

**SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA  
NO. SENTENCIA C-055 de 2022**

<b>RESUMEN</b>	
<b>Normas impugnadas m,</b>	<b>Artículo 122 del Código Penal</b>
<b>ARGUMENTACIÓN JURÍDICA</b>	
<b>1. Análisis sobre “cosa juzgada”</b>	<p>185. Finalmente, esta corporación ha admitido que de manera excepcional es posible adelantar un nuevo examen de constitucionalidad pese a la existencia de cosa juzgada. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que esta posibilidad se produce en las siguientes tres circunstancias.</p> <p>186. <b>(i) Modificación del parámetro de control:</b> se presenta cuando cambian las normas que constituyeron el referente para juzgar la constitucionalidad de la disposición nuevamente acusada.</p> <p>187. <b>(ii) Cambio en el significado material de la Constitución:</b> ocurre cuando la realidad social, económica o política del país transforma los presupuestos que sirvieron de sustento para declarar la constitucionalidad de la norma, lo que permite que se adelante un nuevo estudio a la luz de las nuevas realidades, entendiendo la Constitución como un texto vivo. Según se precisa en la reciente Sentencia C-233 de 2021, esta hipótesis “no depende entonces de la incorporación o incorporación formal de normas al bloque de constitucionalidad, sino a la manera en que la comprensión de las reglas y principios constitucionales cambia en el tiempo y se adapta a realidades políticas, sociales y económicas”.</p> <p>188. <b>(iii) Variación del contexto normativo del objeto de control:</b> se presenta cuando la disposición previamente examinada se integra a un nuevo contexto normativo, o cuando el sistema normativo en que se inscribe ha sido objeto de modificaciones. Se hace alusión a la interpretación sistemática de la norma acusada, en conjunto con todas las disposiciones que, en la actualidad –y, por tanto, luego de la decisión del pasado–, integran el sistema normativo específico al que pertenece. Según se indica en la reciente Sentencia C-233 de 2021, “varía el contexto normativo de las disposiciones o normas objeto de control cuando (i) una norma que ya fue juzgada se expide posteriormente, en un contexto normativo distinto; (ii) el ordenamiento en que la norma se inscribe ha sufrido modificaciones y es necesaria una valoración constitucional distinta, en el nuevo contexto. Este escenario toma en cuenta la necesidad de interpretar las normas, tanto en su contexto como en el criterio de</p>

**1.1. Elementos que no fueron considerados en la sentencia C-355 de 2006**

interpretación sistemática de la ley, pues considera que dos artículos, idénticos en su formulación, pueden tener contenidos distintos si hacen parte de contextos normativos diversos.

**Derecho a la salud y derechos reproductivos**

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

**Principio de igualdad**

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

**Derecho a la libertad de Conciencia**

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

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

222. Finalmente, en relación con el cargo relativo a la finalidad constitucional de prevención general de la pena y a la característica constitucional adscrita al derecho penal

<p><b>1.2. Evidencia de 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</b></p>	<p>como mecanismo de ultima ratio, cuyo parámetro de control constitucional lo constituyen el preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Constitución, a pesar de que existen algunas similitudes entre este cargo y algunos aspectos tratados en la Sentencia C-355 de 2006, no es posible inferir que la problemática constitucional que ahora se plantea se hubiese resuelto en la citada sentencia.</p> <p>230. En primer lugar, <b>se aprecia una profunda transformación jurisprudencial acerca de la consideración del derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo, en particular</b>, en los términos de las sentencias T-760 de 2008, C313 de 2014 y T-361 de 2014. Para la época en que se profirió la Sentencia C355 de 2006, el carácter de derecho fundamental de la salud se reconocía en los eventos en los que la vida dependía de su protección. En esta materia y durante las últimas décadas, la jurisprudencia constitucional ha avanzado para dar cuenta de que “la salud adquiere una connotación fundamental como derecho esencial para garantizar a las personas una vida digna y de calidad que permita su pleno desarrollo en la sociedad. Esto luego de comprender que los derechos económicos, sociales y culturales, no serán un mero complemento de los derechos de libertad, sino que serán en sí mismos verdaderos derechos fundamentales”.</p> <p>232. En segundo lugar, luego del año 2006 y mediante la resolución de casos concretos, la jurisprudencia constitucional ha ampliado su comprensión acerca de la problemática de relevancia constitucional que supone el aborto consentido, a partir de la estrecha relación que se presenta entre las conductas que siguen constituyendo un supuesto delictivo y aquellas que no.</p> <p>235. En tercer lugar, como lo precisaron las demandantes, existen documentos internacionales, de distinto valor normativo, que, a diferencia del año 2006, han propugnado por la despenalización del aborto más allá de las tres causales definidas en la Sentencia C-355 de 2006 y, por tanto, inciden en una nueva comprensión constitucional del fenómeno. De allí que, según señalan, tal pretensión encuentre sustento suficiente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.</p>
<p><b>2. La protección de la vida en gestación es una finalidad constitucional imperiosa (artículos 11 de la Constitución y 4.1 de la CADH)</b></p>	<p>271. En relación con la protección de este bien jurídico es importante reiterar que, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, su protección mediante disposiciones penales no es en principio irrazonable ni desproporcionada, lo que no significa que el legislador no se encuentre sujeto a límites en su margen de configuración. Dado que “ni la vida como valor, ni el derecho a la vida tienen un carácter absoluto” el Legislador ha tipificado para su protección diferentes conductas y las ha sancionado con</p>

diferente intensidad. Es decir, para salvaguardar el mismo interés constitucional, la tipificación y la sanción punitiva han sido ponderadas teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y los otros valores, principios y derechos comprometidos, como se evidencia a continuación:

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

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

279. En síntesis, como lo precisó la Sala en la Sentencia C-327 de 2016, a partir del estándar interamericano previamente citado: “La protección del valor de la vida no impone el reconocimiento de la vida prenatal, como titular de los derechos de las personas desde la concepción. Ni implica un desconocimiento del deber de protección de la vida en potencia, a pesar de lo cual, tal garantía envuelve un carácter gradual e incremental [...] la vida como valor es un bien constitucionalmente relevante, pero no tiene un carácter absoluto, sino que tiene un protección gradual e incremental según su desarrollo”.

