FICHA JURISPRUDENCIAL

C-055 de 2022

Introducción

Organismo: Corte Constitucional

Demandante: 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.

Derechos fundamentales en los que se sustenta la acción: 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).

Demandado: Artículo 122 de la Ley 599 del 2000

Terceros intervinientes enunciados: **Recepción masiva de intervenciones que se resumen así:**

"86. Dentro del término de fijación en lista de la norma demandada, que venció el día 12 de noviembre de 2020, 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 constitucionalidad. 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 providencia; 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:

88. Un número amplio de intervinientes solicitó declarar la constitucionalidad simple del artículo 122 del Código Penal. 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.

Finalmente, otro número considerable de intervinientes apoyó las pretensiones de la demanda y solicitó la declaratoria de inexequibilidad. 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."

Procurador GN: Se está ante la existencia de una cosa juzgada relativa implícita –sin perjuicio de que considera que se acredita una omisión legislativa absoluta–, pero asunto que solo podía resolver el Congreso. IVE derecho Fundamental autónomo, por tanto, competencia del Legislador. Nuevos cargos que permitirían pronunciamiento de fondo y hay variación de comprensión de la problemática del aborto.

Temas de / asunto:

Aborto, interrupción voluntaria del embarazo, despenalización.

Referencia bibliográfica:

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-055 de 2022. Expediente

D-13.956. Magistrados Ponentes: Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos.

Hechos relevantes

01. Se demandó la siguiente disposición del Código Penal colombiano:

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. Titulo I. Delitos contra la vida y la integridad personal
Capítulo IV.
Del aborto

"Artículo 122. Aborto. 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".

Cargos de la demanda

01. **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

02. **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)

03. **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)

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

05. **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)

06. **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).

    - 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.

    - 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.

Trámite procesal

01. Acumulación expedientes: No se acumularon expedientes.

02. Audiencia pública: La Sala Plena no accedió a realizar audiencias públicas.

03. Pruebas: Se negó la práctica de pruebas tanto por demandantes como por intervinientes. Solo se admitió testimonios reproducidos en escritos de

intervención de Gloria Yolanda Martínez Rivera y Ángela Vélez Escallón.

04. Múltiples solicitudes de nulidad: La Sala decretó dos nulidades de oficio para volver a revisar nulidades y recusaciones interpuestas que luego fueron declaradas manifiestamente improcedentes.

05. Impedimentos y recusaciones:

i. Múltiples solicitudes de recusación e impedimento. Que fueron rechazadas.
ii. El 16 de nov. De 2021 el Magistrado Linares se declaró impedido al considerar que "de dicha entrevista proferí inadvertidamente opiniones sobre mi posición en el tema del aborto".
iii. Demandantes recursaron a Conjuez Hernando Yepes por conflicto de intereses. Se rechazó por impertinente.
iv. Se aceptó el impedimento presentado por el Magistrado Alejandro Linares Cantillo.
v.Conjuez Julio Andrés Ossa Santamaría reemplazó al Magistrado Linares Cantillo.
vi. Recusación en contra de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger
vii. la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger manifestó impedimento por declaraciones en el marco de la Ley 1719 de 2014.
viii.la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró infundado el impedimento manifestado por la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger y rechazó solicitud de recusación.

-**Solicitudes de aclaración de providencias judiciales:** rechazó la solicitud de aclaración al no acreditarse el deber de argumentación que exige.

Problema jurídico

01. 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).

02. 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.

Consideraciones

Por qué no se presenta una omisión legislativa absoluta, en los términos en que fue planteado por el Procurador General de la Nación.

"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".

"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".

Delimitación del alcance normativo del artículo 122 del Código Penal en las siguientes sentencias de tutela: 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.

Ausencia de omisión legislativa absoluta. La Corte no constata una inactividad o una omisión de regulación en relación con el delito de aborto voluntario. Si hay actividad legislativa que está en el artículo 122 del CPenal. Fue expedida por el legislador. Es verificable, cierta y determinada.

Análisis de la aptitud sustantiva de la demanda y razonará por qué solo cuatro de los seis cargos que fueron propuestos son aptos

Dadas las distintas solicitudes de un fallo inhibitorio se vuelve a examinar, con mayores elementos de juicio, la aptitud sustantiva de la demanda.

-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

Dada la estrecha relación entre los cargos uno (la presunta violación del derecho a la IVE) y dos (la supuesta vulneración del derecho a la salud y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres), también en relación con el desconocimiento del derecho a la igualdad de mujeres, se integran las razones en un solo cargo. "En consecuencia, la Corte estudiará la aptitud de estos cargos de manera conjunta".

Ambos cargos se construyen a partir de la misma tesis: "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".

Los cargos son claros, cumplen con el requisito de certeza, es específica, es pertinente, aporta amplios elementos de juicio y generan duda sobre la constitucionalidad de la norma demandada, por lo que se encuentra acreditado el requisito de suficiencia.

-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.

Ambas se construyen a partir de la misma tesis: "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".

El cargo es claro, cumple con el requisito de certeza, es específico, es pertinente, generan duda sobre la constitucionalidad de la norma demandada, por lo que se encuentra acreditado el requisito de suficiencia. Se constata que el cargo satisface la carga argumentativa especial que se exige cuando se alega la vulneración del derecho a la igualdad (carga mayor, requisitos).

-Análisis de aptitud del cargo formulado por la presunta violación del derecho a la libertad de profesión y oficio del personal de la salud

Es argumento es claro, pero carece de certeza. Plantean consecuencias todas que a juicio de la Sala no se desprenden objetivamente de la norma demandada. Circunstancias futuras que no con en todo caso certeras.

Tampoco es pertinente por no ser argumento constitucional, sino que 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.

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.

Estas razones no son específicas ni suficientes. Todo esto sin brindar argumentos de orden constitucional.

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

Es claro. 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.

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. No hay evidencia de que la norma demandada sea producto de una concepción religiosa específica, impuesta por el Legislador.

La segunda perspectiva merece valoración distinta. ciertos, pues ofrecen una inter-

pretación 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.

Generan duda sobre la constitucionalidad de la norma demandada, por lo que se encuentra acreditado el requisito de suficiencia.

-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

Es claro. El planteamiento relacionado con este último cargo suministra información suficiente que logra plantear dudas respecto de la constitucionalidad de la norma demandada.

