede ser causa de discriminación. La mujer es libre de elegir la opción de la maternidad, en los términos de la Ley”³⁸⁹; (vi) “Protección a la maternidad. La reproducción humana es un derecho y responsabilidad de quienes lo determinan y de la sociedad. El Estado estará en la obligación de brindar especial protección a la maternidad. || El privilegio de la mujer a la opción libre de la maternidad. El Estado garantizará a las mujeres gestantes su manutención, asistencia y protección, por un periodo no inferior a dos años a partir del momento de la concepción. El Estado garantizará a la mujer trabajadora en proceso de gestación, el derecho al trabajo. Se prohíben los despidos del empleo en razón del embarazo”³⁹⁰ y (vii) “El Estado protegerá especialmente a las mujeres contra toda violencia y discriminación, y les garantizará [...] 2º) La libre opción de la maternidad y la atención en los periodos de embarazo, parto y lactancia”³⁹¹.

³⁸⁵ Proyecto 20, presentado por el Constituyente Carlos Lleras de la Fuente.

³⁸⁶ Proyecto 96, presentado por el Constituyente Augusto Ramírez Cardona.

³⁸⁷ Propuesta 5, de una organización no gubernamental.

³⁸⁸ “Proyecto de Nueva Carta de Derechos, Deberes, Garantías y Libertades”, que presentaron los constituyentes Aida Abella, Raimundo Emiliani, Germán Toro, Diego Uribe y María Mercedes Carranza.

³⁸⁹ Proyecto “Derechos de la familia, el niño, el joven, la mujer y la tercera edad”, presentado por los constituyentes Iván Marulanda, Jaime Benítez, Tulio Cuevas, Guillermo Perry, Angelino Garzón y Guillermo Guerrero.

³⁹⁰ Propuesta presentada por el Constituyente Jaime Benítez ante la Comisión Quinta.

³⁹¹ Propuesta 119, presentada por el Constituyente Francisco Rojas Birry.

462. Las propuestas específicas de que da cuenta el apartado anterior se presentaron en relación con proyectos de artículos relacionados con la protección de la familia³⁹², la maternidad³⁹³ y la igualdad³⁹⁴.

463. Entre las consideraciones discutidas en la Asamblea Nacional Constituyente acerca de la libre opción a la maternidad fueron especialmente relevantes las siguientes: (i) la maternidad debe ser reconocida como una función social con el fin de que “el aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad sea valorado”³⁹⁵; (ii) se trata de la “auténtica opción en lo que se refiere a los hijos”, como una condición necesaria para el disfrute de otros derechos de la mujer³⁹⁶; (iii) es una libertad producto de la autonomía de la mujer³⁹⁷; (iv) la libre opción como una garantía contra la violencia y la discriminación³⁹⁸; (v) la maternidad es más que un “escueto hecho biológico”³⁹⁹ ya que se relaciona con fines superiores; (vi) la planificación familiar es una garantía en dos sentidos, el primero, porque “busca mejorar la salud materno–infantil racionalizando el número y espaciamiento de los embarazos” y, el segundo, porque propicia el “mejoramiento en la calidad de vida del individuo, lo que garantiza a su vez el derecho al desarrollo”⁴⁰⁰; (vii) deben considerarse como relevantes y dignos de protección los múltiples esfuerzos que desarrollan las mujeres, en particular, en sus actividades académicas y profesionales, los cuales deben ser compatibles con las “labores inherentes en su calidad de mujer”⁴⁰¹.

464. La propuesta para reconocer la “libre opción a la maternidad” fue presentada en los siguientes términos ante la Comisión Quinta⁴⁰²:

“- Protección a la maternidad. La reproducción humana es un derecho y responsabilidad de quienes lo determinan y de la sociedad. El Estado estará en la obligación de brindar especial protección a la maternidad.

- El privilegio de la mujer a la opción libre de la maternidad. El Estado garantizará a las mujeres gestantes su manutención, asistencia y protección, por

³⁹² Gacetas de la Asamblea Nacional Constituyente. Proyecto 20, presentado por el Constituyente Carlos Lleras de la Fuente, tomo 18, p. 17; tomo 25, pp. 3-4 y Proyecto 96, presentado por el Constituyente Augusto Ramírez Cardona.

³⁹³ (i) Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente, tomo 34, p. 23; proyecto presentado por algunas organizaciones no gubernamentales. (ii) Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente, tomo 51; informe- ponencia, pp. 19-23, presentado por los constituyentes Aida Abella, Raimundo Emiliani, Germán Toro, Diego Uribe y María Mercedes Carranza; (iii) Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente, tomo 52, pp. 5-6, presentada por los constituyentes Iván Marulanda, Jaime Benítez, Tulio Cuevas, Guillermo Perry, Angelino Garzón y Guillermo Guerrero; (iv) Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente, tomo 98, p. 10; acta No. 17 de abril 18 de 1991, Comisión Quinta, propuesta del Constituyente Jaime Benítez. Los miembros de la comisión a la que pertenecía el Constituyente Jaime Benítez, junto con él, declinaron de la propuesta, pero esta fue retomada por el Constituyente Iván Marulanda en la Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente, tomo 107, p. 17.

³⁹⁴ Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente, tomo 29, propuesta No. 119, p. 2, presentada por el Constituyente Francisco Rojas Birry.

³⁹⁵ Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente, tomo 18, p. 17.

³⁹⁶ Ibid.

³⁹⁷ Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente, tomo 29, propuesta No. 119, p. 2. En la propuesta se indicó lo siguiente: “incluimos el deber del Estado de garantizar la maternidad, considerada esta como una libre opción de la mujer, en atención a que es ella la que conoce su verdadera situación y la que puede valorar íntimamente la importancia de la maternidad dentro del conjunto de aspiraciones suyas”.

³⁹⁸ “El Estado protegerá especialmente a las mujeres contra toda violencia y discriminación, y les garantizará [...] 2º) La libre opción de la maternidad y la atención en los periodos de embarazo, parto y lactancia, con especial atención del derecho al trabajo en estos casos” (Propuesta 119, presentada por el Constituyente Francisco Rojas Birry).

³⁹⁹ Ibid.

⁴⁰⁰ Ibid. En el proyecto se indicó lo siguiente: “A menos que las mujeres tengan la posibilidad y una auténtica opción en lo que se refiere a los hijos que desean tener o no, su capacidad de disfrutar otros derechos se verá inhibida”. En relación con la planificación familiar, se propuso proporcionar “recursos y educación para la divulgación de métodos de planificación familiar, pero fundado [entre otros] en los principios de la dignidad de la persona humana”. Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente, tomo 25, pp. 3-4.

⁴⁰¹ Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente, tomo 34, p. 23.

⁴⁰² Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente, tomo 98, p. 10, acta No. 17 de abril 18 de 1991.

un periodo no inferior a dos años a partir del momento de la concepción. El Estado garantizará a la mujer trabajadora en proceso de gestación, el derecho al trabajo. Se prohíben los despidos del empleo en razón del embarazo.

- Protección a la familia. Toda la estructura familiar gozará de una especial protección. El Estado garantizará las condiciones económicas y sociales para el cumplimiento de ciertas obligaciones. La patria potestad será respetada y no podrá perderse por razones de índole económica; en tales casos, el Estado garantizará la plena autonomía e igualdad de los padres y las madres en la decisión sobre el orden de los apellidos en el registro civil de los hijos [403]. El Estado garantizará a los hijos extramatrimoniales los mismos derechos que le corresponden a los hijos nacidos dentro del matrimonio. También se consagran otros aspectos que tienen que ver con la seguridad social relativa a la niñez y a la mujer”⁴⁰⁴.

465. En la Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente, tomo 134, p. 9, se registra que la votación fue secreta, con 25 votos afirmativos, 40 negativos y 3 abstenciones. Resalta la Sala que la no aprobación de las referidas propuestas solo indica que no se incorporaron a la Constitución, pero de ello no se desprende una prohibición de regulación por parte del Legislador. Cabría señalar, por otra parte, que los fundamentos que sustentaron las propuestas han sido argumentos, entre otros, para desarrollos jurisprudenciales importantes en torno a la protección de la mujer, como la opción igualitaria de la madre y el padre de elegir el orden de los apellidos de sus hijos, acogida de manera reciente por la Corte Constitucional en la Sentencia C-519 de 2019.

12.4.1.3. Principales proyectos de ley presentados desde 1975 para regular la compleja problemática social que supone la regulación del aborto consentido, que no exclusivamente a partir de un uso del derecho penal como mecanismo *prima ratio*

466. Desde 1975 hasta la fecha se han presentado aproximadamente 39 proyectos de ley y de acto legislativo relacionados con esta materia⁴⁰⁵, y, en

⁴⁰³ Resalta la Sala que esta opción finalmente fue adoptada por la Corte Constitucional al evidenciar el desconocimiento del principio de igualdad de trato a que daba lugar la expresión “seguido del”, contenida en el artículo 53 del Decreto 1260 de 1970 (subrogado por el artículo 1 de la Ley 54 de 1989), la cual fue declarada inexecutable con efectos diferidos y, “[s]i el Congreso de la República no expide la regulación de reemplazo dentro del término establecido en el numeral anterior, y mientras no lo haga, deberá entenderse que el padre y la madre de común acuerdo, podrán decidir el orden de los apellidos de sus hijos. Si no hay acuerdo entre los padres, se resolverá por sorteo realizado por la autoridad competente para asentar el registro civil”. Sentencia C-519 de 2019.

⁴⁰⁴ En sesión del 15 de mayo de 1991, el Constituyente Jaime Benítez presentó una nueva propuesta en el siguiente sentido: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad, se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por su voluntad responsable de conformarla. || El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia y la ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable, la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”. A partir de esta propuesta, el Constituyente Iván Marulanda señaló lo siguiente: “el artículo referente a la libre opción de la mujer en relación con la maternidad, al no ser presentado a consideración de la Comisión, él lo lleva a conocimiento de la plenaria para los trámites de rigor”. Gaceta de la Asamblea Nacional Constituyente, tomo 107, p. 15.

⁴⁰⁵ Antes de la expedición de la Sentencia C-355 de 2006 se presentaron los siguientes proyectos de ley: (1) 17 de 1975, Senado de la República, (2) 17 de 1987, Senado de la República, (3) 95 de 1979, Cámara de Representantes, (4) 17 de 1987, Senado de la República, (5) 151 de 1989, Senado de la República, (6) 218 de 1993, Cámara de Representantes, (7) 43 de 1995, Senado de la República, (8) 194 de 1995, Senado de la República, (9) 179 de 1997, Senado de la República, (10) 230 de 2003, Senado de la República, (11) 11 de 2004, Senado de la República, (12) 169 de 2004, Senado de la República, (13) 64 de 2005, Cámara de Representantes, (14) 261 de 2005, Senado de la República, (15) 330 de 2005, Cámara de Representantes y (16) 264 de 2005, Senado de la República.

Después de la expedición de la Sentencia C-355 de 2006 se han presentado los siguientes proyectos de acto legislativo (17) 06 de 2011 y (18) 016 de 2012, y los siguientes proyectos de ley: (19) 060 de 2007, (20) 50 de 2007, acumulado con el 100 de 2007, Senado de la República y 329 de 2008, Cámara de Representantes, (21) 339 de 2008, Cámara de Representantes, (22) 237 de 2008, Senado de la República, (23) 154 de 2009, Senado de la República, (24) 21 de 2010, Senado de la República, (25) 217 de 2010, Senado de la República, (26) 94 de 2010, Senado de la República, (27) 13 de 2011, Senado de la República, (28) 237 de 2012, Cámara de Representantes, (29) 37 de 2012, Cámara de Representantes y 244 de 2013, Senado de la República, (30) 24 de 2013, Senado de la República, (31) 89 de 2013, Cámara de Representantes, (32) 41 de 2015, Senado de la República, (33) 113 de 2016, Senado de la República, (34) 167 de 2016, Cámara de Representantes, (35) 209 de 2016, Cámara de Representantes, (36) 147 de 2017, Senado de la República, (37) 48 de 2018, Senado de la

particular, tendientes al uso del derecho penal como *ultima ratio*. La discusión de estas iniciativas tiene un punto de inflexión en la Sentencia C-355 de 2006.

467. La siguiente descripción pone de presente la importancia que en el escenario del debate legislativo ha tenido la protección de la vida en gestación y las garantías que se adscriben a la libre opción de la maternidad de la mujer, relacionadas con la dignidad y sus derechos —en particular, a la salud, los derechos reproductivos, a la igualdad y a la libertad de conciencia—, que justifican un uso del derecho penal como *ultima ratio*.

468. En varios proyectos de ley anteriores a la Sentencia C-355 de 2006 se impulsaron propuestas de despenalización⁴⁰⁶, por causales similares a aquellas reconocidas como supuestos de atipicidad en la citada providencia: el peligro “grave” para la vida o la salud de la madre⁴⁰⁷, física o psíquica⁴⁰⁸; la evidencia científica de malformación o “anomalías del feto”⁴⁰⁹ o graves procesos patológicos⁴¹⁰; el embarazo producto de acceso carnal violento⁴¹¹ o acto sexual abusivo⁴¹², incesto o maniobra engañosa⁴¹³, inseminación artificial⁴¹⁴ o transferencia de óvulo fecundado⁴¹⁵ no consentidas, y las condiciones socioeconómicas de la mujer, su pareja o su familia, tras consulta con personal médico⁴¹⁶. También se han presentado proyectos de ley tendientes a proteger por la vía del derecho penal los atentados más graves contra la vida en gestación cuando esta adquiere un mayor nivel de autonomía a partir de un determinado número de semanas posteriores a la concepción⁴¹⁷.

469. A partir de la Sentencia C-355 de 2006 el debate en el Congreso de la República cambia y las discusiones se plantean, en buena medida, a partir de las consideraciones y la decisión de la providencia y no solo en relación con el aborto consentido, sino también a partir del enfoque de la salud sexual y reproductiva de la mujer —aspectos, estos últimos, que también fueron objeto de debate legislativo antes de la expedición de la sentencia en cita—.

470. Entre aquellas iniciativas se ha propuesto incluir en el artículo 11 de la Constitución que “[I]a interrupción voluntaria del embarazo podrá realizarse en los casos autorizados por la ley”⁴¹⁸; despenalizar el aborto consentido dentro de un determinado número de semanas posteriores a la gestación y la no imputabilidad “cuando su realización tardía se deba a causas ajenas a la

República, (38) 94 de 2019, Cámara de Representantes y (39) 258 de 2020, Senado de la República.

⁴⁰⁶ Cfr., los proyectos de ley 17 de 1975, Senado de la República; 95 de 1979, Cámara de Representantes; 17 de 1987, Senado de la República; 151 de 1989, Senado de la República; 218 de 1993, Cámara de Representantes; 236 de 2003, Cámara de Representantes y 064 de 2005, Cámara de Representantes.

⁴⁰⁷ Proyectos de ley 17 de 1975, Senado de la República y 17 de 1987, Senado de la República.

⁴⁰⁸ Proyectos de ley 95 de 1979, Cámara de Representantes; 17 de 1987, Senado de la República; 151 de 1989, Senado de la República y 218 de 1993, Cámara de Representantes.

⁴⁰⁹ Proyecto de ley 17 de 1975, Senado de la República; 95 de 1979, Cámara de Representantes; 17 de 1987, Senado de la República y 218 de 1993, Cámara de Representantes.

⁴¹⁰ Proyecto de ley 95 de 1979, Cámara de Representantes.

⁴¹¹ Proyecto de ley 95 de 1979, Cámara de Representantes.

⁴¹² Proyecto de ley 64 de 2005, Cámara de Representantes.

⁴¹³ Proyecto de ley 17 de 1975, Senado de la República.

⁴¹⁴ Proyecto de ley 17 de 1987, Senado de la República; 218 de 1993, Cámara de Representantes y 64 de 2005, Cámara de Representantes.

⁴¹⁵ Proyecto de ley 64 de 2005, Cámara de Representantes.

⁴¹⁶ Proyectos de ley 151 de 1989, Senado de la República y 218 de 1993, Cámara de Representantes.

⁴¹⁷ Proyectos de ley 17 de 1975, Senado de la República; 95 de 1979, Cámara de Representantes y 17 de 1987, Senado de la República.

⁴¹⁸ Proyecto de Acto Legislativo 016 de 2012, Cámara de Representantes.

voluntad de la mujer”, sin perjuicio de las causales previstas en la jurisprudencia⁴¹⁹; sancionar disciplinaria y administrativamente la dilación de la práctica de la IVE en los tres supuestos en que la Corte consideró que eran incompatibles con la Constitución⁴²⁰; garantizar el acceso a este procedimiento a favor de las víctimas de violencia sexual, en especial con ocasión del conflicto armado⁴²¹; clasificar los supuestos que no pueden ser objeto de persecución penal, de conformidad con la Sentencia C-355 de 2006, como una “urgencia vital”⁴²²; garantizar la educación sexual y reproductiva⁴²³, así como promover la planificación familiar, con énfasis en la responsabilidad que también les asiste a los hombres y que pueden asumir mediante la práctica de la vasectomía⁴²⁴.

471. Los fundamentos centrales de estos proyectos de ley han sido los siguientes: la prevalencia del derecho a la vida digna de la mujer⁴²⁵ y su autonomía⁴²⁶; la diferencia entre los conceptos: derecho a la vida y “vida humana”, así como la dependencia que tiene el feto de la mujer en ciertas etapas de gestación⁴²⁷; la inexistencia de garantías constitucionales absolutas⁴²⁸ y la ponderación en el ejercicio del derecho penal para proteger de manera compatible la vida en gestación y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer⁴²⁹; la prohibición estatal de interferir mediante el ejercicio del derecho penal en los derechos sexuales y reproductivos y en los proyectos de vida de las mujeres⁴³⁰; la equidad de género y la importancia de mayores garantías a favor de las mujeres porque, comúnmente, afrontan “el costo social y de salud respecto a la planificación familiar”⁴³¹; la garantía de no discriminación al optar por la IVE⁴³²; la adopción de medidas a favor de la igualdad material en consideración de aquellas mujeres que habitan el sector rural y con menor capacidad económica, así como quienes tienen mayores dificultades de acceso a la educación, información y a la atención en salud⁴³³; la necesidad de una regulación más alineada con criterios jurídicos y científicos, que con tendencias espirituales o morales⁴³⁴; el impacto desproporcionado sobre los derechos de la mujer⁴³⁵, a pesar de la escasa protección que ofrece el derecho penal al bien jurídico de la vida en gestación⁴³⁶ y la alta incidencia de una tipificación categórica de la conducta en la mortalidad materna, en su salud y en la salud pública⁴³⁷.

⁴¹⁹ Proyecto de ley 209 de 2016, Cámara de Representantes.

⁴²⁰ Proyecto de ley 147 de 2017, Senado de la República.

⁴²¹ Proyecto de ley 37 de 2012, Cámara de Representantes y 244 de 2013, Senado de la República, actual Ley 1719 de 2014.

⁴²² Proyecto de ley 237 de 2008, Senado de la República. Se propuso la siguiente disposición: “Artículo 166. El Plan Obligatorio de Salud para las mujeres en estado de embarazo cubrirá como una urgencia vital los servicios de: [...] el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, al tenor de lo dispuesto en la Sentencia C-355 de 2006 de la honorable Corte Constitucional”.

⁴²³ Proyectos de ley 084 de 2007, Senado de la República y 339 de 2008, Cámara de Representantes; y 41 de 2015, Senado de la República.

⁴²⁴ Proyectos de ley 050 de 2007, acumulado con el 100 de 2007, Senado de la República y 329 de 2008, Cámara de Representantes.

⁴²⁵ Proyecto de Acto Legislativo 016 de 2012, Cámara de Representantes y Proyecto de ley 209 de 2016, Cámara de Representantes.

⁴²⁶ Proyecto de Acto Legislativo 016 de 2012, Cámara de Representantes y Proyecto de ley 209 de 2016 Cámara de Representantes.

⁴²⁷ Proyecto de Acto Legislativo 016 de 2012, Cámara de Representantes.

⁴²⁸ Proyecto de ley 209 de 2016, Cámara de Representantes.

⁴²⁹ Proyecto de Acto Legislativo 016 de 2012, Cámara de Representantes y Proyecto de ley 209 de 2016, Cámara de Representantes.

⁴³⁰ Proyecto de ley 209 de 2016, Cámara de Representantes.

⁴³¹ Proyectos de ley 050 de 2007, acumulado con el 100 de 2007, Senado de la República y 329 de 2008, Cámara de Representantes.

⁴³² Proyecto de ley 147 de 2017.

⁴³³ Proyecto de ley 209 de 2016, Cámara de Representantes.

⁴³⁴ Proyecto de Acto Legislativo 016 de 2012, Cámara de Representantes.

⁴³⁵ Proyecto de ley 209 de 2016, Cámara de Representantes.

⁴³⁶ Proyecto de ley 209 de 2016, Cámara de Representantes.

⁴³⁷ Proyectos de ley 209 de 2016 y 094 de 2019 Cámara de Representantes.

472. A la par de estas iniciativas, también se ha propuesto establecer en el artículo 11 de la Constitución que “el derecho a la vida es inviolable y recibirá igual protección desde la fecundación hasta la muerte natural. No habrá pena de muerte”⁴³⁸; eliminar los eximentes de responsabilidad en la “muerte del niño o niña que está por nacer”, con incremento de la pena después de los dos meses de gestación⁴³⁹; declarar un día del año como el día nacional del “niño o niña por nacer y de la mujer embarazada”, destinado a concientizar a las personas acerca de los riesgos en la salud física y mental que sufren las mujeres que abortan⁴⁴⁰ y la responsabilidad individual de iniciar la vida sexual, así como generar sensibilidad frente a la vida del “niño o niña por nacer”⁴⁴¹; brindar opciones de adopción de quien está por nacer y cunas de vida para recién nacidos⁴⁴²; proteger a la mujer durante el embarazo y luego de su culminación mediante la asesoría jurídica y psicosocial, así como en casos de abandono familiar⁴⁴³; apoyar a la mujer en estado de gestación, proteger al que está por nacer y garantizar un parto digno⁴⁴⁴; acompañar a la mujer en estado de embarazo “fruto de una conducta no consentida”, mediante un apoyo económico equivalente a un salario mínimo desde la fecundación hasta los 18 años⁴⁴⁵; y también acompañar a las mujeres que se encuentren en alguna de las tres causales de que trata la Sentencia C-355 de 2006, mediante programas de promoción de “acogida de la vida”⁴⁴⁶.

473. Entre las razones que han fundamentado estas últimas iniciativas se encuentran las siguientes: la prevalencia inviolable de la vida⁴⁴⁷; la protección del derecho a la vida desde la concepción⁴⁴⁸; el *nasciturus* como ser humano que debe recibir igual o mayor protección que los demás⁴⁴⁹, por el interés superior de los niños y niñas⁴⁵⁰; la Asamblea Nacional Constituyente no incluyó la posibilidad de abortar sin acudir a la sanción penal, a pesar de que fue un asunto objeto de debate⁴⁵¹; la Sentencia C-355 de 2006 constituye una excepción a la jurisprudencia tradicional de la Corte que había declarado la constitucionalidad del delito⁴⁵²; la protección jurídica internacional⁴⁵³,

⁴³⁸ Proyecto de Acto Legislativo 06 de 2011, Senado de la República.

⁴³⁹ Proyecto de ley 154 de 2009, Senado de la República.

⁴⁴⁰ Proyecto de ley 21 de 2010, Senado de la República.

⁴⁴¹ Proyecto de ley 21 de 2010, Senado de la República.

⁴⁴² Proyecto de ley 094 de 2010, Senado de la República. También se puede consultar el Proyecto de ley 094 de 2019, Cámara de Representantes, en el cual se destacó que aquella mujer que se encuentra en estado de embarazo “y desea abortar, acudirá a la clandestinidad para abortar, pues hoy no existe ninguna política pública para atender a las personas que se encuentran en estado de embarazo no deseado, sin ninguna otra opción u alternativa brindada por el Estado”.

⁴⁴³ Proyecto de ley 167 de 2016, Cámara de Representantes, “por medio de la cual se brinda apoyo y orientación a la mujer gestante o lactante en riesgo y se dictan otras disposiciones”. Este proyecto propuso brindar orientación telefónica psicosocial y jurídica a las mujeres, para prevenir riesgos que las puedan afectar, al igual que al feto, de tal forma que se pudiera reducir la vulnerabilidad de la mujer durante el embarazo y el postparto.

⁴⁴⁴ Cfr., los proyectos de ley 060 de 2007, 172 de 2009, 021 de 2010, 024 de 2013 y 258 de 2020, todos del Senado de la República.

⁴⁴⁵ Proyecto de ley 089 de 2013, Cámara de Representantes

⁴⁴⁶ Proyecto de ley 13 de 2011, Senado de la República y 237 de 2011 Cámara de Representantes. Cfr., igualmente, el Proyecto de ley 217 de 2010, Senado de la República y 60 de 2009, Cámara de Representantes.

⁴⁴⁷ Proyecto de Acto Legislativo 06 de 2011, Senado de la República y Proyecto de ley 154 de 2009, Senado de la República.

⁴⁴⁸ Proyecto de Acto Legislativo 06 de 2011, Senado de la República y proyectos de ley 154 de 2009, 94 de 2010 y 21 de 2010, Senado de la República.

