

Sentencia C-088/20

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA NORMA QUE TIPIFICA EL ABORTO-Inhibición para decidir de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Indicación precisa del objeto demandado, el concepto de violación y la razón por la cual la Corte Constitucional es competente

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Confrontación entre norma acusada, argumentos y disposición constitucional vulnerada

CONCEPTO DE VIOLACION EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

PRINCIPIO PRO ACTIONE EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cumplimiento de requisitos argumentativos mínimos

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL Y NUEVO JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Requisitos de la demanda son más rigurosos

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Alcance de los eventos que debilitan sus efectos

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Carga mínima de argumentación

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA-Incumplimiento de requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia en los cargos

Referencia: Expediente D-13255

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 122 de la Ley 599 de 2000 “[p]or la cual se expide el Código Penal”

Demandante: Natalia Bernal Cano

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, en particular de la prevista en el artículo 241-4 de la Constitución, y previo agotamiento del procedimiento establecido en el Decreto 2067 de 1991, decide sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia en los siguientes términos.

I. ANTECEDENTES

1. El 13 de mayo de 2019, la ciudadana Natalia Bernal Cano presentó demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 122 de la Ley 599 de 2000 “[p]or la cual se expide el Código Penal”, cuyo conocimiento inicialmente fue repartido al magistrado Alejandro Linares Cantillo para efectos de su sustanciación.

2. El 17 de mayo de 2019, la demandante presentó escrito de adición a la demanda en cuanto al señalamiento de las normas constitucionales que estima violadas por el artículo 122 de la Ley 599 de 2000 acusado.

3. El 20 de mayo de 2019, la accionante presentó escrito de recusación en contra del magistrado sustanciador.

4. El 21 de mayo de 2019, el magistrado Alejandro Linares Cantillo remitió a la Sala Plena el escrito de recusación presentado en su contra. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto 2067 de 1991, dicha solicitud fue asignada para su sustanciación al magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo, siguiente en orden alfabético al recusado.

5. Mediante Auto 333 del 19 de junio de 2019, la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió “RECHAZAR por falta de pertinencia las recusaciones presentadas contra el Magistrado Alejandro Linares Cantillo”. El auto fue notificado por medio del estado número 106 del 3 de julio de 2019.

6. Mediante Auto del 22 de julio de 2019, el magistrado sustanciador (i) admitió la demanda contra el artículo 122 del Código Penal por la vulneración de los artículos 1, 2 -inciso 2-, 4, 5, 11, 12, 13, 14, 42, 43, 44, 45, 47, 49 -incisos 2 y 6-, 67, 76, 86, 93, 94 -incisos 1 y 2-, 95 -numerales 1, 2, 4 y 7- de la Constitución de 1991; así como del artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, los artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre los

Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de “Belém do Pará”–, y la Convención sobre los Derechos del Niño. (ii) Corrió traslado al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. (iii) Ordenó comunicar la iniciación del proceso al presidente de la República, al presidente del Congreso, al Ministerio de Salud y Protección Social (en adelante, MinSalud o Ministerio de Salud), al Ministerio de Educación Nacional, al director del Departamento Nacional de Planeación, al Defensor del Pueblo y al Superintendente Nacional de Salud. (iv) Invitó a participar en el proceso a varias entidades, asociaciones y universidades del país. Y, (v) fijó en lista el proceso de la referencia para efectos de la intervención ciudadana. El auto fue notificado por medio del estado número 121 del 24 de julio de 2019.

7. La demandante, después de admitida la demanda, remitió testimonios, escritos ciudadanos de apoyo, investigaciones científicas, informes de salud pública, publicaciones académicas, entre otros documentos.

8. Mediante Autos del 17 y 20 de enero de 2020, en atención a las facultades previstas en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, el magistrado sustanciador solicitó conceptos técnicos para un mejor proveer sobre el asunto objeto de conocimiento. En particular, requirió a expertos para que emitieran su concepto especializado en asuntos de política criminal, salud pública y derechos humanos, disponiendo como fecha límite para el efecto el 31 de enero del mismo año. En cumplimiento de dichos autos, varias entidades y expertos allegaron sus respectivos conceptos, los cuales fueron puestos en conocimiento público mediante su incorporación al expediente y su publicación en la página web de la Corte (como parte del expediente digital). Adicionalmente, corrió traslado en cumplimiento de lo dispuesto en el Auto 012 de 2020 (ver infra, numeral 9).

9. Teniendo en cuenta que la demandante solicitó la realización de una audiencia pública, mediante comunicaciones fechadas el 16 y el 29 de octubre, y el 7 de noviembre de 2019, el magistrado sustanciador las puso en conocimiento de la Sala Plena en la sesión del 22 de enero de 2020. En esa oportunidad la Sala Plena, mediante Auto 012 de 2020, decidió no convocarla. Adicionalmente, ordenó correr traslado de los conceptos técnicos allegados a la

demandante, al Procurador General de la Nación y a los intervinientes y, así mismo, suspender los términos. El auto fue notificado por medio del estado número 011 del 27 de enero de 2020.

10. Mediante escrito del 27 de enero de 2020, la demandante presentó nueva recusación en contra del magistrado Alejandro Linares Cantillo, adicionando en esa oportunidad una solicitud de nulidad del proyecto de sentencia registrado. El primer asunto fue puesto en conocimiento de la Sala Plena por parte del magistrado sustanciador. La petición de recusación y nulidad fue ampliada por la demandante por medio del escrito del 4 de febrero de 2020. Mediante el Auto 036 del 5 de febrero de 2020, la Sala Plena resolvió “RECHAZAR por falta de pertinencia la recusación presentada contra el Magistrado Alejandro Linares Cantillo”. Dicho auto fue notificado por medio del estado número 022 del 14 de febrero de 2020.

11. A continuación, mediante Auto 037 del 5 de febrero de 2020, la Sala Plena rechazó por improcedentes (i) la solicitud de medida provisional o cautelar formulada por la demandante, y (ii) la solicitud de nulidad del escrito de ponencia. Asimismo, advirtió que contra la decisión no procedía recurso alguno. El auto fue notificado por medio del estado número 025 del 20 de febrero de 2020.

12. Mediante escrito del 12 de febrero de 2020, la demandante insistió en la solicitud de nulidad del proceso y presentó recusación contra los magistrados Alejandro Linares Cantillo y Antonio José Lizarazo Ocampo. La Sala Plena mediante Auto 061 del 19 de febrero de 2020, con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, resolvió, en primer lugar, rechazar “por falta de pertinencia la recusación presentada por la ciudadana Natalia Bernal Cano en contra de los Magistrados Alejandro Linares Cantillo y Antonio José Lizarazo” y, en segundo lugar, remitir la solicitud de nulidad presentada al despacho del magistrado sustanciador para lo de su competencia.

13. El 20 de febrero de 2020, la señora Dolores Margarita Gnecco de Forero, en calidad de interviniente en el proceso, presentó recusación de los magistrados Alejandro Linares Cantillo, Diana Fajardo Rivera, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos. Mediante el Auto 075 del 27 de febrero de 2020, la Sala Plena resolvió “RECHAZAR por falta de pertinencia” las recusaciones

presentadas.

14. En la sesión del 2 de marzo de 2020, la Sala Plena decidió no aprobar el proyecto de fallo presentado por el magistrado Alejandro Linares Cantillo, cuya sustanciación fue asignada al magistrado que le sigue en orden alfabético.

II. TEXTO DE LA NORMA OBJETO DE REVISIÓN

15. A continuación, se transcribe la norma demandada tal como se encuentra vigente luego del aumento de penas dispuesto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004:

“LEY 599 DE 2000

(Diario Oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000)

Por la cual se expide el Código Penal

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

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

16. La Sala destaca que el artículo demandado fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, “en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto”. Dicha providencia fue confirmada en la Sentencia C-822 de 2006, en la que la Corte decidió “ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-355 de 2006”.

III. LA DEMANDA

17. La demandante solicitó la declaratoria de inexequibilidad del artículo 122 del Código Penal “tal como fue interpretado en la Sentencia C-355 de 2006”, por cuanto, a su juicio, dicha norma vulnera los artículos 1, 2 -inciso 2-, 4, 5, 11, 12, 13, 14, 42, 43, 44, 45, 47, 49 -incisos 2 y 6-, 67, 76, 86, 93, 94 -incisos 1 y 2-, 95 -numerales 1, 2, 4 y 7- de la Constitución de 1991; así como el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, los artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de “Belém do Pará”-, y la Convención sobre los Derechos del Niño. Lo anterior, con fundamento en los argumentos que pasan a exponerse, los que, para efectos de esta sentencia, fueron agrupados por unidad temática o razones de la violación del texto constitucional (art. 2.3 del Decreto 2067 de 1991).

Primer eje: razones respecto de la vulneración de los derechos del nasciturus entendido como persona desde el momento de la concepción

18. La demandante señaló que la norma acusada debe reevaluarse, pese al previo pronunciamiento realizado por este Tribunal en la Sentencia C-355 de 2006, que, según entiende, configuró una cosa juzgada aparente. Ello, debido a que en esa oportunidad no se analizaron los riesgos, médicamente probados, en las dos vidas comprometidas, que se derivan de las prácticas abortivas legales que dan lugar a la interrupción voluntaria del embarazo, ni tampoco se estudiaron cada uno de los métodos abortivos ni la crueldad subyacente a cada uno de ellos. Manifestó que en dicha sentencia solo se hizo referencia a los “centros clandestinos”, desconociendo las implicaciones de la legalización del aborto en los tres casos excepcionados, sin tener en cuenta normas de carácter internacional, y vinculantes para Colombia, como la Convención de Belém do Pará, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

19. En opinión de la demandante la Sentencia C-355 de 2006 “pone en riesgo la vida, la dignidad, la salud, la integridad física y psicológica tanto de la madre gestante como de su hijo o hija por nacer”. En su criterio, la vida humana existe desde la concepción y, bajo esa

óptica, debe entenderse que los “niños y niñas en proceso de gestación” son personas, porque las pruebas científicas actuales demuestran, entre otras, su sensibilidad al dolor y sus rasgos y extremidades desarrollados desde la semana cuarta de gestación. En este orden, considera que “todos los procedimientos abortivos legales o no legales son actos de extrema crueldad y barbarie [...] practicados contra niños y niñas por nacer que no pueden defenderse por sí mismos”. En su criterio, los nasciturus deberían ser considerados como personas en la medida en que “son iguales y tienen las mismas características de las personas después del nacimiento”.

20. Sostuvo que “es necesario un nuevo pronunciamiento constitucional que valore el dolor de los niños y niñas agredidos con procedimientos abortivos y el dolor de las mujeres que optan por abortar, [en la medida en que] los métodos abortivos producen padecimientos y serias secuelas que deben evitarse a tiempo”. Bajo esta línea, y tras incorporar un registro fotográfico en que da cuenta de “cuatro casos” de nasciturus en edades gestacionales comprendidas entre las 11 y 21 semanas, afirmó que se está ante “niños por nacer con rasgos humanos perfectamente identificables, con todas sus partes externas, con la totalidad de sus órganos internos y sensoriales desde las 11 semanas hasta las 21 semanas de gestación”. Siendo así, “[l]os niños y niñas por nacer sienten el dolor humano con las técnicas abortivas que se aplican en Colombia y en otros países, como la aspiración manual o eléctrica endouterina para los embarazos hasta de 15 semanas de gestación, para casos de aborto incompleto en embarazos menores a 15 semanas de gestación, aborto retenido en embarazos menores a 15 semanas de gestación”.

21. Asimismo, señaló que no existe un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo (en adelante IVE), pues la libertad de la mujer en ningún caso es más importante que el derecho a la vida de su “hijo”, especialmente porque la libertad de la “madre” termina cuando empieza el derecho a la vida del feto, es decir, desde el inicio de la gestación. Igualmente, indicó que la ausencia de límites gestacionales máximos para acceder al aborto dentro de las causales de la mencionada sentencia, constituye crueldad y autoriza una forma de tortura.

22. Señaló la demandante que, con apoyo en el material audiovisual aportado con la demanda, puede comprobarse que “hay un bebé, un niño o una niña sujetos de especial protección constitucional”. Por ello, el Estado no puede dejar desprotegidos a los niños en

gestación que fueron concebidos en las condiciones específicas para despenalizar el aborto. Agregó que, la falta de reconocimiento de la personalidad jurídica al niño o niña en gestación, les impide gozar de todos los derechos que corresponden a las personas después del nacimiento.

23. Tras resumir lo dispuesto en el artículo 94 superior, explicó que la manifestación explícita en la protección de derechos de la Constitución o de los convenios internacionales, no debe excluir la protección de derechos no escritos. En este orden, señaló que el reconocimiento de la personalidad jurídica a los seres humanos en gestación “está amparado por tratados internacionales y respeta la Constitución”.

Segundo eje: razones respecto de la violación de los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad y a la integridad de la “madre embarazada” y del “menor en etapa de gestación”, con especial énfasis en los artículos 1, 2, 11, 12, 43, 44, 49, 67 y 95 de la Constitución; además del artículo 93 superior que incorpora los tratados internacionales mencionados en el numeral 17

24. La demandante afirmó que la norma demandada vulnera los artículos y normas internacionales señalados, pues considera que el aborto inducido atenta contra la salud física y el equilibrio emocional de la mujer embarazada, así como atenta contra la vida, la dignidad y la integridad física y psicológica de los “niños y niñas por nacer”. De este modo, más allá del sufrimiento al que se somete al “menor no nacido”, según entiende, los procedimientos que interrumpen la gestación son nocivos para la salud física y mental de las mujeres que se exponen a su práctica, pues ello genera riesgos a la salud y sentimientos de culpa y duelo. Manifestó que “el aborto inducido es un trauma severo que genera depresiones y las depresiones cuando son muy fuertes, o cuando son vividas en la soledad y en el silencio, por lo general exponen a las personas al suicidio”. Sobre el particular, la demandante hizo alusión a los resultados obtenidos en “tres investigaciones científicas internacionales” desarrolladas por ella misma, en las que se recibieron testimonios de médicos y psicólogos, que no fueron valorados en la Sentencia C-355 de 2006.

25. También, sostuvo que existen estudios científicos actuales que no fueron valorados en la Sentencia C-355 de 2006 y demuestran que el aborto produce daños en la salud física de la mujer. Afirmó que en su publicación “El derecho a la información sobre los riesgos y efectos

de la interrupción voluntaria de la gestación”, citó estudios científicos que dan cuenta de la incompetencia cervical o anomalía que produce el aumento de partos prematuros y la pérdida de embarazos futuros como consecuencia del aborto inducido. Así mismo, hizo alusión a (i) citas contenidas en el mismo texto, relacionadas con enfermedades y mortalidad en mujeres que se han practicado un aborto inducido; (ii) las cifras que le fueron enviadas por el Ministerio de Salud, según las que han muerto casi 300 mujeres en hospitales colombianos por la práctica de abortos legales inducidos en un período de 12 años, lo que, según afirmó, “demuestra un alto índice de mujeres que sufrió complicaciones serias como hemorragias severas, embolias e infecciones”; (iii) las cifras que le fueron enviadas por el Ministerio de Salud, según las que entre 2009 y 2017, se practicaron 44.984 abortos legales, de los cuales se presentaron complicaciones en algunos casos; (iv) las cifras que le fueron enviadas por el Ministerio de Salud, según las que “la incompetencia cervical de mujeres y los niños recién nacidos afectados por este riesgo en Colombia, durante el período 2006 a 2018 fueron 745”; (v) las cifras que le fueron enviadas por MinSalud relativas a los sobrevivientes de métodos abortivos que nacieron con parálisis cerebral entre 2006 y 2018, respecto de las que el Ministerio le aclaró que ninguno de los casos reportados puede relacionarse con el antecedente de un procedimiento de IVE; y (vi) la información que le fue enviada por MinSalud, en que da cuenta de los métodos abortivos usados en Colombia.

26. La demandante anexó un archivo con las estadísticas del Ministerio de Salud antes mencionadas, y que además relacionan datos sobre (i) el número de personas atendidas en los servicios de salud con realización de procedimientos IVE entre 2009 a 2017, para un total de 316.241; (ii) el número de personas atendidas en los servicios de salud con diagnóstico de “extracción menstrual” entre 2009 a 2017, para un total de 20.263; (iii) el número de defunciones según códigos correspondientes a embarazos terminados en aborto entre 2005 a 2015, para un total de 401 entre abortos espontáneos, otros y no especificados; (iv) el número de personas atendidas en los servicios de salud con realización de procedimientos para IVE por diagnóstico de aborto médico entre 2009 y 2017, sin señalar cifras totales; y (v) el número de personas atendidas en los servicios de salud con realización de procedimientos para IVE por diagnóstico de complicaciones del embarazo terminadas en aborto entre 2009 a 2017, sin señalar cifras totales.

27. Con fundamento en lo anterior, planteó que se desconoce el artículo 43 de la Constitución cuando “[e]n la realidad del aborto, el Estado deja solas a las mujeres, no las

protege de riesgos graves en su salud ni las protege de la muerte cuando se complican los procedimientos de interrupción del embarazo en hospitales legales y centros de salud”. Para la demandante, esos efectos deben ser un asunto de política pública, pues la actual “permisión del aborto sea parcial o total en los servicios legales de salud, incide sin duda alguna, en el aumento de abortos y violaciones, es decir, en el aumento de la criminalidad sobre mujeres y niñas”. Añadió que estas preocupaciones no son ajenas a la jurisprudencia constitucional, pues en la Sentencia T-731 de 2016 se concedió la protección a la salud psicológica de una menor afectada por el trauma de un aborto. Adicionalmente, expuso que “[l]as mujeres que deciden interrumpir su embarazo no deseado bajo las causales previstas [...] en la sentencia C-355 de 2006, son por lo general, mujeres en circunstancias de vulnerabilidad manifiesta que no merecen ser estigmatizadas, condenadas o rechazadas. Deben sentir la ayuda cercana del Estado social de derecho para lograr el mejor cuidado y la mejor protección de ellas mismas”.

28. El aborto, en su opinión, es una práctica autodestructiva que está perjudicando la salud de muchas mujeres, vulnerando sus derechos a la dignidad humana y a la integridad psicológica y física, además de los derechos de seres inocentes que no pueden defenderse por sí mismos. Por lo que considera que, en una eventual declaración de inconstitucionalidad de la norma demandada, serían procedentes las órdenes de reparación retroactiva a mujeres perjudicadas en su salud y a sobrevivientes víctimas de procedimientos abortivos. Señaló que la manera de mitigar los daños a la salud de las mujeres es con la “prohibición legal de todo tipo de aborto inducido en cualquier etapa de la gestación”.

29. En ese orden de ideas, propuso una nueva lectura de las tres causales de despenalización, según la que (i) se debe brindar acompañamiento psicológico a las mujeres cuya gestación se debe a un abuso sexual, en lugar de permitir que sufra otro trauma a causa de su interrupción; (ii) en aquellos casos en que se vea comprometida la vida de la madre o de su hijo por nacer, corresponderá al médico brindar los cuidados necesarios “en igualdad de condiciones”; y (iii) como durante la gestación no hay certeza absoluta sobre qué tipo de discapacidades pueden presentarse, cualquier anomalía del nasciturus no podrá interpretarse como causal que justifique el aborto.

30. Adicionalmente, para la demandante el derecho a la información médica en materia de aborto inducido es un derecho fundamental de la paciente embarazada que debe

reconocerse de manera explícita en la jurisprudencia constitucional y en la ley. Agregó que es un deber-obligación de los médicos informar todos y cada uno de los riesgos de esta práctica a corto, mediano y largo plazo. Así, en materia de aborto inducido, el médico debe explicar que el feto que “está por nacer siente dolor”, debe aconsejar a la paciente “que no aborte”, buscando prevenir la conducta, y señalar caminos alternos como la adopción. Indicó que, en ciertos países, “con mayor regulación”, exigen consentimiento informado en códigos de salud o de ética médica y que la norma colombiana es insuficiente.

31. En ese orden, citó los protocolos de atención proferidos por el Ministerio de Salud, cuestionando que la orientación previa al procedimiento no es obligatoria, ni contiene información completa y actualizada referente al Síndrome Post-Aborto y sus complicaciones, como la depresión severa, los ataques de pánico, las pesadillas, el abuso de sustancias tóxicas, los riesgos de suicidio, el insomnio, entre otras. Aseguró que se compromete la responsabilidad del Estado por los daños producidos en las mujeres gestantes que no fueron advertidas de los riesgos, “y también es responsable de los daños cometidos en sobrevivientes de métodos abortivos conforme al artículo 90 de la Constitución”. Así mismo, señaló que es necesario prevenir con campañas de información y charlas pedagógicas los embarazos no deseados. Expuso que “se debe informar a la juventud y a la población en general qué se esconde en la realidad del aborto, cuáles son los riesgos que afectan la salud y la vida de las mujeres”. Explicó que “hoy se habla de educación reproductiva, pero no se habla casi de educación en valores, atención integral del adolescente para prevenir los embarazos no deseados [ni del] aborto inducido”, por lo que se hace necesaria una educación sexual integral que “enseñe a las personas a ser más responsables con su propio cuerpo y sus propias emociones”.

32. Bajo la línea de una educación preventiva, sostuvo que la norma acusada vulnera el artículo 67 de la Constitución, en tanto no promueve una educación preventiva del embarazo no deseado ni garantiza la prevención de los riesgos que conlleva el procedimiento de la interrupción del embarazo. En opinión de la demandante, la IVE podría prevenirse con “una pedagogía en valores humanos”, y a través de “conferencias comunitarias” en que se informe a las mujeres acerca de todos los riesgos y de los métodos abortivos. De esta manera, aseguró que, una vez informadas sobre los daños ocasionados por la práctica de la IVE, las mujeres no acudirán a los hospitales para solicitar ese tipo de prácticas, pues “muchas mujeres se someten a estos procedimientos crueles sin conocer los riesgos”.

33. Finalmente, expuso, citando la Sentencia T-826 de 2011, que la falta de información médica completa vulnera los derechos a la autonomía, a la dignidad, a la integridad personal y a la libertad sexual. Manifestó que la medicina avanza y que cada vez aparecen mayores evidencias sobre los riesgos del aborto en la salud de las mujeres. Adicionalmente, explicó que los médicos son garantes de vida y que practicar abortos afecta su salud mental.

34. En síntesis sostuvo que ante los perversos efectos del aborto practicado a mujeres gestantes, se debe propender por su penalización absoluta. En opinión de la ciudadana, el aborto se refiere a una conducta prohibida bajo lo dispuesto en el artículo II.(d) de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, que proscribe las conductas tendientes a impedir el nacimiento de un grupo determinado de individuos, pues “destruye la especie humana y debe prohibirse por completo en los servicios legales de salud”.

Tercer eje: razones respecto de la relación entre la legalización del aborto y el aumento progresivo de delitos sexuales cometidos contra menores de edad, con especial énfasis en la vulneración de los artículos 2, 13, 14, 44 y 45 de la Constitución; además del artículo 93 superior que incorpora los tratados internacionales mencionados en el numeral 17

35. Para la demandante las tres causales de aborto despenalizadas generan “el aumento progresivo de delitos sexuales” con lo que se vulnera el artículo 44 de la Constitución. A partir de su propio análisis estadístico, “[e]ntre más libertad exista en el Estado para abortar los concebidos por violación, mayor es el número de víctimas en riesgo de violencia sexual”. Para sustentar lo anterior, transcribió dos tablas con estadísticas de la Fiscalía General de la Nación sobre el número de investigaciones penales iniciadas por dicha entidad por delitos de violencia sexual entre 2005 y 2009, así como entre 2010 y 2018. En su opinión, el incremento de dichas cifras prueba su hipótesis sobre la relación existente entre la legalización del aborto y un aumento progresivo de delitos sexuales cometidos contra menores de edad. En palabras de la demandante, dada la existencia de las causales para acceder al aborto “el violador será irresponsable [...] pues sabe que no tendrá hijos que le reclamen obligaciones de paternidad”, además sus actos quedarán “impunes” porque el Estado permite la realización de abortos en casos de violación. Concluyó que “si se restringen las libertades para abortar, si se reconoce a todos los seres en gestación la personalidad jurídica para que ellos puedan ser reconocidos ante el Estado como sujetos de

derechos y obligaciones, habrá menos niñas violadas”.

Cuarto eje: razones respecto de la existencia de las causales para acceder al aborto que generan una distinción injustificada entre hijos deseados y no deseados, y violan el derecho a la igualdad entre el ser indefenso y la mujer en estado de embarazo, con especial énfasis en la vulneración de los artículos 13, 42 y 47 de la Constitución; además del artículo 93 superior que incorpora, entre otros tratados internacionales, la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad

36. A juicio de la demandante, la Sentencia C-355 de 2006 y todas las posteriores proferidas en sede de tutela, violan el derecho a la igualdad, pues toda persona desde su concepción debe ser tratada con los mismos derechos. Pese a ello, señaló que desde el año 2006, “se han sacrificado los derechos de los niños o niñas en gestación” en los tres casos autorizados por el Estado. La calidad de persona, en su opinión, se adquiere desde la concepción y no desde el nacimiento. En este sentido, argumentó que la libertad de la mujer en ningún caso es más importante que el derecho a la vida de su hijo porque “la libertad de la madre termina cuando comienza el derecho a la vida de su hijo desde el inicio de la gestación”.

37. Señaló que las tres causales despenalizadas vulneran el artículo 42 de la Constitución al darle un trato diferenciado a los “hijos concebidos por violación, [...] graves malformaciones [y] los hijos concebidos por mujeres que tienen problemas de salud”. Agregó que, en casos graves de discapacidad o malformación genética, cualquier anomalía puede ser interpretada como una causal que justifica el aborto. Ello, conlleva a juicios de valor anticipados sobre la discapacidad y a eliminar seres humanos por dicha condición, transgrediendo, además, el artículo 47 superior, en la medida en que, en lugar de adelantarse una política estatal de protección de las personas que presentan algún tipo de discapacidad, se está permitiendo su muerte por aborto. Con fundamento en lo anterior, consideró la demandante que se debe proscribir la práctica del aborto en los hospitales, centros de salud, así como en cualquier situación.

38. Sostuvo que ninguna vida humana puede considerarse inviable porque cada persona tiene un espíritu, un carisma, unos dones o misión en la tierra, por ello, las personas con malformaciones genéticas no pueden ser discriminadas o eliminadas. Entiende que para prevenir estas malformaciones se deben fomentar campañas de información masiva sobre

los cuidados a tener durante el embarazo. Remarcó que cuando hay una discapacidad que amenaza gravemente la vida fuera del útero, hay que permitir que la persona nazca, luche por su vida y muera a pesar de los esfuerzos realizados, porque los niños antes de nacer y aquellos después del nacimiento son iguales en la medida en que tienen la condición de seres humanos, y, por ende, tienen derecho a gozar de la misma protección de los demás niños sin importar la condición de discapacidad que los afecte.

Quinto eje: razones relacionadas con la vulneración del artículo 86 de la Constitución al permitir el acceso a procedimientos abortivos por medio de la acción de tutela

39. Señaló la demandante que el artículo 86 superior prevé la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales en todo el territorio nacional. Sin embargo, actualmente se permite su utilización para acceder a prácticas crueles, inhumanas y degradantes. Por ello, a su juicio, se está dando a esta institución procesal una finalidad distinta a aquella para la que fue prevista, pues “el Estado permite que las mujeres se hagan daño a sí mismas y les haga daño a sus propios hijos”.

Sexto eje: razones relacionadas con el hecho de que la norma acusada trasgrede los numerales 1, 2, 4 y 7 del artículo 95 de la Constitución

40. Previa recordación de los deberes de la persona y del ciudadano establecidos en los numerales 1, 2, 4 y 7 del artículo 95 superior, planteó que no se defienden los derechos humanos con la permisión estatal de “las torturas de aborto”. Sostuvo que no es humano ponderar derechos, ni exponer a las mujeres embarazadas y a los sobrevivientes de los métodos abortivos a diversos daños en la salud física, y que “si el Estado no asume su responsabilidad para afrontar este riesgo y prevenirlo, será responsable por la discapacidad sufrida por la víctima conforme al artículo 90 de la Constitución”. Además, señaló que los funcionarios de la Rama Judicial no deben inhibirse ante reclamaciones legítimas que den cuenta de la existencia de seres indefensos, y que las mujeres mismas “deben respetar los derechos de sus hijos por nacer”.

Razones adicionales

41. Además de los argumentos anteriormente mencionados, la demandante planteó que la norma acusada también vulnera los artículos 4 y 15 de la Constitución. El primero, que

desarrolla el principio de jerarquía normativa de la Constitución, en la medida en que “la Convención Internacional para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio es muy clara al prohibir impedir el nacimiento de determinados miembros de un grupo social, también es muy clara la Convención que prohíbe Tratos Crueles, inhumanos y degradantes, así mismo, es muy clara la Convención que excluye todo tipo de violencia contra la mujer y la Convención que protege los derechos de las personas con discapacidad”. Frente a la segunda disposición constitucional no ofreció ninguna explicación.

42. En suma, las normas presuntamente vulneradas por la disposición demandada, así como las razones de la demandante en las que se sustenta el reproche constitucional, se resumen así:

Norma presuntamente vulnerada

Razones de la vulneración señaladas por la demandante

Primer eje: vulneración de los derechos del nasciturus entendido como persona humana desde el momento de la concepción.

Artículos 1, 2 -inciso 2-, 4, 5, 11, 12, 13, 14, 42, 43, 44, 47, 49 -inciso 2 y 6-, 67, 76, 86, 93, 94 -incisos 1 y 2-, 95 -numerales 1, 2, 4 y 7- de la Constitución de 1991; artículo 16 de la CEDAW; artículos 11 y 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos; la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

La lectura de la norma acusada dada en la Sentencia C-355 de 2006 debe ser reevaluada a la luz de las pruebas científicas actuales, que demuestran que los “niños y niñas en proceso de gestación” deben ser considerados personas, razón por la que las prácticas abortivas vulneran sus derechos a la vida, a la salud y a la integridad personal.

Segundo eje: violación de los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad y a la integridad de la “madre embarazada” y del “menor en etapa de gestación”, con especial énfasis en los artículos 1, 2, 11, 12, 43, 44, 49, 67 y 95 de la Constitución; además del artículo 93 superior

que incorpora los tratados internacionales mencionados en el numeral 17.

La norma demandada atenta contra la salud física y el equilibrio emocional de la mujer embarazada y, por consiguiente, contra la vida, la salud, la dignidad y a la integridad física y psicológica de “los niños y niñas por nacer”. El aborto genera efectos nocivos en la salud física y mental de la mujer, y el Estado desconoce su obligación de protección al “dejarla sola y no protegerla de la muerte cuando se complican los procedimientos de IVE”. El derecho a la información médica de las mujeres es fundamental en materia de aborto inducido. La falta de información médica completa vulnera los derechos a la autonomía, dignidad, integridad personal y libertad sexual de la mujer embarazada. Al respecto, la normativa colombiana resulta insuficiente en la medida en que la orientación previa al procedimiento no es obligatoria ni suficiente. Se deben implementar campañas de información, que den cuenta del riesgo del aborto para la salud y vida de las mujeres.

Tercer eje: relación entre la legalización del aborto y el aumento progresivo de delitos sexuales cometidos contra menores de edad, con especial énfasis en la vulneración de los artículos 2, 13, 14, 44 y 45 de la Constitución; además del artículo 93 superior que incorpora los tratados internacionales mencionados en el numeral 17.

A partir de las estadísticas acerca de investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación sobre las agresiones sexuales registradas en Colombia, con posterioridad a la despenalización del aborto en el año 2006, puede concluirse que “[e]ntre más libertad haya en el Estado para abortar a los concebidos por violación, mayor es el número de víctimas en riesgo de violencia sexual”. El violador será irresponsable en tanto no haya hijos que le reclamen las obligaciones de la paternidad. El reconocimiento de la personalidad jurídica del que está por nacer y, con ello, su tratamiento como sujeto de derechos, implica una restricción de la libertad para abortar, en esa medida, “habrá menos niñas violadas”.

Cuarto eje: la existencia de las causales para acceder al aborto genera una distinción injustificada entre hijos deseados y no deseados, y violan el derecho a la igualdad entre el ser indefenso y la mujer en estado de embarazo, con especial énfasis en la vulneración de los artículos 13, 42 y 47 de la Constitución; además del artículo 93 superior que incorpora, entre otros tratados internacionales, la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La Sentencia C-355 de 2006 y toda la jurisprudencia posterior, violan el derecho a la igualdad en tanto toda persona desde la concepción debe ser tratada con los mismos derechos. Debido a ello, no debe haber distinción entre los “hijos concebidos por violación, [los que presentan] graves malformaciones [y] los hijos concebidos por mujeres que tienen problemas de salud”. En esa medida, el aborto en las tres causales da prelación al derecho a la libertad de la mujer sobre la vida de su hijo. En casos graves de discapacidad o malformación genética, cualquier anomalía puede ser vista como causal que justifica el aborto, lo que conlleva a la eliminación de seres humanos por su condición de discapacidad. Impedir el nacimiento de un grupo determinado de personas mediante las prácticas de aborto constituye una conducta proscrita por la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

Quinto eje: vulneración del artículo 86 de la Constitución.

Se está permitiendo el uso de un mecanismo de protección de derechos fundamentales como lo es la acción de tutela, para acceder a prácticas crueles, inhumanas y degradantes. Al permitir que las mujeres se hagan daño a sí mismas y a sus propios hijos, se está dando al recurso constitucional una finalidad diferente a la prevista.

Sexto eje: vulneración de los numerales 1, 2, 4 y 7 del artículo 95 de la Constitución.

La permisión estatal de las torturas de aborto es contraria a los derechos humanos. Los funcionarios judiciales no deben inhibirse ante reclamaciones legítimas que den cuenta de la existencia de seres indefensos. “Las mujeres mismas deben respetar los derechos de sus hijos por nacer”.

Normas respecto de las que ofrece insuficiente explicación o se limita a reproducir el contenido de la Constitución Política.

Artículo 4 y 15 de la Constitución Política.

IV. INTERVENCIONES Y ESCRITOS CIUDADANOS

44. Asimismo, dentro del término de fijación en lista se presentaron una serie de escritos ciudadanos que acompañan las pretensiones de la demanda. En dichas solicitudes se destaca que, a partir de un documento de una corta extensión y proforma, los ciudadanos relatan sus

experiencias personales con el aborto, solidarizándose con la demanda, más no incluyen argumentos dirigidos a debatir la constitucionalidad de la norma acusada.

45. Adicionalmente, la demandante presentó un nuevo escrito en el que remitió literatura científica para el estudio del caso, la respuesta dada por el Ministerio de Salud a diferentes peticiones por ella elevadas, así como un escrito que tuvo por objeto “hacer énfasis” en que una inhibición de la Corte Constitucional en el presente caso tendría como consecuencia “un gran aumento del número de víctimas perjudicadas en su vida y en su salud por aborto legal”.

46. Por su parte, en cumplimiento de los Autos del 17 y 20 de enero de 2020, mediante los que el magistrado Alejandro Linares Cantillo solicitó conceptos técnicos a diferentes expertos, para efectos de contar con mayores elementos de juicio que permitieran un acercamiento más profundo al asunto objeto de conocimiento, se recibieron un total de 24 escritos y ocho adicionales que no fueron solicitados. Además, durante el período de traslado de dichos conceptos, se recibieron tres escritos de pronunciamiento en relación con los mismos. Los diferentes conceptos y escritos pueden ser consultados en el expediente digital.

Solicitudes de declarar la exequibilidad de la norma demandada

47. La Superintendencia Nacional de Salud señaló que se debían desestimar las pretensiones de la demanda y, con ello, declarar la exequibilidad de la disposición acusada. Para la entidad “el dictum de la sentencia C-355 de 2006” permite al legislador, en ejercicio de la potestad de configuración legislativa, determinar otros casos en los que no se incurre en el delito de aborto. En este orden, en atención a la sentencia mencionada le correspondía a la demandante acreditar las razones que soportan el cambio de precedente, sin embargo, optó por “una estrategia de revisión del alcance con base en una cosa juzgada implícita”.