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

La cosa juzgada en la jurisprudencia constitucional: institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Pretende garantizar diversos valores y principios constitucionales como la seguridad jurídica, la buena fe, la autonomía judicial y la fuerza normativa de la Constitución. Evaluar:

-El tipo de decisión adoptada: exequibilidad condicionada de una norma o, en otros términos, ha proferido una sentencia integradora. Aditiva.

-El objeto de control

-El parámetro de control

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

(i) Modificación del parámetro de control

(ii) Cambio en el significado material de la Constitución

(iii) Variación del contexto normativo del objeto de control

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

- Según demandantes: 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 demanda.

-Para la Sala es procedente un nuevo pronunciamiento, dado 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.

Se trata, por tanto, de tres tipos de razones que de manera independiente justifican un pronunciamiento de mérito en el presente asunto:

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

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. Cosa juzgada relativa.

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.

A.) La ausencia de identidad en el parámetro de control:

i. Derecho a la salud y derechos reproductivos: a pesar de similitudes, hay diferencias. En la C-355 se habló de salud como derecho de carácter 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". Obligaciones de carácter negativo.

Ahora se hace énfasis en obligaciones de carácter positivo del derecho a la salud y los derechos reproductivos, en particular, como consecuencia de la expedición de la Ley 1751 de 2015, estatutaria de Salud.

El énfasis en marco internacional 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". NO había recomendaciones de descriminalización de la práctica del aborto emitidas por múltiples organismos de protección de derechos humanos.

A diferencia 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.

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.

Análisis desde obligaciones positivas y obligaciones de respeto que hace quince años no fueron analizadas.

ii.Derecho a la igualdad: 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.

iii. Derecho a 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–. 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. Si sobre objeción de conciencia y cuando los profesionales en ejercicio de su profesión certifican las causales, pero es distinto. Dijo en 2006 que 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. centrado en profesionales, no en las mujeres.

Acá es la posición jurídica de las mujeres como titulares del derecho fundamental a la libertad de conciencia. No identidad de cargo.

iv. Finalidad constitucional de prevención general de la pena y característica constitucional adscrita al derecho penal como mecanismo de ultima ratio: hay similitudes con la del 2006 pero no identidad.

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.

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 encon-

trar superada la cosa juzgada constitucional.

B) 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- CUATRO FENÓMENOS:

1.)Profunda transformación jurisprudencial acerca de la consideración del derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo (sentencias T-760 de 2008, C-313 de 2014 y T-361 de 2014, después de la C-355 de 2006). Antes era con conexidad a la vida. Salud como DF, basado en dignidad y ESD. Normatividad, incluye la Ley 1715 de 2015, Ley Estatutaria de Salud .

2.)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.

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.

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–

-déficit de protección constitucional de los derechos fundamentales de las niñas y mujeres accionantes, que ha tornado en inoperantes las excepciones mínimas

-Etas 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.

3.)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. 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.

4.)Luego del 2006 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. “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”. C-539 de 2016.

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

La evidencia de un cambio en el contexto normativo en el que se inserta el artículo 122 del Código Penal:

A.) La iusfundamentalidad autónoma del derecho a la salud. 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.

B.) Múltiples organismos internacionales 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.

C.) La política criminal ha visto una revaloración del sentido de la proporcionalidad y los fines de la pena. 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).

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.

D.) 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. No es posible valorar el texto del artículo 122 del Código Penal sin considerar estos fines relevantes perseguidos por el Legislador. 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.

E.) 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 acusada.

TESIS DE LA DECISIÓN:

1. 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–.

2. Sin embargo, su penalización en todas las etapas del embarazo plantea una tensión de relevancia constitucional entre la protección de la vida en gestación 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.

3. No se debe optar por defender de manera absoluta alguno de los dos intereses porque sería el sacrificio absoluto del otro. Porque: (i) porque no tiene en cuenta que en cada etapa del embarazo estos intereses jurídicos tienen una importancia y relevancia distintas y (ii) deja de valorar la existencia de otras medidas legislativas alternativas más adecuadas para garantizar la ponderación de los bienes y derechos en tensión.

4. 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".

5. 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.

Tesis de que en la actual tipificación del delito se acude al derecho penal como mecanismo prima ratio.

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

- El art. 122 del CPenal persigue una finalidad imperiosa que consiste en la protección de la vida en gestación.

- artículos 11 de la Constitución y 4.1 de la CADH – derecho a la vida. Incluye la etapa de gestación.

- la vida es un bien jurídico que se debe proteger en todas las etapas de su desarrollo, pero no necesariamente con la misma intensidad. Esta protección debe ser gradual e incremental, según la etapa de desarrollo del embarazo, siendo especialmente relevante su garantía en la etapa más avanzada.

- 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" que sean "igualmente idóneos, y menos restrictivos de la libertad", o cuando ha ofrecido alternativas para el ejercicio de los derechos con los que la sanción penal entra en tensión.

- Si el legislador opta por la regulación penal, tiene el deber de adoptar otras me-

didas de política pública o complementarias a la penal. No uso indiscriminado del derecho penal.

-Sentencia C-327 de 2016.

- “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.

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)

El delito de aborto tal como está entra en tensión con derecho a la salud y DR por tres razones:

1. OBSTÁCULO NORMATIVO: 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.

2. EL DERECHO A LA SALUD INCLUYE LA IVE: garantía vida digna y salud pública (mortalidad y morbilidad materna).

3. LA PENALIZACIÓN -COMO ÚNICA MEDIDA- AFECTA SALUD Y DR: No contempla medios alternativos más efectivos, distintos al penal y en ejercicio de su libertad de configuración, como la adopción de una política pública integral para 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.

Argumento o regla - **Cita**

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

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

Derecho a la Salud. En 2006 visión derivada de división jerárquica de los derechos en generaciones. Salud (art. 49) ligado a vida y excepcionalmente a interés superior de niñ@s (art. 44).

Luego, derecho a la salud ligado a dignidad y a la realización del Estado Social de Derecho. Hito Sentencia T-760 de 2008.

También tratados internacionales PIDESC, Observación General No. 14 del Comité del DESC.

Obligación de respetar, proteger y garantizar o cumplir. Utilidad de esta caracterización.

Salud también implica (i) disponibilidad, (ii) accesibilidad (iii) aceptabilidad y (iv) calidad.

Lo anterior, junto con fallos posteriores de la Corte, inspiró la expedición de la Ley 1751 de 2015, Ley Estatutaria en Salud. (art. 1, 2, 5 y 6).