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

	<p>281. Si ello no se entendiera así, por ejemplo, el régimen jurídico no habría podido incluir la legítima defensa en el régimen penal. Solo en tanto que el acto es antijurídico, es decir, ilegítimo, la agresión es injusta.</p>
<p><b>2. 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</b></p>	<p>287. El deber de respeto al derecho a la salud a cargo del Estado implica, entre otras cosas, la obligación de remover los obstáculos normativos que impiden el acceso a los servicios necesarios para que mujeres, niñas y personas gestantes gocen de salud reproductiva. Como lo señalan múltiples organismos internacionales de derechos humanos, una de dichas barreras la constituye la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo en los términos del artículo 122 de la Ley 599 de 2000, por tener incidencia en la práctica de abortos inseguros en los que peligra la salud, integridad y vida de esta población.</p> <p>288. El derecho a la salud, que incluye la interrupción voluntaria del embarazo en las causales previstas en la sentencia C-355 de 2006, es indispensable para la garantía de la vida digna de las mujeres, niñas y personas gestantes. La criminalización del aborto, en los términos categóricos de la norma objeto de control, las empuja a la práctica de abortos inseguros y clandestinos<sup>220</sup>, lo que se traduce en un grave problema de salud pública que tiene incidencia en las tasas de mortalidad y morbilidad maternas, como se constata a partir de las cifras aportadas, entre otros, por el Ministerio de Salud y Protección Social.</p> <p>289. Por tanto, a pesar de pretender realizar una finalidad constitucional imperiosa, como es la protección de la vida en gestación, la disposición demandada, como única medida, afecta intensamente el derecho a la salud contemplado en el artículo 49 superior y los derechos reproductivos, cuyo reconocimiento se encuentra en los artículos 42 y 16 de la Constitución, pese a existir medios alternativos que, en su conjunto, resultarían más efectivos para proteger, respetar y garantizar aquella finalidad constitucional sin afectar intensamente estos derechos, como sería la adopción de una política pública integral orientada a proteger la vida en gestación por diversos medios que brinden verdaderas alternativas a la interrupción del embarazo, así como para la realización de este procedimiento en el marco de los servicios de salud reproductiva, en las condiciones que señale el legislador. Es decir, el Legislador, ante una realidad fáctica que afecta intensamente derechos fundamentales, cuenta con otras alternativas jurídicas, distintas a la penal –sin excluirla en determinados casos<sup>221</sup>, en ejercicio de su libertad de configuración del ordenamiento, siempre que se trate de un ejercicio idóneo, necesario y proporcional–,</p>

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

menos lesivas para esos derechos y que, por tanto, resulten proporcionales.

92. 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.

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

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

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

295. Así pues, dicha observación general, al interpretar el PIDESC frente al cumplimiento de las obligaciones que emanan del derecho a la salud para los Estados, recuerda que

estas son de tres tipos: (i) de respeto, (ii) de protección y (iii) de cumplimiento, denominada también de garantizar.

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

*“[abstenerse] de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer. Además, las obligaciones de respetar incluyen la obligación del Estado de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas. || [...] Asimismo, los Estados deben abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto, así como impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud”.*

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

*“incluyen, entre otras, las obligaciones de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología. Los Estados también tienen la obligación de velar por que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención anterior y*

*posterior al parto ni a la planificación de la familia; impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales, por ejemplo a la mutilación de los órganos genitales femeninos; y de adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva de género. Los Estados deben velar asimismo porque terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud”.*

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

299. Adicionalmente, es importante resaltar que la citada observación general también hizo referencia a algunas “obligaciones básicas” , las cuales se entenderían incluidas dentro de los niveles esenciales de la salud, cuyo cumplimiento no puede ser diferido, así como algunas de las “obligaciones prioritarias” en relación con este derecho. Igualmente, se refirió a la obligación que tienen los Estados de no adoptar medidas “deliberadamente regresivas”.

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

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

<p><b>2.2. Los deberes específicos derivados del derecho a la salud</b></p>	<p>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.</p> <p>303. La disponibilidad se refiere a que los Estados deben tener “un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas”</p> <p>304. La accesibilidad comprende los siguientes cuatro componentes que deben acreditar los establecimientos, bienes y servicios de salud: “(a) ‘no discriminación’ los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna; (b) ‘accesibilidad física’, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados; (c) ‘accesibilidad económica’ (asequibilidad), los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos, en especial, la equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos; y (d) ‘acceso a la información’, el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud, sin perjuicio de la debida confidencialidad”.</p> <p>305. La aceptabilidad hace alusión a que “los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser (aceptables) respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate”.</p> <p>306. Finalmente, la calidad exige que los establecimientos, bienes y servicios de salud deban ser “de buena calidad” y “apropiados desde el punto de vista científico y médico”.</p> <p>313. La primera, relacionada con la autodeterminación reproductiva, que se refiere a la potestad de toda persona para decidir si quiere o no tener hijos o hijas, así como el momento para hacerlo. Esta garantía implica la prohibición</p>
---	---

<p><b>reproductiva y su relación con la IVE.</b></p>	<p>de cualquier interferencia externa, de carácter desproporcionado, en la toma de decisiones reproductivas, como son los actos de discriminación, coacción o violencia física o psicológica . Cuando la mujer es la titular de esta garantía, ella comprende “la facultad que tiene de tomar, libre y personalmente, la decisión de procrear o no” 241, sin que pueda admitirse ningún tipo de coacción proveniente de terceros o del Estado . Específicamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que “se violenta la autodeterminación reproductiva cuando se obstaculiza el ejercicio de la autonomía personal y se recurre a la coacción para obtener una decisión respecto del desarrollo de la progenitora. Igualmente, cuando no se ofrecen los medios y servicios necesarios para adoptar una determinación en relación con esta facultad; y finalmente, cuando no se suministra la información precisa para adoptar una decisión fundada en hechos ciertos, o se provee de forma falsa o inexacta.</p> <p>314. La segunda garantía comprende el derecho de acceso a servicios de salud reproductiva, el cual “incluye tratamientos médicos para enfermedades del aparato reproductivo, embarazos libres de riesgos y el acceso a información y métodos de anticoncepción” . En relación con esta garantía, el Comité DESC ha indicado que la salud reproductiva (y sexual) es parte integrante del derecho a la salud consagrado en el artículo 12 del PIDESC, de lo que se deriva la obligación para los Estados de respetarla, protegerla y garantizarla<sup>2</sup>. Así mismo, ha resaltado que “debido a la capacidad reproductiva de las mujeres, la realización del derecho de las mujeres a la salud sexual y reproductiva es esencial para la realización de todos sus derechos humanos” , de manera que “para suprimir la discriminación contra la mujer, es necesario asegurarle, de forma particular, acceso a servicios en materia reproductiva por lo cual el Estado debe abstenerse de limitarlo y suprimir las barreras que impiden el mismo, incluso cuando provengan de terceros”.</p> <p>315. En igual sentido, el Comité CEDAW ha indicado que “el acceso a la atención de la salud, incluida la salud reproductiva, es un derecho básico previsto en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” y ha precisado que “la negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria” . A partir de estas consideraciones, ha señalado que uno de los deberes estatales consiste en garantizar la eliminación de todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios de salud en la esfera de la salud sexual y reproductiva.</p>
--	---

**2.3. 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**

316. De manera análoga, la Corte IDH ha precisado que “la salud sexual y reproductiva constituye ciertamente una expresión de la salud que tiene particulares implicancias para las mujeres debido a su capacidad biológica de embarazo y parto. Se relaciona, por una parte, con la autonomía y la libertad reproductiva, en cuanto al derecho a tomar decisiones autónomas sobre su plan de vida, su cuerpo y su salud sexual y reproductiva, libre de toda violencia, coacción y discriminación. Por el otro lado, se refiere al acceso tanto a servicios de salud reproductiva como a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer su derecho a decidir de forma libre y responsable el número de hijos que desean tener y el intervalo de nacimientos” (251 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, fj 147.)