⁴⁴⁹ Proyecto de Acto Legislativo 06 de 2011, Senado de la República, Proyecto de ley 94 de 2010, Senado de la República.

⁴⁵⁰ Proyecto de ley 154 de 2009, Senado de la República

⁴⁵¹ Proyecto de Acto Legislativo 06 de 2011, Senado de la República y Proyecto de ley 154 de 2009, Senado de la República.

⁴⁵² Proyecto de Acto Legislativo 06 de 2011, Senado de la República. Se hace referencia a las sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997 y C-647 de 2001.

⁴⁵³ Proyecto de Acto Legislativo 06 de 2011, Senado de la República.

particularmente derivada del artículo 4.1. de la CADH⁴⁵⁴; la protección a la vida del que está por nacer en el Código Civil⁴⁵⁵; el derecho a la salud física y mental de la mujer durante y después del embarazo; el derecho a la maternidad⁴⁵⁶, en contraste con el impacto físico, psicológico y social del aborto⁴⁵⁷; la mortalidad materna por este procedimiento⁴⁵⁸; la adopción como una alternativa para proteger al “menor”⁴⁵⁹ frente al aborto consentido o el abandono, sin desconocer los derechos de libertad y autonomía de la mujer⁴⁶⁰; el derecho a decidir el número de hijos tiene alcance hasta antes de la concepción⁴⁶¹; el alcance limitado de la libertad de conciencia o de cultos⁴⁶²; la “cultura de la vida”⁴⁶³ con preeminencia sobre la “cultura facilista que acoja opciones de muerte”⁴⁶⁴; lo discutible de considerar el aborto como un método de planificación familiar⁴⁶⁵; la despenalización parcial del aborto consentido no ha disminuido su práctica⁴⁶⁶ y la falta de apoyo del Estado como una causal que conduce al proceso de aborto voluntario cuando la mujer ha quedado en embarazo por casusas “no consentidas”⁴⁶⁷.

474. Este recuento de iniciativas legislativas y constitucionales pone de presente la importancia que en el escenario legislativo tiene la protección de la vida en gestación y las garantías que se adscriben a la libre opción a la maternidad de la mujer, relacionadas con su dignidad y derechos, que justifican un uso del derecho penal como *ultima ratio*. En este ejercicio regulatorio, como lo evidencia la anterior descripción, ha sido fundamental la valoración de medidas idóneas, necesarias y compatibles con la dignidad de la mujer, no únicamente desde un ejercicio del derecho penal como mecanismo de control social *prima ratio*.

475. En suma, mediante la Ley 599 de 2000, el Legislador mantuvo el estándar material vigente desde 1837 y especialmente aquel dispuesto desde el Código Penal de 1980, sin valorar ni ponderar los intereses jurídicos de las mujeres y las niñas en la tipificación del delito de aborto consentido. En esta tipificación no tuvo en cuenta las relevantes discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente, los nuevos parámetros materiales que introdujo la Constitución de 1991 ni la interpretación constitucional, como tampoco las observaciones que la comunidad internacional⁴⁶⁸, había hecho hasta ese momento. Esta problemática social tampoco ha sido objeto de regulación positiva luego de la expedición de la Sentencia C-355 de 2006, ni con posterioridad a los reiterados llamados de esta Corte para tales efectos⁴⁶⁹.

⁴⁵⁴ Proyecto de Acto Legislativo 06 de 2011, Senado de la República y proyectos de ley 154 de 2009 y 94 de 2010, Senado de la República.

⁴⁵⁵ Proyectos de ley 154 de 2009 y 94 de 2010, Senado de la República.

⁴⁵⁶ Proyectos de ley 154 de 2009 y 258 de 2020, Senado de la República.

⁴⁵⁷ Proyecto de Acto Legislativo 06 de 2011, Senado de la República.

⁴⁵⁸ Proyectos de ley 154 de 2009, 21 de 2010, 94 de 2010 y 258 de 2020, Senado de la República.

⁴⁵⁹ Proyecto de ley 258 de 2020, Senado de la República.

⁴⁶⁰ Proyectos de ley 94 de 2010 y 84 de 2018, Senado de la República.

⁴⁶¹ Proyecto de ley 154 de 2009, Senado de la República.

⁴⁶² Proyecto de ley 021 de 2010, Senado de la República.

⁴⁶³ Proyecto de Acto Legislativo 06 de 2011, Senado de la República.

⁴⁶⁴ Proyecto de ley 13 de 2011, Senado de la República y 237 de 2011, Cámara de Representantes.

⁴⁶⁵ Proyecto de ley 94 de 2010, Senado de la República.

⁴⁶⁶ Proyecto de ley 94 de 2010, Senado de la República.

⁴⁶⁷ Proyecto de ley 89 de 2013, Cámara de Representantes.

⁴⁶⁸ Como se precisó, en el año de 1999, el Comité CEDAW había recomendado a los Estados partícipes de esta convención, que “[e]n la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto”. Recomendación General No. 24.

⁴⁶⁹ En particular, aquellos realizados en las sentencias C-355 de 2006, T-532 de 2014 y SU-096 de 2018.

476. De manera consecuente con estas razones, es posible concluir que la política pública ofrecida por el Estado para proteger los intereses involucrados en la problemática del aborto consentido se reduce, hoy en día, a la sanción penal de la mujer gestante. Así, el Derecho Penal ha sido utilizado no como recurso de *ultima ratio*, sino, podría decirse, como *única ratio*.

477. La referida inactividad legislativa para buscar soluciones de fondo a la situación de cientos de mujeres que enfrentan un embarazo no deseado y la falta de protección y oportunidades para las que desean asumir la maternidad, no obstante las dificultades materiales para garantizar su manutención, educación, seguridad y bienestar, hacen de la sanción penal la única política pública visible, incumpliendo de esta manera el Estado su obligación constitucional de garantizar asistencia y protección a la mujer durante el embarazo y después del parto, en los términos del artículo 42 de la Constitución.

478. Aunque es entendible que incluir una norma en el Código Penal es menos costoso que diseñar, implementar y mantener una política pública que tienda a la reducción del número de embarazos no deseados, el Estado no puede ignorar que su obligación fundamental y primigenia es garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de sus habitantes.

12.4.2. La segunda razón tiene que ver con la mayor exigencia de regulación a cargo del Legislador con posterioridad a la expedición de la Sentencia C-355 de 2006, cuya sistemática omisión ha sido evidenciada de manera trágica por la jurisprudencia constitucional en la revisión de casos concretos

479. La falta de regulación legislativa positiva de la problemática social que supone la práctica del aborto consentido ha sido más evidente con posterioridad a la expedición de la Sentencia C-355 de 2006, ya que ha dado lugar a barreras de acceso a la IVE en los tres supuestos en los que la Corte encontró parcialmente incompatible el artículo 122 del Código Penal con la Constitución, circunstancia que, a su vez, entra en tensión con la dignidad de la mujer y, por tanto, con el carácter de *ultima ratio* que debe caracterizar a la regulación penal.

480. Lo dicho se corrobora, en primer lugar, a partir del estudio de la línea jurisprudencial de la Corte en la materia, constituida por las sentencias T-171 de 2007, T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-636 de 2011, T-959 de 2011, T-841 de 2011, T-627 de 2012, T-532 de 2014, T-301 de 2016, T-731 de 2016, T-697 de 2016, T-931 de 2016 y SU-096 de 2018. En el estudio de estos casos, las salas de revisión y la Sala Plena de la Corte Constitucional han evidenciado que son múltiples los obstáculos impuestos para realizar el procedimiento de la IVE –en los tres supuestos de que trata la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal, en la Sentencia C-355 de 2006–, que han terminado frustrando la protección constitucional y han tornado inoperantes las excepciones

destinadas a salvaguardar la dignidad de las mujeres, niñas y personas gestantes y sus demás derechos. De hecho, como bien lo ha precisado aquella jurisprudencia, este tipo de barreras también afectan de manera intensa el bien jurídico que pretende amparar el delito de aborto voluntario, ya que la dilación en la práctica del citado procedimiento ha permitido que la edad gestacional avance y sea mucho más cara a los intereses que pretende proteger su realización oportuna.

481. En segundo lugar, las cifras aportadas por la Fiscalía General de la Nación al proceso reflejan un número importante de mujeres que son procesadas a pesar de encontrarse en alguna de las causales descritas en la Sentencia C-355 de 2006⁴⁷⁰. Si bien, tales investigaciones han terminado en archivo, esta decisión no restablece el conjunto de consecuencias adversas que ya se han ocasionado, tales como la estigmatización, la pérdida de privacidad, el estrés y la ansiedad, como resultado de una multitud de factores, incluida la posible alteración de la vida familiar, social y laboral, los costos legales y la incertidumbre sobre el resultado del proceso y la posible sanción futura.

12.4.2.1. La jurisprudencia de revisión de la Corte con posterioridad a la expedición de la Sentencia C-355 de 2006 y la acuciante necesidad de una regulación integral del fenómeno del aborto consentido

482. La jurisprudencia constitucional de revisión ha evidenciado barreras en el ámbito interno, familiar, social e institucional, este último comprendido por el sector médico, administrativo, administrativo-asistencial y judicial, que han afectado de manera grave la posibilidad de materializar la IVE en los tres supuestos en los que la Corte encontró parcialmente incompatible el artículo 122 del Código Penal con la Constitución –Sentencia C-355 de 2006– lo que evidencia, a su vez, la falta de idoneidad relativa de la resolución judicial, por factores ajenos a ella.

483. Según se indica en las sentencias T-627 de 2012, T-301 de 2016 y SU-096 de 2018, las barreras inician con el desconocimiento del contenido de la Sentencia C-355 de 2006 y de sus desarrollos jurisprudenciales posteriores, muchas veces causados por la vulneración del derecho a la información en que incurren las entidades de seguridad social y otras instituciones, al no suministrar información objetiva, oportuna, suficiente y adecuada, lo cual repercute en el temor a incurrir en un delito. Por ejemplo, en la Sentencia T-627 de 2012, la Corte debió ordenar “al Procurador General de la Nación, [...] RECTIFICAR, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, su comunicado de prensa de 21 de octubre de 2009, de manera personal, pública y con despliegue y relevancia equivalente, en el sentido de explicar que incurrió en una equivocación al referirse a las campañas ordenadas en la sentencia T-388 de 2009 como ‘campañas masivas de promoción del aborto como derecho’ ya que, en realidad, éstas buscan promover que las

⁴⁷⁰ Dirección de Políticas y Estrategia–Fiscalía General de la Nación (2020). Informe sobre la judicialización del aborto en Colombia. Anexo a la intervención de la Fiscalía General de la Nación, p. 40.

mujeres colombianas conozcan el contenido de sus derechos sexuales y reproductivos, dentro de los cuales se encuentra la interrupción voluntaria del embarazo en las hipótesis despenalizadas”⁴⁷¹.

484. Según se precisa en las sentencias T-585 de 2010, T-388 de 2009 y T-532 de 2014, desde lo personal, las barreras se presentan por la falta de capacidad económica para acceder a la práctica de la IVE, en los supuestos no penalizados en la Sentencia C-355 de 2006. Según se señala en la Sentencia T-388 de 2009, las barreras también se presentan por la ubicación geográfica que les impide a ciertas mujeres el acceso físico y oportuno a las entidades del Sistema de Seguridad Social en Salud, al igual que en la estigmatización que se deriva de prejuicios en la materia, que generan presiones indebidas sobre las mujeres⁴⁷².

485. En el sector salud, se encuentran dificultades relacionadas con la negación de certificaciones y autorizaciones médicas⁴⁷³; la desacreditación de certificados médicos externos⁴⁷⁴ o emitidos por psicólogos⁴⁷⁵; la objeción de conciencia indebidamente tramitada y la falta de remisión a otro profesional de la salud⁴⁷⁶ o la objeción de conciencia de una persona jurídica⁴⁷⁷; personal médico insuficiente o no capacitado para realizar el procedimiento⁴⁷⁸; ausencia, deficiencia o falla en los protocolos⁴⁷⁹; desacreditación de una denuncia por un acto sexual no consentido⁴⁸⁰; desestimación del daño a la salud mental: “hay que aguantar”⁴⁸¹; imposición de requisitos improcedentes como los siguientes: órdenes judiciales⁴⁸², autenticaciones de documentos, realización de juntas médicas⁴⁸³, conceptos de médicos especialistas⁴⁸⁴ o psicológicos⁴⁸⁵, exámenes médicos innecesarios o adicionales a los prescritos por el médico tratante⁴⁸⁶; estigmatización por parte del personal médico y de los prestadores del servicio de salud⁴⁸⁷. A la par, se presentan circunstancias de acoso y estigmatización a los prestadores del servicio de salud que sí realizan el procedimiento⁴⁸⁸.

486. En el sector judicial, las barreras se presentan por la valoración de objeciones de conciencia indebidamente formuladas y decididas⁴⁸⁹; por la realización de juicios de valor contra la mujer y su salud sexual y reproductiva; por no presumir la buena fe en las declaraciones que realizan las mujeres⁴⁹⁰; la

⁴⁷¹ Sentencia T-627 de 2012.

⁴⁷² Como lo precisa la Fiscalía General de Nación en su intervención (p. 12), en el ámbito familiar y social, los obstáculos se materializan por el desconocimiento de la autonomía de las mujeres y las niñas, lo que se refleja en un número importante de denuncias presentadas por las parejas de las mujeres o sus madres.

⁴⁷³ Sentencia SU-096 de 2018.

⁴⁷⁴ Sentencia T-841 de 2011.

⁴⁷⁵ Sentencias T-388 de 2009 y T-301 de 2016.

⁴⁷⁶ Sentencias T-388 de 2009, T-731 de 2016 y SU-096 de 2018.

⁴⁷⁷ Sentencias T-209 de 2008, T-388 de 2009 y SU-096 de 2018.

⁴⁷⁸ Sentencia T-209 de 2008.

⁴⁷⁹ Sentencias T-585 de 2010, T-841 de 2011 y SU-096 de 2018.

⁴⁸⁰ Sentencia T-946 de 2008.

⁴⁸¹ Sentencia T-585 de 2010.

⁴⁸² Sentencias T-171 de 2007, T-988 de 2007, T-388 de 2009, T-636 de 2011.

⁴⁸³ Sentencias T-959 de 2011.

⁴⁸⁴ Sentencias T-532 de 2014.

⁴⁸⁵ Sentencias T-988 de 2007.

⁴⁸⁶ Sentencias T-988 de 2007, T-946 de 2008, T-841 de 2011, T-931 de 2016 y SU-096 de 2018.

⁴⁸⁷ Sentencia T-388 de 2009.

⁴⁸⁸ Sentencias T-585 de 2010 y T-532 de 2014.

⁴⁸⁹ Sentencia T-388 de 2009.

⁴⁹⁰ Sentencias T-209 de 2008 y T-585 de 2010.

asunción de competencias propias del personal médico, por ejemplo, a pesar de que las mujeres se encuentran en alguno de los tres supuestos declarados incompatibles con la Constitución en la Sentencia C-355 de 2006, se ha negado el acceso al procedimiento de IVE, al valorar, de manera inadecuada, como incompatible con aquellas, cierta edad gestacional⁴⁹¹.

487. Las barreras que se acaban de mencionar no se presentan de manera independiente; por lo general, se evidencian de manera simultánea y se traducen, en muchas ocasiones, en la falta de realización oportuna del procedimiento, que, como se ha precisado, tiene un efecto lesivo potencialmente elevado para la dignidad y derechos de las mujeres y las niñas, al igual que para la protección gradual e incremental que debe otorgarse a la vida en gestación.

488. Precisamente, por la intersección de estas barreras se presenta una adicional: la presunta imposibilidad de realización del procedimiento ante cierta edad gestacional. Así, aun cuando la vida y la salud de la mujer o la niña se ha encontrado en evidente peligro, o aun cuando la vida del feto se ha considerado inviable –en los términos del condicionamiento contenido en la Sentencia C-355 de 2006–, mujeres y niñas deben someterse al azar del parto, por la falta de atención médica oportuna. Esta situación paradójica ha conducido a que esta Corte insista en lo siguiente:

“La jurisprudencia en vigor no impone límites a la edad gestacional para la realización del procedimiento de interrupción del embarazo. Los profesionales de la salud informarán a la mujer embarazada sobre los alcances y riesgos del procedimiento, atendiendo a la edad gestacional, para que esta adopte su decisión de manera instruida”⁴⁹².

489. Un caso paradigmático lo representa la Sentencia T-946 de 2008, en la que la Corte estudió el caso de *Ana*, una mujer en condición de discapacidad, víctima de acceso carnal no consentido y oportunamente denunciado ante la autoridad competente. En representación de ella, su madre solicitó que se llevara a cabo el procedimiento de IVE cuando *Ana* tenía 18 semanas de gestación. El ginecólogo tratante se negó a realizar el procedimiento al aducir objeción de conciencia y no remitió a la paciente a otro profesional. Ante la negativa del profesional tratante y la dilación en el trámite, la madre de *Ana* presentó una solicitud de tutela que en ambas instancias fue negada. Puntualmente, el juez de segunda instancia indicó:

“De haberse actuado cuando estaba empezando el embarazo, no se veía riesgo alguno tanto para lo joven, como para el feto. || Pero resulta, además, que para este funcionario ya es muy tarde para ordenar la interrupción del embarazo, puesto que como antes se anotara, ya ‘Ana’ cuenta con 25 o 26 semanas de gestación, en donde el feto se encuentra casi totalmente desarrollado”.

⁴⁹¹ Sentencias T-946 de 2008, T-841 de 2011, T-301 de 2016 y T-731 de 2016.

⁴⁹² Sentencia SU-096 de 2018.

490. Estos obstáculos y dilaciones dieron lugar a que el parto no deseado de *Ana*, aun cuando se encontraba en una de las hipótesis descritas en la Sentencia C-355 de 2006, se produjera.

491. En la revisión de las decisiones de instancia, la Corte Constitucional señaló que no era competencia del juez “determinar la oportunidad para realizar la IVE” y declaró vulnerada la dignidad de *Ana* y ordenó a la institución prestadora de salud abstenerse de interponer obstáculos para realizar la IVE en casos como el valorado, compulsó copias para que se adelantaran las investigaciones penales y disciplinarias en contra la entidad, el médico tratante y los jueces que conocieron del caso.

492. Posteriormente, en un caso semejante, en la Sentencia T-841 de 2011, ante la dilación en la realización del procedimiento de IVE –en uno de los supuestos previstos en la Sentencia C-355 de 2006–, una niña de 12 años, para quien continuar con el embarazo significaba un peligro para su salud, según dos certificaciones médicas, de psiquiatra y ginecólogo-obstetra, fue forzada a llevar a término el proceso de gestación. Cuando se presentó la solicitud ante la empresa promotora de salud, la menor tenía 5 meses de embarazo y la entidad tardó casi un mes en responder y cuando lo hizo exigió copia de la historia clínica de la menor. El juez de tutela de instancia resolvió negar el amparo con fundamento en lo siguiente:

“según las pruebas aportadas [...], la interrupción terapéutica del embarazo puede realizarse sin riesgo para la vida de la madre y el feto en las primeras 8 semanas de gestación y a la fecha la menor AA cuenta aproximadamente con 21 semanas de gestación, situación que sin duda pondría en peligro la vida de la menor y del feto”.

493. Al revisar la decisión, la Corte Constitucional descartó los argumentos del juez de instancia, ya que, primero, no era cierto que en el expediente hubiera tal prueba, ni que el juez tuviera “los conocimientos técnicos necesarios para certificarlo”. En segundo lugar, precisó que “ni la sentencia C-355 de 2006 ni ninguna norma legal ha fijado límite temporal alguno para la realización de la IVE en los casos despenalizados, lo que no permite que el juez –u otra autoridad o particular que participe en el sistema de salud– establezca una regla general que la impida después de cierto tiempo de gestación, como lo sugirió el juez de instancia”⁴⁹³. Debido a lo anterior, condenó en abstracto a la entidad a pagar el daño emergente y todos los demás perjuicios causados a la menor por la negativa ilegítima de la práctica de la IVE, y adoptó diferentes medidas tendientes a garantizar la salud y seguridad social de la menor de edad y del recién nacido y a prevenir la reiteración de estos hechos.

⁴⁹³ En relación con la etapa de gestación se indicó: “la decisión sobre la realización de la IVE en una etapa de gestación cercana al nacimiento debe ser tomada en cada caso concreto mediante una ponderación de la causal de que se trate, de criterios médicos soportados en la condición física y mental particular de la mujer gestante y, en todo caso, del deseo de la misma. Como toda intervención médica, la práctica de la IVE en estas condiciones debe estar precedida de un consentimiento idóneo e informado sobre el procedimiento a realizar y sus riesgos y beneficios”. Sentencia T-841 de 2011.

494. Luego, en la Sentencia T-731 de 2016, la Corte conoció el caso de *Amalia*, una adolescente de 14 años, residente en un área rural cercana al municipio de Leticia, quien solicitó la interrupción de su embarazo con fundamento en que padecía de una depresión profunda y que había tenido relaciones sexuales consentidas con un hombre de 22 años con quien no tenía un “vínculo sentimental o relación estable”. La menor fue remitida a diferentes especialistas y, finalmente, la institución prestadora de servicios de salud, como persona jurídica, declaró la objeción de conciencia institucional y afirmó no contar con personal capacitado para practicar el procedimiento. El juez de instancia negó el amparo al considerar que, entre otras, según dictamen del ICBF “la niña no presenta alteraciones graves en su estado emocional, y se recomienda su valoración por psiquiatría”. En el trámite de revisión, la Corte Constitucional declaró la carencia actual de objeto en relación con el procedimiento, debido a que este finalmente fue llevado a cabo en una clínica de Bogotá; no obstante, resaltó que, “la tardanza en la atención de su solicitud, como resultado de la actuación lenta y omisiva de todas las entidades que conocieron de él en el municipio de Leticia, implicaron que el ejercicio del derecho a la autonomía reproductiva [...] tuviera para la interesada un costo desproporcionadamente alto, principalmente en la esfera emocional”⁴⁹⁴. Finalmente, resolvió compulsar copias a las autoridades competentes con el fin de que se evaluara la posibilidad de investigar “la actuación que en este caso tuvieron las entidades accionadas y/o los profesionales de la medicina que en este caso intervinieron”⁴⁹⁵.

495. En el caso más reciente del cual conoció la Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia SU-096 de 2018, que ha sido citada en varias ocasiones en esta providencia, *Emma*, de consuno con su esposo, solicitaron la interrupción del embarazo en razón a los dictámenes médicos que diagnosticaron una malformación fetal “incompatible con la vida” que, a su vez, le generó una grave afectación a su salud mental. El personal médico por el cual fue atendida obstaculizó la realización del procedimiento y, finalmente, le indicó que no era posible realizarlo por el avance gestacional. El juez de instancia dictó una medida provisional tendiente a que se practicara el procedimiento médico omitido; días antes de la notificación de la medida, la entidad prestadora de salud lo realizó y en la providencia se declaró un hecho superado. En el trámite de revisión, la Corte Constitucional encontró acreditadas dos de las causales de que trata la Sentencia C-355 de 2006: “cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico y cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico”.

496. A pesar de que la Sala confirmó la decisión del juez de instancia, en consideración a las circunstancias particulares del caso resolvió estudiarlo de

⁴⁹⁴ Las secuelas de la situación, según indicó la Sala, se hicieron notorias en “el haber soportado por tiempo inusual e innecesariamente prolongado la depresión y angustia inherentes a su estado, y el impacto de la decisión que se disponía a llevar a cabo, pero también la relacionada con que ese mismo tiempo transcurrido, así como el avanzado estado de su gestación, permitió que más personas de su entorno se enteraran de lo sucedido, y por ello mismo, censuraran aún más su determinación, lo que la llevó a sufrir acciones de rechazo y reprobación, incluso por parte de su propia familia”. Sentencia T-731 de 2016.

⁴⁹⁵ Sentencia T-731 de 2016.

fondo y señaló los estándares mínimos que debían tenerse en consideración en este tipo de casos⁴⁹⁶ y exhortó al Congreso a que regulara la materia, para lo cual precisó:

“La Corte advierte que pasados más de doce años de reconocido el derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo y a pesar de la claridad de las reglas establecidas en la sentencia C-355 de 2006, como lo demuestra este caso, aún existe todo tipo de trabas y barreras para que las mujeres que solicitan la IVE no puedan acceder de manera oportuna y en las condiciones adecuadas, con consecuencias irreversibles o que obligan a que se practique en forma indebida con grave peligro para su salud, teniendo que acudir a la acción de tutela para lograr que se garantice su derecho a la atención debida. Esta situación implica, un evidente incumplimiento de los compromisos internacionales que asumió el Estado colombiano como lo ha observado la Comisión sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), para garantizar el derecho de las mujeres a decidir de manera autónoma la práctica de la IVE, en los casos permitidos. Pues tal y como se desarrolló en la parte dogmática, la imposición de barreras para este tipo de procedimiento constituye violencia y discriminación contra la mujer”⁴⁹⁷.

