



Secretaria3 Corte Constitucional &lt;secretaria3@cor-teconstitucional.gov.co&gt;

---

## ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTÍCULO 122 DE LA LEY 599 DE 2000

1 mensaje

---

**andres mateo sanchez molina** <amsm98@hotmail.com>

30 de julio de 2020, 11:40

Para: "secretaria3@cor-teconstitucional.gov.co" &lt;secretaria3@cor-teconstitucional.gov.co&gt;

Cordial saludo,

Andrés Mateo Sánchez Molina, identificado con la Cédula de ciudadanía No. 1.069.306.298, a través de este medio acudo ante la Corte Constitucional con la finalidad de radicar Acción Pública de Inconstitucionalidad contra el artículo 122 de la ley 599 de 2000, modificado por el artículo 14 de la ley 890 de 2004 y condicionado por la sentencia C-355 de 2006; se realiza de esta forma debido a las dificultades de desplazamiento que se presentan como consecuencia del confinamiento decretado para contener los efectos de la pandemia ocasionada por el COVID-19.

Agradezco se dé el trámite que corresponde a la presente acción.

Enviado desde [Outlook](#)**Accion Publica de Inconstitucionalidad contra el articulo 122 del codigo penal.pdf**

837K

**HONORABLES MAGISTRADOS**

**CORTE CONSTITUCIONAL**

**Bogotá D.C.**

**E. S. D.**

REF: ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD  
CONTRA EL ARTÍCULO 122 DE LA LEY 599 DE 2000,  
MODIFICADO POR EL ARTÍCULO 14 DE LA LEY 890  
DE 2004 Y CONDICIONADO POR LA SENTENCIA C-  
355 DE 2006.

Honorables Magistrados,

ANDRÉS MATEO SÁNCHEZ MOLINA, ciudadano colombiano, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No.1.069.306.298, expedida en Guasca, Cundinamarca, vecino del Municipio de Chía, respetuosamente me dirijo a ustedes de conformidad con los artículos 40 numeral 6, 241 numeral 4 y 242, numeral 1, de la Constitución Política, con el fin de interponer DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD contra del artículo 122 de la ley 599 de 2000, por medio de la cual se expide el Código Penal.

## **I. NORMA IMPUGNADA**

**LEY 599 DE 2000**

**(julio 24)**

**Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000**

**EL CONGRESO DE COLOMBIA**

**Por la cual se expide el Código Penal.**

(...)

*ARTICULO 122. ABORTO. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible. Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> 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.*

## **II. PETICIÓN**

Se solicita a la Honorable Corte Constitucional declarar inexecutable el artículo 122 del Código Penal.

Sin embargo, en caso de que esta Honorable Corporación no encuentre razones para declarar la inexecutable de la norma objeto de la presente demanda, se solicita de manera subsidiaria, se declare la executable condicionada de ésta.

## **III. NORMAS VULNERADAS**

El anterior artículo infringe las siguientes normas constitucionales:

**PREÁMBULO:** *El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y*

*comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:*

*Constitución Política de Colombia*

**ARTICULO 1o.** *Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*

**ARTICULO 2o.** *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.*

**ARTICULO 5o.** *El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.*

**ARTICULO 11.** *El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.*

**ARTICULO 16.** *Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.*

**ARTICULO 42.** *La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.*

*El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.*

*La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.*

*Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.*

*Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.*

*Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.*

*La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.*

*Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil.*

*Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley.*

*Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil.*

*También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.*

*La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.*

**ARTICULO 43.** *La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.*

*El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.*

**ARTICULO 49.** *La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*

*Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.*

*Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.*

*La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.*

*Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.*

*El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.*

*Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.*

**ARTICULO 64.** *Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos.*

**ARTICULO 93.** *Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.*

*Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.*

*El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.*

*La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.*

**ARTICULO 94.** *La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.*

#### **IV. CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

A continuación se esbozan los cargos bajo los cuales se solicita la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 122 de la ley 599 de 2000.

Considera el suscrito, que la norma bajo comentario debe ser excluida del sistema jurídico, toda vez que desconoce la dignidad humana, el respeto por los derechos de la mujer, el libre desarrollo de la personalidad, la inalienabilidad de los derechos de la persona, el derecho de acceso a la salud, la primacía de los tratados que reconocen derechos humanos y el no desconocimiento de derechos inalienables de la persona a pesar de su no consagración expresa.

Es necesario que la Corte varíe su jurisprudencia frente a los cargos bajo los cuales ya ha analizado el artículo objeto de la acción, pues *“la cosa juzgada material no puede ser entendida como una petrificación de la jurisprudencia sino como un mecanismo que busca asegurar el respeto al precedente, pues lo contrario podría provocar inaceptables injusticias”*<sup>1</sup>

Debe tenerse en cuenta lo manifestado por este Honorable Tribunal en la sentencia C-774 de 2001: *“teniendo en cuenta la especial naturaleza de la cosa juzgada constitucional, es necesario advertir, que de manera excepcional, resulta posible que el juez constitucional se pronuncie de fondo sobre normas que habían sido objeto de decisión de exequibilidad previa. El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva - aún cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental -, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas. El concepto de “Constitución viviente” puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la*

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional, sentencia C-447 de 1997, M.P ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

*Constitución, - que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades -, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica”.*

La constitucionalidad de una disposición depende del contexto jurídico en el cual se inserta y, en los últimos 14 años se han generado variaciones considerables en la protección más enfática que brinda esta Corte a los derechos de la mujer y de las minorías; en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se han producido pronunciamientos de tribunales internacionales donde se ha dado prevalencia a la decisión de la mujer sobre el embrión o el feto, manifestaciones de órganos de Naciones Unidas que hacen un llamado a los países miembro para que deroguen la legislación que penaliza el aborto, pues esas disposiciones normativas constituyen violaciones a los derechos humanos del género femenino.

La variación del precedente se debe dar en este caso, toda vez que es posible debilitar la cosa juzgada constitucional, por las siguientes razones:

- 1. Cambio en el contexto normativo.** Se ha generado una variación en este sentido, toda vez que desde la sentencia C-355 de 2006 las mujeres cuentan con un derecho fundamental a decidir libremente si interrumpen o no su embarazo como expresión de los derechos sexuales y reproductivos y, este es un criterio que no se debe perder de vista, pues es muy diferente un contexto de prohibición total a aquel en que se encuentran nuevas circunstancias permisivas, pues no puede perderse de vista el Principio de Progresividad, el cual implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, no es posible volver a la situación de protección anterior, sino por el contrario se deben desarrollar mecanismos para velar por los Derechos Humanos, pues el cumplimiento de estos implica un progreso gradual.

Principio que fue reconocido por la ley 1751 de 2015, constitutiva de un cambio en el contexto normativo, esta señala:

*“**Progresividad del derecho.** El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la*

*reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;”*

Se tiene con la sentencia C-355 de 2006, un piso mínimo de protección de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad humana y a la salud de la mujer gestante, entre otros; sin embargo sería errónea la interpretación que conduzca a pensar en la imposibilidad de una despenalización superior, más aun cuando esta misma Corte manifestó en el fallo en comento: *“Sin embargo, acorde con su potestad de configuración legislativa, el legislador puede determinar que tampoco se incurre en delito de aborto en otros casos adicionales. En esta sentencia, la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo.”* Por tanto, es clara la existencia de otros eventos a parte de los señalados, en los cuales la práctica del aborto no genera una violación de la constitución, siendo consecuencia de lo anterior, que el hecho de mantener su penalización, sí implica un detrimento en los derechos constitucionalmente reconocidos de la mujer gestante que no desea continuar con su embarazo, sin ninguna razón de fundamento constitucional.

Igualmente, la sentencia C-355 de 2006 no es una isla en mar de fallos opuestos, sino por el contrario, el Derecho consagrado en ella, ha sido reconocido por este Tribunal a través de una consolidada línea jurisprudencial.

Así mismo fuera del contexto jurisprudencial, se ha visto una protección más enfática de los derechos de la mujer como lo previsto en la Ley 1257 de 2008 y una mayor garantía del derecho a la Salud, con la ya citada ley 1751 de 2015, por tanto se encuentran elementos normativos adicionales a los que existían en el año 2006, lo que claramente permite colegir un cambio en el contexto normativo, en el entendido de que cada día aumenta el interés de brindar mayor protección a los derechos de la mujer.

Esta Honorable Corte manifestó en la sentencia C-007 de 2016 *“una disposición jurídica no puede ser analizada aisladamente sino que debe ser interpretada de manera sistemática, tomando en consideración el conjunto normativo del cual forma parte.”* En esa dirección *“dos artículos que presentan un texto idéntico pueden empero tener un contenido material distinto, si hacen parte de contextos normativos diversos.”*

La prohibición extrema del aborto que existe actualmente en Colombia, debe leerse en el contexto normativo que se ha generado desde 2006, en el cual se ha brindado mayor protección a la mujer por el Legislador y por los Órganos judiciales, guiados por la luz de la Corte Constitucional, que en este tema ha sido adalid para los demás tribunales dentro del país y en el extranjero.