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

323. La Comisión Asesora de Política Criminal<sup>2</sup> ha coincidido en esta valoración del fenómeno al señalar que:

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

*que sufren más embarazos no deseados y tienen que abortar en las peores condiciones de salubridad”*

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

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

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

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.

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

*“Las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como la esterilización*

*forzada, el aborto forzado, el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante”*

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

329. Este mismo órgano, en las últimas Observaciones que hizo al Estado colombiano en 2019, indicó: *“De conformidad con su recomendación general núm. 24 (1999) sobre la mujer y la salud, el Comité exhorta al Estado parte a que: [...] || c) De conformidad con la sentencia C-355 de la Corte Constitucional, de 2006, apruebe una ley que legalice el aborto en los casos de violación, incesto, riesgo para la salud física o mental o la vida de la mujer embarazada y malformación grave del feto, y despenalice el aborto en todos los demás casos”*

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

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

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

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

*“las leyes penales que castigan y restringen el aborto inducido son el ejemplo paradigmático de las barreras inaceptables que impiden a las mujeres ejercer su derecho a la salud y, por consiguiente, deben eliminarse. Estas leyes atentan contra la dignidad y autonomía de la mujer al restringir gravemente su libertad para adoptar decisiones que afecten a su salud sexual y reproductiva. Asimismo, generan invariablemente efectos nocivos para la salud física, al ser causa de muertes evitables, morbilidad y mala salud, y para la salud mental, entre otras cosas porque las mujeres afectadas se arriesgan a caer en el sistema de justicia penal. La promulgación o el mantenimiento de leyes que penalicen el aborto puede constituir una violación de la obligación de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la salud”.*

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

<p><b>Conclusión:</b></p>	<p>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.</p> <p><b>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.</b></p>
<p><b>3. 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)</b></p> <p><b>3.1. La afectación del derecho a la igualdad por discriminación</b></p>	<p>339. En este sentido, al Estado le corresponde, más que acudir primariamente a la penalización, promover y garantizar una política con un enfoque de género y un alcance interseccional, en el sentido de que beneficie especialmente a quienes están expuestas a más de un factor de vulnerabilidad, como son las mujeres, niñas y personas gestantes que habitan el sector rural o comunidades remotas; aquellas en condición de discapacidad; las menores de edad desescolarizadas; aquellas que se encuentran en condición de desplazamiento forzado, refugiadas, migrantes irregulares o en situación de indigencia; aquellas recluidas en instituciones o detenidas; indígenas, afrodescendientes o miembros de población Rom y aquellas que ya han tenido un embarazo y son cabeza de familia. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que la convergencia de factores estructurales de vulnerabilidad repercute en la generación de riesgos adicionales contra las mujeres y niñas, de tal manera que su combinación crea una situación de naturaleza concreta con cargas de discriminación mayores por la confluencia de tales factores.</p> <p>340. Las demandantes sostienen que las barreras estructurales de acceso al procedimiento de IVE que genera la norma demanda afectan de una manera evidentemente más desproporcionada a las mujeres y niñas en situación de</p>

<p><b>indirecta y su impacto en las mujeres más vulnerables</b></p>	<p>vulnerabilidad y en situación migratoria irregular. Esto, advierten, contraría la obligación del Estado de garantizar el acceso a la IVE en condiciones de igualdad y sin discriminación. Para sustentar su argumento, afirman que el derecho a la igualdad contiene tanto un mandato de abstención de tratos discriminatorios –igualdad formal– como un mandato de intervención que obliga al Estado a superar las condiciones de desigualdad –igualdad material–. Además, que el artículo 13 de la Constitución Política prohíbe la discriminación indirecta, esto es, que la aplicación de normas aparentemente neutras genere consecuencias adversas y desproporcionadas sobre grupos tradicionalmente marginados o discriminados.</p> <p>341. La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre este tipo de normas y, en particular, sobre aquellas que contienen previsiones discriminatorias exclusivamente basadas en el género. Por ejemplo, en la Sentencia C-754 de 2015, la Corte resolvió una demanda formulada en contra de la expresión “facultad” contenida en el artículo 23 de la Ley 1719 de 2014, con base en la cual las entidades del sistema de salud podían implementar el Protocolo y el Modelo de Atención Integral en Salud para las Víctimas de Violencia Sexual, sin que estuvieran obligadas a hacerlo. Los demandantes sostenían, entre otras razones, que dicha expresión generaba una discriminación indirecta en contra de las mujeres, en especial de las más vulnerables, que implicaba una regresión en la garantía de su derecho a la salud, concretamente, en la obligación de adoptar e implementar protocolos dirigidos a asegurar el derecho a la salud de las víctimas de violencia sexual bajo condiciones de disponibilidad, accesibilidad y calidad.</p> <p>342. En esa oportunidad, la Corte advirtió que el Legislador no solo tiene prohibido proferir normas que discriminen o excluyan a ciertos grupos de personas de una manera abierta y directa con el objeto de anular o reducir el reconocimiento, disfrute o ejercicio de derechos fundamentales con base en criterios sospechosos como su género, raza, condición socioeconómica, etc., sino, además, discriminarlas de manera indirecta mediante regulaciones que generen un impacto desproporcionado en la garantía de sus derechos. Al respecto, precisó que “la prohibición de discriminación directa o indirecta y el deber reforzado de protección, también se extiende a casos donde la acción u omisión del Estado se concreta en una discriminación múltiple e interseccional. Es decir, a situaciones donde una persona es sometida a mayores riesgos o desventajas por la confluencia de diferentes criterios sospechosos que agravan o añaden obstáculos en el ejercicio de un derecho fundamental”.</p>
---	--

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

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

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

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.