12.4.2.2. Las estadísticas judiciales y la acuciante necesidad de una regulación integral del aborto voluntario

497. Las cifras de la Fiscalía General de la Nación reflejan un número importante de mujeres que son procesadas a pesar de encontrarse en alguna de las causales descritas en la Sentencia C-355 de 2006. Si bien tales investigaciones han terminado en archivo, esta decisión no restablece el conjunto de consecuencias adversas que ya se han ocasionado. Al respecto, la entidad señaló:

“La principal causal de archivo registrada en este tipo de investigaciones es la atipicidad: el 67,3% de los archivos están sustentados en esta causal. Estas decisiones son congruentes con la aplicación de los supuestos de despenalización enunciados por la sentencia C-355 de 2006 o con el hallazgo de alguna otra circunstancia que no coincida con lo dispuesto en el artículo de Aborto del Código Penal (Art. 122)”⁴⁹⁸.

498. Esta, sin lugar a duda, es una de las barreras más evidentes ya que supone que, a pesar de que la mujer o niña, en principio, pudo acceder a un procedimiento seguro ante su entidad prestadora del servicio de salud, no solo debió exponerse a un aborto clandestino, sino que debió sobrellevar la carga del

⁴⁹⁶ Entre los estándares citados, la Sala Plena identificó los siguientes: el deber de suministrar información oportuna, suficiente y adecuada en materia reproductiva; el deber de disponer de los medios necesarios para materializar la IVE en todo el territorio, en todos los niveles de complejidad y en cualquier etapa del embarazo; el derecho a la intimidad en materia reproductiva y el deber de confidencialidad de los profesionales de la salud; el derecho de las mujeres a decidir libre de apremios sobre la IVE, en las causales previstas en la Sentencia C-355 de 2006; la mujer gestante tiene derecho a un diagnóstico oportuno y actual sobre el estado y condiciones de su embarazo; la prohibición de dilaciones injustificadas en la práctica de la IVE; la emisión del certificado para realizar el procedimiento médico le corresponde a los profesionales de la salud, quienes deben actuar conforme a los estándares éticos de su profesión; la jurisprudencia en vigor no impone límites a la edad gestacional para realizar el procedimiento de IVE; las menores de edad tienen plena autonomía para decidir sobre la práctica de la IVE; en principio, las personas profesionales de la medicina pueden eximirse de practicar la IVE por motivos de conciencia si se garantiza la prestación de este servicio en condiciones de calidad y de seguridad para la salud y la vida de la mujer gestante que lo solicite, sin imponerle cargas adicionales o exigirle actuaciones que signifiquen obstaculizar su acceso a los servicios de salud y la objeción de conciencia se predica únicamente del personal que realiza directamente la intervención médica necesaria para interrumpir el embarazo.

⁴⁹⁷ Sentencia SU-096 de 2018.

⁴⁹⁸ Dirección de Políticas y Estrategia. Fiscalía General de la Nación (2020). Informe sobre la judicialización del aborto en Colombia. Anexo a la intervención de la Fiscalía General de la Nación, p. 40.

proceso penal, a pesar de haber realizado una conducta atípica. En relación con este tipo de inferencias, en la Sentencia SU-096 de 2018 la Corte precisó: “la Corte ha evidenciado que, ante la inactividad de las EPS, las pacientes se han visto en la obligación de acudir a abortos clandestinos, con las implicaciones que estos conllevan”. Para fundamentar esta afirmación tuvo en consideración lo señalado en la Sentencia T-988 de 2007, en la cual se analizó el caso de una mujer en condición de discapacidad cognitiva severa, víctima de abuso sexual, quien pretendió acceder al procedimiento de IVE. En el trámite de revisión, la Corte se comunicó con la agente oficiosa de esta mujer, su madre, quien informó que “la joven ya no se encontraba en estado de gestación y que tampoco había dado a luz. La actora solicitó que, en vista de las circunstancias del caso concreto y de lo perturbadora que había resultado la situación para la joven, no se continuara con los trámites de tutela por cuanto éstos carecían ya de objeto”⁴⁹⁹.

499. Un caso similar se examinó en la Sentencia T-585 de 2010, en la cual la Corte constató que la accionante “ya no se encontraba en estado de gestación y que tampoco había dado a luz; concretamente manifestó que no había continuado con el embarazo”. En esta decisión se resolvió declarar la carencia actual de objeto y se precisó que esta “no se deriva de la presencia de un hecho superado o de un daño consumado pues la pretensión de la actora de acceder a una IVE dentro del sistema de salud en condiciones de calidad fue rechazada, pero, al mismo tiempo, el nacimiento tampoco se produjo. Aquí la carencia actual de objeto surge de una modificación en los hechos que originaron la acción de tutela que hace que la pretensión sea imposible de llevar a cabo”.

500. También son dicientes de esta problemática el alto número de mujeres sometidas al proceso penal tras ser “capturadas” en “flagrancia”, con el posible desconocimiento del derecho a la intimidad que ello implica. Según informó la Fiscalía General de la Nación:

“Entre el 1 de enero de 2004 y el 31 de agosto de 2019 fueron realizadas 636 capturas por parte de la Policía Nacional 34 por el artículo 122 del Código Penal, de las cuales el 87,57% corresponden a capturas en flagrancia y el 12,4% corresponden a capturas por orden judicial. Esto quiere decir que, de las 4.581 personas indiciadas desde 2004 a 2019, el 13,8% fue capturada. La mayor parte de las personas capturadas (80%) fueron mujeres. En relación con la edad, el 77,5% de las personas capturadas era mayor de edad, el 12,4% eran personas menores de edad y no se pudo determinar en los registros la edad del 10% de las personas capturadas”⁵⁰⁰.

501. El hecho de que la mayor cantidad de personas capturadas por el delito de aborto sean mujeres y, algunas de ellas menores de edad, quienes en su mayoría pudieran encontrarse en alguno de los supuestos de que trata la Sentencia C-355 de 2006 –recuérdese que, según la información suministrada por la Fiscalía General de la Nación, “[l]a principal causal de archivo registrada

⁴⁹⁹ Sentencia T-988 de 2007.

⁵⁰⁰ Dirección de Políticas y Estrategia. Fiscalía General de la Nación (2020). Informe sobre la judicialización del aborto en Colombia. Anexo a la intervención de la Fiscalía General de la Nación, p. 24.

en este tipo de investigaciones es la atipicidad: el 67,3% de los archivos están sustentados en esta causal⁵⁰¹—, se ven sometidas a una vulneración grave de su derecho a la intimidad⁵⁰².

502. Este tipo de circunstancias, tanto aquellas de que da cuenta la jurisprudencia de las salas de revisión de la Corte Constitucional, como las estadísticas aportadas por la Fiscalía General de la Nación en materia de aborto voluntario, permiten inferir la falta de idoneidad relativa de la resolución judicial contenida en la Sentencia C-355 de 2006, por razones especialmente asociadas a la ausencia de una política pública integral en la materia, con evidentes efectos de persecución criminal y de estigmatización por parte del Estado y de la sociedad hacia las mujeres que se encuentran en alguno de los supuestos previstos en la citada decisión.

503. Esta percepción distorsionada impide que se brinde información clara y precisa a las mujeres y al personal de la salud sobre la IVE, lo que da lugar a una sobreexposición de todos ellos a reproches sociales, rechazo, acoso e intromisiones contrarias a la intimidad de la mujer y de desconocimiento del secreto profesional del personal de la salud. Este conjunto de circunstancias no solo restringe el acceso de las mujeres a servicios de salud adecuados, sino que excusa o amedrenta al personal médico para llevar a cabo el procedimiento en los casos previstos en la Sentencia C-355 de 2006. Ambas situaciones dan lugar a la demora en su realización, circunstancia que expone a las mujeres a un trato que lesiona de manera más grave su dignidad, vida y salud, en la medida en que avanza el proceso gestacional, y que, a pesar de la relevancia de tales escenarios, la regulación primaria de esta problemática social continúa circunscrita a un uso *prima ratio* del derecho penal.

12.4.3. La tercera razón tiene que ver con dos circunstancias constitucionalmente relevantes que exigen una regulación integral de esta problemática por parte del Legislador, que no exclusivamente por la vía penal

⁵⁰¹ Ibid.

⁵⁰² En atención a supuestos fácticos similares, en el caso *Morgentaler vs. The Queen*, la Corte Suprema de Canadá declaró inválida la disposición penal que regulaba el aborto en ese país. La Corte Suprema tuvo en consideración que, aun cuando el Código Penal permitía la realización del “aborto terapéutico”, el procedimiento administrativo previsto para su realización lo hacía prácticamente inoperante (p. 72). Es decir, a pesar de que el marco legal ofrecía una alternativa para no someter a las mujeres a un proceso penal, la “indisponibilidad práctica” del procedimiento las exponía a “arriesgar la responsabilidad” o a esperar y arriesgarse a sufrir otros daños por el “aborto tardío traumático causado por la demora inherente al [...] sistema” (p. 75). En las consideraciones de la providencia, la Corte Suprema se refirió a la demora del procedimiento como un riesgo que podría generar implicaciones “potencialmente devastadoras” en la salud física y psicológica de la mujer. Por esta razón, precisó que cuanto antes se realizara el procedimiento, menores serían tales efectos y el riesgo de mortalidad. Para fundamentar esta postura, hizo referencia a las alternativas médicas para realizar el procedimiento conforme avanzaba la edad gestacional y a las estadísticas sobre el riesgo de complicaciones en consideración a este mismo factor. Así mismo, evidenció los traumas que padecen las mujeres, como consecuencia de la incertidumbre acerca de la decisión que asumirá el personal médico y el riesgo que la demora significa para sus vidas y salud. En relación con el primer aspecto, puso de presente las estadísticas sobre mortalidad citadas por los médicos Cates y Grimes, aportadas al proceso de constitucionalidad, conforme con las cuales, “Todo lo que contribuya a retrasar la realización de abortos aumenta las tasas de complicaciones entre un 15% y un 30% y la probabilidad de morir en un 50% por cada semana de retraso”. En esa línea, los jueces Beetz y Estey señalaron: “Si una ley del Parlamento obliga a una persona cuya vida o salud está en peligro a elegir entre, por un lado, la comisión de un delito para obtener un tratamiento médico eficaz y oportuno y, por otro lado, un tratamiento inadecuado o ningún tratamiento, se ha vulnerado el derecho a la seguridad de la persona” (p. 90). Igualmente precisaron: “La evidencia revela que las demoras causadas por la sección 251 (4) resulta en, al menos, tres tipos amplios de riesgos médicos adicionales. El riesgo de complicaciones postoperatorias aumenta con la demora. En segundo lugar, existe el riesgo de que la mujer embarazada requiera un medio más peligroso para provocar un aborto espontáneo, debido al retraso. Finalmente, dado que una mujer embarazada sabe que su vida o su salud están en peligro, el retraso en el procedimiento creado por la sección 251 (4) puede resultar en un trauma psicológico adicional” (p. 101). Corte Suprema de Canadá. Caso *Morgentaler vs. The Queen*, enero 28 de 1988. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/288/1/document.do>

504. Estas dos circunstancias constitucionalmente relevantes son: (i) la dignidad humana, como criterio material que explica el carácter de *ultima ratio* del derecho penal y (ii) que la tipificación de la conducta se fundamenta en un criterio *sospechoso* de discriminación: el *sexo*.

505. En relación con lo primero, acudir a la penalización del aborto consentido como mecanismo *prima ratio* para proteger la vida en gestación y sin consideración alguna de la dignidad de la mujer, da lugar a que esta se reduzca a un mero instrumento “de reproducción de la especie humana”⁵⁰³, incompatible con su dignidad y, por tanto, en evidente tensión con el carácter de *ultima ratio* del derecho penal.

506. En relación con lo segundo, el Legislador ha omitido considerar que la tipificación de la conducta del aborto consentido se fundamenta en un criterio *sospechoso* de discriminación: el *sexo*. Esta forma de penalización desconoce que, en principio, toda distinción originada en esta circunstancia, por expresa prescripción del artículo 13, inciso 1°, de la Constitución es, *prima facie*, discriminatoria y desconoce que el Estado debe garantizarles a las mujeres una vida libre de violencias. No considerar esta circunstancia para la regulación de la problemática de relevancia constitucional que supone el aborto voluntario, especialmente luego de la expedición de la Sentencia C-355 de 2006, respalda la tesis de que en la actual tipificación del delito se acude al derecho penal como mecanismo *prima ratio*.

12.4.3.1. Una regulación integral de la problemática de relevancia constitucional asociada al aborto con consentimiento –que no exclusivamente mediante el derecho penal–, exige que el Legislador considere como especialmente relevante la dignidad de la mujer

507. La dignidad humana exige utilizar el poder punitivo del Estado como último recurso, de allí que explique el principio de mínima intervención y la naturaleza fragmentaria del derecho penal. En el presente asunto, emplear el derecho penal como *prima ratio* para regular en forma de prohibición absoluta, sin ningún tipo de ponderación, la compleja problemática social que supone el aborto consentido, genera una fuerte tensión con la dignidad de las mujeres y las niñas y con sus derechos a la salud, reproductivos, igualdad y libertad de conciencia.

508. El reconocimiento de la dignidad de las mujeres y las niñas⁵⁰⁴ y, por tanto, el ejercicio de la libertad que esta supone, implica que el Legislador valore como un bien jurídico relevante su libre opción de la maternidad. El ejercicio del *ius puniendi* estatal es incompatible con esta garantía cuando en la regulación del

⁵⁰³ Sentencia C-355 de 2006. En esta providencia se indicó: “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”.

⁵⁰⁴ En la Convención de Belem Do Pará, para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer se reconoce el “derecho a que se respete la dignidad [de la mujer] inherente a su persona (artículo 4.e). Esta convención fue ratificada por el Congreso mediante la Ley 248 de 1995 y es un instrumento que reconoce derechos humanos, en los términos del artículo 93, inciso 1°, de la Constitución; por tal razón, prevalece en el orden interno.

delito del aborto con consentimiento tal circunstancia no se tiene en cuenta, ya que la tipificación en forma de prohibición absoluta y sin ningún tipo de ponderación, da lugar a una instrumentalización de la mujer para un fin reproductivo por medio de la amenaza del derecho penal. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha precisado:

“El ejercicio de la autonomía sexual de la mujer no puede reducirse a convertirse en instrumento o medio para lograr la conformación de familias; o para la procreación. Por el contrario, en tanto que manifestación de la libertad individual, que se reconoce por igual a hombres y mujeres, el sentido con el cual se ejerce dicha autonomía estará definido de manera individual, por su proyecto de vida”⁵⁰⁵.

509. La imposición de medidas penales, tal y como se advirtió al estudiar el cargo de inconstitucionalidad por violación de la libertad de conciencia, entra en tensión con el plan de vida de las personas gestantes y, por tanto, la tipificación irrestricta del aborto consentido –como se regula en la actualidad–, es doblemente lesiva para las expectativas y proyectos que tienen derecho a trazarse, conforme a sus aspiraciones. De un lado, al ser sujetos pasivos de una sanción que, en el caso de las mujeres, puede limitar su libertad en un centro de reclusión hasta por 54 meses y, de otro, al sancionar, sin alternativas para su ejercicio, una conducta que hace parte de la libre escogencia de su plan de vida.

510. Como lo refirió la Sala en la Sentencia C-355 de 2006, la elección de un plan de vida “constituye un límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal”⁵⁰⁶, de allí que sea relevante ponderar aquella al momento de tipificar una conducta penal como la del aborto voluntario. Lo contrario puede conducir a tolerar y perpetuar una conducta discriminatoria contra las mujeres y las niñas, ya que por su capacidad reproductiva y gestacional son calificadas como sujeto activo del delito⁵⁰⁷. Para estas, la definición de su plan de vida se encuentra estrechamente ligado a la decisión de asumir o no la maternidad, conforme con su libre determinación, esta última, sin duda, moldeada por factores sociales, culturales, religiosos, económicos y educativos.

511. Estas consideraciones no han sido ajenas al debate judicial en el marco internacional sobre la tipificación del aborto consentido. Las sentencias que han revisado el asunto bajo estudio y que han avalado o determinado su despenalización en distintos países han hecho referencia a la dignidad de la mujer como un criterio fundamental en la ponderación de intereses jurídicos, aspecto que explica el carácter de *ultima ratio* del derecho penal. Como se señala en otros apartados de esta providencia, se acude tanto a la normativa como a la jurisprudencia comparada únicamente para efectos de ilustrar la forma en que otros ordenamientos jurídicos han abordado la problemática de relevancia constitucional que supone el aborto consentido, sin que tal descripción tenga una pretensión de exhaustividad, de sujeción del

⁵⁰⁵ Sentencia SU-1167 de 2001.

⁵⁰⁶ Sentencia C-355 de 2006.

⁵⁰⁷ Cfr., en lo pertinente, Corte IDH. Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, ff. 142.

razonamiento de la Corte a tales ideas o constituya un fundamento decisorio de esta providencia.

512. Para ilustrar la relevancia de la dignidad humana, en particular, de la mujer, como razón que explica el uso como *ultima ratio* del derecho penal, se hace referencia a los apartados más relevantes en la materia de los casos *Roe vs. Wade* (1973)⁵⁰⁸, *Planned Parenthood vs. Casey* (1992)⁵⁰⁹ –Estados Unidos– y *Morgentaler vs. The Queen* (1988)⁵¹⁰ –Canadá–, que han hecho referencia al citado valor fundante del Estado liberal, social y democrático de Derecho. En relación con los dos primeros casos, es importante precisar que la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos no valoró un caso semejante al que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sala, en que se demanda la compatibilidad de la disposición penal que tipifica el delito de aborto consentido con la Constitución, como sí lo hizo la Corte Suprema de Justicia de Canadá en el caso *Morgentaler vs. The Queen* (1988).

513. En el caso *Roe vs. Wade*⁵¹¹, la demandante –una mujer soltera que se presentó bajo el seudónimo de Jane Roe– solicitó que se le permitiera abortar, tras afirmar que su embarazo había sido producto de una violación y que las leyes del Estado de Texas penalizaban esta conducta, salvo que fuera necesaria para salvar la vida de la mujer embarazada. La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos señaló que prohibir totalmente el aborto afectaba de manera grave la dignidad de la mujer:

“Es evidente el perjuicio que el Estado impondría a la gestante al negar por completo esta opción. Existe un daño directo y específico que puede encontrarse involucrado y que puede ser médicamente diagnosticado, aun en las etapas tempranas del embarazo. La maternidad puede forzar a la mujer a una vida y a un futuro angustiosos. El daño psicológico puede ser inminente. La salud física y mental puede ser agravada por el cuidado del menor. También existe la angustia, para todos los interesados, asociada con la maternidad no deseada, y existe el problema de llevar al nuevo ser a una familia que ya no puede, psicológicamente o de otro modo, cuidarlo. En otros casos, como en este, las dificultades adicionales y el estigma continuo de la mujer no casada pueden estar involucrados”⁵¹².

514. Más adelante, en el caso *Planned Parenthood vs. Casey*, la Corte Suprema de Justicia revisó la constitucionalidad de cinco medidas previstas en la Ley de Control del Aborto de Pensilvania de 1982 que los demandantes consideraban contrarias al precedente del caso *Roe vs. Wade*, entre ellas, el

⁵⁰⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso *Roe vs. Wade*, enero 22 de 1973. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep410/usrep410113/usrep410113.pdf>

⁵⁰⁹ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso *Planned Parenthood vs. Casey*, junio 29 de 1992. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep505/usrep505833/usrep505833.pdf>

⁵¹⁰ Corte Suprema de Canadá. Caso *Morgentaler vs. The Queen*, enero 28 de 1988. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/288/1/document.do>

⁵¹¹ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso *Roe vs. Wade*, enero 22 de 1973. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep410/usrep410113/usrep410113.pdf>

⁵¹² Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso *Roe vs. Wade*, enero 22 de 1973. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep410/usrep410113/usrep410113.pdf>, p. 153. En este caso, la Corte Suprema de Justicia se pronunció acerca de la situación de una mujer soltera que deseaba terminar su embarazo mediante la intervención de un médico calificado. Alegó que no podía tener un aborto seguro en Texas –su lugar de residencia– porque la norma exigía que su vida estuviera en peligro, condición que no cumplía. Así mismo, señaló que carecía de recursos económicos suficientes para viajar a otro Estado donde pudiera acceder a un procedimiento médico seguro.

deber de que las mujeres casadas notificaran a sus cónyuges de su voluntad de abortar. La Corte señaló que las decisiones relacionadas “con el matrimonio, la procreación, la anticoncepción, la familia, la crianza de los hijos y su educación” involucran las decisiones más íntimas y personales que una persona pueda asumir, “son decisiones centrales a la dignidad y la autonomía personal”. Por tanto, precisó que “el interés de un Estado en la protección de la vida no llega a justificar cualquier anulación plenaria de la libertad individual” y que la decisión asumida en el caso *Roe vs. Wade*, 20 años atrás, había impactado en “[l]a capacidad de las mujeres para participar en pie de igualdad en la vida económica y social de la Nación [que] se ha visto facilitada por su capacidad para controlar su vida reproductiva”⁵¹³.

515. En la revisión del caso *Morgentaler vs. The Queen*⁵¹⁴, le correspondió a la Corte Suprema de Justicia de Canadá estudiar la constitucionalidad de la sección 251 del Código Penal que tipificaba el delito de aborto con consentimiento, excepto en los casos de peligro para la vida o la salud de la mujer, siempre que en este último supuesto existiera certificación médica de un hospital acreditado. Ante esta restricción, un grupo de médicos abrió una clínica para ofrecer el servicio de interrupción voluntaria del embarazo a mujeres que no habían obtenido tal certificado. La Corte declaró inconstitucional la disposición y liberalizó la práctica del aborto voluntario, por considerar que era contraria a la “seguridad personal”, al exponer a las mujeres a daños en su integridad física y psicológica por la inoperancia del procedimiento administrativo, y dispuso que la solución no podría ser eliminar la opción del procedimiento, en razón a que ello implicaría una protección desproporcionada para el embrión o feto y el desconocimiento total de los derechos de la mujer, motivo por el cual determinó que sería el Legislador el que debía regular el asunto, atendiendo a los criterios definidos en la citada providencia. Una de las razones que fundamentó la decisión fue que la disposición implicaba la “eliminación del poder de decisión” y el desconocimiento de las aspiraciones y prioridades de la mujer, a causa de la obligación de someter a consideración del personal médico la posibilidad de acceder al aborto⁵¹⁵.

516. En el debate, el juez Wilson J. indicó que la restricción “es también una interferencia directa con su ‘persona’ física [hace referencia a la mujer]. Verdaderamente está siendo tratada como un medio, un medio para un fin que no desea, pero sobre el que no tiene control. Ella es la receptora pasiva de una decisión tomada por otros sobre si su cuerpo se utilizará para nutrir una nueva vida. ¿Puede haber algo que se relacione menos con la dignidad humana y el autorrespeto?”. En ese sentido, citando doctrina que consideró autorizada en la materia, resaltó que el derecho a ejercer la capacidad reproductiva de la mujer hacía parte integral de la lucha por “*afirmar su dignidad y valor como ser humano*”. Así mismo, indicó que la opción de planificar la propia vida estaba

⁵¹³ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso *Planned Parenthood vs. Casey*, junio 29 de 1992. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep505/usrep505833/usrep505833.pdf>, pp. 851, 852 y 857.

⁵¹⁴ Corte Suprema de Canadá. Caso *Morgentaler vs. The Queen*, enero 28 de 1988. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/288/1/document.do>

⁵¹⁵ Para ampliar los argumentos acerca de esta justificación, cfr., las razones expuestas por los jueces Dickson (p. 56) y Wilson (p. 172).

amparada por el derecho a la dignidad, que incluía la libertad de conciencia de cada mujer y que debía primar sobre la “conciencia del Estado”⁵¹⁶. Por tal razón, precisó:

“que el Estado tome partido en el tema del aborto, como lo hace en la legislación impugnada al tipificar como delito que la mujer embarazada ejerza una de sus opciones, no es solo respaldar sino también hacer cumplir, bajo pena de una mayor pérdida de libertad a través del encarcelamiento real, un punto de vista sostenido concienzudamente a expensas de otro”⁵¹⁷.

517. Acudir a la penalización del aborto con consentimiento como mecanismo *prima ratio* para proteger la vida en gestación, negando por completo la opción de su interrupción voluntaria, en los términos de la regulación actual del artículo 122 del Código Penal, sin consideración alguna acerca de la dignidad de la mujer, no solo resulta lesivo de ella, sino que entra en evidente tensión con el carácter de *ultima ratio* del derecho penal. Esta comprensión supone que en el ejercicio del derecho penal como *ultima ratio*, en un ámbito tan particular, propio e íntimo de las mujeres, es indispensable valorar su dignidad, considerándolas como fines en sí mismas, capaces de definir su plan de vida.

12.4.3.2. La tipificación de la conducta se fundamenta en un criterio sospechoso⁵¹⁸ de discriminación: el sexo

518. Como consecuencia de la discriminación histórica que han sufrido las mujeres, la Constitución dispuso que ellas no podrán ser sometidas “a ninguna clase de discriminación” (artículo 43 de la Constitución) y, a la par, proscribió toda forma de discriminación basada en el *sexo* (artículo 13, inciso 1°).