Armonización del derecho a la salud en el ordenamiento interno con los derechos internacionales.

*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. (*interesante en relación con IVE)*

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 salud.

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.

La Sentencia T-760 de 2008, y los fallos posteriores de la Corte, 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 salud.

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.

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

Carácter fundamental de los derechos reproductivos (art. 16 libre desarrollo de la personalidad y art. 42. Libre decisión sobre hijos): Dos garantías:

1. Autodeterminación reproductiva.

2. Acceso a servicios de salud reproductiva.

Salud reproductiva es parte integrante del derecho a la salud (art. 12 PIDESC, Comité CEDAW, Corte IDH, Sentencia SU-096 de 2018).

IVE supone componentes básicos de información, accesibilidad y disponibilidad. Vinculación con dignidad humana, libertad de decisión de la mujer, autonomía individual. (SU-096 de 2018).

> *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 reproductivos y ha precisado que estos se concretan especialmente en dos garantías.*
>
> *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" 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.); (...)*
>
> *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".*

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

Salud, salud reproductiva y la IVE en la C-355 como uno de los componentes del derecho a la salud.

Datos, cifras, estudios de mortalidad materna, abortos inseguros, complicaciones.

No solo despenalizar sino política de salud pública.

Organismos internacionales han advertido riesgos para la salud derivados de normas prohibitivas o sancionatorias del aborto, como la demandada. Impacto en abortos clandestinos e inseguros.

Indivisibilidad e interdependencia de los derechos sexuales y reproductivos respecto de otros derechos humanos.

Dentro de obligación de "respetar" está eliminar obstáculos legales que impiden acceso a salud SyR = como la criminalización del aborto como única medida.

Deber de respeto al derecho a la salud implica remover obstáculos para acceder a servicios de salud reproductiva.

Es una barrera que la única regulación sea la penalización categórica, incluso en las primeras semanas. Que no haya más alternativas es una injerencia del Estado al disfrute de la salud e incrementa el riesgo de abortos inseguros.

Por eso, la penalización en el actual contexto normativo (ausencia de política pública integral orientada a proteger la vida en gestación y derechos de las MNAPG) entra en tensión con derecho a la salud y derechos reproductivos.

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.

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.

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".

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. (...)

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.

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.

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)

El delito de aborto consentido tal como está entra en tensión con el derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular por las siguientes razones:

1. El delito de aborto en el Código Penal surgió en un contexto donde no se contemplaban los derechos de las mujeres (1837).

Se mantiene la pena privativa de la libertad como la única alternativa en caso de no querer continuar con el embarazo. Ausencia de política pública integral.

Las más denunciadas y quienes más sufren las consecuencias en salud son las más vulnerables. Impacto diferencial. Expuestas a factores interseccionales que las

impacta de manera grave y desproporcionada.

2. Son estas niñas y mujeres las que menor probabilidad tienen de acceder a abortos en el marco de la C-355. Abortos clandestinos - probabilidad de muerte- degradación de la dignidad.

3. El Estado, más que acudir primariamente a la penalización, debería promover y garantizar una política con un enfoque de género y un alcance interseccional, que beneficie especialmente a quienes están expuestas a más de un factor de vulnerabilidad.

La jurisprudencia de la CC ha reconocido que estos factores estructurales de vulnerabilidad repercuten en cargas de discriminación mayores.

Argumento o regla - **Cita**

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

Existe jurisprudencia sobre normas discriminatorias basas en género. C-754 de 2015. Expresión "facultad". Discriminación indirecta contra más vulnerables. Discriminación múltiple e interseccional bajo una norma aparentemente neutral.

C-586 de 2016. CST excluía a las mujeres de la realización de ciertas labores peligrosas. Desigualdades de facto. Indirecto de discriminación. Análisis de los efectos diferenciales.

C-117 de 2018. Se gravaba toallas higiénicas y tampones. Impacto desproporcionado sobre mujeres pobres.

Hay normas con apariencia de neutralidad que terminan excluyendo y discriminando de manera indirecta a grupos vulnerables. Efectos que obstaculizan el disfrute de los DF.

> *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.*

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 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.

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.

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.

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

Someter a la mujer a pena privativa de la libertad sin ofrecer alternativas para el ejercicio de sus derechos impacta de manera desproporcionada a mujeres y niñas más vulnerables. En términos de acceso y de quienes son denunciadas.

Cifras del informe Fiscalía General de la Nación. Mayor incidencia en las áreas rurales.

La penalización no evidencia disminución ni protección de la vida en gestación, pero si fomenta la práctica irregular de la IVE.

53 % de las afectadas son mujeres de origen rural. Impacto en región pacífica, solo acceden 11% a salud reproductiva.

Argumento mortalidad materna por abortos inseguros. “embarazo terminado en aborto” cuarta causa de muerte materna en 2019.

Estado convierte en victima a la autora de la IVE.

Recomendación de la Comisión Asesora de Política Criminal.

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%). A la vez, cuatro registros de noticias criminales por el delito de aborto hacen referencia a niñas menores de 14 años, 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".

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,

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. (...) el "embarazo terminado en aborto" fue la cuarta causa de defunción materna en el año 2019.

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 idas, 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 colombiano, al considerarlo un tipo penal injustificado, contrario a los estándares internacionales y a los compromisos adquiridos por Colombia.

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.

Con base en las cifras dadas en el anterior punto, se comprueba la afectación diferenciada (discriminación) en salud de las mujeres y niñas más vulnerables. Afectadas por la sanción penal.

Educación en DSyR

Condiciones económicas favorables pueden incidir en impunidad, acceso a servicios o viajar al exterior.

La penalización acrecienta vulnerabilidad. No solo por la aplicación de la sanción penal sino cuando se asume la maternidad.

Es evidencia a partir de la observación y la experiencia.

La penalización como única alternativa de política pública desprotege la dignidad de las mujeres que han sido discriminadas o marginadas por distintas circunstancias.

Impacto en acceso a servicios de salud SyR, planificación, IVE, abortos inseguros que degradas su dignidad.

Derecho penal como prima ratio expone a principales causas de muerte materna (aborto inseguro). Afectación desproporcionada a mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria. Pero si fomenta la práctica irregular de la IVE.

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.

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.

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 vida 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 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.