349. Tal como se indicó previamente, la política de someter a la mujer, sin ofrecer alternativas para el ejercicio de sus

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

derechos, a una pena privativa de la libertad si decide no continuar con el proceso de gestación, impacta de manera diferente –evidentemente más desproporcionada– a las mujeres más vulnerables por su condición socioeconómica, su origen rural, su edad o su situación migratoria, entre otros factores. Dicho de otra manera, si bien el tipo penal de aborto voluntario prevé una pena privativa de la libertad para toda mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, la medida pone en una particular situación de desventaja a aquellas que, debido a su situación de vulnerabilidad, no tienen facilidades de acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, incluido el procedimiento de la IVE en las tres circunstancias que, según la Sentencia C-355 de 2006, no constituyen ese tipo penal. En efecto, de la información aportada al proceso, es posible derivar que las mujeres denunciadas por el delito de aborto consentido y quienes más graves consecuencias sufren en su salud por la práctica irregular de ese procedimiento están expuestas a factores interseccionales de discriminación que incrementan su condición de vulnerabilidad.

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

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

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

**3.3. 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**

24%) en el caso de las mujeres de las ciudades que no son pobres”.

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

364. Lo anterior, claro está, sin contar con las desventajas que la precariedad socioeconómica trae para las mujeres cuyas condiciones de vulnerabilidad les ha impedido acceder a educación de calidad sobre el ejercicio responsable de sus derechos sexuales y reproductivos o para acceder a la IVE en los casos referidos en la Sentencia C-355 de 2006.

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

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

	<p>367. Por dichos factores interseccionales, la prohibición categórica del aborto consentido, prevista en el contenido normativo objeto de control, afecta de manera particularmente grave y evidente a esta población, cuya penalización, como única medida de política pública, agudiza más su situación de vulnerabilidad.</p> <p>368. La anterior consideración es especialmente relevante, si se tiene en cuenta que son estas niñas y mujeres las que menores probabilidades de acceso tienen a los servicios estatales asociados a su salud sexual y reproductiva, bien sea educativos, relacionados con la planificación familiar o de interrupción voluntaria del embarazo en los casos previstos por la Sentencia C-355 de 2006. Además, son quienes están mayormente expuestas a la práctica de abortos clandestinos en deplorables condiciones de salubridad, lo cual las expone a una mayor degradación de su dignidad.</p> <p>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<sup>290</sup> 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.</p>
<p><b>4. 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</b></p>	<p>371. <i>La potestad del Legislador en materia penal no es absoluta y sus límites se hacen más evidentes cuando la tipificación de conductas como delitos interfiere en el ejercicio de libertades intrínsecamente asociadas a la dignidad humana, entre ellas, la libertad de conciencia, disposición autónoma constitucional, en los términos del artículo 18 de la Carta.</i></p> <p>372. <i>Para evaluar si una persona, en abstracto, puede legítimamente actuar o abstenerse de hacerlo con el fin de preservar su sistema de convicciones y creencias, debe valorarse la importancia del bien jurídico que se quiere preservar con la penalización frente a los sacrificios que se derivan de ella. En este ejercicio, la garantía y el peso de la libertad de conciencia será mayor en tanto más intensa sea la conexión con la integridad corporal, física y emocional de la persona que alega su protección y con su dignidad humana.</i></p> <p>373. <i>La libertad de conciencia, en lo atinente a la decisión de procrear o de no hacerlo, y, por tanto, de asumir la maternidad o paternidad, es un asunto personalísimo,</i></p>

<p><b>4.1. Caracterización constitucional de la libertad de conciencia</b></p>	<p><i>individual e intransferible que se corresponde con una de las dimensiones de los derechos reproductivos, concretamente, la autonomía reproductiva, respecto de la cual le está prohibido prima facie intervenir al Estado y a los particulares haciendo uso de la coacción o de la violencia.</i></p> <p><i>374. En el caso de las mujeres, la decisión de asumir la maternidad es un asunto que las impacta de manera personalísima, porque afecta su proyecto de vida; es un asunto individual, pues tiene consecuencias físicas y emocionales sobre su propia existencia, y es intransferible, porque la autonomía de la decisión no puede ser trasladada a un tercero, salvo casos excepcionales en los que se ha provisto un previo consentimiento o existen razones sólidas para inferirlo. Es, entonces, una decisión íntima y estrechamente vinculada al sistema de valores de quien puede gestar y constituye una de las principales expresiones de la naturaleza humana, y tanto quienes deciden asumir la maternidad como quienes optan por no hacerlo ejercen su libertad y ponen en práctica su sistema individual de creencias y valores. Esta decisión, a todas luces íntima, constituye una manifestación de la autonomía reproductiva, incluso de las parejas, ligada estrechamente al sistema de valores personales.</i></p> <p><i>375. En el presente asunto, la norma demandada permite juzgar y sancionar a la mujer que, durante el embarazo, decide actuar conforme a sus juicios morales o íntimas convicciones, lo que genera una evidente tensión de relevancia constitucional con la citada libertad, ya que da lugar a la imposición de una manera específica de proceder que, en este caso, implica el deber de asumir la maternidad, aun en contra de la propia voluntad, sin que, entre otras, pondere el conocimiento de la mujer acerca de su estado ni el avance del proceso gestacional. Estas dos circunstancias son especialmente relevantes, si se tiene en cuenta que el ejercicio de esta libertad supone, de un lado, conocer el estado de embarazo para que sea posible tomar una decisión acerca de su continuidad o no y, de otro, actuar conforme al deber de protección gradual e incremental de la vida en gestación.</i></p> <p><i>376. La libertad de conciencia se encuentra consagrada en el artículo 18 de la Constitución, en los siguientes términos: “Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia”.</i></p> <p><i>377. Esta libertad protege la autonomía de pensamiento y de acción individual, voluntaria y consciente, en contraposición a la imposición de un determinado proceder. De este modo,</i></p>
--	---

<p><b>4.2. La coerción derivada de las normas penales puede incidir de manera intensa en la libertad de conciencia</b></p>	<p>permite que cada persona regule su vida de acuerdo con sus creencias y convicciones, que no necesariamente con un credo, confesión o religión determinada. Por tanto, no protege un sistema moral determinado, o una regla objetiva de moralidad, sino que ampara el conjunto de creencias y convicciones de cada individuo, salvaguardando su propio sistema de valores y la manera en que determina sus acciones.</p> <p>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.</p> <p>381. A partir de lo dicho, la configuración tripartita de pensamiento, manifestación y comportamiento, que caracterizan a la libertad de conciencia es fundamental no solo para el desarrollo individual, sino también para la interacción e integración social. En relación con este último aspecto es importante hacer referencia a la importancia que la jurisprudencia constitucional le ha reconocido a esta libertad para edificar el carácter democrático, participativo y plural del Estado 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<sup>298</sup> que se aprecian de modo positivo, de manera especial, la libertad religiosa<sup>299</sup>, de conciencia y pensamiento<sup>300</sup> 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".</p> <p>382. La libertad de conciencia garantiza un primer ámbito de intangibilidad en el cual su titular puede configurar y acoger un sistema propio de convicciones y creencias que pueden ser tan íntimas y privadas como lo desee, el cual nadie tiene derecho a conocer o a interferir, a menos que su titular consienta en ello.</p> <p>383. El segundo ámbito de protección de esta libertad implica que, en relación con el sistema propio de convicciones y creencias, su titular no puede ser molestado. Esto no significa</p>
--	---

que el Estado no pueda establecer limitaciones asociadas a la libertad de expresión, difusión y comunicación pública de los pensamientos y opiniones (artículo 20 CP). En todo caso, asume dos deberes para su garantía: uno positivo, asociado al deber de proteger a quienes han divulgado total o parcialmente sus convicciones y creencias, y otro negativo, referido a la obligación de abstenerse de ejecutar acciones encaminadas a modificarlas.

