



## **Salvamento de voto del Magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar a la Sentencia C-055 de 2022 (Expediente D-13.956)**

Con la **Sentencia C-055 de 2022**, mayoritariamente la Corte Constitucional decidió declarar la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal, en el entendido que la conducta de “abortar” prevista, será punible únicamente *“cuando se realice después de la vigésimo cuarta (24) semana de gestación y, en todo caso, este límite temporal no será aplicable a los tres supuestos en los que la Sentencia C-355 de 2006 dispuso que no se incurre en delito de aborto, esto es, (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”*. Así mismo, dicha sentencia exhortó al Congreso de la República y al Gobierno Nacional para que *“formulen e implementen una política pública integral –incluidas las medidas legislativas y administrativas que se requiera, según el caso–, que evite los amplios márgenes de desprotección para la dignidad y los derechos de las mujeres gestantes”*, y para que *“proteja (sic) el bien jurídico de la vida en gestación sin afectar tales garantías, a partir del condicionamiento de que trata el resolutivo anterior.”* Para lo anterior, la Sentencia determinó algunos supuestos mínimos que deberá tener en cuenta el Legislador.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la H. Corte Constitucional a la cual honrosamente pertenezco, me aparto de la Sentencia mayoritaria dado que, tal como expondré a continuación: (i) en relación con el proceso de deliberación y expedición de la Sentencia C-055 de 2022, existen serias dudas que afectan el debido proceso lo cual afecta su validez; más allá de estas consideraciones preliminares, en lo que tiene que ver con el texto de la sentencia, (ii) la ineptitud de los cargos de la demanda relacionados con la igualdad, la salud en materia de barreras, la libertad de profesión u oficio, el Estado laico, la libertad de conciencia y los principios del derecho penal exigía la inhibición de la Corte Constitucional; y, (iii) en esta oportunidad se configuraba cosa juzgada constitucional frente a lo decidido por esta Corporación en la Sentencia C-355 de 2006, fenómeno que impedía a la Sala Plena pronunciarse sobre la actual demanda pues, contrario a lo considerado por esta, existe identidad de cargos y de objeto, y no se presentan las causales de debilitamiento de la cosa juzgada.

En cuanto al fondo, considero que la decisión adoptada por la posición mayoritaria no se ajusta a la Constitución Política ni a los Tratados Internacionales rarificados por Colombia, en tanto, tal como lo desarrollaré más adelante: (i) deja en un déficit de desprotección absoluto el derecho fundamental a la vida en relación con los no nacidos antes de la semana 24 de gestación; (ii) no sustenta, si existen, las razones de constitucionalidad por la cuales la penalización hasta la semana 24 de gestación no se ajusta al bloque de constitucionalidad y, por el contrario, la despenalización de aborto con un sistema de plazos hasta la semana 24 de gestación afecta de manera irrazonable y desproporcionada la obligación constitucional y convencional de protección de la vida del que está por nacer, desconoce que el *nasciturus* es un ser sintiente y correlativamente desconoce igualmente sus derechos a la vida, a la dignidad humana y a la salud, entre otros; (iii) no aborda adecuadamente el test de proporcionalidad requerido en los casos en los que se presentan derechos en tensión; y, finalmente, (iv) en línea con lo anterior, más allá de la fundamentada exposición que contiene la providencia, considero que la determinación relativa a penalizar o despenalizar el aborto es un asunto propio de la política criminal del Estado que le corresponde definir al Congreso de la República en ejercicio del principio de libertad de configuración normativa. A continuación, procedo a explicar de forma puntual cada uno.

Con este salvamento pues, dejo sentada mi posición sobre el necesario respeto de la vida humana en gestación, el respeto del principio de separación de funciones entre los órganos del poder público, y la ausencia de razones constitucionales que motivaron la expedición de la Sentencia C-055 de 2022. Así mismo, en el acápite final expreso mis dudas sobre algunos vacíos dejados por la sentencia que pueden generar malas interpretaciones respecto de su alcance.

#### **A. Sobre la invalidez de la Sentencia C-055 de 2022 por irregularidades en su expedición y votación**

1. En primer lugar, la Sentencia C-055 de 2022 es inválida, en tanto que se presentaron irregularidades en su expedición por parte de la Sala Plena. Para referirme a este punto, inicio por describir a grandes rasgos el proceso de aprobación del fallo -respecto de aquellas circunstancias relevantes-, para luego indicar las razones por las que tales acontecimientos hacen que la decisión de la Sala Plena sea inválida.

2. En el marco del expediente D-13.956, el 25 de agosto de 2021, el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo registró el proyecto de fallo ante la Secretaría General de esta Corporación para que fuera estudiado y analizado por todos los magistrados.

**3.** En los Planes de Trabajo de los días 3, 10 y 12 de noviembre de 2021 se incluyó para discusión y decisión la ponencia presentada por el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo en el Expediente D-13956, la cual estaba contenida en 192 páginas con la siguiente propuesta de resolutivo:

PRIMERO: Declarar INEXEQUIBLE el artículo 122 de la Ley 599 de 2000 “por medio de la cual, se expide el Código Penal”.

SEGUNDO: ORDENAR al gobierno nacional que, por intermedio del Ministerio de Salud y Protección Social y demás entidades de la rama ejecutiva competentes, en un término no mayor a dos (2) años a partir de la notificación de esta sentencia, formule e implemente una política pública –incluidas las medidas legislativas y administrativas que se requieran–, acorde con la ausencia de sanción penal para la conducta del aborto consentido en todos los casos, que evite los amplios márgenes de desprotección para la dignidad y los derechos reconocidos en la Constitución y, a su vez, proteja el bien jurídico de la vida en gestación sin afectar tales garantías.

**4.** Así mismo, en los Planes de Trabajo de esos mismos días 3, 10 y 12 de noviembre de 2021, se incluyó para discusión y decisión la ponencia presentada por el Magistrado Alberto Rojas Ríos en el Expediente D-13856, la cual estaba contenida en 302 páginas con la siguiente propuesta de resolutivo:

PRIMERO: Declarar INEXEQUIBLE el artículo 122 de la Ley 599 de 2000 “por medio de la cual, se expide el Código Penal”.

SEGUNDO: DIFERIR los efectos de esta decisión por el término de dos legislaturas subsiguientes a la notificación de la presente sentencia, para que el Congreso de la República adapte la legislación a la Constitución Política.

TERCERO. - Si el Congreso de la República no expide una ley que regule el acceso libre a la interrupción voluntaria del embarazo, y mientras no lo hiciere, deberá entenderse que las mujeres, niñas, adolescentes y personas gestantes, en todos los casos, tienen el derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo.

**5.** Tales ponencias fueron explicadas y sustentadas en toda su extensión por los respectivos Magistrados Ponentes en la Sala Plena cumplida el 12 de noviembre de 2021. En esa misma fecha, se presentó recusación en contra del Magistrado Alejandro Linares Cantillo, quien posteriormente, el día 16 del mismo mes y año, manifestó su impedimento para decidir sobre este proceso. En sesión del 18 de noviembre del año en cita, la Sala Plena votó un proyecto de auto presentado por el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo en el que propuso negar el impedimento presentado por el Magistrado Alejandro Linares Cantillo, el cual resultó en un empate. Por esta razón, fue necesario sortear un Conjuez que dirimiera la cuestión. Para tal efecto fue sorteado el Conjuez Hernando Yepes Arcila.

6. En sesión del 20 de enero de 2022, con presencia del mencionado Conjuez, la Sala Plena resolvió aceptar el impedimento del Magistrado Linares Cantillo y apartarlo del conocimiento y decisión del expediente D-13.956.

7. En la misma sesión del 20 de enero de 2022, se sometió a discusión el proyecto de Sentencia con su respectivo resolutivo presentado por el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo en el Expediente D-13956 -atrás transcrito-, en la que, al momento de decidir, se presentó un empate de 4-4. Por dicho empate, y con fundamento en la jurisprudencia de esta misma corporación<sup>1</sup>, se decidió que ante la imposibilidad de tomar una decisión, se sortearía un conjuer, acto del cual resultó elegido el abogado Julio Andrés Ossa Santamaría. Esta Corporación en el Auto 017 de 2016 dispuso:

“Es claro que la finalidad del nombramiento de conjuer es, en primer lugar, dirimir los empates que se presenten, tanto así que, en el artículo 48, numeral 5 del Reglamento Interno se dispone que en caso de que exista empate para decidir sobre un recurso de súplica se llamará a un conjuer.”<sup>2</sup>

Así las cosas, el Conjuer Ossa Santamaría fue llamado para votar la ponencia que había sido votada el 20 de enero de 2022, rotada en el año 2021 que, entre otras cosas, disponía la inexecutable del artículo 122 del Código Penal. Era frente a dicha ponencia que el conjuer Ossa Santamaría debía expresar su voto.

8. El día 2 de febrero de 2022, el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo remitió un mensaje a los Magistrados que participarían en la decisión que indicaba “*Buenos días apreciad@s colegas. Me permito remitirles documento de trabajo que recoge el debate sobre la ponencia que presenté dentro del expediente D-13956*”, acompañado de un archivo denominado “*20220128A Documento de trabajo ADICIONAL Exp D-13956 AJLO*”, en el cual se precisó lo siguiente:

**“Documento de trabajo adicional a la ponencia presentada en el Expediente D-13.956 (M.S. Antonio José Lizarazo Ocampo)”**

**“I. Alcance del presente documento**

“El presente documento es adicional a la ponencia inicialmente repartida, que propone declarar la inexecutable simple e inmediata de la disposición demandada, como propuesta base.

“A diferencia de la ponencia inicialmente rotada, este documento recoge una propuesta completa de fundamentación para un resolutivo alternativo –que propone declarar la executable condicionada de la norma que se demanda–. En todo caso, es de resaltar que este documento se construye a partir de los elementos de la ponencia que inicialmente se rotó y de la amplia discusión que se dio en la sesión de Sala Plena del día 20 de enero.

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-151/94

<sup>2</sup> En el mismo sentido, Sentencia SU-047 de 1999.

“Igualmente, el presente documento incorpora de manera sintética las observaciones hechas por los integrantes de la Sala Plena a la ponencia discutida en la sesión de 20 de enero para su fortalecimiento. Para evitar la duplicidad de información, todas ellas se incluyen en la fundamentación de esta nueva propuesta de resolutivo. Ahora bien, en caso de que se opte por la propuesta base –inexequibilidad simple e inmediata–, los cambios a los que se hace referencia seguidamente también se incluirán en la sentencia definitiva.

“Finalmente, es de precisar que, dado que se trata de un documento de trabajo construido luego de la sesión de la Sala Plena, los aspectos adicionales a que se hace referencia seguidamente serán ampliados y precisados en el texto de la sentencia, de lograr las mayorías requeridas. Para tales efectos, se tomará como fundamento el texto base de la ponencia, en lo que no sea contrario con este documento de trabajo adicional y las observaciones que se acojan en la nueva discusión del tema con la participación del Conjuez Julio Andrés Ossa Santamaría.

“Así las cosas, en comparación con la ponencia inicialmente repartida, los cambios que este documento recoge de manera sintética son los siguientes:

**“En cuanto al resolutivo**

“- Propone un resolutivo distinto, que integra al régimen de causales previsto en la Sentencia C-355 de 2006 el de plazos, a partir de las nociones de autonomía y protección gradual e incremental de la vida en gestación. En consecuencia, propone que la conducta de abortar solo sea punible cuando se realice después de la vigésimo cuarta (24) semana de gestación, sin perjuicio de las 3 causales de interrupción voluntaria del embarazo de que trata la Sentencia C-355 de 2006.”

9. Así, entonces, con tal “documento de trabajo” de 41 páginas, se cambió el resolutivo que ya se había votado en la Sala Plena el 20 de enero de 2022 y que había quedado empatado y, en su lugar, se propuso un resolutivo alternativo, con una ratio distinta la cual se advirtió, solo sería ampliada y precisada en el texto de la sentencia, de lograr las mayorías requeridas, en el que se propuso declarar la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal, así:

**“ÚNICO: Declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA** del artículo 122 de la Ley 599 de 2000 ‘por medio de la cual, se expide el Código Penal’, en el sentido de que la conducta de abortar allí prevista solo será punible cuando se realice después de la vigésimo cuarta (24) semana de gestación y, en todo caso, este límite temporal no será aplicable a los tres supuestos en los que la Sentencia C-355 de 2006 dispuso que no se incurre en delito de aborto, esto es, “(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.

10. Con el citado “documento de trabajo” con la propuesta del nuevo resolutivo y la propuesta simple de la nueva ratio, sujeta a ampliación y precisión en la sentencia de contar con las mayorías requeridas, se cambió la ponencia que se

había discutido y votado el 20 de enero de 2022 y que quedó empatada, de lo cual dejé constancia en la respectiva Sala.

**11.** Después de algunos otros trámites incidentales adelantados con ocasión de nuevas solicitudes de recusación presentadas en el marco del expediente D-13.956, finalmente se convocó y en efecto se celebró la Sala Plena del 21 de febrero de 2022, con la presencia y participación del Conjuez Julio Andrés Ossa Santamaría, quien había sido sorteado y convocado exclusivamente para dirimir el empate que se presentó al votar la ponencia y el resolutivo que fue discutido el 20 de enero de 2022 en el cual se propuso declarar la inexecutable del artículo 122 del Código Penal.

**12.** Sin embargo, el debate de la Sala celebrada el 21 de febrero de 2022 se limitó a presentar la nueva propuesta de decisión alternativa incluida en el citado documento de resumen y que había sido remitido vía chat por el Magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo. La discusión inició con una exposición verbal que realizó el ponente acerca de la declaratoria de executable condicionada, y las intervenciones de los Magistrados que le siguieron en el uso de la palabra se enfocaron al contenido del documento resumen. Inclusive, debo advertir que el Conjuez manifestó su decisión de apoyar esta nueva propuesta del documento resumen, sin siquiera referirse al proyecto de decisión que había sido votado el 20 de enero de 2022 y mucho menos sin escuchar a los otros Magistrados que habían votado en contra del proyecto inicialmente registrado y votado el 20 de enero de 2022.

**13.** De lo anterior, se tiene que la votación que aprobó la executable condicionada del artículo 122 del Código Penal, se realizó respecto del texto resumen propuesto y no frente a la ponencia que había sido votada por la Sala Plena en sesión del 20 de enero de 2022, que resultó en un empate, por lo que se había hecho necesario nombrar a un Conjuez. El Conjuez que se sorteó para desempatar la votación realizada el 20 de enero de 2022 sobre la ponencia que propuso la inexecutable del artículo 122 del Código Penal, ni siquiera se pronunció sobre dicha ponencia, sino sobre la alternativa de resolutivo que propuso la declaratoria de executable condicionada la cual no se había discutido y mucho menos se había votado, razón por la cual la intervención del Conjuez Julio Andrés Ossa Santamaría en la Sala del 21 de febrero de 2022 fue a todas luces improcedente. A dicho conjuez se le sorteó, de conformidad con la ley, para dirimir un empate sobre una decisión de inexecutable con una determinada ratio y no para votar una decisión de constitucionalidad condicionada con una ratio totalmente distinta que no había sido discutida ni mucho menos votada. En suma, el primer vicio se evidencia en el hecho de que el Conjuez Julio Andrés Ossa Santamaría **no estaba facultado** para votar la ponencia que fue aprobada en la sesión del 21 de febrero de 2022.