Deben leerse en contexto las nuevas disposiciones legales, con los fallos de esta Corte, al igual que con los de Tribunales internacionales de Derechos Humanos frente a los cuales el Estado ha aceptado su competencia contenciosa, pues de lo contrario *“Una lectura del ordenamiento jurídico como un conjunto de disposiciones aisladas carentes de relaciones entre ellas no solo resulta inaceptable sino que, al mismo tiempo, desconoce que la razón del control constitucional se encuentra en el aseguramiento de la supremacía constitucional respecto de la totalidad de las normas que lo integran (arts. 4 y 241).”*<sup>2</sup>

Por consiguiente, el alcance de la variación en el contexto normativo, responde al mayor interés por parte del Legislador y la Corte Constitucional, en brindar una protección superior a los derechos de la mujer, dada la situación de constante vulneración de los mismos por estereotipos sociales y otros factores de naturaleza política, económica o cultural que llevan a esta situación.

En este sentido, la ley 1257 de 2008, entiende 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, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado.”*

Norma que fija una intención decidida en privar a la mujer de cualquier conducta que pueda infligirle daño o sufrimiento, a pesar de no hablar directamente sobre el respeto de su proyecto de vida- que es una de las muy probables consecuencias que se presentan cuando se obliga a una mujer a continuar el embarazo no deseado- si menciona esta ley: *“ La enunciación*

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, sentencia C-007 de 2016, M.P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO

*de los derechos y garantías contenidos en el ordenamiento jurídico, no debe entenderse como negación de otros que siendo inherentes a las mujeres no figuren expresamente en él.”* Y a pesar igualmente, de que la ley no señala que la prohibición del aborto constituya una forma de violencia contra la mujer, en el escenario Internacional de Protección de Derechos Humanos, esto si se ha dicho.

Igualmente con la expedición de nuevas normas atinentes a la protección del derecho a la salud, se advierte un propósito más reforzado por parte del Estado para garantizarlo efectivamente, pues hasta en la ley 1751, se habla de la salud como un derecho fundamental, adoptando la interpretación que la Corte Constitucional ha dado en este sentido.

Por tanto, el ánimo de brindar mayor garantía del derecho a la salud, implica una modificación importante pues, es claro que los derechos sexuales y reproductivos constituyen una esfera relevante del derecho a la salud y si el objeto de la norma es garantizar este derecho, se deben eliminar las barreras que impidan hacer efectiva su consecución.

Estos cambios por tanto, afectan en un sentido constitucionalmente relevante, la comprensión del artículo nuevamente acusado.

- 2. Cambio en el significado material de la Constitución.** La Constitución como texto vivo y dinámico que es, debe leerse a la luz de las nuevas realidades económicas, sociales, políticas, ideológicas y culturales de una comunidad.

La Constitución como manifestación del pueblo, como expresión de los factores reales de poder que se presentan en una sociedad dada, en un momento dado, debe atender a las necesidades cotidianas de la colectividad; la Constitución de hoy no es la misma que la de hace 14 o 29 años, así no hubiera existido ningún acto legislativo y la Carta Magna se mantuviera en cuanto a su redacción incólume desde 1991, su significado y alcance actual distaría mucho (como efectivamente lo hace) del de aquella época, pues a partir de las manifestaciones, las necesidades y las realidades sociales, esta Corte por medio de su interpretación ha levantado la letra del papel y le ha dado vida.

El significado de la constitución ha variado también, en el campo de la protección de los derechos sexuales y reproductivos, pues ahora las mujeres cuentan con el derecho a la Interrupción Voluntaria del Embarazo en los tres

eventos que muy claramente señaló la sentencia C- 355 de 2006 y al existir un nuevo derecho, hay una nueva situación jurídica que puede ser afectada y como se ha advertido a lo largo de estos 14 años, se ha expuesto a las mujeres gestantes a barreras estructurales de acceso a la práctica de la IVE, hecho mismo que ha podido ser constatado por esta Corte en sede de revisión de tutela, cuando deben acudir al mecanismo constitucional de protección mujeres a quienes se les ha privado de su derecho o son sometidas a trabas injustificadas para acceder a él.

También se debe ver, que a pesar del mantenimiento de la penalización del aborto para la mayoría de casos, las mujeres siguen acudiendo a abortos inseguros, lo que ocasiona en cifras del Ministerio de Salud alrededor de 70 muertes cada año y, este es un factor social a tener en cuenta, pues la mayor manifestación de la necesidad imperiosa de eliminar la penalización del aborto en los demás casos, es la realizada por estas 70 mujeres que mueren anualmente reclamando su derecho a la libre determinación, defendiendo su proyecto de vida y no aceptando el impuesto por el Estado con la penalización del ejercicio su autonomía sobre su propio ser.

También se debe mencionar, que la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado colombiano, ha manifestado desde el año 2012 que si bien la sentencia C- 355 de 2006 constituye la base mínima de protección de los derechos de la mujer, ello *“no quiere decir que, en términos de política criminal, el Estado colombiano no pueda ni deba avanzar a una más vigorosa despenalización del aborto. Esa despenalización es constitucionalmente posible y la Comisión considera que es recomendable, puesto que en este campo, la experiencia comparada y los estudios de la realidad colombiana muestran que es mejor, tanto para reducir los abortos como para proteger los derechos de las mujeres, adoptar una perspectiva de salud pública, que combine campañas vigorosas para promover la salud sexual y reproductiva y para prevenir el embarazo no deseado, con una despenalización amplia de la interrupción voluntaria del embarazo, que permita a las mujeres acceder a un aborto seguro en los casos en que tengan legalmente derecho a interrumpir el embarazo. Por el contrario, la penalización severa del aborto, sobre todo cuando no se acompaña de campañas para prevenir el embarazo no deseado, no evita los abortos y en cambio genera prácticas clandestinas de aborto que afectan la salud de las mujeres, en especial de aquellas más pobres, que son las que sufren más embarazos no deseados y tienen que abortar en las peores condiciones de salubridad”*

Este órgano comisión que es un equipo altamente capacitado e interdisciplinario, muestra que la penalización extrema carece de un efecto representativo en la reducción la tasa de abortos, pues *“En efecto, los datos comparados muestran que las leyes altamente restrictivas contra el aborto no están asociadas con bajos índices de abortos efectuados. Y es que la prohibición absoluta del aborto no los evita. Por el contrario, hace que estos se realicen en condiciones precarias de clandestinidad. Por ejemplo, la tasa de abortos es de 29 por cada 1,000 mujeres en edad de gestación en Africa y de 32 por cada 1,000 en América Latina, donde el aborto tiende a estar fuertemente penalizado en la mayor parte de países. En cambio, esta tasa es de 12 por 1,000 mujeres en Europa Occidental donde el aborto es generalmente permitido en la mayor parte de países”*

Es importante en este punto aceptar como se señaló en la sentencia C-447 de 1997 *“que todo sistema jurídico se estructura en torno a una tensión permanente entre la búsqueda de la seguridad jurídica -que implica unos jueces respetuosos de los precedentes- y la realización de la justicia material del caso concreto -que implica que los jueces tengan capacidad de actualizar las normas a las situaciones nuevas”*.

Claro resulta, que la Constitución Política no ha sido objeto de una modificación formal, sin embargo a la luz de las nuevas circunstancias, del nuevo enfoque que se presenta en el tratamiento del aborto por parte de Organismos Internacionales protectores de Derechos Humanos y, el rotundo esfuerzo realizado por la Corte Constitucional para garantizar y hacer efectivos los derechos de la mujer, entre ellos el poder abortar cuando este inmersa en algunas de las causales señaladas hace 14 años, permite entrever que el significado de la Norma de normas hoy día, tiene un marcado acento en la defensa de la dignidad y respeto por la mujer; esta enfática protección se debe a que la Carta de 1991 fue disruptiva y consolidó un nuevo panorama en la protección del género femenino y por supuesto nuevamente a la vigorosa labor de su guardiana.

Si bien es cierto, la seguridad jurídica implica que los jueces sean respetuosos de los precedentes, también se debe ver que la seguridad jurídica implica respeto por la justicia material y, el precedente de la consagración del aborto como no delito en tres casos, fue muy claro en señalar que el aborto podría ser despenalizado en más eventos, precedente que de forma diáfana permite identificar que en estos 14 años cientos de mujeres han muerto, perturbado su salud o comprometido su responsabilidad penal, por realizar una conducta que bien podría no ser objeto de punición,

pero que aún se encuentra tipificada por no haber existido mayorías en el Congreso que brinden apoyo a la autonomía de la mujer y al derecho a decidir sobre su propio cuerpo pese a los varios proyectos de ley presentados para la despenalización total del aborto, incluso suscitados por la misma Fiscalía General de la Nación.