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

*“la objeción de conciencia, en general, es un derecho autónomo y nominado en el apartado final del artículo 18 de la Constitución que reza que las personas tienen derecho a no ser obligadas a actuar contra su conciencia. || Esta posibilidad de objetar conciencia no es absoluta, puede ser legítimamente limitada por el Legislador, siempre y cuando respete el principio de proporcionalidad y las limitaciones no sean en exceso restrictivas como para hacer nugatorio este derecho, pero tampoco sean demasiado amplias como para desconocer el principio de igualdad ante la ley y las necesidades que se quieran satisfacer, en la medida que los bienes jurídicos que se pretenden proteger con la obligación tengan respaldo constitucional o legal”.*

385. Dada la íntima relación que tiene la objeción de conciencia con el sistema propio de convicciones y creencias, su ejercicio puede fundarse en motivos religiosos, morales, éticos, humanitarios o de índole similar. No obstante, es posible que el Legislador establezca restricciones a este derecho, siempre que sean razonables y proporcionadas<sup>3</sup>; en otras palabras, es posible limitar la procedencia de la objeción de conciencia a ciertas creencias, siempre que resulte necesario para resguardar un bien jurídico superior. Esto significa, entonces, que el principio general es que, ante el silencio del Legislador en relación con las características de las creencias, cualquier convicción profunda que se oponga al bien jurídico garantizado por la norma que establece un deber jurídico, de hacer o de abstenerse de actuar, puede ser aducida para excusarse de su cumplimiento. La objeción de

conciencia, sin embargo, no puede ser alegada por autoridades judiciales y notarios en el cumplimiento de funciones públicas o, en algunos casos, por médicos en casos de interrupción voluntaria del embarazo, entre otros eventos.

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

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

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

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

390. Por tanto, uno de los factores que afecta el proceso de toma de decisión sobre la realización de ciertas acciones tiene que ver con la posibilidad de ser castigado o sancionado penal y socialmente. Esto, pese a que la propia normativa legal permite que no en todos los casos en los que se incurra

<p><b>4.3. 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</b></p>	<p>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.</p> <p>391. Por esta especial afectación a la autonomía, el juicio de constitucionalidad respecto de los tipos penales generales, impersonales y abstractos, debe realizarse de una manera más estricta y rigurosa cuando interfieren en el ejercicio de libertades intrínsecamente asociadas a la dignidad humana, en especial cuando aquellos implican coerción sobre convicciones íntimas y personales que gozan de protección constitucional.</p> <p>392. Si la conducta penalizada no fuera excepcional, sino practicada de forma masiva y general, la respuesta penal como única medida no sería compatible con la exigencia de último recurso o ultima ratio del derecho penal, al suponer una restricción desproporcionada a la dignidad de las personas, tal como se deriva de lo dispuesto por el preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Constitución. En este supuesto, más que un problema delincencial, 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.</p> <p>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. Como lo advirtió la Corte en la Sentencia C-355 de 2006, cuando tal interferencia se fundamenta en el ejercicio de la violencia o la coerción, encuentra una prohibición categórica:</p> <p><i>“Cabe recordar nuevamente, que el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva, por su parte, tiene una clara perspectiva de género y se desprende de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente la Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Implica el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin discriminación, coacciones o violencia, en esa medida guarda estrecha relación con el derecho a la integridad personal”.</i></p>
---	---

394. La decisión de asumir la maternidad, en consecuencia, es (i) personalísima, porque impacta el proyecto de vida de la mujer, niña, adolescente o persona gestante que decide continuar y llevar a término un embarazo, no solo durante el periodo de gestación, sino más allá de él; (ii) individual, por el impacto físico y emocional que supone el desarrollo de la gestación en su experiencia vital y su propia existencia, e (iii) intransferible, porque la autonomía de la decisión de asumir la maternidad no puede ser trasladada a un tercero, salvo casos excepcionales en los que se haya previsto un previo consentimiento o existan razones sólidas para inferirlo. De este modo, se comprende que esta sea una decisión no susceptible de apropiación por parte del Estado o de otros particulares<sup>311</sup>, sin perjuicio del deber constitucional de protección gradual e incremental de la vida en gestación cuyo cumplimiento compromete no sólo al Estado y a la sociedad, sino a las personas, en general, incluso a las mujeres, niñas y personas gestantes.

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

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

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

<p><b>Conclusión</b></p>	<p><b>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 supra inclusión–, 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.</b></p>
<p><b>5. Análisis del cuarto cargo: la finalidad preventiva de la pena y las exigencias constitucionales adscritas al carácter de ultima ratio del derecho penal</b></p>	<p>400. La actual forma de tipificación del delito de aborto consentido en el contexto normativo en que se inserta entra en fuerte tensión con la finalidad constitucional de prevención general de la pena y la característica constitucional adscrita al derecho penal como mecanismo de último recurso o ultima ratio, por las siguientes razones:</p> <p>401. La política criminal encuentra límites formales y materiales de carácter constitucional que se derivan de las prescripciones del preámbulo y de los artículos 1 y 2 de la Carta, en cuanto erigen a la dignidad humana como fundamento del Estado y a la protección de los derechos de las personas como su finalidad esencial, de allí que se trate de dos mandatos vinculantes en el ejercicio de las competencias de las autoridades, entre ellas, el Legislador, al tipificar los delitos.</p> <p>402. La función preventiva del poder punitivo del Estado constituye un “estándar constitucional mínimo que debe cumplir la política criminal colombiana para respetar los derechos humanos y constitucionales”. 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.</p> <p>403. A pesar de que el artículo 122 del Código Penal persigue una finalidad constitucional imperiosa, que consiste en proteger la vida en gestación –bien jurídico que ampara la disposición–, la actual forma de tipificación del delito de aborto consentido no es adecuada para la consecución de los fines de la pena ya que, a pesar de que el tipo penal busca realizar aquel imperativo constitucional, no resulta claro que esta forma de penalización sea efectivamente conducente –</p>

esto es, idónea— para la consecución de aquellos fines, en particular el de prevención general, como sí es evidente la intensa afectación que produce en los derechos a la salud y los derechos reproductivos, la igualdad y la libertad de conciencia a que se ha hecho referencia. En otros términos, no es claro que la penalización del aborto con consentimiento resulte efectivamente conducente para proteger la vida en gestación, si se tiene en cuenta su poca incidencia en el cumplimiento de la finalidad de prevención general de la pena adscrita a su tipificación. De allí la evidente tensión constitucional que se presenta entre la disposición demandada y la finalidad preventiva de la pena.