14. El segundo vicio se evidencia en que, en todo caso, en mi opinión **no se lograron las mayorías** absolutas (para la decisión) ni relativas (para la parte motiva) exigidas por el Decreto 2067 de 1991<sup>3</sup>. En efecto, en la sentencia C-055 de 2022, el resuelve es:

“Declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA del artículo 122 de la Ley 599 de 2000 “por medio de la cual, se expide el Código Penal”, en el sentido de que la conducta de abortar allí prevista **solo será punible cuando se realice después de la vigésimo cuarta (24) semana de gestación** y, en todo caso, este límite temporal no será aplicable a los tres supuestos en los que la Sentencia C-355 de 2006 dispuso que no se incurre en delito de aborto (...)” (negritas fuera del texto original).

15. En efecto, lo que se certificó aprobado por la “mayoría” consistente en declarar la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal bajo un sistema de plazos determinado en las 24 semanas de embarazo, es ciertamente dudosa, en atención al contenido de la aclaración de voto presentada ese mismo día 21 de febrero de 2022 por el Conjuez Ossa Santamaría que acompaña el comunicado de prensa de esa misma fecha, la cual, aunque literalmente se denomina “aclaración”, en realidad constituye un salvamento parcial de voto, el que, entonces, debió sumarse en esa misma fecha a quienes nos apartamos del proyecto de decisión con ponencia de los Magistrados Lizarazo y Rojas y, en tal caso, la decisión mayoritaria es otra y no la que aparece certificada. En efecto, tal como quedó resumido en el Comunicado de Prensa N° 5 del 21 de febrero de 2021 publicado por la Corte Constitucional, el Conjuez no estuvo de acuerdo con el condicionamiento de exequibilidad que quedó aprobado en la Sentencia C-055 de 2022, pues, a su juicio, la determinación de las 24 semanas resultaba parte de la competencia de la libertad de configuración en cabeza del Congreso de Colombia para regular esta materia de naturaleza penal. Al respecto, advirtió:

*“A juicio del conjuez, aunque es inconstitucional que se sancione con pena privativa de la libertad a la mujer que aborta en las primeras 13 semanas del embarazo, y en cambio sí es constitucional que se la sancione cuando el nasciturus ha sobrepasado las 24 semanas, el Legislador conserva un importante margen de configuración para determinar cuál debe ser el tratamiento legal –no penal– del aborto entre la semana 14 y la semana 23. Lo anterior en virtud del carácter gradual e incremental de la protección de la vida del que está por nacer, y porque los fallos de la Corte deben respetar la libertad de configuración del legislador en aquellos escenarios de ponderación en los que no se presenta una violación palmaria de los derechos en juego. En este sentido, la posición de del conjuez OSSA SANTAMARÍA propugnaba por una regulación escalonada de la protección del que está por nacer, gradualidad a la que la posición mayoritaria no le dio cabida.”<sup>4</sup>*

<sup>3</sup> Decreto Ley 2067 de 1991, artículo 14.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Comunicado de Prensa N° 5 del 21 de febrero de 2022 relativo a la Sentencia C-055 de 2022.

16. Como se observa de la denominada “aclaración” de voto, el conjuetz Ossa Santamaría en realidad no acompañó la posición de los cuatro magistrados que votaron a favor de la despenalización del aborto hasta la semana 24 de gestación. Es fundamental recordar que, el problema jurídico que esta Corte Constitucional debía resolver era si la tipificación del aborto en el artículo 122 del Código Penal es compatible con la Constitución Política. Ante dicho problema jurídico, cuatro magistrados de la Corte consideraron que resultaba inconstitucional penalizar el aborto hasta la semana 24. El conjuetz Ossa Santamaría, por su parte, consideró -y así lo expuso en la Sala Plena-, que la inconstitucionalidad sólo ocurre respecto de la penalización hasta la semana 13 de gestación.

17. Esta cuestión plantea un serio problema de validez respecto de la sentencia C-055 de 2022 por al menos tres razones:

Primero, las sentencias de constitucionalidad exigen la aplicación del principio de congruencia de la decisión<sup>5</sup>. Este principio requiere que las motivaciones de la sentencia y la decisión sean congruentes y además garantiza el acceso a la justicia, tal como ha sido reconocido por órganos internacionales<sup>6</sup>. Así las cosas, si la decisión de la Corte es que el delito de aborto es inconstitucional hasta la semana 24 de gestación, la congruencia exige que las motivaciones de dicha decisión expliquen las razones de dicha inconstitucionalidad. Sin embargo, para el conjuetz Ossa Santamaría -que acompañó la decisión de la Corte-, la inconstitucionalidad solo ocurre con la penalización hasta la semana 13 de gestación. Por lo tanto, no hay congruencia entre la motivación expresada y el voto manifestado.

Segundo, el Decreto 2067 de 1991 en su artículo 14 establece que se requiere de la mayoría relativa para la aprobación de los considerandos. En la sentencia C-055 de 2022, en particular la *ratio decidendi* se relaciona con las razones por las cuales la penalización hasta la semana 24 de gestación es inconstitucional. Sin embargo, como ya se evidenció para el conjuetz Ossa Santamaría la única inconstitucionalidad que se genera en este caso es la penalización del aborto hasta la semana 13 de gestación. Así las cosas, dado que los presentes en la toma de la decisión fueron ocho magistrados de la Corte Constitucional y un conjuetz, se requería de cinco votos favorables a los considerandos de la decisión. En particular respecto de la *ratio decidendi*, la sentencia C-055 de 2022 solo obtuvo cuatro votos, los de los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos y la Magistrada Diana Constanza Fajardo Rivera. La Corte Constitucional ya ha establecido que la consecuencia de la ausencia de la mayoría de los votos en relación con la *ratio decidendi* de una

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-209 de 2016 y T-079 de 2018.

<sup>6</sup> Corte IDH. Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126. Párrafo 74; Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206. Párrafo 47; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Pronina v. Ukraine (2006), párr. 25.

decisión es la nulidad de dicha decisión, por lo cual la validez de esta decisión quedó de entrada cuestionada.<sup>7</sup>

Tercero, la naturaleza del voto del conjuez Ossa Santamaría es en esencia un salvamento de voto y no una aclaración de voto. Lo anterior, como ya se ha venido exponiendo en tanto el conjuez en realidad no apoyó la decisión de los Magistrados Lizarazo, Reyes, Rojas y la Magistrada Fajardo, en relación con la inconstitucionalidad de la penalización del aborto hasta la semana 24. Así las cosas, o el voto en realidad es un salvamento de voto y en ese sentido la sentencia C-055 de 2022 no obtuvo la mayoría absoluta requerida por el artículo 14 del Decreto 2067 de 1991; o el voto del conjuez Ossa Santamaría es incongruente y debería ser nulo, caso en el cuál tampoco se alcanzaría la mayoría propuesta.

Estas discusiones sobre la congruencia y motivaciones de las decisiones de la Corte Constitucional son de la mayor relevancia para su legitimidad, especialmente en un asunto que genera tanta polarización en el país. Los colombianos están esperando fallos en derecho que gocen de transparencia por parte de esta Corte, por lo tanto, la oscuridad y dudas en las mayorías de la Corte Constitucional son especialmente problemáticas y no son un asunto meramente formal.

**18.** En suma, se advierte un escenario en el que se presentaron irregularidades que evidentemente vician la decisión adoptada por esta Corporación en la Sentencia C-055 de 2022, en los términos en que paso a resumir.

**19.** Primero, la elección del Conjuez se realizó con la finalidad desempatar la votación para aprobar o no el proyecto de fallo registrado por el Magistrado Lizarazo Ocampo en 2021 y que se votó el 20 de enero de 2022 registrándose el empate. Empero, el debate de la sesión del 21 de febrero de 2022 con presencia del Conjuez no se realizó respecto de dicha ponencia, sino sobre un documento resumen que el Magistrado Lizarazo había indicado que era “*adicional*” al proyecto inicial, en el cual había consignado una propuesta alternativa para declarar, como finalmente se decidió, la exequibilidad condicionada de la norma objeto de control de constitucionalidad bajo un sistema de plazos. Por consiguiente, el debate de la Sala Plena debió haberse dado respecto de la ponencia ya votada por los Magistrados, sin perjuicio de que, por decisión de la mayoría, hubiese podido cambiar el sentido de la determinación final. En otras palabras, el Conjuez excedió la naturaleza de su función al no haber dirimido el empate de la Sala Plena respecto del proyecto de fallo.

**20.** Segundo, en línea con lo anterior, la discusión de la sesión del 21 de febrero de 2022 en realidad transcurrió con una nueva ponencia, contenida en un

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-453 de 2019.

documento resumen que contenía las observaciones y comentarios realizados por los Magistrados que inicialmente respaldaron la inexecutable del artículo 122 del Código Penal. Ello limitó el proceso deliberativo del trámite de aprobación en la Sala Plena, dado que no se presentó al Conjuez un panorama integral del debate que se había realizado sobre este asunto y en tal virtud, no valoró las razones que justificaron la posición de los Magistrados que habíamos votado en contra de la ponencia inicial. Ello mucho menos fue posible siendo que en la sesión del 21 de febrero de 2022, el Conjuez realizó la presentación de su opinión en las primeras intervenciones de la sesión sin haber escuchado a los otros Magistrados cuyos argumentos no habían sido incluidos en el documento resumen que fue objeto de discusión.

**21.** Finalmente, se advierte que se generan dudas acerca de la mayoría que aprobó la Sentencia C-055 de 2022 pues, como se demostró previamente, las razones que justificaron la denominada “*aclaración de voto*” del Conjuez Ossa Santamaría realmente se refieren a un desacuerdo frente al condicionamiento de la executable incluido en la parte resolutive del fallo. De ahí que, esa manifestación constituye en verdad un salvamento parcial de voto, con lo cual, se desdibujan los supuestos cinco votos que aprobaron la decisión.

**22.** Esta Corporación ha señalado que en la práctica judicial se pueden dar escenarios en los que los Magistrados aclaren o salven su voto. Al respecto, ha precisado que:

*“La primera de ellas permite expresar la posición particular a aquellos participantes de la decisión que habiendo acompañado con su voto la totalidad de las resoluciones, discrepen total o parcialmente de la sustentación que las precede, mientras que la segunda, el salvamento de voto, es la que permite a los disidentes de la decisión explicar las razones por las cuales estuvieron en desacuerdo con aquella, según hubiere quedado planteado a partir de su voto negativo. Cabe agregar que resulta posible expresar un salvamento parcial, en aquellos casos en los que exista disenso solo frente a una parte de lo decidido, o simplemente salvamento (que en tal medida se asumiría como total) cuando quiera que no se comparta ninguna de las decisiones incorporadas en la providencia así aprobada.”<sup>8</sup>*

**23.** El salvamento de voto entonces recae sobre la decisión adoptada por la Corporación, esto es, su parte resolutive, mientras que la aclaración de voto se refiere a la sustentación de la decisión, es decir, a su parte motiva. En tal virtud, si el desacuerdo del Conjuez estuvo en el sistema de plazos fijado en el condicionamiento incluido en la parte resolutive, ello necesariamente supone que acompañaba la declaratoria de executable, pero no el condicionamiento en los términos en que fue incluido en la Sentencia C-055 de 2022. Por consiguiente, se está en presencia de un salvamento parcial así este se haya intitulado como una

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-345 de 2014 y Auto 293 de 2016.

simple aclaración de voto, pues los motivos del disenso no se limitaban a la fundamentación de la providencia.

## **B. La ineptitud de los cargos de la demanda exigía la inhibición de la Corte Constitucional**

24. Esta Corte Constitucional ha señalado que:

“el juicio de inconstitucionalidad implica la confrontación en abstracto del contenido de la disposición acusada y la norma Superior”, su cumplimiento le impone al demandante una carga de naturaleza sustancial: formular por lo menos un cargo concreto, específico y directo de inconstitucionalidad **contra la norma acusada**, que le permita al juez establecer si en realidad existe un verdadero **problema de índole constitucional** y, por tanto, una **oposición objetiva y verificable entre el contenido literal de la ley y la Carta Política**. Según lo ha expresado la jurisprudencia de esta Corte, la formulación de cargos indirectos e irrazonables, que no resulten atribuibles al texto de la norma que es citada en la demanda o que no se relacionen directamente con ella, impiden garantizar la validez del proceso de inconstitucionalidad en cuanto desconocen la finalidad de éste, **cual es la de realizar el control abstracto e impersonal de las leyes**”<sup>9</sup>. (Negrillas fuera del texto original)

25. Como fue señalado por algunos intervinientes, la demanda presentada en este proceso constitucional no incluye cargos de constitucionalidad, sino de conveniencia o de inoperancia de políticas públicas. En este sentido, tal y como lo señaló la Sentencia C-055 de 2022, los cargos relacionados con la presunta violación del derecho a la libertad de profesión u oficio y al principio del Estado laico son ineptos, por carecer de certeza, pertinencia, especificidad y suficiencia. Empero, no comparto las razones expuestas por la decisión respecto de los cargos relacionados con la violación del presunto derecho a la IVE, el derecho a la igualdad, el derecho a la libertad de conciencia y el derecho penal mínimo, los cuales, en mi criterio, también debieron ser declarados ineptos, por las razones que expondré a continuación.

***La Sala debió declarar la ineptitud de los cargos relacionados con la presunta violación del derecho a la IVE, del derecho a la salud y del derecho a la igualdad por resultar impertinentes***

26. Como señala el texto de la Sentencia, un cargo debe contener “**razonamientos de orden constitucional**, esto es, no basados en argumentos legales o doctrinarios, ni en acaecimientos particulares, hechos personales, vivencias propias, sucesos y ocurrencias reales o imaginarias, en las que supuestamente se hubiere aplicado o será aplicada la norma demandada, ni en

---

<sup>9</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-561 de 2002.

deseos personales, anhelos sociales del accionante o en su querer en relación con **una política social**” (negrillas fuera del texto original). Esto implica que debe evidenciarse una contradicción entre la norma demandada y la Constitución Política. La norma demandada, en este caso, es el artículo 122 del Código Penal.

27. En relación con los cargos de la presunta vulneración de los derechos a la IVE -derecho inexistente en el ordenamiento constitucional colombiano- y a la salud, la sentencia señala que “las demandantes sostienen que la inconstitucionalidad de la disposición demandada se deriva, entre otras razones, de la forma en que se mantiene la penalización del aborto, constituyéndose en el principal obstáculo para garantizar la IVE en los supuestos que dejaron de ser delito a partir de la Sentencia C-355” y agrega que “A su vez, advierten que la disposición acusada mantiene una medida que no sólo no facilita, ni promueve ni afirma, sino que obstruye el acceso al procedimiento de IVE como servicio de salud reproductiva que requieren todas las mujeres. Aunado a ello, las demandantes señalan que se trata de un componente del derecho a la salud –reproductiva– y que se erige como una garantía fundamental para la realización de todos sus demás derechos humanos.”