519. En armonía con lo anterior, el Estado se ha comprometido a garantizar el derecho de las mujeres, por su condición de tales, a vivir libres de violencia⁵¹⁹. Por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (aprobada por el Congreso mediante la Ley 51 de 1981), precisa que la expresión “discriminación contra la mujer” proscribe, “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (artículo 1).

520. Con el fin de eliminar esta práctica, los Estados se comprometieron, entre otras, a “adoptar todas las medidas adecuadas incluso de carácter legislativo,

⁵¹⁶ Corte Suprema de Canadá. Caso *Morgentaler vs. The Queen*, enero 28 de 1988. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/288/1/document.do>, pp. 167, 172, 173 y 176.

⁵¹⁷ Corte Suprema de Canadá. Caso *Morgentaler vs. The Queen*, enero 28 de 1988. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/288/1/document.do>, p. 179.

⁵¹⁸ La jurisprudencia constitucional ha considerado a los criterios sospechosos como “categorías que ‘(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, *per se*, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales”. Sentencias C-371 de 2000 y C-964 de 2003.

⁵¹⁹ Cfr., al respecto, la Sentencia C-586 de 2016.

para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyen discriminación contra la mujer, [d]erogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer” (artículo 2, secciones f y g), así como “[e]stablecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación” (artículo 32, sección c). Estas disposiciones pretenden “asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre” (artículo 3)⁵²⁰.

521. Con la ratificación de este instrumento internacional que reconoce derechos humanos, Colombia se comprometió también a garantizarles a las mujeres el derecho a “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos” (artículo 16, sección e).

522. Otro instrumento internacional ratificado por Colombia en la materia es la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belém do Pará –aprobada por el Congreso de la República mediante la Ley 248 de 1995–, en la cual se reconoce que el derecho de una mujer a vivir una vida libre de violencia⁵²¹ comprende el derecho a “ser libre de toda forma de discriminación y este, a su vez, incluye el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”⁵²².

523. A partir de estos instrumentos que reconocen derechos humanos, la jurisprudencia constitucional ha precisado que (i) “la violencia de género es un fenómeno social vigente que se fundamenta en la discriminación de la mujer y tiene serias consecuencias para el goce de sus derechos fundamentales”⁵²³; (ii) las mujeres tienen derecho a “estar libres de violencia, que a su vez comporta el deber estatal de adoptar todas las medidas para protegerlas de la violencia y atender de forma integral a sus sobrevivientes”⁵²⁴, y que (iii) el Estado tiene el deber de “prevenir, atender, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”⁵²⁵, inclusive por medio de medidas de carácter penal, así como aquellas de naturaleza social, económica y cultural que sean idóneas y efectivas para “revertir las condiciones sociales que fomentan los estereotipos negativos de

⁵²⁰ También se acordó que los Estados se comprometerían a tomar medidas para “[m]odificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” (artículo 5, sección a).

⁵²¹ Este concepto se define como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (artículo 1), y que puede ser causada por particulares, la comunidad o incluso ser “perpetrada o tolerada por el Estado” (artículo 3).

⁵²² Artículo 6, sección b.

⁵²³ Sentencia C-297 de 2016.

⁵²⁴ Sentencia C-297 de 2016.

⁵²⁵ Sentencia C-297 de 2016.

género y precluyen el goce de la igualdad sustantiva, particularmente en el ámbito de la administración de justicia”⁵²⁶.

524. A partir de estos elementos normativos y jurisprudenciales, se evidencia que la disposición demandada estatuye un tipo penal a partir de una diferencia fundada en un criterio *sospechoso*, el *sexo*. Esta forma de penalización desconoce que toda distinción originada en el sexo, que menoscabe o anule el ejercicio de otros derechos, puede ser una medida discriminatoria y desconocer que el Estado debe garantizar a las mujeres una vida libre de violencias. Esta inferencia se corrobora a partir de la valoración de los datos aportados al proceso de constitucionalidad por parte de la Fiscalía General de la Nación, según los cuales, “Desde 2006, se han registrado en los sistemas misionales de la FGN 5.646 procesos por el delito de aborto (artículo 122). En dichos procesos se registran 4.510 personas indiciadas”⁵²⁷, de las cuales “2.963 son mujeres y 767 son hombres”⁵²⁸.

525. La valoración de estas razones y este tipo de datos, como seguidamente se argumenta, representan injerencias indebidas en la dignidad de las mujeres que se basan, fundamentalmente, en estereotipos⁵²⁹ de género⁵³⁰, asociados a su capacidad reproductiva⁵³¹ y que tienen fuerte incidencia en los ámbitos familiar, social, público, institucional y legal en que desarrollan sus vidas⁵³².

526. Acudir al derecho penal como recurso *prima ratio*, sin ninguna distinción de grado que pondere la libre opción a la maternidad, constituye una imposición susceptible de causar daño y sufrimiento a la mujer por el solo hecho de serlo – como consecuencia de su capacidad reproductiva y gestacional– y, por ende, entra en tensión con la prohibición de tolerar la violencia y la discriminación en su contra.

⁵²⁶ Sentencia C-297 de 2016. En consonancia con lo dicho, en esta sentencia se indica que el Estado tiene el deber de “adoptar: (i) acciones afirmativas para proteger a las mujeres de los riesgos y amenazas desproporcionados de violencia en el contexto del conflicto armado, particularmente aquellos de abuso sexual; (ii) protocolos de atención integral en salud y psicosociales para las víctimas de cualquier tipo de violencia, como un mínimo constitucional; (iii) un enfoque diferencial en los programas de testigos en el marco del acceso a la justicia en el conflicto armado; (iv) políticas para eliminar los estereotipos de género en la administración de justicia, particularmente los que revictimizan a las mujeres y (v) medidas, más allá de las punitivas, para erradicar la violencia contra la mujer, como la sanción social”.

⁵²⁷ Intervención de la Fiscalía General de la Nación, fl. 4.

⁵²⁸ Intervención de la Fiscalía General de la Nación, fl. 6.

⁵²⁹ En la Sentencia C-754 de 2015 se asignó a la voz “estereotipo” el siguiente alcance: “determinación de un molde como una referencia a la identidad de alguien, que cuando se traduce en un prejuicio adquiere una connotación negativa y tiene el efecto de la discriminación. La asignación de estereotipos muchas veces responde a la categorización de las personas en la sociedad, por pertenecer a un grupo particular, lo cual puede generar desventajas que tengan un impacto en el ejercicio de derechos fundamentales”.

⁵³⁰ Los estereotipos han conducido de manera errónea a asignar a la mujer un rol de subordinación y sumisión, así como la imposición de una supuesta condición de “madre, cuidadora y ama de casa” (Sentencia C-539 de 2016), encargada de funciones como la “limpieza y la crianza de los descendientes” (Sentencia C-297 de 2016, reiterada en la Sentencia C-539 de 2016).

⁵³¹ En razón de ello, como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, en el pasado, “[s]u sexualidad y la de la pareja, la decisión de concebir hijos, el número, el momento y el intervalo de concepción entre uno y otro eran cuestiones también reservadas con exclusividad al hombre” (Sentencia C-539 de 2016).

⁵³² Según lo precisó la Sala en la Sentencia C-539 de 2016, por ejemplo, las disposiciones del derecho civil obligaban a la mujer a adoptar el apellido de su cónyuge, con la adición al suyo de la partícula “de” como símbolo de pertenencia. Solo podían ejercer la patria potestad en caso de que faltara su cónyuge y se les equiparaba a los menores en la administración de sus bienes y en el ejercicio de sus derechos, pues estaban sujetas a la potestad marital, atribuciones concedidas al cónyuge sobre la persona y bienes de la mujer. Igualmente, las reglas civiles establecían que el “marido” tendría el derecho a obligar a “su mujer” a vivir con él y seguirlo a donde trasladara su residencia, mientras la mujer solo tenía derecho a que el hombre la recibiera en su casa. Así mismo, el “marido” debía “protección” a la mujer, al paso que la mujer debía “obediencia” al “marido”. En lo laboral, la posibilidad de trabajar de toda mujer “casada” se encontraba sometida a la autorización del “marido”. Por otra parte, la mujer no alcanzó el estatus de ciudadana sino hasta el año de 1945 y tuvo restringidos sus derechos políticos hasta comienzos de los años cincuenta. A raíz de este tipo de tratos, la Sala hizo énfasis en la siguiente idea: “El campo legal no solo reflejó con nitidez estereotipos de género y fue un espacio más de discriminación, sino que se convirtió en un poderoso escenario de reproducción, legitimación y garantía de continuación del sometimiento que experimentaba la mujer en los demás ámbitos”.

527. Conforme al marco constitucional y a los compromisos internacionales adquiridos, el Estado tiene el deber de adoptar medidas adecuadas para eliminar del ordenamiento jurídico disposiciones que legitimen parámetros contrarios a la dignidad de la mujer, lo cual incluye la obligación de modificar o adecuar disposiciones legislativas que la desconozcan y que legitimen la violencia y los actos de discriminación por su constitución biológica o que deriven de estereotipos de género⁵³³. Por la grave violencia y discriminación histórica que ha sufrido, en primer lugar, el poder punitivo del Estado debe ser empleado para contrarrestar esas prácticas de las que ha sido víctima. En contraste, en segundo lugar, cuando el *sexo* se emplea en la descripción de una conducta típica para identificar el sujeto activo del delito, sin duda, se acude a un criterio *sospechoso, prima facie* prohibido por el artículo 13, inciso 1º, de la Constitución.

528. En cumplimiento de aquella primera exigencia, por ejemplo, el Legislador tipificó el delito de feminicidio⁵³⁴, en los siguientes términos: “Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género [...] incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses”. La Sala declaró la exequibilidad de la disposición, luego de considerar, entre otras razones, que los patrones estructurales de discriminación,

“se manifiestan en diversas formas de violencia, que pueden tener un carácter sistemático o no. Esta violencia se evidencia tanto en elementos de periodicidad como en tratos que suponen una visión de roles de género estereotipados o arraigados en la cultura que posicionan a la mujer como un objeto o una propiedad desechable con ciertas funciones que se ven inferiores a las del hombre. La realidad indica que las condiciones de discriminación que sufren las mujeres no siempre son abiertas, explícitas, y directas, no porque no estén presentes, sino porque hacen parte de dinámicas culturales que se han normalizado”⁵³⁵.

529. Si bien es obligatorio tomar medidas para salvaguardar la vida en gestación, es cuestionable que la capacidad reproductiva y gestacional sea causa de la penalización, cuando tal condición debe servir para garantizar condiciones de igualdad material a favor de las mujeres, niñas y personas gestantes y no, como sucede en este caso, para identificar al sujeto activo del delito, no obstante que, en determinados supuestos, la decisión pudiera ser adoptada por la pareja, a la que el artículo 42 de la Constitución reconoce el derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos. Por tanto, se exige del Legislador que en la tipificación de conductas penales que tengan aquella causa, valore y pondere de manera adecuada estas circunstancias, pues lo contrario supone un ejercicio que entra en evidente tensión con la exigencia constitucional adscrita al carácter de *ultima ratio* del derecho penal.

⁵³³ Cfr., al respecto la Sentencia C-117 de 2018.

⁵³⁴ Ley 1761 de 2015, “Por la cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones. (Rosa Elvira Cely)”.

⁵³⁵ Sentencia C-297 de 2016.

530. En relación con el segundo aspecto, como se precisó con antelación, el marco constitucional proscribire todo tipo de discriminación por razón del *sexo*. Por consiguiente, las distinciones que realice el Legislador con fundamento en este elemento constituyen un criterio *sospechoso*, que, *prima facie*, se presume inconstitucional⁵³⁶, salvo que se trate de medidas que propendan por una igualdad material⁵³⁷. En relación con este aspecto, son especialmente relevantes los precedentes contenidos en las sentencias C-117 de 2018, C-519 de 2019 y C-038 de 2021.

531. En el primer caso, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de las disposiciones que gravaban con IVA las toallas higiénicas y los tampones, al considerar que tales medidas tenían “un impacto desproporcionado para las mujeres y, en especial, para aquellas de escasos recursos”, ya que, “el uso exclusivo de estos productos se restrinja a las mujeres en edad fértil implica una distinción respecto de las cargas que deben asumir los hombres. Así, dado a que estos bienes particulares no son de libre escogencia, se trata de la imposición de un tributo a un solo grupo” que no encontraba justificación constitucional.

532. En el segundo caso, la Sala Plena declaró la inexecutable con efectos diferidos de la expresión “seguido del”, contenida en el artículo 53 del Decreto 1260 de 1970 (subrogado por el artículo 1 de la Ley 54 de 1989), al evidenciar el desconocimiento del principio de igualdad, como consecuencia del trato discriminatorio que otorgaba a las mujeres, por su condición de tales, ya que la disposición privilegiaba que en el registro civil de nacimiento se inscribiera como primer apellido el del padre *seguido del* primero de la madre. En la síntesis de la decisión, la Sala Plena resaltó las siguientes razones que fundamentaron el *decisum*:

“En el caso concreto y en aplicación de un test estricto de igualdad, la Sala Plena concluyó que el trato diferente entre destinatarios iguales que propone el artículo 1 de la Ley 54 de 1989 es inconstitucional, toda vez que carece de justificación priorizar el apellido del hombre sobre el de la mujer a la hora de inscribir a sus hijos e hijas en el registro civil. Esa irrazonabilidad de tratamiento disímil se sustenta en que la finalidad de la medida establecida para lograr la certeza y la seguridad jurídica en el registro civil de los hijos e hijas desatiende el principio de necesidad. Lo anterior, en razón de que existen otras alternativas que no entrañan una discriminación y que garantizan los fines buscados por el legislador, por ejemplo precisar que todos los hijos de una pareja posean el mismo orden de los apellidos. Además, ese trato dispar se fundamenta en estereotipos y prejuicios del rol disminuido que deberían jugar las mujeres en la familia, representación a todas luces contraria a la Constitución de 1991 y su visión de igualdad sustantiva. || La Sala Plena encuentra que, conforme con la Constitución Política, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas De Discriminación contra la Mujer –CEDAW– y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de Belem do Para, el Estado debe remover esos estereotipos, a partir de parámetros de constitucionalidad que corren en los artículos 13 y 43 de la Constitución, como

⁵³⁶ Sentencia C-519 de 2019.

⁵³⁷ Sentencia C-519 de 2019. En palabras de la Corte, este mandato “debe ser comprendido y asumido por todas las autoridades públicas como la prohibición de establecer tratos discriminatorios con base en elementos definitorios de la vida de una persona”.

también en el bloque de constitucionalidad, como aquí sea [sic] explicado en las Sentencias C-355 de 2006, C-776 de 2010, C-586 de 2016, C-659 de 2016, entre otras. El juez constitucional tiene vedado avalar visiones que se funden simplemente en la tradición y en estereotipos, porque en el pasado se haya podido invisibilizar prácticas discriminatorias que aparejan tratos desiguales injustificados, entre otros, en relación con las mujeres. Se trata de eliminar las barreras y las prácticas sociales que impiden la realización o reconocimiento de las mujeres”⁵³⁸.

533. En la tercera providencia, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “las mujeres y” contenida en el numeral 13 del artículo 108 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), que permitía al Estado y a los empleadores especificar en los reglamentos de trabajo las actividades que les estaba prohibido realizar a las mujeres, al evidenciar que esta facultad se otorgaba sin otra justificación distinta que el recurso a un tratamiento fundado en el sexo. En uno de los fundamentos principales de la providencia se señala:

“En fin, dejar en manos del Estado o del empleador la posibilidad de que –sin otra justificación distinta a la de su sexo–, especifique en el reglamento de trabajo las actividades que les está prohibido realizar a las mujeres, desconoce su dignidad. Se insiste, esto implica sustituirlas en el ámbito de decisión autónoma y dejar de considerar que están en condición para resolver de manera libre lo que tienen razones para valorar. Esa circunstancia, no hace más que reproducir en el imaginario social y cultural un referente patriarcal que parte de desconocer que las mujeres pueden evaluar por ellas mismas a qué actividades laborales desean dedicarse, sin que el empleador las suplante en esa decisión existencial. Además, vulnera los objetivos de justicia e igualdad en el entorno laboral de las mujeres y desconoce el Preámbulo de la Constitución al traicionar y hacer inocuos los principios que orientan la convivencia estatal que incluye a hombres y mujeres por igual y les garantiza los mismos derechos”⁵³⁹.

534. En el presente asunto, el artículo 122 del Código Penal estatuye un tipo penal que recae en las mujeres por su condición de tales, no solo en la medida en que, a diferencia del hombre, ellas son las únicas –por su constitución biológica– capaces de gestar, sino, además, porque el delito exige que sea esta quien “causare su aborto” o que, con su consentimiento, “permitiere que otro se lo cause” –de allí la expresión “aborto consentido” o “aborto voluntario”, utilizada en la presente sentencia–.

535. Así las cosas, la forma en que se regula este tipo penal no solo se fundamenta en un criterio sospechoso de discriminación, sino que su tipificación pareciera soportarse en el estereotipo histórico que considera el cuerpo de la mujer desde su utilidad reproductiva. Estos dos elementos son evidentes en la medida en que la disposición explícitamente excluye de la tipificación de la conducta el obrar de los hombres, a pesar de que también pueden incidir en la decisión de abortar –como integrantes de la pareja que

⁵³⁸ Sentencia C-519 de 2019.

⁵³⁹ Sentencia C-038 de 2021.

adopta tal decisión o en la condición de determinadores⁵⁴⁰ de la conducta punible⁵⁴¹– sino que implícitamente los legitima para denunciar a la mujer que realice la conducta o permita que otro la “cause”.

536. La información aportada al proceso evidencia que no solo ningún hombre ha sido condenado por la conducta de aborto consentido, en la condición de determinador, sino que el 40,71% de las denuncias por la conducta de aborto han sido presentadas por hombres⁵⁴². Lo dicho constata que la forma en que actualmente se tipifica el delito agrava la diferencia de género en que se fundamenta y, por tanto, perpetúa la discriminación histórica que ha padecido la mujer, que se compadece más con un uso del derecho penal como *prima ratio*, que con su uso constitucionalmente admisible de *ultima ratio*.

537. Es por lo dicho que tiene sentido reiterar la idea, según la cual, “las normas tradicionales del derecho no pueden, ni deben [...] leerse sin enfoques de género que adecuen la justicia en escenarios tradicionalmente discriminatorios”⁵⁴³. En este tipo de asuntos, asumir una lectura de género y de desigualdad estructural –o de igualdad como integración o no exclusión⁵⁴⁴– evita legitimar normas discriminatorias, pero aparentemente razonables⁵⁴⁵. Según lo ha precisado la Sala Plena:

“La discriminación contra la mujer es [...] una de las más insidiosas formas de exclusión y segregación, pues, a diferencia de otras, originadas también en prejuicios, es ciertamente silenciosa, en la medida en que las condiciones y estereotipos que la hacen posible están de tal manera extendidos en los ámbitos público y privado, que inhiben la capacidad de rechazo de la sociedad o, por lo menos, en la misma intensidad con que se manifiesta contra inequidades que afectan otros grupos, lo que, además, favorece su continuidad”⁵⁴⁶.

538. Para efectos de lo anterior, es importante resaltar que la penalización del aborto con consentimiento se encuentra vigente desde el primer Código Penal de 1837, emitido poco después de la organización de Colombia como república independiente⁵⁴⁷. Es decir, se reguló cuando la representación de la mujer en las instancias legislativas era nula⁵⁴⁸ y desde entonces se ha mantenido en el

⁵⁴⁰ Según dispone el artículo 30 del Código Penal, “Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción”.

⁵⁴¹ De hecho, la norma demandada es contradictoria con lo dispuesto en el inciso noveno del artículo 42 de la Constitución. Según esta norma, si “[l]a pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”, la tipificación únicamente recoge la conducta de la mujer, pero no hace referencia a la relevancia que en su decisión podría o no tener su pareja –de ser el caso–, para efectos de atribuir responsabilidad penal a la conducta de esta última.

⁵⁴² Dirección de Políticas y Estrategia–Fiscalía General de la Nación (2020). Informe sobre la judicialización del aborto en Colombia. Anexo a la intervención de la Fiscalía General de la Nación, fl. 49.

⁵⁴³ Sentencia T-012 de 2016.

⁵⁴⁴ Sentencia C-539 de 2016.

⁵⁴⁵ Cfr., al respecto, la Sentencia C-539 de 2016.

⁵⁴⁶ Sentencia C-539 de 2016.

⁵⁴⁷ En el texto, “A propósito de una nueva reforma al delito de aborto”, de Francisco Bernate Ochoa, publicado por la Universidad del Rosario en 2016, se realiza un recuento sobre la regulación del aborto en los códigos penales de Colombia. En este documento se señala lo siguiente: “en los Códigos Penales de 1837 y 1890 –que simplemente reprodujo a su antecesor– se establecían penas de 1 a 3 años de presidio para quien mediante violencia (empleando bebidas, alimentos, golpes o cualquier otro medio) procurara que una mujer embarazada abortara sin su consentimiento (art. 638 CP 1890), incrementando esta pena de 5 a 10 años cuando efectivamente se presentara el aborto (art. 639 CP 1890). En estos mismos estatutos, se disponía que la pena para la mujer en el aborto consentido era de 1 a 3 años de reclusión cuando el aborto se causare, y 6 meses a 1 año, cuando el mismo no resultaba, pena que se reducía para el aborto *honoris causa* de 3 a 6 meses de prisión cuando no se verificara el aborto, y de 5 a 10 meses si se consumaba (art. 642 CP 1890)”. Disponible en: <https://www.urosario.edu.co/Revista–Nova–ET–Vetera/Vol–2–Ed–12/Omnia/A–proposito–de–una–nueva–reforma–al–delito–de–abor/> [último acceso: junio 22 de 2021].

⁵⁴⁸ En ese sentido, la Corte Constitucional ha señalado que deberes asociados al proceso penal, como el de prevenir la violencia contra la mujer, “impone al Estado la carga de adoptar una perspectiva de género en la investigación de estos delitos y violaciones de derechos

ordenamiento jurídico solo con algunas variaciones, como antes se precisó. Actualmente, salvo casos excepcionalísimos identificados por el juez constitucional⁵⁴⁹, en el ejercicio del *ius puniendi* estatal se mantiene la política de someter a la mujer, sin ofrecer alternativas para el ejercicio de sus derechos, a una pena privativa de la libertad si decide no continuar con el proceso de gestación y calificarla como una delincuente, en un claro ejercicio *prima ratio* del derecho penal, y que, además, impacta de manera diferente –evidentemente más desproporcionada– a las mujeres más vulnerables, como se precisó al analizar el cargo relacionado con el presunto desconocimiento del derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular.

12.4.4. La cuarta razón tiene que ver con la existencia de mecanismos alternativos menos lesivos para garantizar la protección gradual e incremental de la vida en gestación

539. La penalización del aborto consentido, en los términos del artículo demandado, no es en todos los casos una medida necesaria, ya que existen mecanismos alternativos menos lesivos para garantizar la protección gradual e incremental de la vida en gestación y más respetuosos de los derechos a la salud y los derechos reproductivos, la igualdad y la libertad de conciencia, así como de la consecución de los fines de la pena, en particular el de prevención general. Como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, del carácter subsidiario de las sanciones penales se sigue que, de existir “otros medios preventivos igualmente idóneos, y menos restrictivos de la libertad”⁵⁵⁰, la intervención penal como único mecanismo no encuentra ninguna justificación si no ofrece alternativas para el ejercicio de los derechos con los cuales entra en tensión.

540. Dos casos relevantes en los cuales la Corte Constitucional declaró la inexecutable de tipos penales que no acreditaban la exigencia de necesidad fueron objeto de estudio en las sentencias C-897 de 2005 y C-575 de 2009.

541. En la primera se declaró inconstitucional la disposición que penalizaba la decisión de los asistentes a las audiencias de no cumplir deliberadamente las órdenes de jueces y magistrados. La Sala Plena consideró que el mismo objetivo perseguido por la norma podía ser logrado “a través de medidas de eficacia semejante y menos lesivas de los derechos de las personas -como las correccionales-”.

542. Por su parte, en la Sentencia C-575 de 2009 la Corte declaró inconstitucional la penalización del “ultraje a emblemas y símbolos patrios” (artículo 461 de la Ley 599 de 2000) después de considerar que “existen

humanos”, con el fin de “contrarrestar el hecho de que el derecho fue creado desde una perspectiva masculina que no ha tenido en cuenta las desigualdades de género”. Así, por ejemplo, en el marco de las investigaciones penales se ha indicado que es necesario: “(i) tener en cuenta la desigualdad sistemática que ha sufrido la mujer y su condición social como factores que la [sic] ponen en una situación de riesgo y amenaza de violencia; y (ii) abstenerse de revictimizar a las mujeres con fundamento en estereotipos de género negativos”. Sentencia C-297 de 2016.

⁵⁴⁹ Cfr., al respecto, las tres causales que en la Sentencia C-355 de 2006 fueron consideradas como límites al ejercicio del derecho penal y, por tanto, en tales supuestos la interrupción voluntaria del embarazo no tiene como consecuencia jurídica la sanción penal.