48. El Grupo Médico por el Derecho a Decidir solicitó que se declare exequible la disposición demandada. Primero, señaló que la demanda no se soporta en argumentos constitucionales sino en apreciaciones subjetivas y erradas, pues pretende una sentencia que reivindique sus creencias individuales sobre “el derecho fundamental a la IVE reconocido para las mujeres, niñas y adolescentes en Colombia”. Sostuvo: (i) es falso que la prestación del servicio de aborto obstruye la prestación de otros servicios de salud, pues este debe ir de la mano con políticas de cuidado del embarazo deseado y ayuda a prevenir la mortalidad materna

evitable. Además, las prácticas abortivas no atentan contra los valores específicos de los médicos objetores de conciencia y en esa medida, las creencias religiosas del médico son una causal legítima para abstenerse de practicar un aborto, por lo que el aborto no viola el juramento hipocrático. (ii) La autonomía reproductiva hace parte del derecho a la autodeterminación, y la maternidad forzada, en cambio, es una forma de violencia contra la mujer frente a la que existe evidencia que “demuestra los daños psicológicos de la continuación forzada del embarazo”. (iii) No existe dolor o sufrimiento fetal pues, el dolor “requiere el desarrollo de la conciencia, la cual solo está presente en quien nace e interactúa con el medio exterior”. (iv) Es falso “que haya vida de nacidos a las 21 semanas de gestación”, el tiempo mínimo con la mayor técnica a la disposición de los médicos de Colombia es 24 semanas. En este orden, condena el hecho de que se difunda información falsa para justificar la imposición de ciertas creencias en relación con los derechos reproductivos y precisa que una visión prohibicionista no tiene el efecto de disminuir la práctica del aborto.

49. La Universidad Libre de Colombia argumentó que se debía declarar exequible la disposición acusada por dos razones. Primero, por la existencia de cosa juzgada (citando la Sentencia SU-096 de 2018) y, segundo, debido al derecho a la autodeterminación sexual de las mujeres. Adicionalmente, explicó las prohibiciones del aborto en Uruguay, Ecuador y Perú, y mencionó que en países como Guyana y Cuba existen normas menos restrictivas en esta materia.

Solicitudes de declarar la inexequibilidad de la norma demandada

50. La Asociación Colombiana de Juristas Católicos pidió declarar inexequible la disposición acusada pues, a partir de las condiciones establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, las autoridades vienen omitiendo el consentimiento previo, libre e informado, especialmente porque no se materializa el derecho a la información médica completa en los casos de aborto no penalizados. Con ello, quienes se someten a prácticas abortivas no conocen los riesgos, las posibles afectaciones físicas o psicológicas que pueden padecer y tampoco las diversas alternativas (como la adopción). Para la asociación, “la Corte deberá determinar si la despenalización del aborto desarrollada por su jurisprudencia ha estimulado indirectamente la aparición de afecciones mentales en las mujeres que se someten a procedimientos abortivos”.

51. La Fundación Camino solicitó declarar inexecutable la disposición acusada pues es un fin esencial del Estado promover la vida y la dignidad de todos los seres. Indicó que de 3.000 mujeres que han accedido al Programa de ayuda humanitaria liderado por la fundación, 2.850 “han respetado la vida de sus hijos y nunca han lamentado haber tomado esa decisión”.

52. La Fundación Colombiana de Ética Bioética (FUCEB) apoyó la inexecutable del artículo 122 del Código Penal, porque “la madre tiene derecho solo sobre el cuerpo de la madre, y solo el hijo tiene derecho al cuerpo del hijo”. Señaló que no es razonable condicionar el reconocimiento de un ser humano a su tiempo de vida en semanas y, por ello, no puede haber “gradualidad en la consistencia de humanidad de un ser perteneciente a esta especie” y que, en ese orden, los “embriones y fetos son menores de edad porque son seres humanos menores de 18 años”. Finalmente, señaló que la Sentencia C-355 de 2006 “atenta contra los derechos humanos, la salud y vida en Colombia”.

Solicitudes de declarar estarse a lo resuelto en la Sentencia C-355 de 2006

53. El Departamento Nacional de Planeación –DNP– sostuvo que la Corte debía estarse a lo resuelto en la Sentencia C-355 de 2006 por dos razones. Primera, la ineptitud sustancial de la demanda ya que parte de acusaciones subjetivas que no presentan violaciones directas a la Constitución y, en esa medida, se trata de argumentos que carecen de precisión y claridad. Segunda, la existencia de cosa juzgada constitucional con respecto a la norma demandada, pues la Sentencia C-355 de 2006 despenalizó parcialmente el aborto y los supuestos argumentos científicos presentados, sobre los riesgos a la salud mental, física y psicológica, no justifican la pretensión de revivir la penalización del aborto en todas las circunstancias.

54. PROFAMILIA solicitó “rechazar las pretensiones de la demanda y seguir la línea jurisprudencial que [se] ha reiterado durante los últimos 13 años”, lo que quiere decir, que la Corte debe estarse a lo ya resuelto. Para argumentar la posición anterior, de un lado, recordó la jurisprudencia reiterada sobre el aborto, como derecho fundamental de la mujer gestante, y su materialización en directivas de política pública como la Circular 003 de 2013 de la Superintendencia Nacional de Salud, la Directiva 006 de 2016 de la Fiscalía General de la Nación y la Resolución 3280 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección Social. De otro lado, señaló que la fundamentación de la demanda, más allá de carecer de soporte científico,

desconoce estudios recientes que demuestran que no existe una relación entre el aborto y la afectación psicológica de la salud mental de las mujeres.

Solicitudes de adoptar decisión inhibitoria

55. El Ministerio de Salud y Protección Social expuso que la Corporación debía proferir un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda. Indicó que los cargos se basan en evidencia, supuestamente científica, pero esta carece de calidad, rigor y resultados, por lo cual no es pertinente catalogar la literatura citada como “estudios científicos”. Señaló que los argumentos se construyen a partir de apreciaciones subjetivas y testimonios que no pueden desconocer el desarrollo jurisprudencial en materia de derechos sexuales y reproductivos, dentro de los que se incluye la IVE. Además, que no es posible ignorar la existencia de cosa juzgada constitucional a partir de la Sentencia C-355 de 2006. Finalmente, explicó que el “nasciturus [...] carece del carácter de persona” y que las normas aplicables no reconocen un “derecho a la vida en gestación o a los fetos, [sino] exclusivamente a las personas”. De manera general, concluyó que la demanda carece de argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes y que se soporta, más bien, en apreciaciones subjetivas y razones que no contienen evidencia de ninguna naturaleza.

56. El Ministerio de Justicia y del Derecho sostuvo que debía optarse por una decisión inhibitoria por ineptitud sustantiva de la demanda. Primero, señaló que el artículo 122 del Código Penal es exequible, pues en la ponderación entre el deber de protección de la vida en gestación y los derechos fundamentales de la mujer gestante, se ha concluido que la prohibición absoluta del aborto es inconstitucional (Sentencia C-355 de 2006) y, por ende, la IVE es “un derecho íntimamente ligado al derecho a la vida, a la salud, a la integridad, a la autodeterminación, a la intimidad y a la dignidad humana de las mujeres”. Segundo, argumentó que la demanda no pretende debatir la constitucionalidad del artículo acusado sino desvirtuar la decisión de despenalización parcial adoptada por este Tribunal en la Sentencia C-355 de 2006, acudiendo a “ejemplos, hechos y sucesos particulares”. Finalmente, planteó que las Sentencias C-591 de 1995 y C-327 de 2017, en desarrollo de la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han establecido que “está fuera de las posibilidades dictar una norma que determine que la existencia legal de toda persona principia en el momento de su concepción”, pues la protección a la vida no es absoluta y admite ser ponderada cuando se enfrenta a otras garantías como los derechos

reproductivos, en su comprensión desde la capacidad de autodeterminación y la dignidad humana.

57. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- solicitó fallo inhibitorio a partir de los siguientes argumentos. Primero, la Corte Constitucional no tiene competencia para pronunciarse sobre demandas que versen sobre interpretaciones del mismo tribunal, pues por disposición del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991, “carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad instauradas contra sentencias proferidas por esta misma Corporación”. Segundo, existe cosa juzgada constitucional a partir de la Sentencia C-355 de 2006. Y, tercero, los argumentos alegados carecen de certeza, pues no hacen una confrontación entre la norma acusada y la Constitución, sino que se concentra en confrontar el condicionamiento adoptado en la antedicha sentencia; y de pertinencia, pues resaltan los puntos de vista de la actora a partir de apreciaciones subjetivas y no jurídicas.

58. La Fundación Probono se inclinó por el fallo inhibitorio argumentando, por un lado, la existencia de cosa juzgada constitucional (Sentencia C-355 de 2006) y, por el otro, la falta de cumplimiento de requisitos de la demanda, en la medida en que los cargos presentados carecen de pertinencia y certeza, puesto que no desarrollan nuevos argumentos acerca de la constitucionalidad de los tres casos en los que el aborto se encuentra despenalizado, sino que exponen “una inconformidad personal de la demandante frente a las decisiones [...] de la [C]orte”.

59. La Alianza Cinco Claves para el Tratamiento Diferencial de la Violencia Sexual contra las Mujeres solicitó un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda y, subsidiariamente, estarse a lo resuelto en la Sentencia C-355 de 2006. Frente a lo primero, indicó que los argumentos carecen de certeza pues la accionante “se dirigió a atacar en realidad la sentencia C-355 de 2006 y no el artículo 122 de la Ley 599 de 2000”, y la alegada falta de información médica no tiene relación alguna con la disposición acusada. Adicionalmente, expuso que los planteamientos no son específicos pues no logran probar la vulneración de normas constitucionales en tanto parten de fuentes sesgadas y de valoraciones subjetivas. Frente a lo segundo, explicó que existe cosa juzgada formal, “[t]oda vez que se está demandando nuevamente el artículo 122 de la Ley 599 de 2000 sin haber demostrado razones consecuentes y claras que le permiten afirmar, como lo hizo (la demandante), la supuesta cosa juzgada aparente”. Resaltó que las normas restrictivas del

aborto constituyen barreras que se traducen en desigualdad y exclusión, pues dan lugar a la proliferación de los procedimientos clandestinos e inseguros y a la maternidad forzada.

60. El Centro de Derechos Reproductivos –Center for Reproductive Rights– pidió a la Corte Constitucional la inhibición por ineptitud sustantiva de la demanda y, subsidiariamente, denegar las peticiones realizadas. Indicó que la demanda carece de certeza, pues no contiene cargos contra la norma demandada, sino que entra a debatir algunas reglas jurisprudenciales derivadas del derecho fundamental a la IVE (en particular, tratándose de los tres casos despenalizados). Expuso que la Sentencia C-355 de 2006 no ignoró ninguna de las normas internacionales que la demandante cita y que la jurisprudencia posterior en materia de IVE, ha venido recogiendo las normas sobrevinientes, en particular, precisó que la Sentencia SU-096 de 2018 concretó el fundamento y las dimensiones del mencionado derecho fundamental, línea que ha venido formándose en la jurisprudencia constitucional desde 2006. Finalmente, resaltó que la sentencia de unificación citada ya reconoce la necesidad de la información médica completa, suficiente, adecuada y oportuna.

61. La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres solicitó que se profiera fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda, con apoyo en dos razones. Primero, la falta de certeza de los argumentos al estar contruidos a partir de sospechas y creencias de la demandante y no de fundamentos jurídicos; la impertinencia de los cargos planteados, pues no contienen reparos de índole constitucional sino vivencias subjetivas, testimonios y hechos personales; y la falta de especificidad, que se refleja en que se limita a citar extensas normas. Segundo, la cosa juzgada formal con respecto a la Sentencia C-355 de 2006, donde se establece el derecho fundamental a la IVE en las tres situaciones despenalizadas y la jurisprudencia concordante, en especial la Sentencia SU-096 de 2018. Agregó que en el caso en que la Corte opté por fallar de fondo debe extender el alcance del derecho a la IVE a partir de la necesidad constitucional de eliminar las barreras existentes para el acceso a dicho derecho y, con ello, garantizar la plenitud de las garantías a la libertad, la autodeterminación y la dignidad de las mujeres en capacidad de concebir.

62. La Universidad Externado de Colombia planteó, a partir de dos razones, que la Corte debía adoptar un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda. Primero, los cargos carecen de certeza, pues las consecuencias deducidas por la accionante son subjetivas y no se desprenden de la norma acusada; especificidad, en tanto no hay claridad acerca de la

presunta violación al principio de igualdad ya que la accionante omitió presentar consideraciones más allá de la Sentencia C-355 de 2006; y suficiencia, pues la demanda “no tiene el bagaje teórico suficiente para despertar una duda mínima de inconstitucionalidad sobre el artículo 122 del Código Penal”. Segundo, existe cosa juzgada constitucional derivada de las Sentencias C-133 de 1994, C-355 de 2006 y SU-096 de 2018.

63. La Defensoría del Pueblo sugirió adoptar un fallo inhibitorio por ineptitud de la demanda debido a su falta de certeza. Subsidiariamente, solicitó estarse a lo resuelto en la Sentencia C-355 de 2006. Para la entidad, dicha sentencia abordó y agotó el alcance de la norma demandada, pues las tres causales despenalizadas son “un conjunto de hipótesis normativas en las cuales [la Corte] estimó que es excesivo exigir a las mujeres continuar con su gestación, porque resulta contrario a derechos fundamentales”.

64. La Clínica Jurídica de la Universidad de la Sabana argumentó que la Corte debía adoptar un fallo inhibitorio en la medida en que una sentencia relacionada con los tipos penales podría vulnerar el principio de legalidad en su dimensión de reserva legal. Lo anterior, porque el artículo 150, numeral 2, de la Constitución determina que “la definición de conductas punibles corresponde exclusivamente al Congreso de la República, que goza de competencia para expedir leyes y de la representación popular esencial para tipificar delitos”. Para la institución la Corporación carece de competencia para modular el artículo 122 del Código Penal “en los términos solicitados por la accionante o bajo cualquier otra condición que vulnere el principio de legalidad”.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

66. Señaló que la Sentencia C-355 de 2006 actuó como remedio ante “la extralimitación del legislador en relación con su poder de configuración que resultaba desproporcionada e injustificada frente a los derechos fundamentales de las mujeres a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la salud y a la integridad personal”. Y que los grados de protección entre un ser nacido y el que está por nacer varían, pues “la vida prenatal efectivamente goza de protección constitucional, pero en un grado distinto de la vida después del nacimiento”. Debido a ello, la Corte despenalizó tres casos en los que se priorizaron los derechos de la mujer gestante sobre los del nasciturus.

67. Sostuvo, entonces, que la demanda que en el presente caso se estudia “se trata del

mismo objeto de control, esto es, el artículo 122 del Código Penal, y del mismo parámetro de control”. Como consecuencia, en opinión del Procurador, los argumentos presentados no son suficientes para comprobar un cambio en el parámetro de control, pues la supuesta evidencia científica sobreviviente es más apreciativa y subjetiva. El debate que se plantea, según entiende, consiste en definir el momento en el que se considera que ha iniciado la vida y, con ello, establecer el momento en el que el individuo se hace sujeto de derechos. Al respecto, precisó que “la vida no tiene estructura de regla, no es un mandato definitivo” y tiene distintos niveles de protección, lo que es constitucionalmente admisible, tal como lo planteó la Sentencia C-355 de 2006.

68. En relación con la inhibición, el Procurador manifestó que los nuevos parámetros de control alegados por la accionante parten del mismo debate: el momento de protección jurídica de la vida. Por lo cual, bajo el entendido de que no existen derechos absolutos, el cargo carece de especificidad en cuanto no plantea una concepción objetiva y verificable entre las disposiciones acusadas y la Constitución.

69. En suma, los escritos de intervención y las solicitudes oportunamente presentadas a la Corte en relación con la presente demanda se resumen así:

Interviniente

Cuestionamiento

Solicitud

Procurador General de la Nación

(i) Se configura la cosa juzgada constitucional respecto de la Sentencia C-355 de 2006 pues la demanda parte del mismo objeto de control y los argumentos de esta resultan deficientes en demostrar un cambio en el parámetro de control.

(ii) La Corte debe inhibirse respecto de la violación de los artículos 4, 5, 14, 49 -inciso 2, y 6-, 76, 86, 94 -incisos 1 y 2-, 95 -numerales 1, 2, 4 y 7-, pues el objeto de debate (el momento en el que inicia la protección jurídica de la vida) se construye a partir de argumentos no verificables en el texto de la Constitución.

Estar a lo resuelto en la Sentencia C-355 de 2006, e inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo respecto de ciertos artículos.

Superintendencia Nacional de Salud

(i) Los argumentos de la demanda no demuestran cambios en las circunstancias que alteren el precedente fijado en la Sentencia C-355 de 2006.

(ii) Las subreglas de la Sentencia C-355 de 2006 permiten al legislador determinar nuevas circunstancias de despenalización del aborto.

Exequibilidad de la norma demandada.

Grupo Médico por el Derecho a Decidir

(i) La maternidad forzada, como consecuencia de la prohibición del aborto, es una forma de violencia contra las mujeres, por lo que el objeto de la demanda es en sí mismo inconstitucional.

(ii) Con relación al feto explican que no sienten dolor y que es imposible la viabilidad de la vida extrauterina antes de las 24 semanas.

(iii) Resaltan la objeción de conciencia como la herramienta que tienen los médicos cuyas creencias religiosas les impiden practicar el aborto.

Exequibilidad de la norma demandada, o inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo.

Universidad Libre de Colombia

(ii) La demanda desconoce el derecho a la autodeterminación sexual de las mujeres.

Exequibilidad de la norma demandada.

Asociación Colombiana de Juristas Católicos

Las tres causales de aborto despenalizadas en la Sentencia C-355 de 2006 desconocen el derecho a la información médica completa y al consentimiento previo, libre e informado. Las mujeres que se someten a prácticas abortivas, bajo las tres causales legales, no conocen los

riesgos ni las alternativas (adopción).

Inexequibilidad.

Fundación Camino

El Estado, dentro de sus fines esenciales, tiene el deber de proteger y garantizar la vida (sin distinción alguna). Las mujeres gestantes que se han inclinado por el respeto de la vida “nunca han lamentado haber tomado esa decisión”.

Inexequibilidad.

FUCEB

El Estado debe proteger y garantizar la vida del que está por nacer. La Corte debe eliminar toda la jurisprudencia a favor del aborto. Esto, pues la protección progresiva y gradual de la vida es contraria al derecho. Además, desconoce que el ejercicio de los derechos (en este caso la autodeterminación de la mujer gestante) tiene su límite en el ejercicio de los derechos de los demás (la vida del feto).

Inexequibilidad.

Departamento Nacional de Planeación –DNP–

(i) La demanda no es apta porque no cumple con los requisitos de claridad, certeza y especificidad.

(ii) Se configura la cosa juzgada constitucional respecto de la Sentencia C-355 de 2006 y los soportes científicos que soportan la demanda no son argumentos que permitan reabrir el debate sobre la penalización absoluta del aborto.

Inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo, o estarse a lo resuelto en la Sentencia C-355 de 2006.

Profamilia

(i) La Sentencia C-355 de 2006 abrió una línea jurisprudencial en materia de derechos

sexuales y reproductivos que no puede desconocerse. El derecho a la IVE es una realidad jurídica que debe ser reconocida.

(ii) La demanda carece de objetividad pues no tiene en cuenta estudios científicos recientes que desvirtúan la relación entre el aborto y la afectación a la salud mental de la mujer que aborta.

Estarse a lo resuelto en Sentencia C-355 de 2006.

Ministerio de Salud y Protección Social

(i) Ineptitud sustantiva de la demanda pues no cumple con los requisitos de certeza y especificidad.

(ii) Existe cosa juzgada constitucional respecto de la protección progresiva de la vida y respecto del derecho fundamental a la IVE a partir de la Sentencia C-355 de 2006.

Inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo, o estarse a lo resuelto en la Sentencia C-355 de 2006.

Ministerio de Justicia y del Derecho

(ii) La protección jurídica de la vida –que no es un bien jurídico absoluto– es una materia resuelta en las Sentencias C-591 de 1995 y C-327 de 2017. El postulado que soporta la demanda, en el que la vida comienza con la concepción, desconoce la CADH.

(iii) El derecho a la IVE es interdependiente con los derechos a la vida, a la salud, a la integridad, a la autodeterminación, a la intimidad y a la dignidad de las mujeres en estado de gestación.

Inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–

(i) Se configura la cosa juzgada constitucional respecto de la sentencia C-355 de 2006 y, en esa medida, la Corte carece de competencia para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de sus resolutivos (D.2067 de 1991, art. 6).

(ii) La demanda no es apta porque no cumple con los requisitos de certeza y pertinencia.

Estar a lo resuelto en la Sentencia C-355 de 2006, o inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo.

Fundación Probono

(i) Se configura la cosa juzgada constitucional respecto de la sentencia C-355 de 2006.

(ii) La demanda no es apta porque no cumple con los requisitos de certeza y pertinencia.

Estar a lo resuelto en la Sentencia C-355 de 2006, o inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo.

La Alianza Cinco Claves

(i) La demanda no es apta porque no cumple con los requisitos de certeza y especificidad.

(ii) Se configura la cosa juzgada formal respecto de la Sentencia C-355 de 2006 pues en la demanda no hay argumentos que permitan evidenciar el cambio real de circunstancias, con lo cual no es posible reabrir el debate.

(iii) Las normas restrictivas de aborto, y la penalización en general, atentan directamente con el derecho a la igualdad de las mujeres (artículo 13 de la Constitución).

Inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo, o estar a lo resuelto en la Sentencia C-355 de 2006.

Centro de Derechos Reproductivos –Center for Reproductive Rights–

(i) Ineptitud sustantiva de la demanda pues no cumple con el requisito de certeza, el reconocimiento del derecho fundamental a la IVE tiene rango constitucional.

(ii) La Sentencia C-355 de 2006 no puede leerse aislada de su desarrollo jurisprudencial posterior. En esa medida, la Sentencia SU-096 de 2018 ya reconoce el derecho a la

información médica completa, suficiente, adecuada y oportuna.

Inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo, o denegar las pretensiones por carecer de fundamento.

La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres

(i) La demanda no es apta porque no cumple con los requisitos de certeza, pertinencia y especificidad.

(ii) Se configura la cosa juzgada formal respecto de la Sentencia C-355 de 2006 y la jurisprudencia que la desarrolla (en especial la Sentencia SU-096 de 2018).

(iii) De pronunciarse de fondo, la decisión debe estar dirigida a extender el alcance del derecho fundamental a la IVE, en especial, de cara a la despenalización del delito de aborto (declaratoria de inexequibilidad de la norma demandada).

Inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo. Subsidiariamente, estarse a lo resuelto en la Sentencia C-355 de 2006 o, declarar inexequible la disposición demandada.

Universidad Externado de Colombia

(i) La demanda no es apta, porque no cumple con los requisitos de certeza, especificidad y suficiencia.

(ii) Se configura la cosa juzgada constitucional respecto de las Sentencias C-133 de 1994, C-355 de 2006 y SU-096 de 2018.

Inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo, o estarse a lo resuelto en la Sentencia C-355 de 2006.

Defensoría del Pueblo

(i) Ineptitud sustantiva de la demanda pues no cumple con el requisito de certeza al recaer contra la parte resolutive de la Sentencia C-355 de 2006.

(ii) Se configura la cosa juzgada formal respecto de la Sentencia C-355 de 2006, pues las tres

causales despenalizadas de aborto son una fuente para la realización de diferentes derechos fundamentales de las mujeres. En esta medida, la solicitud de la demanda es regresiva.

La Clínica Jurídica de la Universidad de la Sabana

La Corte no puede desconocer el principio de legalidad, en su dimensión de reserva legal, pues la Constitución establece que será el Congreso el competente para determinar las conductas punibles (artículo 150, numeral 2 de la Carta).

Inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo.

70. Vencido el término de fijación en lista se recibieron dos escritos ciudadanos. En concreto solicitaron la protección de la vida de los no nacidos y reiteraron el rechazo, en todas las circunstancias, de la práctica del aborto.

71. Asimismo, con posterioridad al vencimiento del término de fijación en lista, la demandante radicó escritos en los que remitió imágenes, videos y textos que pretenden probar, por un lado, la condición del feto como ser sintiente y, por el otro, la inviabilidad de los procedimientos médicos y de las reglamentaciones existentes de esta práctica. También presentó escritos a su nombre en los que allegó informes de salud pública de su autoría, certificaciones de profesionales de psicología sobre los daños derivados de las prácticas abortivas, nuevos escritos ciudadanos y otras consideraciones en el mismo sentido de la demanda. Adicionalmente, por escrito del 27 de enero de 2020, la demandante solicitó valorar los testimonios suscritos por “23 víctimas de aborto legal en salud mental”, documentos con los que apoyó “su solicitud de nulidad de la ponencia del Magistrado Alejandro Linares e [insistió] en la celebración de una audiencia pública para dar a conocer los daños y perjuicios del aborto provocado”.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

72. La Corte Constitucional es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la disposición demandada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política.

Examen de aptitud de la acción pública. Condiciones mínimas para provocar un fallo de fondo

73. Teniendo en cuenta que la demanda planteó argumentos que generaron una duda sobre la constitucionalidad de la disposición acusada y en virtud del principio *pro actione*, esta fue admitida para su estudio. Aunque la demanda es confusa en sus líneas argumentativas y sus pretensiones, *prima facie* puede partirse de un supuesto claro: no se reconoce derecho alguno en cabeza de la mujer de acceder a la IVE en los tres casos despenalizados, pues su enfoque en materia de salud es evitar un mayor daño a la mujer y al nasciturus con dicha práctica, sobretodo cuando existen caminos alternos como, por ejemplo, la adopción.

74. Distintos intervinientes en el proceso expresaron que la demanda es inepta. La Defensoría del Pueblo, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Grupo Médico por el Derecho a Decidir y el Centro de Derechos Reproductivos –Center for Reproductive Rights–, coincidieron en señalar que el escrito carece de certeza. El Departamento Nacional de Planeación señaló que adolece de claridad y pertinencia, mientras que el Ministerio de Salud y Protección Social cuestionó la falta de claridad, certeza, especificidad y pertinencia. También cuestionaron la falta de certeza y pertinencia el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–, la Fundación Probono y la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres. Adicionalmente, esta última institución agregó que la demanda no cumple con el requisito de especificidad, aspecto en el que coincidió el Procurador General de la Nación. La Alianza Cinco Claves para el Tratamiento Diferencial de la Violencia Sexual contra las Mujeres y la Universidad Externado de Colombia sostuvieron que la demanda no cumple con los requisitos de certeza y especificidad, agregando que tampoco satisface el requisito de suficiencia. Así las cosas, debe este Tribunal verificar, en primer lugar, la aptitud de la demanda presentada en contra del artículo 122 del Código Penal.

75. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que aun cuando toda demanda debe ser analizada a la luz del principio *pro actione*, en ella deben concurrir unas condiciones mínimas que permitan guiar la labor del juez constitucional y orientar, asimismo, el debate de los intervinientes en el proceso que pretende adelantarse. Dicho principio tiene por objeto garantizar de la manera más amplia posible el derecho político de todo ciudadano a cuestionar la actividad del legislador. Sin embargo, el juez constitucional no puede, por ejemplo, asumir por completo el papel del accionante y mucho menos reemplazarlo en la dirección de su queja, pues esto sería lesivo del orden democrático y de la presunción de

corrección de las decisiones del legislador –en razón su proceso deliberativo–.

76. El Decreto 2067 de 1991, en su artículo 2, prescribe que la demanda debe contener: (i) el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, transcribiéndolas literalmente por cualquier medio o aportando un ejemplar de la publicación oficial (núm. 1); (ii) la indicación de las normas constitucionales que se consideren infringidas (núm. 2); (iii) las razones que sustentan la acusación, esto es, el por qué se estima que se violan los textos constitucionales (núm. 3); (iv) cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado (núm. 4), y (v) la razón por la cual considera que la Corte es competente para conocer de la demanda (núm. 5).

77. El tercero de los requisitos antedichos, que se conoce como concepto de la violación, implica una carga material y no meramente formal, que no se satisface con la presentación de cualquier tipo de razones o motivos, sino que exige unos mínimos argumentativos, que se aprecian a la luz del principio *pro actione*. De tal suerte, dichas razones o motivos no pueden ser vagos, abstractos, imprecisos o globales, al punto de impedir que surja una verdadera controversia constitucional. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el concepto de la violación se formula debidamente cuando (i) se identifican las normas constitucionales vulneradas; (ii) se expone el contenido normativo de las disposiciones acusadas, y (iii) se expresan las razones por las cuales se estima que los textos demandados violan la Constitución. Esas razones deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes.

78. En las Sentencias C-1052 de 2001, C-856 de 2005 y C-330 de 2013, entre otras, este tribunal ha precisado que las razones que fundamentan la solicitud de inconstitucionalidad deben ser “(i) claras, es decir, seguir un curso de exposición comprensible y presentar un razonamiento inteligible sobre la presunta inconformidad entre la ley y la Constitución; (ii) ciertas, lo que significa que no deben basarse en interpretaciones puramente subjetivas, caprichosas o irrazonables de los textos demandados, sino exponer un contenido normativo que razonablemente pueda atribuírseles; (iii) específicas, lo que excluye argumentos genéricos o excesivamente vagos; (iv) pertinentes, de manera que planteen un problema de constitucionalidad y no de conveniencia o corrección de las decisiones legislativas, observadas desde parámetros diversos a los mandatos del Texto Superior; y (v) suficientes; esto es, capaces de generar una duda inicial sobre la constitucionalidad del enunciado o

disposición demandada”.

79. Ha sostenido la Corporación que aunque, en principio, en el auto admisorio se define si la demanda cumple o no los requisitos mínimos de procedibilidad, se trata de un primer acercamiento que responde a una valoración apenas sumaria realizada por el magistrado sustanciador, lo que no compromete ni define la competencia de la Sala Plena de la Corte, que es el órgano al que corresponde la función constitucional de decidir de fondo sobre las demandas ciudadanas contra las leyes o los decretos con fuerza de ley.

80. Ahora bien, solo después del auto admisorio de la demanda los ciudadanos y el Procurador General de la Nación tienen la oportunidad de intervenir en el proceso y de fijar su posición y su concepto ante la Corte. Tales intervenciones, además de otras pruebas que se incorporan en el trámite, deben ser consideradas por este Tribunal al momento de tomar una decisión, en la medida en que podrían contener elementos de juicio relevantes sobre la aptitud de los cargos, respecto de los que decidirá definitivamente la Sala Plena de la Corporación.

81. Llegado el momento de decidir la presente demanda contra el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, la Corte encuentra que los cargos formulados no cumplen ninguno de los requisitos mínimos de procedibilidad, como ya pasa a explicarse. Adicionalmente, teniendo en cuenta su enfoque, cualquier actividad del pro actione hubiera exigido aclarar –para fortalecer– la misma dirección de los cargos formulados por la demandante, so pena de modificar su reclamo por otro completamente distinto, lo que iría en contra del rol del juez constitucional. Una orientación en tal sentido hubiera contrariado la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que, a diferencia de lo afirmado por la demandante, ha ido avanzando en otra dirección, esto es, en la consolidación de la IVE como una alternativa posible cuando se afectan de forma irrazonable y desproporcionada los derechos fundamentales de la mujer.

82. El principio pro actione, entonces, no permite cambiar la intención del accionante, para ajustar la demanda a aquello que el Tribunal Constitucional estima que debería ser analizado de acuerdo con la lectura de su misma línea jurisprudencial.

83. Resulta necesario comenzar por señalar que la demanda se dirige contra el artículo 122 del Código Penal, “tal como fue interpretado en la Sentencia C-355 de 2006”. La demandante formuló seis argumentos principales:

i. (i) La lectura de la disposición acusada dada en la Sentencia C-355 de 2006 debe ser revaluada a la luz de las pruebas científicas actuales, que demuestran que los “niños y niñas en proceso de gestación” deben ser considerados personas, razón por la que las prácticas abortivas vulneran sus derechos a la vida, a la salud y a la integridad personal.

ii. (ii) Tal disposición atenta contra la salud física y el equilibrio emocional de la mujer embarazada además vulnera sus derechos a la autonomía, a la dignidad y a la libertad sexual. Adicionalmente, quebranta los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad y a la integridad física y psicológica de “los niños y niñas por nacer”.

iii. (iii) A partir de las estadísticas acerca de investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación sobre las agresiones sexuales registradas en Colombia, con posterioridad a la despenalización del aborto en el año 2006, puede concluirse que “[e]ntre más libertad haya en el Estado para abortar a los concebidos por violación, mayor es el número de víctimas en riesgo de violencia sexual”.

iv. (iv) La Sentencia C-355 de 2006 y toda la jurisprudencia posterior, violan el derecho a la igualdad en tanto toda persona desde la concepción debe ser tratada con los mismos derechos. Por tal razón, no debe existir distinción entre los “hijos concebidos por violación, [los que presentan] graves malformaciones [y] los hijos concebidos por mujeres que tienen problemas de salud”. En esa medida, el aborto en las tres causales da prelación al derecho a la libertad de la mujer sobre la vida de su hijo.

v. (v) Se está permitiendo el uso de la acción de tutela, que es un mecanismo orientado a la protección de derechos fundamentales, para acceder a prácticas crueles, inhumanas y degradantes como la IVE. Con ello, se está autorizando que las mujeres se hagan daño a sí mismas y a sus propios hijos, desvirtuando la finalidad del recurso de amparo.

vi. (vi) La permisión estatal de las torturas de aborto, tratándose de seres indefensos, es contraria a los derechos humanos.

84. El artículo 122 de la Ley 599 de 2000 consagra el tipo penal de aborto. Establece una pena de prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses para la mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause. Y agrega que a la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice dicha conducta.

85. Con todo, en la Sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional determinó que una prohibición completa e incondicional del aborto resultaba inconstitucional, pues significaba la anulación de los derechos fundamentales de la mujer embarazada a la vida, a la integridad personal, a la salud física y mental, a la autonomía, al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana y a no estar sometida a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, e implicaba su reducción a un receptáculo de la vida en gestación.

86. Por tal razón, despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo en tres circunstancias: (i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. A partir de dicha providencia, en diversos pronunciamientos este Tribunal ha fijado y reiterado reglas jurisprudenciales para el reconocimiento y la garantía de la interrupción voluntaria del embarazo en los tres casos descritos.

87. Como los cargos se dirigen contra el artículo 122 del Código Penal “tal como fue interpretado en la Sentencia C-355 de 2006”, correspondía a la demandante presentar argumentos suficientes para desvirtuar la existencia de cosa juzgada constitucional. Este aspecto era central en el presente debate, pues obsérvese que varios de los intervinientes alegaron la existencia de cosa juzgada respecto de la Sentencia C-355 de 2006 y, en ese orden, le solicitaron a la Corte estarse a lo resuelto en dicha oportunidad. Así lo hicieron el Procurador General de la Nación, el Ministerio de Salud y Protección Social, el Departamento Nacional de Planeación –DNP–, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF–, la Defensoría del Pueblo, Profamilia, la Fundación Probono, la Alianza Cinco Claves, la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres, la Universidad Libre de Colombia y la Universidad Externado de Colombia.

88. Cuando existe una decisión previa adoptada por la Corte en ejercicio del control jurisdiccional, como ocurre en el presente caso en relación con el texto normativo demandado, y dado que, de acuerdo con los artículos 243 de la Constitución y 21 del Decreto Ley 2067 de 1991, tales fallos hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares, este Tribunal ha

considerado que es exigible del demandante el cumplimiento de una especial y particular carga argumentativa debido a que deben existir razones poderosas que justifiquen que se vuelva a analizar una norma que ya fue objeto de control de constitucionalidad.