28. Como se evidencia, los cargos de constitucionalidad se relacionan con la inadecuada aplicación del sistema de salud respecto de conductas ya despenalizadas por la sentencia C-355 de 2006. En tal virtud, los cargos no se refieren a la inconformidad del artículo 122 del Código Penal con la Constitución, sino a las presuntas barreras de la implementación de la sentencia C-355 de 2006. Estos argumentos se relacionan con la presunta inconveniencia de mantener el delito en el ordenamiento jurídico por, en las palabras de las demandantes, mantener barreras. Así las cosas, es un argumento de inconveniencia y no de constitucionalidad, por lo que es impertinente.

29. Sobre el derecho a la salud, se presentan otros argumentos relacionados con la imposibilidad de acceso a los servicios médicos que podrían ser pertinentes en materia de una acción de constitucionalidad, pero en todo caso configuran una cosa juzgada constitucional -como se verá más adelante-.

30. En relación con el derecho a la igualdad, la Sentencia reconoce que en la demanda se alegó “que el artículo 122 del Código Penal, aunque se muestra neutral en su texto, genera una discriminación indirecta a tales grupos de personas, pues las impacta de una manera diferente, evidentemente más desproporcionada, que a la generalidad de las mujeres a las que identifica como sujetos activos de la conducta de aborto consentido. Lo anterior, por cuanto la situación particular de estas mujeres las expone **en mayor medida a la práctica de abortos inseguros** que ponen en grave riesgo sus derechos a la salud y a la vida, así como a múltiples barreras de acceso al procedimiento de IVE”.

**31.** Así, la demanda fundamenta el alegato de discriminación indirecta en: (i) el desconocimiento de las mujeres migrantes del ordenamiento jurídico colombiano<sup>10</sup>, (ii) las mayores tasas de desnutrición, inadecuados servicios de salud y violencia sexual<sup>11</sup>, y (iii) la solicitud de documentos especiales para el acceso a servicios de salud<sup>12</sup>. Todos los anteriores son importantes problemas que debe enfrentar la población migrante, pero por importantes que puedan ser, no se refieren a cuestiones de inconstitucionalidad, y sin duda no son asuntos que se solucionan con una sentencia de la Corte que despenalice el aborto. Para abordar estos problemas se requieren políticas públicas integrales, que de ninguna manera son competencia de la Corte Constitucional, en un estudio de constitucionalidad.

**32.** Por lo anterior, tanto el alegato de igualdad, como los relacionados con el presunto derecho a la IVE y el derecho a la salud son impertinentes, y debieron ser excluidos del análisis de fondo.

***La Sala debió declarar la ineptitud del cargo de violación a la libertad de conciencia por falta de especificidad***

**33.** Tal y como lo señala la Sentencia, el cargo de violación a la libertad de conciencia se presentó en dos perspectivas: una relacionada con el Estado laico, que fue declarada inepta; y, otra, con la libertad de conciencia de las mujeres que implica, según la decisión:

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

**34.** Como se evidenciará más adelante en el acápite sobre cosa juzgada, este alegato es esencialmente igual al relacionado con la autonomía personal presentado en las demandas decididas en la sentencia C-355 de 2006.<sup>13</sup> Es por esta apariencia de cambio del alegato que este pierde especificidad, ya que no se presenta la contradicción de la norma penal con los elementos de la libertad de conciencia, sino que se confunde la libertad de conciencia con la autonomía personal. Adicional a esta falta de especificidad, por no presentar la vulneración

---

<sup>10</sup> Demanda Causa Justa, pp. 91-100.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>12</sup> Ibidem, pp. 94 y 95.

<sup>13</sup> En esta oportunidad, la Corte estudió las demandas presentadas por los ciudadanos Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santanilla.

constitucional alegada, es importante llamar la atención sobre lo problemático y peligroso de este alegato, que en esencia desconoce por completo la humanidad del que está por nacer. De hecho, una de las expresiones de la demanda presentada incluía expresamente la siguiente afirmación en relación con el no nacido: “En suma, su calidad de ‘persona’ resulta decidida por la madre, es decir, por el sujeto que está en condiciones de hacerlo nacer como tal”<sup>14</sup>. En ese sentido, este cargo parte de la idea de que un tercero puede, en su conciencia, definir la personalidad jurídica de un ser humano, lo cual, además de carecer de especificidad, resulta abiertamente contrario a la teoría de los Derechos Humanos y a nuestra Constitución Política.

Por lo tanto, en mi opinión, este cargo debió ser declarado inepto por la Corte Constitucional.

***La Sala debió declarar la ineptitud del cargo de violación a los principios constitucionales del derecho penal por falta de certeza y pertinencia***

**35.** La demanda señaló que el artículo 122 del Código Penal debía ser declarado inconstitucional al no cumplir con las finalidades de la pena, por no prevenir la conducta y no tomar en consideración los elementos de la finalidad retributiva. Adicionalmente, incluyó un alegato sobre el no cumplimiento del principio del derecho penal como *ultima ratio*.

**36.** Contrario a lo señalado en la Sentencia, este cargo carece de certeza y pertinencia en tanto incluye discusiones que solo pertenecen a la política criminal del Estado. Vale la pena resaltar que en múltiples ocasiones, esta misma corporación ha señalado que con fundamento en el artículo 150 constitucional, las discusiones sobre la política criminal pertenecen al legislador y más precisamente al Congreso de la República que tiene la competencia constitucional de expedir el Código Penal<sup>15</sup>. Así las cosas, la conveniencia o eficiencia del tipo penal de aborto para cumplir con las finalidades de la pena resultan por completo impertinentes en un análisis de constitucionalidad. La Corte no tiene competencia alguna para evaluar en relación con todos y cada uno de los delitos que tanto han disminuido las conductas proscritas, puesto que no es órgano de evaluación de las políticas públicas del Estado, cuestión que sobrepasa las funciones que la Constitución le atribuye a la Corte Constitucional y afecta el principio de separación funcional y distribución del poder público. Por esta razón es que respecto de los tipos penales, esta Corte ha definido que los límites al margen de configuración del legislador en

---

<sup>14</sup> Demanda Causa Justa, p. 113.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-762 de 2002, C-025 de 2018 y C-107 de 2018.

materia de política criminal son: (i) la estricta legalidad,<sup>16</sup> (ii) la afectación de la dignidad<sup>17</sup> y, (iii) la afectación de derechos fundamentales en su núcleo esencial.<sup>18</sup>

**37.** Dado que lo cargos no sustentaron la afectación a ninguno de estos límites, sino que buscan la evaluación de la política criminal respecto del aborto, este cargo no da cuenta de las normas constitucionales vulneradas, ni de las razones por las que fueron vulneradas, sino que hace una valoración de conveniencia del tipo penal. Por lo tanto, en mi opinión, este cargo también debió ser declarado inepto.

### **C. Sobre la cosa juzgada constitucional**

**38.** En virtud del análisis antes planteado, se puede concluir que el único cargo que cumpliría con los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia sería el de la presunta vulneración del derecho a la salud, no por las llamadas barreras, sino en abstracto por la imposibilidad de acceder a un aborto en el sistema de salud fuera de las tres causales previstas en la Sentencia C-355 de 2006, lo cual podría implicar un riesgo para la salud en los abortos clandestinos. Sin embargo, respecto de este cargo, en mi opinión, la Sala debió mantener la cosa juzgada. Por lo tanto, la Sala no tenía competencia para analizar de fondo la demanda presentada en el marco del expediente D-13.956, ya que se configuraba el fenómeno de la cosa juzgada en relación con lo decidido en la Sentencia C-355 de 2006.

**39.** La cosa juzgada constitucional es una institución jurídico procesal que encuentra su fundamento en el artículo 243 de la Constitución y el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, mediante la cual se concede a las decisiones plasmadas en las sentencias un carácter “inmutable, vinculante y definitivo”.<sup>19</sup> De esta manera, “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”.<sup>20</sup>

**40.** Así las cosas, la Corte Constitucional ha establecido que esta figura es de gran relevancia para el ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que materializa el principio de seguridad jurídica.<sup>21</sup> En efecto, la cosa juzgada no solo garantiza que las controversias jurídicas no se extiendan indefinidamente,<sup>22</sup> sino que, adicionalmente, “se preserva la seguridad jurídica puesto que el referente es objetivo y previo. Además, se restringe el ámbito de un eventual segundo

---

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-121 de 2012.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-806 de 2002

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-939 de 2002 y C-203 de 2016.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001.

<sup>20</sup> Constitución Política de Colombia, Artículo 243.

<sup>21</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-022 de 2005.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

pronunciamiento de la Corte sobre la misma norma a lo juzgado en el primer fallo - lo cual no obsta para tener la sentencia anterior como precedente relevante - al mismo tiempo que se ejerce el control de constitucionalidad en lo que no había sido juzgado, lo cual es fundamental para asegurar la supremacía e integridad de la Constitución de manera plena y efectiva”.<sup>23</sup>

**41.** En la Sentencia C-055 de 2022 se recuerda el análisis que sobre la cosa juzgada constitucional se deriva de las sentencias integradoras (interpretativa, aditiva o sustitutiva) o que han declarado la exequibilidad condicionada de una norma. Señala que aun cuando el reproche se dirija en contra de la misma norma legal, es necesario contrastar el problema jurídico resuelto en el pasado con los cargos que serán objeto de análisis en esta oportunidad. Esto último, de acuerdo con el fallo, también supone examinar “*si existe identidad en la forma en que se abordó el estudio del caso y la solución adoptada.*” Adicional a lo anterior, se planteó que, sin perjuicio de la existencia de cosa juzgada constitucional, es posible realizar un nuevo control cuando se demuestre una modificación del parámetro de control, un cambio en el significado material de la Constitución y/o una variación del contexto normativo del objeto de control.

**42.** Para la mayoría de la Sala Plena en esta oportunidad no se configuraba cosa juzgada en el entendido que los cargos a analizar no habían sido, en estricto sentido, objeto de conocimiento en la Sentencia C-355 de 2006. De cualquier manera, señaló que en este evento el análisis de la cosa juzgada se flexibiliza atendiendo a que se configura un cambio en el significado material de la Constitución frente a la “*comprensión de la problemática constitucional que supone el delito del aborto consentido*”, así como una variación en el contexto normativo en el que se encuentra el artículo 122 del Código Penal.

**43.** A diferencia de lo señalado por el fallo, sin embargo, se advierte que sí existe identidad de objeto y de cargos, así como que, en esta oportunidad, no se acreditó ninguno de los supuestos que conforme a la jurisprudencia se permite flexibilizar la cosa juzgada, de conformidad con lo establecido por esta Corporación en la Sentencia C-007 de 2016.

**44.** Tal como lo ha señalado la Corte, la delimitación de la cosa juzgada en el control abstracto de constitucionalidad como principio superior contenido en la Carta Política, se da a partir de dos elementos: (i) el objeto de control o norma estudiada, y (ii) el cargo o cargos examinados frente al fondo del asunto. En este sentido, “*existirá cosa juzgada si un pronunciamiento previo de la Corte en sede de control abstracto recayó sobre la misma norma (identidad en el objeto) y si el*

---

<sup>23</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-382 de 2005.

*reproche constitucional planteado es equivalente al examinado en oportunidad anterior (identidad en el cargo). ”<sup>24</sup>*

45. Téngase presente que de conformidad con la Sentencia C-007 de 2016, la cosa juzgada puede ser formal y material, absoluta y relativa, relativa implícita y relativa explícita, o aparente.

	Tipología	Explicación
1	Formal	Recae sobre el objeto del control, y se configura cuando <i>“la decisión previa de la Corte ha recaído sobre un texto igual al sometido nuevamente a su consideración.”</i> <sup>25</sup>
	Material	Recae sobre el objeto de control, y existe cuando la Corte no examinó el mismo precepto normativo, pero ante la similitud de los contenidos normativos, las disposiciones producen iguales efectos jurídicos.
2	Absoluta	Se establece respecto del cargo de inconstitucionalidad analizado. Este se produce cuando <i>“la primera decisión agotó cualquier debate sobre la constitucionalidad de la norma acusada”</i> , <sup>26</sup> razón por la cual no se podrá realizar un nuevo examen de constitucionalidad.
	Relativa	Se determina a partir de los cargos de inconstitucionalidad abordado en la primera decisión. En efecto, si en la oportunidad anterior la Corte se pronunció acerca de la validez constitucional desde la perspectiva de algunos cargos.
3	Implícita	Esta categorización solamente aplica cuando se está en presencia de una cosa juzgada relativa en los términos descritos. Será implícita cuando la decisión anterior no hubiese incluido en la parte resolutive una mención acerca de respecto de qué cargos se predica el control de constitucionalidad abordado en la sentencia.
	Explícita	Esta categorización también solo aplica cuando se está en presencia de una cosa juzgada relativa. Será explícita cuando la parte resolutive de la providencia se refiere de forma expresa que la determinación de la Corte se restringe a los cargos analizados.
4	Aparente	Se produce en aquellos casos en los que <i>“la Corte, a pesar de adoptar una decisión en la parte resolutive de sus providencias declarando la exequibilidad de una norma, en realidad no ejerce función jurisdiccional alguna y, por ello, la cosa juzgada es ficticia.”</i> <sup>27</sup>

46. En el presente caso, se configura la identidad de objeto y de cargos, por lo que la Sentencia C-055 de 2022 desconoce que en esta oportunidad existe una **cosa juzgada**, en el entendido que se acredita una plena identidad de: (i) la norma acusada en el expediente D-13.956 con la que fue analizada por esta Corporación en la Sentencia C-355 de 2006, esto es, el artículo 122 del Código Penal; sobre el particular, no existe controversia alguna respecto a que en el presente trámite constitucional hay identidad de objeto y la norma demandada ahora es la misma

<sup>24</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2016. En el mismo sentido, véanse, Sentencias C-796 de 2014, SU-027 de 2016, C-219 de 2018 y C-039 de 2019.

<sup>25</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2016.

<sup>26</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2016.