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)

El delito de aborto consentido tal como está entra en tensión con la libertad de conciencia de las mujeres, niñas y personas gestantes, por las siguientes razones:

1. La libertad de conciencia -disposición autónoma art. 18 CP- es una libertad intrínsecamente asociada a la dignidad.

2. Se debe evaluar la importancia del bien jurídico que se quiere preservar con la penalización a la hora de verificar si una persona puede actuar o no legítimamente para preservar sus convicciones y creencias. La protección de la libertad de conciencia es mayor conforme más conexión tiene con integridad corporal, física y emocional y con la dignidad de la persona que la alega.

3. La libertad de conciencia, en lo que tiene que ver con la decisión de procrear o no -asumir la maternidad o paternidad o no- "es un asunto personalísimo, individual e intransferible que se corresponde con una de las dimensiones de los derechos reproductivos, concretamente, la autonomía reproductiva". Al Estado, prima facie le está prohibido intervenir mediante coacción o violencia.

4. En el caso de mujeres, la decisión de la maternidad afecta su proyecto de vida. Es un asunto individual, íntima y que tiene consecuencia sobre su propia existencia. La autonomía de la decisión no se puede trasladar a un tercero, salvo los casos de previo consentimiento. Ligado a sistema de valores y creencias individuales.

Personalísima, intransferible, íntima, manifestación de autonomía reproductiva, ligada a valores personales.

5. La penalización sanciona a quien actúa conforme a sus propios juicios e intimas convicciones.

Imposición de una manera específica de proceder: asumir la maternidad, aun en contra de la voluntad.

"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".

Argumento o regla - **Cita**

Caracterización constitucional de la libertad de conciencia (LC)

LC protege la autonomía de pensamiento y acción individual, voluntaria y consciente. No imposición. Ampara el conjunto de creencias de cada individuo.

Conciencia: propio e íntimo discernimiento. Protege conciencia moral_ juicio moral sobre la propia conducta. Libertad para formular juicios.

Discernir entre lo que es bien o mal y así guiar su conducta. Sin intervención del Estado o de terceros. En marco de CP y ley y derechos de terceros.

Libertad ampara tres garantías fundamentales:

1. Pensamiento: Conservar el sistema propio de convicciones y creencias en secreto, si se quiere. No intromisión en el fuero individual. Intimas y privadas.

2. Manifestación: Si los pensamientos se expresan, garantía de no ser presionado o molestado por dichas convicciones.

El Estado: (i) deber de proteger a quien ha divulgado (ii) deber de abstenerse a modificarlas.

3. Comportamiento: No ser obligado a actuar en contra de intimas convicciones personales. (de acá nace objeción de conciencia).

Libertad que se ejerce de modo individual. Regla subjetiva de moralidad. Pero también para integración e interacción social.

Bajo estas ideas de libertad se edifica carácter democrático, participativo y Plural del Estado.

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 conducta. 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.

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 inmersa.

libertad para edificar el carácter democrático, participativo y plural del Estado colombiano. 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 distintas aspiraciones y valoraciones que se aprecian de modo positivo, de manera especial, la libertad religiosa, de conciencia y pensamiento así como la libertad de expresión y (iii) los cauces jurídicos, políticos y sociales que servirán para dirimir los posibles conflictos que se presenten en virtud de las diferentes concepciones".

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

A partir de los tres ámbitos de protección de la libertad de conciencia, el legislador puede interferir por medio de normas penales (normas moral social o pública) sin que sea tan intensa la intervención que las desconozca. (e. delitos de estupro, bigamia, adulterio).

Objeción de conciencia se relaciona con sistema propio de convicciones y creencias. Se puede limitar siempre que sea proporcional y razonable.

Un factor que afecta la toma de decisiones es la posibilidad de ser sancionado penalmente. Por afectar autonomía, se debe analizar de manera estricta y rigurosa las normas penales que interfieren en ejercicio de libertades asociadas a dignidad.

Principio ultima ratio del derecho penal.

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.

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.

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 Constitución. En este supuesto, más que un problema delincuencial, se estaría 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.

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

La decisión de asumir la maternidad o de no hacerlo es un asunto:

- personalísimo (impacta proyecto de vida),

-individual (experiencia vital y propia existencia) e

-intransferible (no se puede trasladar a tercero, en principio).

Autonomía reproductiva, prima facia, le está prohibido al Estado intervenir. Sin perjuicio del deber de protección gradual a incremental de la vida en gestación.

Esta decisión pone en práctica el sistema propio de valores y creencias. Fuero individual y decisión personal. Decisión determinante. En ella recaen los efectos de la decisión.

Existen casos adicionales (a los de la C-355) en los que la tipificación genérica y como única alternativa restringe de manera excesiva y supraincluyente la potestad de tomar decisiones. Mayor intensidad de la revisión.

La norma demandada puede atentar con intimas y profundas convicciones y sustituye derecho a elegir cómo vivir y plan de vida.

Imposición estatal que no pondera conocimiento de la mujer sobre el avance de su embarazo ni la protección gradual e incremental de la vida en gestación.

393. Sin perjuicio de la cláusula de que trata el artículo 42, inciso noveno, de la Constitución, 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.

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 efectos.

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 suprainclusiva, 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 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.

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)

El delito de aborto consentido tal como está entra en tensión con la finalidad constitucional de prevención general de la pena y la característica del uso del derecho penal como mecanismo de último recurso o ultima ratio, por las siguientes razones:

1. Existen límites formales y materiales al legislador a la hora de tipificar delitos. Sustento en dignidad humana y finalidad del Estado de proteger los derechos de las personas. (Arts. 1 y 2 y preámbulo de la CP).

2. La función preventiva debe respetar los derechos humanos y constitucionales. Las penas deben fundarse e idoneidad: proteger de manera eficaz el bien jurídico a proteger y disuadir a las personas de incurrir en la conducta.

3. No es claro que la norma demandada sea idónea para proteger la vida en gestación, en particular en cuanto a la prevención general. Si es evidente la intensa afectación que produce en los derechos: salud y DR, igualdad, libertad de conciencia.

4. La ultima ratio exige que se acuda primero a otros controles "menos gravosos". Otros medios preventivos igualmente idóneos y menos restrictivos de libertades. El uso prima ratio entra en tensión con la característica de ultima ratio, por las siguientes cuatro razones:

i. Omisión del legislador de regular este tema sensible para la sociedad colombiana. Únicamente lo ha hecho desde el derecho penal.

ii. Omisión del legislador luego de la C-355. Sistemática omisión pese a exigencia por parte de la jurisprudencia constitucional en revisión de casos concretos.

iii. Exigencia de regulación integral se relaciona con: (i) dignidad humana como criterio del carácter de ultima ratio del derecho penal y (ii) la tipificación se fundamenta en un criterio sospechoso de discriminación: sexo.

iv. Existencia de mecanismos menos gravosos a los derechos en juego capaces de proteger en forma gradual e incremental la vida en gestación.