89. Pues bien, correspondía a la demandante demostrar que, a pesar del pronunciamiento previo, se configuró uno de los supuestos que de acuerdo con la jurisprudencia debilitan o relativizan los efectos de la cosa juzgada, esto es, la modificación del parámetro de control, o un cambio en la significación material de la Constitución, o una variación del contexto normativo del objeto de control. Un argumento en ese sentido y que justificaría, en el caso concreto, un nuevo análisis del artículo 122 del Código Penal, está ausente en la demanda.

90. La mayoría de los cargos planteados parten de la pretensión de que se realice una nueva valoración sobre aquello que, en consideración de la demandante, la Corte no tuvo en cuenta al momento de dictar la Sentencia C-355 de 2006, pese a que pudo ser considerado. Esto evidencia que la demandante no trató de justificar un nuevo escenario normativo –por modificación del parámetro de control o variación del contexto normativo del objeto de control– ni material –por cambio del significado de la Constitución–, pues lo que intentó fue rebatir las razones que tuvo la Corte Constitucional para despenalizar el delito de aborto en tres hipótesis.

91. En el primer eje, relacionado con la vulneración de los derechos del nasciturus entendido como persona humana desde el momento de la concepción, la demandante sugiere que este Tribunal omitió valorar la prueba que daba cuenta de los riesgos médicos de las dos vidas comprometidas, incluso en los casos de aborto legal, teniendo en cuenta, además, cada uno de los métodos abortivos, bajo la óptica de normas internacionales vinculantes para Colombia, como la Convención de Belém do Pará y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes. Desde esta perspectiva, es claro que no se pone en evidencia un nuevo escenario, sino que se cuestiona la valoración que la Corte realizó en dicha oportunidad sobre los intereses en juego, a partir de circunstancias que estaban presentes al momento de fallar. En consecuencia, no hay un cambio significativo que permita un nuevo juicio.

92. En el segundo eje, que tiene que ver con la violación de los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad y a la integridad de la “madre embarazada” y del “menor en etapa de

gestación”, la demandante afirma que la Corte no valoró que los procedimientos que interrumpen la gestación son nocivos para la salud física y mental de las mujeres que se exponen a su práctica, pues ello genera riesgos a la salud y sentimientos de culpa y duelo. El fundamento de su conclusión es el estudio de su autoría El derecho a la información sobre los riesgos y efectos de la interrupción voluntaria de la gestación, que parte del enfoque que propone la autora sobre el aborto. Sin embargo, no demuestra alguno de los supuestos que, de acuerdo con la jurisprudencia, debilitan o relativizan los efectos de cosa juzgada de la Sentencia C-355 de 2006.

93. El tercer eje, en el que la demandante plantea una relación entre la legalización del aborto y el aumento progresivo de delitos sexuales cometidos contra menores de edad, tampoco se fundamenta en la modificación del parámetro de control, o en un cambio en la significación material de la Constitución, o en una variación del contexto normativo del objeto de control, sino en su propio análisis de estadísticas de la Fiscalía General de la Nación acerca del incremento progresivo de dichos hechos punibles, cuya conexión con el aborto y la norma demandada no tiene sustento.

94. El cuarto y el sexto eje, que tienen como núcleo argumentativo que “las torturas de aborto”, según definición de la demandante, violan el derecho a la igualdad de los hijos en gestación, en tanto toda persona desde la concepción debe ser tratada con los mismos derechos, y hacen que prevalezca el derecho a la libertad de la mujer sobre la vida de su hijo, se basan en normas constitucionales o que se integran al bloque que fueron tenidas en cuenta al momento de proferir la Sentencia C-355 de 2006. Es decir, no se plantea un escenario normativo que justifique un nuevo control de la norma acusada.

95. El quinto eje, relacionado con la vulneración del artículo 86 de la Constitución al permitir el acceso a procedimientos abortivos por medio de la acción de tutela, en realidad no alcanza a configurar un cargo de constitucionalidad.

96. Adicionalmente, la Corte observa que las razones que sustentan la acusación del artículo 122 del Código Penal carecen de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia.

97. En primer lugar, la Corte encuentra que los cargos no cumplen el requisito de claridad, en cuanto no existe un hilo conductor en la argumentación que permita comprender su contenido y las justificaciones que presenta sobre la inconstitucionalidad alegada. Tampoco

es comprensible lo que se pretende en la medida en que la accionante plantea que “[e]l objeto de la [...] demanda es la prohibición de los procedimientos abortivos en centros de salud, clínicas y hospitales legales, la exclusión de estos procedimientos del sistema obligatorio de salud, la penalización del aborto intencionalmente provocado para todo aquel que lo practique, colabore o promueva su práctica en todos los casos”.

98. Cabría concluir sobre el particular que la demandante no le está solicitando a la Corte que ejerza su función constitucional de confrontar la norma legal cuestionada con las normas superiores que rigen su ámbito de validez, en cumplimiento del artículo 241 de la Constitución. Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 122 del Código Penal actualmente vigente, la penalización del aborto en Colombia es la regla, y que dicha penalización se excepciona en los tres casos señalados por este Tribunal en la Sentencia C-355 de 2006. El anterior entendimiento es el que debe guiar cualquier argumentación que pretenda controvertir la constitucionalidad de la disposición demandada.

99. En segundo lugar, no satisfacen el requisito de certeza como quiera que este exige que haya una verdadera confrontación entre la disposición legal que se cuestiona y la norma constitucional. La Sala observa que la demanda no se dirige contra la penalización del aborto prevista en la disposición penal, sino contra el condicionamiento que la Corte Constitucional le incorporó mediante la Sentencia C-355 de 2006, referente a las tres hipótesis de interrupción voluntaria del embarazo que se exceptúan de la sanción penal. Es decir, los argumentos presentados en realidad se orientan a cuestionar la interpretación conforme a la Constitución que realizó este Tribunal en la referida sentencia y no el contenido normativo del artículo 122 del Código Penal. En esa medida le asiste razón a los intervinientes que alertaron acerca de la falta de certeza de los planteamientos expuestos por la demandante.

100. Adicionalmente, las razones expuestas en la demanda parten de interpretaciones subjetivas y opiniones de la accionante en relación con lo que considera como las torturas de aborto. Lo que propone es que sea revisada la interpretación conforme a la Constitución de la norma acusada hecha en la Sentencia C-355 de 2006, a la luz de las “pruebas científicas actuales” que, según indica, demuestran que el nasciturus es una persona humana desde el momento de la concepción, razón por la que las prácticas abortivas vulneran sus derechos a la vida, a la salud y a la integridad personal. Con todo, lo que encuentra demostrado la Sala es que las pruebas incorporadas por la accionante durante el proceso, y que ella entiende

como pruebas científicas, son un conjunto de documentos que se derivan de su propio proceso investigativo y que, por ello, están colmadas de interpretaciones subjetivas que más bien reflejan un modo particular de pensamiento acerca de la inconveniencia del aborto en los tres casos en que la sentencia citada lo encuentra permitido.

101. La demanda señala que el aborto atenta contra la salud física y el equilibrio emocional de la mujer embarazada y que, además, quebranta los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad y a la integridad física y psicológica de “los niños y niñas por nacer”. No obstante, para la Sala no es claro cómo puede derivarse esta conclusión de la disposición acusada y esa explicación, que correspondía darla a la accionante, no se ofrece en ningún momento. Así, las consecuencias que se atribuyen al artículo 122 de la Ley 599 de 2000 no necesariamente se derivan de su texto.

102. En esa medida, en tercer lugar, la Sala también observa la falta de especificidad de los argumentos debido a que son genéricos y excesivamente vagos y no alcanzan a demostrar cómo la norma demandada vulnera la Constitución. Como se indicó en líneas anteriores, la especificidad exige que se argumente una oposición real y verificable entre la norma acusada y la Constitución, a partir de razones específicas, directas y concretas.

103. En el caso que estudia la Sala no se encuentra satisfecho el requisito de especificidad, pues la demandante no demostró de manera concreta y contundente cómo el artículo 122 del Código Penal, “tal como fue interpretado en la Sentencia C-355 de 2006”, vulnera preceptos constitucionales. Debe entenderse que el juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución, resultando inadmisibles que se deba resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales” que no se relacionan concreta y directamente con la disposición que se acusa, esto es, para el caso bajo estudio, el artículo 122 del Código Penal. Esta omisión de concretar la acusación impide que se desarrolle la discusión propia del juicio de constitucionalidad.

104. En cuarto lugar, la demanda tampoco cumple con el requisito de pertinencia. Los argumentos a los que acude la demandante para fundamentar las múltiples vulneraciones a derechos constitucionales que se le atribuyen al artículo 122 del Código Penal, según la

interpretación fijada en la Sentencia C-355 de 2006, son de índole subjetivo y de conveniencia. Las razones no plantean un problema de constitucionalidad sino de conveniencia o corrección de la norma acusada, ofreciendo evidencia empírica, como fotografías, material audiovisual, literatura y entrevistas a terceros, que se construye a partir de concepciones personales, con miras a enfrentar los problemas que la demandante considera se derivan de la Sentencia C-355 de 2006.

105. Por ejemplo, la demandante presenta una interpretación de algunas estadísticas referentes a investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación sobre delitos sexuales registrados en Colombia con posterioridad a la despenalización del aborto en el 2006, en el sentido de que “[e]ntre más libertad haya en el Estado para abortar a los concebidos por violación, mayor es el número de víctimas en riesgo de violencia sexual”. La anterior interpretación corresponde a una apreciación subjetiva a partir de la cual pretende cuestionar la conveniencia de permitir la interrupción voluntaria del embarazo cuando sea el resultado de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento.

106. Finalmente, la demanda no presenta argumentos suficientes, es decir, que expongan todos los elementos de juicio con un alcance capaz de despertar siquiera una duda sobre la constitucionalidad del enunciado demandado, tal como fue condicionado por la Corte Constitucional y, con ello, la necesidad de un pronunciamiento de fondo.

Síntesis de la decisión

107. La ciudadana Natalia Bernal Cano presentó demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 122 del Código Penal “tal como fue interpretado en la Sentencia C-355 de 2006”, al entender que vulnera los artículos 1, 2 -inciso 2-, 4, 5, 11, 12, 13, 14, 42, 43, 44, 45, 47, 49 -incisos 2 y 6-, 67, 76, 86, 93, 94 -incisos 1 y 2-, 95 -numerales 1, 2, 4 y 7- de la Constitución de 1991; así como el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, los artículos 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belém do Pará-, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

108. El artículo 122 del Código Penal fue objeto de un pronunciamiento previo por parte de la Corporación mediante la Sentencia C-355 de 2006. Teniendo en cuenta esa situación, la Sala encontró que la demandante no presentó argumentos suficientes para desvirtuar la existencia de cosa juzgada constitucional.

109. Adicionalmente, la Corte encontró que las razones presentadas por la accionante no cumplen los requisitos de (i) claridad, ya que no guardan una coherencia argumentativa que permita entender en qué sentido la disposición acusada sería inconstitucional y cuál sería su justificación; (ii) certeza, en la medida en que se basan en interpretaciones subjetivas del texto demandado (art. 122 C.P., de conformidad con su condicionamiento en la Sentencia C-355 de 2006); (iii) especificidad, debido a que están fundadas en argumentos genéricos y excesivamente vagos; (iv) pertinencia, porque no plantean un problema de constitucionalidad sino de conveniencia o corrección de la norma cuestionada; ni (v) suficiencia, ya que no son capaces de generar una duda inicial sobre la constitucionalidad del enunciado demandado, tal como fue condicionado por la Corte Constitucional.

110. En consecuencia, la Sala Plena adoptará decisión inhibitoria sobre la demanda planteada.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo en relación con el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, “[p]or la cual se expide el Código Penal”, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

Con salvamento de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con aclaración de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con aclaración de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con salvamento de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con aclaración de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO EN EL PROCESO D-13255 Y SALVAMENTO DE VOTO EN EL PROCESO D-13225

DEL MAGISTRADO CARLOS BERNAL PULIDO

EN LA SENTENCIA C-088/20

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Nueva ponderación del contenido al fallar (Aclaración de voto)

Debido a la prioridad prima facie de los derechos fundamentales sobre otros bienes y principios constitucionales, el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales a los niños y niñas en gestación debe conducir a un ajuste del resultado de la ponderación que la Corte Constitucional llevó a cabo en la Sentencia C-355 de 2006. La nueva ponderación debe ajustarse para fortalecer la protección de los derechos fundamentales de los niños y niñas en gestación.

Expedientes:

D-13225 Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 90, 91 y 93 del Código Civil

M.P. Alejandro Linares Cantillo

D-13255 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 122 de la Ley 599 de 2000

M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

Con mi acostumbrado respeto a las decisiones de la Sala Plena, me permito presentar aclaración de voto en relación con la decisión adoptada en el marco del expediente D-13255 y salvamento de voto con respecto a la del expediente D-13225. En atención a la conexidad entre las dos decisiones, a continuación presento de forma conjunta mis argumentos:

I. I. Salvamento de voto en relación con el Expediente D-13225

Disiento de la decisión adoptada por la sala plena en el expediente D-13225, consistente en estarse a lo resuelto en la Sentencia C-591 de 1995. Dicha Sentencia había declarado la exequibilidad del artículo 90 del Código Civil. Según este artículo: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”.

En mi sentir, la Corte Constitucional ha debido: (i) Dictar una sentencia aditiva y de inexecutable parcial, en el sentido de declarar inexecutable la expresión “al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre” y adicionar al texto demandado la expresión “desde la concepción”. De esta manera, este enunciado ha debido quedar así: “La existencia legal de toda persona principia desde la concepción”. En este sentido, además, la Corte ha debido (ii) relativizar la cosa juzgada de la Sentencia C-591 de 1995 por cambio en el contexto epistemológico.

En cuanto a lo primero, la Corte Constitucional ha debido reconocer que el Legislador preconstitucional vulneró el principio de respeto a la dignidad humana y la prohibición de protección deficiente de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, a no ser sometido a tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes, y a la salud y a la igualdad de los niños y niñas en gestación, al no reconocerles la titularidad de estos y otros derechos desde la concepción. Esta vulneración deriva del uso legislativo, en la disposición demandada, de la ficción, según la cual, solo se es persona a partir del nacimiento. Como todas, esta ficción es arbitraria. No existen razones que hoy la fundamenten. Por tanto, el mantenimiento de tal ficción es también incompatible con la prohibición de arbitrariedad.

Desde la expedición del artículo 90 del Código Civil en 1887 hasta nuestros días han surgido nuevos conocimientos científicos, de los que hay evidencia suficiente en el expediente, y que prueban los siguientes hechos.

(1) Desde la concepción los niños y niñas en gestación están dotados del genoma humano. Esto es prueba de su pertenencia a la especie humana. De ello se sigue que son merecedores del trato que deriva del principio de la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución Política). Este trato implica necesariamente la atribución de personalidad jurídica a todo ser humano desde la concepción.

(2) Desde la concepción los niños y niñas en gestación tienen vida y deben ser reconocidos como titulares del derecho fundamental a la vida. Es manifiestamente irrazonable no conceder la titularidad del derecho fundamental a la vida a seres que durante su proceso de gestación ya tienen vida humana. No existe ninguna razón constitucional que legitime que todos, durante una etapa de la vida humana, carezcamos de protección de derecho fundamental. Esto es contrario a la inviolabilidad de la vida, instituida por el artículo 11 de la Constitución Política.

(3) Desde la concepción los niños y niñas en gestación tienen rasgos físicos y desarrollo de componentes anatómicos dignos de la protección que deriva de los derechos fundamentales a la integridad física y a la salud. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional en sentencias en las que ha protegido derechos de niños y niñas en gestación.

(4) Desde las primeras semanas de gestación los niños y niñas en gestación sienten dolor. Estudios médicos, que constan en el expediente, se refieren a la semana 7, 12 o 18 como aquella en la que ya hay certeza de sensibilidad del dolor. Esta capacidad hace titulares a los niños y niñas en gestación de los derechos fundamentales a la integridad física y aquél correlativo a las prohibiciones de tortura y de sometimiento a tratos inhumanos, crueles o degradantes.

(5) Aún durante la gestación los niños y niñas son titulares del derecho fundamental a la salud. Este derecho los protege en procedimientos, inventados durante las últimas décadas, en los cuales son sujetos de intervenciones quirúrgicas, reciben asistencia médica independiente de la madre, son sujetos de donación de órganos y tejidos, son considerados pacientes e incluso se afilian y cotizan a sistemas de salud.

(6) Los niños y niñas en gestación son sujetos de especial protección constitucional, como todos los niños, niñas y adolescentes. Sus derechos son prevalentes (artículo 44 de la Constitución Política).

(7) Los niños y niñas en gestación son titulares del derecho fundamental a la igualdad. No pueden ser discriminados, en comparación con los niños y niñas nacidos. Asimismo, los niños y niñas en gestación, que están en condición de discapacidad, también son titulares del derecho fundamental a la igualdad. Además del derecho a no ser discriminados, también tienen derecho a una especial protección constitucional de la que deriva su derecho específico a que se les proporcione las acomodaciones razonables que sean idóneas para el pleno ejercicio de todos sus derechos (de acuerdo con el artículo 47 de la Constitución Política y con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

La evidencia científica de estos hechos no estaba disponible en el momento en el que la Corte Constitucional adoptó la Sentencia C-591 de 1995. Este cambio en el contexto epistemológico ha debido motivar la flexibilización de la cosa juzgada de dicha sentencia y a la adopción de una decisión aditiva y de inexequibilidad, en el sentido antes señalado.

. Aclaración de voto en relación con el Expediente D-13255

Si bien comparto el resolutivo de inhibición en relación con el expediente D-13255, me separo de algunas consideraciones de la parte motiva de la Sentencia y encuentro que, a pesar del déficit de la demanda, la accionante aportó al proceso evidencias y argumentos que alteran el resultado de la ponderación a la que la Corte Constitucional llegó en la Sentencia C-355 de 2006.

Tales evidencias y argumentos se refieren a los siguientes aspectos.

(1) Tal como antes se explicó, la titularidad de los niños y niñas en gestación en relación con los derechos fundamentales a la vida, integridad física, salud, igualdad y a los correlativos las prohibiciones de tortura y de sometimiento a los tratos inhumanos, crueles y degradantes.

(2) Debido a la prioridad prima facie de los derechos fundamentales sobre otros bienes y principios constitucionales, el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales a los niños y niñas en gestación debe conducir a un ajuste del resultado de la ponderación que la Corte Constitucional llevó a cabo en la Sentencia C-355 de 2006. La nueva ponderación debe ajustarse para fortalecer la protección de los derechos fundamentales de los niños y niñas en gestación.

(3) La nueva ponderación debe fijar un término temporal claro durante la gestación, a la inmunidad que deriva de las causales previstas por la Sentencia C-355 de 2006. Esto es así por los incuestionables hallazgos científicos según los cuales un niño o niña de 24 semanas de gestación se considera bebé pretérmino y la capacidad de sentir dolor se desarrolla entre la semana 7 y 18 de gestación.

(4) No existe un derecho fundamental a abortar, ni un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, ni a decidir con libertad acerca de la práctica del aborto. No hay ninguna disposición constitucional ni del bloque de constitucionalidad que instituya un derecho semejante. Lo único que existe es una inmunidad, creada por la sentencia C-355 de 2006, en los tres supuestos excepcionales en los que destipificó el aborto. Esa inmunidad lleva a que en tales supuestos excepcionalísimos la conducta de aborto no sea típica. De ello no se sigue ni la existencia de una libertad de derecho fundamental a abortar, ni mucho menos la existencia de un derecho fundamental de promoción o protección en relación con el aborto, que, por ejemplo, fundamente el discurso de la desaparición de barreras jurídicas, administrativas o prácticas en relación con el aborto.

(5) Existe un déficit de protección de la libertad de información de la mujer que planea llevar a cabo un aborto. Para subsanar este déficit, además de exigir un consentimiento informado, el Estado debería advertir a la mujer que quiera abortar, de los daños que se causan al niño o niña en gestación y los riesgos para la salud física y psicológica de la propia madre. Asimismo, este déficit de información podría subsanarse mediante reglas que obliguen la práctica de una ecografía, el suministro a la mujer de la información sobre apoyos a la maternidad y la oferta de alternativas distintas al aborto.

(6) Existe un déficit de protección del derecho a la salud mental de la mujer. Para subsanarlo, el Estado debe asegurarse de proporcionar un acompañamiento psicológico pleno a las mujeres que planeen llevar a cabo un aborto.

(7) Existe un déficit de protección de los derechos de los hombres que son padres de un niño o niña en gestación cuya madre quiera llevar a cabo un aborto. Para subsanarlo, el Estado debe definir la manera en que el padre debe participar, acompañar o consentir el procedimiento.

(8) Mediante la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional destipificó el aborto cuando

“exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico”. Al respecto, debe precisarse que el aborto que está destipificado es aquel que se practica en caso de una malformación que hace inviable la vida en el sentido estricto de que el niño o niña en gestión no podrá tener vida propia. Esto implica, necesariamente, la reafirmación de que al aborto está prohibido cuando el niño o niña en gestión presenta una discapacidad. Además de violar el derecho a la vida, cuando el aborto se practica a los niños o niñas en situación de discapacidad es abiertamente discriminatorio y está prohibido por la Constitución y el bloque de constitucionalidad. En este aspecto, debe incrementarse el umbral de evidencia de la inviabilidad. La C-355 de 2006 solo exigió la certificación de un médico. Sin embargo, un diagnóstico semejante excede la competencia del médico general. La existencia de una malformación del feto que haga inviable su vida extrauterina debe ser diagnosticada por una junta médica, a fin de respetar la prohibición de protección deficiente de los derechos fundamentales de los niños y niñas adolescentes.

(9) Asimismo, en la Sentencia C-355 de 2006, la Corte destipificó el aborto “cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico”. En virtud de la prohibición de protección deficiente, debe: (a) aumentarse el umbral de evidencia para acreditar cuándo existe peligro para la vida o la salud de la mujer; (b) reforzarse el evento de extraordinaria gravedad en el cual desembarazar es indispensable para garantizar la vida de la madre -sobre todo cuando se aduce que se está en presencia de una amenaza letal a la salud mental de la madre-; (c) que no basta la mera certificación de un médico para dar probada esta causal.

(10) En una democracia deliberativa es al Legislador a quien corresponde llevar a cabo la ponderación de todos estos elementos, en una regulación que luego debe ser sometida al control de la Corte Constitucional.

Con el acostumbrado respeto,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO CONJUNTO DE LOS MAGISTRADOS ALEJANDRO LINARES CANTILLO,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Y

A LA SENTENCIA C-088/20

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cumple con los requisitos de aptitud sustantiva (Salvamento de voto)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cumplimiento de la carga mínima de argumentación (Salvamento de voto)

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Definición y fundamento (Salvamento de voto)

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Tipología/COSA JUZGADA FORMAL Y MATERIAL, COSA JUZGADA ABSOLUTA Y RELATIVA Y COSA JUZGADA APARENTE-Conceptos (Salvamento de voto)

CORTE CONSTITUCIONAL-Efectos de las decisiones (Salvamento de voto)

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL Y NUEVO JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Procedencia por declaratoria de exequibilidad condicionada, en que el nuevo examen recae sobre texto reformulado (Salvamento de voto)

EFFECTOS DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Modificación del parámetro de control constitucional (Salvamento de voto)/EFFECTOS DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Cambio en la significación material de la Constitución (Salvamento de voto)/EFFECTOS DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Variación del contexto normativo objeto de control (Salvamento de voto)

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL Y UN NUEVO JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Procedencia cuando se plantea dentro de un nuevo contexto (Salvamento de voto)

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE EN EL ESTADO DE DERECHO-Alcance (Salvamento de voto)

ESTADO DE DERECHO-Concepto (Salvamento de voto)

El concepto de Estado de Derecho en la tradición jurídico-constitucional colombiana también

involucra un contenido material, determinado por la sujeción de todas las autoridades al respeto y materialización de los derechos fundamentales. Así, la amplia potestad de configuración de la que goza el Legislador en su producción normativa está limitado, y por lo tanto es una competencia y no un poder, no solo procedimentalmente, sino también por su contenido, el cual debe guardar identidad con la Constitución.

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Límites constitucionales (Salvamento de voto)

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Derecho a la autodeterminación reproductiva (Salvamento de voto)

La decisión de interrumpir un embarazo o no hacerlo tiene que ver con las más íntimas convicciones de la mujer gestante y por ello, el Estado no puede intervenir de manera tal que anule su libertad. Cabe anotar que la mujer debe ser capaz de decidir, pues es su cuerpo el que enfrenta los cambios, riesgos y afectaciones que pueden derivarse de la gestación. Ahora bien, si la intervención estatal tuviese fundamento en una convicción moral del valor de la vida humana, no solo se afectaría la libertad de conciencia y de religión de la mujer, sino también se transgredirían elementos esenciales del modelo democrático y social establecido en la Constitución Política de 1991, especialmente porque el Estado dejaría de ser laico.

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN LA CONSTITUCION POLITICA Y EN EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD (Salvamento de voto)

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Reconocimiento como derechos humanos y derechos constitucionales fundamentales (Salvamento de voto)

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Jurisprudencia constitucional (Salvamento de voto)

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES-Derecho fundamental de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo como derecho reproductivo (Salvamento de voto)

(...) el derecho fundamental a la IVE es un derecho reproductivo cuya esencia es la libertad de la mujer gestante de decidir si continua o no con su proceso de gestación humana, y de

acceder a servicios de salud -en caso de decidirlo- que garanticen su salud, vida e integridad física.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE-Desarrollo jurisprudencial (Salvamento de voto)

ABORTO-Penalización afecta derechos de las mujeres gestantes (Salvamento de voto)

La existencia del marco normativo penal vigente es indicativa de que, en la actualidad, no se encuentran las mujeres gestantes ante un equilibrio constitucional que articule adecuadamente sus derechos, el principio democrático que subyace la normativa penal y los deberes asociados a la salvaguarda de la dignidad humana. El resultado de este desequilibrio constitucional conlleva a la creación de escenarios de violencia institucional, vacíos e inseguridad jurídica que impiden, efectivamente, la realización del derecho fundamental a la IVE como expresión de los derechos reproductivos.

DERECHOS REPRODUCTIVOS-Necesidad de ampliar el margen de protección del derecho fundamental a la IVE (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente D-13255

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 122 de la Ley 599 de 2000 “[p]or la cual se expide el Código Penal”

Demandante: Natalia Bernal Cano

Magistrado ponente:

Antonio José Lizarazo Ocampo

En la sentencia C-088 de 2020, la mayoría de la Sala Plena declaró la inhibición de la Corte para emitir una decisión de fondo en relación con el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, por ineptitud sustantiva de la demanda. Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias, nos permitimos conjuntamente salvar el voto en relación con la sentencia de la referencia, postura que se explicará frente a cada uno de los asuntos que se plantean en este documento, a saber: (i) análisis sobre la aptitud de los cargos formulados en la demanda; (ii) análisis de la cosa juzgada constitucional frente a lo dispuesto en la sentencia C-355 de

2006; (iii) el deber de protección de los derechos sexuales y reproductivos que se deriva de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos; (iv) la actual configuración normativa del delito de aborto imposibilita el ejercicio de los derechos fundamentales reproductivos de las mujeres gestantes al acudir a la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. Lo cual, conlleva a la necesidad de ampliar el margen de protección del derecho fundamental a la IVE como expresión de los derechos reproductivos; (v) el mandato de optimización de derechos y el déficit de protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres gestantes; y (vi) conclusiones.

I. I. SOBRE LA APTITUD DE LOS CARGOS FORMULADOS EN LA DEMANDA

1. 1. A este tribunal le fue confiada con claridad y determinación la tarea central, en un Estado que se define como constitucional, de guardar la integridad y supremacía de la Carta Política. Esta misión, encomendada por el constituyente de 1991, supone para la Corte la extraordinaria responsabilidad de asegurar que los derechos, con amplitud reconocidos en ese texto, vivan en las prácticas diarias de autoridades y particulares. La promesa de que todos seríamos protegidos frente al exceso y frente al defecto, le impone a la Corte la carga de asegurar en el mayor grado posible, que ello ocurra en los casos que llegan a su conocimiento. En este sentido, el derecho a la libertad personal, aquel que en las sociedades pluralistas confiere la posibilidad de adoptar las decisiones más simples al tiempo que las más radicales acerca del modo de vivir, tuvo una nueva oportunidad de ser considerado por la Sala Plena. Esta vez a través de la protección de la vida humana en gestación y el significado que ella tiene desde una perspectiva constitucional. No era sin embargo el único asunto que se encontraba en juego, también la accionante puso de presente los efectos en el derecho de las mujeres a tomar las determinaciones sobre su cuerpo, su vida y su integridad, y los impactos en su salud.

2. Así, en opinión de los magistrados disidentes, la pretensión principal de la accionante lejos de fundar sus reproches en los condicionamientos de la sentencia C-355 de 2006, se basó en cuestionamientos al tipo penal, en especial, consideró que el sujeto activo del tipo penal no debe ser la mujer gestante, sino aquel que practique, colabore o promueva la práctica del aborto, en todos los casos, refiriéndose así a la comunidad médica y a todo aquel que asista a la mujer en dicho procedimiento, incluyendo hospitales y centros de salud. En este sentido, la demanda expresamente señala que no reprocha la despenalización de la interrupción

voluntaria del embarazo (IVE) en tres causales determinadas por la Corte, porque las mujeres sufren serias complicaciones de salud (físicas y mentales) que deben ser evitadas y no provocarse, por lo que las mujeres gestantes no deben ser penalizadas sino informadas y educadas. Para fundamentar sus reproches de constitucionalidad, a lo largo de su extensa demanda la ciudadana presentó las siguientes razones:

Norma presuntamente vulnerada y razones de vulneración

Razones de vulneración señaladas por la demandante

Primer eje: vulneración de los derechos del nasciturus entendido como persona humana desde el momento de la concepción.

La lectura de la norma acusada en la sentencia C-355 de 2006 debe ser reevaluada a la luz de las pruebas científicas actuales, que demuestran que debe considerarse como persona humana a los “niños y niñas en proceso de gestación”, a quienes se vulneran sus garantías a la vida, salud e integridad personal con las prácticas abortivas.

Segundo eje: violación de los derechos a la vida, a la salud, dignidad, y a la integridad de la “madre embarazada” y del “menor en etapa de gestación”, entre otros.

La norma demandada atenta contra la salud física y el equilibrio emocional de la mujer embarazada, y por consiguiente, contra la dignidad, integridad física y psicológica de “los niños y niñas por nacer”. El aborto genera efectos nocivos en la salud física y mental de la mujer, y el Estado desconoce su obligación de protección al “dejarla sola y no protegerla de la muerte cuando se complican los procedimientos de IVE”. El derecho a la información médica de las mujeres es fundamental en materia de aborto inducido. La falta de información médica completa vulnera los derechos a la autonomía, dignidad, integridad personal y libertad sexual de la mujer embarazada. La normatividad colombiana resulta insuficiente en la medida en que la orientación previa al procedimiento no es obligatoria ni suficiente. Se deben implementar campañas de información, que den cuenta del riesgo del aborto para la salud y vida de las mujeres.

Tercer eje: relación entre la legalización del aborto y el aumento progresivo de delitos

sexuales cometidos contra menores de edad

A partir de un análisis estadístico sobre las investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación sobre las agresiones sexuales registradas en Colombia con posterioridad a la despenalización del aborto en el año 2006, la demandante concluye que “[e]ntre más libertad haya en el Estado para abortar a los concebidos por violación, mayor es el número de víctimas en riesgo de violencia sexual”. De lo anterior, manifestó que el violador será irresponsable en tanto no haya hijos que le reclamen las obligaciones de la paternidad. Además, insiste en el reconocimiento de la personalidad jurídica del que está por nacer, pues si se reconoce a los seres en gestación como sujetos de derechos y obligaciones, y de esta manera, se restringen las libertades para abortar, “habrá menos niñas violadas”.

Cuarto eje: las causales para acceder al aborto generan una distinción injustificada entre hijos deseados y no deseados, y violan el derecho a la igualdad entre el ser indefenso y la mujer en estado de embarazo. Asimismo, “la selección de personas en razón de su discapacidad viola la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

La sentencia C-355 de 2006 y toda la jurisprudencia posterior violan el derecho a la igualdad en tanto toda persona desde la concepción, debe ser tratada con los mismos derechos. Sin embargo, el aborto en las 3 causales da prelación del derecho a la libertad de la mujer sobre la vida de su hijo, y transgrede el artículo 42 de la Constitución al darle un trato diferenciado a los “hijos concebidos por violación, (...) graves malformaciones [y] los hijos concebidos por mujeres que tienen problemas de salud”. En casos graves de discapacidad o malformación genética, cualquier anomalía puede ser vista como causal que justifica el aborto, lo que conlleva a la eliminación de seres humanos por su condición de discapacidad. Impedir el nacimiento de un grupo determinado de personas mediante las prácticas de aborto constituye una conducta proscrita por la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

Quinto eje: Artículo 86 de la Constitución.

Se está prohibiendo el uso de un mecanismo de protección de derechos fundamentales para reconocer como legales prácticas crueles, inhumanas y degradantes. Al permitir que las mujeres se hagan daño a sí mismas y a sus propios hijos, se está dando al mecanismo tuitivo

una finalidad diferente a la prevista.

Sexto eje: Numerales 1, 2, 4 y 7 del artículo 95 de la Constitución.

La permisión estatal de las torturas de aborto es contraria a los derechos humanos, los funcionarios judiciales no deben inhibirse ante reclamaciones legítimas que den cuenta de la existencia de seres indefensos. “Las mujeres mismas deben respetar los derechos de sus hijos por nacer”.

Normas respecto de las que reproduce el contenido de la Constitución Política

Artículo 4 y 15 de la Constitución Política.

B. Sobre la decisión de la mayoría de la Sala Plena de declarar la inhibición, por falta de aptitud de la demanda

3. Contrario a lo señalado por la decisión de la mayoría de la Sala Plena, consideramos que este tribunal perdió la valiosa oportunidad de examinar las cuestiones que había dejado abiertas la sentencia C-355 de 2006 y las problemáticas actuales. Lo anterior, por cuanto, contaba con elementos suficientes para abordarlas con base en los siguientes fundamentos (i) los tempranos y recientes pronunciamientos de este tribunal en relación con la interrupción voluntaria del embarazo; (ii) el conjunto de acusaciones de la demandante que permitían identificar nuevas perspectivas de la controversia; y (iii) las intervenciones de diferente origen y que con diversos tonos litigaban el asunto, los cuales también contaban con una amplia intervención ante la Corte Constitucional. Ese conjunto de circunstancias, concretaban la naturaleza participativa del proceso de control abstracto de constitucionalidad, ofrecían información suficiente para conocer el alcance y los efectos de la decisión que debía adoptarse y, finalmente, conferían legitimidad suficiente a este tribunal para pronunciarse.

4. A pesar de lo anterior, en la sentencia C-088 de 2020, la Sala Plena consideró que (i) las razones presentadas por la accionante no cumplen con los requisitos de “(i) Certeza, en la medida en que se basan en interpretaciones subjetivas del texto demandado (art. 122 C.P., según su condicionamiento en la Sentencia C-355 de 2006); (ii) Especificidad, debido a que están fundamentadas en argumentos genéricos y excesivamente vagos. (iii) Pertinencia,

porque las razones no plantean un problema de constitucionalidad sino de conveniencia o corrección de la norma interpretada, ofreciendo evidencia empírica que se construye a partir de concepciones personales, como fotografías, material audiovisual, literatura y entrevistas a terceros. (iv) Suficiencia, ya que las razones presentadas no son capaces de generar una duda inicial sobre la constitucionalidad del enunciado demandado, tal como fue condicionado por la Corte Constitucional. Adicionalmente el concepto de violación y la petición de la demanda no cumplen el requisito de (v) claridad, en la medida en que no guardan una coherencia argumentativa que permita entender en qué sentido la disposición acusada sería inconstitucional y cuál sería su justificación, así como, qué es lo que se pretendía con la demanda”. Asimismo, señaló que “la demandante no presentó argumentos suficientes para desvirtuar la existencia de cosa juzgada constitucional. [...] Así, la demanda debería haberse ocupado de demostrar que a pesar de que se haya dado un pronunciamiento previo, se configuró alguno de los supuestos que, de acuerdo con la jurisprudencia, debilitan los efectos de la cosa juzgada”.