<sup>27</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2016.

que la valorada en la C-355 de 2006; y, (ii) los cargos de la actual demanda con los asuntos abordados por esta Corporación en el año 2006. La decisión de la Corte expresa que no se configura la cosa juzgada en tanto no hay identidad de cargos; así, respecto del alegato de vulneración al derecho a la igualdad la sentencia establece que:

“201. Para la Sala no es posible evidenciar que el del pasado sea un cargo análogo al que actualmente se formula, por las siguientes tres razones: en primer lugar, **en el año 2006 la Corte no se pronunció** acerca de las obligaciones de cumplimiento y protección del Estado, de carácter positivo, para la garantía del derecho a la salud y los derechos reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes –según se deriva de los artículos 42 y 16 de la Constitución–, en particular, como consecuencia de la expedición de la Ley 1751 de 2015, estatutaria de Salud. En segundo lugar, **para dicho año no era posible que la Corte se pronunciara en cuanto a la obligación de respeto adscrita al derecho a la salud**, con base en las recomendaciones de descriminalización de la práctica del aborto emitidas por múltiples organismos de protección de derechos humanos –con independencia de su valor normativo–, ya que estas fueron posteriores a la expedición de la Sentencia C-355. En tercer lugar, a diferencia del año 2006, para la fecha, **la dualidad de la norma acusada –delito / no delito– impide valorar la condición de la IVE como un procedimiento adscrito a la salud** en los términos de la jurisprudencia constitucional, que ha considerado a los derechos sexuales y reproductivos como integrantes de este derecho fundamental –a la salud–, autónomo y justiciable de manera directa.” (Negrillas fuera del texto original)

**47.** Sin embargo, en mi opinión, esta postura incurre en un error fundamental en el análisis de la posible configuración de la cosa juzgada, pues esta figura no se analiza a partir de lo resuelto por la Corte, sino a partir de los alegatos presentados por la demanda,<sup>28</sup> y por eso, el elemento se denomina identidad de **cargos**. Así, la ausencia de análisis integral por parte de la Corte Constitucional en relación con los alegatos planteados, no implica la ausencia de identidad de cargos. En esta sección, la Corte debió analizar si las demandas en 2006 incluían los mismos alegatos que se presentaron en esta oportunidad, cuestión que resulta evidente en relación con el derecho a la salud. Así, del propio resumen realizado en la C-355 de 2006 se puede evidenciar que en dicho momento la Corte analizó la correspondencia del artículo 122 del Código Penal con la salud de las mujeres, no en relación con los casos extremos despenalizados, sino en general. Así se resumen los cargos presentados por la ciudadana Mónica Roa:

“La vida física, la integridad personal y la salud de la mujer pueden verse seriamente amenazadas por problemas en el embarazo y que corren un mayor peligro cuando el aborto es practicado en condiciones clandestinas, generalmente sin el cumplimiento de los protocolos médicos y las reglas de higiene. Esa realidad social es constitucionalmente relevante.

“La dimensión objetiva del derecho a la vida, le impone al estado la obligación de impedir que las mujeres mueran por causa de abortos inseguros. El derecho a la vida se entiende

---

<sup>28</sup> Corte Constitucional. Sentencias C-796 de 2014; C-492 de 2020; y, C-312 de 2017.

como el derecho fundamental por excelencia establecido en la Constitución. Se ha entendido que el derecho a la vida no sólo tiene una dimensión subjetiva de asegurar la vida sino que también comprende la obligación de otros de respetar el derecho a seguir viviendo o a que se anticipe su muerte.”

**48. La respuesta a dicho análisis, es que el delito resultaba constitucional, salvo en los casos extremos despenalizados.** No quiere decir, como se evidencia del extracto anterior que el cargo se presentara solo en relación de los casos despenalizados, sino que luego de analizar la presunta vulneración al derecho a la salud, la Corte encontró que la fórmula de despenalización por causales era la que permitía la constitucionalidad de la norma, en relación con el derecho a la salud. Por lo tanto, respecto del único cargo que cumplía con los requisitos de admisibilidad del trámite constitucional, se configura la cosa juzgada.

**49.** La posición mayoritaria de la Corte además incluye una serie de elementos que han surgido en el derecho internacional con posterioridad a la emisión de la sentencia C-355 de 2006, así como la ley estatutaria de salud. Sin embargo, la adición de fuentes a un cargo de constitucionalidad no transforma el cargo, pues el cargo sigue siendo el mismo, esto es, la presunta vulneración al derecho a la salud. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio de que por lo demás, las fuentes nuevas son meras recomendaciones de órganos internacionales que no son vinculantes para el Estado, y en ese sentido, no hacen parte del bloque de constitucionalidad.

**50.** En este sentido, discrepo de la existencia de una supuesta cosa juzgada formal, relativa e implícita, toda vez que se advierte una coincidencia total en el contenido material abordado por la Corte en el año 2006, respecto de los cargos de la demanda que fueron objeto de análisis por la Sala Plena en el expediente D-13.956. Para demostrar esta afirmación, además, a continuación, se realizan algunos cuadros comparativos sobre el contenido de los cargos que fueron examinados por esta Corporación en la Sentencia C-055 de 2022, respecto de los asuntos abordados en su momento en la Sentencia C-355 de 2006. Se realiza cada cuadro de acuerdo con el tema de los cuatro cargos que fueron considerados aptos en esta oportunidad por la mayoría de la Sala Plena, y luego expongo las razones por las que se considera que existe coincidencia con lo que fue tratado en el año 2006.

Cargo	Sentencia C-355 de 2006	Sentencia C-055 de 2022
<b>Derecho a la salud y derechos reproductivos</b>	En el fundamento jurídico 7 de la providencia se realizó un extenso pronunciamiento acerca de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, así como sobre diferentes garantías constitucionales asociadas a la interrupción voluntaria del embarazo.	Las accionantes alegaban esencialmente la presunta violación del derecho a la salud, a los derechos reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 16, 42 y 49, y el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo. Todo esto desde una óptica de igualdad en el acceso a la salud reproductiva.

	De igual forma, en el fundamento jurídico 8.3 se expusieron los derechos a la vida, a la salud y a la integridad de las mujeres y, entre otros asuntos propios del derecho a la salud, se abordó la salud reproductiva de las mujeres.	De acuerdo con esta providencia, el cargo no es análogo en tanto que con posterioridad a la primera providencia se han proferido algunos instrumentos y pronunciamientos de órganos internacionales que han establecido obligaciones en torno al derecho a la salud y derechos reproductivos de las mujeres, frente a los cuales la Corte no se ha pronunciado anteriormente.
--	--	---

**51.** Con el debido respeto, me aparto de la aproximación que se plantea en esta sentencia. Como se advierte del cuadro anterior, en dos apartes de la Sentencia C-355 de 2006, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 122 del Código Penal respecto de los derechos a la salud y los derechos reproductivos de las mujeres.

**52.** La explicación dada relativa a la posibilidad de que la Corte se pronuncie en torno a obligaciones del Estado frente a la garantía del derecho a la salud y a los derechos reproductivos de mujeres y niñas, no demuestra que los asuntos que se deben analizar en ambos casos sean disímiles. Por el contrario, en las dos providencias se hace referencia a la protección del derecho a la salud reproductiva de las mujeres. El argumento planteado en la Sentencia C-055 de 2022 parecería estar encaminado más bien a una posibilidad de flexibilizar la cosa juzgada por el cambio de significado material de la Constitución o del contexto normativo, pero no permite acreditar una distinción cardinal entre los dos temas.

Cargo	Sentencia C-355 de 2006	Sentencia C-055 de 2022
<b>Derecho a la igualdad</b>	El fundamento jurídico 7 del fallo se refiere ampliamente a la falta de garantías que han tenido las mujeres para lograr la igualdad real, pues las mujeres han sido víctimas históricamente de discriminación. Adicionalmente, en las demandas se planteó que las mujeres de bajos recursos y las madres cabeza de familia pueden encontrarse en circunstancias de mayor vulnerabilidad frente al resto y que ello puede significar circunstancias mayores de vulnerabilidad.	Desconocimiento del principio de igualdad de las mujeres en especial situación de vulnerabilidad y situación migratoria irregular.  De acuerdo con la sentencia este es un asunto que no fue tratado de ninguna forma en la Sentencia C-355 de 2006. Por ello, siguiendo la línea de argumentos presentada en la demanda, era necesario pronunciarse sobre la norma en lo relativo a las barreras estructurales de acceso que tiene esta población al procedimiento de IVE, en la medida en que la norma accionada no afecta a todas las mujeres por igual.

**53.** Estimo que la Sentencia C-055 de 2022 parte de una afirmación incorrecta en tanto que señala que “*en la Sentencia C-355 de 2006, la Corte no analizó ningún reparo relacionado con el presunto desconocimiento del derecho a la igualdad*”. Tal como se explica en el anterior cuadro, en el fundamento jurídico número 7, la providencia sí reconoció la discriminación de la que han sido víctimas las mujeres para lograr la materialización de una igualdad real, incluso, ello se relaciona con uno de los argumentos de las demandas que dieron lugar a ese proceso de control abstracto de constitucionalidad relativo a las dificultades que enfrentan especialmente las mujeres de bajos recursos y las madres cabeza de

familia. Entonces, si bien en la demanda que dio lugar a esta sentencia se refiere a un asunto relativo a la afectación de las mujeres en situación migratoria irregular, no es claro cómo la valoración particular de estas mujeres se excluye del examen realizado por la Corte en el año 2006 sobre las mujeres en situación de vulnerabilidad.

Cargo	Sentencia C-355 de 2006	Sentencia C-055 de 2022
<b>Libertad de conciencia</b>	En el fundamento jurídico 8.2 se desarrolla lo relativo al alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en el cual se condensa <i>“la libertad in nuce (...) [que] se trata por lo tanto del derecho a la libertad general de actuación, que comprende no sólo los específicos derechos de libertad consagrados por la Constitución (libertad de cultos, de conciencia, de expresión e información, libertad de escoger profesión u oficio, libertades económicas, etc.) sino también el ámbito de autonomía individual no protegido por ninguno de estos derechos.”</i> <sup>29</sup>	La demanda se refiere a una supuesta afectación de la libertad de conciencia consagrado en el artículo 18 de la Constitución, en el sentido que el artículo 122 del Código Penal obliga a las mujeres a actuar conforme a circunstancias contrarias a su conciencia y autodeterminación.  En la providencia se advierte que el parámetro de control en esta oportunidad es distinto en tanto que en la Sentencia C-355 de 2006 se hizo referencia al derecho al libre desarrollo de la personalidad dispuesto en el artículo 16 de la Constitución.

**54.** Contrario a lo planteado en la sentencia, cabe observar que existe unidad en el objeto de control de constitucionalidad también en este punto, ya que tal como se desprende de la cita realizada en el anterior cuadro, es claro que la Corte Constitucional en el año 2006 no limitó su examen al contenido dispuesto en el artículo 16 de la Constitución, sino a varias otras garantías constitucionales que necesariamente se encuentran involucradas en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Si bien muchas de esas otras garantías, como la libertad de conciencia, están plasmadas en otras disposiciones de la Constitución, el hecho que no se hubiese realizado una referencia expresa al número del artículo, no implica que el control de constitucionalidad hubiese excluido esa libertad constitucional que se interrelaciona y fue mencionada por la Corte en el año 2006.

**55.** Tal como lo ha explicado esta Corporación en su jurisprudencia, el derecho al libre desarrollo de la personalidad se articula con varias otras libertades o garantías superiores. En la Sentencia C-336 de 2008, la Corte Constitucional indicó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad *“conocido también como derecho a la autonomía e identidad personal, que busca proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional. Así, puede afirmarse que este derecho de opción comporta la libertad e independencia del individuo para gobernar su propia existencia y para diseñar un modelo de personalidad*

<sup>29</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006.

**conforme a los dictados de su conciencia, con la única limitante de no causar un perjuicio social.**” (énfasis propio)

56. De igual manera, en la Sentencia SU-108 de 2016, al determinar el contenido de la libertad de conciencia se indicó que esta garantía se enmarca también en el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Al respecto, indicó:

*“La forma abierta en que el constituyente concibió la libertad de conciencia y el consecuente derecho de objeción, esto es, la garantía de que nadie puede ser obligado a actuar en contra de su conciencia, plantea entre otros, el dilema de si esta salvaguarda lleva consigo el derecho de objetar el cumplimiento de un deber jurídico por razones de orden ético o moral. // En efecto, el enfrentamiento entre los dictados de la conciencia individual y los imperativos de la norma positiva es cada vez más frecuente en una sociedad pluralista, que además defiende la autonomía personal, el libre desarrollo de la personalidad.”* (énfasis no corresponde al texto original)

57. Así pues, no parecería acertado que la única referencia que realiza la Sentencia C-355 de 2006 a la libertad de conciencia tiene que ver la objeción de conciencia en cabeza de los profesionales de la salud que deben practicar el procedimiento de la IVE. Por el contrario, atendiendo a esta lectura sistemática y articulada del derecho al libre desarrollo de la personalidad, respetuosamente considero que no habría lugar a indicar que el parámetro de control que sobre este asunto planteó la Corte en el año 2006 no incluía el derecho a la libertad de conciencia dispuesto en el artículo 18 de la Constitución.

Cargo	Sentencia C-355 de 2006	Sentencia C-055 de 2022
<b>Finalidad constitucional de prevención general de la pena y la ultima ratio del derecho penal</b>	<p>Uno de los asuntos examinados como parte del control de constitucionalidad fueron los límites en el ejercicio de la libertad de configuración del Legislador debido a las particularidades que en este ámbito surgen en materia penal. Como elementos de juicio para tal efecto, se analizaron varios de los asuntos mencionados en los cuadros comparativos anteriores.</p> <p>En su gran mayoría, el fallo desarrolla los supuestos a partir de los cuáles debe leerse la libertad de configuración del Legislador para este tipo de cuestiones, y la concepción del derecho penal como <i>última ratio</i>. Al respecto se encuentra, por ejemplo, el fundamento jurídico 9.</p>	<p>En la demanda se plantea una supuesta violación a la finalidad constitucional de prevención de la pena y el mecanismo de la <i>ultima ratio</i>, que se examinan a la luz del preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Constitución.</p> <p>La Sentencia señala que aun cuando “<i>existen algunas similitudes entre este cargo y algunos aspectos tratados en la Sentencia C-355 de 2006, no es posible inferir que la problemática constitucional que ahora se plantea se hubiese resuelto en la citada sentencia.</i>” Específicamente, dado que (i) “<i>no se valora el fin de prevención general de la pena -relacionado, en particular, con la falta de idoneidad de la disposición para proteger de manera eficaz la vida en gestación-</i>”; y (ii) “<i>la Sentencia C-355 de 2006 solo se refiere en una ocasión a la expresión ultima ratio –como se indicó supra–, y únicamente para brindar una contextualización general acerca de esta exigencia, sin que tenga el alcance que en esta ocasión le asignan las demandantes, asociado al carácter subsidiario de las sanciones penales que exige, antes de acudir al poder punitivo del Estado, recurrir a otros controles menos lesivos</i>”</p>

		<p><i>para lograr un estándar análogo de amparo que aquel que brinda el ejercicio del derecho penal, y más respetuosos con los derechos de las mujeres.”</i></p> <p>Adicionalmente, ponen de presente que el cargo propuesto por las accionantes en esta oportunidad incluye como parte del objeto de control el condicionamiento que se realizó a la norma en la Sentencia C-355 de 2006.</p>
--	--	--

**58.** Sin perjuicio de los respetables argumentos planteados en la providencia, no era posible realizar un nuevo control de constitucionalidad sobre este cargo, en tanto que la función de la prevención general y el derecho penal como *ultima ratio* fue uno de los fundamentos jurídicos que sirvió de sustento para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal. En el fundamento jurídico 9 de la Sentencia C-355 de 2006 se hace referencia a los criterios que determinan la constitucionalidad de la política criminal, dentro de los cuales se hizo referencia a la *ultima ratio*, y la necesidad de acudir a instrumentos de prevención, disuasión, atención y solución de conflictos antes de acudir al *ius puniendi*. Con base en estas consideraciones, es que se indica en el numeral 9.3 que se pasa a “*revisar a la constitucionalidad de la penalización de la interrupción voluntaria de la gestación tal como está consagrada en la ley penal*”.