Pero no debe olvidarse lo señalado en la sentencia SU- 214 de 2016, pues *“La democracia política como un sistema de gobierno basado en la voluntad de las mayorías fue el modelo concebido por la cultura griega. Así se entendió la definición y la prevalencia del interés general. Hoy, en contraste, la democracia constitucional se funda en la protección de todos los ciudadanos, mediante la garantía efectiva de sus derechos fundamentales, incluso contra la voluntad de las mayorías.”* Y esta sentencia es un precedente de vital importancia, pues en ella, la Corte Constitucional ante la falta de interés del Legislador por regular de manera sistemática y organizada, los derechos de las parejas del mismo sexo, ratificó el derecho adquirido con la sentencia C-577 de 2011, mediante la disposición que señalaba: *“Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.”*

Por tanto, el significado de la Constitución ha cambiado, pues ahora la Corte Constitucional ha hecho expreso su deber de intervenir cuando la falta de pronunciamiento del Legislador decae en situaciones en las cuales se genera una vulneración de derechos y, toda vez que en el presente asunto después de 14 años de haberse dispuesto que el Congreso podría despenalizar el aborto en otros eventos, sin haberse efectuado una manifestación por el arquitecto de las leyes, es más que oportuno que la Corte Constitucional vuelva a pronunciarse sobre la materia, a fin de garantizar el Principio de Progresividad en la protección de los Derechos Humanos, pues mientras perdura este silencio, la mujer gestante que no desea continuar su embarazo es quien ve conculcadas su garantías constitucionales.

- 3. Cambio en el parámetro de control.** Es patente que la interpretación dada a diversos cuerpos jurídicos Internacionales de los cuales es Estado parte Colombia y que integran el Bloque de constitucionalidad, ha generado un impacto en el alcance los derechos y obligaciones dispuestos en ellos. Pues no se puede hacer una correcta y efectiva interpretación del tratado, cuando

se desconoce el entendimiento que le brinda el órgano autorizado para generar pronunciamientos sobre el mismo.

Por tanto, es pertinente al haber acaecido una variación en la interpretación de normas que integran la Constitución, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 de la misma, realizar un nuevo estudio de constitucionalidad a la luz de nuevos estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Dentro de este nuevo contexto internacional, se encuentran por mencionar entre otros: sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Recomendaciones del Comité de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer y Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

A continuación se citan apartes puntuales de una Recomendación, una Observación y una sentencia interamericana que tienen incidencia directa en el tema que se somete a control de la Corte Constitucional.

- **Recomendación General núm. 35:** *“la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante”*. En esta misma se recomienda derogar *“Las disposiciones que permitan, toleren o condonen cualquier forma de violencia por razón de género contra la mujer, incluido el matrimonio infantil o forzado y otras prácticas tradicionales nocivas, las disposiciones que permitan realizar procedimientos médicos a mujeres con discapacidad sin su consentimiento informado y las disposiciones que penalicen el aborto”*.

Esta Recomendación no ha sido ajena a los pronunciamientos de esta Honorable Corte, pues fue tenida en cuenta en la sentencia T-239 de 2018, para precisar el alcance de la obligación de proteger a la mujer de toda forma de discriminación, por ende esta como otras Recomendaciones y Observaciones emitidas en el contexto de la protección de los Derechos de la mujer, constituyen criterios interpretativos relevantes para dar alcance a lo dispuesto en estos tratados que integran el Bloque de Constitucionalidad.

- **Observación General Núm. 22 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.** Según esta Observación, *“La prevención de los embarazos no deseados y los abortos en condiciones de riesgo requiere que los Estados adopten medidas legales y de políticas para garantizar a todas las personas el acceso a anticonceptivos asequibles, seguros y eficaces y una educación integral sobre la sexualidad, en particular para los adolescentes; liberalicen las leyes restrictivas del 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”* igualmente se señala: *“Los Estados partes tienen la obligación de eliminar la discriminación contra las personas y grupos y de garantizar su igualdad por lo que respecta al derecho a la salud sexual y reproductiva. Ello requiere que los Estados deroguen o reformen las leyes y las políticas que anulen o menoscaben la capacidad de personas y grupos determinados para hacer efectivo su derecho a la salud sexual y reproductiva. Hay muchas leyes, políticas y prácticas que socavan la autonomía y el derecho a la igualdad y la no discriminación en el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva, por ejemplo la penalización del aborto o las leyes restrictivas al respecto.”*

Conduciendo lo anterior a entender que *“La obligación de respetar requiere que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas. Los Estados no deben limitar ni denegar a nadie el acceso a la salud sexual y reproductiva, en particular mediante leyes que tipifiquen como delito los servicios y la información de salud sexual y reproductiva, y se debe mantener la confidencialidad de los datos sobre la salud. Los Estados deben reformar las leyes que impidan el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva. Cabe mencionar como ejemplos las leyes por las que se penaliza el aborto, la no revelación de la condición de seropositivo, la exposición al VIH y a su transmisión, las relaciones sexuales consentidas entre adultos, y la identidad o la expresión transgénero”*.

En esta recomendación se mencionan como ejemplos de la violación a la obligación de respetar *“el establecimiento de obstáculos legales que impiden el acceso de las personas a los servicios de salud sexual y*

*reproductiva, como la criminalización de las mujeres que se sometan a un aborto y de las relaciones sexuales consentidas entre adultos”*

Igualmente esta Observación ha sido tenida en cuenta en el análisis ejercido por La Corte Constitucional sobre los derechos sexuales y reproductivos, ya que como se observa en la sentencia T- 508 de 2019, en el entender de este Magno Tribunal, la Observación núm. 22 precisa el alcance de garantías sustantivas de diversos Instrumentos Internacionales, como el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Es pertinente resaltar igualmente que en la sentencia SU-096 DE 2018, se señaló como elemento integrante de los derechos sexuales y reproductivos y, como componente del marco normativo sobre el que se construye la jurisprudencia relativa al contenido y alcance del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, *“El acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo bajo los estándares de disponibilidad, accesibilidad y calidad, **de acuerdo con los parámetros desarrollados por el Comité DESC**, en los casos en que no es punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006 , así como la obligación del Estado de proteger y respetar este componente de los derechos sexuales y reproductivos.”* (Negrillas fuera del original).

Por tanto, en esta sentencia también se aprecia que las Observaciones del Comité DESC, constituyen una pauta hermenéutica relevante que da significado a los derechos consagrados en tratados internacionales y en la misma Constitución.

- **Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) VS. Costa Rica.**

En esta sentencia a pesar de no hacerse manifestación expresa de la despenalización del aborto, si se decretaron sanciones contra un país miembro de la Convención Americana de Derechos humanos, por priorizar la protección de vidas en desarrollo sobre los derechos de la mujer gestante. Esta sentencia constituye el más cercano precedente respecto a la interpretación del derecho a la vida contenido en el artículo 4 de la Convención Americana, el cual determinó que:

1. No se extrae del texto de la Convención, ni de sus trabajos preparatorios que pueda equipararse al embrión con una persona, entendimiento que ha sido similar por la Corte Constitucional, constante en no darle tratamiento de persona al nasciturus, citándose como ejemplo la sentencia C-327 de 2016, donde se empleó la pauta interpretativa del Caso Artavia Murillo.

2. La protección de la vida no es absoluta, debe aplicarse de forma incremental y armonizarse con los derechos humanos de la mujer embarazada, pauta que permite entrever que la rigurosidad del tratamiento del aborto no se estima proporcional con la protección incremental del no nacido. Pudiendo colegirse, la posibilidad de permitir el aborto en aquellas circunstancias en que los intereses estatales no son lo suficientemente fuertes para sostener la prohibición de este servicio de salud o la imposición de un obstáculo sustancial al derecho de la mujer de elegir ese procedimiento, pues si bien, el Estado siempre tiene interés en el resultado del embarazo, este va cobrando vigor a medida que la vida va haciéndose viable, por lo tanto la prohibición previa a ello es desproporcionada, más cuando la misma Corte IDH, ha señalado en este fallo:

*“La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada (...)”*

*“Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica”*

Consecuencia de lo anterior es que se ha evidenciado una modificación en la interpretación de normas que hacen parte del Bloque Constitucional e igualmente las Recomendaciones, Observaciones y sentencias de Organismos Internacionales protectores de Derechos Humanos han sido empleadas en la jurisprudencia de esta Corte para precisar el alcance y contenido de Derechos que integran la Constitución por la cláusula de inserción del artículo 93, evidenciándose una clara variación del parámetro de control.

Esta transición es relevante para determinar la validez de la norma acusada pues, con estas modificaciones se hace más que evidente la necesaria despenalización del aborto en los demás eventos en que aún se considera delito en Colombia.

Estos tratados o convenios internacionales que prevalecen sobre el ordenamiento interno por proteger derechos humanos, tienen un tratamiento diferente por parte

de los órganos autorizados para su interpretación, por tanto su alcance y sentido se ha fortificado, derivación de esto es, que el artículo 122 del Código Penal, modificado por la ley 890 y moderado por la sentencia C-355 de 2006, no ha sido analizado a la luz de esta nueva visión de los tratados internacionales, visión que se señala nuevamente, ha sido de recibo por la Corte Constitucional, que ha reconocido expresamente obligaciones para el Estado colombiano derivadas de tratados internacionales, en especial, en asuntos de género y discriminación contra la mujer.

Por tanto el hecho de no admitir un nuevo examen de carácter constitucional, cuando el marco Constitucional relevante ha cambiado, afectaría la supremacía de la Carta al permitir la vigencia de contenidos normativos contrarios a ella.