⁵⁵⁰ Sentencia C-070 de 1996.

disposiciones que permiten la misma finalidad, [...] de naturaleza administrativa, que no llevan aparejadas las consecuencias negativas de la condena penal aun cuando la sanción impuesta sea la misma”. Según precisó la Sala, “al tratarse de conductas que no comprometen directamente la existencia o la seguridad del Estado sino de comportamientos simbólicos y puntuales mediante los cuales se expresan diferentes tipos de inconformidad política, la amenaza de un proceso penal carece de efectos disuasivos, mientras que medidas de tipo policivo, antecedidas de procedimientos ágiles y sin mayores ritualidades, que además conllevan un reproche social, pueden atender satisfactoriamente este tipo de prácticas”⁵⁵¹.

543. Las siguientes razones permiten evidenciar que existen alternativas para garantizar, proteger y respetar la finalidad constitucional imperiosa que pretende proteger la disposición que se demanda –la vida en gestación– y, además, menos lesivas de la dignidad, los derechos a la salud y reproductivos, la igualdad y la libertad de conciencia de las mujeres, incluso de los derechos de las parejas a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, que acudir al derecho penal como única medida de protección sin consideración de la obligación de garantizar los derechos con los cuales entra en tensión dicha medida. Por tanto, la vía penal no es la única ni puede ser la primera alternativa a la que acuda el Legislador para lograr los fines que persigue la tipificación de la conducta que se enjuicia. Debe acudir a otras medidas como aquellas que se enuncian y que, entre otras, han sido objeto de un incipiente debate legislativo o han orientado la práctica internacional para lograr la protección de la vida en gestación teniendo en cuenta que se trata de una obligación gradual e incremental y que se debe ponderar con las demás obligaciones constitucionales de protección de otros derechos. Asumir opciones alternativas, antes que aquellas de naturaleza exclusivamente penal, resulta de especial relevancia constitucional porque permiten ofrecer una solución proporcionada con la dignidad y los derechos de las mujeres, en especial de las más vulnerables.

12.4.4.1. La orientación legislativa, en el ámbito nacional, tendiente a regular la problemática social que suscita el aborto consentido

544. Ha existido consenso acerca de la relevancia de regular de manera positiva e integral la problemática social que suscita el aborto consentido, que no únicamente mediante un uso *prima ratio* del derecho penal, ya que se ha considerado que la vía penal no es suficientemente idónea, ni la única, ni la mejor alternativa para proteger los bienes jurídicos en tensión. En efecto, como antes se precisó, de un lado, desde 1975 hasta la fecha se han presentado por lo menos 39 proyectos de ley relacionados con esta problemática, especialmente orientados al uso del derecho penal como *ultima ratio* -y no, como en la actualidad, como medio principal de control social o *prima ratio*-, relacionadas con la educación sexual y reproductiva y la planificación familiar, al igual que alternativas de asistencia social, psicosocial y jurídica para las mujeres y niñas en estado de gestación. De otro lado, en las discusiones en la Asamblea

⁵⁵¹ Sentencia C-575 de 2009, reiterada en la Sentencia C-233 de 2019.

Nacional Constituyente sobre la libre opción a la maternidad esta garantía fue objeto de una especial discusión, y si bien la propuesta de regulación no logró las mayorías necesarias, puso de presente las aristas fundamentales para una regulación positiva de la problemática social relevante que supone el aborto voluntario, y no únicamente a partir de una visión del derecho penal como mecanismo *prima ratio* para el control social.

545. En este sentido, en el Congreso de la República se han promovido diferentes iniciativas que han perseguido proteger la vida en gestación sin acudir a las sanciones penales como mecanismo *prima ratio*. Así, se encuentran algunas iniciativas relacionadas con la salud y la educación sexual y reproductiva, las cuales conducen a considerar la vida tras una decisión consciente de su valor e implican igual responsabilidad para hombres y mujeres⁵⁵². En el mismo sentido, otras han promovido la planificación familiar, al fomentar la práctica de la vasectomía como forma de “solidaridad” con las mujeres y la definición responsable de la cantidad de hijos de la pareja, de conformidad con lo dispuesto en el inciso noveno del artículo 42 de la Constitución⁵⁵³.

546. Este tipo de iniciativas son consecuentes con las disposiciones de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, conforme con la cual los Estados parte se comprometen a que “la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos”⁵⁵⁴.

547. En este sentido, vale recordar que desde el año de 1999 el Comité CEDAW, señaló que los Estados parte en la convención deben “[d]ar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal”⁵⁵⁵.

548. Por su parte, la Comisión Asesora de Política Criminal ha señalado:

“si el Estado pretende proteger la vida desde la concepción, debería razonablemente optar por adoptar medidas de gran impacto en el objetivo perseguido. Es el caso de las campañas de salud para prevenir embarazos no

⁵⁵² Proyecto de ley 084 de 2007, Senado de la República y 339 de 2008, Cámara de Representes, “Por el cual se establece la educación sexual integral como una asignatura específica y obligatoria y se dictan otras disposiciones”. El proyecto tenía como propósito “educar e informar a los estudiantes sobre los derechos y deberes humanos sexuales y reproductivos referidos a la vida, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad, a la integridad física, psíquica y social, a la seguridad, a la equidad de género a la salud sexual y reproductiva y a la educación y formación sobre la misma, evitar el aborto de embarazos no deseados, y, reducir la mortalidad materna y perinatal”, entre otros. Cfr., también el Proyecto de ley 41 de 2015, Senado de la República, “por medio de la cual se crea el Observatorio de Derechos Sexuales y Reproductivos y se adoptan medidas académicas tendientes a la prevención del embarazo adolescente”, el cual tenía por finalidad “producir información y conocimiento de los derechos sexuales y reproductivos desde una perspectiva de derechos humanos, de equidad social y de género a todo el territorio nacional y elaborar políticas públicas de salud sexual y reproductiva de las mujeres, que identifique las causas de mortalidad materna, el embarazo en adolescentes y las enfermedades relacionadas”.

⁵⁵³ Proyecto de ley 050 de 2007, acumulado con el 100 de 2007, Senado de la República y el 329 de 2008, Cámara de Representantes. En la iniciativa se resaltó que, “según datos de Profamilia en esa entidad, en el año 2004, 38.876 mujeres se practicaron la ligadura de trompas, mientras que solamente 7.441 hombres se sometieron a la vasectomía. En el 2005 se realizaron 38.732 ligaduras de trompas frente a 8.331 vasectomías y que, [a] pesar de ser un medio bastante seguro, con una efectividad de casi el 100% para aquellos hombres que ya tienen hijos y desean y quieren evitar nuevos embarazos, son pocos los hombres que lo utilizan, según lo confirman diversas investigaciones, en razón al desconocimiento de los bajos riesgos de este, pero esencialmente por machismo, según muchos especialistas”.

⁵⁵⁴ Artículo 5, sección b.

⁵⁵⁵ Recomendación General No. 24.

deseados, capacitación en materia de salud sexual y reproductiva, servicios gratuitos de salud y asesoría en materia de planificación familiar como medios para prevenir embarazos no deseados”⁵⁵⁶.

549. La autoridad en cita señaló que, conforme con la experiencia comparada y los estudios de la realidad colombiana, la educación sexual y reproductiva es una de las soluciones más efectivas, en la medida en que conduce tanto a evitar embarazos no deseados como a salvaguardar los derechos de las mujeres y las niñas si se combina con la despenalización del aborto:

“Por el contrario, la penalización severa del aborto, sobre todo cuando no se acompaña de campañas para prevenir el embarazo no deseado, no evita los abortos y en cambio genera prácticas clandestinas de aborto que afectan la salud de las mujeres, en especial de aquellas más pobres, que son las que sufren más embarazos no deseados y tienen que abortar en las peores condiciones de salubridad”⁵⁵⁷.

550. Si bien, existen políticas públicas relacionadas con la educación sexual integral enfocada en las niñas, niños y adolescentes, con énfasis en el ámbito educativo⁵⁵⁸ y una Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos formulada en 2014⁵⁵⁹, como se desprende de las recomendaciones internacionales y del concepto de técnicos en la materia –a que seguidamente se hace referencia–, la implementación de una política integral y articulada que le permita a las mujeres y niñas ejercer sus derechos a la salud sexual y reproductiva exige la articulación de aquellas con el ejercicio del derecho penal, verdaderamente, como *ultima ratio*.

551. En este sentido, al Estado le corresponde más que acudir primariamente a la penalización, promover y garantizar una política con un enfoque de género y un alcance interseccional, en el sentido que proteja especialmente a quienes están expuestas a más de un factor de vulnerabilidad, como son las mujeres, niñas y personas gestantes que habitan el sector rural o comunidades remotas, aquellas en condición de discapacidad, las menores de edad desescolarizadas, aquellas que se encuentran en condición de desplazamiento forzado, refugiadas, migrantes o en situación de indigencia, aquellas recluidas en instituciones o detenidas, indígenas, afro descendientes o miembros de población Rom y aquellas que ya han tenido un embarazo y son cabeza de familia. Al respecto,

⁵⁵⁶ Comisión Asesora de Política Criminal. Informe final. Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano, junio de 2012, p. 75.

⁵⁵⁷ Ibid.

⁵⁵⁸ La Ley 1098 de 2006 dispone en su artículo 44 que es obligación de los directivos y docentes de los establecimientos académicos y la comunidad educativa en general “establecer la detección oportuna y el apoyo y la orientación en casos de malnutrición, maltrato, abandono, abuso sexual, violencia intrafamiliar, y explotación económica y laboral, las formas contemporáneas de servidumbre y esclavitud, incluidas las peores formas de trabajo infantil”. La Ley 115 de 1994 prescribe en su artículo 13 que, “[e]s objetivo primordial de todos y cada uno de los niveles educativos el desarrollo integral de los educandos mediante acciones estructuradas encaminadas a: [...] Desarrollar una sana sexualidad que promueva el conocimiento de sí mismo y la autoestima, la construcción de la identidad sexual dentro del respeto por la equidad de los sexos, la afectividad, el respeto mutuo y prepararse para una vida familiar armónica y responsable”. En su artículo 14 dispone que, “En todos los establecimientos oficiales o privados que ofrezcan educación formal es obligatoria en los niveles de la educación preescolar, básica y media cumplir con: [...] e) La educación sexual, impartida en cada caso de acuerdo con las necesidades psíquicas, físicas y afectivas de los educandos según su edad”. Por su parte, la Ley 1620 de 2013, “Por la cual se crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar”, tiene entre sus objetivos “[c]ontribuir a la prevención del embarazo en la adolescencia y a la reducción de enfermedades de transmisión sexual”.

⁵⁵⁹ Disponible

en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/LIBRO%20POLITICA%20SEXUAL%20SEPT%2010.pdf> [último acceso: julio 7 de 2021]

la Corte Constitucional ha reconocido que la convergencia de factores estructurales de vulnerabilidad repercute en la generación de riesgos adicionales contra las mujeres y niñas, de tal manera que su combinación crea “una situación de naturaleza concreta con cargas de discriminación mayores por la confluencia de los factores”⁵⁶⁰. En consecuencia, ante la “interseccionalidad, los Estados están obligados a adoptar medidas diferentes para los distintos grupos poblacionales de mujeres discriminadas”⁵⁶¹. En estos casos, se trata de mujeres y niñas expuestas a más de un factor de discriminación y, por ende, requieren de medidas especiales como la sistematización de soluciones en su beneficio, que articulen medidas políticas y legislativas para garantizar, entre otras, su salud reproductiva⁵⁶².

552. En adición a las medidas de educación sexual y reproductiva, cabe destacar alternativas como la asistencia social, psicosocial y prestacional en favor de la mujer gestante, lo cual tiene incidencia directa en la vida en formación.

553. Así mismo, se pueden resaltar proyectos de ley encaminados a brindar orientación psicosocial, de forma no presencial, a las mujeres para atender y hacer seguimiento a su salud mental “con enfoque promocional de calidad de vida”, tendiente a reducir su vulnerabilidad durante el embarazo. Por ejemplo, se ha propuesto brindar atención telefónica, de carácter psicosocial y jurídico, a las mujeres en embarazo para prevenir riesgos, así como para “promocionar, atender integralmente y hacer seguimiento a las intervenciones en salud mental con enfoque promocional de calidad de vida”, de tal forma que reduzcan la vulnerabilidad de aquellas y el abandono de menores⁵⁶³. Igualmente, se ha planteado la adopción desde el vientre materno como una alternativa frente al “embarazo no deseado”⁵⁶⁴ y la creación de “cunas de vida para recién nacidos”⁵⁶⁵. Sin que suponga un juicio de constitucionalidad respecto de tales

⁵⁶⁰ Sentencia C-754 de 2015.

⁵⁶¹ Sentencia C-754 de 2015.

⁵⁶² El concepto de interseccionalidad fue empleado en el “Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer”, del informe del Secretario General de las Naciones Unidas del año 2006, para explicar que la “intersección de múltiples formas de discriminación” hace a las mujeres más vulnerables. Igualmente, en desarrollo del artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, el Comité CEDAW, en el 2010, emitió la Recomendación General No. 28, en la que reiteró que la discriminación contra las mujeres basada en el género puede ser interseccional, al coincidir con otros factores de desigualdad y dicha interseccionalidad exige a los Estados adoptar medidas diferentes para los distintos grupos poblacionales de mujeres discriminadas. Así mismo, la Corte IDH, en el caso González Lluy contra Ecuador señaló: “ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos. En ese sentido, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias ha establecido que ‘la discriminación basada en la raza, el origen étnico, el origen nacional, la capacidad, la clase socioeconómica, la orientación sexual, la identidad de género, la religión, la cultura, la tradición y otras realidades intensifica a menudo los actos de violencia contra las mujeres’” (Corte IDH, caso Gonzales Lluy y otros contra Ecuador. Sentencia de septiembre 1 de 2015, fj. 288). En este caso, la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado de Ecuador por violar los derechos a la vida e integridad personal, a la educación y a la garantía judicial en el proceso penal adelantado en perjuicio de Talía Gabriela Gonzales Lluy. Esta tuvo como causa el incumplimiento del Estado de su deber de supervisar y fiscalizar la labor de las entidades que prestaban servicios de salud, al haber sido infectada con el virus del VIH durante una transfusión de sangre cuando tenía 3 años, y la educación sin discriminación, al también haber sido retirada de diferentes instituciones educativas en razón de su condición de VIH positiva.

⁵⁶³ Proyecto de ley 167 de 2016, “Por la cual se brinda apoyo y orientación a la mujer gestante o lactante en riesgo y se dictan otras disposiciones”.

⁵⁶⁴ Proyecto de ley 094 de 2019, Cámara de Representantes, “por medio de la cual se autoriza la adopción desde el vientre materno, se crea el Programa Nacional de Asistencia Médica y Psicológica para Mujeres en Estado de Embarazo no Deseado y se dictan otras disposiciones”. En los antecedentes legislativos de esta iniciativa se indicó lo siguiente: “Sin afectar la garantía individual de proteger el derecho que tiene la mujer para practicar el aborto como procedimiento para interrumpir el embarazo cuando ella lo solicita, aún si esta se encuentra en una de las tres causales definidas por la Corte Constitucional, se debe fortalecer la existencia de alternativas para las mujeres en estado de embarazo no deseado. Por eso, en este proyecto de ley se propone otorgar la posibilidad a la mujer de dar en adopción a su hijo aún sin este haber nacido y crear el Programa Nacional de Asistencia Médica y Psicológica para Mujeres en Estado de Embarazo No Deseado”.

⁵⁶⁵ Proyecto de ley 094 de 2010, Senado de la República, “por la cual se establece la adopción del hijo que está por nacer –nasciturus– y cunas de vida para recién nacidos, y se dictan otras disposiciones”. El objetivo de la iniciativa consistía en “disminuir el aborto inducido y la morbimortalidad por aborto, dando lugar a la adopción del hijo que está por nacer –nasciturus–, así como proteger a los bebés menores

iniciativas, se trata de medidas que buscan el equilibrio de la penalización con los derechos de las mujeres y las niñas.

554. Igualmente, se resaltan las iniciativas legislativas relacionadas con la garantía de la IVE en los casos en los que la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006 consideró manifiestamente desproporcionado el ejercicio del derecho penal, y, por tanto, imponer a la mujer el deber de finalizar el embarazo, al tratarse de supuestos relacionados con: (i) peligro para la vida o la salud de la mujer; (ii) grave malformación del feto que haga inviable su vida y, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

555. En relación con estos, se ha propuesto imponer sanciones disciplinarias y administrativas contra la violencia obstétrica derivada de la dilatación de la práctica de la IVE en los casos no penalizados⁵⁶⁶ y garantías de acceso a esta práctica a favor de las víctimas de violencia sexual, en especial de aquella derivada del conflicto armado⁵⁶⁷. En relación con esta última, una de las pocas iniciativas que ha logrado consolidarse se introdujo en la Ley 1719 de 2014, mediante la cual se dispusieron medidas como el derecho de la mujer embarazada, víctima de acceso carnal violento con ocasión y en desarrollo del conflicto armado, a ser informada, asesorada y atendida sobre la posibilidad de continuar o interrumpir su embarazo⁵⁶⁸; la “obligación”⁵⁶⁹ de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud “de implementar el Protocolo y el Modelo de Atención Integral en Salud para las Víctimas de Violencia Sexual, que contendrá dentro de los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo la objeción de los médicos y la asesoría de la mujer en continuar o interrumpir el embarazo”⁵⁷⁰.

556. Finalmente, es preciso hacer referencia a las iniciativas legislativas que han pretendido estipular condiciones de atipicidad del aborto consentido cuando tienen como causa las condiciones sociales y económicas de la mujer, de su pareja o de su familia, tras consulta con personal médico⁵⁷¹, planteadas con anterioridad a la expedición Sentencia C-355 de 2006.

12.4.4.2. La orientación internacional hacia un uso menos intensivo del derecho penal para regular la problemática social, de relevancia constitucional, que supone el aborto voluntario

557. En las siguientes líneas se presentan razones adicionales a las referidas para evidenciar el uso innecesario del derecho penal, ante la existencia de

de seis (6) meses del abandono físico, con la creación de las cunas de vida para recién nacidos”.

⁵⁶⁶ Proyecto de ley 147 de 2017, “Por medio de la cual se dictan medidas para prevenir y sancionar la violencia obstétrica”. En el artículo 2 de la iniciativa se señalaba lo siguiente: “Se entiende por violencia obstétrica, toda conducta, acción u omisión que ejerza las personas naturales o jurídicas del sistema de salud, de manera directa o indirecta, y que afecte a las mujeres durante los procesos de embarazo, parto o puerperio, expresada en: [...] h) Dilatación de la práctica de interrupción del embarazo en los casos legalmente admisibles”.

⁵⁶⁷ Proyecto de ley 37 de 2012, Cámara de Representantes y 244 de 2013, Senado de la República, actual Ley 1719 de 2014.

⁵⁶⁸ Artículo 13.12.

⁵⁶⁹ En la Sentencia C-754 de 2015, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “facultad” y la sustituyó por la de “obligación”.

⁵⁷⁰ Artículo 23.

⁵⁷¹ Proyectos de ley 151 de 1989, Senado de la República y 218 de 1993, Cámara de Representantes.

mecanismos alternativos menos lesivos para lograr un estándar análogo de protección para la vida en gestación, y más respetuosos con los derechos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes.

558. Si bien, en el derecho comparado la mayoría de los modelos de regulación del aborto consentido se debaten entre el uso más o menos intenso del derecho penal, lo cierto es que existe una tendencia legislativa y jurisprudencial para reducir su utilización y avanzar hacia sistemas legales que protejan y garanticen los derechos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes. En general, se ha transitado hacia la despenalización parcial mediante tres tipos de regulación: el modelo de causales⁵⁷², el modelo de plazos⁵⁷³ y el sistema mixto⁵⁷⁴, lo que ha supuesto una huida paulatina del derecho penal hacia políticas públicas que incluyen disposiciones administrativas y sanitarias para la regulación de esta problemática social, en el marco de los servicios de salud reproductiva. En otras palabras, se ha optado por regulaciones graduales e incrementales que protegen la vida en gestación, pero al mismo tiempo resultan garantes de los derechos que entran en tensión con dicha garantía.

559. En este contexto, es posible afirmar que surge una forma de regular la problemática social que supone el aborto consentido, que combina políticas públicas administrativas y sanitarias⁵⁷⁵ con la despenalización total o parcial, que permiten proteger el bien jurídico que se pretende amparar con la penalización –la vida en gestación–, y que, al mismo tiempo, evita los amplios márgenes de desprotección para la dignidad y los derechos de la mujer, ampliamente descritos en esta providencia. A continuación, la Sala dará cuenta de la forma en que este nuevo modelo regulatorio se ha implementado. Como se señaló *supra*, se acude al derecho comparado solamente para ilustrar la forma como otros ordenamientos jurídicos han abordado el tema.

560. En Canadá, por ejemplo, como se puso de presente párrafos atrás, el aborto consentido dejó de ser delito en 1988 con la decisión *Morgentaler vs. The Queen*⁵⁷⁶. A partir de ese momento, esta problemática social se ha regulado de manera exclusiva por medio de normas sanitarias. Con posterioridad a la citada decisión, la Corte Suprema ha proferido varias providencias que abordan el tema como un problema de salud pública; a la par, se han expedido distintas leyes y regulaciones sanitarias que buscan brindar condiciones para la realización de abortos seguros. Al ser un asunto de salud pública, la realización del procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo depende de las capacidades médicas de cada institución habilitada. Por tanto, dado que el

⁵⁷² Se trata de ordenamientos jurídicos que regulan ciertas hipótesis en las que el aborto consentido no se penaliza, ya por atipicidad o por ausencia de antijuridicidad de la conducta, con independencia de la edad gestacional.

⁵⁷³ Se ha adoptado en sistemas legales en los que se elimina la penalización si el aborto voluntario se realiza dentro de un determinado periodo del proceso de gestación. Bajo una concepción incremental de la protección de la vida en desarrollo, en los países que acuden a este sistema el aborto consentido se penaliza en el último trimestre del embarazo.

⁵⁷⁴ Se trata de sistemas jurídicos que combinan las causales con los plazos, es decir, el aborto voluntario no se penaliza en ciertas hipótesis, sin importar la edad gestacional, y en el resto de las situaciones la penalización depende del momento del embarazo en el que se practique el procedimiento.

⁵⁷⁵ Sobre el modelo de “despenalización total y regulación sanitaria” y sus efectos en los países que lo han adoptado, véase el concepto técnico presentado en este proceso por Dejusticia (p. 27 y ss), en atención a lo solicitado en el Auto del 19 de octubre de 2020.

⁵⁷⁶ Corte Suprema de Canadá. Caso *Morgentaler vs. The Queen*, enero 28 de 1988. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/288/1/document.do>

acceso a los servicios y recursos de salud reproductiva no es igual en todo el territorio canadiense, la regulación territorial se ha fundamentado en las capacidades médicas y técnicas de sus hospitales y clínicas. Finalmente, de conformidad con las estadísticas del Instituto Canadiense para la Información en Salud (*Canadian Institute for Health Information – CIHI*)⁵⁷⁷ más del 90% de los abortos con consentimiento se producen en el primer trimestre del embarazo.

561. En el caso de Australia, concretamente en el territorio de la capital (*Australian Capital Territory*), un distrito especial dentro del Estado de Nueva Gales del Sur, el aborto consentido está completamente despenalizado. Este cambio de modelo en la regulación se dio a partir de comprender la problemática del aborto consentido como un asunto de salud pública. Al igual que en el caso de Canadá, las posibles barreras que pueden subsistir obedecen a que no todas las clínicas y hospitales tienen la capacidad para realizar el procedimiento más allá de las 15 semanas de gestación; no obstante, lo que sí se garantiza es la remisión de la paciente a alguna institución que dentro del citado territorio pueda prestar el servicio⁵⁷⁸. Según se indica en el mencionado estudio, en una de las investigaciones realizadas se evidenció que el 92% de los abortos voluntarios se efectúa dentro de las primeras 14 semanas de gestación⁵⁷⁹.

562. En el caso del Estado de Nueva York (Estados Unidos), desde 1970 existía una regulación que permitía el aborto consentido hasta la semana 24, salvo cuando estuviera en riesgo la vida de la mujer, evento en el que no había límites relacionados con la edad gestacional. Posteriormente, con la decisión *Roe vs. Wade* de 1973⁵⁸⁰ de la Corte Suprema de los Estados Unidos se interpretó que se había despenalizado el aborto consentido, e inducido en las primeras 24 semanas, para todos los estados de ese país. Ahora, de manera reciente, en el año 2019, el Estado de Nueva York eliminó el delito federal de aborto y actualizó su legislación⁵⁸¹. Los datos que existen sobre abortos consentidos en el estado de Nueva York son anteriores a la ley de 2019; sin embargo, según el Centro para el Control y la Prevención de Enfermedades (*Center for Disease Control and Prevention*), para el año 2019, el 91,4% de los abortos consentidos en el Estado de Nueva York se realizaron antes de la semana 14 de gestación y solo el 2.2% se realizaron luego de la semana 21⁵⁸².

⁵⁷⁷ En relación con las estadísticas del aborto voluntario en Canadá desde 2007 hasta 2019, puede consultarse el siguiente documento, que recopila la información estadística anual del Instituto Canadiense para la Información en Salud (*Canadian Institute for Health Information – CIHI*): <https://www.arcc-cdac.ca/wp-content/uploads/2020/07/statistics-abortion-in-canada.pdf>.