Argumento o regla - **Cita**

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

Límites formales: reserva legal del legislador y plasmarse de manera clara, específica, inequívoca y precisa.

Límites materiales: derecho penal como último recurso. Fines de la pena y ejercicio proporcional. Acudir a otros controles "menos gravosos".

Dignidad y otros valores, principios y DF (arts. 1, 2 y preámbulo) son limites sus-

tantivos al ius puniendi. El legislador debe valorarlo y ponderando. No prima ratio sino criterio de ultima ratio (la excepción por restringir libertad) siempre que no se puede acudir a otros mecanismos "menos gravosos y restrictivos" y igualmente "idóneos".

Las penas no son fines en sí mismos. Atada a la Dignidad de las personas. Fines o funciones sociales de la pena. De lo contrario de instrumentaliza a los individuos para un fin pretendido.

La definición de los delitos debe ser, además, razonable y proporcional. La sanción penal del aborto se hace con pena privativa de la libertad. Esto agrava la situación de quien toma la decisión. Esto, además del reproche social que en sí mismo conlleva el aborto. Sanción más severa.

La privación de la libertad es para las conductas de mayor reproche social.

El derecho internacional ha fijado reglas para incrementar los requisitos para imponer sanciones privativas a la libertad. (Reglas de Tokio-estándar en materia penal). Los Estados deben contar con alternativas, según enfoque resocializador de la pena.

> 412. Los límites materiales se asocian al ejercicio necesario del ius puniendi, ligado al concepto de ultima ratio del derecho penal, tendiente al cumplimiento de las funciones o fines de la pena y a su ejercicio proporcional. 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". De allí que el empleo de esta disciplina jurídica presuponga acudir, de ser posible, a "otros controles menos gravosos existentes", que sean "igualmente idóneos, y menos restrictivos de la libertad".
>
> 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".
>
> 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 humana, eje axial de la Constitución, tal como se deriva del preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Carta.

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.

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

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.

La actual forma de tipificación del delito de aborto consentido entra en fuerte tensión con la finalidad preventiva de la pena

Función preventiva es un estándar constitucional que debe cumplir la política criminal para respetar los derechos humanos y constitucionales.

Dos requisitos: (i) ser idónea para proteger el bien jurídico y (ii) disuadir la comisión de la conducta -fin preventivo-.

1. La idoneidad o eficacia de los tipos penales como presupuesto de su finalidad preventiva

La Corte cita jurisprudencia sobre idoneidad o eficacia de los tipos penales como presupuesto de su finalidad preventiva (muros de la infamia, cadena perpetua, rescates extorsivos, etc.)

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

No es claro que la norma demandada sea idónea para proteger la vida en gestación, en particular en cuanto a la prevención general. Si es evidente la intensa afectación que produce en los derechos: salud y DR, igualdad, libertad de conciencia.

La penalización no ha tenido incidencia en la disminución de la práctica de abortos consentidos. No protege al bien jurídico que pretende garantizar. Por el contrario, si restringe derechos mencionados e incide en que se haga de manera insegura y clandestina.

(Datos Comisión Asesora de Política Criminal, FGN, Instituto Guttmacher, iniciativa de PL 209 de 2016 de la FGN).

FGN: No disminución de noticias criminales luego de la Ley 890 de 2004 ni de la C-355. Dolo 10% de condenas: naja idoneidad de protección eficaz a la vida en gestación. Tampoco disuade la comisión de la conducta. Mortalidad y morbilidad materna.

Todo lo anterior, incluyendo barreras de acceso a IVE, justifican recomendaciones de la CEDAW.

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". 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 pena–.

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

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 sistema de salud, que da lugar a graves perjuicios para las mujeres y las niñas, 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.

438. Según los datos sobre la judicialización del aborto en Colombia aportados por la Fiscalía General de la Nación, entre 1998 y 2019 las noticias criminales por esta causa se han mantenido relativamente constantes a partir del año 2009. 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.

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.

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 riesgosos. 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", recomendación que reiteró en 1999 al señalar que "En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto".

La actual forma de tipificación del delito de aborto consentido entra en fuerte tensión con la característica constitucional adscrita al derecho penal como mecanismo de último recurso –ultima ratio– por cuatro razones

La intervención penal debe ceder ante otros medios preventivos igualmente idóneos y menos restrictivos de la libertad.

Deber se adoptar políticas públicas de protección gradual e incremental de la vida en gestación y tipificar las conductas más graves.

Tensión con la característica de último recurso –ultima ratio– por cuatro razones:

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

Visión unidimensional de la problemática del aborto consentido (derecho penal como prima ratio).

Infraprotección a vida en gestación y desprotección a la dignidad y derechos de las mujeres y parejas (art. 42 CP)

Hipótesis de la C-355 son hipótesis extremas de afectación a la dignidad de la mujer. Punto clave de esta sentencia fue la ausencia de regulación integral

15 años desde CP y 15 desde C-355 con omisión legislativa.

i. 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

Derecho penal como primordial en aborto. Los códigos penales de 1837, 1890, 1936, 1980 y 2000 han sancionado con pena de prisión el aborto consentido por la mujer.

Regímenes más drásticos. Solo atenuación pena. Hasta sentencia C-355 en todos los supuestos de atenuación punitiva la mujer era víctima de un delito.

La Ley 599 de 200 despenalizó conductas relacionadas con libertad sexual (estupro, bigamia, adulterio-antes) con ocasión a ultima ratio.

ii. La Asamblea Nacional Constituyente y la libre opción de la maternidad

La propuesta inicial no quedó, pero muestra que no únicamente la visión penal es el mecanismo prima ratio.

Discusiones en la ANC sobre la “libre opción a la maternidad”. Comisión Quinta. Votación secreta. 25 a favor, 40 e contra y 3 abstenciones. Esto no significa una

prohibición de regulación por parte de legislador. Además estos argumentos se han sustentado en jurisprudencia de la CC (Ej: C-519 de 2019).

iii. 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

Desde 1975 aprox. 39 proyectos de ley y de acto legislativo sobre derecho penal como ultima ratio.