Con los anteriores argumentos, se pretende enervar la cosa juzgada constitucional que reviste a la norma demandada para que la Corte proceda a su estudio, sin embargo como se evidencia en el acápite de normas vulneradas, la presente acción señala nuevos apartes constitucionales que no fueron considerados en sentencias anteriores, los cuales junto con los que ya ha definido la Corte se justifican a continuación:

### **LIBERTAD, DIGNIDAD HUMANA, PRIMACIA DE LOS DERECHOS INALIENABLES DE LA PERSONA Y LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. (Preámbulo, arts. 1,5 y 16)**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos haciendo un análisis del contenido del artículo 11 del Pacto de San José de Costa Rica, ha manifestado en la sentencia I.V. vs Bolivia: *“En efecto, el inciso primero de dicho artículo contiene una cláusula universal de protección de la dignidad, cuyo basamento se erige tanto en el principio de la autonomía de la persona como en la idea de que todos **los individuos deben ser tratados como iguales, en tanto fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida.** Por su parte, el inciso segundo establece la inviolabilidad de la vida privada y familiar, entre otras esferas protegidas. Este ámbito de la vida privada de las personas, ha sostenido la Corte, se caracteriza por ser un espacio de libertad exento e inmune a las injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”.* (Negritillas fuera del original)

Esta comprensión proporcionada por la máxima interprete de los Derechos humanos para el Continente Americano, es consonante con lo manifestado por la Honorable Corte Constitucional, la cual ha determinado que la Dignidad Humana es uno de los tres pilares sobre los que se cimienta nuestro Estado Social de Derecho, cognoscible desde estas 3 aristas:“(i) *La dignidad humana entendida como*

*autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).”<sup>3</sup>*

Por consiguiente, siendo palmario que intrínseca al alcance de este derecho fundamental, está la facultad del individuo para poder determinar su actuar bajo sus propias consideraciones, se halla que la norma objeto de reproche claramente limita y restringe este derecho, pues la mujer que por cualquier circunstancia ha quedado en embarazo y no desea continuar con este proceso biológico, se ve coaccionada bajo pena de prisión a no poder decidir sobre su propio cuerpo, si no está dentro de las causales establecidas por la sentencia C-355 de 2006.

En la antemencionada sentencia del Tribunal internacional, se manifestó: *“Ahora bien, un aspecto central del reconocimiento de la dignidad constituye la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones. **En este marco juega un papel fundamental el principio de la autonomía de la persona, el cual veda toda actuación estatal que procure la instrumentalización del individuo, es decir, que la convierta en un medio para fines ajenos a las elecciones sobre su propia vida, su cuerpo y el desarrollo pleno de su personalidad, dentro de los límites que impone la Convención**”*. (Negrillas fuera del original).

La persona, en este caso la mujer, es un individuo autónomo e independiente, que tiene plena potestad sobre sus decisiones, sobre sus pensamientos y claramente sobre su cuerpo, sobre su organismo, sobre su ser, sobre sí misma.

No puede el Estado obligar a una mujer a ser madre, no le puede imponer la carga de soportar un embarazo contra su voluntad, ni la obligación de resistir un parto contra su consentimiento. Se está tratando a la mujer de una forma en que se desconoce su derecho a decidir, a determinarse, que constituye una situación desconocedora de la dignidad humana, se le impide decretar los rumbos de su vida, fijar los destinos de aquello que es de ella y de ningún otro ser, su cuerpo y, consecuencia de ello, claramente afecta su proyecto de vida.

Ya lo decía el gran humanista Pico della Mirandola en el año de 1486 en su Discurso sobre la dignidad del hombre *“No te he hecho ni celeste ni terreno, ni mortal*

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia T-881 de 2002, M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

*ni inmortal, con el fin de que tú, como árbitro y soberano artífice de ti mismo, te informases y plasmases en la obra que prefirieses.”*

Desde aquella época se entiende que la dignidad humana, es la capacidad de cada persona para prever y determinar su propio destino, nadie ha de interferir en lo que dicte la voluntad de cada quien y más cuando esta se refiere a su propio cuerpo, a su ser, a lo que es y a lo que quiere ser.

*“No hay duda alguna de que la mujer ha padecido históricamente una situación de desventaja que se ha extendido a todos los ámbitos de la sociedad y especialmente a la familia, a la educación y al trabajo. Aun cuando hoy, por los menos formalmente, se reconoce igualdad entre hombres y mujeres, no se puede desconocer que para ello las mujeres han tenido que recorrer un largo camino.*

*Baste recordar que bien entrado el siglo veinte, las mujeres en Colombia tenían restringida su ciudadanía, se les equiparaba a los menores y dementes en la administración de sus bienes, no podían ejercer la patria potestad, se les obligaba a adoptar el apellido del marido, agregándole al suyo la partícula “de” como símbolo de pertenencia, entre otras limitaciones.*

*Poco a poco la lucha de las mujeres por lograr el reconocimiento de una igualdad jurídica, se fue concretando en diversas normas que ayudaron a transformar ese estado de cosas. Así, por ejemplo, en materia política, en 1954 se les reconoció el derecho al sufragio, que pudo ser ejercido por primera vez en 1957. En materia de educación, mediante el Decreto 1972 de 1933 se permitió a la población femenina acceder a la Universidad. En el ámbito civil, la ley 28 de 1932 reconoció a la mujer casada la libre administración y disposición de sus bienes y abolió la potestad marital, de manera que el hombre dejó de ser su representante legal. El decreto 2820 de 1974 concedió la patria potestad tanto al hombre como a la mujer, eliminó la obligación de obediencia al marido, y la de vivir con él y seguirle a donde quiera que se trasladase su residencia; el artículo 94 decreto ley 999 de 1988 abolió la obligación de llevar el apellido del esposo, y las leyes 1ª. de 1976 y 75 de 1968 introdujeron reformas de señalada importancia en el camino hacia la igualdad de los sexos ante la ley. En materia laboral, la ley 83 de 1931 permitió a la mujer trabajadora recibir directamente su salario. En 1938, se pusieron en vigor normas sobre protección a la maternidad, recomendadas por la OIT desde 1919, entre otras, las que reconocían una licencia remunerada de ocho semanas tras*

*el parto, ampliada a doce semanas mediante la ley 50 de 1990. Por su parte, mediante el Decreto 2351 de 1965, se prohibió despedir a la mujer en estado de embarazo.*

*A este propósito de reconocimiento de la igualdad jurídica de la mujer se sumo también el constituyente de 1991. Por primera vez, en nuestro ordenamiento superior se reconoció expresamente que “la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades” y que “la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación”.<sup>4</sup>*

Esta acción busca, que sea en los inicios de la tercera década del siglo XXI, el momento en que se le permita decidir sobre su cuerpo libremente.

El derecho a elegir, a tomar una decisión como manifestación de la libertad, existe cuando ante la presencia de varias posibilidades, como mínimo lógicamente dos, la persona puede optar por una de ellas, sin ninguna coacción, la expresión de la libertad recae precisamente en la posibilidad de actuar sin sanción, puesto que si se ejerce penalización por la actuación no hay libertad, ahora bien es claro que restringir el actuar del individuo se hace necesario cuando se convive en sociedad, dado que como lo dice Cesare Beccaria , en su Tratado de los delitos y las penas: *“Las leyes son las condiciones con que los hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad.”* Sin embargo esa injerencia del Estado debe ser lo menor posible, pues solo debe ser para garantizar la convivencia pacífica en sociedad, de ahí que, no permitirle a un ser humano, a una persona, a un colombiano, a una mujer, decidir sobre su propio cuerpo, sobre aquello en lo que ejerce su control, es un actuar del Estado que hace nugatorio su derecho a la libertad, a la autonomía, a la dignidad, si una mujer no puede decidir sobre su cuerpo ¿sobre qué si puede? ¿Acaso una mujer ni siquiera es dueña de su propio organismo?

Esta Corte manifestó en la sentencia C-221 de 1994, que el respeto por el libre desarrollo de la personalidad conlleva a que las autoridades no intervengan en el espacio íntimo de la persona dado que hacerlo conduce a *“arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen”*

Con la penalización del aborto, se está precisamente cosificando a la mujer, pues es una condición humillante y denigrante para ella la de no poder decidir sobre sí

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia C-355 DE 2006, M.Ps. JAIME ARAÚJO RENTERÍA y CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

misma, la de no autodeterminarse, la de llevar una vida contraria a la que desea por el mandato del legislador, de un tercero.

La mujer como ser pensante, libre y autónomo que es, toma decisiones en función de su proyecto de vida y nadie debe interferir en él, la dignidad del género femenino no reside en ser una máquina de hacer hijos, ser mujer es mucho más que eso, la mujer es libre, se vale por sí misma, puede tomar sus propias decisiones, no solamente adquiere el derecho a determinar su propio destino respecto a la maternidad cuando ha sido víctima de un delito que atenta contra su sexualidad, o cuando su vida o salud peligran, o cuando el feto que lleva en su cuerpo se encuentra en condiciones que hacen inviable su vida; la mujer debe poder decidir sobre su cuerpo sin la intervención de la mano amenazante del Estado.