5. En esta línea, en nuestra opinión, la demandante presentó argumentos que cumplían la aptitud de la demanda, específicamente en el segundo eje de argumentación, relacionados con: (i) el hecho de que el tipo penal de aborto conlleva a discriminar a las mujeres, en especial a las mujeres de escasos recursos. Asimismo, con el tipo penal (ii) no se persigue la finalidad ni la prevención, por lo que se continúa desprotegiendo al nasciturus. Aunado a los señalamientos presentados por la accionante, respecto de (iii) la falta de información a la mujer gestante, de educación sexual y de prevención, lo que conduce a serias afectaciones en la salud de la mujer gestante. Lo anterior, en la medida en que (i) habían razones claras, en tanto que de lo expuesto por la accionante se evidencia un hilo conductor que muestra preliminarmente una contradicción entre la norma demandada y la Constitución; (ii) las acusaciones eran ciertas, en la medida en que, la práctica de la IVE sobre la cual se predica la vulneración de derechos recae en un contexto normativo; (iii) los argumentos resultaban específicos, en la medida en que apuntan, concretamente, a una potencial vulneración de las garantías constitucionales de las mujeres gestantes, entre otros, derivado de un déficit de información y protección que atribuye al Estado; (iv) a juicio de los magistrados disidentes, los anteriores planteamientos resultaban pertinentes, en la medida en que planteaban un debate de naturaleza constitucional; y (v) eran suficientes en la medida en que, a partir de lo planteado, se suscitaban dudas sobre la constitucionalidad de las circunstancias que rodean el acceso y goce efectivo de los derechos fundamentales de las mujeres en situaciones de

embarazos no deseados.

C. Sobre la decisión de la mayoría de la Sala Plena de declarar la inhibición, por ausencia de carga argumentativa suficiente, y las razones por las cuales la Corte podría proceder a debilitar la cosa juzgada

7. La sentencia apoyada por la mayoría de la Sala Plena confunde dos temas relacionados pero distintos: la aptitud de la demanda y la cosa juzgada. A los ojos de la mayoría lo dispuesto en la demanda no da paso a cuestionar la cosa juzgada en la medida en la que se sugiere en la demanda. Esto último corresponde a la suficiencia de la demanda, en la cual le corresponde a este tribunal, ante asuntos que generen una duda sobre su constitucionalidad, emprender un examen para desvirtuar tales dudas, siendo a todas luces inaceptable escudarse en una mera formalidad para rechazar su examen. En este caso, dicha decisión desconoce que a pesar de la existencia de defectos de argumentación de la demanda, la misma ofrecía elementos de juicio mínimos que permiten interpretarla e identificar la tesis jurídica que se puso de presente a la Corte (artículo 22 del Decreto 2067 de 1991).

8. A pesar de no encontrarse reglamentado en el Decreto 2067 de 1991, la decisión de la mayoría determina un estándar específico de admisión de demandas de constitucionalidad que tengan como objetivo debilitar la cosa juzgada constitucional. Es de resaltar que dicha determinación no ha sido consistente en la jurisprudencia reciente de este tribunal. Por ejemplo, en la sentencia C-200 de 2019 se elevó el estándar de la demanda, basado en la sentencia C-007 de 2016, mientras que en sentencias posteriores, tales como la C-519 de 2019 no se hizo exigible el mismo estándar al ciudadano, y en dichos casos esta Corte decidió debilitar la cosa juzgada constitucional, a pesar de que la demanda no cumplía con el estándar propuesto en la mencionada sentencia C-200 de 2019. Esta incoherencia de la jurisprudencia desconoce el carácter informal de la acción pública de inconstitucionalidad.

9. En este caso, consideramos que la ciudadana -aun de haber sido aplicado el test de la sentencia C-200 de 2019- cumplió con una carga suficiente de argumentación que permitía a la corporación entender un concepto claro de vulneración de derechos de la mujer gestante y del nasciturus, sin que para llegar a dicho entendimiento -como se demostró anteriormente- la demandante hubiese recurrido a formulaciones abstractas y globales. Este hecho fue reconocido por los intervinientes en el proceso; algunos de ellos solicitaron la inhibición, sin

embargo, todos ellos pusieron de presente a la Corte como pretensión subsidiaria resolver uno de los primeros asuntos constitucionales, a saber, definir si se puede debilitar o no en el presente caso la cosa juzgada constitucional. Por lo que, aún en el caso de los intervinientes y conceptos técnicos, si había lugar a analizar, como uno de los debates constitucionales de fondo, sobre la existencia o no de cosa juzgada constitucional.

10. Queda la duda, entonces, si la mayoría de la Sala Plena consideraba la demanda inepta, o si por el contrario no quería emprender en ésta ocasión un análisis de fondo con base en una demanda que buscaba, vía la discusión del sujeto activo del tipo penal, la protección de los derechos del que está por nacer y mitigar los efectos en la salud de la mujer gestante. De ser este último, olvida esta decisión de inhibición la jurisprudencia constitucional, como por ejemplo, la famosa sentencia C-239 de 1997 con ponencia de Carlos Gaviria Díaz, en la que, al estudiar una demanda que solicitaba la eliminación de la reducción punitiva del homicidio por piedad, la Corte decidió en su lugar, otorgar un reproche punitivo mayor a la conducta por tratarse de un homicidio simple o agravado. En dicha ocasión este tribunal encontró que, contrario a lo alegado por el demandante, cuando se estuviera frente a enfermos terminales que dieran su consentimiento para la práctica de la eutanasia no había lugar a la criminalización de la conducta prevista en el Código Penal de 1980. Este ejercicio de la Corte evidencia una sana interpretación del libelo demandatorio fundada en el principio pro actione. De esta forma, en virtud de dicho principio, es claro que la Corte se encuentra habilitada “[p]ara interpretar el contenido de la demanda cuando a pesar de la existencia de defectos de argumentación la misma ofrece elementos de juicio mínimos que permiten identificar la tesis jurídica que se expone”, como se imponía en el presente caso.

11. Por lo que, consideramos que la Sala Plena en este caso tenía el camino propicio para confrontar los reproches de constitucionalidad formulados por la accionante, contra los preceptos constitucionales y aquellos que integran el bloque de constitucionalidad bajo los cuales se enmarcan los derechos sexuales y reproductivos.

. EL ANÁLISIS DE LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL FRENTE A LO DISPUESTO EN LA SENTENCIA C-355 DE 2006

12. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido pacífica en señalar, que de conformidad con el artículo 243 de la Constitución Política, y en aplicación a los principios de

buena fe y seguridad jurídica, las decisiones que adopta este tribunal en materia de control abstracto gozan del carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Esto quiere decir que, cuando la constitucionalidad de una norma ha sido objeto de estudio y decisión de fondo por parte de este tribunal, surge una prohibición para volver a conocer y decidir sobre lo ya resuelto. Dicha prohibición, establecida para la protección de la seguridad jurídica, es lo que se conoce como la institución jurídico procesal de la cosa juzgada constitucional.

13. Además, la jurisprudencia constitucional ha clasificado la tipología de la cosa juzgada constitucional, dependiendo del objeto controlado y el alcance del pronunciamiento anterior, en formal o material, absoluta o relativa, y aparente. En este sentido, ha explicado que hay cosa juzgada formal cuando la nueva demanda recae sobre el mismo texto normativo, o uno formalmente igual; material cuando se demanda una disposición jurídica que, si bien es formalmente distinta, presenta identidad en el contenido; absoluta cuando la primera decisión hubiere agotado cualquier debate constitucional sobre la norma demandada; relativa cuando fuere posible emprender un nuevo examen de constitucionalidad de la disposición juzgada, bajo la perspectiva de nuevas acusaciones; y aparente cuando, a pesar de haber adoptado una decisión de exequibilidad en la parte resolutive de un pronunciamiento anterior, ésta no encuentra soporte en las consideraciones contenidas en la sentencia.

14. En general, los efectos de la cosa juzgada dependerán de la decisión que se haya adoptado en el pronunciamiento anterior. Así, si la decisión fue de inexequibilidad, la Corte deberá rechazar la demanda por ausencia en el objeto de control, o estarse a lo resuelto en la decisión anterior, salvo que la razón de la inexequibilidad haya sido la ocurrencia de un vicio de carácter formal en el trámite de aprobación de la ley. En este último caso, la Corte puede pronunciarse sobre la exequibilidad de la norma solamente desde el punto de vista material. Si se declaró la exequibilidad, la Corte debe analizar cuál fue el alcance de la decisión previa, con la finalidad de establecer si el asunto que se plantea no ha sido resuelto, y por ende, debe emitirse un nuevo pronunciamiento de fondo, o si la problemática ya se decidió, deberá estarse a lo resuelto en la decisión anterior; en los casos de exequibilidad condicionada, la interpretación excluida del ordenamiento jurídico no podrá ser objeto de reproducción o aplicación en otro acto jurídico; y en los supuestos en los que la Corte ha adoptado una sentencia aditiva, la cosa juzgada implica que no se encuentra permitido reproducir una disposición que omita el elemento que la Corte ha juzgado necesario

adicionar.

15. Establecido lo anterior, era claro que frente a la existencia de una demanda apta, le correspondía a la Corte analizar los efectos de la sentencia C-355 de 2006, por medio de la cual la Corte condicionó la interpretación del artículo 122 del Código Penal, frente a los reproches de constitucionalidad formulados por la demandante. Bajo esta perspectiva, la Corte (i) podría regular el estudio de la cosa juzgada y señalar una regla especial para los casos de sentencias condicionadas. Esto, por cuanto la Corte es la competente para determinar los efectos de sus fallos. Así, podría señalar que de manera excepcional se puede volver a estudiar la constitucionalidad de una norma que fue declarada condicionalmente exequible cuando haya circunstancias fácticas nuevas que hagan que la norma condicionada haya dejado de ser constitucional. O bien, (ii) la Corte podría haber analizado la ausencia de una cosa juzgada formal y material, por cuanto, el contenido normativo demandado -artículo 122 del Código Penal- cambió como consecuencia del condicionamiento introducido por la Corte Constitucional; lo cual, se entendería como una norma distinta a la que fuera demandada en el año 2005. O bien, (iii) considerar la existencia de una cosa juzgada formal relativa, lo cual, abre la posibilidad al estudio de nuevos cargos o reproches de constitucionalidad que no hubiesen sido estudiados o decididos por la Corte en la mencionada sentencia C-355 de 2006.

16. En el caso que fue objeto de examen, consideramos que la disposición demandada no es la misma que fue objeto de examen en la sentencia C-355 de 2006. Si bien no creó un contenido normativo nuevo, sí determinó que la disposición acusada solo es exequible si se entiende de una manera determinada. En consecuencia, si bien ambas recaen sobre el artículo 122 del Código Penal, lo cierto es que la que se demandó en aquella ocasión no había sido interpretada por la Corte y por ende no se puede hablar de unidad de materia. Esto se puede ilustrar con base en ambas demandas:

C-355 de 2006: Norma demandada

D-13255: Norma demandada

ART. 122.—Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

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

ART. 122.—Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

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

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

17. Aún en gracia de discusión, se hubiese podido aplicar el debilitamiento a la fuerza de cosa juzgada de sus decisiones incluso respecto de providencias que disponen condicionamientos o adicionan las normas analizadas. Se impone entonces tener en cuenta no solo la norma original, sino además y en conjunto, con la decisión de exequibilidad previa: sólo bajo ese entendido puede comprenderse la norma como parte del sistema normativo. Ahora, un ejemplo de la fuerza y alcance normativo de los condicionamientos de exequibilidad, es el análisis efectuado recientemente por la Corte en la sentencia C-080 de 2018, en la que, al abordar la constitucionalidad del inciso tercero del literal (j) del artículo 79 del Proyecto de Ley Estatutaria de Administración en la Justicia Especial para la Paz, la Corte declaró la exequibilidad de esta disposición bajo el entendido de que la norma debía interpretarse en los términos del condicionamiento hecho por la Corte al artículo 22 del Decreto Ley 277 de 2017, en la sentencia C-025 de 2018.

18. Si bien la Corte ya efectuó un análisis constitucional sobre los derechos a la vida, salud, integridad y dignidad humana de la mujer gestante frente al artículo 122 del Código Penal, la

cosa juzgada puede excepcionarse por un cambio en el significado material de la Constitución Política, la variación en el contexto normativo y la modificación en el parámetro de control constitucional, como pasa a explicarse. En este contexto, es posible sistematizar los argumentos en los que se funda la lectura del contexto social en que se ejerce el derecho a la IVE -como faceta de los derechos reproductivos- en la actualidad, el cambio en el contexto normativo, así como en el parámetro de control, con fundamento en los cuales estimamos que se podría debilitar la cosa juzgada de la sentencia C-355 de 2006.

19. Cambio en el parámetro de control: En nuestra opinión, no cabe la menor duda que en relación con la IVE los organismos competentes de la supervisión y cumplimiento de los tratados de Derechos Humanos han realizado pronunciamientos sobre el alcance de embarazos no deseados, a partir de los cuales es posible establecer la connotación del debate actual a nivel internacional sobre la materia. En la sentencia C-355 de 2006 afirmó este tribunal que de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto, ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito. Sin embargo, los comités de seguimiento a algunos de los referentes normativos de derecho internacional de los derechos humanos tenidos en cuenta por la Corte en la mencionada sentencia consistentes en (i) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; (ii) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; (iii) la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW -; (iv) la Convención sobre los Derechos del Niño; y (v) la Convención Americana de Derechos Humanos, han publicado informes, recomendaciones y declaraciones con posterioridad al 10 de mayo de 2006 (fecha en la que fue proferida la mencionada sentencia). Para fines ilustrativos, a continuación se enuncian recomendaciones y pronunciamientos que permiten fijar pautas relevantes para la interpretación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, mismos que constituyen criterios obligatorios de interpretación de los derechos establecidos en estos instrumentos y en la Constitución:

Instrumento mencionado en la Sentencia C-355 de 2006

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2016) Observación General No 22 - derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del PIDESC) - Determina que “[l]a

accesibilidad de la información comprende el derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas relativas a cuestiones de salud sexual y reproductiva en general (...). Todas las personas y grupos, incluidos los adolescentes y jóvenes, tienen el derecho a recibir información con base empírica, sobre todos los aspectos de la salud sexual y reproductiva (...), entre ellos (...) el aborto sin riesgo y la asistencia posterior en casos de aborto”. Explica que los Estados deben adoptar “medidas legales y de políticas (...) [que] liberalicen las leyes restrictivas de aborto; garanticen el acceso de las mujeres y las niñas a servicios de aborto sin riesgo y asistencia de calidad posterior a casos de aborto, especialmente capacitando a los proveedores de servicios de salud; y respeten el derecho de las mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Comité de Derechos Humanos (2016) – Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de Colombia – Señaló que: “Si bien toma nota de las medidas adoptadas por el Ministerio de Salud para garantizar el acceso al aborto en los casos en los que se presente algunas de las circunstancias previstas en la sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional, al Comité le preocupan los informes sobre los obstáculos a los que se habrían enfrentado algunas mujeres en la práctica para acceder al aborto legal, incluyendo la invocación de la objeción de conciencia por el personal de salud sin remisiones apropiadas y su falta de capacitación adecuada. Al respecto, le preocupan también los informes sobre numerosos casos de abortos que se habrían llevado adelante de manera clandestina en condiciones inseguras poniendo en riesgo la vida y salud de las mujeres. Asimismo, le preocupa la información sobre las altas tasas de embarazo adolescente” (resaltado por fuera del texto original).

“(…) El Estado parte debe continuar e incrementar sus esfuerzos para garantizar el acceso efectivo y oportuno de las mujeres al aborto legal, incluyendo a través de la eliminación de los obstáculos que pudieran impedir dicho acceso, y para facilitar el acceso a información pública sobre cómo acceder al aborto legal. En particular, debe establecer un mecanismo efectivo de remisión para garantizar el acceso al aborto seguro en casos de objeción de conciencia de los profesionales de la salud y velar por que los profesionales de la salud que deban practicar los abortos reciban capacitación adecuada. El Estado parte debe revisar los efectos del marco normativo en las mujeres para asegurar que no tengan que recurrir a

abortos clandestinos que pongan en riesgo su vida y su salud. Asimismo, debe incrementar sus esfuerzos con miras a prevenir los embarazos no deseados, especialmente entre las adolescentes, y garantizar que las mujeres y las adolescentes puedan acceder a servicios adecuados de salud sexual y reproductiva en todo el país.” (énfasis propio del texto original).

Comité de Derechos Humanos (2019) – Observación General No 36: sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida – “Aunque los Estados partes pueden adoptar medidas destinadas a reglamentar la interrupción del embarazo, dichas medidas no deben resultar en la vulneración del derecho a la vida de la mujer embarazada o de sus otros derechos en virtud del Pacto, como la prohibición de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Por lo tanto, todas las restricciones jurídicas que limiten la capacidad de las mujeres para someterse a un aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro sus vidas ni exponerlas a dolores o sufrimientos físicos o psíquicos por cuanto ello supondría una vulneración del artículo 7 del Pacto. Los Estados partes deben facilitar un acceso seguro al aborto para proteger la vida y la salud de las mujeres embarazadas, y en las situaciones en que llevar a término el embarazo causaría a la mujer graves dolores o sufrimientos, sobre todo en los casos en que el embarazo es producto de violación o incesto, o el feto presenta una anomalía grave. Los Estados partes no deben regular el embarazo ni el aborto de manera contraria a su deber de velar por que las mujeres no tengan que recurrir a abortos peligrosos. [Por ejemplo, no deben adoptar medidas como penalizar los embarazos de las mujeres solteras, ni aplicar sanciones penales a las mujeres que se someten a un aborto o a los médicos que las asisten para hacerlo, cuando se prevea que la adopción de esas medidas va a suponer un aumento significativo de los abortos peligrosos.] Los Estados partes tampoco deben establecer requisitos excesivamente onerosos o humillantes para las mujeres que deseen someterse a un aborto. La obligación de proteger la vida de las mujeres contra los riesgos para la salud relacionados con los abortos peligrosos exige que los Estados partes garanticen a mujeres y hombres, y en particular a los adolescentes, acceso a información y educación sobre las opciones reproductivas y a toda una serie de métodos anticonceptivos. Los Estados partes también deben velar por que las mujeres embarazadas tengan acceso a servicios de atención de la salud adecuados, tanto prenatales como con posterioridad al aborto.”. (resaltado por fuera del texto original).

Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Comité CEDAW (2013): Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de Colombia - “El Comité expresa su preocupación por: a)La aplicación muy limitada del auto C-355 (2006) de la Corte Constitucional, el cual garantiza el acceso al aborto legal en caso de riesgo para la vida o la salud de la madre, de violación y de graves malformaciones del feto; las campañas públicas contra su aplicación por las altas autoridades del Estado parte; y la prevalencia de procedimientos de aborto invasivos y costosos; b)El elevado número de abortos realizados en condiciones de riesgo y la negativa de los profesionales de la salud a prestar a las mujeres servicios de atención después de un aborto; c)La alta prevalencia de embarazos entre las adolescentes” (resaltado por fuera del texto original).

Comité CEDAW (2014): Declaración del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre salud y derechos reproductivos: CIPD después de 2014 - “cuando un Estado parte no brinda servicios y se criminalizan algunos servicios que solamente demandan las mujeres, se configura una violación de los derechos reproductivos de la mujer y esto constituye discriminación contra las mujeres”

Comité CEDAW (2017): Recomendación General No 35- sobre la violencia por razón de género contra la mujer - Establece que “[l]as violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como (...) 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”.

Comité CEDAW (2019): Observaciones Generales sobre el noveno informe periódico de Colombia - El Comité reconoce los avances del Estado en prevenir la deserción escolar debido al embarazo, y recomienda redoblar esfuerzos para aumentar la permanencia de las niñas en la escuela, en particular en los niveles superiores, así como elaborar e introducir en todos los niveles de enseñanza asignaturas obligatorias que impartan información sobre salud y derechos sexuales y reproductivos. De cara a la sentencia SU-096 de 2018, preocupan al Comité los casos de proveedores de servicios que “cuestionan la legalidad del procedimiento, [niegan] estos servicios sin justificación, [solicitan] documentos adicionales que la ley no exige [e incumplen] las normas que rigen el recurso a la objeción de conciencia” . Manifiesta preocupación ante la falta de datos oficiales sobre el número exacto

de abortos practicados en condiciones inseguras, e insta al legislativo a: 1. Legalizar el aborto en las 3 situaciones previstas en la sentencia C-355 de 2006 y despenalizar la práctica en todos los demás casos. 2. Eliminar las barreras que impone el sistema de salud a las mujeres que buscan ejercer su derecho legal al aborto en las condiciones establecidas por la Corte Constitucional en su sentencia C-355 de 2006. 3. Poner en práctica una estrategia integral para aplicar y dar a conocer el protocolo para la prevención del aborto inseguro en poblaciones apartadas, y 4. Asegurarse de que la población adolescente tenga acceso a información precisa sobre su salud y sus derechos sexuales y reproductivos.

Declaración conjunta del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Comité CEDAW (2018) – “La salud sexual y reproductiva con un enfoque de DH reconoce que las decisiones de las mujeres sobre su propio cuerpo son en el marco de su autonomía y privacidad”. Se reitera el deber estatal de despenalizar el aborto de modo que se respete el ejercicio libre de la autonomía de las mujeres.

Convención de Belém do Pará

Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará sobre la implementación de la Convención a nivel hemisférico (2014) – declara que “persiste la existencia de leyes que perpetúan el ejercicio de la violencia contra mujeres, niñas y adolescentes, y las revictimizan violando sus derechos sexuales y reproductivos tales como: el mantenimiento de las restricciones en el acceso al aborto en condiciones seguras y las prohibiciones absolutas con respecto al mismo, o la denegación de acceso a los cuidados posteriores al aborto que contravienen la prohibición de la tortura y los malos tratos (...) recomienda (...) Garantizar la salud sexual y reproductiva de las mujeres y su derecho a la vida, eliminando el aborto inseguro y estableciendo leyes y políticas públicas que permitan la interrupción del embarazo en, por lo menos, los siguientes casos: i) cuando la vida o salud de la mujer esté en peligro, ii) cuando exista inviabilidad del feto de sobrevivir, y iii) en los casos de violencia sexual, incesto e inseminación forzada”. (resaltado por fuera del texto original).

Convención sobre los Derechos del Niño

Comité sobre los Derechos del Niño (2015): Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Colombia – “El Comité toma nota de la creación de la Estrategia Nacional para la Prevención del Embarazo en la Adolescencia. Sin embargo, aún

le preocupa (...) Las denuncias de múltiples obstáculos a los servicios de aborto legal, o de denegación injustificada de acceso a los mismos, y el hecho de que las autoridades y el personal médico se nieguen a acatar las decisiones correspondientes de la Corte Constitucional. (...) el Comité recomienda al Estado parte que (...) Vele por que las niñas tengan acceso al aborto legal de conformidad con la sentencia C-355 de la Corte Constitucional, en particular elaborando un mecanismo de supervisión del cumplimiento de la sentencia, asegurándose de que las opiniones de la niña siempre se escuchen y respeten en las decisiones relativas al aborto, brindando acceso efectivo a la justicia a las niñas a las que se les niegan esos servicios y sancionando a los responsables” (resaltado por fuera del texto original).

Comité de los Derechos del Niño (2016): Observación General No. 20- sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia - El Comité “Insta a los estados a que despenalicen el aborto para que las niñas puedan, en condiciones seguras, abortar y ser atendidas tras hacerlo, así como a que revisen su legislación para asegurar que se atienda el interés superior de las adolescentes embarazadas y se escuche y se respete siempre su opinión en las decisiones relacionadas con el aborto” (resaltado por fuera del texto original).

Convención Americana de Derechos Humanos

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2010): acceso a servicios de salud materna desde una perspectiva de derechos humanos - “La Comisión ha recibido información que indica que miles de mujeres en las Américas ven afectado su derecho a la integridad personal en el acceso a servicios de salud que sólo ellas requieren, generándose desigualdades entre hombres y mujeres con respecto al disfrute de este derecho. Estas desigualdades se manifiestan en la falta de provisión de servicios adecuados para atender sus necesidades biológicas específicas relacionadas con su función reproductora, así como en patrones socioculturales discriminatorios que causan situaciones de riesgo para la salud de las mujeres (...) En sus visitas, la CIDH ha verificado la situación de la salud materna en algunos países y presentado recomendaciones a los Estados para abordar algunos de los problemas más relevantes vinculadas con la protección al derecho a la integridad personal (...) También se ha referido al aborto como un problema muy serio para las mujeres, no sólo desde un punto de vista de salud, sino también de sus derechos humanos a la integridad y a la privacidad” (resaltado por fuera del texto original).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011): acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos – “conforme a las obligaciones de respeto y garantía que la CIDH impone, y bajo los principios de igualdad y no discriminación, los Estados deben garantizar que las mujeres tengan acceso a información oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa en materia reproductiva, que incluye información sobre los servicios de salud sexual y reproductiva que se ofrezcan legalmente.” (resaltado por fuera del texto original).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017): exhorta a todos los Estados a adoptar medidas integrales e inmediatas para respetar y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. “la CIDH insta a los Estados de la región que aún no cuentan con un marco normativo adecuado a adoptar legislación dirigida a garantizar a las mujeres el ejercicio efectivo de sus derechos sexuales y reproductivos, en el entendido que la denegación de la interrupción voluntaria del embarazo en determinadas circunstancias constituye una vulneración a los derechos fundamentales de las mujeres, niñas y adolescentes” (resaltado por fuera del texto original).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019): Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe – “la Comisión reitera que los Estados tienen el deber de eliminar todos los obstáculos de jure y de facto que impiden el acceso de las mujeres a servicios de salud materna, salud sexual y salud reproductiva que ellas requieren, incluyendo información y educación en el ámbito de la salud sexual y reproductiva. Estas medidas han de tener en cuenta la situación de especial riesgo, desprotección y vulnerabilidad de niñas y de adolescentes, así como de las mujeres en particular situación de exclusión y alinearse con los estándares interamericanos en la materia” (resaltado por fuera del texto original).

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014): Observación General No 1 (2014) – igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12 de la Convención)

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014): Establece como deber de los Estados “examinar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la

autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona”.

20. En este sentido, para los magistrados disidentes es evidente que existe una clara evolución en el consenso del derecho internacional de los derechos humanos. En el año 2006, se apoyó la despenalización al menos en tres casos en los que es claro que se pone en riesgo la salud, la vida y la dignidad de la mujer gestante. Actualmente, los diferentes comités creados bajo tratados internacionales ratificados y vinculantes para Colombia, han interpretado la necesidad de legalizar el aborto, reprochando su penalización, como un mandato de los derechos humanos que conlleva a la protección de la salud, igualdad y dignidad de las mujeres, ampliando el reconocimiento de los efectos sociales de la criminalización. Asimismo, lo dispuesto en dichos instrumentos permite inferir que la penalización del aborto, aún en casos en los que se establezcan causales eximentes de responsabilidad, no pueden ser tenidas como una forma válida de proteger la salud y los derechos humanos de las mujeres. Igualmente, dichas recomendaciones de derechos humanos han establecido límites al poder de configuración en materia de política criminal basados en principios de razonabilidad y proporcionalidad, por cuanto, la acción del Estado en relación con el aborto impacta no sólo los derechos humanos, sino también la libertad y la salud de las mujeres gestantes. Los estándares de derecho internacional de los derechos humanos requieren la creación de medidas efectivas que protejan contra las arbitrariedades u obstáculos a información, denegación o acceso al sistema de salud, entre otros.

21. Adicional a lo anterior, se observan los siguientes instrumentos posteriores al año 2006, mismos que a pesar de no ser vinculantes para Colombia, evidencian aspectos relevantes en la discusión y tendencia internacional sobre la práctica de la IVE:

Instrumento

Disposición relevante

Primera Conferencia Regional de Población y Desarrollo – Consenso de Montevideo (2013)

Acuerdo 14: Dar prioridad a prevenir el embarazo en la adolescencia y eliminar el aborto inseguro, mediante la educación integral para la sexualidad, y el acceso oportuno y confidencial a la información, asesoramiento, tecnologías y servicios de calidad, incluida la

anticoncepción oral de emergencia sin receta y los condones femeninos y masculinos.

Acuerdo 40: Eliminar las causas prevenibles de morbilidad y mortalidad materna, incorporando en el conjunto de prestaciones integrales de los servicios de salud sexual y salud reproductiva medidas para prevenir y evitar el aborto inseguro, que incluyan la educación en salud sexual y salud reproductiva, el acceso a métodos anticonceptivos modernos y eficaces y el asesoramiento y atención integral frente al embarazo no deseado y no aceptado y, asimismo, la atención integral después del aborto, cuando se requiera, sobre la base de la estrategia de reducción de riesgo y daños.

Acuerdo 42: Asegurar, en los casos en que el aborto es legal o está despenalizado en la legislación nacional, la existencia de servicios de aborto seguros y de calidad para las mujeres que cursan embarazos no deseados y no aceptados e instar a los Estados a considerar la posibilidad de modificar las leyes, normativas, estrategias y políticas públicas sobre la interrupción voluntaria del embarazo para salvaguardar la vida y la salud de mujeres y adolescentes, mejorando su calidad de vida y disminuyendo el número de abortos.

Acuerdo 43: Asegurar el acceso efectivo de todas las mujeres a la atención integral en salud en el proceso reproductivo, específicamente a atención obstétrica humanizada, calificada, institucional y de calidad, y a servicios óptimos de salud de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, así como a servicios que integren la interrupción del embarazo en los casos previstos por la ley y garantizar el acceso universal a técnicas de fertilización asistida.

Declaración de expertos de las Naciones Unidas en el marco del Día de Acción Global por el Aborto Legal y Seguro (2018)

“Negar el acceso al aborto libre y seguro es discriminatorio y repercute en la estigmatización de las mujeres”.

Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (2011): “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” (resaltado por fuera del texto original).

Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (2016): “las mujeres y las niñas se enfrentan a considerables dificultades para acceder a los servicios de aborto legal por las trabas administrativas y burocráticas, la negativa por parte de los profesionales sanitarios a respetar los protocolos médicos que garantizan los derechos jurídicos, así como por las actitudes negativas y la incompetencia o el desinterés oficiales (A/HRC/22/53). Denegar el acceso al aborto seguro y someter a las mujeres y niñas a actitudes humillantes y sentenciosas en esas situaciones de extrema vulnerabilidad y en las que es esencial acceder en el plazo debido a la asistencia sanitaria equivale a tortura y malos tratos. Los Estados tienen la obligación afirmativa de reformar las leyes restrictivas sobre el aborto que perpetúan la tortura y los malos tratos al negar a las mujeres el acceso al aborto y la asistencia en condiciones de seguridad” (resaltado por fuera del texto original).

22. De lo anterior es posible concluir que, los avances en materia de protección a la IVE que se han dado a nivel internacional, constituyen un parámetro relevante de interpretación en el contexto actual que permiten reevaluar la constitucionalidad de su tipificación como delito de aborto en la actualidad. La evolución de los instrumentos internacionales en materia de interrupción voluntaria del embarazo, da cuenta del contexto en el que debe efectuarse la valoración de la prohibición del aborto en Colombia, en la medida en que (i) propenden por la liberalización en las leyes restrictivas o que establecen la penalización del aborto; (ii) señalan la continuación forzada del embarazo como una violación a los derechos sexuales y reproductivos; (iii) se refieren al deber estatal de despenalizar el aborto de forma tal que respete el libre ejercicio de la autonomía de las mujeres; (iv) se advierte la importancia de la prevención en la deserción escolar a causa del embarazo no deseado y la permanencia de las niñas en la escuela, en particular en los niveles superiores; (v) se expresa preocupación por los casos de proveedores de salud que niegan el acceso a servicios de IVE en el Estado colombiano, e insta al legislativo a legalizar el aborto en los casos previstos en la sentencia C-355 de 2016 y despenalizar la práctica de la IVE en todos los demás casos; y (vi) señalan la necesidad de eliminar el aborto inseguro o ilegal. En la medida en que estos conceptos y

resoluciones conforman el bloque de constitucionalidad, este cambio en el parámetro de control constituye una razón para considerar que de existir, se hubiese debilitado en este caso concreto la cosa juzgada constitucional.

23. Cambio en el contexto normativo: Como fue puesto de presente por la demandante y algunos de los intervinientes, con posterioridad a la expedición de la sentencia C-355 de 2006 se han proferido un total de 17 sentencias de tutela relacionadas con la IVE. De dicho número, señala la Sala que 14 han determinado, o reiterado, el contenido y alcance del derecho a la IVE y sus componentes esenciales, al punto, de llegar a reconocer expresamente su carácter fundamental en la jurisprudencia. Al respecto, la Sala Plena dijo en sentencia SU-096 de 2018 que “[l]a conclusión según la cual la prohibición absoluta del aborto es violatoria de los derechos constitucionales de las mujeres implicó, al mismo tiempo, el reconocimiento de que la interrupción voluntaria del embarazo, en los tres casos identificados por la Corte, integra el contenido ius fundamental de los postulados superiores comprometidos. Su íntima vinculación con la dignidad humana, su posibilidad de traducción y concreción en derechos subjetivos y su sólido respaldo en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, comportó, además, su adscripción dentro del conjunto de derechos sexuales y reproductivos (...) Así lo explicó esta Corporación en la decisión T-585 de 2010 (...)”.

24. Así mismo, la calidad de fundamental del derecho a la IVE ha sido reconocida en sentencias de control abstracto. Por ejemplo, en sentencia C-754 de 2015, al referirse a la atención integral en salud para mujeres víctimas de violencia sexual en el marco del conflicto armado, esta corporación dijo que “Es importante advertir que la provisión de servicios de salud sexual y reproductiva no solo hace parte de los deberes del Estado en el ámbito del derecho a la salud, sino que además, esta Corporación ha determinado que la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en los tres casos establecidos en la Sentencia C-355 de 2006, que incluye el aborto en supuestos de violencia sexual, es un derecho fundamental de las mujeres, como un derecho reproductivo (...)”.

25. Adicional a ello, observa la Corte que la categoría en que se inscribe este derecho, denominada como derechos sexuales y reproductivos, ha tenido a su vez, un desarrollo jurisprudencial, en virtud del cual se ha determinado que estas garantías gozan de dos dimensiones, a saber: (i) una relacionada con la libertad, que supone la imposibilidad del

Estado y de la sociedad de imponer restricciones injustificadas en contra de las determinaciones adoptadas por cada persona; y (ii) una prestacional, que implica la responsabilidad del Estado, de adoptar medidas positivas para garantizar el goce efectivo del derecho. Concretamente, sobre los derechos reproductivos, en los cuales se ha enmarcado recientemente la IVE, se ha explicado que éstos constituyen la facultad de adoptar decisiones libres e informadas, sobre la posibilidad de procrear o no, y cuándo o con qué frecuencia hacerlo.