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

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

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

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

<p><b>5.1. La competencia legislativa para tipificar qué conductas constituyen delitos y cuáles deben ser las penas aplicables, encuentra límites formales y materiales de carácter constitucional</b></p>	<p>fundamenta en un criterio sospechoso de discriminación: el sexo.</p> <p>408. La cuarta razón tiene que ver con la existencia de mecanismos alternativos menos lesivos de los derechos a la salud, reproductivos, igualdad y libertad de conciencia que, al mismo tiempo, protejan en forma gradual e incremental la vida en gestación, que aquel que brinda la penalización</p> <p>409. La política criminal comprende el conjunto de respuestas que el “Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”<sup>318</sup>. Uno de los medios para su concreción lo constituye el ejercicio de la competencia legislativa para tipificar qué conductas constituyen delitos y cuáles deben ser las penas aplicables, como medidas idóneas, necesarias y proporcionales, para proteger determinados bienes jurídicos.</p> <p>410. Tal competencia, sin embargo, como ya se dijo, encuentra límites formales y materiales de carácter constitucional.</p> <p>411. Los límites formales se asocian, en particular, a las exigencias que se derivan del principio de legalidad<sup>319</sup>, según el cual, los delitos y las penas no solo deben estar previamente determinados por el Legislador –reserva legal como expresión del principio democrático–, sino que deben serlo de manera inequívoca, clara, específica y precisa.</p> <p>412. Los límites materiales se asocian al ejercicio necesario del ius puniendi, ligado al concepto de ultima ratio del derecho penal<sup>323</sup>, tendiente al cumplimiento de las funciones o fines de la pena y a su ejercicio proporcional<sup>325</sup>. 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”.</p> <p>413. Lo anterior, se debe a que la dignidad humana –a que se refiere el artículo 1 de la Carta– y los demás valores,</p>
--	--

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

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

415. Solo de esta manera el ejercicio del poder punitivo es compatible con la dignidad humana y los demás valores, principios y derechos fundamentales –de que tratan el preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Constitución–, debido a que la tipificación de la conducta mantiene presente que cada persona es “un fin en sí mismo y no puede ser considerado un medio en relación con fines ajenos a él” y sus conductas no pueden ser objeto de una intromisión indebida del Estado. En consecuencia, el uso necesario del derecho penal exige que este sea compatible con las funciones o fines sociales de la pena. Al reiterar la jurisprudencia constitucional, de manera reciente, la Sala ha precisado que “las penas no son fines en sí mismas; la consagración de la dignidad de la persona humana como fundamento del ius puniendi, hace que las mismas lleven adscritas específicas funciones y, por ello, excluyen el capricho legislativo o judicial” .

416. En estos términos, garantizar el cumplimiento de la última ratio del derecho penal concuerda con la necesidad de que la pena cumpla ciertos fines o funciones sociales, de prevención general, retribución justa, prevención especial,

reinserción social y protección al condenado, las cuales, al estar “atadas a los contenidos de dignidad humana, se ofrecen como una limitación al ejercicio del ius puniendi en todas sus expresiones (legislativa, judicial y de ejecución)”. 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.

417. Finalmente, al igual que todas las competencias que se atribuyen al Legislador, el ejercicio de la competencia penal debe ser razonable y proporcional. En relación con esta exigencia, ha sido copiosa la jurisprudencia constitucional al señalar, por ejemplo, que la definición de los delitos y de las penas está sujeta a límites explícitos e implícitos. Entre los primeros, según ha precisado, se encuentra “la decisión política de imponer la pena de muerte (CP artículo 11), la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes (CP artículo 12), la esclavitud (CP artículo 17), el destierro, la prisión perpetua o la confiscación (CP artículo 34)”. Entre los implícitos, se ha indicado que “el legislador penal debe propender por la realización de los fines esenciales del Estado como son los de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” . Además, ha referido que, en su ejercicio, el Legislador debe respetar, proteger y garantizar los derechos humanos estipulados en la Constitución y en los tratados internacionales de que trata el artículo 93, inciso 1° superior; y, así mismo, los criterios atinentes a la prohibición de exceso, relacionados con la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, y el principio de estricta legalidad.

418. Además de lo dicho, habría que resaltar que la norma demandada no solo sanciona penalmente la conducta de la mujer que da por terminado su embarazo, sino que lo hace con pena privativa de la libertad, circunstancia que agrava aún más la condición personal de quien toma esa decisión.

419. Si, de conformidad con los argumentos previstos, la sanción penal constituye un medio extremo a la luz del ordenamiento constitucional, o de último recurso, con mayor razón lo es cuando la sanción corresponde a la pérdida de la libertad personal, pues al reproche jurídico que de por sí implica la sanción penal, al reproche social que conlleva y a la pena natural que suele acompañar la experiencia negativa del procedimiento abortivo se suma la pérdida transitoria del derecho fundamental a la libertad personal, requisito de ejercicio de muchos otros derechos fundamentales.

420. En tales condiciones, y no obstante que el establecimiento de la pena privativa de la libertad podría ser objeto de análisis constitucional independiente, es claro que la circunstancia de constituir la modalidad punitiva del tipo penal que aquí se estudia, agrava el juicio que recae sobre la norma demandada. Esto es así, ya que la mujer que interrumpe voluntariamente su embarazo enfrenta la sanción más severa diseñada por el ordenamiento jurídico para las conductas más graves contra el orden social.

421. Este agravamiento del juicio tiene fundamento en el carácter subsidiario, fragmentario o de último recurso del derecho penal –ultima ratio–, así como de la tendencia internacional de esta disciplina de reservar la privación de la libertad para las conductas merecedoras del mayor reproche social.

422. En cuanto al carácter de ultima ratio del derecho penal, el Estado puede acudir a la sanción penal cuando ha agotado todos los mecanismos preventivos a su disposición para reducir la comisión de conductas que atentan contra los intereses legítimamente protegidos o cuando ha ofrecido alternativas para el ejercicio de los derechos con los que la sanción penal entra en tensión. Su carácter fragmentario impone al Estado ejercer su poder punitivo en los casos que con mayor gravedad afectan el interés social (Sentencia C-356 de 2003). Según este rasgo del derecho penal, solo es posible aplicar la sanción penal de pérdida de la libertad a los casos más graves de afectación de los intereses protegidos.