El fundamento, la razón de ser, el centro alrededor del cual orbita el Estado Social de Derecho es la protección de la dignidad humana, la protección de la persona, del sujeto de derechos, ese es su fin, esa es su función; ya la Corte ha dejado muy claro que el nasciturus no es titular de derechos sino un bien de relevancia constitucional, de modo que no es razonable ni lógico, que los derechos de una persona reconocida plenamente por el ordenamiento jurídico y titular de todos los derechos que le son inherentes por su condición humana, sea forzada por el Estado a ceder los mismos por proteger al no nacido y más teniendo en cuenta que la intención de nuestra Constitución fue brindarle una protección especial a la mujer teniendo en cuenta el contexto de discriminación que se vivía al momento de su expedición y que tristemente aún se respira en nuestra nación.

Se está desconociendo la autonomía, la libertad y por consiguiente la dignidad y el valor como individuo de la mujer por proteger al no nacido, que se reitera, aún no tiene personería jurídica. La mujer se pertenece a sí misma, a nadie más, es un fin en sí misma considerada, debe poder decidir sobre su vida; la libertad y la dignidad son indisolubles, existe un vínculo inquebrantable entre ellas, si se limita la libertad se afecta la dignidad.

No se debe perder de vista que los cambios implementados por la Sentencia C-355 de 2006 fueron de notoria trascendencia en el ordenamiento jurídico colombiano y, un faro para algunos países latinoamericanos en el proceso de consolidación de los derechos de la mujer; sin embargo tampoco debe desconocerse que los casos en que el aborto no es penalizado lo constituyen circunstancias extremas donde ejercer la sanción penal generaría una afectación desproporcionada de los derechos de la mujer y una violación flagrante de la constitución.

Es claro el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de la madre gestante, pues ya cuenta con la posibilidad de decidir sobre la continuidad del embarazo en

las tres hipótesis contempladas en el condicionamiento del artículo 122 del código Penal, no obstante en estos tres eventos debido a su radicalidad y exigencia se encuentra que no es suficiente la voluntad de la persona, sino se requiere que esta vaya acompañada de un elemento objetivo, de donde se infiere que es protegida la autonomía, mas no con un carácter fundamental, pues si lo fuera, bastaría su mera manifestación sin necesidad de acreditar otras circunstancias.

Por tanto si se observa con atención no prima ni se respeta en su totalidad el derecho al libre desarrollo de la personalidad y, por consiguiente la dignidad de la mujer, pues quienes no estén cobijadas por las causales establecidas en la sentencia C-355 de 2006, no cuentan con la posibilidad de decidir sobre su cuerpo.

Forzar a una mujer a continuar con el embarazo cuando pelagra su propia vida es obligarla muy probablemente a morir o afectar su salud, hacer que una mujer continúe con el embarazo cuando el feto no es viable conduce someterla al padecimiento de sobrellevar la gestación y sufrir la muerte del fruto de su vientre, compeler a una mujer a continuar un embarazo originado en el quebrantamiento de sus derechos sexuales y reproductivos es someterla a tratos que vulneran su honra, su dignidad y que constituyen actos de tortura como lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Pero obligar a una mujer a soportar un embarazo cuando no se encuentra inmersa en alguna de las causales, ante los ojos de la Corte Constitucional no es una vulneración de su libertad, de su dignidad, de la realización de su proyecto de vida, de su igualdad, de su protección especial constitucional etc. o, si constituye una vulneración de sus derechos, se entiende que la mujer debe soportar este quebrantamiento de sus garantías constitucionales, en aras de la protección del no nacido

No ha de olvidarse que la confrontación existente en la práctica del aborto “debe plantearse entre la madre que tiene personalidad jurídica y derechos ciertos y actuales, frente a un ser que carece de personalidad jurídica, que no tiene derechos subjetivos y que solo es objeto de prestaciones.”<sup>5</sup>, lo que traducido en la situación actual muestra una vulneración de los derechos de la madre gestante que no guarda ninguna clase de proporción, pues se está dando un amparo superior a un bien de especial protección constitucional (no titular de derechos), por encima de la defensa que al Estado le corresponde brindar a quien si es reconocida como plena titular de las garantías constitucionales.

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006, Aclaración de voto del Magistrado Araujo Rentería, M.Ps. JAIME ARAÚJO RENTERÍA y CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ

Ronald Dworkin señala *“Las mujeres necesitan la libertad de tomar decisiones en cuestiones de reproducción no sólo por un derecho a que se las deje en paz, sino, a menudo, para reforzar sus lazos con los demás: para planificar responsablemente una familia a la que mantener, para continuar cumpliendo con las obligaciones profesionales o laborales contraídas con el mundo exterior, o para seguir sosteniendo a sus familias o comunidades. Otras veces, la decisión de abortar no viene determinada por un instinto asesino de poner fin a una vida, sino por la dura evidencia de un compañero económicamente irresponsable, una sociedad indiferente al cuidado de los hijos, y un lugar de trabajo incapaz de adaptarse a las necesidades de los trabajadores con hijos... Cualquiera que sea la razón, la decisión de abortar es tomada casi siempre en el contexto de un conjunto de responsabilidades y compromisos imbricados, en conflicto y a menudo irreconciliables”*<sup>6</sup>

Se reitera para el ser humano, no existe un área más privada, más íntima y más propia que su propio cuerpo y por tanto cualquier intromisión, cualquier afectación, cualquier limitación es más severa cuando se realiza sobre él.

Si la mujer, no desea continuar un embarazo, constituye una afectación terrible a su voluntad, libertad y dignidad obligarla a portar en su ser un hijo que no es deseado, es reducirla a la condición de un incapaz que no puede decidir por sí, es obligarla a llevar un proyecto de vida ajeno al deseado por ella, es constreñir a una persona a actuar en contra de sí misma. Así como al esclavo de las épocas pasadas las cadenas le ataban y no le permitían el libre movimiento y estas acompañadas de la injusta fusta lo obligaban a ejercer actividades penosas contra su voluntad, así hoy el artículo 122 del Código Penal es el infame azote que doblega a la mujer y le hace perder su libertad de decidir aun sobre su propio ser, por el temor a perder su libertad física, o fuerza a aquella que no acepta este yugo sobre su libertad a acudir a medios que pueden poner en riesgo su propia salud o vida.

Son derechos inalienables de la mujer la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a tener hijos y por consiguiente el de no tenerlos (pues de lo contrario este ya no sería un derecho sino una obligación) este último ha de entenderse como inalienable, toda vez que como se extrae de la sentencia T- 571 de 1992 *“Según la doctrina constitucional, la fundamentalidad de un derecho no depende sólo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, la intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable.”*; el derecho a procrear se encuentra dentro del título de derechos fundamentales y guarda estrecha

---

<sup>6</sup> El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual Editorial Ariel, 1998. Página 79

relación con la libertad, con el libre desarrollo de la personalidad reconocido expresamente como inalienable. Por consiguiente la vulneración de los mismos como se justificó anteriormente, conduce inevitablemente a un quebrantamiento del artículo 5 superior.

**SALUD, INTEGRIDAD PERSONAL, FAMILIA, PROTECCIÓN ESPECIAL DE LA MUJER EMBARAZADA, IGUALDAD Y, PROMOCIÓN DEL ACCESO A LA SALUD Y CALIDAD DE VIDA DE LA MUJER CAMPESINA. (Arts. 12, 13, 42, 43, 49,64)**

Por salud se entiende “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”<sup>7</sup>, este es un concepto holístico, presenta una comprensión completa de la persona, que incluye por su puesto su bienestar sexual y reproductivo.

Se ha señalado que *“El derecho a la salud sexual y reproductiva implica un conjunto de libertades y derechos. **Entre las libertades figura el derecho a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respecto a los asuntos relativos al propio cuerpo y la propia salud sexual y reproductiva.** Entre los derechos cabe mencionar el acceso sin trabas a toda una serie de establecimientos, bienes, servicios e información relativos a la salud, que asegure a todas las personas el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva en virtud del artículo 12 del Pacto”*<sup>8</sup> (Negritas fuera del original)

Consecuencia clara de lo anterior, es el deber en cabeza de las entidades de salud de prestar todos los procedimientos tendientes a garantizar el mayor bienestar en la persona y la correlativa obligación del Estado en garantizar el acceso a ellos, eliminando los obstáculos existentes.