26. De esta manera, se tiene que después de proferida la sentencia C-355 de 2006, hasta el día de hoy, operó una modificación en el contexto normativo en el cual se inscribe el artículo 122 del Código Penal, esto es, el ordenamiento jurídico colombiano, en la medida en que la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional, en desarrollo de su función de fijar el contenido y alcance de los derechos fundamentales, ha otorgado la calidad de fundamental al derecho a la IVE, ha definido sus componentes esenciales, así como desarrollado las dimensiones y el contenido de los derechos sexuales y reproductivos. El derecho fundamental a la IVE -en su faceta de derecho reproductivo- se articula con la garantía de otros derechos fundamentales de las mujeres, en especial, libertad, dignidad, igualdad, autonomía y salud. Lo que conlleva, a que en el estudio que se haga sobre el artículo 122 del Código Penal, deberán tenerse en cuenta nuevos pronunciamientos sobre la esencia, naturaleza y alcance del derecho fundamental, decisiones judiciales que son vinculantes en el ordenamiento jurídico, y a que las interpretaciones que se realicen sobre la IVE busquen la garantía integral de dichos derechos. Así mismo, es importante señalar que el cambio de dicho contexto normativo comprende la expedición de la Ley 1257 de 2008, que tuvo por objeto garantizar a todas las mujeres una vida libre de violencia y el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico. En este ordenamiento, se definió la violencia contra la mujer como “cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos”. En este sentido, cobran relevancia las definiciones de daño psicológico y sufrimiento físico incorporados en ese ordenamiento.

27. Cambio en el significado material de la Constitución: Del acervo probatorio aportado al proceso, es posible afirmar que ha variado el contexto sociopolítico en que se inscribe el derecho fundamental a la IVE, en la medida en que se constata una evolución en la lectura del contexto y la evidencia empírica que ha dado pie a la expedición de la jurisprudencia

posterior de esta corporación, la cual ha dado cuenta de la dificultad en el acceso al derecho fundamental por parte de las mujeres gestantes en situaciones de embarazos no deseados.

28. En primer lugar, como se dijo anteriormente, en el contexto social se ha dado cuenta de que las mujeres en escenarios de embarazos no deseados tienen un derecho fundamental a la IVE que se han visto en dificultad de ejercer, y ello ha conllevado a que la jurisprudencia constitucional tenga que ocuparse tanto de reiterar el carácter vinculante de la sentencia C-355 de 2006, como de fijar el contenido y alcance de dicho derecho fundamental por medio de fallos de tutela, en los que han podido evidenciarse como trabas impuestas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) para el goce efectivo del derecho, entre otras, el desconocimiento del marco constitucional y normativo derivado de la sentencia C-355 de 2006, la dualidad del aborto como un delito y la práctica de la IVE como un derecho fundamental de las mujeres, las dilaciones injustificadas, ausencia de protocolos, abusos de la objeción de conciencia, suscripción de pactos individuales o conjuntos con el objetivo de negarse a la práctica de la IVE, descalificación de conceptos médicos, exigencia de requisitos adicionales, interpretación de la causal salud, falta de capacitación de personal, imposición de límites de tiempo, existencia de estigmas y prejuicios frente a quienes practican y quienes solicitan la práctica de la IVE.

29. Si bien dichas situaciones son atribuibles al actuar negligente de los operadores del SGSSS, jueces y el Estado, se pone en duda la efectividad en la protección de los contenidos mínimos del derecho a la libertad, autonomía, igualdad y dignidad de las mujeres gestantes, cuando estas acuden a la práctica de la IVE. Por esto, no se puede desconocer que (i) actualmente existe un derecho fundamental reconocido en la jurisprudencia, pero limitado en su aplicación, el cual a la vez se encuentra tipificado como delito. Esta paradoja, a la luz de los postulados que inspiraron la declaración de exequibilidad condicionada en el año 2006, y el mandato de optimización de derechos fundamentales, resulta grave y contradictoria por su carácter restrictivo y limitativo de la autonomía de la mujer; (ii) existe una dificultad para los profesionales de la salud, en saber a ciencia cierta lo que pueden y no pueden hacer, en cuanto a las dudas que surjan sobre la configuración de la causal; (iii) se presentan abusos en quienes están a cargo de determinar la configuración de las causales, generando trabas de acceso, las cuales tienen una alta trascendencia en la medida en que con cada día que pasa, la gestación avanza; y (iv) las anteriores situaciones generan un impacto negativo en el goce y ejercicio de la garantía de los derechos fundamentales de las mujeres con embarazos

no deseados que recurren a la práctica de la IVE, haciendo contingente y nugatorio el derecho de la mujer a decidir sobre la continuidad de su embarazo, en los términos de la sentencia C-355 de 2006 y exponiéndola a riesgos innecesarios y desproporcionados en su salud.

30. En segundo lugar, es importante mencionar que la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado Colombiano recomendó en el año 2012 despenalizar todas las conductas que redunden en afectaciones de los derechos de las mujeres. La Comisión afirmó que en materia de IVE la política se ha caracterizado por una sobre-criminalización de las mujeres y aunque reconoce que la decisión de la Corte de 2006 es razonable, señala que la misma no está a la altura de los estándares internacionales ni de los compromisos de Colombia que se orientan a eliminar las disposiciones legales y prácticas que impidan el pleno ejercicio de los derechos reproductivos. Adicionalmente, consideró que la sentencia C-355 de 2006 fue muy restrictiva, por lo que propicia abortos inseguros y clandestinos. Como resultado de lo anterior, la Comisión recomendó que el Estado puede y debe avanzar en una más vigorosa despenalización del aborto y que esta sería constitucionalmente posible y recomendable. Por último, la Comisión señaló que las leyes menos restrictivas se asocian con menos abortos inseguros y con menores tasas de aborto.

31. Con fundamento en lo anterior, si bien en opinión de los magistrados disidentes los efectos de la sentencia C-355 de 2006, de cara a nuevos reproches de constitucionalidad, representan uno de los retos de la Corte, consideran que se pudo evidenciar con suficiencia en la demanda, así como en las intervenciones y conceptos técnicos solicitados en el curso del proceso, un conjunto de hechos sociales, prácticas administrativas, decisiones judiciales e instrumentos internacionales que habilitaban a la Corte juzgar el artículo demandado, y si se quiere, debilitar la cosa juzgada constitucional. De esta forma, no cabe duda alguna que la Corte ha debido emprender en esta oportunidad, tal y como otros tribunales del mundo lo han hecho, el trabajo de ponderar los derechos de las mujeres gestantes con el deber de proteger la vida humana. Destacamos que la vida humana no tiene una sola etapa. La vida se desarrolla, se conforma, se vuelve compleja. El sentir o el ser consciente puede ser en muchos casos relevante. Por ello, insisten los magistrados disidentes, en que resultaba necesario realizar una nueva ponderación que tomara en consideración los cambios en el contexto normativo, fáctico y social acerca de los efectos de la prohibición penal. Ante la evidencia, la decisión de la mayoría de la Sala Plena dio la espalda a un asunto de la mayor

trascendencia, esto es, el deber de protección de los derechos sexuales y reproductivos que se deriva de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos, como se expone en detalle a continuación.

. EL DEBER DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS QUE SE DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

32. Consideramos de relevancia destacar algunos aspectos sobre el derecho fundamental a la IVE como expresión de los derechos reproductivos, y destacar la angustiosa situación a la que se enfrentan las mujeres gestantes en el ejercicio de su derecho. De lo ya visto, es claro que el Estado colombiano tiene la obligación de proteger el acceso y goce de dichos derechos de forma efectiva, lo cual no se cumple debido a la existencia de interpretaciones restrictivas o barreras que se derivan de la tipificación del aborto como delito. A lo largo de la jurisprudencia de este tribunal, ha sido posible evidenciar que existen claros límites de acceso de manera oportuna y segura a servicios de la IVE, lo cual no deja duda sobre (i) el desconocimiento de los derechos reproductivos de las mujeres gestantes, junto con la garantía de otros derechos protegidos a su libertad, igualdad y autonomía; y (ii) la realidad actual en el sentido de compartir su soberanía reproductiva con terceros: el Estado, los prestadores del servicio de salud, la sociedad patriarcal y los jueces. Para contextualizar nuestro entendimiento, respecto del deber de protección, procederemos a (A) definir el alcance del derecho fundamental a la IVE como derecho reproductivo en el Estado de Derecho; (B) el Estado laico y los derechos fundamentales de las mujeres gestantes, como límites constitucionales a la potestad de configuración del Legislador en tratándose de derechos sexuales y reproductivos, entre ellos, el derecho fundamental a la IVE; y (C) el artículo 122 de la Ley 599 de 2000 y la protección del bien jurídico a la vida, como decisión del Legislador dentro su amplia potestad de configuración en materia de política criminal, y la imposibilidad de las mujeres gestantes de ejercer su derecho a la IVE, como faceta del derecho fundamental reproductivo.

A. A. El derecho fundamental a la IVE como derecho reproductivo en el Estado de Derecho

33. En nuestra opinión, no cabe la menor duda sobre la relevancia de la protección de los derechos sexuales y reproductivos, en especial, el derecho fundamental a la interrupción

voluntaria del embarazo como derecho reproductivo en el marco de un Estado de Derecho. Si bien la discusión sobre el alcance del concepto de Estado de Derecho es uno de los asuntos más debatidos dentro de la teoría constitucional y la teoría jurídica, es innegable que esta Corte ha desarrollado un constructo de lo que hoy puede entenderse por dicho término, y que se erige en la base del constitucionalismo colombiano actual. Para empezar, y siguiendo la definición “formal” del concepto de Estado de Derecho, se ha reconocido en nuestra tradición jurídica que un componente esencial de este término es la sujeción y la limitación del poder público por medio de la ley. En efecto, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que “en un Estado de Derecho todo poder es una simple competencia jurídica, esto es, una facultad conferida en una norma, delimitada en su contenido por la misma disposición y condicionada por ella en cuanto a sus fines, a la oportunidad y circunstancias para ponerla en acto, así como los procedimientos y formas para que su ejercicio sea regular”. Así, en nuestro ordenamiento jurídico, de tiempo atrás, existe una idea de Estado de Derecho que incorpora el principio de legalidad y la separación de poderes.

34. Esta visión “formal” del Estado de Derecho parece no condicionar el contenido de los actos normativos de las autoridades, incluyendo el Legislador. Sin embargo, tal aproximación desconocería una tradición jurídica del constitucionalismo colombiano, como lo es la vigencia y la eficacia de los derechos fundamentales. En efecto, no ha sido ajena a las distintas constituciones en nuestra historia la presencia de una Carta de Derechos, pero debe resaltarse que desde el año 1910, con la introducción de la acción pública de inconstitucionalidad, el respeto de los derechos constitucionales se convirtió en una condición indispensable -sine qua non- para la validez de las normas jurídicas. De manera que, al instituir el control constitucional sustancial de las leyes, no solo se revistió al juez constitucional del poder de defender la soberanía popular, sino que se le introdujo un límite material a la competencia del Legislador al ejercer su facultad de producción normativa: la obligación de desarrollar y respetar los derechos fundamentales. Puede decirse entonces que el concepto de Estado de Derecho en la tradición jurídico-constitucional colombiana también involucra un contenido material, determinado por la sujeción de todas las autoridades al respeto y materialización de los derechos fundamentales. Así, la amplia potestad de configuración de la que goza el Legislador en su producción normativa está limitado, y por lo tanto es una competencia y no un poder, no solo procedimentalmente, sino también por su contenido, el cual debe guardar identidad con la Constitución.

35. Así, la validez de la decisión legislativa y su sustento democrático quedan en entredicho cuando se adoptan decisiones que trasgreden las condiciones imperativas de un Estado Social, constitucional y democrático de Derecho, cuya profundización y compromiso con su eficacia es la que entraña el proyecto del Estado Social de Derecho, como son el respeto de los derechos fundamentales, la separación de poderes y la democracia misma, y cuando en general se transgrede el orden constitucional vigente. El ejercicio de la función legislativa debe no sólo producir normas en desarrollo de una competencia y un procedimiento válidos, sino que debe tener en cuenta consideraciones sustanciales derivadas del orden constitucional vigente y del contenido de los derechos fundamentales. Es así como, nuestra tradición jurídica no sólo incorpora la idea de -límites al Estado-, sino que también busca empoderar a los ciudadanos, en especial a quienes están excluidos del proceso de deliberación democrática, y que a su turno son vistos en la sociedad como ciudadanos de segunda categoría.

36. En efecto, las garantías formales y materiales del Estado de Derecho, tal como se ha construido en nuestro contexto, constituyen un conjunto cuyo fin es salvaguardar la libertad y la dignidad de los asociados. La idea de la generalidad de la ley va asociada con una idea de igualdad -incorporada en el catálogo de derechos fundamentales-, la cual impide que se relegue a un grupo a ser ciudadanos de segunda categoría. Es decir, a ser ciudadanos que, aun estando sujetos a la misma ley y bajo un mismo ordenamiento constitucional, obtienen una respuesta diferente del Estado en el ejercicio de sus derechos, haciéndolos más gravosos, o prácticamente inexistentes. Esta misma situación, se da cuando el Estado, existiendo herramientas menos gravosas, recurre a la fuerza o a la criminalización como primera respuesta a los ciudadanos que válidamente se preguntan por qué una norma es derecho para ellos, más aún cuando ésta parece ir en contra de su autonomía y su estatus como miembros en igualdad de condiciones del pacto constitucional. Sin duda, los tribunales constitucionales deben ser independientes del proceso de deliberación democrática. Sin embargo, la existencia de los mismos conlleva en algunos casos a la adopción de decisiones que eliminen normas creadas bajo dicho proceso, con el objetivo de garantizar ciertos derechos y principios respecto de los caprichos de las mayorías.

37. Un ejemplo de cómo el ordenamiento jurídico en ocasiones impone cargas desproporcionadas a la mujer por el solo hecho de serlo, obligándola a ser un ciudadano de segunda categoría, o por cuestiones intrínsecas a su naturaleza, fue encontrado por esta

Corte al analizar la aplicación del IVA a los tampones y toallas higiénicas. En efecto, en la sentencia C-117 de 2018, este tribunal determinó que este gravamen, a pesar de tener una tarifa diferencial inferior al 19% de la tarifa general, comportaba una discriminación a las mujeres con fundamento en su género al ser productos insustituibles y de uso imperativo en la menstruación. Concluyó la Sala Plena en dicha sentencia que “la afectación del principio de equidad tributaria incide directamente en la garantía del derecho a la igualdad material de las mujeres, en especial, de escasos recursos, puesto que establece barreras en la adquisición de tecnologías de la dignidad”. En este contexto, tanto el principio constitucional de igualdad y normas internacionales de derechos humanos, como el artículo 5 de la CEDAW, exigen identificar, analizar y eliminar estos escenarios normativos que previenen a las mujeres del pleno goce de sus derechos fundamentales, muchas veces haciendo necesaria la implementación de acciones afirmativas.

38. En consonancia con lo anterior, además de la debida observancia del procedimiento legislativo y de la ‘forma de ley’, resulta imperativo, entonces, aplicar las claras normas de derecho internacional de los derechos humanos antes expuestas y que nos vinculan a nivel constitucional (art. 93 superior), así como mandatos que establecen el deber de garantizar los derechos sexuales y reproductivos. Una clara construcción y entendimiento a la adopción de medidas que garanticen los derechos de las mujeres gestantes. Adicional a esto, otras fuentes de derecho como la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina (art. 230 superior), ilustran la acción que deben seguir las autoridades al diseñar sus normas sobre el derecho fundamental a la IVE como derecho reproductivo, e incluso la actividad del juez constitucional al abordar el análisis de ésta.

B. El Estado laico y los derechos fundamentales de las mujeres gestantes, como límites constitucionales a la potestad de configuración del Legislador en tratándose de derechos sexuales y reproductivos

40. Sobre el particular, cabe hacer una especial referencia en relación con la libertad de la mujer gestante de decidir o no sobre la interrupción voluntaria del embarazo, le corresponde al Estado el deber garantizar la libertad de conciencia y religión de la mujer, reservándole esferas en las que ella pueda adoptar una decisión de manera autónoma. Los valores o creencias relacionados con estas libertades, obviamente, pueden servir como sustento de la elección individual, pero no pueden ser impuestos por un tercero, y por sobre todo, no

pueden ser objeto de definición colectiva. La Constitución se inspira en consideración de la persona como sujeto moral, capaz de asumir de forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que en primer término a ella le incumben, debiendo el Estado limitarse a imponer deberes, en principio, en función de los demás sujetos con quienes convive, y por tanto, si cada mujer gestante decide o no interrumpir su embarazo bajo sus propias convicciones, no pueden verse forzadas a adoptar una u otra decisión, con el argumento inadmisibles de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso o moral. La decisión de interrumpir un embarazo o no hacerlo tiene que ver con las más íntimas convicciones de la mujer gestante y por ello, el Estado no puede intervenir de manera tal que anule su libertad. Cabe anotar que la mujer debe ser capaz de decidir, pues es su cuerpo el que enfrenta los cambios, riesgos y afectaciones que pueden derivarse de la gestación. Ahora bien, si la intervención estatal tuviese fundamento en una convicción moral del valor de la vida humana, no solo se afectaría la libertad de conciencia y de religión de la mujer, sino también se transgredirían elementos esenciales del modelo democrático y social establecido en la Constitución Política de 1991, especialmente porque el Estado dejaría de ser laico.

41. En este contexto, como jueces constitucionales no estamos llamados a fijar o imponer valoraciones sobre los efectos positivos o negativos de la interrupción voluntaria del embarazo, su efecto filosófico o religioso, o si las mujeres deben o no acudir a la misma. Por el contrario, es evidente que estas decisiones podrían ser penosas y difíciles en las que se sopesan aspiraciones y proyectos de vida de la mujer, con elementos económicos, sociales y culturales, y que en ellas permea con fuerza elementos “morales” y dilemas asociados con las creencias individuales. Asimismo, frente a los dilemas constitucionales que suscita la IVE y la forma en que las sociedades se dividen alrededor de la manera en que tal práctica debe abordarse, no deben dejar de considerar que las mujeres son titulares del derecho constitucional a tomar libre y soberanamente las decisiones sobre su cuerpo y el rumbo de sus vidas. A veces en soledad, a veces con miedo, a veces con reproche. Sin embargo, son ellas las que tienen el peso de decidir y su derecho para hacerlo no puede ser arrebatado.

42. En segundo lugar, en un Estado respetuoso de los derechos fundamentales, la función del derecho debe estar acorde con el principio de legalidad, entendido desde la posición del ciudadano, para el cual las restricciones en su esfera particular deben ser mínimas y por regla general darse a través de la forma de una ley. A la luz de esta concepción, el derecho

penal debe ser un código de requisitos mínimos y básicos, necesarios para la convivencia social, y no debe pretender agotar los criterios de lo que es moralmente correcto y lo que carece de esa connotación. En este sentido, en la sentencia C-355 de 2006 señaló la Corte que “corresponde al legislador la decisión de adoptar disposiciones penales para la protección de bienes de rango constitucional como la vida; sin embargo, los derechos fundamentales y los principios constitucionales se erigen en límites a esa potestad de configuración, correspondiéndole a la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, ejercer en estos casos el control sobre los límites que ella le ha impuesto al Legislador, es decir, debe examinar si tales medidas legislativas presentan o no el carácter de restricciones constitucionalmente válidas” (subrayas fuera de texto original).

C. El artículo 122 de la Ley 599 de 2000 “[p]or la cual se expide el Código Penal” y la protección del bien jurídico a la vida, como decisión del Legislador dentro de su amplia potestad de configuración en materia de política criminal, y la imposibilidad de las mujeres gestantes al acudir a la interrupción voluntaria del embarazo de ejercer su derecho fundamental a la IVE, como derecho reproductivo

43. Definidos los límites a la potestad de configuración del Legislador en relación con los derechos sexuales y reproductivos, conviene resaltar que en el esquema de política criminal vigente en lo que corresponde al derecho a la vida y la integridad personal, el Legislador ha aprobado diversos tipos penales tales como el genocidio, el homicidio, el aborto, el abandono de menores y personas desvalidas, o la manipulación genética, entre otros. Si bien dichos delitos corresponden a la protección de este bien jurídico de la vida, en su amplia potestad de configuración decidió darles un tratamiento punitivo diferenciado, siendo para este efecto notorio que el nacimiento es un hecho relevante para determinar la intensidad de la protección y la graduación de la pena.

44. De esta forma, el delito de aborto recibe un tratamiento diferenciado basado en la comprensión de que antes del nacimiento existe un bien jurídico constitucionalmente relevante, y después, una persona como titular del principio a la dignidad humana y objeto de protección bajo los derechos humanos. En esa medida, es posible concluir que la dignidad humana y el marco de los derechos humanos se constituyen así en un límite a la potestad de configuración del Legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes

jurídicos de relevancia constitucional como la vida. El desconocimiento de este mandato bajo el Estado de Derecho podría conllevar a la imposición de cargas excesivas para las ciudadanas y a crear discriminación entre iguales, reforzar estereotipos de género o crear “ciudadanas de segunda categoría”.

45. Ahora bien, de cara a los cambios en el parámetro de control, el contexto normativo y social desde la fecha en la que se profirió la sentencia C-355 de 2006, y que se constataron con claridad en el acervo probatorio recaudado en este expediente, es dado afirmar que la existencia del tipo penal de aborto no cumple con el estándar del principio de legalidad en el marco del Estado de Derecho. Para sustentar esta posición, consideramos necesario precisar (i) el deber de protección de los derechos sexuales y reproductivos que se deriva de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos; (ii) el contenido y alcance del derecho fundamental a la IVE como expresión de los derechos reproductivos; (iii) los estándares y deberes de protección a la decisión libre de la mujer gestante de decidir si continua o no con el proceso de gestación humana, y de acceder a servicios de salud -en caso de decidirlo- que garanticen su salud, vida e integridad física. Este contexto de Estado de Derecho, nos permitirá precisar de mejor forma cómo la actual configuración normativa del delito de aborto imposibilita el ejercicio de los derechos fundamentales reproductivos de las mujeres gestantes al acudir a la interrupción voluntaria del embarazo, como se explicará en el capítulo IV siguiente.

i. (i) El deber de protección de los derechos sexuales y reproductivos que se deriva de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos

46. En aplicación del artículo 93 de la Constitución Política, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad. Esto implica que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, y los compromisos y recomendaciones derivadas de instancias internacionales. La jurisprudencia y conceptos de instancias internacionales, constituyen en el derecho interno pautas relevantes para la interpretación de los derechos fundamentales y de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales, y son definidos por su carácter no vinculante para el Estado colombiano.

47. En el derecho internacional se ha reconocido e incorporado la protección de los derechos sexuales y reproductivos como parte de los derechos humanos de las mujeres. Como se señaló, a partir de los tratados internacionales ratificados por Colombia es posible afirmar que se han definido estándares favorables para la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, como instrumentos de garantía de los derechos fundamentales de estas a la libertad, la igualdad, la autonomía y la dignidad. A continuación se resumen los instrumentos ratificados por Colombia y los estándares definidos en dichos instrumentos con relación al tipo penal del aborto y a la garantía de derechos fundamentales de las mujeres como la vida, la salud, la autonomía reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad, el derecho a estar libre de tratos crueles, inhumanos y degradantes y, en general, el reconocimiento bajo el principio de igualdad, de las mujeres como sujetos de derechos y en el ejercicio de su ciudadanía, en los siguientes términos:

Instrumento

Vinculatoriedad

Disposiciones relevantes

Bloque en sentido estricto

DUDH -Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)

Comité de Derechos Humanos (2000): Recomendación General No 28 – igualdad entre hombres y mujeres

Jurisprudencia constitucional

Parámetro relevante de interpretación (no hace parte del bloque directamente)

artículo 1

artículo 12

Los Estados Partes deben presentar al Comité información relacionada con “las leyes y prácticas que entraban el ejercicio por la mujer, en pie de igualdad con el hombre, del derecho a la vida privada y otros derechos amparados por el artículo 17. Constituye un

ejemplo de esa situación el caso en que se tiene en cuenta la vida sexual de una mujer al decidir el alcance de sus derechos y de la protección que ofrece la ley”.

PIDCP – Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Ley 74 de 1968

artículo 3

artículo 6.1

artículo 7

PIDESC – Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (1966)

Comité de DESC (2016): Observación General No 22 – derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del PIDESC)

Ley 74 de 1968

Parámetro relevante de interpretación (no hace parte del bloque directamente)

artículo 3

artículo 6

Determina que “[l]a accesibilidad de la información comprende el derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas relativas a cuestiones de salud sexual y reproductiva en general (...). Todas las personas y grupos, incluidos los adolescentes y jóvenes, tienen el derecho a recibir información con base empírica, sobre todos los aspectos de la salud sexual y reproductiva (...), entre ellos (...) el aborto sin riesgo y la asistencia posterior en casos de aborto”. Explica que los Estados deben adoptar “medidas legales y de políticas (...) [que] liberalicen las leyes restrictivas de aborto; garanticen el acceso de las mujeres y las niñas a servicios de aborto sin riesgo y asistencia de calidad posterior a casos de aborto, especialmente capacitando a los proveedores de servicios de salud; y respeten el derecho de las mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva”.

CADH- Convención Americana de Derechos Humanos (1969)

Ley 16 de 1972

artículo 4.1

artículo 11

artículo 17

CEDAW- Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979)

Comité CEDAW (1999): Recomendación General No 24 – la mujer y la salud.

Comité CEDAW (2017): Recomendación General No 35– sobre la violencia por razón de género contra la mujer.

Ley 984 de 2005

Parámetro relevante de interpretación (no hace parte del bloque directamente)

Parámetro relevante de interpretación (no hace parte del bloque directamente)

artículo 10 (h)

artículo 12.1

artículo 14.2 (b)

artículo 16.1 (e)

Establece que “[l]a negativa de un estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones resulta discriminatoria”. Además, recomendó que se enmiende “la legislación que castigue el aborto”.

Establece que “[l]as violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como (...) 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”.

Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984)

Ley 70 de 1986

artículo 1(1)

Ley 12 de 1991

artículo 24 (d)

Convención de Belém do Pará (1994)

Ley 248 de 1995

artículo 4 (a - e)

artículo 6

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006)

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014): Observación General No 1 (2014) - igual reconocimiento como persona ante la ley (artículo 12 de la Convención)

Ley 1346 de 2009

Parámetro relevante de interpretación (no hace parte del bloque directamente)

artículo 12

Establece como deber de los Estados “examinar las leyes que regulan la guarda y la tutela y tomar medidas para elaborar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes

basados en la sustitución en la adopción de decisiones por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona”.

Instrumento

Vinculatoriedad

Disposiciones relevantes

Criterios auxiliares de interpretación (también ver supra, numerales 19 y 20)

ONU – Conferencia Mundial Sobre la Mujer: México (1975)

No vinculante

Reconocimiento sobre la relación entre las prácticas inseguras de aborto y mortalidad materna.

Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena (1993) – Vienna Declaration and Programme of Action

No vinculante

Numeral 15

Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo de El Cairo (1994)

No vinculante

Principio 4

Principio 8

Programa de acción, párrafo 7.3

ONU – Conferencia Mundial Sobre la Mujer: Beijing (1995)

No vinculante

Objetivo estratégico C.1. k)

Objetivo estratégico C.4. i)

Primera Conferencia Regional de Población y Desarrollo – Consenso de Montevideo (2013)

No vinculante

Acuerdo 14

Acuerdo 40

Acuerdo 42

Acuerdo 43

Declaración de expertos de las Naciones Unidas en el marco del Día de Acción Global por el Aborto Legal y Seguro (2018)

No vinculante

Negar el acceso al aborto libre y seguro es discriminatorio y repercute en la estigmatización de las mujeres.

Declaración conjunta del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Comité CEDAW (2018)

No vinculante

La salud sexual y reproductiva con un enfoque de derechos humanos reconoce que las decisiones de las mujeres sobre su propio cuerpo son en el marco de su autonomía y privacidad. Deber estatal de despenalizar el aborto de modo que se respete el ejercicio libre de la autonomía de las mujeres.

48. En esta medida, el cuadro de resumen anterior permite concluir que dentro del marco constitucional colombiano existe, como uno de los soportes del Estado de Derecho, un reconocimiento a los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos, así como

la nueva lectura del contexto de liberalización del aborto en el marco del derecho internacional de los derechos humanos (ver supra, numerales 19 a 22).

49. Respecto a los derechos reproductivos, como derechos fundamentales e innominados, la Constitución consagra el derecho a decidir de forma libre y responsable el número de hijos (art. 42 superior) y garantiza la igualdad de derechos prohibiendo, expresamente, la discriminación contra la mujer (arts. 13 y 43 de la Carta). Sin embargo, esta Corte estableció en la sentencia SU-096 de 2018 que el pilar de dichas garantías constitucionales se amplía en su fundamento y contenido en el extenso catálogo de derechos y libertades incluidos en la Constitución, como son: los derechos a la dignidad humana y a la autonomía individual (art. 1º Constitución Política -C.Pol.-); a la vida digna (art. 11 C. Pol.); a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Art. 12 C. Pol.); a la intimidad personal y familiar (art. 15 C. Pol.); a la igualdad (art. 13 C. Pol.); al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C. Pol.); a las libertades de conciencia y religión (art. 18 y 19 C. Pol.); a la seguridad social y a la salud (art. 48 y 49 C. Pol.) y a la educación (art. 67 C. Pol.).

50. De esta manera, es claro que el ejercicio de aplicación conjunta y sistemática de las normas internacionales (ver supra, numeral 47) y las disposiciones constitucionales, ha dado cuenta de las implicaciones y de la importancia de consagrar el fundamento y el alcance a los derechos sexuales y reproductivos, pues con ello se garantiza la realización del principio de dignidad humana, así como los derechos a la libertad, a la autonomía y a la igualdad de las mujeres. Las categorías de derechos sexuales y reproductivos son independientes a la luz de la normatividad colombiana. Sin embargo, comparten su fundamento normativo y filosófico, en tanto “reconocen y protegen la facultad de las personas, hombres y mujeres, de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y reproducción”. En esta línea, la sentencia C-355 de 2006 reconoció ciertos instrumentos internacionales aplicables a la IVE e indicó que “diferentes tratados internacionales son la base para el reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres, los cuales parten de la protección a otros derechos fundamentales como la vida, la salud, la igualdad y no discriminación, la libertad, la integridad personal, el estar libre de violencia, y que se constituyen en el núcleo esencial de los derechos reproductivos”.

51. Tras años de construcción pacífica de la jurisprudencia constitucional, en la sentencia SU-096 de 2018 se unificó la estructura de los derechos sexuales y reproductivos, “sobre dos

dimensiones. La primera, relacionada con la libertad, que supone la imposibilidad del Estado y la sociedad de implantar restricciones injustificadas en contra de las determinaciones adoptadas por cada persona; y la segunda, prestacional, que implica la responsabilidad de adoptar medidas positivas para garantizar el goce efectivo de estos derechos”. Junto al reconocimiento reiterado de su existencia, la jurisprudencia constitucional, desde el año 2000, ha establecido como su ámbito de protección la categoría de derechos fundamentales.

52. En este contexto, a lo largo de la jurisprudencia de este tribunal, unificada en la sentencia SU-096 de 2018, se ha diferenciado entre derechos sexuales y reproductivos, fundamentales e innominados, con el propósito de mantener dos ámbitos independientes de las personas, y en especial de las mujeres. A continuación, se presenta un resumen del contenido y faceta de dichos derechos:

Derechos sexuales

Derechos reproductivos

Garantía -contenido

Los derechos sexuales les proporcionan a todas las personas la autoridad para “decidir autónomamente tener o no relaciones sexuales y con quién. En otras palabras, el ámbito de la sexualidad debe estar libre de todo tipo de discriminación, violencia física o psíquica, abuso, agresión o coerción, de esta forma se proscriben, por ejemplo, la violencia sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada” .

Los derechos reproductivos les otorgan a todas las personas, especialmente a las mujeres, la facultad de adoptar decisiones libres e informadas sobre la posibilidad de procrear o no, y cuándo y con qué frecuencia hacerlo, y generan la obligación del Estado de brindar la información y los recursos necesarios para hacer efectiva tal determinación.

Facetas del derecho

* Oportunidad de disponer de información y educación adecuada sobre los distintos aspectos de la sexualidad humana.

- * Posibilidad de acceder a los servicios de salud sexual.
- * Facultad de contar con toda la educación e información respecto de la totalidad de los métodos de anticoncepción, así como la potestad de elegir de forma libre alguno de ellos.
- * Autodeterminación reproductiva, entendida como “el derecho a estar libres de todo tipo de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, incluida la violencia física y psicológica, la coacción y la discriminación, pues no se deben sufrir tratos desiguales injustificados por razón de las decisiones reproductivas, sea que se decida tener descendencia o no”.
- * Acceso a los servicios de la salud reproductiva:
- * Componentes de educación e información sobre los distintos servicios, medicamentos e insumos que integran los métodos anticonceptivos.
- * Posibilidad de acceder y elegir de forma libre el procedimiento de preferencia de cada persona.
- * Existencia de mecanismos que aseguren el desarrollo de la maternidad libre de riesgos en los períodos de gestación, parto y lactancia y que brinden las máximas posibilidades de tener hijos sanos.
- * La prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor femenino y masculino.
- * Acceso a la tecnología científica para procrear hijos biológicos (fertilización in vitro).
- * Acceso a servicios de interrupción voluntaria del embarazo bajo estándares de información, disponibilidad, accesibilidad y calidad, de acuerdo con los parámetros desarrollados por el Comité DESC.

53. Estos deberes han surgido y se han desarrollado de manera paralela a la constatación de la situación de las mujeres con respecto a los hombres, pues está marcada por una desigualdad histórica y por una serie de desventajas que son, en sí mismas, formas de

discriminación. En este orden de ideas, construcciones normativas como la prevista en el artículo 122 demandado, reflejan formas de someter a las mujeres y responden al andamiaje cultural. Esta realidad les ha exigido cumplir un rol en la sociedad estructurado a partir de estereotipos de género que material e históricamente han restringido su autonomía y su libertad. Como ejemplo aparece el estereotipo donde el lugar de la mujer es el hogar y el rol exclusivamente reproductivo. En este marco, el compromiso del Estado colombiano de cara al cumplimiento de los derechos sexuales y reproductivos se debe enmarcar “en el empeño de avanzar en la eliminación de los estereotipos de género (...), y en las reivindicaciones relativas a su libertad y autonomía sexual y reproductiva”.

54. De lo anterior, es posible afirmar que el Estado tiene la obligación de respetar y hacer efectivo (i) el principio de dignidad de las mujeres y sus derechos a la autonomía, libertad e intimidad, los cuales fundamentan los derechos de las mujeres a su autodeterminación reproductiva; y (ii) la garantía de igualdad real y efectiva de las mujeres, como derecho en sí mismo y como principio que irradia la efectividad de todos sus demás derechos. Asimismo, tras constatar la evolución de los instrumentos internacionales en materia de derechos reproductivos, propender por la liberalización de las leyes restrictivas de aborto, de forma tal que respete el libre ejercicio de la autonomía reproductiva de las mujeres y el acceso efectivo a los servicios de salud.

() Contenido y alcance del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo como expresión de los derechos reproductivos. Reiteración de la C-093 de 2018 y la SU-096 de 2018

55. El primer paso para la consolidación del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo que dio la jurisprudencia de la Corte Constitucional, fue el reconocimiento de tres excepciones al tipo penal que sancionaba la realización de dicho procedimiento en la ya mencionada sentencia C-355 de 2006. Como fue señalado, en esa oportunidad, este tribunal estableció que una prohibición total del aborto resultaba inconstitucional, teniendo en cuenta que “una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección”. También la Corte recordó que “[c]omo ha sostenido esta Corporación en

reiteradas ocasiones, el Estado no puede obligar a un particular, en este caso la mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofrendar sus propios derechos en beneficio de terceros o del interés general. Una obligación de esta magnitud es inexigible, aun cuando el embarazo sea resultado de un acto consentido”. Lo anterior, llevó a esta corporación a condicionar el tipo penal que sancionaba el aborto para incluir circunstancias atípicas que permitieran la salvaguarda de la vida, autonomía, dignidad, salud, integridad y libertad de decisión de la mujer embarazada.

56. La Corte determinó, en ese sentido, que la sanción penal por aborto no infringía el orden superior en al menos tres casos. Primero, cuando el embarazo es resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. Segundo, cuando la continuación del embarazo constituye un peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico. Tercero, cuando existe grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.