⁵⁷⁸ Cfr., al respecto el estudio realizado por Talina Drabsch acerca del aborto en Nueva Gales del Sur, disponible en el Servicio de Investigación de la Librería Parlamentaria de Nueva Gales del Sur: *Abortion and the law in New South Wales*. NSW Parliamentary Library Research Service. Disponible en: <https://www.parliament.nsw.gov.au/researchpapers/Documents/abortion-and-the-law-in-new-south-wales/Abortion%20and%20index.pdf>

⁵⁷⁹ Ibid.

⁵⁸⁰ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso *Roe vs. Wade*, enero 22 de 1973. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep410/usrep410113/usrep410113.pdf>.

⁵⁸¹ El 22 de enero 2019 el Estado de New York aprobó la *Ley de Salud Reproductiva* en la que, esencialmente: (i) eliminó el delito de aborto del Código Penal, para tratarlo como un tema netamente de atención médica; (ii) permitió que otros profesionales de la salud, además de los médicos, asistentes médicos, enfermeras y parteras con licencia, prestaran el servicio de interrupción voluntaria del embarazo; (iii) descriminalizó el aborto voluntario después de las 24 semanas de gestación, si la salud o la vida de la mujer se encuentran en riesgo o si el feto es inviable, y precisó que sería cada proveedor, según su criterio médico y otros factores técnicos, el que determinaría la existencia de las casuales.

⁵⁸² Center for Disease Control and Prevention. Abortion Surveillance - United States, 2019. Información disponible en: https://www.cdc.gov/mmwr/volumes/70/ss/ss7009a1.htm#T10_down

563. En el caso de México, en septiembre de 2021 la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al conocer de una acción de inconstitucionalidad contra algunos artículos del Código Penal del Estado de Coahuila, declaró de manera unánime la inconstitucionalidad de la criminalización absoluta del aborto⁵⁸³; una decisión en la que, tras haber superado más de ocho votos a favor resulta vinculante para todos los jueces y tribunales de la Nación.

564. Pese a que el texto de la sentencia aún no se encuentra disponible, de las versiones taquigráficas de las sesiones en las que se adoptó la decisión, se evidencia que parte de la discusión estuvo orientada a entender la relación que tiene el aborto consentido con la salud pública en México. En particular, se destacó el impacto que su criminalización tenía en los derechos a la vida, a la integridad personal y a la dignidad de las mujeres, al suprimir totalmente sus derechos y dejarlas sin alternativas para decidir⁵⁸⁴. Así mismo, se destacó el impacto que tuvo la decisión del Tribunal en el año 2007, en la que se despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras 12 semanas de gestación en la Ciudad de México, al conducir a que para el año 2021 hubiese disminuido en un 15% la utilización de esta intervención⁵⁸⁵.

565. Los tres primeros casos dan cuenta de modelos de regulación del aborto con consentimiento que han optado por su despenalización total –que no de otras modalidades de aborto, como aquel sin consentimiento de la mujer gestante–; a su vez, en los cuatro modelos se ha hecho evidente la necesidad de una regulación sanitaria que sustituya un ejercicio *prima ratio* del derecho penal que persigue a las mujeres, niñas y personas gestantes que acceden a un aborto o al personal médico que lo practica.

566. En otros países donde el aborto está permitido, ya sea bajo un sistema de causales, de plazos, mixto o a solicitud, se han previsto mecanismos para garantizar que la mujer conozca los riesgos y las consecuencias de este procedimiento, así como las alternativas a su realización⁵⁸⁶. Incluso, como lo indicó la organización Dejusticia en el concepto técnico presentado en este proceso, algunos Estados han optado por un modelo de “asesoramiento”, en el que la gestante debe ser informada sobre las alternativas a la interrupción del embarazo, “como medio para conciliar la protección de la expectativa de vida y la garantía de los derechos de la mujer”⁵⁸⁷.

⁵⁸³ Acción de Inconstitucionalidad 148/2017. Ministro Ponente: Luis María Aguilar Morales. Acuerdo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 7 de septiembre de 2021. Comunicado de Prensa disponible en: <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6579>

⁵⁸⁴ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 7 de septiembre de 2021, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2021-09-13/7%20de%20septiembre%20de%202021%20-20Versi%C3%B3n%20definitiva2.pdf>

⁵⁸⁵ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 6 de septiembre de 2021, <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2021-09-09/6%20de%20septiembre%20de%202021%20-20Versi%C3%B3n%20definitiva3.pdf>

⁵⁸⁶ Es el caso de México, donde los “Lineamientos Generales de Organización y Operación de los Servicios de Salud Relacionados con la Interrupción del Embarazo” en el Distrito Federal obligan a proporcionar “información veraz, objetiva, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencias y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes; para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable”.

⁵⁸⁷ Concepto técnico presentado por Dejusticia, p. 26.

567. En Alemania, por ejemplo, está permitida la interrupción voluntaria del embarazo sin sujeción a causales hasta la semana 12 de gestación, siempre y cuando la mujer demuestre, mediante un certificado, que recibió asesoría por parte de una entidad legalmente reconocida para esos efectos, al menos tres días antes de la intervención⁵⁸⁸. De acuerdo con el Código Penal alemán, esa asesoría busca proteger la vida prenatal, animar a la mujer a continuar con el embarazo, abrirle perspectivas para una vida con su hija o hijo y contribuir a que tome una decisión responsable y consciente⁵⁸⁹.

568. En Italia, el embarazo puede ser interrumpido de manera voluntaria dentro de los primeros 90 días de la gestación, bajo un sistema de causales. Para llevar a cabo el procedimiento, la mujer se debe dirigir, en primer lugar, a un consultorio público, a una estructura socio-sanitaria o a su médico de confianza, quienes le deben brindar información dirigida a “remover las causas que la llevarían a la interrupción del embarazo”⁵⁹⁰, en especial cuando obedezca a sus condiciones económicas, sociales o familiares. Una vez realizada la consulta, y a menos que se acredite que es urgente realizar la intervención, el médico debe certificar el estado de embarazo y la solicitud de interrumpirlo e invitar a la mujer “a desistir por siete días”⁵⁹¹. Transcurrido ese periodo de “reflexión”, la mujer puede acceder a la interrupción del embarazo en las instituciones autorizadas para ello.

569. En España, es posible interrumpir el embarazo dentro de las primeras 14 semanas de gestación, sin sujeción a causales, siempre y cuando (i) la mujer haya sido informada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad y (ii) haya transcurrido un plazo de al menos tres días desde que se le suministró dicha información⁵⁹². Concretamente, la mujer debe recibir, en un sobre cerrado, información sobre (a) las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto; (b) los derechos laborales vinculados al embarazo y la maternidad, las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de las hijas e hijos, los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento; (c) datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro y (d) datos sobre los centros en los que pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.

570. En línea con lo previsto en legislaciones como la española acerca de las prestaciones, ayudas y derechos, a los que es posible acceder en caso de que se desee continuar con el embarazo, algunos países han adoptado regulaciones dirigidas a garantizar la asistencia estatal durante este periodo y durante los primeros años de vida de la hija o hijo, con el fin de garantizar derechos como

⁵⁸⁸ Ley de Enmienda para el Embarazo y la Ayuda Familiar, art. 7.

⁵⁸⁹ Código Penal Alemán, § 219.

⁵⁹⁰ Ley 194 de 1978, art. 5.

⁵⁹¹ Ibidem.

⁵⁹² Ley Orgánica 2/210, art. 14. Cabe destacar que en el preámbulo de esta ley se afirma que “[l]a experiencia ha demostrado que la protección de la vida prenatal es más eficaz a través de políticas activas de apoyo a las mujeres embarazadas y a la maternidad”.

la salud y la vida en condiciones dignas, tanto de las gestantes como de los menores de edad.

571. Por ejemplo, a finales de 2020, el Congreso de Argentina aprobó la “Ley Nacional de Atención y Cuidado Integral de la Salud durante el Embarazo y la Primera Infancia” (Ley 27611 de 2020, también conocida como Ley de los 1.000 días). Entre otras medidas, prevé subvenciones económicas para las gestantes y para quienes tengan a su cargo niñas o niños menores de tres años (ya sea por nacimiento o por adopción). Además, ordena la provisión pública y gratuita de insumos esenciales para el embarazo y la primera infancia, como medicamentos, vacunas y alimentos.

572. En cuanto a las subvenciones, la ley (i) aumentó de seis a nueve las mensualidades de la asignación por embarazo que reciben las gestantes a partir de la semana 12 de embarazo⁵⁹³; (ii) flexibilizó los requisitos y amplió los beneficiarios de la asignación por nacimiento de un hijo o hija⁵⁹⁴ y (iii) creó la asignación por cuidado de salud integral, que consiste en el pago anual de una suma de dinero por cada niña o niño menor de tres años que tengan a cargo las personas beneficiarias⁵⁹⁵. De otro lado, dispone que el Estado “deberá implementar la provisión pública y gratuita de insumos fundamentales para las mujeres y otras personas gestantes durante el embarazo y para los niños y las niñas hasta los tres (3) años”⁵⁹⁶. En particular, señala que se atenderá la provisión de medicamentos esenciales, vacunas, leche y alimentos para el crecimiento y desarrollo saludable en el embarazo y la niñez.

573. Por su parte, en junio de 2021, la Comunidad de Madrid (España) anunció la puesta en marcha de una “Estrategia de apoyo a la natalidad, protección a la maternidad y a la conciliación de la vida familiar, laboral y personal”, que empezaría a regir en enero de 2022, una vez sea definida y aprobada por el Consejo de Gobierno. De acuerdo con información oficial preliminar⁵⁹⁷, dicha estrategia prevé una subvención mensual de 500 euros para “las mujeres gestantes menores de 30 años desde el quinto mes de embarazo y hasta que su hijo cumpla dos años”, que es compatible con el ejercicio de una actividad laboral remunerada. Además, prevé que las mujeres embarazadas de hasta 35 años tengan prioridad en la presentación de solicitudes de alquiler de vivienda y que todas las madres de la Comunidad de Madrid que estén desempleadas, con independencia de su edad, participen en “bolsas de trabajo específicas adaptadas a sus necesidades y en planes de formación con soporte educativo en caso de que quieran completar sus estudios”.

574. Así las cosas, el diseño de políticas públicas y la regulación, tanto a nivel legal como de reglamentos administrativos y sanitarios —con un enfoque interseccional, en el sentido de que beneficie especialmente a quienes están

⁵⁹³ Ley 27611 de 2020, art. 7.

⁵⁹⁴ Ibid., art. 8.

⁵⁹⁵ Ibid., arts. 4, 5 y 6.

⁵⁹⁶ Ibid., art. 20.

⁵⁹⁷ Disponible en: <https://www.comunidad.madrid/noticias/2021/06/17/diaz-ayuso-anuncia-plan-natalidad-ayudas-14500eu-hijos-madres-menores-30-anos>

expuestas a más de un factor de vulnerabilidad–, son medidas idóneas para proteger la vida en gestación y menos lesivas para los derechos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes. Por tanto, antes que acudir exclusivamente al derecho penal como medio principal de control social, los Estados deben promover medidas relacionadas, entre otras, con la salud y la educación sexual y reproductivas; la prevención de embarazos no deseados; la planificación familiar y la definición responsable del momento para procrear y el número de hijas e hijos deseados; la maternidad sin riesgos y asistencia prenatal y las distintas alternativas para mujeres, niñas y personas gestantes que se encuentren en conflicto con el embarazo.

13. Solución de la tensión constitucional que se evidencia

575. En este caso se encuentran en tensión, de un lado, la finalidad constitucional imperiosa que pretende realizar el artículo 122 del Código Penal, conforme al condicionamiento de que fue objeto en la Sentencia C-355 de 2006: proteger la vida en gestación, mediante la penalización del aborto con consentimiento –salvo en los tres supuestos de que trata la citada sentencia– y, de otro lado, los valores y principios constitucionales a que se hizo referencia al examinar los cargos de la demanda.

576. Por las razones expuestas en el análisis de cada uno de estos cargos, en la actualidad, a pesar del condicionamiento de que fue objeto en la Sentencia C-355 de 2006, el artículo 122 del Código Penal da lugar a afectaciones *intensas* en los valores, principios y derechos constitucionales a que se ha hecho referencia. De una parte, porque mantener la penalización en la forma actual y sin que dicha medida forme parte de una política integral, constituye una barrera estructural para acceder a la IVE en las tres causales que actualmente autoriza la disposición demandada. De la otra, porque no contempla ningún tipo de ponderación en la solución de la tensión evidenciada entre el deber de protección gradual e incremental de la vida en gestación y los derechos a la salud y reproductivos, a la igualdad y a la libertad de conciencia de las mujeres gestantes. Desconocer esta realidad constitucional supone otorgar una preferencia tácita a la finalidad constitucional imperiosa que pretende realizar la disposición demandada, sin valorar estas relevantes afectaciones.

577. Ahora bien, considerar el caso como una mera comparación entre valores, principios, derechos e intereses, con la protección que otorga la disposición demandada al bien jurídico que pretende proteger –la vida en gestación–, es simplificar en demasía la competencia de control constitucional que ejerce la Corte y sacrificar en un alto grado la competencia Legislativa, tan cara al Estado de Derecho.

578. Por tanto, esta tensión constitucional no es posible resolverla mediante la preferencia de alguna de estas garantías, porque supondría el sacrificio absoluto de la otra. En otros términos, la preferencia de alguna de ellas genera el

sacrificio absoluto de la otra, lo que, sin lugar a duda, resta eficacia material a la Constitución –*como un todo*–, con independencia de la preferencia.

579. Si la preferencia le corresponde a la vida en gestación –y, por tanto, se resuelve declarar la exequibilidad simple de la norma–, se dejan de considerar las importantes razones expuestas al examinar los cargos que en esta providencia se analizan, que evidencian la intensidad en que la actual tipificación del delito de aborto voluntario –conforme al condicionamiento de que fue objeto en el año 2006– afecta los valores, principios y derechos constitucionales que cada uno de ellos supone. Si la preferencia se otorga a estos últimos, por las potísimas razones desarrolladas al analizar cada uno de estos cargos –y, por tanto, se resuelve declarar la inexecuibilidad con efectos inmediatos de la disposición–, se elimina una medida de protección que se ha considerado relevante para desincentivar la práctica del aborto consentido que, en últimas, frustra la expectativa del nacimiento de un nuevo ser.

580. Estas razones justifican la necesidad no tanto de optar por la declaratoria de exequibilidad simple de la disposición demandada, o de su inexecuibilidad inmediata, sino de lograr una fórmula intermedia, dentro del contexto normativo en que se inserta la disposición demandada, que dé relevancia a cada una de las garantías en tensión, de tal forma que, a diferencia de restar protección constitucional –por el resultado que se seguiría de otorgar preferencia a alguna de estas garantías– se logre una mayor realización de la totalidad de valores en tensión.

581. En otros términos, se obtiene un óptimo constitucional cuando, en vez de sacrificar completamente uno de los extremos en tensión, se busca una fórmula intermedia que, a pesar de sus cesiones recíprocas, da lugar a un mejor resultado constitucional agregado: que evite los amplios márgenes de desprotección de las garantías en que se fundan los cargos analizados y, a su vez, proteja la vida en gestación sin desconocer tales garantías.

582. Esta interpretación es consecuente con la que de manera reciente adoptó la Sala en la Sentencia C-233 de 2021, al analizar la compatibilidad del tipo penal de homicidio por piedad –artículo 106 de la Ley 599 de 2000, Código Penal– con la Constitución.

583. Al igual que en esta oportunidad, el caso resuelto en la citada providencia tenía como antecedente la declaratoria de exequibilidad condicionada de una norma con un contenido normativo semejante al valorado en la Sentencia C-239 de 1997: el artículo 326 del Decreto Ley 100 de 1980 (anterior Código Penal). En la sentencia de 1997, la Corte declaró la exequibilidad condicionada del tipo penal de homicidio por piedad –disposición que, al igual que en el presente caso, protege el derecho a la vida, aunque no en gestación–, para indicar que no podría derivarse responsabilidad penal para el médico autor de la conducta, si concurría la voluntad del sujeto pasivo de la misma, siempre y cuando se tratara de “enfermos terminales”.

584. En la reciente sentencia de 2021, la Corte Constitucional amplió el alcance del condicionamiento a que se encontraba sujeto el tipo penal, ya no solo para amparar la situación de los “enfermos terminales”, sino para quienes padecen “un intenso sufrimiento físico o psíquico, proveniente de lesión corporal o enfermedad grave e incurable”, así calificado médicamente. De manera explícita, se indicó:

“En criterio de la Sala Plena, es necesario ampliar el precedente establecido, de manera que la autonomía y la autodeterminación al momento de la muerte se ejerzan también ante enfermedades que no son terminales, pero que son graves e incurables y producen intensos sufrimientos, tal como lo exige el artículo 106 de la Ley 599 de 2000”⁵⁹⁸.

585. Esta idea se justificó en la necesidad de maximizar los derechos, principios y valores constitucionales en tensión, a partir del estándar jurisprudencial definido en el año 1997, a raíz de la evidencia aportada en el análisis de los cargos propuestos por el demandante, así:

“En este orden de ideas, la ponderación realizada en 1997 constituyó un hito trascendental en torno al derecho fundamental a la dignidad, en especial, en lo que tiene que ver con la dimensión de autonomía y autodeterminación de las personas; así como en la comprensión de la vida a partir de una concepción que supera la mera subsistencia y atañe a condiciones mínimas de existencia. || En ese orden de ideas, al observar que el tipo penal de homicidio por piedad exige, desde su configuración legislativa, un conjunto de condiciones de salud extremas, así como una experiencia de sufrimiento intenso, que aseguran que las prestaciones para la muerte digna se dirijan, únicamente, a personas ante cuyas condiciones la medicina no tiene actualmente respuestas distintas al intento de manejar el dolor intenso, como se explicará con más detalle en los párrafos siguientes, en criterio de la Sala la exigencia adicional de un pronóstico de muerte próxima (o *enfermedad en fase terminal*) no contribuye a maximizar la autonomía y la auto determinación y, en cambio, sí puede imponer la continuación de la vida en condiciones que la persona considera indignas o humillantes”⁵⁹⁹.

586. Según se indica en la citada sentencia, la ampliación del alcance del condicionamiento a que se encontraba sujeto el tipo penal se justificó, en especial, en la siguiente idea que recapitula los fundamentos de la decisión:

“En vista del déficit de protección señalado y con el objeto de optimizar los derechos fundamentales en juego, la Sala reiteró que la Constitución no privilegia ningún modelo de vida y, en cambio, sí asume un serio compromiso con la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad que implica contar con la opción libre de elegir un modo de muerte digna. En ese sentido, precisó, la dignidad humana protege al sujeto que se encuentra en circunstancias de salud que le producen intensos sufrimientos de la degradación física o moral, o de una exposición prolongada e indefinida a una condición de salud que considera cruel, dada la intensidad del dolor y el sufrimiento”⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ Sentencia C-233 de 2021.

⁵⁹⁹ Sentencia C-233 de 2021.

⁶⁰⁰ Sentencia C-233 de 2021.

587. Por las razones citadas, la Sala propondrá una fórmula que, a diferencia de restar protección constitucional –por el resultado que se seguiría de otorgar preferencia a alguno de los extremos en tensión a que se ha hecho referencia–, logre una mayor realización de la totalidad de valores que se involucran, a partir de la idea regulativa de evitar los amplios márgenes de desprotección para las garantías de que tratan los cargos que decide la Corte en esta oportunidad y, a su vez, proteja en forma gradual e incremental la vida en gestación. Esta fórmula u óptimo constitucional, en el actual contexto normativo en que se inserta la disposición demandada, se integra de tres elementos:

588. El primero, constituido por las tres “hipótesis extremas de afectación de [la] dignidad”⁶⁰¹ de la mujer evidenciadas por la Corte en la Sentencia C-355 de 2006.

589. El segundo, constituido por el concepto de “autonomía”, que permite la maximización abstracta de los bienes en tensión, pues se refiere al momento en el que es posible evidenciar que se rompe la dependencia de la vida en formación de la persona gestante, lo que justifica su protección reforzada por el derecho penal en el actual contexto normativo.

590. El tercero, que promueve el diálogo en las instancias de representación democrática⁶⁰², para que, en atención al condicionamiento de la disposición examinada, formulen e implementen una política pública integral que evite los amplios márgenes de desprotección para la dignidad y los derechos de las mujeres gestantes, profusamente descritos en esta providencia, y, a su vez, proteja en forma gradual e incremental la vida en gestación.

591. La decisión de la Corte parte del supuesto de la competencia del Legislador para adoptar una regulación integral orientada a proteger de manera eficaz los bienes jurídicos en tensión, pues esta decisión se adopta teniendo en cuenta el actual contexto normativo en que se inserta la disposición demandada, el cual resultaría modificado por el Legislador al adoptar la política integral a la que lo exhorta la Corte.

13.1. El primer elemento o punto de partida de este óptimo constitucional es la Sentencia C-355 de 2006

592. El punto de partida de este óptimo constitucional, por las particulares circunstancias del presente caso, es el condicionamiento de que fue objeto la norma demandada en la Sentencia C-355 de 2006:

“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

⁶⁰¹ Sentencia C-355 de 2006.

⁶⁰² Como lo precisa Emilio Lledó, en la introducción general a los Diálogos de Platón, de la Editorial Gredos: “Porque un diálogo es, en principio, el puente que une a dos o más hombres [y mujeres] para, a través de él, exponer unas determinadas informaciones e interpretaciones sobre el mundo de las cosas y de los significados”.

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”.

593. Este estándar debe integrar el óptimo constitucional, ya que fue estatuido por la jurisprudencia a partir de la idea de que estos supuestos constituyen las “hipótesis extremas de afectación de [la] dignidad” de la mujer⁶⁰³.

594. Es importante resaltar que una de las razones –no determinantes– de la citada decisión fue la ausencia de intervención legislativa activa en la regulación de la problemática social que supone el aborto voluntario luego de quince años de haberse expedido la Constitución Política de 1991. Por tal razón, la Corte:

“se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales éste es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública”.

595. En relación con este aspecto, la Corte precisó que “se podría discutir si la naturaleza de estas medidas de protección de la vida en gestación han de ser de carácter penal o si serían más efectivas previsiones de otro tipo como políticas sociales o de índole prestacional que aseguren la vida que está en proceso de gestación mediante la garantía de cuidados médicos, alimentación o de ingresos de la mujer embarazada”. Según indicó la Sala, la definición de este tipo de medidas le corresponde en primer lugar al Legislador, de allí que sea este el que deba “decidir entre el universo de medidas posibles aquellas más adecuadas para proteger los bienes jurídicos de relevancia constitucional y su decisión, en principio, sólo podrá ser objeto de control cuando resulte manifiestamente desproporcionada o irrazonable”. De manera amplia, precisó:

“En efecto, no corresponde al juez constitucional determinar el carácter o la naturaleza de las medidas de protección que debe adoptar el legislador para proteger un bien jurídico concreto; se trata de una decisión eminentemente política reservada al poder que cuenta con legitimidad democrática para adoptar este tipo de medidas, siendo la intervención del juez constitucional a *posteriori* y exclusivamente para analizar si la decisión adoptada por el legislador no excede los límites de su potestad de configuración”⁶⁰⁴.

596. Desde la expedición de la sentencia en cita han transcurrido quince años de omisión legislativa en la regulación integral de esta problemática compleja y de relevancia constitucional que supone el aborto consentido, razón por la que

⁶⁰³ Sentencia C-355 de 2006.

⁶⁰⁴ Sentencia C-355 de 2006.

en esta oportunidad se hace un nuevo llamado al Congreso para que ejerza su competencia dentro del margen de configuración que le confiere la Constitución⁶⁰⁵.

597. Este punto de partida, además, se justifica en el alcance particular de las sentencias moduladas, en particular las integradoras aditivas, como la C-355 de 2006. Este tipo de providencias establecen una relación intrínseca con la norma objeto de control, pues el pronunciamiento en cuestión pasa a ser parte de su contenido prescriptivo –esto es, integra el contenido de la disposición–. Así, cuando el fallo conlleva la exclusión de determinadas opciones o consecuencias, de acuerdo con el artículo 243 superior, ello implica que en relación con estas “ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

598. En este sentido, cuando en el año 2006 la Corte se pronunció sobre el delito de aborto voluntario, excluyó la posibilidad de castigar penalmente a las mujeres que deseen interrumpir su gestación estando en cualquiera de las tres causales determinadas en dicho pronunciamiento, de suerte que ninguna autoridad puede restablecer la sanción respecto de los supuestos introducidos por el fallo en mención.

599. Por tanto, respecto de tal estándar, en los términos del citado artículo constitucional, no es posible que ninguna otra autoridad –cualquiera que sea, legislativa, administrativa o judicial– reproduzca el contenido material del acto jurídico incompatible con la Constitución. En todo caso, de que esto sea así no se sigue que esta Corporación no pueda pronunciarse de fondo acerca de otros aspectos de la disposición que continúan generando una tensión constitucional relevante, como lo evidencia el estudio que se realizó respecto de los cargos examinados en esta oportunidad.