423. Finalmente, es preciso recordar cómo la comunidad internacional ha entendido la importancia de estas características del derecho penal al aprobar, por ejemplo, en el marco de las Naciones Unidas, reglas que buscan incrementar los requisitos para imponer la sanción privativa de la libertad, sobre la convicción de que esta medida dilata la obtención de los fines resocializadores de la pena.

424. Sobre el particular, las llamadas Reglas de Tokio, aprobadas por la Asamblea de las Naciones Unidas mediante la Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990, resaltan la importancia de que las legislaciones nacionales encuentren alternativas penales a la sanción privativa de la libertad y reduzcan la aplicación innecesaria de esta, consultando las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y las necesidades de la víctima.

425. En su artículo 9, por ejemplo, dicho instrumento internacional ofrece una serie de alternativas a la pena de prisión, que deben ser contempladas por los Estados

<p><b>5.2. La actual forma de tipificación del delito de aborto consentido entra en fuerte tensión con la finalidad preventiva de la pena</b></p> <p><b>5.3.1. La idoneidad o eficacia de los tipos penales como presupuesto de su finalidad preventiva</b></p>	<p>miembros a fin de evitar la reclusión y con el propósito de asistir a los delincuentes en su proceso de reinserción social.</p> <p>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.</p> <p>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”<sup>349</sup>. 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<sup>350</sup> –finalidad de prevención general de la pena.</p> <p>429. En la Sentencia C-542 de 1993, la Corte consideró que no era idóneo ni eficaz penalizar el pago de rescates por secuestros extorsivos –artículos 18, 19, 20, 21 y 24 de la Ley 40 de 1993–, porque, entre otros, “en escenarios extremos en los que la vida de familiares o de personas cercanas está en inminente peligro, la amenaza de una pena carece de toda eficacia, y porque en todo caso el combate al fenómeno del secuestro exige otro tipo de medidas, especialmente mediante la sofisticación de las herramientas de investigación y sanción”. Según precisó la Corte, desconoce “la Constitución una norma que erige en delito la conducta razonable de los particulares encaminada a proteger la vida y la libertad, propias o de un semejante”.</p> <p>430. En idéntico sentido, en la Sentencia C-107 de 2018, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de una disposición mediante la cual se dispuso que, en el delito de lesiones con agentes químicos, ácido o sustancias similares, la duración de las medidas de seguridad para inimputables sería, al menos, la misma que la de la pena contemplada para ese tipo penal (artículo 116A de la Ley 599 de 2000, adicionado por el artículo primero de la Ley 1773 de 2016). Para la Corte Constitucional, “aunque con esta medida el legislador pretendió evitar que los responsables de este delito simularan su inimputabilidad para eludir la pena, una medida de esta naturaleza no tendría la potencialidad de</p>
---	---

evitar los fraudes al sistema judicial y mucho menos la comisión de dicho delito, [...] en cambio, a través de tipos penales como el fraude procesal, falsedad en documento público o privado o el falso testimonio, se podría sancionar y evitar este tipo de conductas”.

431. Otro antecedente jurisprudencial relevante lo constituye la Sentencia C061 de 2008. En ella, la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso 2° del artículo 48 de la Ley 1098 de 2006, “Código de la Infancia y la Adolescencia”, que daba soporte jurídico a los denominados “muros de la infamia”, que imponían a los concesionarios de los servicios de radiodifusión, televisión y espacios electromagnéticos, el deber de incluir, por lo menos una vez a la semana, los nombres completos y foto reciente de las personas que hubieran sido condenadas en el último mes por cualquiera de los delitos contemplados en el Título IV, “Delitos contra la Libertad, Integridad y Formación Sexuales”, de la citada ley, cuando la víctima hubiera sido un menor de edad. La Sala Plena evidenció que no se trataba de una medida idónea para alcanzar el fin propuesto –proteger a los menores de edad–, al considerar que no se había allegado al trámite legislativo evidencia suficiente para demostrar que las citadas publicaciones disuadieran o disminuyeran aquel tipo de delitos.

432. Finalmente, de manera reciente, en la Sentencia C-294 de 2021, al sustentar la sustitución de la Constitución que supuso el Acto Legislativo 1 de 2020, “Por medio del cual se modifica el artículo 34 de la Constitución Política, suprimiendo la prohibición de la Pena de Prisión Perpetua y estableciendo la prisión perpetua revisable”, y que dio lugar a su inexecutable, uno de los argumentos a los cuales acudió la Corte fue el relacionado con la falta de idoneidad de la cadena perpetua como medio para disuadir la comisión de los delitos que pretendía prevenir, al señalar “que la pena de prisión perpetua revisable incluida en el artículo 34 de la Constitución no es una medida idónea para asegurar la protección de los NNA víctimas de los delitos que regula; y en contraste, genera efectos tan graves a la dignidad humana de la persona condenada y al sistema penitenciario actual, que no es una medida proporcional ni efectiva”. De manera extensa, en la providencia en cita se señala:

*“La Sala encuentra que durante el trámite legislativo que dio lugar a la reforma constitucional el objetivo principal de modificar la Constitución fue disminuir la comisión de delitos contra la vida e integridad física y sexual cometidos contra NNA y, en consecuencia, establecer la pena más severa. Como argumento genérico, la pena de prisión perpetua revisable se sustentó como una medida*

<p><b>5.3.2. No es claro que la penalización del aborto con consentimiento resulte efectivamente conducente para proteger la vida en gestación, si se tiene en cuenta su poca incidencia en el cumplimiento de la finalidad de prevención general de la pena adscrita a su tipificación</b></p>	<p><i>de protección del interés superior del menor. No obstante lo anterior, se observa una ausencia de evidencia empírica que demuestre que esta pena es la medida más adecuada para disminuir la reincidencia de estos delitos, así como su prevención eficaz. Así mismo, no es claro por qué para alcanzar la protección de la niñez, esta pena es preferible a otras de posible menor impacto para la persona condenada”</i></p> <p>434. A pesar de que el artículo 122 del Código Penal persigue una finalidad constitucional imperiosa, que consiste en proteger la vida en gestación –bien jurídico que ampara la disposición–, la actual forma de tipificación del delito de aborto consentido no es adecuada para la consecución de los fines de la pena ya que, a pesar de que el tipo penal busca realizar aquel imperativo constitucional, no resulta claro que esta forma de penalización sea efectivamente conducente – esto es, idónea– para la consecución de aquellos fines, en particular el de prevención general, como sí es evidente la intensa afectación que produce en los derechos a la salud y los derechos reproductivos, la igualdad y la libertad de conciencia a que se ha hecho referencia. En otros términos, no es claro que la penalización del aborto consentido resulte efectivamente conducente para proteger la vida en gestación, si se tiene en cuenta su poca incidencia en el cumplimiento de la finalidad de prevención general de la pena adscrita a su tipificación.</p> <p>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.</p> <p>437. De conformidad con la información valorada por la Comisión Asesora de Política Criminal, “los datos comparados muestran que las leyes altamente restrictivas contra el aborto no están asociadas con bajos índices de abortos efectuados. Y es que la prohibición absoluta del aborto no los evita. Por el contrario, hace que estos se realicen en condiciones precarias de clandestinidad”. Para sustentar los citados datos, resaltó: “la tasa de abortos es de 29 por cada 1.000 mujeres en edad de gestación en África y de 32 por cada 1.000 en América Latina, donde el aborto tiende a estar fuertemente penalizado en la mayor parte. En cambio, esta tasa es de 12 por 1.000 mujeres en Europa Occidental donde el aborto es generalmente permitido en la mayor parte de países. La razón explicativa de esa diferencia es la amplitud</p>
---	--