57. Así mismo, con el objeto de prever la imposición de barreras en el acceso al goce efectivo del derecho, la Corte precisó, en cuanto al primer supuesto, que la facultad de desarrollo legislativo posterior sobre la materia estaría sujeta al límite de no imponer cargas desproporcionadas como exigir evidencia forense de la configuración del abuso, el convencimiento de autoridades judiciales o de policía sobre la ocurrencia de los hechos, o requerir la autorización de terceros previo al procedimiento. Así mismo, sobre los supuestos subsiguientes, precisó que tanto las malformaciones en el feto como el peligro para la salud o la vida de la mujer en gestación debían ser certificadas por un médico tratante, y que “desde el punto de vista constitucional, basta que se reúnan estos requisitos –certificado de un médico o denuncia penal debidamente presentada, según el caso- para que ni la mujer ni el médico que practique el aborto puedan ser objeto de acción penal en las tres hipótesis en las cuales se ha condicionado la exequibilidad del artículo 122 acusado. En efecto, cada uno de estos eventos tienen carácter autónomo e independiente y por tanto, no se podrá por ejemplo, exigir para el caso de la violación o el incesto, que además la vida o la salud de la madre se encuentre en peligro o que se trate de un feto inviable. En el caso de violación o incesto, debe partirse de la buena fe y responsabilidad de la mujer que denunció tal hecho, y por tanto basta con que se exhiba al médico copia de la denuncia debidamente formulada”.

58. Con la decisión de constitucionalidad condicionada proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-355 de 2006, correspondió a las Salas de Revisión de Tutela de este tribunal la consolidación del derecho fundamental a la IVE , así como la precisión en concreto de los conceptos incluidos en la mencionada sentencia de constitucionalidad. En efecto, la jurisprudencia de la Corte ha definido como núcleo esencial del derecho la información, disponibilidad, oportunidad en el diagnóstico y respuesta, accesibilidad, libertad y autodeterminación de la mujer gestante en el proceso decisorio. Dichas decisiones fueron unificadas por la Corte en la sentencia SU-096 de 2018, en la que se reiteró que “El derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo protege la autonomía y la libertad de decisión de la mujer que, encontrándose en alguna de las tres causales de despenalización previstas en la sentencia C-355 de 2006, resuelve poner fin al proceso de gestación humana. El derecho a la IVE pertenece a la categoría de derechos reproductivos y, por tanto, comparte su orientación, fundamento y contenido obligatorio. Al mismo tiempo, al tratarse de una garantía ius fundamental, compromete en su respeto y realización a todos los servidores y órganos del Estado, a los prestadores públicos y privados de seguridad social y a los particulares”. Dicho de otra forma, el derecho fundamental a la IVE es un derecho reproductivo cuya esencia es la libertad de la mujer gestante de decidir si continua o no con su proceso de gestación humana, y de acceder a servicios de salud -en caso de decidirlo- que garanticen su salud, vida e integridad física.

() Estándares y deberes de protección a la decisión libre de la mujer gestante de decidir si continua o no con su proceso de gestación humana, y de acceder a servicios de salud -en caso de decidirlo- que garanticen su salud, vida e integridad física

59. La Corte en la sentencia SU-096 de 2018 advirtió que: (i) los asuntos relativos a la IVE son de carácter urgente, pues a medida que avanza el embarazo el procedimiento se hace más dispendioso y peligroso para la vida y la salud de la mujer; (ii) la sentencia C-355 de 2006 (a) dispuso que la regulación de la IVE no podría imponer “cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer ni barreras que impidan la práctica del aborto”; (b) estableció que en caso de objeción de conciencia por parte de los profesionales de salud, se debía “proceder inmediatamente a remitir a la mujer que se encuentre en las hipótesis previstas a otro médico que sí pueda llevar a cabo el aborto” y; (c) determinó que para la inmediata aplicación de la decisión de despenalización parcial de la IVE no era necesaria “una reglamentación de las hipótesis anteriormente determinadas como no constitutivas de delito

de aborto”, sin perjuicio de los deberes de regulación de los derechos constitucionales de las mujeres con miras a su “goce efectivo en condiciones de igualdad y de seguridad dentro del sistema social de salud”.

60. En este sentido, todas estas advertencias permiten inferir que la jurisprudencia constitucional se ha encaminado al establecimiento de mínimos que permitan efectuar la interrupción voluntaria del embarazo de manera informada para la mujer, rápida, oportuna y segura, como expresión de la libertad, dignidad, autonomía reproductiva, salud, vida e integridad, e igualdad de las mujeres, dando aplicación al marco normativo de derechos humanos y constitucional que consagra dichos derechos (ver supra, numerales 46 y 47). Asimismo, señaló la sentencia SU-096 de 2018 que el contenido del derecho a la IVE no se agota con la materialización del procedimiento médico que ponga fin al proceso de gestación, por lo cual, a continuación se enlistan y resumen en un cuadro los estándares de protección que fueron unificados en la mencionada sentencia:

Estándar de protección

Contenido mínimo de protección

El deber de suministrar información oportuna, suficiente y adecuada en materia reproductiva

* Derecho a recibir información comprensible, oportuna, suficiente, adecuada y pertinente sobre la existencia y contenido de sus derechos sexuales y reproductivos, incluyendo pero sin limitarse a los alcances y riesgos del procedimiento médico a la IVE.

* Deber de las entidades de seguridad social en salud, públicas y privadas, de entregar y publicar periódica y activamente información sobre la existencia, alcance y requisitos del derecho constitucional a la IVE.

* Los operadores y personal médico deben mantener informada a la mujer en gestación sobre su estado de salud y el desarrollo de su embarazo.

* Disponibilidad para la prestación del servicio en todo el territorio nacional, y en todos los niveles de complejidad que se requieran, en cualquier etapa del embarazo.

- * Diseño de política pública que asegure la suficiente y efectiva disponibilidad y acceso a estos servicios sin discriminación, de forma oportuna y en condiciones de seguridad, calidad y salubridad.

- * Ninguna institución puede negarse a practicar la IVE, cualquiera sea la etapa del embarazo y el tipo de afiliación a la seguridad social.

- * No podrá ser negada la práctica de la IVE por condición social, económica, edad, capacidad de pago, orientación sexual o etnia.

El derecho a la intimidad en materia reproductiva y el deber de confidencialidad de los profesionales de la salud

- * Profesionales en salud y personal de salud está obligado a ofrecer plena garantía de confidencialidad.

- * Profesionales en salud y personal de salud están obligados a respetar el derecho de las mujeres a la intimidad y a la dignidad.

- * Guardar el secreto profesional es obligación de los prestadores de servicios de salud.

- * La decisión de la mujer de practicarse una IVE pertenece a su esfera íntima o privada, pues es una decisión que le incumbe solamente a ella.

El derecho de las mujeres a decidir libre de apremios sobre la interrupción voluntaria de embarazo, en las causales previstas en la sentencia C-355 de 2006

- Las mujeres tienen derecho a decidir libres de presión, coacción, apremio, manipulación y, en general, cualquier suerte de intervenciones inadmisibles respecto de su decisión a la IVE.

- Ni las mujeres que optan por la IVE, ni quienes atienden su solicitud, pueden ser víctimas de discriminación o de prácticas que limiten de alguna forma o impidan su acceso al lugar de trabajo o centros educativos o su afiliación al sistema de salud o riesgos profesionales.

- Diseño de política pública que aborde y enfrente los estereotipos de género y los prejuicios negativos que pesan sobre la mujer.

La mujer gestante tiene derecho a un diagnóstico oportuno y actual sobre el estado y condiciones de su embarazo

* Derecho al diagnóstico integral (físico y mental). La mujer gestante podrá exigir al sistema de salud: valoración médica oportuna; valoración periódica sobre el desarrollo del embarazo; expedición inmediata del certificado médico para proceder a la IVE, si así lo decide la mujer gestante.

* El sistema de salud no podrá negar o dilatar la realización de consultas o exámenes, ni la emisión del certificado médico una vez hecha la valoración o expedir uno que no corresponda con el diagnóstico efectuado.

La prohibición de dilaciones en la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo

* El plazo razonable para dar respuesta a la petición de interrupción voluntaria del embarazo y llevarla a cabo -si ello es médicamente posible- es de cinco días.

* Realización del procedimiento de forma urgente y segura, si así lo decide la mujer gestante.

Del certificado médico

□ La emisión del certificado corresponde a los profesionales de la salud quienes actuarán conforme a los estándares éticos de su profesión.

□ Si el certificado proviene de un médico no afiliado a la entidad prestadora de salud, esta podrá objetarlo con base en consideraciones médicas dentro de los 5 días del plazo de respuesta a la petición de IVE.

□ La práctica de la IVE, si la mujer gestante ha consentido a ello, deberá realizarse directamente con la red de instituciones prestadoras, o en su defecto, dentro del plazo oportuno de respuesta (5 días), deberá remitirse a la mujer gestante a una entidad prestadora que tenga capacidad técnica para efectuar el procedimiento.

□ Los dictámenes psicológicos son válidos para la práctica de la IVE.

□ En el caso de la causal asociada a violencia sexual, únicamente será exigible la presentación de la denuncia penal.

□ En caso de coexistencia de causales, se debe preferir la más favorable para la mujer gestante.

Plazos para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo

□ No existe un límite máximo a la edad gestacional para la realización del procedimiento de IVE.

Las menores de edad tienen plena autonomía para decidir sobre la IVE

□ Los menores de edad gozan de plena capacidad para consentir sobre tratamientos e intervenciones en su cuerpo que afecten su desarrollo sexual y reproductivo.

□ No se deben imponer barreras, tales como padres o representantes legales, o exigir consentimiento otorgado por estos para la práctica de la IVE.

Objeción de conciencia

□ No procede la objeción de conciencia institucional, solo se predica del personal que realiza directamente la intervención médica para interrumpir el embarazo.

□ Ante el ejercicio de la objeción de conciencia personal, la entidad prestadora de salud debe garantizar la prestación de este servicio en condiciones de calidad y de seguridad para la salud y la vida de la mujer gestante que lo solicite.

□ La objeción de conciencia del personal médico que prestará directamente la interrupción del embarazo deberá (i) manifestarlo por escrito o de forma verbal, (ii) indicar razones de su íntima convicción, (iii) la remisión de la paciente que necesita ser atendida, dentro del plazo máximo de 5 días.

61. Estos estándares mínimos de protección ponen en evidencia las obligaciones positivas en cabeza del Estado en la protección del derecho fundamental a la IVE, como faceta de los derechos reproductivos contenidos en los tratados de derechos humanos y en la Constitución Política. De esta forma, en atención al marco normativo del derecho fundamental a la IVE, incluyendo las normas internacionales de derechos humanos reconocidas a nivel nacional, es claro que, “el Estado colombiano tiene la obligación de garantizar que las mujeres y las niñas

pueden acceder a servicios de salud sexual y reproductiva sin discriminación, coacción o barreras, lo cual incluye proporcionarles acceso a servicios de aborto seguro y legal, proteger su salud y su vida y garantizar que no sufren trato cruel, inhumano o degradante, violencia y/o estigma y discriminación”.

. LA ACTUAL CONFIGURACIÓN NORMATIVA DEL DELITO DE ABORTO IMPOSIBILITA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES GESTANTES AL ACUDIR A LA PRÁCTICA DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO. NECESIDAD DE AMPLIAR EL MARGEN DE PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IVE COMO EXPRESIÓN DE LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

62. De conformidad con lo anteriormente señalado, en nuestra opinión, no se puede ocultar el verdadero debate constitucional que suscita la existencia del tipo penal de aborto, tal como fue condicionado por la sentencia C-355 de 2006, respecto a si este cumple con el estándar del principio de legalidad en el marco del Estado de Derecho, para la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, en especial, el derecho fundamental a la IVE. Lo anterior, de cara a los cambios en el contexto normativo, social y económico y en el parámetro de control desde la fecha en la que se profirió la sentencia C-355 de 2006, y que se han expuesto a lo largo de este salvamento de voto. Es importante resaltar que la política criminal diseñada por el Legislador tipifica el aborto, y que si bien la opción de penalizar el aborto es constitucionalmente válida como forma de proteger la vida en gestación, la misma no puede ser aplicada de forma absoluta e incondicional. Lo anterior, por cuanto el castigo al aborto en todas las circunstancias constituye una grave y desproporcionada afectación a derechos fundamentales de las mujeres gestantes.

63. Como ya se señaló, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, existe un consenso internacional en la evolución de las normas que regulan la IVE, primero apoyando el mandato de legalización con el objetivo de proteger la salud pública, y ahora aprobando su rechazo a la criminalización como un imperativo de los derechos humanos. Por ejemplo, en el caso de Colombia, es de anotar que en el año 2016 el Comité de Derechos Humanos de la ONU manifestó preocupación por los informes sobre los obstáculos que enfrentan las mujeres para acceder a la IVE. Igualmente, en el año 2013 el Comité CEDAW expresó consternación por la limitada aplicación de la sentencia C-355 de 2006 (ver supra, numerales 19 a 22). Como lo puso de presente la accionante, era evidente y posible

constatar una vulneración al derecho a la salud, por el sometimiento de las mujeres a la práctica de interrupciones del embarazo que ponen en riesgo su vida y la someten a tratos crueles, inhumanos y degradantes.

64. Sobre el particular, tras la evidencia y conceptos técnicos emitidos y recibidos relacionados con este proceso, consideramos que la sanción penal al aborto resulta selectiva y discriminatoria, e impide el goce del derecho fundamental a la IVE como expresión de los derechos reproductivos de las mujeres gestantes, desconociendo el principio de legalidad y por consiguiente, el Estado de Derecho. Tal como lo ha sentado la jurisprudencia de esta corporación, cuando una norma limita el ejercicio de un derecho fundamental, corresponde a la Corte analizar si ésta: (i) persigue una finalidad imperiosa urgente o inaplazable; (ii) es conducente para lograr esa finalidad; (iii) si es necesaria, en el sentido de que es el medio menos gravoso para lograr con el mismo nivel de eficacia la finalidad perseguida; y (iv) si es proporcional en sentido estricto, es decir, si los beneficios de adoptar la medida exceden las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales. Particularmente, en materia de derecho penal, la Corte ha advertido al Legislador que debe evitar la criminalización de conductas cuando tenga medios menos lesivos que el derecho penal para proteger los bienes jurídicos que pretende amparar. Teniendo en cuenta que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en la dignidad humana, libertad y autonomía de las personas, resulta desproporcionado que el Legislador opte por un medio más invasivo de la libertad personal, como es el derecho penal. Lo anterior, en la medida en que es este quien cuenta con medios menos lesivos sobre los derechos fundamentales del ciudadano y, asimismo, en el diseño de la política criminal en materia de derechos sexuales y reproductivos debe observar especialmente límites de configuración en el ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres (ver *supra*, numerales 39 a 42).

65. En esta medida, en el debate propuesto a la Corte en esta oportunidad, había espacio para propiciar una seria reflexión jurídica sobre este aspecto, no para poner en discusión nuevamente las circunstancias invalidantes de la intervención penal previstas en la referida sentencia del año 2006, sino para considerar si la Constitución exigía realizar ponderaciones adicionales que valoraran integralmente el peso de todos los intereses en juego puestos a consideración de la Sala Plena en el acervo probatorio recaudado en esta demanda. De esta forma, no cabe duda alguna que la Corte ha debido emprender en esta oportunidad, tal y como otros tribunales del mundo lo han hecho, el trabajo de ponderar los derechos de las

mujeres gestantes con el deber de proteger la vida humana. Por ello, insisten los magistrados disidentes, en que resultaba necesario realizar una nueva ponderación y definir si el Legislador al tipificar el aborto como un delito -artículo 122 del Código Penal según condicionado- desconoce los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y la protección incremental al que está por nacer.

66. Respecto de dicho análisis, al menos en nuestra opinión surgen importantes dudas sobre la necesidad del tipo penal, en la medida que (i) carece de eficacia para la consecución del fin planteado; y (ii) el Legislador puede adoptar medios menos lesivos y más eficaces para la protección del bien constitucionalmente relevante. Como se evidenció en los conceptos técnicos allegados por los intervinientes en esta corporación, el aborto es un fenómeno social que la tipificación del delito no ha podido detener. En esa medida, a pesar del mandato del Legislador, se evidencia un desistimiento tácito de la acción penal por parte del Estado, lo que se evidencia además en las cifras de punibilidad efectiva expuestas por la Fiscalía, señalando una falta de eficacia del tipo penal. Aunado a lo expuesto, también pudimos constatar que la prohibición legal ha comportado la imposición de barreras de acceso a un derecho fundamental en condiciones de oportunidad, libertad, autonomía, dignidad e igualdad a lo largo de cerca de 14 años. Dichas barreras se derivan, a su vez, de la antinomia existente entre un delito y un derecho fundamental, pues la base de la que parten todas las excusas para la prestación oportuna y real del servicio, es la existencia de un delito tipificado en el Código Penal. De esta forma, es evidente que el tipo penal no ha logrado prevenir los abortos, como tampoco proteger la vida del neonato, pues según fueron enfáticos en señalar algunos intervinientes, las prácticas clandestinas no han dejado de ser una realidad social.

67. A continuación, profundizaremos en cada uno de los argumentos que evidencian que la medida no es necesaria, por cuanto (i) existe una brecha entre lo dispuesto en el marco normativo aplicable y la eficacia del derecho a la IVE. La penalización, además de estigmatizar, (ii) incentiva la imposición de barreras para el acceso a servicios de aborto legal; e (iii) incrementa de la desigualdad y la discriminación hacia las mujeres. Con especial afectación en las que se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad económica y social. De esta forma, el contenido y alcance de la libertad de las mujeres gestantes de decidir o no la interrupción voluntaria del embarazo y, de así decidirlo, acceder a los servicios de salud (ver supra, numeral 60), sufre una fuerte limitación para su concreción ante la penalización del aborto, como se explica a continuación.

A. A. Existencia de una brecha entre lo dispuesto en el marco normativo aplicable y la eficacia del derecho a la IVE

68. A pesar de su criminalización, el aborto es un fenómeno social que la tipificación como delito no ha podido detener. Frente a la penalización, no se evidencia que el Estado tenga una política efectiva de seguimiento al delito, por lo que se puede decir que prácticamente se ha renunciado a su persecución. Esto, sin embargo, no ha impedido que a nivel social, la IVE sea percibida como una conducta nociva, clandestina y marginal. Analizando las cifras asociadas a la práctica de la IVE en Colombia, la evidencia permite concluir que (i) el establecimiento del aborto como delito no es una variable que influya en las tasas realización del procedimiento; (ii) el tipo de aborto más prevalente es el clandestino; y (iii) la penalización del aborto incentiva la práctica de procedimientos más peligrosos para las mujeres. Sobre el particular, (i) los abortos son menos seguros en países con leyes más restrictivas; y (ii) la tasa estimada de aborto es más alta en Latinoamérica, que es la región con el marco legal más restrictivo del mundo.

69. En el caso de Colombia, se estima que el 67% de los embarazos en el país no son planeados y aproximadamente la mitad terminan en abortos inducidos, que para el año 2008 se calcularon en alrededor de 400.412. De estos, solo 322 (0,08%) fueron legales, proporción que ha ido cambiando muy lentamente desde entonces, sin que se haya logrado reemplazar el aborto clandestino por atención legal y segura. Aproximadamente el 32% de los abortos ilegales traen consigo complicaciones que, para el año 2012, se estima costaron al sistema de salud cerca de cuarenta mil millones (\$40.000.000.000.00) de pesos. Pese a ser la cuarta causa de muerte materna en Colombia, se estima que en el país mueren por causas evitables aproximadamente 72 mujeres anualmente como consecuencia del aborto y cerca de 132.000 sufren complicaciones.

70. Según estimativos de la OMS (2019), “3 de cada 4 abortos practicados en África y América Latina discurrieron sin condiciones de seguridad”. En este orden de ideas, de cada 100 mujeres en capacidad de gestación, es decir, en edad reproductiva: (i) 32 abortan en América Latina; (ii) 29 en África; y (iii) 12 en Europa Occidental. En el 2016, UNICEF reportó que en Latinoamérica “más de 1.000 mujeres mueren y más de 500.000 mujeres son hospitalizadas cada año a causa de los abortos [inseguros]”. En Colombia, según las cifras del Ministerio de Salud del 2016, mueren por aborto inseguro un promedio de 6 mujeres al

mes y 1,5 por semana. Según los datos del INS del 2008, estas muertes eran aproximadamente 4 por mes. Podría estimarse, con base en diferentes fuentes estadísticas, que actualmente se cubre entre un 1% y un 9% de los aproximadamente 400.412 procedimientos estimados por año, con una gran concentración de los servicios en las principales ciudades, en los cuales se constata la existencia de barreras a mujeres gestantes. A pesar de la obligatoriedad de ofrecer el servicio de aborto legal en todo el territorio nacional, así como de registrar el número de casos atendidos mediante el Registro Individual de Procedimientos en Salud, las pocas cifras obtenidas a través de consultas a todos los entes territoriales muestran una distribución inequitativa de la disponibilidad de los servicios y de la información sobre los mismos. No todas las secretarías departamentales o distritales tienen datos disponibles, y entre las que los tienen se presentan diferentes metodologías de obtención (reporte directo, cuantificación por código diagnóstico, cuantificación por código de procedimiento) o datos parciales (solo sector público o solo ciertos intervalos de tiempo).

71. Ahora bien, se pudo constatar que solo el 3% de la red de IPS disponibles en cada departamento o distrito cuenta con protocolos para la atención de la IVE. El 42% de las IPS que reportan las Secretarías de Salud como prestadoras de servicios de IVE, lo hacen hasta la semana veinte de edad gestacional y solo Bogotá, Medellín y Cali cuentan con servicios para el tercer trimestre. De las 181 IPS (públicas y privadas) que prestan servicios, el 24% corresponde al Nivel 2 de complejidad. Las mujeres que viven en zonas rurales apartadas o en ciudades intermedias carecen de acceso adecuado a los servicios de salud y, por ende, de IVE, lo que tiene implicaciones económicas, sociales y culturales, además de ver sus rutinas alteradas cuando deben desplazarse a otras ciudades constituyendo cargas desproporcionadas para el acceso a los servicios de salud. La difusión de información por parte de las Secretarías Departamentales de Salud es ocasional y poco sistemática.

72. Es de anotar que la Fiscalía General de la Nación, encargada de la persecución penal del delito de aborto, reporta que han ingresado 5.833 noticias criminales por este delito entre 1998 y 2019, lo que palidece frente los 400.412 abortos que calcula se realizan anualmente en el país. De estos casos investigados, solo 791 dieron lugar al adelantamiento de procesos activos. Profundizando en las cifras reportadas, se evidenció que en un número importante de casos no se dispone de información, a pesar de lo cual se identificó que una importante proporción de indiciadas (16,19%) son mayores de 14 años, pero menores 18 y 34.61% se encuentra entre los 18 y 28 años. Más preocupante resulta el hecho de que la FGN reporte 4

casos de criminalización por el delito de aborto en niñas menores de 14 años, especialmente grave teniendo en cuenta que la ley penal considera las relaciones sexuales con menores de catorce años como delito. Estas situaciones podrían resultar en una revictimización y grave afectación de los derechos de las niñas y adolescentes, sujetos de especial protección constitucional. Asimismo, según lo reportado por la entidad, 35,97% de las indiciadas son jóvenes o con nivel de formación básico, de primaria o secundaria. Tal como lo señaló la accionante en su demanda, el contexto de las mujeres que interrumpen su embarazo muestra que toman dichas decisiones por encontrarse en situaciones extremas, son vulnerables o se enfrentan a escenarios de ausencia de información, por lo que es cuestionable que la respuesta del Estado a su conducta sea la penalización.

73. Estos dilemas y evidencias empíricas ponen de presente la falta de un mandato claro que oriente la persecución de la conducta de aborto o de las acciones encaminadas a disminuir las tasas de realización del procedimiento. De esta forma, es claro que a pesar del mandato del Legislador, se evidencia un desistimiento tácito en la aplicación de la norma penal por parte del Estado, lo cual permite evidenciar una falta de eficacia del tipo penal.

74. En línea con lo anterior, es importante reiterar que en el año 2012 la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado Colombiano recomendó despenalizar las conductas que redunden en afectaciones de los derechos de las mujeres. La Comisión afirmó que en materia de IVE la política se ha caracterizado por una sobre-criminalización de las mujeres y aunque reconoció que la decisión de la Corte de 2006 es razonable, señala que la misma no está a la altura de los estándares internacionales ni de los compromisos de Colombia que se orientan a eliminar las disposiciones legales y prácticas que impidan el pleno ejercicio de los derechos reproductivos. Adicionalmente, señaló que la sentencia C-355 de 2006 fue muy restrictiva, por lo que propicia abortos inseguros y clandestinos. La Comisión consideró que el Estado puede y debe avanzar en una más vigorosa despenalización del aborto y que esta sería constitucionalmente posible y recomendable. Por último, la Comisión puso de presente que las leyes menos restrictivas se asocian con menos abortos inseguros y menores tasas de aborto.

75. Por lo anterior, el remedio penal en este caso, en un país sobrecriminalizado como lo es Colombia, re actualiza la crítica de ser este un sistema penal hipertrofiado; puede afirmarse que tanta confianza en el derecho penal no es apenas una candidez sino quizá una actitud

encubridora de la incapacidad de resolver racionalmente los problemas que aquejan esta sociedad, buscando las soluciones fetichistas a tantos males, en los sitios donde bien se sabe ex ante, que no se encontrarán. Y ello se dice porque para esta Corte es diáfano -como pocos lo pueden tener tan claro- que la cárcel como pena no resuelve casi nada, y solo se convierte en un ejercicio de retribución puro y duro. Seguramente que los debates sobre la pena de prisión se seguirán dando, y quizá un día sea hallable una razonable justificación de su existencia, en términos del derecho penal mínimo que debería regir la amplia potestad de configuración del Legislador.

76. Finalmente, hemos de resaltar que la penalización del aborto es a su vez causa de miles de muertes. Como se evidenció anteriormente, constituye la cuarta tasa de mortalidad en nuestro país. Por lo que, nos es dado en concluir y afirmar que, si en manos de una Corte está la posibilidad de evitar la sola muerte de una persona que es titular del derecho a la vida en el ordenamiento jurídico colombiano, su existencia jurídica en la democracia se ha justificado con suficiencia.

B. El incentivo de la tipificación del aborto en la creación y profundización de barreras para el acceso a servicios de aborto legal

77. Ahora bien, tras ser clara la ineficacia del tipo penal, es importante destacar que cerca de 14 años luego de haber sido proferida la sentencia C-355 de 2006, el acceso a la IVE como expresión de la libertad de decidir de la mujer gestante sobre su propio cuerpo y el proceso de gestación, ha estado rodeado de múltiples limitaciones y condiciones. Resaltamos con preocupación que, a pesar de la definición de estándares mínimos de protección y contenidos mínimos del derecho en la jurisprudencia constitucional, en la práctica los mismos no se cumplen y, por consiguiente, se ha vaciado de contenido el derecho de la mujer gestante a decidir y se ha puesto en riesgo su salud. En el Anexo 1 de este salvamento conjunto, a través del análisis de casos que han sido de conocimiento directo de esta Corte en sus salas de revisión, y tal como se constató en la sentencia SU-096 de 2018, existen barreras que impiden el acceso efectivo al derecho en condiciones de oportunidad, libertad, autonomía, educación, seguridad, dignidad e igualdad para las mujeres gestantes. Dichas barreras se presentan de forma sistemática y generalizada por actores u operadores del servicio de salud, del sector justicia y del sector de protección.

78. Entre las más importantes, se señala el efecto de la dicotomía e incertidumbre a las que se enfrentan los profesionales de la salud que deben asegurar la prestación del servicio, pero que a su vez temen incurrir en el delito de aborto, ante una indebida interpretación de las causales de la sentencia C-355/06. Lo anterior implica incertidumbre jurídica y efectos nocivos e inhabilitantes para los médicos, dada la amenaza de criminalización que se refleja, entre otros, en el abuso de la objeción de conciencia; dilaciones en la prestación del servicio que podría llevar a las mujeres a poner en riesgo su salud ante procedimientos que implican más riesgo por el uso de técnicas más invasivas; ruptura del deber de confidencialidad; discrepancias en los diagnósticos médicos, efectos y riesgos; abundancia de instrumentos normativos que confunden a los prestadores del servicio, respecto de la normatividad aplicable a la IVE; y exigencia de requisitos adicionales a los requeridos para evidenciar la causal, todo lo cual repercute en que la mujer sea finalmente desamparada por el Sistema de Salud, y se vea en la obligación de (i) llevar a término un embarazo no deseado; o (ii) acudir a medios alternos, para obtener los servicios que legal y constitucionalmente el Estado le debió garantizar desde un principio de forma segura y legal. Se rescata también la escasez de prestadores del servicio de IVE en el país, evidenciándose una menor cobertura en zonas rurales, lo que impacta mayoritariamente a mujeres que viven en zonas apartadas y en mayores condiciones de vulnerabilidad.

79. Sobre el particular, cabe recordar que el PIDCP, la CCT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución Política, protegen el derecho de la mujer a no sufrir tortura ni otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En este sentido, las limitaciones anotadas para el acceso a servicios de salud exclusivos de las mujeres gestantes, criminalizando el aborto, genera desigualdades entre hombres y mujeres en el ejercicio de sus derechos, e inclusive, como se ha venido exponiendo, entre las mismas mujeres. De igual forma, este tribunal en su sentencia SU-096 de 2018 advirtió que “[...] a pesar de la claridad de las reglas establecidas en la sentencia C-355 de 2006, [...], aún existe todo tipo de trabas y barreras para que las mujeres que solicitan la IVE no puedan acceder de manera oportuna y en las condiciones adecuadas, con consecuencias irreversibles o que obligan a que se practique en forma indebida con grave peligro para su salud [...]. Esta situación implica, un evidente incumplimiento de los compromisos internacionales que asumió el Estado colombiano como lo ha observado la Comisión sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), para garantizar el derecho de las mujeres a decidir de manera autónoma la práctica de la IVE, en los casos permitidos. Pues tal

y como se desarrolló en la parte dogmática, la imposición de barreras para este tipo de procedimiento constituye violencia y discriminación contra la mujer”. Así, es dado afirmar que la existencia de barreras podría ser exacerbada o incentivada por la penalización del aborto.

80. Ahora bien, dada la configuración normativa actual, que incluye los condicionamientos introducidos por esta Corte en la sentencia C-355 de 2006, y a pesar de que los niveles de criminalización son bajos, no deja de ser un riesgo el que una mujer pueda ser criminalizada por practicarse un aborto legal, es decir, circunscrito en las causales definidas en sede constitucional. Es posible afirmar que la sobre-producción de normas jurídicas, la falta de información sobre la existencia del derecho fundamental y demás barreras identificadas en la presente sentencia, dificultan la comprensión y aplicación del derecho. Es claro que la existencia del tipo penal, aparte del estigma que crea, contribuye de forma notable a la creación de barreras administrativas, haciendo en la mayor parte de los casos imposible garantizar la eficacia del derecho fundamental a la IVE como expresión de los derechos reproductivos. En particular, el aborto, como acción típica, aún en los casos en los que está despenalizado, no compagina en su marco normativo con las necesidades de (i) hacer materialmente posible la decisión de interrumpir el embarazo, como derecho cuya garantía exige también el derecho a la información médica completa; y (ii) permitir a los prestadores y profesionales de la salud actuar libre y abiertamente en el desarrollo de las prácticas de la IVE.

C. El incremento de la desigualdad y la discriminación hacia las mujeres: Discriminación de género y socioeconómica derivada del tipo penal

82. En este sentido, reconocen los expertos que la norma penal vigente (i) conlleva un estereotipo de género subyacente; (ii) hace que la acción punitiva del Estado tenga como consecuencia un efecto de discriminación hacia la mujer, pues (a) se penaliza la interrupción del embarazo y solo las mujeres están en capacidad de estar embarazadas; y (b) tiene como consecuencia, en embarazos no deseados, la maternidad forzada; y (iii) es poco funcional como medio de prevención social, toda vez que no se percibe la finalidad disuasiva del derecho penal. La criminalización del aborto tiene pocos fines que, en términos de política criminal, justifiquen la viabilidad del tipo, y una consecuencia abiertamente cuestionable: la limitación de los derechos fundamentales de la mujer.

83. Como se señaló, no cabe duda que la existencia del tipo penal es un factor determinante en la existencia de aborto clandestino inseguro, lo que acarrea riesgos desproporcionados en la salud, vida e integridad de las mujeres, en especial aquellas que cuentan con escasos recursos. Los órganos o comités de derechos humanos han reconocido que este tipo de leyes llevan a las mujeres gestantes a recurrir a prácticas inseguras, violando sus derechos a la vida y a la salud, y enfatizando de esta forma una clara discriminación de género. Esta tipificación de la conducta es una de las formas de instrumentalizar los cuerpos de las mujeres, sometiendo a las mujeres a los riesgos señalados, con el propósito de mantener y preservar el rol reproductivo de la mujer, despojando a las mujeres de su autonomía en la decisión sobre su propio cuerpo y proyecto de vida. Los costos de condenar mujeres por la comisión del delito generan una carga intolerable para las mujeres, sus familias y la sociedad. A la luz de estos factores, es posible concluir que bajo una perspectiva de género una mujer que opta por la interrupción voluntaria del embarazo está marcada por el estigma social o, en su defecto, por la sanción penal, por lo que incluso una decisión tan íntima está permeada de situaciones discriminatorias.

84. Igualmente, la tipificación del delito, a pesar de las excepciones al tipo penal establecidas en la sentencia C-355 de 2006, genera un impacto segregador e inequitativo, en el cual las mujeres con menos recursos económicos, legales y sociales soportan de mayor manera las desigualdades de género y de clase. Sobre esto último, la Fiscalía General de la Nación ha reconocido que el aborto “es un problema de salud pública que tiene importantes consecuencias en la mortalidad materna y en los derechos de las mujeres con menos recursos económicos”. Cabe resaltar que existe una relación entre las complicaciones derivadas de las prácticas abortivas y las mujeres que las padecen, pues la disponibilidad de los abortos tiene efectos en la educación, empleo y salarios en la vida de las mujeres. El Instituto Guttmacher reportó, por ejemplo, que “[l]a proporción de mujeres que sufre complicaciones depende de su lugar de residencia y de su condición socioeconómica”.

85. Con respecto a las desigualdades de clase que se cristalizan en el acceso al aborto, UNICEF (en 2016) también reportó que hay relación entre “los abortos inseguros [y] las mujeres que viven en situación de pobreza”. También indicó que esa premisa, que refuerza los círculos de marginalización y discriminación, se intensifica en los lugares donde existe sanción penal al aborto, porque “las mujeres de poblaciones pobres y vulnerables tienen menor acceso a servicios de aborto seguro que las más ricas, quienes pueden pagar más

fácilmente un aborto médico seguro en clínicas privadas o clandestinas”. En el caso colombiano cabe resaltar que el 56.1% de las mujeres, entre 13 y 49 años, demostraron tener conocimiento sobre el estatus actual de la despenalización del aborto. Sin embargo, el nivel de conocimiento aumentó en las zonas urbanas y en las mujeres con un nivel educativo superior en el quintil de riqueza más alto. La mayoría de los casos de mujeres indiciadas por aborto corresponden a Bogotá con un 12,8%. Bogotá es, a su vez, la ciudad donde el acceso al aborto legal es mayor. Le siguen los departamentos de Santander, Tolima, Caldas y Valle con porcentajes entre 6,6% y 5,9%. Cuando se trata de complicaciones y persecución, hay una clara discriminación y una gran desigualdad en detrimento de las mujeres más pobres, jóvenes y de departamentos con altos índices de necesidades básicas insatisfechas y con menor educación . Según estas cifras, se puede afirmar que en Colombia existe una sobre-criminalización hacia las mujeres más vulnerables, haciendo que la injusticia crezca en nuestro país.