Antes de la C-355 PL con despenalización por causales. También de penalización incremental en gestación. Después de la C-355 regular, enfoque salud SyR. También iniciativas para proteger vida en gestación y para proteger o acompañar a la mujer. Se exponen los principales argumentos. Estas iniciativas ponen de presente que el derecho penal no debe ser el único mecanismo.

El legislador mantuvo vigente estándar desde 1837 sin considerar intereses jurídicos de mujeres y niñas, ni discusiones en la ANC, ni nuevos parámetros de CP de 1991, ni comunidad internacional. Tampoco regulación luego de la C-355. El legislador solo ofrece sanción penal a la mujer gestante. No solo como prima ratio sino como única ratio.

Sanción como única política pública visible. Inactividad legislativa para dar soluciones de fondo a embarazos no deseados. Incumplimiento del Estado en los términos del art. 42 CP.

> en caso de existir "otros medios preventivos igualmente idóneos, y menos restrictivos de la libertad", la intervención penal debe ceder ante ellos.
>
> 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.
>
> 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.

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 las "hipótesis extremas de afectación de [la] dignidad" de la mujer. 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

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.

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–. Esta última regulación fue declarada inexequible 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.

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.

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.

466. Desde 1975 hasta la fecha se han presentado aproximadamente 39 proyectos de ley y de acto legislativo relacionados con esta materia, y, en 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.

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 internacional, 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 efectos.

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.

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

Primero, La falta de regulación luego de la C-355 ha dado lugar a más barreras de acceso a la IVE. Esto entra en tensión con dignidad de la mujer y con carácter de ultima ratio. Jurisprudencia. Se han tornado inoperantes las causales. Excepciones destinadas a salvaguardar dignidad.

También afecta el bien jurídico a proteger por la dilación y avance estado gestacional.

Segundo, evidencia de FGN mujeres procesadas a pesar de encontrarse en causales. Costos altos a pesar del archivo de procesos.

i. 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

Barreras de acceso a marco anterior, lo que evidencia es falta de idoneidad de la decisión judicial. Por factores externos.

Barreras: Afectación dignidad, derecho de las mujeres y niñas y falta de protección gradual a incremental de la vida en gestación.

Se hace recuento de las barreras identificadas en la jurisprudencia.

(casos de dilación: T-946 de 2008, T-841 de 2011, T-731 de 2016, SU-096 de 2018)

ii. Las estadísticas judiciales y la acuciante necesidad de una regulación integral del aborto voluntario

Costos judicialización, incluso en casos amparados por la C-355. Carga del proceso penal, además de riesgos abortos clandestinos. Caso T-988 de 2007, T-585 de 2010, aborto fuera del sistema.

También mujeres capturadas en flagrancia. Pudieron encontrarse en las causales. Algunas menores de edad. Afectación intimidad. En contra del secreto profesional.

Falta de idoneidad relativa de la Sentencia C-355 de 2006, por razones asociadas a la ausencia de una política pública integral en la materia. Además, persecución criminal y estigmatización.

Se restringe el acceso y excusa o amedrenta al personal médico a cumplir con la C-355. Demora en la realización del procedimiento y avance de la gestación.

A pesar de todo esto, la regulación prima ratio sigue siendo la penal.

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 encontrase 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, 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.

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.

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.

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.

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 en este tipo de investigaciones es la atipicidad: el 67,3% de los archivos están sustentados en esta causal"–, se ven sometidas a una vulneración grave de su derecho a la intimidad.

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.

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

Exigencia de regulación integral se relaciona con:

(i) dignidad humana como criterio del carácter de ultima ratio del derecho penal: reducción de la mujer a "mero instrumento de reproducción". Tensión con carácter ultima ratio del derecho penal.

(ii) la tipificación se fundamenta en un criterio sospechoso de discriminación: sexo. Prima facie discriminatoria y desconoce vida libre de violencias.

A continuación se explica cada una:

i. 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

La dignidad humana exige utilizar el poder punitivo del Estado como último recurso.

El legislador, con la prohibición absoluta, no ha valorado libre opción a la maternidad ni otros derechos. Instrumentalización de la mujer para fin reproductivo mediante la amenaza del derecho penal.

Lesiona expectativas y proyecto de vida. Sanciona sin alternativas una conducta que hace parte de la libre escogencia del plan de vida.

Dignidad como criterio de definición de tipificación del aborto consentido.

Se aclara que se acude a derecho comparado para ilustrar.

Roe vs. Wade (1973), Planned Parenthood vs. Casey (1992) –Estados Unidos– y Morgentaler vs. The Queen (1988) –Canadá– (más parecido a la demanda actual), que han hecho referencia a dignidad como valor fundante del Estado liberal, social y democrático de Derecho.
Debe valorarse -bajo el carácter de ultima ratio- la dignidad de las mujeres como

fines en sí mismas capaces de definir su plan de vida.

ii. La tipificación de la conducta se fundamenta en un criterio sospechoso de discriminación: el sexo

Arts. 43 y 13 CP. Prohibición discriminación por razones de sexo.

Esto, en armonía con derecho de las mujeres a vivir libres de violencias. CEDAW, Convención Belém do Pará. Alcance en la jurisprudencia.

Datos FGN gran mayoría de procesadas con mujeres. estereotipos de género asociados a capacidad reproductiva y gestacional.

el sexo se emplea en la descripción de una conducta típica para identificar el sujeto activo del delito. Se acude a un criterio sospechoso, prima facie prohibido por el artículo 13, inciso 1°, de la Constitución. Se presume inconstitucional salvo que busquen igualdad material. (Ej: tipificación delito de feminicidio).

Aun si la decisión del aborto es tomada por la pareja, solo se tiene como sujeto activo de la conducta a la mujer. Esto contraria art. 42 CP.

Ej. Sexo como criterio sospechoso: Casos 1. toallas higiénicas y tampones, 2. norma que exigía priorizar el apellido de padre y luego el de madre, 3. Norma que establecía actividades exclusivas de las mujeres.

La norma demandada se soporta en estereotipo histórico que considera el cuerpo de la mujer desde utilidad reproductiva. (i) La pareja hombre también puede incidir en la decisión. (ii) Legitima denunciar a la mujer que realice la conduta o permita que otro “la cause”.

40.71% denuncias presentadas por hombres. Ningún hombre ha sido condenado en calidad de determinador. Reafirma discriminación histórica contra mujeres.

Necesidad de lectura de género y de desigualdad estructural del derecho.