600. Ahora bien, dado este punto de partida en el contexto normativo del que forma parte la disposición demandada, pueden ser dos los elementos que complementen el óptimo constitucional, mediante una intervención adicional de la Corte en dicha disposición: (i) la definición de un sistema de plazos para que la práctica del aborto consentido no sea considerada una conducta típica, o (ii) una regulación de política pública que contemple medidas relacionadas, entre otras, con la salud y la educación sexual y reproductivas; la prevención de embarazos no deseados; la planificación familiar y la definición responsable del momento para procrear y el número de hijos deseado; la maternidad sin riesgos, la asistencia prenatal y las distintas alternativas para mujeres, niñas y personas gestantes que se encuentren en conflicto con el embarazo, ampliamente referidas a lo largo de esta providencia y muchas de ellas contempladas en decenas de proyectos legislativos sobre la materia presentados desde 1975.

⁶⁰⁵ En particular, aquellos realizados en las sentencias T-532 de 2014 y SU-096 de 2018.

601. Ambas corresponden a alternativas que consideran constitucionalmente relevantes los argumentos de los cuatro cargos analizados y que, por tanto, pretenden un mejor equilibrio que el actual arreglo institucional definido por el artículo 122 del Código Penal –incluido el condicionamiento de que fue objeto en la Sentencia C-355 de 2006–.

602. La primera alternativa permite resolver de una manera más adecuada la tensión constitucional abstracta que se presenta en el actual contexto normativo en el que se inserta la disposición demandada, como se precisa seguidamente, y que fundamenta la declaratoria de exequibilidad condicionada de la disposición demandada.

603. La segunda alternativa permite justificar el exhorto que se hace en la parte resolutive al Legislativo y al Gobierno nacional, teniendo en cuenta, como lo precisó la Corte en la Sentencia C-355 de 2006, que la definición de este tipo de medios le corresponde en primer lugar al Legislador, de allí que sea este el que deba “decidir entre el universo de medidas posibles aquellas más adecuadas para proteger los bienes jurídicos de relevancia constitucional y su decisión, en principio, sólo podrá ser objeto de control cuando resulte manifiestamente desproporcionada o irrazonable”. Sobre el particular agregó la Corte en la precitada decisión:

“si el legislador decide adoptar disposiciones de carácter penal para proteger determinados bienes constitucionalmente relevantes, debido a la gravedad de este tipo de medidas y a su potencialidad restrictiva de la dignidad humana y de la libertad individual, su margen de configuración es más limitado. En el caso del aborto se trata sin duda de una decisión en extremo compleja porque este tipo penal enfrenta diversos derechos, principios y valores constitucionales, todos los cuales tienen relevancia constitucional, por lo que definir cuál debe prevalecer y en qué medida, supone una decisión de hondas repercusiones sociales, que puede variar a medida que la sociedad avanza y que las políticas públicas cambian, por lo que el legislador puede modificar sus decisiones al respecto y es el organismo constitucional llamado a configurar la respuesta del Estado ante la tensión de derechos, principios y valores constitucionales. || Por una parte están diversos derechos, principios y valores constitucionales en cabeza de la mujer gestante, a los cuales se hizo extensa alusión en acápites anteriores, tales como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud, e incluso su integridad y su propia vida, cada uno con sus contenidos específicos; por el otro, la vida en gestación como un bien de relevancia constitucional que debe ser protegido por el legislador”⁶⁰⁶.

604. En todo caso, como lo precisó la Corte en aquella oportunidad, el punto de partida lo constituye el supuesto de que “la vida del *nasciturus* es un bien protegido por el ordenamiento constitucional y por lo tanto las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden de la esfera de su autonomía privada e interesan al Estado y al legislador”⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ Sentencia C-355 de 2006.

⁶⁰⁷ Sentencia C-355 de 2006. En la citada sentencia se precisó que “diversos mandatos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte de bloque de constitucionalidad, le otorgan a la vida en sus diferentes estadios, dentro de los cuales se incluye por supuesto la vida en gestación, el carácter de bien constitucionalmente protegido”.

13.2. El segundo elemento que integra la fórmula de decisión del caso comprende la declaratoria de exequibilidad condicionada de la disposición, a partir del concepto de “autonomía”

605. El segundo elemento que integra el óptimo constitucional tiene que ver con la elección de un concepto normativo que permita maximizar los bienes jurídicos en tensión durante las distintas etapas del periodo de gestación. A diferencia de la elección legislativa para resolver este tipo de tensiones, que es mucho más amplia, la del juez constitucional es más restrictiva, ya que su decisión no puede fundamentarse en razones de conveniencia u oportunidad, sino en razones jurídicas, de allí que deba acudir, en el presente caso, a un concepto normativo que permita resolver, en el actual contexto normativo, la tensión a que se hace referencia. Ahora bien, en el sistema de plazos, son esencialmente dos los conceptos normativos, con relevancia constitucional, que les sirven de fundamento a modelos alternativos para resolver la tensión entre los bienes jurídicos a que se ha hecho referencia:

606. (i) El concepto de *existencia*, que se asocia con el momento en el que inicia la vida, que puede tener como fundamento las nociones de “fecundación” –momento de la fusión del óvulo y del espermatozoide–, “concepción” –momento en el que se forma el cigoto, proceso que, se estima, culmina en las 23 horas siguientes a la fecundación– e “implantación” o “anidación” –proceso en el que el cigoto avanza por las trompas, penetra en el útero y se implanta allí, que puede durar alrededor de 14 días posteriores a la fecundación–⁶⁰⁸.

607. (ii) El concepto de *autonomía*, que se asocia con el momento a partir del cual es posible considerar que se rompe la dependencia de la vida en formación respecto de la persona gestante, esto es, cuando se acredita una mayor probabilidad de vida autónoma extrauterina (cercana a un 50%), circunstancia que se ha evidenciado con mayor certeza a partir de la semana 24 de gestación, que corresponde al estado más avanzado del desarrollo embrionario⁶⁰⁹.

608. Para la Sala, el concepto que en el actual contexto normativo permite un óptimo constitucional para resolver la tensión a que se ha hecho referencia es el de autonomía, que corresponde al momento en el que existe una mayor probabilidad de vida autónoma extrauterina del feto. Además, es el concepto

⁶⁰⁸ Como se indica en uno de los apartados de la sentencia proferida por la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*, del 28 de noviembre de 2012, que pretende ilustrar las distintas nociones de la voz “concepción”, “[l]a Corte observa que en el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término ‘concepción’. Una corriente entiende ‘concepción’ como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión²⁶⁶. Otra corriente entiende ‘concepción’ como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero²⁶⁷. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión²⁶⁸”. Corte IDH. Caso *Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, ff. 180.

⁶⁰⁹ Este límite gestacional para la práctica del aborto voluntario ha sido adoptado, entre otros, en Holanda, en varios estados de Estados Unidos, en varias de las provincias y territorios de Canadá, en Singapur y en algunos estados de Australia. Este concepto, también asociado a la voz de “viabilidad”, fue determinante para la definición del límite en el que se consideró justificado el interés estatal en proteger la vida en gestación y, por tanto, permitir a los estados prohibir la práctica del aborto voluntario, en los casos *Roe vs. Wade* (1973) y *Planned Parenthood vs. Casey* (1992), de la Corte Suprema de Estados Unidos. En el primero, en atención al estado de la técnica para aquel momento, el término de “viabilidad” se fijó en la semana 28 de gestación; en el segundo, como consecuencia del avance en la técnica médica, dicho término se consideró que se presentaba en algún momento entre las semanas 23 y 24 de gestación.

que mejor se corresponde con la idea de la protección gradual e incremental de la vida en gestación, a que se hizo referencia.

609. En efecto, despenalizar totalmente el aborto con consentimiento en el actual contexto normativo, sin que existan medidas alternativas de protección de la vida en gestación, colocaría al Estado colombiano en situación de incumplimiento de su obligación constitucional e internacional de adoptar medidas con dicha finalidad. A ello se suma el hecho, puesto de presente en la jurisprudencia de revisión de tutelas citada en esta providencia, de que las barreras actualmente existentes impiden la práctica en las primeras semanas de la IVE en las tres causales previstas en la Sentencia C-355 de 2006, razón por la que despenalizar sólo hasta las primeras semanas, sin garantías para el ejercicio de los derechos de las mujeres gestantes, no permitiría resolver en las condiciones actuales la tensión constitucional a que se ha hecho referencia.

610. Este término también es consecuente con la información aportada al proceso de constitucionalidad, ampliamente referida, según la cual la práctica de abortos consentidos tiene menor incidencia porcentual en ese momento, lo que supone, por tanto, una mayor protección *in genere* de la vida en gestación, incluso por la vía penal. En este sentido, según precisa Profamilia en el concepto técnico aportado al proceso, a partir de datos comparados, la mayoría de los abortos se practican en el primer trimestre. Este dato comparado lo contrasta con datos propios, así:

“En Profamilia, del total de abortos practicados entre 2017 y 2019, el 93,77% correspondieron al primer trimestre, el 4,47% al segundo trimestre, y tan solo el 1,75% fueron en el último trimestres [sic], estos últimos, como consecuencia de múltiples barreras y circunstancias socioeconómicas que dificultan el acceso temprano para estas mujeres”⁶¹⁰.

611. El otro concepto, el de existencia, no permite un óptimo constitucional, dado que no otorga una adecuada relevancia a las razones que fundamentan los cargos de inconstitucionalidad que fueron ampliamente analizados. Además, le es propio un problema de indefinición, de carácter moral, filosófico o ético, acerca de en qué momento inicia la vida, aspecto que escapa a la competencia de esta Corte. Igualmente, en cualquiera de los supuestos que le sirven de fundamento, es el más restrictivo, no solo por la inminencia del tiempo para su configuración, sino por la menor posibilidad de que la persona gestante conozca su estado, así como que en las citadas etapas de gestación se presenta el mayor porcentaje de abortos espontáneos y no tiene ninguna injerencia la voluntad, lo que restringe de manera intensa la posibilidad de tomar decisiones autónomas antes de dicho momento.

612. Dada la relevancia del concepto de autonomía, que se asocia con la capacidad de vida extrauterina, la Sala ampliará las razones expuestas y, para los citados efectos, hará referencia (*i*) a este concepto en la jurisprudencia

⁶¹⁰ Concepto técnico de Profamilia, en atención a la invitación hecha mediante Auto de 19 de octubre de 2020, fl. 27.

constitucional, (ii) a la viabilidad fetal como uno de los criterios relevantes en dos casos emblemáticos de la Corte Suprema de Estados Unidos y (iii) a la relación de algunas legislaciones que restringen el aborto cuando el feto es “viable” o, en otros términos, cuando es probable su existencia autónoma, esto es, con independencia de la persona gestante. Estas razones adicionales evidencian que el concepto de autonomía, de vida autónoma extrauterina o de viabilidad no es extraño al lenguaje de este tribunal, como tampoco de la jurisprudencia y normativa comparada.

13.2.1. El concepto de posibilidad de vida autónoma extrauterina en la jurisprudencia constitucional

613. Hasta el momento, la jurisprudencia constitucional colombiana no ha abordado a profundidad el concepto de autonomía o viabilidad fetal como criterio para determinar la validez constitucional de la penalización del aborto consentido ni, mucho menos, ha señalado a partir de qué etapa gestacional es posible considerar que la vida extrauterina es viable.

614. En la Sentencia C-133 de 1994, que declaró exequible el artículo 343 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal), que tipificaba el aborto consentido, la Corte sostuvo que la Constitución protege la vida desde la gestación, pues este proceso “es condición necesaria para la vida independiente del ser humano fuera del vientre de la madre”. Además, señaló que la concepción “genera un tercer ser que existencialmente es diferente de la madre, y cuyo desarrollo y perfeccionamiento para adquirir viabilidad de vida independiente, concretada con el nacimiento, no puede quedar al arbitrio de la libre decisión de la embarazada”.

615. La Sentencia C-355 de 2006, que revaluó la tesis expuesta en la Sentencia C-133 de 1994 y consideró que no era típica la interrupción voluntaria del embarazo en tres circunstancias excepcionales, se refirió al concepto de viabilidad para hacer referencia a uno de los supuestos que consideró atípicos de la conducta del aborto voluntario: “Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico”. Al respecto, señaló que, en tales casos, el deber estatal de proteger la vida del *nasciturus* pierde peso, “por estarse ante la situación de una vida inviable”, y agregó que obligar a una mujer a llevar a término un embarazo de esta naturaleza significa someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes.

616. Al proferir la Sentencia SU-096 de 2018, que analizó el caso de una mujer que solicitó la interrupción de su embarazo por graves malformaciones del feto incompatibles con la vida, la Corte recogió algunos conceptos científicos y académicos relacionados con la probabilidad de vida autónoma extrauterina aportados por la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología, la Sociedad de Cirugía de Bogotá, la Pontificia Universidad Javeriana y la Universidad Nacional de Colombia.

617. En esa oportunidad, la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología sostuvo que la viabilidad del feto depende de la tecnología disponible para asistirlo de forma artificial con el fin de llevarlo a un punto en el que su vida pueda ser verdaderamente autónoma. No obstante, indicó que el Colegio Real de Ginecología y Obstetricia del Reino Unido “sostiene que hay consenso internacional sobre la ausencia de esperanza de vida extrauterina a las 22 semanas y que las 22 semanas 6 días se considera el límite de la viabilidad extrauterina humanada con condiciones de máximo soporte tecnológico”⁶¹¹. A pesar de ello, agregó, “la incidencia de secuelas severas para los sobrevivientes que han nacido en esta edad gestacional es muy alta: al menos una secuela mayor en 66% de los nacidos entre las 22 y 23 semanas”.

618. La Sociedad de Cirugía de Bogotá, por su parte, señaló que la viabilidad del feto se alcanza “a partir de 24 a 26 semanas”, y añadió que por encima de las 24 semanas de gestación sería obligatorio realizar un feticidio para interrumpir el embarazo⁶¹², pues dicho término “corresponde al límite de la viabilidad fetal”.

619. La Pontificia Universidad Javeriana, a su turno, explicó que un neonato apto para realizar la transición de la vida fetal a la vida extrauterina es “aquel que tiene 37 semanas o más de gestación (esto es contando desde el primer día de la última regla) y/o 2500 gramos de peso”. En contraste, la Universidad Nacional de Colombia sostuvo que “la definición de feto viable se considera a partir de la semana 24 en países desarrollados y en Colombia dependiendo de la institución adoptan la definición internacional o en consenso de expertos que es de 26 semanas o 650 gramos de peso”.

620. Incluso, en uno de los salvamentos de voto respecto de la precitada sentencia se advirtió que la Corte al no haber fijado límites temporales para la práctica de la IVE incurrió en un “vacío de protección respecto de las vidas autónomas y viables a partir de la semana 24 de gestación”⁶¹³. En ese sentido, se explicó que, en el estado actual de la ciencia, existe consenso en que “a partir de la semana 24 de gestación el feto tiene el desarrollo suficiente para lograr su

⁶¹¹ Sobre la posibilidad de vida autónoma después de la semana 22 de gestación y los cuidados médicos que se le deben ofrecer al *nasciturus*, un estudio llevado a cabo por el Centro de Ginecología y Obstetricia de Monterrey señala que “en la llamada ‘zona gris’, entre las 23 y 25 semanas de gestación o menos, la supervivencia es sutil, por lo que nos parecería correcto ofrecerles ‘cuidados paliativos de confort’ a los nacidos de 23 semanas o menores, y para los nacidos vivos entre 24 y 25 semanas de gestación, conforme mejore el peso del nacimiento mejorará su supervivencia, debiéndose considerar que con los de 26 y 27 semanas de gestación se reta a los impulsos naturales del médico, los cuales lo llevan a intentar salvar vidas, aunque las posibilidades sean escasas”. Cfr., Lozano-González, Carlos H. y otros. Límites de la vida neonatal. En: *Perinatología y reproducción humana*, vol. 27, n.º 2. México, 2013. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-53372013000200002. Según el médico obstetra Raúl Carlos Nico, “el concepto implícito, aceptado como razonable, de viabilidad es el siguiente: ‘Es viable un feto desde que su probabilidad de vida alcanza determinada magnitud’. En ese sentido, señala que “un feto es absolutamente no viable a las 22 semanas (500 grs) y debemos considerarlo siempre viable a las 26 semanas (750 grs)”. Cfr., Nico, Raúl. Un tema perinatólogo: sobre el concepto de viabilidad fetal. Mar del Plata, Argentina, 2000. Disponible en: <http://hpc.org.ar/wp-content/uploads/107-viabifetal.pdf>. A esta última fuente se hizo referencia en uno de los salvamentos de voto a la Sentencia SU-096 de 2018.

⁶¹² Al respecto, precisó que “feticidio es la muerte a un feto viable. Técnicamente el feticidio se indica cuando no hay deceso del feto al interrumpir la gestación, por lo que se propone feticidio previo a evacuación para evitar medidas inútiles en un feto con mal pronóstico”. Por su parte, la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología explicó que “[e]l feticidio es un procedimiento previo a la interrupción del embarazo, que debe considerarse en edades gestacionales superiores a las 20 semanas para evitar los signos vitales transitorios en fetos que aún no alcanzan la viabilidad y siempre en edades gestacionales mayores a las 22 semanas cuando es posible la supervivencia extrauterina y por lo tanto, de no hacerse el feticidio previamente, el procedimiento ya no sería una interrupción voluntaria del embarazo, sino un adelantamiento del parto”.

⁶¹³ Según se indica en el citado salvamento de voto, “Los estudios científicos contemporáneos apuntan a señalar que, al ser la medicina esencialmente probabilística, se ha entendido que ‘es viable un feto desde que su probabilidad de vida alcanza determinada magnitud’. Por tanto, conforme a la literatura científica, se considera que un feto es absolutamente inviable antes de las 20 semanas (500 grs) y es viable pasadas las 24 semanas (750 grs)”.

viabilidad autónoma”. Después de este periodo, se agregó, si bien la gestación es importante para el desarrollo del feto, “no es indispensable para su supervivencia”. Por lo tanto, concluyó que la Corte “debió reconocer que a partir de la semana 24 de gestación en que la viabilidad autónoma de un ser humano permite al *nasciturus* no depender de la persona gestante, la vida e integridad de ese ser humano autónomo es ampliamente protegida constitucionalmente”.

13.2.2. La viabilidad fetal como uno de los criterios relevantes en dos casos emblemáticos de la Corte Suprema de Estados Unidos

621. El concepto de viabilidad fetal fue relevante en los casos *Roe vs. Wade* y *Planned Parenthood vs. Casey*, decididos por la Corte Suprema de Estados Unidos el 22 de enero de 1973 y el 29 de junio de 1992, respectivamente.

622. En *Roe vs. Wade*, el alto tribunal señaló que la viabilidad del feto “generalmente se ubica alrededor de los siete meses (28 semanas), pero puede ocurrir antes, incluso a las 24 semanas”. En ese sentido, concluyó que:

“(a) Para la etapa anterior a aproximadamente el final del primer trimestre [de gestación], la decisión del aborto y su realización debe quedar al criterio del médico tratante de la gestante. || (b) Para la etapa posterior a aproximadamente el final del primer trimestre [de gestación], el Estado, para promover su interés en la salud de la mujer, puede, si lo desea, regular el procedimiento de aborto de maneras que estén razonablemente relacionadas con la salud materna. || (c) Para la etapa posterior a la viabilidad, el Estado, para promover su interés en la potencialidad de la vida humana, puede, si así lo desea, reglamentar e incluso prohibir el aborto, excepto cuando sea necesario, según un apropiado criterio médico, para la preservación de la vida o la salud de la mujer”⁶¹⁴.

623. En *Planned Parenthood vs. Casey*, el alto tribunal reiteró los fundamentos esenciales del caso *Roe vs. Wade*, y en cuanto al concepto de viabilidad señaló:

“Hay que decir desde un principio y con claridad que la regla jurisprudencial de *Roe*, que reafirmamos, consta de tres partes. La primera es un reconocimiento del derecho de la mujer a optar por un aborto antes de la viabilidad [del feto] y a obtenerlo sin la injerencia indebida del Estado. Antes de la viabilidad, los intereses del Estado no son lo suficientemente fuertes como para apoyar una prohibición del aborto o la imposición de un obstáculo sustancial al derecho efectivo de la mujer a optar por ese procedimiento. La segunda es una confirmación del poder del Estado de restringir los abortos después de la viabilidad fetal, si la ley contiene excepciones para los embarazos que ponen en peligro la vida o la salud de la mujer. Y la tercera es el principio de que desde el inicio del embarazo el Estado tiene intereses legítimos en proteger la salud de la mujer y la vida del feto que puede llegar a ser una nueva vida. Estos principios no se contradicen entre sí; y nos adherimos a cada uno de ellos”⁶¹⁵.

⁶¹⁴ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso *Roe vs. Wade*, enero 22 de 1973. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep410/usrep410113/usrep410113.pdf>

⁶¹⁵ Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso *Planned Parenthood vs. Casey*, junio 29 de 1992. Disponible en: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep505/usrep505833/usrep505833.pdf>. Con base en lo decidido en *Planned Parenthood vs. Casey*, el 27 de junio de 2016, la Corte resolvió el caso *Whole Woman’s Health vs. Hellerstedt*, en el que declaró inconstitucionales dos disposiciones de una ley

13.2.3. Algunas legislaciones que restringen el aborto consentido a partir de las nociones de “viabilidad” o “autonomía”

624. Las legislaciones de varios Estados, incluso las más flexibles, restringen la interrupción voluntaria del embarazo cuando la gestación se encuentra en una etapa avanzada y, en general, se considera que la vida extrauterina es viable (esto es, entre las 20 y 24 semanas de gestación).

625. En Holanda, está permitido practicar un aborto, con el consentimiento de la mujer, hasta la semana 24 de gestación. Con posterioridad a este límite temporal, solo es posible interrumpir el embarazo por razones médicas, entre ellas, la inviabilidad del feto por fuera del vientre materno. En tal caso, el médico debe observar criterios de debido cuidado para la interrupción tardía del embarazo⁶¹⁶.

626. En Australia, la legislación del Estado de Victoria permite que un médico registrado practique un aborto hasta la semana 24 de gestación. Para interrumpir el embarazo más allá de ese límite temporal, es necesario que el médico crea razonablemente que dicho procedimiento es apropiado y haya consultado al menos a otro médico que tenga la misma opinión. Para ello, es necesario tener en cuenta todas las circunstancias médicas que sean relevantes, así como las circunstancias físicas, psicológicas y sociales actuales y futuras de la mujer embarazada⁶¹⁷.

627. El Estado de Nueva York (Estados Unidos) eliminó de su legislación el delito de aborto, el 22 de enero de 2019. Desde entonces, ninguna persona puede ser perseguida penalmente por la interrupción consentida de un embarazo, incluso después de la semana 24 de gestación. No obstante, el aborto practicado con posterioridad a dicho periodo se considera ilegal, a menos que sea necesario para preservar la vida o la salud de la mujer embarazada o el feto no sea viable⁶¹⁸.

628. Gran Bretaña no criminaliza la interrupción del embarazo después de la semana 24 de gestación, si su continuación implica un riesgo para la salud física o mental de la mujer embarazada o de sus hijas o hijos. Además, la ley no prevé un límite temporal para abortar, en caso de grave y permanente daño a la salud física o mental de la mujer, riesgo para su vida o riesgo sustancial de que el feto sufra anomalías físicas o mentales que lo dejarían gravemente discapacitado⁶¹⁹.

del Estado de Texas que imponía restricciones de admisión a las clínicas de abortos. Esta vez, la Corte recordó que “en *Casey* descartamos el marco trimestral y ahora usamos la ‘viabilidad’ como el punto relevante en el que un Estado puede comenzar a limitar el acceso de las mujeres al aborto por razones no relacionadas con la salud materna”. Corte Suprema de los Estados Unidos. Caso *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*, junio 27 de 2016. Disponible en: https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/15-274_new_e18f.pdf.

⁶¹⁶ Información oficial del Gobierno de los Países Bajos, disponible en: <https://www.government.nl/topics/abortion/question-and-answer/what-is-the-time-limit-for-having-an-abortion>

⁶¹⁷ *Abortion Law Reform Act* 2008. Disponible en: http://www5.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/alra2008209/s4.html

⁶¹⁸ *Reproductive Health Act*, article 25A, section 2599-BB. Disponible en: <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/PBH/2599-BB>

⁶¹⁹ *Abortion Act* 1967. Disponible en: <https://reproductiverights.org/sites/default/files/documents/Great%20Britain%20-%20Abortion%20Act.pdf>

629. En Alemania, no es delito que una mujer interrumpa su embarazo hasta la semana 22 de gestación, si se encuentra en una situación excepcional, ha recibido asesoramiento previo y el procedimiento de aborto es realizado por un médico⁶²⁰.

630. España autoriza de manera excepcional la interrupción del embarazo después de la semana 22 de gestación, cuando exista un grave riesgo para la vida o la salud de la mujer embarazada o riesgo de graves anomalías en el feto. Si se detectan anomalías fetales incompatibles con la vida dictaminadas por un médico especialista o una enfermedad del feto extremadamente grave e incurable confirmada por un comité clínico, la posibilidad de interrumpir el embarazo no tiene límite temporal⁶²¹.

631. La legislación de Sudáfrica prevé que después de la semana 20 de gestación es posible interrumpir el embarazo, si su continuación pone en peligro la vida de la mujer embarazada, da lugar a una malformación grave del feto o supone un riesgo de lesión al feto⁶²².