86. Los efectos de la criminalización en las mujeres de escasos recursos deben leerse en conjunto con el estigma propio de la sanción penal. Esto último subyace en que el artículo 122 del Código Penal, como se mencionó anteriormente, es una norma donde de forma principal el infractor será la mujer embarazada y, con ello, pone de presente que se trata de un tipo marcado por la protección de un estereotipo de género dependiente del rol reproductivo de la mujer y su maternidad como un deber con la sociedad. Lo anterior también implica el reconocer un poder de decisión del colectivo social sobre la autonomía reproductiva de un grupo poblacional en específico. Esto puede asociarse, a su vez, con el concepto de actos estructurales de violencia contra la mujer. Por esto, cuando la institucionalidad promulga leyes que limitan la libertad de la mujer, tales actos desconocen la obligación de adopción de acciones afirmativas en el Estado Social para lograr una igualdad real y efectiva.

87. Sobre este punto, resulta pertinente traer a colación las ideas plasmadas sobre la superación de la discriminación histórica de la mujer en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Allí se mencionó que “para la gran mayoría de las mujeres, especialmente en el llamado Tercer Mundo y en las zonas marginadas de casi todas las naciones, lejos de mejorar, se ha visto empeorada. Ello es así porque (...) hasta las propias medidas gubernamentales, recae[n] con más virulencia sobre la mujer, y especialmente la mujer, y especialmente la mujer pobre”. De esta manera, y en consonancia con el artículo 43 de la

Constitución, esta Corte ha adoptado, en algunas de sus decisiones, acciones afirmativas en defensa de sus derechos. Así mismo, ha recordado a los operadores judiciales sobre la importancia de que la facultad de administrar justicia, en cabeza de los operadores judiciales, responda a las necesidades de las mujeres en sus distintas modalidades, como la discriminación, violencia y coerción.

88. El escenario descrito, también sin duda acarrea una serie de consecuencias en términos de igualdad -discriminación socioeconómica-; por ejemplo, entre mujeres de mejores condiciones socioeconómicas respecto de aquellas de escasos recursos o en desventaja socioeconómica, y la mujer rural que reside en zonas apartadas. En la práctica, quienes tienen recursos económicos pueden acceder a la práctica privada y segura, o viajar a otro país donde la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo no represente ningún riesgo; mientras las mujeres en situación de pobreza deben recurrir a abortos clandestinos poniendo en riesgo su salud, y siendo objetivo de criminalización en aquellos escenarios en los que llegan al hospital con complicaciones post-aborto. A nivel del sistema de salud, aquellas mujeres que recurren a la práctica de la interrupción de su embarazo son severamente estigmatizadas como malas madres, promiscuas o asesinas, o deben tratar de vencer el estigma de que son “buenas” porque se encuentran en el marco de alguna de las causales. Esta práctica de estigmatización puede asociarse, a su vez, con el concepto de violencia de género cometida por la generalidad del conglomerado social. Dicha estigmatización, derivada de la tipificación del aborto como delito, no es exclusiva de las mujeres, sino que también afecta a los profesionales de la salud, que pueden abstenerse de realizar el procedimiento por repercusiones de sus mismos colegas o la institución en la que trabajan, tal como se evidencia de las objeciones de conciencia colectivas, y de lo puesto de presente en algunas intervenciones. Además, el sometimiento de la mujer a prácticas clandestinas, puede asociarse con el concepto de violencia psicológica definido por la OMS (2005), según el cual, constituye violencia psicológica, entre otros escenarios, cuando la mujer es amenazada con daños físicos, ya sea de forma directa o indirecta.

89. De esta forma, es posible señalar que el aborto pone a las mujeres en desigualdad de oportunidades, en un riesgo desproporcionado de morbilidad y mortalidad al que no se exponen las mujeres con mayores recursos. En este sentido, la Fiscalía General de la Nación, citando doctrina, advierte que el tipo penal del delito de aborto es una expresión de poder punitivo en el que “la mujer es valorada y controlada a partir de su sexualidad y de su rol

reproductivo”. Además, la inequidad en el acceso a la práctica de la IVE, como consecuencia de la penalización, “se refleja en la desigual distribución de las intervenciones inseguras entre los sectores de población y en la prevalencia de sus complicaciones”. Ante esta realidad, es posible concluir que la despenalización podría ser una respuesta para asegurar la garantía de los derechos fundamentales a la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres y a la IVE, y permitiría eliminar la inseguridad jurídica para mujeres gestantes y médicos.

90. Por los argumentos hasta aquí expuestos, resulta claro para los magistrados disidentes que la criminalización del aborto restringe los derechos fundamentales de las mujeres gestantes, al someterlas a prácticas que ponen en riesgo su vida, salud, dignidad humana e integridad personal, y a su vez, genera estigmatización, marginalización por una conducta que socialmente se percibe nociva y clandestina, reforzando, por demás, esquemas de desigualdad. A cambio de ello, la persecución criminal no es eficaz en la protección de la vida en gestación como bien constitucionalmente protegido, pues ni previene a los sujetos activos del delito de la comisión de la conducta, ni judicializa de forma efectiva a quienes lo hacen, de donde se evidencia que el mismo órgano de persecución criminal ha renunciado tácitamente a la judicialización de esta conducta.

91. Visto lo anterior, es claro que se impone la adopción de soluciones o medidas menos lesivas en materia penal, las cuales no pueden ser entendidas como una carta blanca a la práctica de la IVE como un método de control de natalidad, pues no pretende desplazar al Estado de su obligación-deber de impartir educación sexual. Lo importante, en todo caso, es resaltar que el aborto inseguro aumenta los “principales costos fisiológicos, financieros y emocionales” y en esa medida, la claridad en los lineamientos y el goce efectivo de los derechos fundamentales reproductivos, en su faceta a la IVE, sirve como antídoto ante la mortalidad y la violación de derechos. Pero también asumimos que no es posible asignarle un valor inexpugnable cuando colisiona con derechos que una sociedad pluralista asume como centrales. La decisión de reconocer un derecho fundamental no puede quedar a disposición de las mayorías políticas. Ello implicaría su disolución. Mucho menos cuando la elección de las mayorías consiste en activar el derecho penal. El drama oculto de la decisión de interrumpir el embarazo, que vive con intensidad única la mujer, es ahora acompañado del miedo a la persecución penal que la induce a buscar refugio en clínicas oscuras, ocultas e inseguras.

. EL MANDATO DE OPTIMIZACIÓN DE DERECHOS Y EL DÉFICIT DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS MUJERES GESTANTES

92. Respecto de lo ya expuesto, surge entonces la pregunta para los magistrados disidentes si se justifica someter a mujeres colombianas gestantes a procedimientos clandestinos por prevención a la comisión de un delito que además de discriminatorio, no está siendo efectivamente perseguido, o si debe mantenerse una norma penal que, en la práctica, se traduce en la imposición de barreras que imposibilitan el ejercicio de sus derechos reproductivos fundamentales.

93. Al respecto, en nuestra opinión, se torna por lo menos ambiguo garantizar un derecho fundamental a la mujer gestante de decidir libremente sobre la interrupción o no de su embarazo, y de hacerlo, acceder a los servicios de salud para la práctica de la IVE, cuando el aborto funge al mismo tiempo como un delito tipificado en el Código Penal. En otras palabras, el aborto tiene una dimensión dual y contradictoria, pues por un lado es el resultado de la autonomía y de la libertad de las mujeres que ejercen su derecho a la IVE como derecho reproductivo y, por el otro, es un delito tipificado en el Código Penal. Como delito trae consigo el estigma que discrimina y genera la atribución negativa, tanto en las mujeres que abortan como en los prestadores del servicio, y que puede ser definido como la contradicción a los parámetros sociales sobre “qué es ser mujer y cuál es el ejercicio de la sexualidad y la maternidad permitido”. La penalización reproduce las desigualdades socio económicas – aparecen las distinciones, por ejemplo, entre las zonas rurales y urbanas y los niveles de educación–, da espacios para la consolidación de nuevas barreras de acceso que implican mayores costos para el sistema de salud y establece una discriminación basada en el género. Esto, en la medida en que refuerza el estereotipo de la maternidad al impedir que la mujer gestante adopte la decisión libre y autónoma sobre su propio cuerpo.

94. Como derecho reproductivo fundamental, en cambio, asegura la no intervención del Estado, la familia y la sociedad en general en las decisiones íntimas y en la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres. Obliga, en cumplimiento del artículo 13 de la Constitución, a garantizar el derecho reproductivo de la mujer, en su faceta a la IVE en igualdad de condiciones y de manera real, oportuna y efectiva en el marco del sistema de salud. Establece el deber de eliminar las barreras de acceso que son, en sí mismas, medios de marginalización y reproducción de desigualdades. En esta medida, la coexistencia del

derecho fundamental a la IVE como (i) expresión de los derechos reproductivos de las mujeres gestantes y como (ii) delito, pone de presente, por un lado, las dificultades de garantizar su faceta de derecho, por las consecuencias derivadas de la sanción penal, y por el otro, la ineficacia del tipo en términos de política criminal.

95. Asimismo, la existencia de barreras administrativas para el acceso a la IVE desde el año 2006 (ver la evidencia concreta existente en el Anexo 1) muestra de forma explícita el desconocimiento y la inaplicación de estándares internacionales sobre los derechos reproductivos en su faceta de derecho fundamental a la IVE. Sin duda, una medida como la demandada en esta oportunidad también constituye una clara acción estatal que desconoce la obligación de tomar medidas concretas y eficientes que permitan a las mujeres gestantes no ser sometidas a tratos denigrantes y crueles que accedan a una atención integral y oportuna en salud. En este sentido, el estigma y los estereotipos a los que son sometidas las mujeres gestantes conllevan a una carga desproporcionada con respecto a las expectativas sociales impuestas en ellas que vulnera sus derechos a la libertad, igualdad, autonomía, a la intimidad, a la salud, al libre desarrollo de la personalidad y al principio de dignidad humana. Asimismo, la falta de acceso a la salud en condiciones de igualdad entre mujeres, basada en preconcepciones médicas, objeciones de conciencia institucionales, falta de información, entre otros, son inadmisibles.

96. Por lo anterior, la existencia del marco normativo penal vigente es indicativa de que, en la actualidad, no se encuentran las mujeres gestantes ante un equilibrio constitucional que articule adecuadamente sus derechos, el principio democrático que subyace la normativa penal y los deberes asociados a la salvaguarda de la dignidad humana. El resultado de este desequilibrio constitucional conlleva a la creación de escenarios de violencia institucional, vacíos e inseguridad jurídica que impiden, efectivamente, la realización del derecho fundamental a la IVE como expresión de los derechos reproductivos.

97. Es un hecho que a pesar de existir una amplia potestad de configuración del Legislador en materia de política criminal, en especial, en tratándose de derechos sexuales y reproductivos, la decisión de tipificar el aborto tal como se ha hecho hasta el momento, torna insostenible el acceso y goce al amplio catálogo de derechos y libertades en el que se sustentan los derechos reproductivos en nuestra Carta Política, incumpliendo así con la garantía del Estado de Derecho frente al acceso de las mujeres al derecho a interrumpir

voluntariamente su embarazo. Sin embargo, a pesar de las recomendaciones expedidas en 2012 por la mencionada Comisión Asesora de Política Criminal, la inefectiva aplicación de la persecución penal por parte de la Fiscalía y el consenso social en materia de no penalización, cabe destacar que en el período comprendido entre 2006 y 2020, el Congreso de la República ha tramitado 15 proyectos relacionados con el aborto y la autonomía reproductiva (ver en detalle el listado de proyectos contenido en el Anexo 2). Dicha cifra y actividad legislativa, durante el período de los tres Congresos elegidos en dicho periodo desde el 10 de mayo de 2006, evidencia la ausencia de espacios de deliberación efectiva que se tradujeran en un marco normativo que ampare los derechos reproductivos y, en particular, garantice los derechos de las mujeres gestantes.

98. Lo anterior evidencia claramente que persiste un déficit de protección constitucional a las mujeres gestantes, que sin lugar a dudas, permite al juez constitucional dar una “segunda mirada” en aras de amparar los derechos reproductivos fundamentales. Por esta razón, se hace imperiosa la intervención del juez constitucional considerando (i) la existencia de barreras de acceso al derecho fundamental a la IVE; (ii) los estigmas a los que son sometidas las mujeres gestantes ante su decisión de interrumpir voluntariamente su embarazo, como manifestación externa que no es permitida dadas las obligaciones de no discriminación; (iii) la falta de voluntad de los miembros del órgano legislativo de dar una deliberación democrática en torno al derecho a la IVE, ello, a pesar de haberse presentado 33 proyectos de ley -todos fallidos- (en el período comprendido entre 1975 y la fecha, y un total de 15 proyectos desde el 2006), y haber sido exhortado el Congreso de la República para regular la materia, en los términos de la sentencia SU-096 de 2018 respecto del derecho reproductivo fundamental a la IVE; (iv) aunado a la discriminación histórica a la que se ven enfrentadas las mujeres en escenarios de deliberación democrática, lo que no otorga ni asegura de garantías a las mujeres en este escenario; y que las margina de su principal derecho democrático, a tener una voz y un voto decisivo en el trámite de los desacuerdos en torno a los asuntos que más las afectan, así como en la defensa y protección de sus intereses; y (v) el carácter evolutivo de los derechos fundamentales, que ha llevado a que hoy sea claro el reconocimiento en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, así como en el contexto jurisprudencial del derecho fundamental a la IVE, como faceta del derecho fundamental e innominado -derechos reproductivos.

99. En el mismo sentido, señaló la Corte en su sentencia C-754 de 2015 que “[e]l Juez

constitucional debe verificar el respeto por los mínimos constitucionales que se ordenan en cada caso. Cuando se verifique una situación de discriminación, directa o indirecta, debe intervenir, por tratarse de situaciones que violan el derecho a la igualdad”. De esta forma, resulta imperativo que el juez constitucional intervenga en el presente caso, con el propósito de garantizar la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, como mandato hermenéutico que permite darle sentido a la Constitución Política. Por esto, de cara a las obligaciones asumidas por el Estado colombiano a nivel internacional frente a los derechos reproductivos, y la protección de los derechos constitucionales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico interno, corresponde a este tribunal avanzar y optimizar la efectiva aplicación de los derechos sexuales y reproductivos, sin reducir ni limitar los derechos mínimos ya reconocidos por la Corte en materia de acceso a la IVE. También le corresponde, como tribunal garante de los derechos fundamentales, contribuir a la eliminación de la discriminación en contra de la mujer, incluyendo pero sin limitarse a, garantizar que todas las barreras que limitan el acceso a la IVE desaparezcan, así como a maximizar la protección a la salud de las mujeres gestantes. Es así como bajo la perspectiva de estándar del Estado de Derecho a la que hace referencia esta Corte (ver *supra*, numerales 33 a 43), la Corte debe garantizar el goce y el acceso al derecho de decidir libremente la interrupción o no del embarazo, y de decidirlo, de acceder al sistema de salud.

100. La optimización de los derechos reproductivos fundamentales de las mujeres gestantes, fundados en un pilar amplio de derechos en nuestra Constitución, permite preservar la facultad de las mujeres de adoptar decisiones libres e informadas en la más íntima de sus convicciones, así como acceder a los sistemas de salud de forma oportuna y segura, como expresión de su libertad, dignidad y autonomía. En esta misma línea, resaltamos que los casos decididos en Estados Unidos, Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al fallar casos de interrupción voluntaria del embarazo en Polonia e Irlanda y Portugal, entre otros, en los cuales tribunales constitucionales han obligado a los Estados a cumplir su deber de garantizar el acceso y la eficacia de los derechos sexuales y reproductivos, exigiéndoles expedir y realizar acciones que disminuyan las barreras de acceso y las arbitrariedades que impiden el acceso a la práctica de la IVE a mujeres gestantes en escenarios de embarazos deseados o no. Dichas decisiones judiciales han constatado que la tipificación del delito de aborto resulta selectiva y discriminatoria, obstaculizando el goce de derechos fundamentales de las mujeres gestantes, entre otros, a la dignidad, libertad, autonomía e igualdad.

101. Adicionalmente, el derecho penal y los condicionamientos señalados en la sentencia C-355 de 2006, si bien en su momento marcaron un hito en el camino de la despenalización del delito de aborto, deben progresar de cara al contexto actual, tanto nacional como internacional. Al respecto, cabe destacar que las hipótesis contempladas en la mencionada sentencia se aplicaban en el marco del derecho penal como causales de exclusión de culpabilidad bajo los siguientes criterios:

Causal o indicación establecida en la sentencia C-355 de 2006

Tratamiento de la causal en el marco del derecho penal

Grave e inminente peligro para la vida o la integridad personal de la mujer, certificada por un médico

Aplicación de la figura del estado de necesidad justificante, previsto en el artículo 32, numeral 7 del Código Penal.

Graves malformaciones o anomalías que impidan su viabilidad, que debe ser debidamente certificada por un médico

Implica violar el art. 12 superior al someter a la mujer a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan la intangibilidad moral, eximente de culpabilidad. Inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta adecuada a derecho

Acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, denuncia penal, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas

Estado de necesidad (exculpante)

102. Teniendo en cuenta lo anterior, gran parte de las legislaciones que sujetan la legalidad de los procedimientos abortivos a la temporalidad de un plazo, combinan los límites gestacionales con indicaciones. Las normas internacionales de derechos humanos también reconocen los límites gestacionales como un componente de acceso y, como consecuencia, crean la obligación en cabeza de los Estados de proteger de las dilaciones y barreras administrativas. La realidad es que las restricciones temporales son una tendencia dominante en las normas sobre aborto y, en esa medida, dentro del modelo de plazos, el

límite temporal que más se repite es el de las primeras 12 semanas. Países como Uruguay, Sudáfrica, Estados Unidos, Canadá y la mayoría de los Estados de Europa, permiten la práctica de la IVE a demanda durante las primeras semanas, generalmente durante el primer trimestre, y luego rigen las causales.

. CONCLUSIONES

103. De lo expuesto en los cinco capítulos anteriores, es claro que la Corte Constitucional le queda debiendo a la sociedad colombiana un debate que permita interpretar el reconocimiento de la autonomía y la capacidad de las mujeres de tomar decisiones y de hacerse responsables del curso de acción que, en el marco de su libertad de conciencia elijan, frente a la protección incremental a la vida. Esto es, poder decidir libremente sobre si continuar o no con el proceso de gestación humana, y de hacerlo, acceder a servicios de salud que garanticen sus derechos a la salud, vida e integridad física. Como se constató en la recopilación de evidencia empírica, vía una línea jurisprudencial de aproximadamente 14 años, a pesar de los múltiples esfuerzos de la Corte de establecer un diálogo con otras ramas del poder público en esta materia, estos han sido insuficientes para atender esta delicada situación de vulneración de los derechos reproductivos de las mujeres gestantes. La mayoría de la Sala Plena con esta decisión inhibitoria, desconoció el tono de un debate de raigambre constitucional que se fijó de forma clara y precisa en el entorno social en nuestro país, con los más de 8000 folios recaudados como evidencia en el expediente, y las múltiples reacciones, manifestaciones e intervenciones ciudadanas en diferentes medios.

104. Mal hace esta Corte en persistir en la criminalización de esta conducta como única respuesta a las mujeres que tienen que pasar por esta difícil situación, y quienes legítimamente pueden preguntarle al Estado “¿por qué es esta ley derecho para mí?”. De la misma manera, es importante destacar que cuando el Legislador ejerce sus competencias en materias penales, no puede desconocer que la mujer es un ser humano capaz, digno y titular de los derechos reproductivos, los cuales se reflejan en un amplio espectro de garantías constitucionales como lo son la libertad, la autonomía y la igualdad, por lo que no puede tratarla como un simple instrumento de reproducción, ni imponerle, directa o indirectamente, la obligación de procrear; esto sería reafirmar su tratamiento como persona de segunda categoría y reiterar los estereotipos de género.

105. Podía la Corte, además, ocuparse de precisar e intentar corregir los defectos que se encuentran en la médula de esta cuestión. Lo anterior, por cuanto, el derecho penal es la última ratio en nuestra Constitución, regido bajo el principio de mínima intervención, lo que implica que el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control social han fallado. La salud sexual y reproductiva basada en un enfoque de derechos humanos reconoce que las decisiones de las mujeres sobre su propio cuerpo son personales y privadas, y ubica la autonomía de la mujer en el centro de las políticas públicas y la legislación relacionadas con la educación, el acceso a la información y a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la interrupción voluntaria del embarazo, de forma libre, segura y oportuna. En esta línea, quedan pendientes varias preguntas de relevancia constitucional que han debido ser contestadas: ¿Qué hace el Estado para prevenir los embarazos no deseados? ¿Qué recursos existen a disposición de la mujer y de las familias para planificar responsablemente su vida? ¿Qué medios de información completa sobre la sexualidad y sus efectos existen para todas las personas? ¿Qué acompañamiento ofrece el Estado para las mujeres que han considerado la decisión de interrumpir voluntariamente su embarazo?

107. La imposición de cargas desproporcionadas a las mujeres gestantes es la expresión más cruel y evidente de la negación del derecho a decidir de las mujeres. 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, y en esa medida guarda estrecha relación con el derecho a la integridad personal. La igualdad entre mujeres y hombres y entre distintos grupos de mujeres debe ser una realidad y no una mera aspiración.

108. Por lo que, reiteramos que la decisión de la mayoría de la Corte Constitucional ha olvidado que este trascendente asunto deba analizarse al margen de las creencias particulares, y en su lugar, guiarse por los principios de pluralismo, tolerancia y laicidad. Perder el norte de un asunto que envuelve la garantía de derechos humanos y el derecho fundamental a la IVE -en su faceta de derecho reproductivo- que se articula con la garantía de otros derechos fundamentales de las mujeres, en especial, libertad, dignidad, igualdad,

autonomía y salud, significa renunciar ex ante a la tarea que la sociedad democrática entregó en 1991 a la Corte Constitucional, con el fin de velar por la supremacía y garantía de dichos derechos. La decisión de la mayoría parece afirmar que (i) la mujer gestante no es, por su sola condición, titular legítima de derechos humanos, puesto que, por su estado debe ceder e incluso renunciar a ello. Asimismo, desconoce (ii) los problemas de salud pública que comporta la penalización del aborto; y (iii) la existencia de un mandato en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, de proscripción de la criminalización del aborto. Esta decisión mayoritaria, basada en formalismos, amenaza con el mal de la pena a quien ejerce un derecho intrínseco -la mujer gestante-, conlleva a poner en duda su dignidad, la obliga a renunciar a ella y la cosifica al mantener decisiones sobre su plan de vida. Al final, a la vista cercana de las rejas de la cárcel, las mujeres que han decidido no ser madres y por ello interrumpir su embarazo, se darán cuenta que han sido defraudadas y que el pacto constitucional no las ha incluido.

En los anteriores términos, con el debido respeto por la decisión mayoritaria, dejamos expuesto nuestro profundo desacuerdo con la sentencia C-088 de 2020.

Fecha ut Supra,

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA C-088/20

Ref: Expediente D-13255

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, aclaro mi voto en el asunto de la referencia de conformidad con las razones que paso a explicar.

Comparto la decisión de la mayoría de la Sala en cuanto a que el fallo debía ser inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda. A mi parecer, en esta oportunidad la demanda carecía del requisito de claridad, pues sus peticiones parecían contradictorias, y tampoco cumplía con el requisito de suficiencia, pues no lograba acreditar el debilitamiento de la cosa juzgada constitucional respecto de la sentencia C-355 de 2006.

No obstante, aclaro mi voto para indicar que no comparto la Sentencia C355 de 2006, que despenalizó el aborto en tres causales, ni tampoco la línea jurisprudencial que siguió a esta decisión. Estimo que en la Sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional varió su jurisprudencia anterior para sostener que la vida humana en formación, esto es, la vida del que está por nacer, es tan solo un “valor constitucionalmente relevante”, con lo cual desconoció no sólo el hecho biológico de la vida humana naciente, sino que se trata de un derecho fundamental en cabeza del nasciturus.

Ciertamente, en dicha decisión la Corte cambió radicalmente el abordaje de la protección constitucional de la vida del nasciturus y decidió reducir la vida humana, o por lo menos la vida humana en gestación, a la categoría de valor o bien abstracto, despojándola de su verdadera naturaleza: la de constituir para el ser humano viviente su mismo ser. Así pues, si la vida ya no es para el viviente su mismo ser, el titular de la misma, en este caso el nasciturus, queda reducido al mundo de las cosas, y por lo tanto, su protección constitucional se ve reducida frente a la de los demás sujetos titulares de cualquier otro derecho, considerados, éstos sí, como seres humanos vivientes.

Así mismo, la jurisprudencia posterior de la Corte que se refiere a la vida en formación reitera los criterios de dicha sentencia, a partir de una diferenciación entre las nociones de persona humana y vida humana, con el objetivo de dar una pretendida fundamentación teórica a la

desprotección jurídica de la vida del no nacido, y a la supuesta prevalencia de los derechos en cabeza de terceros. Para ello, se hace uso del criterio de la personalidad jurídica como si de él dependiera la existencia misma de la persona humana y de los derechos que le son inherentes, a fin de abordar la vida en gestación sólo como un “bien” o “cosa” que puede entonces ser objeto de disposición por parte de otros. Esta posición cosifica a los seres humanos no nacidos, en contra de toda la evidencia científica que corrobora que se trata de individuos de la especie humana distintos de su madre.

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Anexo 1 .Barreras administrativas que impiden el acceso a la IVE

Barrera

Descripción

Sentencia

Hechos del caso

Consideraciones de la Corte

Falta de información objetiva, completa y veraz

El SGSSS tiene la obligación de informar a las mujeres embarazadas sobre sus opciones reproductivas y sólo ellas pueden decidir si continúan o no el embarazo

1. 1. T-009 de 2009

EPS suspende realización de histerectomía a paciente para que continúe con su embarazo.

Si bien los hechos ocurrieron con anterioridad a que fuera proferida la sentencia C-355, la Corte dejó constancia de que se desconoció la dignidad humana de la paciente, en la medida en que ésta es la única que puede decidir si continúa o no con su embarazo cuando éste represente un riesgo para su vida o salud.

2. T-627 de 2012

La Procuraduría General de la Nación -PGN- emite una serie de comunicaciones y conceptos, dirigidos a funcionarios estatales y la opinión pública en general, en que afirma que (i) la Corte Constitucional ordenó campañas masivas de promoción del aborto en la sentencia T-388 de 2009, (ii) que dicho fallo no era aplicable hasta tanto se resolviera el incidente de nulidad propuesto contra esa providencia, (iii) que los AOE tienen carácter abortivo; (iv) que la C-355 no reconoció un derecho fundamental a la IVE, por lo que no debía garantizarse su goce efectivo; (v) que la objeción de conciencia no tiene límites, mientras la regulación proferida por el GN estuviera suspendida; (vi) que el derecho a la vida existe desde la concepción; y (vii) que un principio activo usado en la IVE, aprobado por el INVIMA y la OMS, no debía ser incluido en el POS por motivos de registro sanitario y seguridad clínica.

La Corte constata que la PGN faltó a su deber de veracidad en la información, vulneró el derecho a la información de las mujeres en materia de derechos sexuales y reproductivos, amenazó y vulneró el derecho de acceso a servicios de salud en materia reproductiva de las mujeres, amenazó todos los derechos que dieron origen a la despenalización del aborto en la sentencia C-355, y vulneró directamente el derecho fundamental a la IVE.

3. T-301 de 2016

Tras un diagnóstico inicial de malformaciones en el feto, se informó a la accionante de la posibilidad de interrumpir el embarazo siete semanas después.

La EPS desconoció el componente de información del derecho fundamental a la IVE en tanto

el manejo que dio al caso tras el diagnóstico inicial impidió a la accionante conocer el alcance de la situación del feto.

Desconocimiento o tergiversación de los alcances de la jurisprudencia

Las IPS no han capacitado a su personal médico y administrativo sobre el alcance de la sentencia C-355 de 2006, por eso su contenido se va tergiversando conforme a factores religiosos y culturales.

1. 1. T-209 de 2008

Todo el staff de ginecólogos de la red de prestadores de Coomeva EPS se niega a practicar la IVE haciendo uso de la objeción de conciencia sin remitir a la solicitante a un médico que sí lo hiciera.

No basta con que los profesionales de la salud anuncien su objeción de conciencia para quedar exentos de la obligación de practicar la IVE, pues deben cumplir con la obligación adicional consistente en remitir a la paciente a un profesional que sí lo haga.

2. T-946 de 2008

Médico tratante niega realización de aborto bajo los argumentos de que no es posible establecer si el embarazo se deriva de un acto sexual no consentido, y de que es objetor de conciencia.

No son de recibo las alegaciones del galeno tratante en el sentido de que no era posible establecer si el embarazo fue consecuencia de un abuso sexual no consentido, en la medida en que, existiendo la denuncia, lo que procedía era la IVE, y, al hacer uso de la objeción de conciencia, es su deber remitir a la mujer gestante a un centro médico donde le realicen el procedimiento.

3. T-388 de 2009

Médico tratante exige orden judicial para proceder con práctica de IVE.

No pueden elevarse obstáculos adicionales no previstos en la sentencia C-355 de 2006.

4. T-585 de 2010

La falta de un protocolo de diagnóstico oportuno generó la vulneración del derecho fundamental a la IVE de la tutelante en su faceta diagnóstica.

5. T-636 de 2011

Médico tratante exige orden judicial para proceder con práctica de la IVE, mientras que EPS afirma que realizar el procedimiento a los 6 meses es asesinar a una criatura indefensa.

La exigencia de una orden judicial se torna injustificada en la medida que corresponde al galeno tratante y no al juez realizar las valoraciones correspondientes y determinar si se configuró la causal. El juicio de valor que califica al aborto después de seis meses como un homicidio de un ser indefenso es ajeno a las funciones de la entidad. Sólo los conceptos médicos determinan cuándo es procedente la intervención en cada caso concreto.

6. T-841 de 2011

Tras recibir solicitud formal de práctica de IVE con dos certificaciones médicas de peligro para la salud de la gestante de 12 años de edad, EPS niega telefónicamente el procedimiento, valora a la menor por ginecología casi un mes después, y según apoderada de la accionante, concluye que no existe riesgo para su vida y que no es factible llevar a

cabo el procedimiento por lo avanzado del embarazo.

El término de casi un mes que se tomó la accionada para resolver la solicitud de la paciente de ningún modo es razonable tratándose de una IVE. La EPS exigió requisitos adicionales a los contemplados en la sentencia C-355 de 2006, pues basta con que se hubieren adjuntado las certificaciones médicas junto con la solicitud y no se trata de verificar si la vida de la menor estaba en peligro, sino si había afectación a su salud física o mental. Así mismo, ni la mencionada sentencia C-355 de 2006 ni ninguna norma legal han establecido un límite de tiempo para la práctica de la IVE.

7. T-959 de 2011

A pesar de haber manifestado inquietud por malformaciones en el feto desde primera cita de controles prenatales, debido a antecedentes familiares, no se realiza ecografía especializada hasta semana 24 de gestación, en que se descubren malformaciones en el feto, y tras solicitud de IVE, se ordena realización de junta médica que, a pesar de reconocer las consecuencias de los hallazgos, recomiendan seguir con el embarazo.

Se limita a constatar configuración de la existencia de una carencia actual de objeto -CAO-.

8. T-627 de 2012

La PGN emite una serie de comunicaciones y conceptos, dirigidos a funcionarios estatales y la opinión pública en general, en que afirma que (i) la Corte Constitucional ordenó campañas masivas de promoción del aborto en la sentencia T-388 de 2009, (ii) que dicho fallo no era aplicable hasta tanto se resolviera el incidente de nulidad propuesto contra esa providencia, (iii) que los AOE tienen carácter abortivo; (iv) que la sentencia C-355 de 2006 no reconoció un derecho fundamental a la IVE, por lo que no debía garantizarse su goce efectivo; (v) que la objeción de conciencia no tiene límites, mientras la regulación proferida por el GN estuviera suspendida; (vi) que el derecho a la vida existe desde la concepción; y (vii) que un principio activo usado en la IVE, aprobado por el INVIMA y la OMS, no debía ser incluido en el POS por motivos de registro sanitario y seguridad clínica.

La Corte constata que la PGN faltó a su deber de veracidad en la información, vulneró el derecho a la información de las mujeres en materia de derechos sexuales y reproductivos, amenazó y vulneró el derecho de acceso a servicios de salud en materia reproductiva de las mujeres, amenazó todos los derechos que dieron origen a la despenalización del aborto en la sentencia C-355, y vulneró directamente el derecho fundamental a la IVE.

Dilaciones para la práctica de la IVE

EPS retrasa la práctica aduciendo que se debe esperar al médico especialista o exige documentos adicionales.

1. 1. T-171 de 2007

Paciente con feto que presenta múltiples malformaciones interpuso acción de tutela aduciendo que sus médicos tratantes le informaron que la única forma de acceder a la IVE era a través de una acción de tutela.

Se limita a verificar la configuración de una carencia actual de objeto.

2. T-988 de 2007

EPS se niega a practicar procedimiento de IVE a mujer con parálisis cerebral aduciendo que su madre no aportó sentencia que declarase la interdicción judicial ni evaluación psicológica que demostrara que el embarazo no fue consentido.

La EPS dilató de manera injustificada la práctica de la IVE, haciendo depender la interrupción del embarazo de formalidades imposibles de cumplir.

3. T-209 de 2008

Tras haber radicado solicitud formal de práctica de IVE ante su EPS, la menor fue remitida a 5

IPS diferentes en las que todo el staff de ginecólogos se negó a realizar el procedimiento aduciendo la objeción de conciencia.

No basta con que los profesionales de la salud anuncien su objeción de conciencia para quedar exentos de la obligación de practicar la IVE, pues deben cumplir con la obligación adicional consistente en remitir a la solicitante a un profesional que sí lo haga.

4. T-946 de 2008

Médico tratante se abstiene de practicar procedimiento bajo los argumentos de que no es posible determinar que el embarazo fuese fruto de un acto sexual no consentido, a pesar de existir denuncia, y que de era objetor de conciencia, sin remitir a la paciente a un galeno que sí lo hiciera.

No son de recibo las alegaciones del galeno tratante en el sentido de que no era posible establecer si el embarazo fue consecuencia de un abuso sexual no consentido, en la medida en que, existiendo la denuncia, lo que procedía era la IVE, y, al hacer uso de la objeción de conciencia, es su deber remitir a la mujer gestante a un centro médico donde le realicen el procedimiento.

5. T-388 de 2009

Médico tratante exige orden judicial previa para proceder con práctica de IVE.

6. T-636 de 2011

Médico tratante exige orden judicial para práctica de IVE.

Corresponde al médico y no al juez realizar las evaluaciones pertinentes para verificar la configuración de la causal y proceder de conformidad.

7. T-841 de 2011

Casi un mes después de radicada solicitud de IVE, EPS comienza acciones tendientes a darle respuesta. Según apoderada de la accionante concluye que no puede llevarse a cabo el procedimiento por ausencia de peligro a la vida y avanzada edad gestacional.

El término de casi un mes que se tomó la EPS demandada para iniciar las acciones tendientes a contestar la solicitud de la accionante, de ningún modo es razonable tratándose de una IVE, ya que, con cada mes de gestación, se hace más riesgoso y complejo su procedimiento de interrupción.

8. T-959 de 2011

A pesar de haber manifestado inquietud por malformaciones en el feto desde primera cita de controles prenatales, se realiza ecografía especializada apenas en semana 24 de embarazo en que se encuentran malformaciones, tras solicitud de IVE de la accionante se remite el caso a junta médica que niega la solicitud.

Se limita a constatar una carencia actual de objeto.

9. T-532 de 2014

EPS tardó 26 días entre la solicitud y programación del procedimiento.

La solicitud no fue atendida con la prontitud y urgencia que demanda este tipo de procedimientos, corresponde a la EPS adelantar las gestiones necesarias para que la solicitud sea resuelta con la mayor prontitud y urgencia.