Por supuesto dentro de estos procedimientos debe incluirse el aborto, por lo que esta misma Observación manifiesta: *“La prevención de los embarazos no deseados y los abortos en condiciones de riesgo requiere que los Estados adopten medidas legales y de políticas para garantizar a todas las personas el acceso a anticonceptivos asequibles, seguros y eficaces y una educación integral sobre la sexualidad, en particular para los adolescentes; **liberalicen las leyes restrictivas del 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,***

---

<sup>7</sup> Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

<sup>8</sup> Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

***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***”.( Negrillas fuera del original)

En este mismo documento se señala como obligación jurídica de los Estados “***eliminar la discriminación contra las personas y grupos y de garantizar su igualdad por lo que respecta al derecho a la salud sexual y reproductiva. Ello requiere que los Estados deroguen o reformen las leyes y las políticas que anulen o menoscaben la capacidad de personas y grupos determinados para hacer efectivo su derecho a la salud sexual y reproductiva. Hay muchas leyes, políticas y prácticas que socavan la autonomía y el derecho a la igualdad y la no discriminación en el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva, por ejemplo la penalización del aborto o las leyes restrictivas al respecto.***” (Negrillas fuera del original)

La obligación de respeto de los derechos contenidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales “***requiere que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva de las personas. Los Estados no deben limitar ni denegar a nadie el acceso a la salud sexual y reproductiva, en particular mediante leyes que tipifiquen como delito los servicios y la información de salud sexual y reproductiva, y se debe mantener la confidencialidad de los datos sobre la salud***” (Negrillas fuera del original)

En este mismo “***Las violaciones de la obligación de respetar se producen cuando el Estado, mediante leyes, políticas o actos, socava el derecho a la salud sexual y reproductiva. Esas violaciones comprenden la injerencia del Estado con la libertad de la persona para controlar su propio cuerpo y la capacidad para adoptar decisiones libres, informadas y responsables en ese sentido. También se producen cuando el Estado deroga o suspende leyes y políticas que son necesarias para el disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva.***” (Negrillas mías)

Como ejemplos de violaciones de la obligación de respetar se señala entre otros la criminalización de las mujeres que se sometan a un aborto.

Así mismo en la Recomendación General núm. 19 de CEDAW se indicó “***Los Estados procuren que se apliquen medidas para impedir la coacción con respecto a la fecundidad y la reproducción, y para asegurar que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, tales como los abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad.***”

En la Recomendación General núm. 24 de CEDAW “*La obligación de respetar los derechos exige que los Estados Partes se abstengan de poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud. Los Estados Partes han de informar sobre el modo en que los encargados de prestar servicios de atención de la salud en los sectores público y privado cumplen con su obligación de respetar el derecho de la mujer de acceder a la atención médica. Por ejemplo, los Estados Partes no deben restringir el acceso de la mujer a los servicios de atención médica ni a los dispensarios que los prestan por el hecho de carecer de autorización de su esposo, su compañero, sus padres o las autoridades de salud, por no estar casada o por su condición de mujer. **El acceso de la mujer a una adecuada atención médica tropieza también con otros obstáculos, como las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan exclusivamente a la mujer y castigan a las mujeres que se someten a dichas intervenciones.***” (Negrillas mías).

De igual forma en esta misma observación se conmina a los Estados a “*Dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual y reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal. **En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos***” (Negrillas fuera del original).

En la Recomendación 35 de CEDAW se indica que “*El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia por razón de género es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos, a saber: los derechos a la vida, la salud, la libertad y la seguridad de la persona, la igualdad y la misma protección en el seno de la familia, la protección contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y la libertad de expresión, de circulación, de participación, de reunión y de asociación.*”

Del mismo modo en esta Recomendación se señala “*Las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como la esterilización forzada, el aborto forzado, el embarazo forzado, **la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante***” (Negrillas del demandante)

La tipificación del aborto como delito u obligar a una mujer a continuar con un embarazo no deseado, son conductas del Estado que constituyen una vulneración del derecho a la salud, a la igualdad y se enmarcan en formas de violencia en razón del género, señalándose por el intérprete autorizado de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que *“La violencia por razón de género contra la mujer constituye una discriminación contra la mujer con arreglo al artículo 1 y, por lo tanto, afecta a todas las obligaciones contraídas en virtud de la Convención. El artículo 2 establece que la obligación general de los Estados partes consiste en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, en especial la violencia por razón de género contra la mujer”*

Por tanto, si el Estado tiene el deber de garantizar a las mujeres el acceso a los servicios de salud, debe permitirles interrumpir su embarazo en condiciones médicas e higiénicas óptimas, si no se realizan actuaciones tendientes a ello, es decir si se mantiene la despenalización del aborto solo en situaciones extremas, la legislación incurre en una violación del artículo 43 de la Constitución que fija en cabeza del Estado, la obligación de brindar una especial asistencia y protección respecto de las mujeres embarazadas, protección especial que se debe entender tanto para quien desea continuar o interrumpir su gestación, pues la norma no hace ninguna distinción y, forzar a una mujer a continuar un embarazo no deseado, es tan atroz como obligarla a no tener un hijo anhelado.

Además, según el artículo 42 Constitucional, *“La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.”* Una interpretación no restrictiva y acorde con el respeto por los derechos de la mujer, entiende que la facultad de decidir con responsabilidad el número de hijos, debe leerse en clave de permitir la interrupción del embarazo en los eventos en que la mujer no desea tener descendencia, bien sea por la carencia de recursos económicos, por la falta de preparación psicológica o por cualquier otra razón, pues obligar a una mujer que no tiene medios con los que sustentar una nueva vida, o no se siente preparada para ello, borra todo sentido de la expresión *responsablemente* de este artículo.

En lo que refiere al derecho a la igualdad con respecto al acceso a los servicios de salud, es pertinente traer a colación lo manifestado en la Aclaración de Voto, realizada por el Magistrado Jaime Araujo Rentería en la sentencia C-355 de 2006, en la que señaló:

*“A los hombres nunca se les ha negado el acceso a la salud en los casos en que se trata de procedimientos quirúrgicos o medicamentos que solo ellos necesitan (intervenciones en la próstata o viagra). Como solo las mujeres pueden quedar*

*embarazadas, al penalizar el aborto se les está negando el acceso a la salud a las mujeres cuando la opción reproductiva se ejerce de manera negativa con la elección de interrumpir el embarazo no deseado.*

- a) Al darle a los hombres toda la atención médica que ellos requieren para conservar su salud y su vida y no dársele a las mujeres se les está discriminando.*
- b) Imponerle a la mujer el rol, de ser, exclusivamente reproductivo constituye una discriminación y en consecuencia su derecho a la igualdad. Penalizar el aborto consentido por la mujer es considerarla solo como maquina reproductora, olvidando que ella puede querer y decidir otras cosas para su vida. Obligarla a llevar un embarazo sin su consentimiento es imponerle un proyecto de vida que puede sacrificar todas sus expectativas.”*

La negación de servicios de médicos que solo necesita la mujer, constituye una violación del derecho a la igualdad, toda vez que no hay ninguna justificación para tratar a los hombres y a las mujeres de manera diferente con respecto a sus necesidades en salud.

Igualmente se genera una discriminación entre las mujeres más pobres frente a aquellas que goza de mayor disponibilidad de recursos. Pues estas últimas pueden viajar a donde el aborto no está prohibido y si abortan lo hacen en condiciones de atención médica óptimas. Es importante resaltar que el aspecto de la discriminación indirecta en relación con la situación económica, fue tenido en cuenta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA, donde se señaló: *“la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero”* en este caso, se presentaba la penalización de un servicio referente a la salud sexual y reproductiva por proteger al no nacido, debido a esto, quienes tenían la posibilidad de salir del país podían acceder a estos servicios en el extranjero, mientras quienes carecían de recursos económicos, debían someterse a la legislación doméstica y perder la posibilidad de autodeterminarse en relación con su vida privada, como acontece ahora en Colombia con el aborto.

En este mismo sentido la Organización Mundial de la Salud ha indicado *“La restricción del acceso legal al aborto no disminuye la necesidad del aborto, sino que probablemente aumente el número de mujeres que buscan abortos ilegales e inseguros, lo que conduce a una mayor morbilidad y mortalidad. Asimismo, las restricciones legales llevan a muchas mujeres a buscar servicios en otros países o*

estados (24, 25), lo cual es costoso, demora el acceso y crea desigualdades sociales.”<sup>9</sup>

Esta argumentación sin mayor esfuerzo, permite observar la existencia de un trato desigual en el acceso a los servicios de salud, sin embargo la Corte ha precisado que cuando se alega la vulneración del de derecho a la igualdad corresponde hacer un *juicio de igualdad*, por lo que a continuación se presenta:

**1. Violación del derecho a la igualdad respecto a las mujeres que no cuentan con recursos necesarios para practicarse el aborto en países donde tal conducta no es delito.**

Para demostrar si una norma es conforme a la constitución y no quebranta del derecho a la igualdad se debe (i) *se establece el criterio de comparación, patrón de igualdad o tertium comparationis, es decir, se precisa si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se confrontan sujetos o situaciones de la misma naturaleza. En esta parte, asimismo, (ii) se define si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales. Una vez establecida (iii) la diferencia de trato entre situaciones o personas que resulten comparables, se procede, como segunda parte de este juicio, a determinar si dicha diferencia está constitucionalmente justificada, esto es, si los supuestos objeto de análisis ameritan un trato diferente a partir de los mandatos consagrados en la Constitución Política.*<sup>10</sup>

**Criterio de comparación o *tertium comparationis***

La finalidad del artículo 122 del Código Penal, como actualmente se encuentra, es la protección del no nacido y, a pesar de no realizarse en su texto ninguna diferenciación, respecto a las mujeres que pueden o no acceder a esta práctica (salvo las mujeres que se encuentran cobijadas por las causales de la sentencia C-355 de 2006), si se genera una desigualdad indirecta en relación con las mujeres que cuentan con la posibilidad de practicarse el aborto en el exterior.