El delito de aborto -vigente desde primer Código Penal de 1837- se reguló cuando la representación de la mujer en las instancias legislativas era nula y desde entonces se ha mantenido en el ordenamiento jurídico solo con algunas variaciones. Se somete a la mujer sin ofrecer alternativas a pena privativa de libertad. Las trata como delincuentes. impacto diferencial en más vulnerables.

508. El reconocimiento de la dignidad de las mujeres y las niñas 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 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.

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", 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 delito. 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. 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 razonamiento de la Corte a tales ideas o constituya un fundamento decisorio de esta providencia.

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.

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"; (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", y que (iii) el Estado tiene el deber de "prevenir, atender, investigar y sancionar la violencia contra la mujer", 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 género y precluyen el goce de la igualdad sustantiva, particularmente en el ámbito de la administración de justicia".

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", de las cuales "2.963 son mujeres y 767 son hombres".

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 estereotipos de género, asociados a su capacidad reproductiva y que tienen fuerte incidencia en los ámbitos familiar, social, público, institucional y legal en que desarrollan sus vidas.

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 género. 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 1°, de la Constitución.

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.

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 adopta tal decisión o en la condición de determinadores de la conducta punible– 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 hombres. 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". En este tipo de asuntos, asumir una lectura de género y de desigualdad estructural –o de igualdad como integración o no exclusión– evita legitimar normas discriminatorias, pero aparentemente razonables.

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 independiente. Es decir, se reguló cuando la representación de la mujer en las instancias legislativas era nula y desde entonces se ha mantenido en el ordenamiento jurídico solo con algunas variaciones, como antes se precisó. Actualmente, salvo casos excepcionalísimos identificados por el juez constitucional, 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.

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

La norma no es necesaria. Existen otros medios menos lesivos para garantizar protección gradual e incremental de la vida en gestación y más respetuosos de derechos de las mujeres, así como del logro de los fines de la pena, en concreto, el de prevención.

i. La orientación legislativa, en el ámbito nacional, tendiente a regular la problemática social que suscita el aborto consentido

Desde 1975 hasta la fecha se han presentado por lo menos 39 proyectos de ley relacionados con esta problemática. Discusión en ANC.

Comisión Política Criminal: la educación sexual y reproductiva es una de las soluciones más efectivas para evitar embarazos no deseados, combinada con despenalización aborto.

Política con un enfoque de género y un alcance interseccional.

Alternativas como la asistencia social, psicosocial y prestacional en favor de la mujer gestante. Orientación psicosocial, cunas de vida, adopción desde vientre materno. Incidencia directa en la vida en formación. (OJO).

También iniciativas como que se considere violencia obstétrica la imposición de barreras a la IVE. De las pocas iniciativas que se consolidó es la L. 1719 de 2014.

Otras iniciativas relacionas con aticipidad del aborto consentido.

ii. La orientación internacional hacia un uso menos intensivo del derecho penal para regular la problemática social, de relevancia constitucional, que supone el aborto voluntario

Tendencia legislativa y jurisprudencia para reducir el uso del derecho penal en aborto consentido.

Derecho comparado para ilustrar.

Canadá Morgentaler vs. The Queen. (1988). Asunto de salud pública. ,as del 90% durante primer trimestre.

Australia (Australian Capital Territory). 92% de los abortos voluntarios se efectúa dentro de las primeras 14 semanas.

Nueva York (Estados Unidos), desde 1970 existía una regulación que permitía el aborto consentido hasta la semana 24. En 2019 el Estado de Nueva York eliminó el delito federal de aborto y actualizó su legislación. 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 21.

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 aborto; 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.

Regulación sanitaria que sustituya un ejercicio prima ratio del derecho penal

Alemania, Italia, España.

Argentina "Ley de los 1.000 días". Leyes para apoyo maternidad.

Todas estas son medidas más idóneas.

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.

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 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.

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, alternativas como la asistencia social, psicosocial y prestacional en favor de la mujer gestante, lo cual tiene incidencia directa en la vida en formación. Igualmente, se ha planteado la adopción desde el vientre materno como una alternativa frente al "embarazo no deseado" y la creación de "cunas de vida para recién nacidos". Sin que suponga un juicio de constitucionalidad respecto de tales iniciativas, se trata de medidas que buscan el equilibrio de la penalización con los derechos de las mujeres y las niñas.

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 causales, el modelo de plazos y el sistema mixto, 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.

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 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.

Solución de la tensión constitucional que se evidencia

Tensión entre protección vida en gestación según el marco actual y los valores, ppios y derechos constituciones que se mencionan en los cargos.

Afectación a loa segundo por (i) el actual marco y sin política integral constituye una barrera estructural a la IVE en las tres causales, y (ii) no pondera entre el deber de protección gradual e incremental y los derechos en tensión.

Se debe considerar al alto grado de competencia legislativa. E de D

= No se debe preferir uno sobre e otro de manera absoluta. Supondría el sacrificio absoluto del otro.

Si se declara inexequibilidad se elimina una medida de protección que ha sido considerada relevante para desincentivar la práctica del aborto consentido.

Lo asemeja al fallo de homicidio por piedad C-233 de 2021

Fórmula intermedia, óptimo constitucional con base en tres elementos:

1. El primer elemento o punto de partida de este óptimo constitucional es la Sentencia C-355 de 2006

Las tres hipótesis se constituyeron a partir de la idea de que son "hipótesis extremas de afectación de dignidad". Se trata de un estándar que se debe integrar al óptimo constitucional.

El Legislador podría incluir otras medidas. C.355. Hipótesis extremas violatorias de la CP y, también, ante inactividad legislativa. Han transcurrido otros 15 años de inactividad legislativa.

C-355 sentencia integradora aditiva. El pronunciamiento pasa a ser parte del contenido prescriptivo. Integra la disposición. No se puede restablecer esta sanción (*argumento extra a la progresividad). Pero si intervención adicional de la Corte:

i.Definición sistema de plazos con atipicidad conducta

ii. Política pública integral. Llamado al Legislativo y al Gobierno.

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"

Maximizar bienes jurídicos según las distintas etapas de la gestación.

"Autonomía" y "existencia" como conceptos normativos.

Existencia: fecundación, concepción, implantación o anidación. (i) no da relevancia a las razones de los cargos (ii) Problema de indefinición. Carácter moral, filosófico y ético acerca a cuando comienza la vida. (iii) es más restrictivo, por tiempo y por

menor probabilidad de que la persona gestante conozco su estado. Se presentan abortos espontáneos.