632. India, por su parte, autoriza la interrupción del embarazo entre las semanas 20 y 24 de gestación, si su continuación implica un riesgo para la vida de la mujer embarazada, un daño grave para su salud física o mental o existe un riesgo sustancial de que la niña o el niño que nazca sufra alguna anomalía física o mental grave⁶²³.

633. Finalmente, aunque en Canadá está permitido el aborto en cualquier etapa del embarazo, con independencia de su motivación, en la práctica, es poco común que ese procedimiento se lleve a cabo más allá de la semana 23 de gestación. Esto solo ocurre en los Estados de Quebec, donde se ofrecen servicios de interrupción del embarazo hasta dicha semana; Alberta y Ontario, hasta la semana 24, y Columbia Británica, hasta las 24 semanas y 6 días de gestación⁶²⁴.

13.2.4. La declaratoria de exequibilidad condicionada de la disposición demandada y sus efectos inmediatos

634. Si se pretende un óptimo constitucional que proteja de manera ponderada los bienes jurídicos en tensión a que se ha hecho referencia, el punto fundamental de la distinción en el actual contexto normativo no puede ser otro que aquel en el que es posible considerar que se rompe la dependencia de la

⁶²⁰ Código Penal Alemán, sección 218. Disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1816

⁶²¹ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Disponible en: <https://reproductiverights.org/sites/default/files/documents/Spanish%20Ley%20Organica%20in%20Spanish.pdf>

⁶²² *Choice on Termination of Pregnancy Act*, 1996. Disponible en: <https://reproductiverights.org/sites/default/files/documents/South%20Africa%20-%201996%20Choice%20on%20Termination%20of%20Pregnancy%20Act.pdf>

⁶²³ *The Medical Termination of Pregnancy (Amendment) Act, 2021 (No. 8 of 2021)*, disponible en: <https://egazette.nic.in/WriteReadData/2021/226130.pdf>. Esta norma modificó *The Medical Termination Of Pregnancy Act, 1971 (Act No. 34 of 1971)*, disponible en: <https://health.mp.gov.in/sites/default/files/documents/mtp-Act-1971.pdf>. La norma de 2021 amplió hasta la semana 24 el término para realizar el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, que desde 1971 solo se podía realizar hasta la semana 20 de gestación.

⁶²⁴ Información de la Federación Nacional del Aborto, disponible en <https://nafcanada.org/abortion-coverage-region/>

vida en formación de la persona gestante. Dada la mayor probabilidad de vida independiente extrauterina, la preferencia de la protección de la finalidad constitucional imperiosa que pretende el artículo 122 del Código Penal se maximiza. Esto es así, dado que habrá una mayor probabilidad de protección de la finalidad constitucional imperiosa que pretende lograr el tipo penal: que el embarazo culmine con el nacimiento de un nuevo ser. Si se da preferencia a la protección de la vida en formación en estadios anteriores, sin alternativas para la realización de los derechos de las mujeres gestantes, terminarían afectándose intensamente tales derechos, pues, como ya se dijo, las barreras actualmente existentes impiden la práctica en las primeras semanas de la IVE en las tres causales previstas en la Sentencia C-355 de 2006, razón por la que despenalizar sólo hasta las primeras semanas, sin garantías para el ejercicio de los derechos de las personas gestantes, no resolvería en las condiciones actuales la tensión constitucional a que se ha hecho referencia.

635. Esta idea de privilegiar el concepto de autonomía es igualmente consecuente con la tesis según la cual la vida es un bien jurídico que se protege en todas las etapas de su desarrollo, pero no con la misma intensidad⁶²⁵, dado que no se trata de un derecho absoluto⁶²⁶. Es por esto que su protección mediante el derecho penal, como finalidad constitucional imperiosa, también es gradual e incremental. Es esta doble condición la que permite una solución jurídica –y no moral– a la tensión que se evidencia y la que permite un óptimo constitucional en el actual contexto normativo que dé respuesta tanto a la situación de desprotección de los derechos y garantías de las mujeres, niñas y personas gestantes, como a la ineficacia de la respuesta penal para proteger la vida en gestación.

636. Por las razones expuestas, el óptimo constitucional al que se ha hecho referencia se obtiene al declarar la exequibilidad condicionada de la norma que se demanda, en el sentido de que la conducta de abortar allí prevista solo es punible, en el actual contexto normativo en que se inserta la norma, cuando se realice después de la vigésimo cuarta (24) semana de gestación, límite temporal que no resulta aplicable a los supuestos en los que la Sentencia C-355 de 2006 dispuso que no se incurre en delito de aborto.

637. Esta decisión tiene efectos inmediatos. Los efectos temporales de las sentencias proferidas por esta Corte en virtud del control abstracto de constitucionalidad, por regla general, son *ex nunc* e inmediatos. Lo primero hace referencia a que, salvo que se indique expresamente algo diferente en el fallo, las sentencias tienen efectos hacia el futuro⁶²⁷, “lo que encuentra sustento, según lo ha explicado esta Corte, en los principios de seguridad jurídica y democrático, los cuales implican la presunción de constitucionalidad de las

⁶²⁵ Cfr., al respecto, las sentencias allí citadas y la interpretación que en ellas se hace de los artículos 11 de la Constitución y 4.1 de la CADH: sentencias C-355 de 2006, C-327 de 2016 y sentencia del 28 de noviembre de 2012 de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*.

⁶²⁶ En este sentido se pronunció la Sala en las sentencias C-239 de 1997, C-177 de 2001, C-251 de 2002, C-899 de 2003, C-355 de 2006, C-233 de 2014, C-327 de 2016, C-430 de 2019 y C-233 de 2021.

⁶²⁷ Según dispone el artículo 45 de la Ley 270 de 1996: “las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

normas que integran el sistema jurídico mientras ella no sea desvirtuada por este Tribunal mediante una sentencia con efectos *erga omnes*”⁶²⁸.

638. Por otra parte, en relación con el momento a partir del cual las sentencias producen efectos, la Corte ha señalado que “cuando no se ha modulado el efecto del fallo, esto es, cuando expresamente no se han diferido sus efectos, estos se producen a partir del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció, en ese caso específico, la jurisdicción de que está investida”⁶²⁹, esto es, desde el día siguiente a aquel en el que la Sala Plena toma la decisión⁶³⁰, y no a partir de la fecha en que se suscribe el texto que a ella corresponde, o el de su notificación –mediante edicto– o ejecutoria⁶³¹.

639. En consecuencia, una vez se divulga oficialmente la sentencia, esto es, se publica su texto completo o, en su defecto, el respectivo comunicado de prensa, el conocimiento y cumplimiento del *decisum* de la providencia es exigible a todos los operadores jurídicos. En nuestro ordenamiento jurídico los ciudadanos tienen derecho a participar en el control del poder político mediante el ejercicio, entre otros mecanismos, de la acción pública de inconstitucionalidad (artículo 40.6 de la Constitución). En ejercicio de esta acción, controlan el poder de configuración del ordenamiento jurídico que la Constitución atribuye al Congreso y, excepcionalmente, al presidente de la República, para lo cual pueden demandar ante la Corte Constitucional las leyes y los decretos con fuerza de ley, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. En este tipo de procesos, los ciudadanos también tienen derecho a intervenir como impugnadores o defensores de las normas sometidas a control –artículo 242 de la Constitución–. Dado su carácter público y el hecho de que es la sociedad la destinataria de las decisiones de constitucionalidad, resulta imperioso garantizar el principio de publicidad mediante su divulgación. Para tal fin, la Corte Constitucional acude a los comunicados de prensa, que no reemplazan el texto completo de la sentencia, pero que, en todo caso, “consignan tanto los argumentos que configuran la razón de la decisión como el texto íntegro y definitivo de la parte resolutoria del fallo correspondiente” y permiten equilibrar la necesidad de contar con el texto íntegro de la decisión, con la obligación de comunicar de inmediato el sentido de esta y sus razones, “habida cuenta de su vínculo inescindible con los principios de legalidad y seguridad jurídica”⁶³².

640. Los fundamentos de las reglas descritas son esencialmente dos: por una parte, la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución⁶³³ y, por otra, la preservación de los principios de legalidad, seguridad jurídica y cosa juzgada⁶³⁴.

⁶²⁸ Cfr., las sentencias C-037 de 1996, C-280 de 2014, C-408 de 2017 y SU-937 de 2019.

⁶²⁹ Sentencia C-973 de 2004.

⁶³⁰ Ley 270 de 1996, artículo 56.

⁶³¹ Cfr., en este sentido, las sentencias T-832 de 2003, C-973 de 2004 y Autos A-022 de 2013, A-155 de 2013 y A-521 de 2016.

⁶³² En este sentido, cfr., entre otros, el Auto 155 de 2013.

⁶³³ Cfr. Constitución, artículo 241 y Sentencia C-963 de 2004.

⁶³⁴ Sentencias C-973 de 2004 y C-521 de 2016.

641. Ahora bien, esto no quiere decir que la notificación de la sentencia de constitucionalidad –que por mandato del artículo 16 del Decreto Ley 2067 de 1991 debe hacerse por edicto– o que el término de ejecutoria que corre a partir de la desfijación del edicto sean irrelevantes. Si bien son intrascendentes para la determinación de los efectos temporales de la decisión, permiten definir, por ejemplo, el término dentro del cual se puede alegar la nulidad de la decisión, por una vulneración “ostensible, probada, significativa y trascendental”⁶³⁵ del debido proceso⁶³⁶, “es decir que tenga repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos”⁶³⁷.

642. Para la Sala, la declaratoria de exequibilidad condicionada de la disposición en los términos previamente citados no genera un vacío o laguna normativa. De un lado, la conducta que regula continúa siendo punible cuando se realice después de la vigésimo cuarta (24) semana de gestación. Esto es así, porque a partir de dicho momento se evidencia la necesidad de mantener, en el actual contexto normativo, la protección penal de la vida en gestación. De otro lado, el Legislador conserva un importante margen de configuración para determinar cuál debe ser el tratamiento legal de esta problemática de relevancia constitucional en cada una de las etapas del embarazo, atendiendo el carácter gradual e incremental de la protección de la vida en gestación. De hecho, es este reconocimiento el que fundamenta el tercer elemento que integra el óptimo constitucional a que se hizo referencia, como se explica seguidamente.

13.3. El tercer elemento que integra el óptimo constitucional a que se ha hecho referencia supone la adopción de una política pública integral en la materia

643. El tercer elemento que integra el óptimo constitucional a que se hizo referencia tiene que ver con la adopción de una política pública integral, que no únicamente penal, respecto de la problemática de relevancia constitucional que supone el aborto voluntario, para lo cual se exhortan al Congreso de la República y al Gobierno nacional.

644. La Corte no puede obviar la ausencia de políticas específicamente dirigidas a garantizar la protección de la vida en gestación que, en contraste con la sanción penal que se declara condicionalmente exequible en esta sentencia, sean respetuosas de los derechos de mujeres, niñas y personas gestantes, y brinden verdaderas alternativas a la interrupción voluntaria del embarazo y, al mismo tiempo, protejan la vida en gestación. Ante la grave omisión del Legislador en regular la materia, pese a los exhortos realizados por este Tribunal⁶³⁸, la Corte reitera su llamado y lo extiende al Gobierno nacional para que, sin perjuicio del cumplimiento inmediato de esta sentencia y en el menor tiempo posible, formulen e implementen una política pública integral en la materia.

⁶³⁵ Auto 381 de 2014.

⁶³⁶ Sentencias C-973 de 2004 y C-521 de 2016

⁶³⁷ Auto 381 de 2014. En igual sentido, el Auto 068 de 2019.

⁶³⁸ De todos ellos, y de uno nuevo, da cuenta la sentencia de la Sala Plena SU-096 de 2018.

645. Además, la Sala no puede pasar por alto –porque así quedó acreditado en el proceso– que mujeres, niñas y personas gestantes, sufren actualmente un déficit de protección respecto de sus derechos a la salud sexual y reproductiva, que va más allá de las barreras para acceder a la IVE en las tres hipótesis previstas en la Sentencia C-355 de 2006, y que han sido identificadas por esta corporación en sentencias de revisión de tutela, como da cuenta su extensa línea jurisprudencial en la materia, ampliamente referida en esta providencia⁶³⁹. Ante esta realidad las instituciones públicas no pueden ser meras espectadoras del fenómeno y, por el contrario, exige su acción, de manera “armónica”, como lo dispone el artículo 113 de la Carta, para lograr la superación de aquel estado de cosas⁶⁴⁰. Además, exige considerar que una garantía efectiva de los derechos impone un entendimiento que integre a los diferentes órganos del Estado. Esta visión propugna por una concepción dialógica de la relación entre el juez constitucional y los demás poderes públicos e instituciones sociales, intrínseca al funcionamiento de nuestro modelo democrático.

646. En este sentido, la Corte Constitucional considera que, dentro de los límites que le impone la Constitución, el Legislador tiene una amplia facultad de configuración para diseñar medidas de protección de la vida del que está por nacer, atendiendo al carácter gradual e incremental de dicha protección, y, al mismo tiempo, medidas para garantizar la realización de los derechos de mujeres, niñas y personas gestantes, incluidas alternativas a la interrupción voluntaria del embarazo según la etapa de su desarrollo.

647. Finalmente, conviene precisar que esta decisión no constituye un juicio de valor sobre el aborto, pues lo que se decide es acerca de la constitucionalidad de su penalización en el actual contexto normativo, con fundamento en los cargos de inconstitucionalidad formulados por las demandantes. En este sentido, resulta pertinente reiterar lo dicho por la Corte en la Sentencia C-355 de 2006, por cuanto se trata de consideraciones que mantienen su vigencia y resultan pertinentes en el actual debate sobre el aborto:

“9.5.1. Es necesario romper los mitos sobre el tema, para poder abordarlo de manera responsable y clara. En primer lugar, debe dejarse en claro que como dicen Anibal Faúndes y José Barzelatto en su libro *‘El drama del aborto’*⁵¹, no es cierta la pretendida confrontación entre quienes están a favor y quienes están en contra del aborto. Por el contrario, hay una coincidencia generalizada en el sentido de que debe evitarse el aborto, nadie lo propone como una alternativa deseable o como un método más de planificación.

La diferencia entre unas y otras posiciones estaría en que si bien para nadie es deseable, algunos niegan totalmente tal posibilidad y con base en valores absolutos, de carácter religioso o filosófico, argumentan a favor de la penalización dejando toda la responsabilidad de la decisión sobre su embarazo no deseado, no

⁶³⁹ Está constituida, específicamente, por las sentencias T-171 de 2007, T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-636 de 2011, T-959 de 2011, T-841 de 2011, T-627 de 2012, T-532 de 2014, T-301 de 2016, T-731 de 2016, T-697 de 2016, T-931 de 2016 y SU-096 de 2018.

⁶⁴⁰ Esta forma de relación entre los distintos órganos y ramas del poder público, para la búsqueda de la realización de los fines esenciales y sociales del Estado, se plasma en los siguientes términos, en el apartado final del inciso 2° del artículo en cita: “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

consentido, no viable o riesgoso a la mujer, quien se encuentra ante lo que se ha llamado en derecho una '*decisión trágica*' o asume una maternidad que le resulta afrentosa o lesiva para su salud física o mental o aún para su vida o se expone a ser castigada por el Estado y a someterse a tratamientos abortivos antitécnicos al margen de la protección estatal, a riesgo igualmente de su salud o de su vida.

9.5.2. La otra posición, es la de aquellos para quienes el aborto es una infortunada decisión en la que se enfrentan valores que deben ser ponderados y a la cual la mujer es llevada generalmente por circunstancias ajenas a su voluntad o propiciadas por la naturaleza, la negligencia del Estado y las desigualdades de género, económicas o sociales. Para estos últimos, las medidas más eficaces para prevenir el aborto no son las represivas, por el contrario, estas últimas se convierten en un reproche de carácter moral que en nada contribuye a la solución del problema.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad no puede ser exigida sólo a la mujer mientras que el Estado ha incumplido sus obligaciones de promoción de los derechos de la mujer, de educación, de protección, de prevención, de orientación y de asistencia previos a la gestación, que no le garantizan el acceso a los servicios de salud y que no le ofrece apoyo durante el embarazo ni posterior al parto.

Es desde esta última perspectiva que se cuestiona la legitimidad del Estado para penalizar la interrupción voluntaria del embarazo. Al evaluar la legitimidad del Estado para penalizar el aborto en los términos que está consagrado, es inevitable evaluar la responsabilidad del Estado, su diligencia para prevenir con mecanismos diferentes a la represión, el hecho de que la mujer tenga que estar en tal difícil situación”⁶⁴¹.

VII. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

648. Antes de abordar el estudio de los cargos de la demanda y en atención a los planteamientos de algunos intervinientes y del Procurador General de la Nación, la Corte examinó cuestiones previas relacionadas con la omisión legislativa y la cosa juzgada, respecto de las cuales concluyó que, en el presente caso, (i) no se presenta una omisión legislativa absoluta en la regulación del aborto consentido; y (ii) a pesar de que, en la Sentencia C-355 de 2006 la Corte ya había decidido sobre la constitucionalidad del artículo 122 del Código Penal, es procedente un nuevo pronunciamiento, por tres razones: en primer lugar, la demanda que ahora se decide formula cargos de inconstitucionalidad distintos a las que se examinaron en la Sentencia C-355 de 2006 y, por tanto, no fueron resueltos en esa oportunidad. En segundo lugar, ha operado una modificación en el significado material de la Constitución respecto de la problemática constitucional que plantea el delito de aborto consentido. En tercer lugar, se constató un cambio en el contexto normativo del que forma parte el artículo 122 del Código Penal. La primera razón explica el carácter relativo de la cosa juzgada en el presente asunto y las dos últimas, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, permiten, de manera excepcional, un nuevo pronunciamiento de fondo, aunque se trate de una disposición que fue objeto de

⁶⁴¹ Sentencia C-355 de 2006.

control constitucional en el pasado, pues en tales casos la cosa juzgada se entiende superada.

649. Al examinar los cargos de la demanda la Corte encontró que reunían los requisitos y que, por tanto, le correspondía decidir sobre (i) el desconocimiento de la obligación de respeto al derecho a la salud y a los derechos reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes (artículos 49, 42 y 16 de la Constitución); (ii) la violación del derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular (artículos 13 y 93 de la Constitución, 1 de la CADH y 9 de la Convención de Belem do Pará); (iii) la vulneración de la libertad de conciencia de las mujeres, las niñas y las personas gestantes, frente a la posibilidad de actuar conforme a sus convicciones en relación con su autonomía reproductiva (artículo 18 de la Constitución), y (iv) la incompatibilidad de la penalización del aborto consentido con la finalidad preventiva de la pena y no satisfacción de las exigencias constitucionales adscritas al carácter de *ultima ratio* del derecho penal (preámbulo y artículos 1 y 2 de la Constitución).

650. La Corte evidenció que existía una tensión de relevancia constitucional entre, por un lado, la protección de la vida en gestación –finalidad constitucional imperiosa que pretende proteger el artículo 122 del Código Penal, aun luego del condicionamiento de que fue objeto en la Sentencia C-355 de 2006– y, por otro, los derechos a la salud y los derechos reproductivos; la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular; la libertad de conciencia; y la finalidad constitucional de prevención general de la pena, así como con el carácter de último recurso –*ultima ratio*– del derecho penal.

651. Para la Corte, esta tensión constitucional no puede resolverse otorgándole preferencia a alguna de las garantías en tensión, pues esto supone el sacrificio absoluto de las otras. Por tal razón, consideró necesario adoptar una fórmula que reconozca la relevancia constitucional de cada una de dichas garantías, de tal forma que, a diferencia de restarles protección –por el resultado que se seguiría de otorgar preferencia a alguna de ellas– se logre una mayor realización de la totalidad de los derechos, principios y valores en pugna.

652. La Corte resolvió esta tensión teniendo en cuenta el actual contexto normativo en que se inserta la disposición demandada, mediante la identificación de un punto óptimo en el término de gestación que, en abstracto, evite los amplios márgenes de desprotección para la dignidad y los derechos de las mujeres –a que se refieren los cargos estudiados en esta oportunidad– y, a su vez, proteja en la mayor medida posible la vida en gestación, a partir de tres elementos:

653. El primero, constituido por las tres “hipótesis extremas de afectación de [la] dignidad” de la mujer evidenciadas por la Corte en la Sentencia C-355 de 2006.

654. El segundo, constituido por el concepto de “autonomía”, que permite la maximización abstracta de los bienes en tensión, pues se refiere al momento en el que es posible evidenciar que se rompe la dependencia de la vida en formación respecto de la persona gestante, lo que justifica su protección reforzada por el derecho penal en el actual contexto normativo. En efecto, despenalizar totalmente el aborto con consentimiento, sin que existan medidas alternativas de protección de la vida en gestación, colocaría al Estado colombiano en situación de incumplimiento de su obligación constitucional e internacional de adoptar medidas con dicha finalidad. A ello se suma el hecho, puesto de presente en la jurisprudencia de revisión de tutelas citada en esta providencia, de que las barreras actualmente existentes impiden la práctica de la IVE, en las primeras semanas, en las causales previstas en la Sentencia C-355 de 2006, razón por la que despenalizar sólo hasta las primeras semanas, sin garantías para el ejercicio de los derechos de las personas gestantes, no permitiría resolver en las condiciones actuales la tensión constitucional a que se ha hecho referencia.

655. El tercero, que promueve un diálogo en las instancias de representación democrática, para que, en atención al condicionamiento de la disposición demandada, formulen e implementen una política pública integral que evite los amplios márgenes de desprotección para la dignidad y los derechos de las mujeres gestantes, ampliamente descritos en esta providencia, y, a su vez, proteja en forma gradual e incremental la vida en gestación, sin afectar intensamente tales garantías.

656. La decisión de la Corte parte del supuesto de la competencia del Legislador para adoptar una regulación integral orientada a proteger de manera eficaz los bienes jurídicos en tensión, en relación con la cual reiteró lo dicho en la Sentencia C-355 de 2006, en el sentido de que “se podría discutir si la naturaleza de estas medidas de protección de la vida en gestación han de ser de carácter penal o si serían más efectivas previsiones de otro tipo como políticas sociales o de índole prestacional que aseguren la vida que está en proceso de gestación mediante la garantía de cuidados médicos, alimentación o de ingresos de la mujer embarazada”. Según indicó la Sala en aquella oportunidad y lo reitera ahora, la definición de este tipo de medidas corresponde al Legislador, de allí que sea este el que deba “decidir entre el universo de medidas posibles aquellas más adecuadas para proteger los bienes jurídicos de relevancia constitucional y su decisión, en principio, sólo podrá ser objeto de control cuando resulte manifiestamente desproporcionada o irrazonable”.

657. Finalmente, en cuanto al carácter de *ultima ratio* del derecho penal, la Corte reafirmó su jurisprudencia en el sentido de que el Estado puede acudir a la sanción penal cuando ha agotado todos los mecanismos preventivos a su disposición para reducir la comisión de conductas que atentan contra los intereses legítimamente protegidos o cuando ha ofrecido alternativas para el ejercicio de los derechos con los que la sanción penal entra en tensión. Esto por cuanto su carácter fragmentario impone al Estado ejercer su poder punitivo en

los casos que con mayor gravedad afectan el interés social. Según este rasgo del derecho penal, solo es posible aplicar la sanción penal de pérdida de la libertad a los casos más graves de afectación de los intereses protegidos.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del artículo 122 de la Ley 599 de 2000 “por medio de la cual, se expide el Código Penal”, en el sentido de que la conducta de abortar allí prevista solo será punible cuando se realice después de la vigésimo cuarta (24) semana de gestación y, en todo caso, este límite temporal no será aplicable a los tres supuestos en los que la Sentencia C-355 de 2006 dispuso que no se incurre en delito de aborto, esto es, “(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”.

SEGUNDO. EXHORTAR al Congreso de la República y al Gobierno nacional, para que, sin perjuicio del cumplimiento inmediato de esta sentencia y, en el menor tiempo posible, formulen e implementen una política pública integral –incluidas las medidas legislativas y administrativas que se requieran, según el caso–, que evite los amplios márgenes de desprotección para la dignidad y los derechos de las mujeres gestantes, descritos en esta providencia y, a su vez, proteja el bien jurídico de la vida en gestación sin afectar tales garantías, a partir del condicionamiento de que trata el resolutivo anterior. Esta política debe contener, como mínimo, (i) la divulgación clara de las opciones disponibles para la mujer gestante durante y después del embarazo, (ii) la eliminación de cualquier obstáculo para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos que se reconocen en esta sentencia, (iii) la existencia de instrumentos de prevención del embarazo y planificación, (iv) el desarrollo de programas de educación en materia de educación sexual y reproductiva para todas las personas, (v) medidas de acompañamiento a las madres gestantes que incluyan opciones de adopción, entre otras, y (vi) medidas que garanticen los derechos de los nacidos en circunstancias de gestantes que desearon abortar.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Presidente

Con salvamento de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con aclaración de voto

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

Con salvamento de voto



ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto



JULIO ANDRÉS OSSA SANTAMARÍA
Conjuez
Con aclaración de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado
Con aclaración de voto



ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General