<p><b>5.4. 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 –última</b></p>	<p>de las políticas de salud sexual y reproductiva en Europa Occidental” 356. Más adelante, en el mismo sentido, indicó:</p> <p><i>“la penalización severa del aborto conduce a abortos clandestinos, que afectan gravemente la salud de las mujeres, ocasionando en no pocas ocasiones su muerte. Por ello, en todos los países en donde ha habido una despenalización más amplia del aborto, el resultado ha sido una reducción significativa de las graves complicaciones de salud asociadas a las prácticas clandestinas. Por ejemplo, en Sudáfrica, el número de muertes ligadas al aborto cayó en 91% luego de una liberalización de las leyes que regulaban la interrupción voluntaria del embarazo”.</i></p> <p>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”.</p> <p>444. Como se precisó con amplitud en el título 8 supra, la vida es un bien jurídico susceptible de protección gradual e incremental incluso mediante el poder punitivo del Estado. En todo caso, un uso idóneo, necesario y proporcional de esta potestad exige reservarla para las conductas más lesivas, siempre que no sea posible acudir a “otros controles menos gravosos” o a medidas alternativas para garantizar el ejercicio de los derechos con los cuales entra en tensión la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Por tanto, en caso de existir “otros medios preventivos igualmente idóneos, y menos restrictivos de la libertad”, la intervención penal debe ceder ante ello</p>
--	---

<p><b>ratio— por cuatro razones.</b></p> <p>5.4.1. La primera razón se asocia con la omisión del Legislador de regular de manera positiva e integral la compleja problemática social, de relevancia constitucional, que supone el aborto consentido, y no únicamente mediante el recurso al derecho penal.</p>	<p>445. A partir de estas premisas, en el caso de la protección de la vida en gestación y dada la tensión que surge frente a la obligación constitucional de proteger otros derechos, el Estado tiene el deber de adoptar medidas de política pública que respondan adecuadamente a esa tensión teniendo en cuenta el carácter gradual e incremental de la protección de la vida en gestación y, por tanto, tipificar únicamente las conductas más graves que atenten contra ella. En esto consiste el carácter subsidiario, fragmentario o de último recurso de las sanciones penales. En contraste, un uso indiscriminado —y, por tanto, prima ratio del derecho penal— resulta arbitrario y contrario a las exigencias adscritas al Estado Social de Derecho.</p> <p>446. En el presente asunto, por las cuatro razones que seguidamente se justifican, si bien la disposición demandada pretende realizar una finalidad constitucional imperiosa, cual es proteger la vida en gestación, efectúa un uso prima ratio del derecho penal que evidentemente entra en conflicto con la característica constitucional adscrita al derecho penal como mecanismo de ultima ratio, y no ofrece respuestas a la tensión con los bienes jurídicos a que se ha hecho referencia y que la Constitución protege.</p> <p>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.</p> <p>448. La regulación del aborto consentido en los códigos penales colombianos, las propuestas en la Asamblea Nacional Constituyente sobre la libre opción a la maternidad y los principales proyectos de ley presentados en la materia desde 1975 hasta la fecha —y con especial énfasis, luego de la expedición de la Sentencia C-355 de 2006— permiten evidenciar que, a pesar de que han existido múltiples iniciativas legislativas y constitucionales para regular de una manera positiva la problemática social que supone el aborto con consentimiento, esta finalmente se ha regulado a partir de un uso del derecho penal como mecanismo prima ratio.</p>
--	---

449. Como lo ha precisado de manera reciente la Sala Plena en la Sentencia C-233 de 2021, el carácter de ultima ratio del derecho penal y, por tanto, su “carácter esencialmente limitado”, es antagónico a la exigencia de desarrollo y protección de los derechos humanos, que “exigen esfuerzos amplios de concreción, tanto positivos como negativos, en cabeza de las autoridades públicas y los particulares”. Según precisó:

*“En ese sentido, el ejercicio del ius puniendi se considera uno de los ámbitos extremos del poder estatal para la regulación de la vida social, razón por la cual suele denominarse el último recurso (o la ultima ratio). Ese carácter marginal que debería tener el derecho penal se debe a su capacidad para interferir intensamente en el derecho fundamental a la libertad personal y para afectar otros, debido a las condiciones de cumplimiento de la pena para la persona, razón por la cual aquella característica adscrita al ius puniendi estatal encuentre su fundamento y límite en la dignidad de la persona humana [...] || Los derechos fundamentales, por otra parte, constituyen pretensiones justificadas de los ciudadanos frente al poder, que lo limitan y lo vinculan, y que deben realizarse en la mayor medida posible, por los cauces de los que disponen los órganos del poder para alcanzar fines establecidos desde la Constitución Política y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. || Así las cosas, en contraste con el carácter esencialmente limitado del derecho penal, los derechos humanos exigen esfuerzos amplios de concreción, tanto positivos como negativos, en cabeza de las autoridades públicas y los particulares. La ampliación constante de su marco de protección justifica también el ejercicio judicial amplio y creativo destinado a la comprensión y goce efectivo de todas sus esferas: para su goce efectivo. Los derechos fundamentales, además de tener esa fuerza expansiva, solo pueden ser limitados de manera razonable (para alcanzar fines constitucionales); y proporcionada (de modo que cada restricción satisfaga con mayor intensidad otro principio constitucional).*

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

	<p>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 y, por tal razón, la Corte,</p> <p><i>“se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo. Sin embargo, además de estas hipótesis, el legislador puede prever otras en las cuales la política pública frente al aborto no pase por la sanción penal, atendiendo a las circunstancias en las cuales éste es practicado, así como a la educación de la sociedad y a los objetivos de la política de salud pública”.</i></p>
--	--