Autonomía: Se rompe la dependencia de la vida en formación de la persona gestante. Se justifica protección reforzada del derecho penal. Se acredita una mayor probabilidad de vida autónoma extrauterina (cercana a un 50%). 24 semana gestación.

Es el concepto que mejor se corresponde con la idea de la protección gradual e incremental de la vida en gestación.

Se suma el hecho de barreras que impiden la práctica durante las primeras semanas. Datos Profamilia de menor incidencia porcentual en etapas posteriores, que justifica protección de la vida incluso por la vía penal.

i. El concepto de posibilidad de vida autónoma extrauterina en la jurisprudencia constitucional

Hasta este momento la jurisprudencia no había ahondado en el concepto de autonomía o viabilidad fetal como criterio constitucional.

(C-133 de 1994, C-355 de 2006 "vida inviable", SU-096 de 2018 "conceptos científicos", 22 a 26 semanas "Feticidio" límite de viabilidad fetal). Salvamento de voto *Pardo 24 semanas.

ii. La viabilidad fetal como uno de los criterios relevantes en dos casos emblemáticos de la Corte Suprema de Estados Unidos

Roe vs. Wade y Planned Parenthood vs. Casey. Concepto viabilidad fetal como criterio relevante.

iii. Algunas legislaciones que restringen el aborto consentido a partir de las nociones de "viabilidad" o "autonomía"

24 semanas. Legislaciones de Estados (NY) de EEUU, Holanda, Australia, la legislación del Estado de Victoria, Gran Bretaña, Alemania (semana 22). España de manera excepcional semana 22. Sudáfrica semana 20. India semana 20 y 24. Canadá.

iv. La declaratoria de exequibilidad condicionada de la disposición demandada y sus efectos inmediatos

Criterio constitucional: que se rompa la dependencia de la vida en formación de la persona gestante. Mayor probabilidad de vida independiente extrauterina.

Solución jurídica y no moral. Se protege la vida de manera gradual e incremental. Así también se da respuesta a la ineficiencia de la respuesta penal.

Se declara la exequibilidad condicionada. Solo es punible la conducta cuando se realice después de la 24 semana de gestación. Luego aplican supuestos de la C-355.

Esta decisión tiene efectos son ex nunc (hacia el futuro) e inmediatos. Desde el día siguiente a aquel en el que la Sala Plena toma la decisión.

El conocimiento y cumplimiento del decisum de la providencia es exigible a todos los operadores jurídicos.

Si aplican términos de notificación o ejecutoria para alegar nulidades.

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

Políticas adicionales a lo penal. Respetuosas de los derechos de las mujeres y niñas y pg y al mismo tiempo protejan la vida en gestación.

Inactividad a pesar de los múltiples exhortos de la Corte.

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.

Que así se evite la desprotección a dignidad y derechos mencionados de las mujeres gestantes.

Concepción dialógica de la relación entre el juez constitucional y los demás poderes públicos e instituciones sociales.

Este fallo no es un juicio de valor frente al aborto, sino que se trata de verificar la constitucionalidad de su penalización en el actual contexto normativo y con fundamento en los cargos formulados.

> 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. 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.

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 inexequibilidad 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.

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.

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 mujer.

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 en esta oportunidad se hace un nuevo llamado al Congreso para que ejerza su competencia dentro del margen de configuración que le confiere la Constitución.

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 inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución".

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.

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 embrionario.

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 que mejor se corresponde con la idea de la protección gradual e incremental de la vida en gestación, a que se hizo referencia.

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.

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.

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.

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". 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 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".

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.

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 intensidad, dado que no se trata de un derecho absoluto.

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 futuro, "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 normas que integran el sistema jurídico mientras ella no sea desvirtuada por este Tribunal mediante una sentencia con efectos erga omnes".

desde el día siguiente a aquel en el que la Sala Plena toma la decisión, 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 ejecutoria.

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.

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" del debido proceso, "es decir que tenga repercusiones sustanciales y directas en la decisión o en sus efectos".

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 providencia.

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,

Síntesis de la decisión

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:

1. 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. (carácter relativo de cosa juzgada)

2. ha operado una modificación en el significado material de la Constitución respecto de la problemática constitucional que plantea el delito de aborto consentido. (la cosa juzgada se entiende superada)

3.se constató un cambio en el contexto normativo del que forma parte el artículo 122 del Código Penal. (la cosa juzgada se entiende superada)

Se constató la procedencia de los cuatro cargos mencionados. Esta tensión constitucional no puede resolverse otorgándole preferencia a alguna de las garantías en tensión, pues esto supone el sacrificio absoluto de las otras. Se optó por una salida que logre una mayor realización de la totalidad de los derechos, principios y valores en pugna.

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. Tres elementos:

1.Hipótesis extremas de afectación a dignidad de la C-355.

2. Concepto de "autonomía" que permite maximización abstracta de bienes en tensión.

- 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.

- 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.

3. Diálogo en las instancias de representación democrática para formulen e implementen una política pública integral.

Competencia del legislador para regulación integral y para la definición de este tipo de medidas.

Solo es posible aplicar la sanción penal de pérdida de la libertad a los casos más graves de afectación de los intereses protegidos. Después de haber agotado mecanismos preventivos y otras alternativas.

Jurisprudencia citada

Violencia de género contra la mujer: Sentencias C-297 de 2016, C-539 de 2016, C-117 de 2018, C-519 de 2019 y C-038 de 2021.

La idoneidad o eficacia de los tipos penales como presupuesto de su finalidad preventiva: Sentencia C-542 de 1993, C-107 de 2018, C-061 de 2008, C-294 de 2021.

Derecho penal como ultima ratio: Sentencias C-233 de 2021

Objeción de conciencia: Sentencia C-370 de 2019.

Sexo como criterio sospechoso: Sentencias C-117 de 2018, C-519 de 2019 y C-038 de 2021.

Inexequibilidad de tipos penales que no acreditaban la exigencia de necesidad: Sentencias C-897 de 2005 y C-575 de 2009.

Viabilidad fetal: C-133 de 1994, C-355 de 2006 "vida inviable", SU-096 de 2018 "conceptos científicos.

Otras normas relevantes citadas

Comisión Asesora de Política Criminal

Reglas de Tokio-estándar en materia penal

CEDAW

Belém do Pará

Ley 1719 de 2014

Fallo

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.