**59.** En esa medida, realizar un nuevo examen de constitucionalidad sobre el artículo 122 del Código Penal bajo el cargo de la finalidad de prevención general y de *ultima ratio* del derecho penal desconoce la figura de la cosa juzgada constitucional. Sobre todo, cuando del análisis de fondo de este cargo resulta en un nuevo condicionamiento de la norma como se señala en la parte resolutive de la Sentencia C-055 de 2022, el cual, no tiene un carácter complementario a los tres escenarios en los que se había despenalizado el aborto en la Sentencia C-355 de 2006, sino que lo modifica para hacer más amplio el ámbito de aplicación de la disposición.

**60.** En suma, se tiene que los cargos que fueron analizados por la Sala Plena ya habían sido estudiados por esta Corporación cuando valoró la constitucionalidad del artículo 122 del Código Penal en la Sentencia C-355 de 2006 y decidió declarar su exequibilidad condicionada. Por ello, la Corte tendría que haberse estado a lo resuelto en la Sentencia C-355 de 2006.

#### **D. Inexistencia de causales de debilitamiento de la cosa juzgada constitucional**

**61.** La mayoría de la Sala Plena también justificó el examen de fondo sobre esos cuatro cargos, de manera contradictoria, bajo el argumento que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, se configuraban dos supuestos para **flexibilizar o enervar la cosa juzgada**. Tal como lo ha descrito esta Corporación, flexibilizar

la cosa juzgada es una posibilidad estrictamente excepcional, dada la relevancia que tienen los intereses jurídicos que se buscan proteger con dicho instituto jurídico procesal. Se genera la duda frente a si la falta de coincidencia entre los asuntos tratados en uno y otro fallos era supuestamente claro, como se intenta plantear en la Sentencia C-055 de 2022 ¿por qué era necesario evidenciar de manera adicional que se requería una flexibilización de la cosa juzgada?

**62.** La posición mayoritaria de la Corte consideró que existían fundamentos para el debilitamiento de la cosa juzgada constitucional. Sin embargo, a continuación presentaré las razones por las cuales considero que: *(i)* no hubo variación en el significado material de la constitución; *(ii)* no hay un nuevo contexto normativo que modifique el régimen jurídico del aborto voluntario como delito; y, *(iii)* se dio una incorrecta aplicación de criterios de levantamiento de la cosa juzgada constitucional.

***No hubo ninguna variación en el significado material de la Constitución en relación con el aborto con consentimiento***

**63.** En los fundamentos 228-244, la posición mayoritaria consideró que hubo un cambio en el significado material de la Constitución en relación con el aborto con consentimiento debido a cuatro fenómenos: *(i)* la transformación jurisprudencial que ahora considera el derecho a la salud como uno con carácter fundamental, a partir de las sentencias T-760 de 2008, C-313 de 2014 y T-361 de 2014, todas posteriores a la Sentencia C-355 de 2006, respecto de las cuales se debía realizar una nueva lectura del artículo 122 del Código Penal; *(ii)* la supuesta ampliación de la comprensión del aborto con consentimiento que ha alcanzado la Corte Constitucional, que ahora identifica barreras y déficits de protección en perjuicio de las mujeres que se quieren practicar un aborto; *(iii)* documentos internacionales de “distinto valor normativo” que han propuesto la despenalización del aborto más allá de las tres causales; y, *(iv)* una mayor precisión de la Corte Constitucional para abordar en su jurisprudencia la violencia de género.

**64.** De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los cambios del significado material de la Constitución o en la comprensión de los mandatos relevantes, consisten en “la comprensión de la Carta Política como un texto evolutivo o viviente. Esta hipótesis no depende [...] de la incorporación o reincorporación formal de normas al bloque de constitucionalidad, sino [de] la manera en que la comprensión de las reglas y principios constitucionales cambia en el tiempo”.<sup>30</sup> No obstante, son cambios sociales, políticos o económicos

---

<sup>30</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-233 de 2021. Fundamento 141.

significativos los que producen ajustes en el significado material de la Constitución.<sup>31</sup>

**65.** Al respecto, destaco que fue la misma Corte Constitucional la que produjo los fenómenos *i*, *ii*, y *iv* a los que hace referencia como razones que evidencian el cambio en el significado material de la Constitución o en los mandatos relevantes. Los fenómenos *i*, *ii*, y *iv* son jurisprudenciales, y se inscriben dentro del ámbito jurídico, por lo que no justifican que la Constitución cambie su significado para adaptarse a una realidad social, política o económica *significativamente* nueva. En consecuencia, los fenómenos *i*, *ii*, y *iv*, al no constituir ni evidenciar un cambio social, político o económico significativo, no fundamentan en ninguna medida cambio alguno en el significado material de la Constitución.

**66.** Lo contrario, sería como habilitar a esta Corte a modificar el significado de la Constitución y así auto habilitarse para pronunciarse sobre asuntos que ya hacen parte de la cosa juzgada. Este argumento además de circular, en tanto la Corte Constitucional resultaría competente para volverse a pronunciar de un asunto, por cuanto la misma Corte modificó la jurisprudencia para habilitarse, resulta riesgoso para la separación funcional y la distribución del poder público, la seguridad jurídica y la legitimidad de la propia Corte.

**67.** En efecto, a diferencia de lo expuesto, este asunto no representa un cambio sustancial en el entendimiento material de la Constitución. Por el contrario, las Sentencias T-760 de 2008, C-313 de 2014 y T-361 de 2014, todas posteriores a la Sentencia C-355 de 2006, son el resultado de la línea jurisprudencial que había venido desarrollando esta Corporación en torno al derecho a la salud, dada la conexidad que este tiene con otras garantías superiores como la dignidad humana, y la vida digna de las personas. Incluso, antes de que se profiriera la Sentencia C-355 de 2006, esta Corporación ya había entendido que el derecho a la salud podía entenderse como fundamental autónomo, y no solo en virtud de la conexidad con el derecho a la vida digna.<sup>32</sup>

**68.** En efecto, esta Corporación protegió de forma incansable a través de la acción de tutela el derecho a la salud por estar en conexidad con la vida digna.<sup>33</sup> En algunas providencias, se identificaba como una garantía fundamental por conexidad.<sup>34</sup> Igualmente, antes de que se profiriera la Sentencia C-355 de 2006, la Corte indicó que “*el derecho a la salud tiene carácter fundamental de manera autónoma, cuando existen regulaciones que generan un derecho subjetivo a recibir las prestaciones y los medicamentos allí definidos. De esta manera, ha*

---

<sup>31</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-233 de 2021. Fundamentos 139-142.

<sup>32</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-859 de 2003 y T-1313 de 2005

<sup>33</sup> Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-1228 de 2005, T-060 de 2006 y T-099 de 2006.

<sup>34</sup> Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-1123 de 2005.

*señalado esta Corporación que el derecho a la salud es vulnerado cuando puede constatarse el incumplimiento de esas normas.*<sup>35</sup>

**69.** Para este momento, los organismos internacionales como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas también habían establecido que el derecho a la salud era fundamental.<sup>36</sup> Este instrumento sirvió como criterio hermenéutico de la Sentencia T-859 de 2003 en el que se estableció el carácter fundamental autónomo que podía tener tal garantía constitucional para ser protegida por vía de tutela.

**70.** De lo anterior se desprende claramente que el desarrollo jurisprudencial que se dio con las Sentencias T-760 de 2008, C-313 de 2014 y T-361 de 2014 tuvo lugar en el desarrollo lógico que bajo los parámetros constitucionales debía darse respecto del derecho a la salud como una garantía fundamental y autónoma en sí mismo. En esa medida, tales decisiones no se traducen en una variación sustancial significativa sobre la relevancia que ya tenía este derecho en la Constitución de 1991. Lo decidido en las precitadas providencias fue una consecuencia razonable y necesaria en el ámbito de desarrollo de la técnica constitucional que con los años la Corte Constitucional fue precisando.

**71.** Por otro lado, el fenómeno *iii* tampoco fundamenta en forma alguna el cambio del significado material de la Constitución por tres razones:

*Primero*, porque si el significado de la Constitución debe “evolucionar” para, como un texto “viviente”, sobrevivir a todos los pronunciamientos de órganos internacionales, entonces no habría supremacía constitucional sino supremacía de pronunciamientos y estudios de órganos o expertos internacionales.

*Segundo*, porque, al igual que los fenómenos *i*, *ii*, y *iv*, el fenómeno *iii*, varios pronunciamientos de órganos o expertos internacionales –como los relatores de Naciones Unidas– no constituyen ni implican un cambio social, político o económico *significativo* que justifique un cambio del significado material de la Constitución. Mucho menos, en la medida en la que ninguno de los pronunciamientos que referenció la Corte Constitucional en el fundamento de derecho 236 de la sentencia es un instrumento vinculante de derecho internacional para Colombia.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1313 de 2005.

<sup>36</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación 14, 11 de agosto de 2000. “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) // 1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. (...)”

<sup>37</sup> De hecho, la propia Corte Constitucional sostuvo: “Si bien, **este tipo de documentos no tienen un carácter vinculante per se** [...]” (añado énfasis).

*Tercero*, porque, incluso si la Corte asumiera –equivocadamente– que pronunciamientos de órganos y expertos internacionales implican un cambio social, político y económico significativo, no podría considerar que, automáticamente, eso implica que el supuesto cambio ocurrió en Colombia. El control de constitucionalidad en Colombia no se basa en la sociedad, en la política o en la economía de otros países, porque la competencia de la Corte Constitucional únicamente abarca Colombia. En consecuencia, esos pronunciamientos de órganos y expertos internacionales no ofrecen ningún indicio de cambios que justifiquen el cambio del significado material de la Constitución colombiana-.

Por último, lo que sí se evidencia de encuestas recientes, en especial de la de Invamer de este año, es que la ciudadanía colombiana rechaza en más de un 80% la despenalización del aborto hasta la semana 24 de gestación.<sup>38</sup> Por lo que parece que, socialmente, para la ciudadanía el aborto sigue siendo una conducta reprochable que puede ser abordada a través del derecho penal.

***No existe un nuevo contexto normativo que modifique el régimen jurídico del aborto voluntario como delito***

**72.** En los fundamentos de derecho 245-257, la Corte Constitucional consideró que un cambio en el contexto normativo ocurre cuando, por una parte, las autoridades competentes expiden una norma que ya juzgó la Corte Constitucional, posteriormente, en un contexto normativo distinto. O cuando, por otra parte, la disposición mantiene su contenido formal, pero las autoridades competentes modifican el ordenamiento en el que se inscribe, por lo que el contenido material de la disposición –sin ninguna modificación formal– cambia.

**73.** En todo caso, la mayoría de la Corte consideró que el cambio en el contexto normativo justifica una nueva valoración constitucional, esta vez, con el propósito de evitar que la disposición produzca efectos inconstitucionales cuando se integre en el nuevo contexto normativo.

**74.** Según la C-055 de 2022, el contexto normativo del tipo penal del aborto cambió debido a cinco fenómenos: *(i)* la expedición de la Ley Estatutaria de Salud en 2015, el nuevo contexto de aseguramiento en salud y el paso del derecho fundamental a la salud por conexidad con la vida, al derecho fundamental a la salud autónomo e irrenunciable con dimensiones individual y colectiva; *(ii)* la emisión de pronunciamientos de órganos y expertos internacionales en relación con la supuesta necesidad de despenalizar el aborto como una medida para garantizar los derechos sexuales y reproductivos, y para combatir la violencia

---

<sup>38</sup> Tendencias *El Tiempo*. (4 de marzo de 2022). Encuesta de Invamer: mayoría rechaza el aborto hasta las 24 semanas. *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/encuesta-invamer-aborto-hasta-24-semanas-rechazado-por-mayoria-655939>

contra la mujer; *(iii)* el cambio de sentido que la política criminal dio a la proporcionalidad y los fines de la pena, a través de la información que suministró la Comisión Asesora de Política Criminal, los datos de la Fiscalía General de la Nación sobre la judicialización del delito de aborto en Colombia entre 1998 y 2019, y el proyecto de ley de la misma Fiscalía para despenalizar parcialmente el aborto consentido; *(iv)* la expedición de la Ley 1257 de 2008 con el fin de cumplir compromisos internacionales sobre la libertad, la autonomía y la salud sexual y reproductiva; y, *(v)* el proceso de evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con los derechos de las mujeres a la salud sexual y reproductiva, y la eliminación de barreras estructurales de acceso de las mujeres a esas garantías superiores. En mi opinión, esta interpretación de la mayoría de la Corte también es infundada.

**75.** Lo anterior, dado que el fenómeno *i)* no justifica un nuevo pronunciamiento de la Corte en relación con el delito de aborto. En efecto, en lo que se refiere a la Ley 1751 de 2015 en materia de la garantía del derecho a la salud, lo cierto es que no se demostró cómo su expedición configura un entendimiento distinto de las normas en las que se aplica el artículo 122 del Código Penal. Esta ley de carácter estatutario tiene como finalidad regular el derecho a la salud consagrado en la Constitución de 1991, sin que de sus normas se desprenda claramente cuáles son los cambios en el ordenamiento jurídico, de manera que pueda resultar en la discutible conclusión de flexibilizar una institución fundamental como la cosa juzgada constitucional.

**76.** Para que un cambio en el contexto normativo debilite la cosa juzgada constitucional –con la trascendencia que ese debilitamiento tiene–, el cambio debe ser relevante, es decir, tener un impacto sobre la disposición acusada. De lo contrario, la cosa juzgada constitucional sería una figura jurídica irrelevante, pues cualquier cambio del ordenamiento en el que se insertan las disposiciones que la Corte Constitucional analiza podría generar infinidad de pronunciamientos de este Alto Tribunal.

**77.** La Corte consideró en la Sentencia C-355 de 2006 que el derecho a la salud era fundamental por su conexidad con el derecho a la vida, y, ahora, la jurisprudencia constitucional y la ley coinciden en el carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud en sus dimensiones individual y colectiva.

**78.** No obstante, la Sentencia C-055 de 2022 no explicó cómo la cosa juzgada de la Sentencia C-355 de 2006 genera –si es que lo hace– resultados inconstitucionales frente al carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud; ni mucho menos aclaró por qué solo advirtió ese cambio del contexto normativo hasta 2022, mucho tiempo después de que la jurisprudencia de esta Corporación reconoció que el derecho a la salud es fundamental y autónomo.

Incluso cuando en 2020, la Corte se declaró inhibida para conocer del delito de aborto existiendo ya este “cambio” en el contexto normativo.<sup>39</sup>

**79.** El fenómeno *ii*) no constituye ni implica ningún cambio en el contexto normativo colombiano por una razón: ninguno de los pronunciamientos de órganos o expertos internacionales que la Corte Constitucional referenció tienen carácter normativo en estricto sentido. La Corte, erróneamente, hizo ceder la cosa juzgada constitucional ante documentos internacionales que no tienen carácter vinculante y que, en todo caso, no disponen de una obligación para Colombia de despenalizar el aborto hasta la semana 24 de gestación.<sup>40</sup>

**80.** En concreto, las recomendaciones de los organismos internacionales no suponen un cambio en el contenido de las normas. Más allá de los llamados que esto representa para las Ramas Legislativa y Ejecutiva con el fin de que adopten las medidas que correspondan en el marco de su libertad de configuración normativa, ese tipo de circunstancias no se traducen en una modificación del ordenamiento ni de su entendimiento.