Las mujeres con posibilidad económica para ir al extranjero a practicarse el aborto y por tanto no incurrir en el tipo penal, son sujetos comparables con aquellas que no cuentan con los recursos suficientes para realizar esa

---

<sup>9</sup> Organización Mundial de la Salud, Departamento de Salud Reproductiva e Investigaciones Conexas, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, 2012, p.90

<sup>10</sup> Corte Constitucional, sentencia C-104 de 2016, M.P. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

actividad y que por ende se ven obligadas a continuar con el embarazo no deseado o si deciden abortar incurrir en el tipo penal.

Son comparables pues ambas reúnen la condición de ser mujeres, de estar en embarazo y de no desear continuar con la gestación, la única diferencia que existe entre ellas es de carácter económico. La mujer que ha abortado en el extranjero ha realizado exactamente la misma conducta de la mujer que lo hecho en Colombia, pero hay dos tratamientos diferentes pues una no es judicializada y la otra si es perseguida por el aparato punitivo del Estatal.

### **Existencia de trato desigual entre iguales**

Como se ve en el punto anterior, tanto las mujeres con recursos económicos que pueden viajar al extranjero para practicarse el aborto, como quienes no, son sujetos equiparables.

Ahora bien, que no exista penalización para la mujer que se practica el aborto en el extranjero y si para la que lo hace en Colombia, constituye claramente un trato desigual, pues la acción que ambas realizaron es exactamente la misma, en los dos escenarios se generó la interrupción del embarazo.

De ahí que, el tipo penal de aborto si genera una discriminación indirecta, pues a pesar de no hacer una diferenciación explícita en su texto, una consecuencia de él es que la mujer en difícil situación económica no tiene ninguna oportunidad de tomar una opción que le permita continuar con su proyecto de vida y decidir sobre su propio cuerpo.

### **Falta de justificación en el trato diferenciado**

Las personas por su condición de tal merecen el mismo trato, los factores económicos no pueden generar una diferenciación de tratamiento más aun cuando la igualdad es *“el fundamento insustituible del ordenamiento jurídico que emana de la dignidad humana, pues se deriva del hecho de reconocer que todas las personas, en cuanto lo son, tienen derecho a exigir de las autoridades públicas un mismo trato y por lo tanto merecen la misma consideración con independencia de la diversidad que exista entre ellas, correspondiéndole al Estado promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, con énfasis en aquéllas personas que se encuentren en*

*circunstancias de debilidad manifiesta, por su condición económica, física o mental.”<sup>11</sup>*

No es consecuente con la igualdad la existencia de ciudadanos de primera o segunda categoría, con la argumentación anterior no se pide de ninguna manera que se halle un mecanismo para criminalizar a las mujeres que se practican el aborto en el extranjero, sino por el contrario entender que muchas personas, la gran mayoría que desea interrumpir su embarazo no cuenta con los recursos económicos suficientes para acceder a este servicio de salud en el exterior y, que por lo tanto se ven compelidas o bien a continuar con un proyecto de vida contrario al deseado o someterse a un aborto en situaciones de riesgo que bien podría ocasionar la muerte o en caso de sobrevivir, conducir las a una sanción penal.

Con lo anterior queda en claro que la norma genera una discriminación indirecta, pues *“cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios, se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, que lesionan sus derechos o limitan el goce efectivo de los mismos. En tales casos, medidas neutrales que en principio no implican factores diferenciadores entre personas, pueden producir desigualdades de facto entre unas y otras, por su efecto adverso exclusivo, constituyendo un tipo indirecto de discriminación”.* Esta modalidad, en fin, se compone de dos criterios: *Primero, la existencia de una medida o una práctica que se aplica a todos de manera aparentemente neutra. Segundo, la medida o la práctica pone en una situación desventajada un grupo de personas protegido. Es el segundo criterio de la discriminación indirecta el que difiere de la discriminación directa: el análisis de la discriminación no se focaliza sobre la existencia de un trato diferencial sino sobre los efectos diferenciales”<sup>12</sup>*

## **2. Violación del Derecho a la igualdad en el acceso a la salud en relación con las mujeres frente a los hombres**

### **Criterio de Comparación**

Tanto hombres como mujeres precisan de la prestación del servicio de salud, toda vez que este es un derecho que garantiza la calidad de vida, la vida en condiciones de dignidad y la vida misma, en este entendido se debe permitir el acceso a todos los servicios tendientes a asegurar tales fines.

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2009, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL

<sup>12</sup>Corte Constitucional, sentencia C-117 de 2018, M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

El acceso a este servicio público a cargo del Estado debe hacerse en condiciones de igualdad, pues desde el mismo artículo 69 superior “Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.” No hallándose en su contenido discriminación alguna en el sentido de proporcionar una cobertura más amplia al hombre que a la mujer; en el mismo orden de ideas la ley 1751 fija como principio del derecho a la salud la universalidad, en el entendido de que “Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida;” siendo conforme esta norma con la Constitución en el querer de ofrecer la misma protección a todo el que resida en suelo patrio, sin entrar a diferenciar entre hombres y mujeres.

El hombre y la mujer, como seres humanos que son, no deben recibir un tratamiento diferenciado en la atención de salud, además por mandato expreso de la Constitución es claro que “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación.”

### **Existencia de trato desigual entre iguales**

Siendo la mujer y el hombre iguales, debe el Estado garantizar en la misma medida el acceso a sus derechos, siguiendo el desarrollo del test de igualdad, se entra a señalar porque en el caso concreto se genera un tratamiento diferente.

El aborto, es un servicio que solo es necesario para la mujer, pues en la especie humana, el género femenino es el único que tiene la capacidad biológica para adelantar en su cuerpo el proceso de la gestación, evidentemente no es un servicio que requieren los hombres.

El análisis de los derechos de las mujeres, como bien ha señalado esta Corte, debe hacerse desde una perspectiva de género<sup>13</sup>, donde se analicen las acciones positivas que es pertinente tomar para garantizar la realización de la igualdad material entre hombres y mujeres, pues este derecho no se garantiza dando a todos lo mismo, sino atendiendo a las necesidades particulares de cada quien.

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional, sentencia T-338 de 2018, M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Consecuentemente permitir que los hombres se practiquen todos los procedimientos médicos que pretendan, mientras se establecen limitantes a la mujer, es un tratamiento desde toda óptica desigual, pues a unos individuos se les concede plena autonomía para decidir los procedimientos médicos a realizar sobre su propio cuerpo, mientras que se fijan barreras a la libertad de otros.

### **Falta de justificación en el trato diferenciado**

La mujer y el hombre son iguales ante los ojos del Estado; a pesar de las diferencias inherentes por su condición natural, se debe brindar la misma protección en el acceso a la salud, mas no en el entendido de que se les conceda la prestación de los mismos tratamientos, sino que atendiendo a las necesidades particulares de cada uno, se proporcionen los servicios requeridos para garantizar plenamente el bienestar de su salud, particularmente sexual y reproductiva.

Este tratamiento desigual carece de razón, pues hombres y mujeres tienen el mismo derecho a disfrutar de los beneficios que la ciencia médica pueda proporcionar a su vida. La igualdad como se dijo en la sentencia C- 586 de 2016 *“ya que no se trata de “ser igual a otro”, sino de “ser tratado con igualdad”, imponiendo así el mandato de prohibición de trato discriminado, que es el eje del derecho a la igual interpretación e igual aplicación de la ley.”*

Con los argumentos anteriores, se justifica la violación del derecho a la igualdad en los dos eventos planteados.

Es necesario también resaltar que en la Observación General núm. 22 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, previamente citada se ha señalado que se debe garantizar la accesibilidad a los servicios de salud sexual y reproductiva especialmente a las personas que viven en zonas rurales y remotas. Por ende, tanto el comité como la Constitución de Colombia se han preocupado por la protección especial a las personas que viven distantes de las urbes, muestra de ello es el artículo 64 de nuestra Norma de normas, que señala *“Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, **salud**, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, **con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos.**”* (Negrillas fuera del original)

Como se evidenció anteriormente, se vulnera el derecho a la igualdad cuando no se permite a cualquier persona el acceso a todos los servicios en salud, mas no debe perderse de vista que la mujer es sujeto de especial protección en Colombia

y, la mujer campesina lo es aún más en virtud de este artículo, por tanto el no garantizarle el acceso a los servicios de salud (sexual y reproductiva, para el objeto de esta acción), constituye un mayor desconocimiento de la Constitución, concluyéndose que la tipificación del aborto también es contraria al artículo 64 superior.

## **BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y PROTECCION DE DERECHOS NO RECONOCIDOS EXPRESAMENTE Y RESPETO POR PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL (Arts. 93 y 94)**

Con la penalización del aborto tal y como se encuentra actualmente, Colombia está incurriendo en el desconocimiento de varios tratados internacionales que reconocen derechos humanos por las siguientes razones:

### **1. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.**

Colombia es Estado miembro de esta convención desde 1983; esta Convención encaminada a erradicar la desigualdad de trato entre hombres y mujeres, señala obligaciones en cabeza de los Estados para tal fin, resaltándose entre su articulado los imperativos de:

- 1.1. *Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.*
- 1.2. *Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.*
- 1.3. *Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.*

Se ha entendido por parte del CEDAW en la Recomendación No.24 que “*La negativa de un Estado Parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria*”.