10. T-301 de 2016

Tras informar tardíamente sobre la posibilidad de interrumpir el embarazo, se obliga a la accionante a comenzar nuevo proceso de evaluación en IPS que no contaba con la capacidad técnica de realizar el procedimiento en esa edad gestacional.

El tiempo transcurrido entre el diagnóstico inicial y la siguiente atención relevante es a todas luces inoportuno e inadecuado. La EPS desconoció el deber de oportunidad en la atención.

11. T-697 de 2016

Tras haber sido víctima de acceso carnal violento y manifestar su voluntad de interrumpir el embarazo, la menor bajo custodia del ICBF fue entrevistada nuevamente 10 días después, y decidió continuar su embarazo.

Sin demora se debió proceder a remitir a la niña a un centro médico para que evaluara la solicitud de la interrupción voluntaria del embarazo dentro del término de 5 días señalado por la jurisprudencia.

12. T-731 de 2016

EPS se abstiene de valorar y certificar afectación mental a menor de edad y la remite a una IPS que insiste en realización de nuevas pruebas, niega procedimiento por gestación avanzada e informa que todos sus médicos son objetores de conciencia.

Las accionadas transgredieron las garantías fundamentales de la menor al no reconocer y certificar la afectación a su salud mental ni garantizar su remisión a una institución con capacidad de practicar el procedimiento.

13. SU-096 de 2018

La accionante tuvo que someterse a un sinnúmero de barreras para lograr la protección de sus derechos, que van desde realizarse exámenes adicionales a los ya ordenados por su médico tratante, acudir a varias instituciones para lograr la práctica del procedimiento.

Brechas de información en mujeres sobre su derecho fundamental a la IVE

Las mujeres no conocen que tienen derecho a abortar bajo tres causales y que es obligación de su EPS practicar la IVE de manera oportuna e integral.

1. 1. T-627 de 2012

La PGN emite una serie de comunicaciones y conceptos, dirigidos a funcionarios estatales y la opinión pública en general, en que afirma que (i) la Corte Constitucional ordenó campañas masivas de promoción del aborto en la sentencia T-388 de 2009, (ii) que dicho fallo no era aplicable hasta tanto se resolviera el incidente de nulidad propuesto contra esa providencia, (iii) que los AOE tienen carácter abortivo; (iv) que la sentencia C-355 de 2006 no reconoció un derecho fundamental a la IVE, por lo que no debía garantizarse su goce efectivo; (v) que la objeción de conciencia no tiene límites, mientras la regulación proferida por el GN estuviera suspendida; (vi) que el derecho a la vida existe desde la concepción; y (vii) que un principio activo usado en la IVE, aprobado por el INVIMA y la OMS, no debía ser incluido en el POS por motivos de registro sanitario y seguridad clínica.

La Corte constata que la PGN faltó a su deber de veracidad en la información, vulneró el derecho a la información de las mujeres en materia de derechos sexuales y reproductivos, amenazó y vulneró el derecho de acceso a servicios de salud en materia reproductiva de las mujeres, amenazó todos los derechos fundamentales que dieron origen a la despenalización del aborto en la sentencia C-355 de 2006, y vulneró directamente el derecho a la IVE.

2. T-301 de 2016

Tras un diagnóstico inicial de malformaciones en el feto, únicamente se informó a la accionante de la posibilidad de interrumpir el embarazo siete semanas después.

El manejo que se dio al caso tras el diagnóstico inicial impidió a la accionante conocer el alcance de la situación del feto.

Exigencia de requisitos adicionales y no previstos en la sentencia C-355 de 2006

Exigencia de requisitos adicionales a los previstos en cada causal, como autenticaciones, permiso de su pareja o familiares y juntas médicas.

1. 1. T-171 de 2007

Paciente con feto que presenta múltiples malformaciones interpuso acción de tutela aduciendo que sus médicos tratantes le informaron que la única forma de acceder a la IVE era a través de una acción de tutela.

Se limita a verificar la configuración de una carencia actual de objeto.

2. T-988 de 2007

EPS exige sentencia de interdicción judicial y evaluación psicológica que diese cuenta de que el embarazo de una mujer con parálisis cerebral que no puede exteriorizar su consentimiento no fue consentido.

La EPS dilató de manera injustificada la práctica de la IVE, e hizo depender la interrupción del embarazo de formalidades imposibles de cumplir, incurriendo en una práctica, que, a la luz de los hechos del caso concreto, fue arbitraria y desproporcionada.

3. T-946 de 2008

A pesar de existir denuncia penal, médico niega realización de aborto bajo el argumento de que no era posible establecer si el embarazo se derivó de un acto sexual no consentido.

Cuando el embarazo se derive de acto sexual no consentido basta con la presentación de la denuncia ante autoridad competente para que los actores del SGSSS autoricen el procedimiento de IVE.

4. T-388 de 2009

Médico tratante exige orden judicial previa para proceder con práctica de IVE.

No pueden establecerse obstáculos adicionales no previstos en la sentencia C-355 de 2006.

5. T-636 de 2011

Médico tratante exige orden judicial para proceder con práctica de IVE.

Corresponde al médico y no al juez realizar las evaluaciones pertinentes para verificar la configuración de la causal y proceder de conformidad.

6. T-841 de 2011

EPS niega IVE porque los certificados médicos que dan cuenta del peligro para la salud de la menor embarazada no fueron expedidos por médicos adscritos, valora a la menor casi un mes después y según su apoderada, determina que no procede práctica por avanzada edad gestacional y ausencia de peligro para la vida de la paciente.

Para acreditar el daño a la salud física o mental basta con el certificado médico correspondiente, y la tutelante adjuntó dos con su solicitud. No se trataba de verificar si la vida de la menor estaba en peligro, sino si estaba afectada en su salud física o mental. La sentencia C-355 de 2006 ni ninguna norma legal han fijado un límite temporal para la práctica de la IVE.

7. T-959 de 2011

Tras constatar malformaciones en el feto de la accionante y de que esta manifestara su deseo de interrumpir el embarazo, se somete estudio de caso a Junta Médica.

Se limita a constatar existencia de una carencia actual de objeto.

Tras recibir valoración psicológica en el marco de una solicitud de IVE, accionante es informada de que en concepto de la tratante no se configuraba la causal, pero que “debía esperar la decisión que adoptara la entidad al respecto”, fue valorada en más de una ocasión por ginecología y psicología, y finalmente se negó la práctica del procedimiento por lo avanzado del embarazo.

La Corte no se refiere a la “decisión que debía adoptar la entidad” que pareciera referirse a la celebración de una junta médica, tampoco al hecho de que la accionante haya sido sometida a varias valoraciones para el ejercicio de sus derechos fundamentales, y considera que el límite de tiempo dentro del cual se puede realizar el procedimiento sí puede ser determinado por cada médico, con bases científicas, conforme a cada caso concreto.

9. T-731 de 2016

A pesar de conocer estado de ansiedad y depresión, IPS insiste en realización de nuevas pruebas, niega procedimiento por gestación avanzada e informa que todos sus médicos son objetores de conciencia.

Profundas evaluaciones nunca se realizaron y no resultaban aconsejables debido a la avanzada edad gestacional.

10. SU-096 de 2018

Accionante se ve obligada a realizarse exámenes adicionales a los ya ordenados por el médico tratante que le ordenó la IVE, y someten los certificados médicos con que ya contaba a un escrutinio minucioso parecido más a una objeción de conciencia.

La accionante tuvo que someterse a un sinnúmero de barreras para lograr la protección de sus derechos fundamentales, que van desde realizarse exámenes adicionales a los ya ordenados por su médico tratante, acudir a varias instituciones para lograr la práctica del procedimiento y someter los certificados médicos emitidos bajo los lineamientos de la sentencia C-355 de 2006 a escrutinios minuciosos que más parecen una objeción de

conciencia que un análisis médico objetivo

Uso indebido de la objeción de conciencia

Objeción institucional de conciencia

1. 1. T-209 de 2008

Menor fue remitida a 5 IPS distintas en las que se negó la prestación del servicio aduciendo la objeción de conciencia de todo el staff de ginecólogos de cada institución, sin haber sido remitida a un profesional que sí efectuara el procedimiento ni se verificara la objeción de conciencia individual de cada médico.

No basta con que los profesionales de la salud anuncien su objeción de conciencia para quedar exentos de la obligación de practicar la IVE, pues deben cumplir con la obligación adicional consistente en remitir a la solicitante a un profesional que sí lo haga.

2. T-388 de 2009

Juez niega tutela de IVE bajo el argumento de objeción de conciencia por motivos religiosos.

Las autoridades judiciales emiten sus fallos en derecho y no en conciencia, las causales de impedimento para el caso de las autoridades judiciales son taxativas y no incluyen la objeción de conciencia.

Acoso y estigmatización a mujeres y prestadores del servicio

Improperios, acoso y estigmatización sobre las mujeres y plantones colectivos frente a las instituciones prestadoras del servicio

1. 1. T-585 de 2010

Ante la manifestación de los impactos negativos que estaba teniendo la gestación en su estado de salud, que temía por su vida y deseaba interrumpir el embarazo, galeno tratante indica a paciente con embarazo de alto riesgo que “hay que aguantar”.

Fallas como esta inducen a mujeres gestantes, sobre todo a aquellas de bajos recursos, a recurrir a procedimientos de IVE por fuera del SGSSS.

2. T-532 de 2014

A pesar de haber solicitado IVE, contar con certificado de afectación psicológica y fallos judiciales a su favor, EPS cita en dos oportunidades a tutelante para disuadirla de realizarse el procedimiento. Así mismo, durante el curso inicial de la solicitud, la primera psicóloga que valoró a la solicitante le dijo que si bien su solicitud estaba sujeta a “la decisión de la entidad” a su juicio el embarazo no le estaba generando afectación psicológica.

Al margen de las consideraciones que haya de la configuración o no de la causal, no le es dable a los médicos descalificar o censurar la situación de la mujer.

Prejuicios

Que exteriorizan los médicos y personal administrativo que se encuentra cerca a la mujer en su proceso de decisión.

1. 1. SU-096 de 2018

A pesar de contar con diagnóstico previo de malformaciones en el feto y orden de IVE, médica tratante considera que es compatible con la vida, y, sin embargo, remite a la accionante a otra IPS para que le realicen allí el procedimiento de la IVE.

La accionante tuvo que someterse a un sinnúmero de barreras para lograr la protección de sus derechos fundamentales, que van desde realizarse exámenes adicionales a los ya ordenados por su médico tratante, acudir a varias instituciones para lograr la práctica del procedimiento y someter los certificados médicos emitidos bajo los lineamientos de la sentencia C-355 de 2006 a escrutinios minuciosos que más parecen una objeción de

conciencia que un análisis médico objetivo.

Violación de la confidencialidad, violencia psicológica y criminalización

En algunos casos las mujeres llegan a las IPS con abortos en curso. El personal médico reporta la situación a las autoridades o medios de comunicación, quienes judicializan y revelan la identidad de las mujeres

N/A

N/A

N/A

Oferta reducida de profesionales que practican la IVE

Las universidades no capacitan a sus estudiantes de medicina sobre métodos o protocolos para practicar IVE

N/A

N/A

N/A

Interpretación restrictiva de la causal salud

La salud es un estado completo de bienestar físico, mental y social. Si el embarazo no permite a la mujer mantener ese estado tiene derecho a interrumpir su embarazo

1. 1. T-988 de 2007

EPS exige valoración psicológica que dé cuenta de que el embarazo en una mujer en silla de ruedas y con parálisis cerebral no fue consentido por ésta para que proceda la práctica de la IVE.

Resultaba a todas luces evidente que la circunstancia del embarazo con las limitaciones físicas, psíquicas y sensoriales que caracterizan su discapacidad [de la mujer embarazada], contribuían a empeorar su situación y a desmejorar de modo considerable su calidad de vida.

2. T-585 de 2010

Ante la manifestación de los impactos negativos que estaba teniendo la gestación en su estado de salud, que temía por su vida y deseaba interrumpir el embarazo, galeno tratante indica a paciente con embarazo de alto riesgo que “hay que aguantar”.

Fallas como esta inducen a mujeres gestantes, sobre todo a aquellas de bajos recursos, a recurrir a procedimientos de IVE por fuera del SGSSS.

3. T-841 de 2011

Apoderada de solicitante afirma que EPS niega práctica de IVE al considerar que la vida de la solicitante no se encontraba en peligro.

4. T-959 de 2011

Junta Médica de IPS recomienda seguir con embarazo a pesar de constatar la existencia de malformaciones en el feto y sus consecuencias.

Se limita a constatar configuración de una carencia actual de objeto.

5. SU-096 de 2018

A pesar de contar con diagnóstico previo y orden de IVE, médica considera que las malformaciones del feto son compatibles con la vida, ya que las secuelas son inciertas y pueden ser leves o severas.

Resulta incongruente que la profesional de la medicina pese a no tener certeza de las

secuelas que podría presentar el nonato, concluya que los hallazgos presentes en el feto lo hacen compatible con la vida.

Desconocimiento de la autodeterminación de la mujer

Únicamente se deben exigir los requisitos previstos en las tres causales, independientemente de la edad, etnia o condición de discapacidad de la mujer

1. 1. T-009 de 2009

EPS suspende unilateralmente procedimiento quirúrgico de histerectomía a paciente para que pueda continuar con su embarazo.

Si bien para el momento de los hechos no se había proferido la sentencia C-355 de 2006, se deja constancia de que únicamente la mujer es quien puede decidir si continúa o no su embarazo cuando éste ponga en riesgo su vida.

2. T-585 de 2010

A pesar de haber sido remitida con la indicación “aborto”, expresar temor por su vida y su deseo de interrumpir el embarazo, médico tratante se limita a indicar a mujer con embarazo de alto riesgo que “hay que aguantar” y le asigna control en un mes. Posteriormente, y a pesar de contar con concepto médico que aconseja valoración por psicología, EPS no tramita remisión inmediata.

Tal actitud negligente por parte del Hospital constituye un flagrante incumplimiento de su obligación de garantizar el derecho fundamental a la IVE en su faceta diagnóstica. Fallas como esta inducen a mujeres gestantes, sobre todo a aquellas de bajos recursos, a recurrir a procedimientos de IVE por fuera del SGSSS.

3. T-841 de 2011

Según apoderada de accionante, EPS niega procedimiento al considerar que no se encontraba en peligro la vida de la gestante. A su vez, juzgado de instancia niega el amparo bajo el argumento de la avanzada edad gestacional.

Se recuerda que no se trataba de verificar si la vida de la menor estaba en peligro, sino de verificar que estaba afectada en su salud física o mental. Ni la sentencia C-355 de 2006 ni ningún desarrollo legal han limitado el tiempo dentro del cual se puede realizar la IVE; si éste se realiza próximo al momento del nacimiento, se debe realizar una ponderación entre los hallazgos científicos y la voluntad de la mujer.

4. T-731 de 2016

El ICBF intentó disuadir a una menor de 14 años de la práctica del procedimiento al considerar que ésta no era consciente de sus consecuencias.

Corresponde al ICBF contribuir a garantizar los derechos de la mujer interesada y no obstruir su goce efectivo.

Desestimación del riesgo

Cuando los médicos califican como no grave el impacto en la salud mental de la mujer, es ésta quien finalmente asume las consecuencias

1. 1. T-585 de 2010

Ante la manifestación de los impactos negativos que estaba teniendo la gestación en su estado de salud, que temía por su vida y deseaba interrumpir el embarazo, galeno tratante indica a paciente con embarazo de alto riesgo que “hay que aguantar”.

Tal actitud negligente por parte del Hospital constituye un flagrante incumplimiento de su obligación de garantizar el derecho fundamental a la IVE en su faceta diagnóstica. Fallas como esta inducen a mujeres gestantes, sobre todo a aquellas de bajos recursos, a recurrir a procedimientos de IVE por fuera del SGSSS.

2. T-841 de 2011

Apoderada de accionante sostiene que EPS negó realización de procedimiento porque “la vida de la accionante no se encontraba en riesgo” a pesar de existir dos certificaciones médicas que daban cuenta del riesgo para la salud física y mental de la menor en caso de continuar con la gestación.

Se recuerda que no se trataba de verificar si la vida de la menor estaba en peligro, sino de verificar que estaba afectada en su salud física o mental.

EPS e IPS tienen por política institucional no prestar el servicio, o carecen de protocolos internos

Las instituciones se niegan a practicar el procedimiento, no cuentan con los protocolos para atender casos de IVE, y en caso de tenerlos, no se ajustan a los lineamientos de MinSalud

1. 1. T-209 de 2008

Menor fue remitida a 5 IPS distintas en las que se negó la prestación del servicio aduciendo la objeción de conciencia de todo el staff de ginecólogos de cada institución, sin haber sido remitida a un profesional que sí efectuara el procedimiento ni se verificara la objeción de conciencia individual de cada médico.

Tanto las EPS como las IPS deben tener claro que, mientras se resuelve la objeción de conciencia, deben tener clara y definida la lista de qué profesionales se encuentran habilitados para la práctica de la IVE.

2. T-946 de 2008

Médico objetor de conciencia se limitó a negar práctica del procedimiento a la paciente sin

disponer su remisión a otros profesionales. EPS se limitó a afirmar que se prestó atención integral.

Al hacer uso de la objeción de conciencia, el médico tratante debió remitir a la gestante a un centro médico en que le realizaran el procedimiento.

3. T-585 de 2010

La falta de un protocolo de diagnóstico oportuno generó la vulneración del derecho fundamental a la IVE de la tutelante en su faceta diagnóstica.

4. T-841 de 2011

EPS tarda casi un mes en iniciar las gestiones tendientes para dar respuesta a una solicitud de IVE.

Las EPS tienen la obligación de garantizar que las mujeres que soliciten el servicio y cumplan las condiciones previstas en la sentencia C-355 de 2006, accedan al mismo en condiciones de oportunidad, lo que incluye, la respuesta oportuna a las solicitudes, pues este es el primer paso para acceder al servicio.

5. T-959 de 2011

A pesar de haber manifestado preocupación de malformaciones en el feto por antecedentes familiares desde su primer control, se realiza ecografía especializada que da cuenta de las malformaciones en la semana 24 de gestación.

Se limita a declarar una carencia actual de objeto.

6. T-731 de 2016

Menor es remitida a IPS en que todos los ginecólogos adscritos son objetores de conciencia.

La objeción de conciencia es un acto personal e individual, que obliga al objetor la remisión a una institución que sí preste el servicio.

7. SU-096 de 2018

Tras acudir a 3 IPS diferentes, accionante no pudo acceder a la realización del procedimiento, por ausencia de protocolos y capacidad técnica para su edad gestacional de 24 semanas de embarazo

La accionante tuvo que someterse a un sinnúmero de barreras para la protección de sus derechos fundamentales, entre las que se encuentra el hecho de tener que haber acudido a varias instituciones buscando la realización del procedimiento.

Dilación injustificada y posterior negación del servicio con fundamento en la edad gestacional

Algunas EPS ponen trabas hasta que el embarazo está avanzado y luego se escudan en ello para negar el servicio a las mujeres. Imponiendo obstáculos adicionales a las mujeres que residen en regiones apartadas.

1. 1. T-636 de 2011

Médico tratante exige orden judicial para proceder con la IVE y EPS sostiene que a los 6 meses de gestación “la vida ya se ha dado” por lo que practicar la IVE equivaldría a asesinar una criatura que no ha visto la luz.

El juicio de valor que califica a la práctica de la IVE después de seis meses como un homicidio de un ser indefenso es ajeno a las funciones de la entidad. Solo los conceptos médicos determinan cuándo es procedente la intervención en cada caso concreto.

2. T-841 de 2011

EPS tardó casi un mes en iniciar gestiones tendientes a resolver una solicitud de IVE, y según afirma la apoderada de la accionante, una vez fue valorada, se denegó la solicitud, entre otras, por la edad gestacional.

Las EPS tienen la obligación de que las mujeres que solicitan el servicio accedan al mismo en condiciones de oportunidad. Ni en la sentencia C-355 de 2006 ni en ninguna norma legal se ha fijado un tiempo límite para la práctica de la IVE.

A pesar de haber manifestado preocupación de malformaciones en el feto por antecedentes familiares desde su primer control, se realiza ecografía especializada que da cuenta de las malformaciones en la semana 24 de gestación. Posteriormente, junta médica niega procedimiento, entre otros argumentos, por la avanzada edad de gestación.

se limita a constatar existencia de una carencia actual de objeto.

4. T-532 de 2014

EPS tarda 26 días en programar el procedimiento tras presentación de la solicitud, sobre un caso en el que el servicio se solicitó con edad gestacional avanzada.

La solicitud no fue atendida con la prontitud y urgencia que demanda este tipo de procedimientos, corresponde a la EPS adelantar las gestiones necesarias para que la solicitud sea resuelta con la mayor prontitud y urgencia.

5. T-301 de 2016

Tras informar tardíamente sobre la posibilidad de interrumpir el embarazo, se obliga a la accionante a comenzar nuevo proceso de evaluación en IPS que no contaba con la capacidad técnica de realizar el procedimiento en esa edad gestacional.

El tiempo transcurrido entre el diagnóstico inicial y la siguiente atención relevante es a todas luces inoportuno e inadecuado. La EPS desconoció el deber de oportunidad en la atención.

6. SU - 096 de 2018

Tras ser remitida a diferentes IPS y ser sometida a nuevos exámenes, y a pesar de contar con orden dada por su médico tratante, se informa a la accionante que la IPS no cuenta con capacidad para realizar el procedimiento que requiere por su edad gestacional.

La accionante tuvo que someterse a un sinnúmero de barreras para lograr la protección de sus derechos, que van desde realizarse exámenes adicionales a los ya ordenados por su médico tratante, acudir a varias instituciones para lograr la práctica del procedimiento y someter los certificados médicos emitidos bajo los lineamientos de la sentencia C-355 de 2006 a escrutinios minuciosos que más parecen una objeción de conciencia que un análisis médico objetivo.

Anexo 2 -Proyectos de ley presentados relacionados con la IVE y/o con derechos sexuales y reproductivos (desde 1975 a la fecha)

Número y contenido del proyecto

Fecha Radicado

Cámara de origen

Razón de no aprobación

1. Proyecto de Ley número 17 de 1975. Previó la posibilidad de interrumpir el embarazo bajo 3 causales, relacionadas con la salud y la vida de la madre, enfermedades o lesiones genéticas de gravedad en el nasciturus y cuando el embarazo se derivase de una conducta abusiva o no consentida por la mujer. Además, se estableció un límite gestacional de 12 semanas para la realización del procedimiento.

1975

Senado de la República

Archivo.

2. Proyecto de Ley número 95 de 1979. Propuso la legalización de la práctica de aborto cuando el embarazo se hubiere derivado de un acto sexual abusivo, peligro para la vida o salud de la madre o cuando se comprobaran graves procesos patológicos o malformaciones en el feto. Se estableció un límite gestacional de 12 semanas, a excepción de la última causal, para realizarlo en cualquier tiempo.

1979

Cámara de Representantes

Archivado por la autora.

3. Proyecto de Ley número 17 de 1987. Propuso la IVE cuando hubiera grave peligro para la vida o salud física de la mujer embarazada, fuera producto de una relación o acto no consentido, el feto presentara complicaciones físicas, o hubiere “anormalidad mental de la madre”. Se estableció un límite gestacional de 12 semanas, a excepción de cuando el embarazo constituyera una urgencia que pusiera en peligro la vida de la madre.

1987

Senado de la República

Negado en deliberación.

4. Proyecto de Ley número 151 de 1989. Propuso la procedencia del aborto cuando existiere peligro para la salud física o mental de la mujer, sus condiciones socioeconómicas, las circunstancias en que se produjo la concepción o malformaciones en feto. Estableció un límite gestacional de 12 semanas a excepción de cuando estuviera en peligro la salud de la mujer o se presentaran malformaciones en el feto.

1989

Senado de la República

Negado en debate.

5. Proyecto de Ley número 218 de 1993. Propuso la procedencia del aborto cuando existiere riesgo para la salud física o mental de la mujer, cuando sus condiciones económicas hicieran desaconsejable la gestación, y cuando se deriva de actos sexuales no consentidos o malformaciones en el feto. Límite gestacional de 12 semanas, salvo cuando estuviere en peligro la vida de la madre o se presentaren graves malformaciones en el feto.

1993

Cámara de Representantes

Archivado.

08.02.1995

Senado de la República

Archivado.

7. Proyecto de Ley 194 de 1995 “por medio de la cual, se dictan normas de salud reproductiva”.

03.25.1995

Senado de la República

Archivado.

8. Proyecto de Ley 179 de 1997 Senado “por medio de la cual se dictan normas para la salud sexual y reproductiva”.

05.30.97

Senado de la República

Archivado.

9. Proyecto de Ley número 230 de 2003 Senado “por la cual se dictan unas normas relacionadas con la planificación familiar, protección de la familia y la prevención de los

embarazos en la población colombiana”.

05.29.03

Senado de la República

Retirado por el autor – 06.20.03

10. Proyecto de Ley número 236 de 2003 Cámara “por la cual se modifica el artículo 124 de la Ley 599 de 2000, y se dictan otras disposiciones.”. Propuso que el aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer embarazada, y cuando éste obedeciera a (i) causas económicas graves y justificadas siempre que la mujer tuviera al menos 3 hijos; (ii) cuando con el consentimiento del padre, de ser el caso, y a juicio de dos médicos existiera razón para suponer que se daría a luz a un ser con trastornos físicos o mentales; (iii) cuando fuere causado por un acto culposo de la mujer; (iv) cuando proviniera de un acto sexual violento; (v) cuando a juicio del médico el embarazo pusiera en peligro la vida de la mujer; y (vi) cuando fuere producto de una inseminación artificial no deseada, no constituía delito. No impuso límites gestacionales, pero requirió autorización de las autoridades sanitarias cuando la gestación sobrepasara 10 semanas.

04.30.03

Cámara de Representantes

Archivado por tránsito de legislatura – 06.20.03

11. Proyecto de Ley 011 de 2004 Senado “por la cual se dictan normas sobre atención, cuidado, promoción y prevención de la salud sexual y reproductiva”.

07.20.04

Senado de la República

Archivado.

12. Proyecto de Ley 169 de 2004 Senado “por la cual se dictan normas sobre atención, cuidado, promoción y pretensión de la salud sexual y reproductiva”.

02.06.04

Senado de la República

Archivado por tránsito de legislatura.

13. Proyecto de Ley número 187 de 2005 Senado “por medio de la cual se crea la adopción por vía notarial para los casos de embarazos no deseados, acceso carnal violento, acto sexual violento e inseminación artificial no consentida y se dictan otras disposiciones”.

11.29.05

Senado de la República

Archivado en debate - 04.28.06

14. Proyecto de Ley número 64 de 2005 Cámara “por medio de la cual se permite el aborto en Colombia cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas”. No hizo alusión a límite gestacional.

08.10.05

Cámara de Representantes

Archivado por tránsito de legislatura - 06.21.06

15. Proyecto de Ley número 261 de 2005 Senado “por la cual se dictan unas normas relacionadas con la protección de la familia y la prevención de los embarazos en la población adolescente colombiana y planificación familiar”.

04.13.05

Senado de la República

16. Proyecto de Ley número 330 de 2005 Cámara “por medio de la cual se establece la obligación de dispensadores de condones (sic) en establecimientos públicos y se dictan otras disposiciones”.

03.29.05

Cámara de Representantes

Archivado por tránsito de legislatura – 06.20.05

17. Proyecto de Ley 264 de 2005 Senado “por la cual se dictan normas sobre atención, cuidado, promoción y prevención de la salud sexual y reproductiva y en especial, se institucionaliza el control natal y se crean estímulos a la familia poco numerosa”. Preveía la legalidad del aborto cuando el embarazo fuera resultado de un acto abusivo o no consentido, cuando constituyera peligro para la vida o integridad de la madre o tuviera malformaciones genéticas o congénitas incompatibles con la vida humana. No hizo alusión a límites gestacionales.

04.13.05

Senado de la República

Archivado.

Proyectos a partir del 10 de mayo de 2006

18. Proyecto de Ley número 104 de 2006 Cámara “por la cual se establece la protección a las mujeres embarazadas como resultado de un acceso carnal violento, de una inseminación artificial no consentida, o cuyo embrión o feto tenga posibilidades de cualquier tipo de discapacidad o enfermedad”. Fijaba medidas especiales de protección del Estado durante el embarazo y con posterioridad a este, consistentes en asesoría jurídica, psicosocial, subsidios económicos y educación.

09.13.06

Cámara de Representantes

Archivado por tránsito de legislatura – 06.20.08

19. Proyecto de Ley número 084 de 2007 Senado y 339 de 2008 Cámara “por medio de la cual se crean instrumentos para incorporar la educación sexual integral a la educación en

Colombia y se crean otras disposiciones”. Plateaba como objetivo específico contribuir a la prevención de situaciones de embarazo precoz, embarazos no deseados y aborto.

09.22.07

Cámara de Representantes

Archivado por vencimiento de términos - 06.20.10. Otro proyecto de adopción de medidas para garantizar una educación sexual integral identificado con el número 108 de 2010 Cámara fue retirado por el autor el 09.27.10.

20. Proyecto de Ley número 237 de 2008 Senado “por la cual se declara urgencia vital la atención integral del servicio de salud materna, dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, se modifican los artículos 166 y 230 de la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones”. Propuso la inclusión de la IVE como una urgencia vital en el POS de conformidad con las causales previstas en la sentencia C-355 de 2006.

02.27.08

Senado de la República

Retirado por el autor - 06.19.08

21. Proyecto de Ley número 153 de 2009 Senado “por medio de la cual se declara el 25 de marzo de cada año día nacional del niño o niña por nacer y de la mujer embarazada”. Propuso que el Gobierno Nacional y las entidades territoriales realizaran campañas y actividades en este día, de amplia difusión, con el fin de concientizar a la población en general sobre los riesgos en la salud física y mental de la mujer que conllevan las prácticas abortivas.

09.22.09

Senado de la República

Archivado por tránsito de legislatura - 06.20.10

22. Proyecto de Ley número 094 de 2010 Senado “por la cual se establece la adopción del

hijo que está por nacer -nasciturus- y cunas de vida para recién nacidos, y se dictan otras disposiciones. Tuvo por objeto disminuir el aborto inducido y la morbilidad por aborto, con la adopción del hijo que está por nacer.

08.18.10

Senado de la República

Retirado por el autor - 08.30.10

23. Proyecto de Acto Legislativo número 06 de 2011 Senado “por medio del cual se adiciona el artículo 11 de la Constitución Política, sobre el derecho fundamental a la vida humana”. Propuso protección del derecho a la vida desde el momento de la fecundación y hasta la muerte natural.

08.03.11

Senado de la República

Archivado en debate - 01.25.12

24. Proyecto de Acto Legislativo número 016 de 2012 Cámara “por medio del cual se adiciona el artículo 11 de la Constitución Política”. Propuso una reforma en que se conservara la inviolabilidad del derecho a la vida con la adición de que la IVE podría realizarse en los casos previstos por la Ley.

07.20.12

Cámara de Representantes

Se aprueba proposición de retiro formulada por el Ponente - 12.10.12

25. Proyecto de Ley número 024 de 2013 Senado “por la cual se establecen lineamientos para los programas de apoyo a la mujer en gestación, al que está por nacer y al parto digno”. Buscó la prevención de abortos voluntarios, punibles y no punibles, por la falta de alternativas o apoyo para asumir las responsabilidades propias de la gestación a las mujeres embarazadas.

Senado de la República

Archivado por tránsito de legislatura – 06.20.14. Esta iniciativa, había sido presentada en 4 ocasiones – P.L 060/07, 172/09, 021/10 y 07 de 2011. El primero retirado por su autor, el segundo a solicitud de éste y los dos últimos archivados por no alcanzar a cumplir primer debate en Comisión

26. Proyecto de Ley número 089 de 2013 Cámara “por la cual se establece el acompañamiento y apoyo a la mujer embarazada fruto de una conducta no consentida”. Preveía el acompañamiento especial por parte del ICBF y el reconocimiento de un apoyo económico equivalente a un salario mínimo una vez diera a luz y hasta que su hijo cumpliera 18 años.

09.10.13

Cámara de Representantes

Archivo por tránsito de legislatura – 06.20.14

27. Proyecto de Ley número 41 de 2015 Senado “por medio de la cual se crea el Observatorio de Derechos Sexuales y Reproductivos y se adoptan medidas académicas tendientes a la prevención del embarazo adolescente”. Tenía como objeto producir información y conocimiento de los derechos sexuales y reproductivos desde una perspectiva de derechos humanos y elaborar políticas públicas de salud sexual y reproductiva de las mujeres.

08.05.15

Senado de la República

Archivado por tránsito de legislatura – 06.20.16. Otros proyectos que proponían la creación de este observatorio, identificados con el número 147 de 2013 y 168 de 2010 Senado fueron archivado por tránsito de legislatura el 11.12.13 y retirado por el autor el 10.07.10, respectivamente

28. Proyecto de Ley 113 de 2016 Senado “por medio de la cual se crea el Sistema Nacional

de Protección a la Mujer en estado de Embarazo y en el Posparto, se establecen los programas de promoción a la acogida de la vida y se dictan otras disposiciones”. Previo como sujetos de acompañamiento especial a las mujeres que se encontraran en alguna de las 3 causales de la sentencia C-355 de 2006.

08.17.16

Senado de la República

Archivado por tránsito de legislatura – 06.20.17. Otras iniciativas legislativas que tuvieron por objeto crear este mismo sistema con número 13 de 2011 Senado y 237 de 2012 Cámara, y 60 de 2009 en Cámara y 217 de 2010 Senado, fueron archivadas por tránsito de legislatura el 06.20.13 y el 07.27.09, respectivamente. Por su parte, la iniciativa 86 de 2006 Senado fue retirada por el autor el 08.17.06

29. Proyecto de Ley número 167 de 2016 Cámara “por medio de la cual se brinda apoyo y orientación a la mujer gestante o lactante en riesgo y se dictan otras disposiciones”. Propuso que el Gobierno Nacional, a través de líneas gratuitas, brindara orientación jurídica y psicosocial a las mujeres que tras un embarazo no deseado o circunstancias de riesgo requieran apoyo para evitar afectaciones a su salud e integridad o la de sus hijos.

10.11.16

Cámara de Representantes

Retirado por el autor – 02.07.17

30. Proyecto de Ley número 209 de 2016 Cámara “por medio de la cual se modifica el artículo 122 del Código Penal”. Propuso la despenalización del aborto dentro de las primeras 24 semanas de gestación.

03.28.16

Cámara de Representantes

Archivado por tránsito de legislatura – 06.21.16

31. Proyecto de Ley número 147 de 2017 Senado “por medio de la cual se dictan medidas para prevenir y sancionar la violencia obstétrica”. Previó la dilatación en la práctica de la IVE en los casos legalmente permitidos como un acto de violencia obstétrica.

10.18.17

Senado de la República

Archivado por tránsito de legislatura – 06.20.19

32. Proyecto de Ley número 48 de 2018 Senado “por medio de la cual se establecen medidas de apoyo y orientación a la mujer durante el embarazo y puerperio para prevenir el abandono de menores y se dictan otras disposiciones”. Propone que el Gobierno Nacional, a través de líneas gratuitas, brinde orientación jurídica y psicosocial a las mujeres que quieran abandonar a un hijo no deseado recién nacido o por nacer.

07.25.18

Senado de la República

Aprobado en primer debate – 07.04.19. Gaceta 592 de 2019, página 22. Pendiente rendir ponencia para segundo debate

33. Proyecto de Ley número 094 de 2019 Cámara “por medio de la cual se autoriza la adopción desde el vientre materno, se crea el Programa Nacional de Asistencia Médica y Psicológica para Mujeres en Estado de Embarazo no Deseado y se dictan otras disposiciones”.

07.30.19

Cámara de Representantes