**81.** No es posible admitir que la Corte haya incluido el fenómeno *iii*) como fundamento del cambio normativo. Lo más elemental para el ejercicio del derecho es el conocimiento de las fuentes jurídicas y su carácter obligatorio. Por eso, me sorprende que la mayoría haya considerado como parte de un supuesto cambio en el contexto normativo varios informes de la Comisión Asesora de Política Criminal y de la Fiscalía General de la Nación y un proyecto de ley (Proyecto No. 209 de 2016, Cámara de Representantes).

**82.** Si solo en gracia de discusión se aceptara que informes y proyectos de ley hacen parte del contexto normativo colombiano, la Corte Constitucional debía entonces incluir -como parte del cambio en el contexto normativo colombiano- un sinnúmero de informes e intervenciones ante distintas autoridades que muestran los efectos perjudiciales del aborto en la salud y en la vida de las madres y de sus hijas e hijos en gestación, así como los proyectos de ley para proteger la vida humana antes del nacimiento.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-088/2020. *Decisum*.

<sup>40</sup> Clínica Jurídica de Interés Público y de Derechos Humanos. Intervención ciudadana ante la Corte Constitucional de noviembre 12 de 2020. Expediente 13.956. <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=22681>

<sup>41</sup> Proyecto de Ley 161/2021C. Por medio del cual se modifica el artículo 11 del capítulo I del título II de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones, titulado “derecho a nacer”. Cámara de Representantes - Comisión Primera Constitucional Permanente. <https://www.camara.gov.co/derecho-a-nacer>; Proyecto de Ley 140 de 2020. “Por medio de la cual se modifican los artículos 90 y 93 de la Ley 84 de 1873 y se dictan otras disposiciones”. <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/cuatrenio-2018-2022/2020-2021/article/140-por-medio-de-la-cual-se-modifican-los-articulos-90-y-93-de-la-ley-84-de-1873-y-se-dictan-otras-disposiciones> .

**83.** En todo caso, en cuanto a la revaloración de la proporcionalidad y los fines de la pena en el marco de la política criminal del Estado a partir de la citada información suministrada por la Comisión Asesora de Política Criminal, la Fiscalía General de la Nación y la iniciativa legislativa para despenalizar el aborto consentido (Proyecto de Ley 209 de 2016, Cámara de Representantes), considero que se mencionan aspectos que exceden el papel del juez constitucional en el ámbito del control abstracto de constitucionalidad. Estos son asuntos de política que atañen tanto a la Rama Legislativa como a la Rama Ejecutiva.

**84.** El fenómeno *iv*) consiste en la expedición de la Ley 1257 de 2008, con el objeto de “garantizar para todas las mujeres una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado, el ejercicio de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico interno e internacional, el acceso a los procedimientos administrativos y judiciales para su protección y atención, y la adopción de las políticas públicas necesarias para su realización”.

**85.** La expedición de la Ley 1257 de 2008<sup>42</sup> supone un desarrollo por parte del Legislador con el fin de promover la prevención y sanción de las formas de violencia y discriminación contra la mujer. Ello simplemente materializa un mandato constitucional de proteger especialmente a la mujer, sin que dicho avance legislativo pueda concebirse como un cambio en el entendimiento constitucional de las normas en el marco de las cuales se interpreta el artículo 122 del Código Penal.

**86.** La Corte Constitucional, no obstante, no explicó por qué la cosa juzgada de la sentencia C-355 de 2006 riñe con las disposiciones de la Ley 1257 de 2008, ni por qué la permanencia de esa cosa juzgada junto con la Ley 1257 implica consecuencias inconstitucionales.

**87.** Además, a pesar de que la Corte ha tenido más oportunidades para pronunciarse sobre el delito de aborto en años pasados, no propuso ningún motivo por el que, en casi 14 años de vigencia de la Ley 1257 de 2008, no advirtió los efectos constitucionales de la sentencia C-355 de 2006, sino solo hasta ahora. Esto resulta especialmente preocupante en el entendido que la Ley 1257 de 2008 en ninguno de sus acápite tiene por objeto regular el aborto, y en ese sentido es inadmisibles que la Corte tome cualquier regulación relacionada con los derechos de las mujeres e interprete que tienen un alcance relacionado con la despenalización del aborto, pues esto termina por reducir los problemas de las mujeres a la discusión sobre el aborto.

---

<sup>42</sup> “Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”.

**88.** En el fenómeno v), el fallo se refiere a un cambio en la comprensión de la problemática constitucional frente al aborto consentido relativa a la imposibilidad que tenía la Corte en el año 2006 para valorar las barreras de acceso que enfrentan las mujeres para acceder al procedimiento de la IVE como resultado de las mismas causales que fueron planteadas en la exequibilidad condicionada declarada a través de la Sentencia C-355 de 2006. Empero, la Corte no explicó por qué su jurisprudencia sobre los derechos de las mujeres a la salud sexual y reproductiva, así como sobre las obligaciones del Estado para eliminar barreras estructurales que impiden a las mujeres acceder a esas garantías superiores, riñe con la cosa juzgada de la Sentencia C-355 de 2006. De hecho, el fundamento de derecho 256 no incluye ni siquiera notas al pie de página que permitan a los lectores identificar de qué forma la jurisprudencia de esta corporación en cuanto a estos asuntos genera algún resultado inconstitucional al insertarse en un ordenamiento jurídico en el que también está la cosa juzgada de la Sentencia C-355 de 2006.

**89.** Este punto tampoco justifica una flexibilización de la cosa juzgada, ya que supone una valoración de política pública que excede el objeto de análisis de la Corte desde un control abstracto de constitucionalidad, en tanto que pasa a ser parte del objeto de examen la aplicación que se ha dado en la práctica de los preceptos normativos agregados por esta misma Corporación al artículo 122 del Código Penal. Así pues, no debería ser la Corte Constitucional la llamada a valorar las consecuencias prácticas de la IVE, sino otras autoridades de la Rama Ejecutiva.

**90.** Sobre este punto, cabe mencionar que, aun cuando existen documentos internacionales que *“han propugnado por la despenalización del aborto más allá de las tres causales definidas en la Sentencia C-355 de 2006”*, ello no tiene la incidencia suficiente como para alterar la comprensión constitucional del fenómeno aquí estudiado, mucho menos para enervar un instituto jurídico procesal que tiene como fin proteger la seguridad jurídica.

**91.** Es cierto que la jurisprudencia constitucional proferida después de la Sentencia C-355 de 2006 ha representado un importante avance en la garantía de los derechos de las mujeres y la lucha en contra de la violencia de género. No obstante, ello no supone un cambio en el significado material de la Constitución que sea radicalmente distinto a las consideraciones que realizó esta Corporación en el año 2006. Por el contrario, dentro de los argumentos que se plantearon en su momento por la Sala Plena, se advierte que la violencia de género hizo parte del debate, así como lo fueron los instrumentos internacionales que para ese momento se habían proferido sobre esta materia. Así las cosas, no se enerva la cosa juzgada constitucional para dar lugar a un nuevo pronunciamiento de fondo sobre el artículo 122 del Código Penal.

**92.** Destaco que en la argumentación sobre el debilitamiento de la cosa juzgada constitucional, la Corte se refirió a “fenómenos”, como si estos ocurrieran de

manera espontánea. No obstante, es problemático que buena parte de esos “fenómenos” sean en realidad jurisprudencia o consecuencias directas de la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional.

**93.** Esto, además de ser problemático, conlleva un peligro, y es que en últimas, si la jurisprudencia de la Corte o sus efectos son “fenómenos” que justifican el cambio del significado material de la Constitución y el contexto normativo de todas las disposiciones de este país, la Corte Constitucional no tiene límites, ni siquiera su propio precedente, para cambiar constantemente lo que es constitucional y lo que no. Yo me aparto de esa posición, pues quebranta el principio democrático y menoscaba la separación de poderes.

#### ***Incorrecta aplicación de criterios de levantamiento de la cosa juzgada constitucional***

**94.** En este punto, resalto que la Corte Constitucional no debe limitar sus análisis sobre las causales de debilitamiento de la cosa juzgada a consideraciones puramente formales. No cualquier modificación de un parámetro de control, cambio en la manera de comprender las reglas y principios constitucionales, o nuevo contexto normativo es necesariamente constitucional.

**95.** Cuando la Corte Constitucional identifica verdaderamente –cosa que no ocurrió en este caso– alguno de los cambios o modificaciones que, *prima facie*, tienen el potencial de debilitar o levantar una cosa juzgada constitucional, debe evaluar si esos cambios o modificaciones son acordes a la Constitución Política de Colombia, y si, en consecuencia, son acordes con los elementos esenciales o ejes axiales del texto superior. De lo contrario, la Corte Constitucional incurriría en la falacia del cambio, consistente en que cualquier cambio o modificación del contexto social, político, económico, internacional o normativo es bueno y es constitucional por el simple hecho de ser un cambio, lo cual, claramente, eliminaría la supremacía de la Constitución y perjudicaría su integridad.

**96.** La Corte Constitucional tiene la atribución y al mismo tiempo el deber y por lo tanto la obligación de guardar la integridad y supremacía de la Constitución. En contravención del artículo 241 de la Constitución, la sentencia de la que me aparto menoscaba la supremacía de la Constitución Política de Colombia porque privilegia pronunciamientos internacionales -no vinculantes-, por encima de la protección constitucional de la vida de los seres humanos en gestación y de la prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes.

**97.** Además, esta sentencia quiebra la integridad de la Constitución, por cuanto integra una interpretación o manera de entender las disposiciones constitucionales que atenta contra algunos de los elementos esenciales o ejes axiales de la Carta

Política: la protección de la dignidad humana, la salvaguardia de la vida humana, el principio y el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación.

**98.** Esta exposición, sin embargo, no implica que la cosa juzgada de la sentencia C-355 de 2006 no pueda ser debilitada, por ejemplo por avances técnicos que permiten evidenciar las particularidades de la vida humana en gestación, o que permiten optar por medidas menos lesivas. Por lo tanto, mi salvamento no propone una cosa juzgada irreversible de la sentencia C-355 de 2006, sino que pone en evidencia las falencias que este caso en particular tiene respecto de esta figura constitucional.

### **E. En torno al fondo del asunto: No existían razones jurídicas para declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 122 del Código Penal**

**99.** Luego de abordar las cuestiones previas de la discusión, en esta sección presentaré las razones por las cuales considero que, aun aceptando en gracia de discusión la competencia de la Corte Constitucional para conocer de fondo esta demanda, la medida adoptada por la posición mayoritaria no se ajusta a la Constitución. Así, la Sentencia C-055 de 2022 parte de una postura según la cual la presente controversia implica un análisis de **derechos** en tensión, y la medida adoptada por la mayoría para resolver dicha tensión es la de despenalizar la conducta del aborto hasta la semana 24 de gestación. Sin embargo, esta decisión es problemática desde el punto de vista constitucional en tanto, la Sentencia: *(i)* no sustenta las razones por las cuales la penalización hasta la semana 24 de gestación es inconstitucional; *(ii)* deja en un déficit de desprotección absoluto a los no nacidos antes de la semana 24 de gestación; *(iii)* no aborda adecuadamente el *test* de proporcionalidad requerido en los casos en los que se presentan derechos en tensión; y,

### ***El estatus jurídico del ser humano en gestación y las obligaciones correlativas del Estado para su protección***

**100.** Uno de los debates más álgidos en torno al derecho a la vida tiene que ver con el momento desde el cuál se protege la existencia de la especie humana. En Colombia se ha discutido mucho el estatus jurídico de los no nacidos, especialmente a partir del artículo 90 del Código Civil que establece que se es persona “al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”. Con fundamento en dicha disposición del Código Civil, se ha determinado que la protección se encuentra en cabeza de las *personas* en virtud a la personalidad jurídica que se les reconoce en el marco del derecho civil.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Código Civil, contenido en la Ley 84 de 1873: “**ARTICULO 90. <EXISTENCIA LEGAL DE LAS PERSONAS>**. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su

**101.** Empero, la garantía del derecho a la vida no se reduce a un asunto de seguridad jurídica propio del derecho civil, sino que se extiende a la protección de la especie humana. “*Lo que está en juego no es quién tiene derecho a heredar, sino quién tiene derecho a vivir*”.<sup>44</sup> El alcance del derecho a la vida no puede limitarse a una *existencia legal de las personas*, en tanto que la vida humana está más allá. Por ello, aunque esta norma es muy relevante porque es la única en el derecho nacional que define la personalidad jurídica, es infra constitucional y fue diseñada con propósitos muy distintos a la definición del estatus jurídico del no nacido en relación con los derechos constitucionales.<sup>45</sup> En tal virtud, esta normativa desconoce el carácter de derecho fundamental y derecho humano que tiene el derecho de la vida, por lo que, *prima facie*, está en contraposición a la protección que desde los instrumentos internacionales se ha dado a la vida desde la concepción.

**102.** En ese sentido, haciendo un análisis amplio de las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, se puede llegar a la conclusión de que el no nacido: (i) es un miembro de la especie humana, (ii) es un niño o niña, (iii) y, en todo caso, es un ser sintiente. En mi opinión, esto impacta sin duda las obligaciones del Estado en materia de protección de los derechos humanos, como pasaré a exponer.

**103.** Destáquese en primer lugar que, de conformidad con las Declaraciones, Convenciones, Tratados y Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la Constitución Política de 1991, **no existe bien superior más importante que la vida humana que es el fundamento de todos los demás derechos, por lo que ni siquiera un tribunal judicial, internacional o nacional, puede arrogarse el derecho para determinar desde cuándo una vida merece protección constitucional *per se*.** Tal y como lo ha señalado la jurisprudencia y la doctrina universalmente aceptada, **no hay ningún bien o derecho más universal que del derecho fundamental a la vida. La vida humana desde la concepción es anterior al derecho.** Sin la existencia de la vida humana no pueden existir derechos, ni libertades, ni deberes, ni obligaciones.

**104.** El **derecho a la vida** es una garantía que, tanto en el ámbito nacional como internacional, protege tanto la mera existencia biológica del ser humano, así como la posibilidad que tienen los seres humanos de desarrollar dignamente sus facultades.<sup>46</sup> En Colombia se consagra en el artículo 11 de la Constitución Política

---

madre. // La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.”

<sup>44</sup> Acosta, Juanita: Intervención ciudadana allegada en el marco del expediente D-13.956.

<sup>45</sup> Esto se evidencia entre otros en que el artículo 93 del Código Civil establece la necesaria protección de la vida de los que están por nacer, poniendo de presente que su ausencia de personalidad jurídica para efectos civiles no los restringe de la protección constitucional a la vida.