### **2. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.**

Colombia firmó el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el 21 de diciembre de 1966 y lo ratificó el 29 de octubre de 1969.

En su artículo 12, se indica: *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”*

Consecuencia de lo anterior en la Observación General num.22 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se manifestó: *“El derecho a la salud sexual y reproductiva es una parte integrante del derecho a la salud consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”*

Destacándose igualmente dentro de esta Observación *“La realización de los derechos de la mujer y la igualdad de género, tanto en la legislación como en la práctica, requiere la derogación o la modificación de las leyes, políticas y prácticas discriminatorias en la esfera de la salud sexual y reproductiva. Es necesario eliminar todos los obstáculos al acceso de las mujeres a servicios, bienes, educación e información integrales en materia de salud sexual y reproductiva. A fin de reducir las tasas de mortalidad y morbilidad maternas se necesita atención obstétrica de urgencia y asistencia cualificada en los partos, particularmente en las zonas rurales y alejadas, y medidas de prevención de los abortos en condiciones de riesgo. La prevención de los embarazos no deseados y los abortos en condiciones de riesgo requiere que los Estados adopten medidas legales y de políticas para garantizar a todas las personas el acceso a anticonceptivos asequibles, seguros y eficaces y una educación integral sobre la sexualidad, en particular para los adolescentes; liberalicen las leyes restrictivas del 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”.*

### **3. Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.**

Fue ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, previa aprobación por el Congreso de la República mediante Ley N° 74 de 1968, y entró en vigor de acuerdo con las disposiciones del instrumento el 23 de marzo de 1976.

En este pacto se reconoce el derecho a la vida en su artículo 6, se ha entendido este derecho no solo desde la perspectiva de no ser objeto de actos u omisiones cuya intención o expectativa sea causar la muerte prematura o no natural, sino también como también lo entiende la Corte Constitucional de Colombia, a disfrutar de una vida con dignidad.

En la Observación general núm. 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida, del comité de Derechos

Humanos de Naciones Unidas se manifestó: *“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.”*

Igualmente este instrumento Internacional de Protección de Derechos Humanos, en su artículo 3 contempla que *“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.”*

Si bien es cierto que lo dispuesto en estas recomendaciones no resulta de obligatorio acatamiento para Colombia, si se debe recordar que estas son pautas brindadas por el órgano autorizado para interpretar el tratado y por tanto, es pertinente que sean tenidas en cuenta al realizar la actividad hermenéutica sobre las normas que integran dicho instrumento internacional.

#### **4. Convención Americana de Derechos Humanos.**

Colombia es Estado Parte en la Convención Americana desde el 31 de julio de 1973 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte el 21 de junio de 1985.

#### **Proyecto de vida**

Con la penalización del aborto como se encuentra actualmente en el artículo 122 del Código Penal, se incurre en violación del artículo 4 de la CADH, que protege el Derecho a la vida y como factor integrante del mismo, el proyecto de vida

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha entendido desde el caso Loayza Tamayo contra Perú, *“que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”. Ciertamente no corresponde a la afectación*

*patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”. Por lo que hace al “lucro cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas.*

*”El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.”*

Es decir la concepción de Derecho a la vida tiene una implícita concordancia con la realización del ser humano de conformidad con sus planes, proyectos y expectativas, claramente enmarcados dentro de un ámbito de razonabilidad que permita ver la posibilidad de su consecución.

En cuanto a la afectación de los derechos sexuales y reproductivos también se ha manifestado por parte de la Corte Interamericana que su vulneración también puede conllevar una afectación al proyecto de vida, pues como se ve en el párrafo 281 del caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) contra Costa Rica *“respecto a la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, la Corte observa que la FIV suele practicarse como último recurso para superar graves dificultades reproductivas. Su prohibición afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV, como ocurría en los casos del señor Mejías y la señora Calderón Porras.”*

## **DIGNIDAD, LIBERTAD PERSONAL, VIDA PRIVADA, SALUD Y FAMILIA.**

Derechos protegidos por los artículos 5, 7 y 11,17 y de la CADH

El derecho a la libertad personal, comprende no solo la prohibición para el Estado o terceros de privar de la libertad física por medio de detención o encarcelamientos arbitrarios y los derechos procesales que se presentan en esas circunstancias, sino que este derecho se comprende en un sentido extenso *“como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras,*

*constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones.”<sup>14</sup>*

Ya precisado porque con la penalización del aborto se vulnera el derecho a la libertad personal consagrado en la CADH, se debe tener en cuenta que este derecho mantiene una íntima relación con la dignidad humana y con la protección de la vida privada, pues como se señaló en el caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) contra Costa Rica, *“La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. **Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.”*** (Negrillas fuera del original)

También en este mismo fallo se señaló *“ el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.”*

---

<sup>14</sup> Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, Párrafo 142.

Siguiendo esa línea de argumentación manifiesta la Corte IDH: “*Por tanto, los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan también directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud. La falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica.*”

Corolario de lo anterior señala el Tribunal internacional “*el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana<sup>252</sup> y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. **Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.***” (Negrillas mías)

Esta sentencia que se tomó como referencia para sustentar la vulneración de los derechos convencionales reseñados anteriormente, por su similitud con el objeto de la presente acción ya que en ella se discutieron los derechos sexuales y reproductivos en relación con el no nacido, sin embargo es amplia la jurisprudencia de esa Corte enfocada a la Protección de estos derechos.

Ahora bien, en efecto estos fallos no se han emitido directamente contra Colombia, pero es preciso señalar, que los fallos de este Tribunal Internacional adquieren el carácter de Cosa Juzgada y sus efectos se manifiestan en dos sentidos, de manera subjetiva y directa hacia las partes en la controversia internacional, *Res judicata*; y de manera objetiva e indirecta hacia todos los demás Estados Parte en la Convención Americana, *Res interpretata*.

El segundo efecto, se aplica a todos los Estados parte del Pacto de San José de Costa Rica, ya que todas las autoridades quedan vinculadas a la efectividad de la Convención, por lo que el criterio interpretativo establecido por la Corte Interamericana, *“en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana; y de ahí la lógica de que la sentencia sea notificada no sólo “a las partes en el caso” sino también “transmitido a los Estados partes en la Convención” en términos del artículo 69 del Pacto de San José.”*<sup>15</sup>

## **ARTICULO 2 DE LA CONSTITUCIÓN**

Presentada la argumentación tendiente a demostrar que el artículo 122 del Código Penal quebranta los derechos a la dignidad humana, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la familia, a la protección especial de la mujer, entre otros, es claro que como consecuencia de lo anterior esta disposición normativa también es contraria al artículo 2 Constitucional, toda vez que las autoridades de la República están instituidas para proteger los derechos de las personas residentes en el territorio nacional.

Con esta norma, el Legislador incurre en una vulneración manifiesta de los derechos de la mujer, pues en aras de proteger al no nacido, quien aún no es titular de derechos, ni a quien se le reconoce personalidad jurídica, está privando a la mujer embarazada de disfrutar plenamente de aquellas potestades que le han sido reconocidas por la Norma de normas y que más allá de ese reconocimiento, le son inherentes por su condición de persona.

Ergo, la despenalización del aborto es un paso más hacia la garantía de los derechos de las mujeres, un avance en materia de salud pública, y en la reducción del estigma que ha marcado la vida de miles de mujeres que han tomado el control sobre su cuerpo y sus vidas, por tanto con la declaración de inexecutable de la norma acusada, el Estado si cumpliría con su obligación de proteger los derechos de quienes residen en su territorio.

## **V. COMPETENCIA**

La Corte Constitucional es competente para conocer esta demanda en virtud del artículo 241 de la Constitución Política colombiana por medio del cual se “confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de este artículo”, y dentro de esta norma, en el numeral cuarto (4to) se le

---

<sup>15</sup> Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-gregor Poisot a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay, parr. 33

entrega la función de “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”.

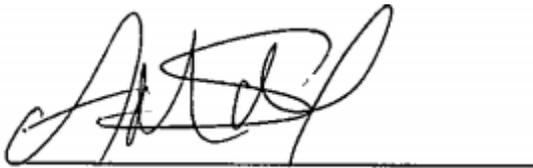
## **VI. TRÁMITE**

El trámite que debe seguir la presente demanda es el señalado en el Decreto 2067 de 1991 y las normas que la adicionen y complementen.

## **VII. NOTIFICACIONES**

El accionante recibirá notificaciones en la secretaria de la Corte Constitucional, en del municipio de Chía, Cundinamarca en la calle 21#1-35 torre 3 apartamento 410 conjunto residencial Portana, en el celular 3235177340 o en el correo electrónico: [amsm98@hotmail.com](mailto:amsm98@hotmail.com) .

De los Honorables Magistrados



Andrés Mateo Sánchez Molina  
C.C.1.069.306.298 de Guasca  
Ciudadano de la República de Colombia.