<sup>46</sup> *Cfr.*, Corte Constitucional, Sentencias T-926 de 1999 y T-416 de 2001.

así: “*El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.*” Además de formar parte del derecho consuetudinario internacional, está consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 3 señala que todo individuo tiene derecho a la vida. A su vez, en su artículo 6 prevé que “*todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.*” Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 6.1 que “*el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.*”

**105.** A su turno, la Declaración de los Derechos del niño indica, en su principio número 4, que “[e]l **niño** debe gozar de los beneficios de la seguridad social. **Tendrá derecho** a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, **incluso atención prenatal** y postnatal.” (Negrillas fuera del original)

**106.** En el mismo sentido, la Convención de los Derechos del Niño se refiere en diferentes ocasiones a la protección del derecho a la vida. Así, en su preámbulo señala que, “[t]eniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, ‘el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto **antes** como después del nacimiento’.” (Negrillas fuera del original) Además, en su artículo 6 dispone que “los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”, y en su artículo 24.2.d señala que los Estados Parte deberán asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres.

**107.** De manera que diversos instrumentos internacionales de derechos humanos consagran la protección especial e inherente del derecho a la vida del ser humano y, en particular, del derecho a la vida de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos que requieren de protección especial por la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran. Esta protección claramente se extiende también al periodo antes del nacimiento, en el cual tanto la madre como el que está por nacer gozan de garantías que deben ser protegidas por los Estados. Todo esto, atendiendo a que sin vida humana no hay lugar al reconocimiento de ningún derecho.

**108.** En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en el artículo 1.2 que: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.” Luego en el artículo 4.1. de la misma Convención se establece: “**Toda persona** tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, **en general, a partir del momento de la concepción.**” (Negrillas fuera del texto original). Al leer estas dos disposiciones en conjunto resulta evidente que para efectos de la CADH, el ser humano en gestación tiene

derecho a la vida. La CADH, es parámetro de constitucionalidad como lo ha aceptado en múltiples providencias esta Corte al reconocerla como parte del bloque de constitucionalidad.<sup>47</sup>

**109.** Este reconocimiento de la personalidad jurídica para efectos de los derechos convencionales, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, implica que el ser humano en gestación no solo tiene derecho a su vida -como expresamente aparece en el artículo 4.1 de la CADH-, sino a los demás derechos convencionales, por ejemplo la integridad personal y la consecuente prohibición de los tratos inhumanos, crueles y degradantes<sup>48</sup>, o el derecho a la igualdad<sup>49</sup>.

**110.** Ahora bien, múltiples fuentes del derecho internacional de los derechos humanos reconocen derechos a todos los seres humanos, esto es a todos los que pertenecen a la especie humana. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el “reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”<sup>50</sup>. Igual ocurre con la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>51</sup>, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>52</sup>, y Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos<sup>53</sup>, entre otros. Así, desde el derecho internacional, se ha dispuesto la protección del genoma humano como “*la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad*”.<sup>54</sup> Incluso, el artículo 18 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina del 4 de abril de 1997 consagra una prohibición para “*la constitución de embriones humanos con fines de experimentación.*”

**111.** Dado que no hay duda en la literatura científica<sup>55</sup>, cuestión que tampoco se puso en duda en las intervenciones médicas presentadas a esta Corte, el no nacido

---

<sup>47</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-146 de 2021; Corte Constitucional. Sentencia C-500 de 2014; Corte Constitucional. Sentencia C-111 de 2019.

<sup>48</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Artículo 5: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

<sup>49</sup> CADH. Artículo 24: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

<sup>50</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Preámbulo.

<sup>51</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos. Preámbulo.

<sup>52</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Preámbulo.

<sup>53</sup> Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos. Preámbulo y Artículo 1.

<sup>54</sup> Artículo 1 de la Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

<sup>55</sup> Semi, K, Takashima, Y. Pluripotent stem cells for the study of early human embryology. *Develop Growth Differ.* 2021; 63: 104– 115. <https://doi.org/10.1111/dgd.12715>; Sadler T, Lagman J. Lagman Embriología médica.

**es un ser humano en gestación**, que merece la protección jurídica que todos estos instrumentos disponen.

**112.** En los sistemas regionales de protección de Derechos Humanos, tanto la Corte Europea de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han referido a la protección jurídica que es intrínseca a la vida del que está por nacer. En la Corte Europea se entiende que desde la concepción hay un miembro de la especie humana (“*a member of the human race*”), el cual goza de dignidad y deberá ser protegido.<sup>56</sup>

**113.** La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*, indicó que desde un contexto científico, el término “concepción” establecido en la Convención puede tener dos lecturas: “*Una corriente entiende “concepción” como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende “concepción” como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión.*”

**114.** En este mismo sentido, en torno al debate sobre cuándo inicia la vida humana explicó:

*“Algunas posturas indican que el inicio de la vida comienza con la fecundación, reconociendo al cigoto como la primera manifestación corporal del continuo proceso del desarrollo humano, mientras que otras consideran que el punto de partida del desarrollo del embrión y entonces de su vida humana es su implantación en el útero donde tiene la capacidad de sumar su potencial genético con el potencial materno. Asimismo, otras posturas resaltan que la vida comenzaría cuando se desarrolla el sistema nervioso.*

*“La Corte observa que, si bien algunos artículos señalan que el embrión es un ser humano, otros artículos resaltan que la fecundación ocurre en un minuto pero que el embrión se forma siete días después, razón por la cual se alude al concepto de ‘preembrión’. Algunas posturas asocian el concepto de preembrión a los primeros catorce días porque después de estos se sabe que si hay un niño o más.”*

**115.** En suma, al interpretar la protección que se deriva del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, precisó:

---

Baltimore: Lippicott & Wilkins; 2016; Herranz G. El embrión ficticio: historia de un mito biológico. Madrid: Palabra; 2013.

<sup>56</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, Vo. V. *France [GC]* – 53924/, Julio 2004.

*“La Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término ‘concepción’. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ‘ser humano’, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (supra párr. 180).*

*“187. En este sentido, la Corte entiende que el término ‘concepción’ no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada ‘Gonodotropina Coriónica’, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación.*

*“(…) Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término ‘concepción’ desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión ‘en general’ permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.”*  
(énfasis propio)

**116.** De todo lo expuesto, la Corte IDH concluyó que:

*“264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.”*

**117.** De las consideraciones que realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*, se desprenden las siguientes conclusiones que comparto en su integridad:

*“(i) no existe ninguna duda de que el que está por nacer es titular del derecho a la vida protegido por la Convención Americana y lo es al menos desde el momento de la*

*implantación, es decir entre 6 y 7 días después de la fecundación del óvulo; (ii) la protección del derecho a la vida es -según la Corte- gradual e incremental, lo cual puede admitir 'excepciones', pero nunca la suspensión, anulación o derogación del derecho, como lo ha establecido la CorteIDH reiteradamente, pues el derecho a la vida forma parte de un núcleo inderogable que no puede ser suspendido y según lo ha establecido el tribunal interamericano, no admite enfoques restrictivos y (iii) el reconocimiento de esta titularidad del derecho a la vida exige del Estado adoptar todas las medidas apropiadas para protegerlo y preservarlo, y adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida, so pena de incurrir en responsabilidad internacional. Para reforzar este punto, es importante aclarar que la titularidad de derechos del no nacido también ha sido reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.”<sup>57</sup>*

**118.** Así pues, en virtud al carácter de derecho humano y derecho fundamental, es posible entender que en existe un mandato de protección a la vida desde que el embrión se implanta en el útero, ya que la existencia del ser humano desde su gestación es un bien superior que debe ser garantizado. Sin perjuicio de las limitaciones razonables que pueden tener lugar, lo cierto es que cualquier ponderación que se realice debe partir de que **no existe bien superior más importante que la vida humana como fundamento y presupuesto de todos los demás derechos.**

**119.** De lo anterior se desprende claramente que, tanto en el ámbito internacional como en el regional, la vida antes del nacimiento también cuenta con protección, y los Estados tienen el deber de velar por su garantía. Esto también se justifica bajo el entendido que **el que está por nacer es un ser sintiente y es un sujeto de derechos.**

**120.** Existen investigaciones médicas que sugieren que el que está por nacer es capaz de sentir dolor desde tempranas etapas de la gestación. Al respecto, la profesora Juanita Acosta en su escrito de intervención en el expediente D-13.956, indicó:

*“En efecto, según Flores Muñoz<sup>58</sup> hay estudios anatómicos, fisiológicos y conductuales que prueban lo anterior. Así mismo, la literatura explica que desde la semana 16 hay cambios en la circulación de la arteria cerebral media,<sup>59</sup> y desde las 20-22 semanas de gestación, se podrían transmitir sensaciones dolorosas de la piel a la médula espinal y al cerebro.<sup>60</sup> Coherentemente, como lo señala la literatura, y se refuerza en la intervención*

<sup>57</sup> Acosta, Juanita. Intervención presentada en este proceso.

<sup>58</sup> Flores Muñoz, María Antonieta. Las intervenciones en el feto, el dolor y sus dilemas bioéticos. *Perinatol. Reprod. Hum.* [online]. 2014, vol.28, n.2 [citado 2020-10-31], pp.114-118. Disponible en: <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0187-53372014000200008&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-53372014000200008&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0187-5337.

<sup>59</sup> Teixeira JM, Glover V, Fisk NM. Acute cerebral redistribution in response to invasive procedures in the human fetus. *Am J Obstet Gynecol.* 1999; 181: 1018-25.

<sup>60</sup> Arina O. Grossu. What Science Reveals About Fetal Pain. 2017. Issue Analysis. <https://downloads.frc.org/EF/EF15A104.pdf>

del profesor Kemel A. Ghotme,<sup>61</sup> en el embrión, el sistema nervioso empieza a desarrollarse a partir del tubo neural desde el día 26 de gestación, es decir, antes de que la mujer detecte su primer retraso menstrual. En la séptima semana de gestación, el niño o niña han culminado la primera etapa del desarrollo de las vías de dolor en la cual las estructuras nerviosas periféricas captan y llevan el estímulo doloroso desde la piel hasta la médula espinal.<sup>62</sup> En este sentido, los estudios señalan que para experimentar dolor no se requiera la plena consciencia de este a nivel de la corteza cerebral, sino que estén presentes las estructuras capaces de captarlo y transmitirlo al resto de sistema nervioso.<sup>63</sup>

“En razón de los estudios que demuestran la capacidad del feto de sentir dolor y de la respuesta de altos niveles de estrés ante intervenciones quirúrgicas,<sup>64</sup> las instrucciones de los libros de medicina y la práctica común, recomienda anestesia fetal al intervenir quirúrgicamente<sup>65</sup> (ya sea a la madre o directamente al feto). (...)”

**121.** En concordancia con lo anterior, cabe agregar que un estudio de la University College of London sostiene que “investigaciones han observado que los prematuros -incluso los nacidos alrededor de la semana 26- ya experimentan esta sensación [de dolor], y que su cerebro registra cierta actividad desde las 22 semanas”.<sup>66</sup> Por su parte, un análisis de estudios científicos publicados sobre el dolor fetal, hecho por los doctores venezolanos Saúl Kizer<sup>67</sup> y Horacio Vanegas<sup>68</sup> respecto de este asunto, concluye:

“1. Debe tenerse presente que las respuestas a los estímulos internos y externos pueden ser expresiones reflejas, las cuales comenzarían desde la semana 8 de embarazo.

“2. El desarrollo del sistema nervioso central del feto es progresivo en organicidad y funcionamiento. **No es probable, debido a ello, que el feto sienta dolor antes de la semana 20 y quizás podría, dado al desarrollo más avanzado de su fisiología, comenzar a sentir dolor entre las semanas 22 y 26.**

“3. Es necesario conocer y diferenciar si lo que llamamos dolor tiene las mismas características de ser sentido y de manifestarse en los fetos, neonatos, niños y adultos. El feto en la semana 37 tiene un grado de madurez parecido al de un neonato de pocos días de nacido. Sin embargo, es difícil verificar en ambos si lo que definimos como dolor es lo que ellos sienten.

<sup>61</sup> Radicada ante la Corte Constitucional en el marco del presente proceso.

<sup>62</sup> Derbyshire, S. W. (2008). Fetal pain: do we know enough to do the right thing. *Reproductive Health Matters*, 16(31), 117-126.

<sup>63</sup> Derbyshire, S. W., & Bockmann, J. C. (2020). Reconsidering fetal pain. *Journal of Medical Ethics*, 46(1), 3-6.

<sup>64</sup> “Invasive fetal procedures clearly elicit a stress response...” “Studies of neonates who received deep anesthesia with sufentanil had significantly reduced stress responses, complications, and mortality rates to surgery compared to neonates who received lighter anesthesia.” Arina O. Grossu. What Scienza Reveals About Fetal Pain. 2017. Issue Analysis. <https://downloads.frc.org/EF/EF15A104.pdf>

<sup>65</sup> Drs. Saúl Kizer, Horacio Vanegas ¿Siente dolor el feto? 2016

<sup>66</sup> Escuela de Medicina de la Pontificia Universidad Católica de Chile, ¿Desde cuándo siente dolor el feto?

<sup>67</sup> Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Medicina de Venezuela.

<sup>68</sup> Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Medicina Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC).

*“4. Aunque haya dudas razonables de que el feto sienta dolor, es mejor usar analgesia o anestesia, muy juiciosamente, cuando el mismo vaya a ser sometido a procedimientos que conocidamente causen dolor en la vida extrauterina”.*<sup>69</sup>

**122.** De lo anterior se desprende claramente que en la vida en gestación desde la concepción existe un miembro de la especie humana que se ha demostrado es un ser sintiente y, en consecuencia, es un sujeto de derechos que recibe una protección especial por parte del Estado y el ordenamiento internacional.

**123.** En línea con los instrumentos y órganos internacionales, es posible entender que en la Constitución también establece una protección especial de la vida y la dignidad de la especie humana, en virtud de la cual el Estado debe velar por la garantía de la vida desde la concepción. Nuestra Carta Política también entiende que la vida y la dignidad humana son elementos trascendentales que tienen una garantía reforzada, la cual, necesariamente, también se extiende a los seres humanos desde antes de su nacimiento, pues su existencia es el presupuesto para el reconocimiento de los derechos y obligaciones.

**124.** En efecto, en lo que se refiere a la protección particular que se le reconoce y otorga en el ámbito nacional, la Constitución Política de 1991 además de proteger el derecho a la vida en el precitado artículo 11, dispone que la dignidad humana es uno de los valores cardinales que soportan todo el ordenamiento jurídico.<sup>70</sup> El artículo 1 de la Constitución dispone que Colombia como Estado Social de Derecho estará *“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.”* A su vez, en la Constitución también se destaca que el derecho a la vida es el fundamento para el ejercicio de todas las otras garantías constitucionales, al establecerlo como el primero de los derechos de la extensa carta de derechos.

**125.** Igualmente, en la Constitución se establece una garantía reforzada de los derechos respecto a la población que se encuentra en circunstancias de indefensión, debilidad o desprotección en que se encuentran. Esto exige unas obligaciones especiales a cargo del Estado a efectos de proteger a estos grupos y materializar sus derechos. Por ello, el texto constitucional expresamente dispone

---

<sup>69</sup> Kizer Saul y Vanegas Horacio, *¿Siente dolor el feto?*, Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela, volumen 76, no.2, Caracas, jun. 2016.

<sup>70</sup> De acuerdo con la Sentencia C-143 de 2015, “[l]a consagración constitucional del principio de la dignidad humana, indica que debe existir un trato especial hacia el individuo, ya que la persona es un fin para el Estado y por tanto para todos los poderes públicos especialmente para los jueces, pues este principio debe ser el parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico, este principio impone una carga de acción positiva de cara a los demás derechos (...). En este sentido, la dignidad humana se concibe como “un principio fundante del Estado colombiano” del que se predica un valor absoluto, lo que implica que no puede ser limitado por otros derechos bajo ninguna circunstancia. “Por tanto, el respeto de la dignidad humana es una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades sin excepción, además, es la razón de ser, el principio y el fin último del Estado constitucional y democrático de Derecho y de su organización, tal y como lo ha indicado la jurisprudencia de este Alto Tribunal.”

una protección especial de las mujeres en estado de embarazo y de los niños y niñas, y en este mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia constitucional frente a los derechos a la salud y a la vida de esta población. En particular, la jurisprudencia más reciente ha previsto que las autoridades y los particulares que prestan el servicio público de salud, tienen la obligación por mandato constitucional de proteger de manera especial a quienes hacen parte de estos dos grupos poblacionales, sin diferenciar entre los derechos del *nasciturus* y los de los niños y niñas.

**126.** Adicionalmente, diferentes providencias de altas cortes como la Corte Constitucional Colombiana<sup>71</sup> y la Corte Suprema de Justicia<sup>72</sup>, ya han reconocido los derechos del no nacido y han desarrollado, en cabeza de ellos, una serie de protecciones<sup>73</sup>. Por ejemplo, la jurisprudencia constitucional en relación con la protección a la maternidad en materia laboral, “ha reconocido a la mujer en estado de embarazo un trato preferente, debido a su condición de sujeto de especial protección, **así como a la necesidad de velar por la garantía de los derechos de la persona que está por nacer o el recién nacido**”<sup>74</sup> (negrilla fuera de texto original). En el mismo sentido, al no nacido le han sido reconocidos los derechos a la tutela judicial, a la salud<sup>75</sup>, al mínimo vital<sup>76</sup>, a la seguridad social<sup>77</sup>, a una vida en condiciones dignas<sup>78</sup> e incluso al domicilio<sup>79</sup>. Asimismo, en el ámbito médico, se ha establecido que **desde la concepción** se tiene el derecho a que el personal de enfermería respete y proteja su vida, dignidad e integridad genética, física, espiritual y psíquica<sup>80</sup>.

**127.** Cabe advertir también que, desde las etapas más tempranas de la jurisprudencia constitucional, esta Corporación ha defendido que el *nasciturus* es un sujeto de derechos titular de derechos fundamentales. En concreto, ha señalado que la Constitución protege al no nacido en el Preámbulo y en el artículo 11 (del derecho a la vida) por vía directa, y por vía indirecta en el artículo 43 con la protección de la mujer en estado de embarazo. Además, ha señalado que “[l]a

<sup>71</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-805 de 2006; T-406 de 2012; T-256 de 2016; T-030 de 2018.

<sup>72</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia STL 5168-2019, Radicación 84071; Sentencia STC 9617-2015; Sentencia STC 1086-2018, Radicación 76001-22-21-000-2017-00126-01; Sentencia STC 20982-2017, Radicación 05001-22-03-000-2017-00830-01.

<sup>73</sup> Concepto Doctora Juana Acosta, Expediente D- 13956 Ley 599 de 2000, Artículo 122, p. 22.

<sup>74</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-438 de 2020; T-550 de 2017; T-222 de 2017; T-350 de 2016; T-102 de 2016; T-138 de 2015.

<sup>75</sup> Corte Constitucional. Sentencia T- 030-2018; Corte Suprema de Justicia. STC 20982-2017: Radicación. 05001-22-03-000-2017-00830-01.; Sala de Casación Civil. Ver también STP 12247-2014. Radicación No.: 75.440. Sala de Casación Penal; Corte Suprema de Justicia. STC1086-2018, Radicación.76001-22-21-000-2017-00126-01, Sala de Casación Civil.

<sup>76</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-805 de 2006.

<sup>77</sup> Corte Constitucional. Sentencias T-406 de 2012; sentencia T-256 de 2016; sentencia T-030 de 2018; Corte Suprema de Justicia. STL 5168-2019, Radicación 84071; Sala de casación Laboral.

<sup>78</sup> Corte Suprema de Justicia. STC1086-2018, Radicación.76001-22-21-000-2017-00126-01, Sala de Casación Civil

<sup>79</sup> Corte Suprema de Justicia. Ref. Expediente Nro. 0069-01; 2001. Sala de Casación Civil

<sup>80</sup> Ley 911 de 2004. Artículo 9.

*obligación de velar por la vida del **nasciturus** no responde a una simple obligación alimentaria, pues la madre requiere de los cuidados permanentes, de una constante vigilancia médica que le garanticen en forma mínima la atención del parto y los primeros cuidados del niño. (...)*<sup>81</sup> De manera que la estabilidad laboral reforzada de los padres no tiene como finalidad simplemente garantizar unas condiciones de vida digna al momento del nacimiento, sino que, además, supone una protección especial a favor de la mujer embarazada con el fin de que reciba los cuidados médicos necesarios, antes y después del nacimiento. Esto tiene como claro objetivo proteger la vida del ser humano que está por nacer, garantizando desde ese momento, su dignidad humana y derecho a la salud.

**128.** La Corte ha sido enfática en señalar que el *nasciturus* **“se encuentra protegido por el espectro de privilegios que la Carta Fundamental reserva para los niños. [... esto por cuanto] es sujeto de derechos en cuanto es un individuo de la especie humana.”**<sup>82</sup> Así, la Corte ha precisado que son varias las disposiciones constitucionales que se encargan de su protección, en tanto *“el artículo 43, al referirse a la protección de la mujer embarazada, y el artículo 44, cuando le garantiza a los niños el derecho a la vida, no hacen otra cosa que fortalecer la premisa de que los individuos que aún no han nacido, por la simple calidad de ser humanos, tienen garantizada desde el momento mismo de la concepción la protección de sus derechos fundamentales (...)*” (énfasis propio)

**129.** En línea con lo anterior, esta Corporación también ha sido clara en señalar que, en todo caso, el juez constitucional deberá analizar en cada caso concreto los derechos fundamentales alegados, para determinar cuál puede y cuál no puede ser exigido antes del nacimiento.<sup>83</sup> Lo anterior, toda vez que, según la jurisprudencia, los derechos patrimoniales de orden legal que penden sobre el *nasciturus* solo se hacen efectivos sí acaece el nacimiento, mientras que, por el contrario, los derechos fundamentales bajo las condiciones antedichas, pueden ser exigibles desde el momento mismo que el individuo ha sido concebido.<sup>84</sup>

**130.** De antaño, esta Corporación ha manifestado la centralidad del derecho a la vida, en conexidad con el principio de la dignidad humana, como eje definitorio de la Constitución. En la Sentencia T-499 de 1992, la Corte expresó que la dignidad humana se establece como un eje cardinal de nuestro paradigma constitucional:

*“El hombre es un fin en sí mismo. (...) Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como "vida plena". La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida*

<sup>81</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-491 de 1993.

<sup>82</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-223 de 1998.

<sup>83</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-223 de 1998.

<sup>84</sup> Corte Constitucional, Sentencias T-223 de 1998 y T-588 de 2004.

*íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social. Una administración burocratizada, insensible a las necesidades de los ciudadanos, o de sus mismos empleados, no se compadece con los fines esenciales del Estado, sino que al contrario, cosifica al individuo y traiciona los valores fundantes del Estado Social de Derecho (CP art. 1º)”*

**131.** En consonancia con lo anterior, la Corte expuso que el fundamento de la prohibición del aborto radica en **el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación** y no en el carácter de persona humana del *nasciturus*.<sup>85</sup> En efecto, en la **Sentencia C-133 de 1994**, la Corte Constitucional afirmó:

*“Es cierto, que nuestra Constitución Política reconoce expresamente el derecho inviolable a la vida a quienes son personas pertenecientes al género humano; pero de allí no se sigue que la vida humana latente en el nasciturus, carezca de protección constitucional. En efecto, si el valor esencial protegido por el ordenamiento superior es la vida humana, necesariamente debe colegirse que en donde haya vida, debe existir el consecuente amparo estatal.*

*“En otros términos la Constitución no sólo protege el producto de la concepción que se plasma en el nacimiento, el cual determina la existencia de la persona jurídica natural, en los términos de las regulaciones legales, sino el proceso mismo de la vida humana, que se inicia con la concepción, se desarrolla y perfecciona luego con el feto, y adquiere individualidad con el nacimiento.*

*“La vida que la Constitución Política protege, comienza desde el instante de la gestación, dado que la protección de la vida en la etapa de su proceso en el cuerpo materno, es condición necesaria para la vida independiente del ser humano fuera del vientre de la madre. Por otra parte, la concepción, genera un tercer ser que existencialmente es diferente de la madre, y cuyo desarrollo y perfeccionamiento para adquirir viabilidad de vida independiente, concretada con el nacimiento, no puede quedar al arbitrio de la libre decisión de la embarazada.*

*“En virtud de lo anterior, el Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo (...)”* (subrayado fuera del texto original).<sup>86</sup>

**132.** Al ocuparse nuevamente del análisis de constitucionalidad del tipo penal de aborto, mediante **Sentencia C-013 de 1997**, la Corte tampoco reconoció de manera expresa el carácter de persona humana del *nasciturus*, pero sí utilizó un lenguaje más específico sobre la protección a la vida. En concreto, la Corte señaló:

*“Desde la formación del cigoto hay vida. Una vida que, obviamente, necesita de un proceso biológico natural que culmina con la plena formación del mismo, pero vida, al fin y al cabo, que no es inferior ni menos importante que la posterior al parto. Su naturaleza humana no se adquiere de un momento a otro mediante la ruptura del cordón umbilical sino que acompaña al fruto de la concepción desde el principio. Resultaría artificial y carente de todo respaldo científico la teoría que sostuviera que, con antelación*

<sup>85</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006.

<sup>86</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 1994.

*al nacimiento, aquella que se desarrollaba en el interior de la matriz no era vida o que no correspondía a un ser humano. De lo cual se desprende que siempre, desde la fecundación, fue y sigue siendo digna de respeto y tutela jurídica”.*

**133.** Ahora bien, en la **Sentencia C-355 de 2006** la Corte aclaró que:

*“más allá de la discusión de si el nasciturus es una persona y en esa calidad titular de derechos fundamentales, es una vida humana en gestación, y como tal el Estado colombiano tiene un claro deber de protección que se deriva, como antes se dijo, de numerosas disposiciones constitucionales. Deber de protección que tiene un alcance amplio, pues no sólo significa la asunción por parte del Estado de medidas de carácter prestacional, tomadas a favor de la madre gestante pero orientadas en definitiva a proteger la vida de quien se encuentra en proceso de formación, sino por cuanto también deben adoptarse las normas necesarias para prohibir la directa intervención tanto del Estado como de terceros en la vida que se está desarrollando”.*<sup>87</sup>

**134.** Así pues, determinar en cada caso específico la extensión, el tipo y la modalidad de la protección a la vida del que está por nacer corresponde al Legislador, quien debe establecer las medidas apropiadas para garantizar que dicha protección sea efectiva, y en casos excepcionales, especialmente cuando la protección ofrecida por la Constitución no se puede alcanzar por otros medios, introducir los elementos del derecho penal para proteger la vida del *nasciturus*.<sup>88</sup>

**135.** Por su parte, desde la Sentencia T-223 de 1998, esta Corporación analizó la acción de tutela presentada por una mujer, en representación de su hija menor de edad, en la que solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y a la protección infantil presuntamente vulnerados por el Jefe de la Sección de Prestaciones Sociales de la Unidad de Primas y Subsidios de la Policía Nacional. La accionante se encontraba embarazada cuando su esposo, agente de la Policía Nacional, falleció en ejercicio de sus funciones. Cuando la niña nació, la demandante solicitó a la Policía Nacional el reconocimiento del subsidio familiar. La entidad negó el subsidio bajo el argumento que al momento de la muerte solo se tenía una expectativa de vida de la hija del Policía. Al pronunciarse sobre los derechos de quienes están por nacer, la Corte indicó que el *nasciturus* es un sujeto de derechos que pertenece a la especie humana, y que tiene una protección que se deriva del “*espectro de privilegios que la Carta fundamental reservado para los niños*”. Aclaró que la Constitución protege desde el momento de la concepción aquellos derechos que son connaturales al *nasciturus* como la vida y la integridad física, mientras que hay otros derechos como el derecho a la libertad personal o libertad de cultos que no pueden ser objeto de protección prenatal porque la propia naturaleza de su ejercicio no es compatible con el ser que aún no ha dejado el vientre materno. En virtud de lo anterior, la Corte decidió conceder el amparo solicitado, pues encontró que la Policía Nacional había desconocido los derechos

<sup>87</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006.

<sup>88</sup> Ibidem

del recién nacido que estaban en suspensión desde la concepción, en particular, el derecho al subsidio familiar. Contrario a lo sostenido por la entidad demandada, se adquirió el derecho al subsidio familiar desde el instante de la concepción, a pesar de que sólo pudo hacerlo efectivo después de nacer.

**136.** En la Sentencia T-171 de 1999, la Corte estudió y decidió una acción de tutela presentada por una mujer, en nombre propio y en representación de su hijo que estaba por nacer, con el propósito de que se le protegieran sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, presuntamente vulnerados por la EPS Coomeva. La demandante se encontraba en estado de embarazo y padecía del virus del SIDA, por lo que un médico adscrito a la EPS Coomeva le prescribió una dosis diaria del medicamento AZT. Según la accionante, el medicamento buscaba no sólo protegerla a ella, sino evitar el contagio del virus del que estaba por nacer. Sin embargo, la EPS Coomeva se negó a entregar el medicamento porque la demandante no contaba con las 100 semanas exigidas por el Decreto 806 de 1998, reglamentario de la Ley 100 de 1993. La demandante afirmó no contar con los medios económicos para asumir directamente el costo del medicamento. La Corte Constitucional, al referirse a la especial protección que el Estado debe brindar a las mujeres embarazadas y al *nasciturus*, reiteró que el *nasciturus* “*se encuentra protegido por el espectro de privilegios que la Carta Fundamental reserva para los niños*”, y afirmó que los que están por nacer son titulares de derechos fundamentales que pueden ser amparados a través de la acción de tutela. En este caso, la Corte Constitucional concedió el amparo del derecho a la salud en conexidad con la vida de la demandante y su hijo. En consecuencia, ordenó a la EPS Coomeva entregar el medicamento ordenado por el médico tratante.

**137.** Luego de la Sentencia C-355 de 2006, la jurisprudencia constitucional entendió que la vida del *nasciturus* es un “*bien jurídicamente relevante*”, respecto del cual se predica una protección constitucional especial que supone que el Estado debe proteger al que está por nacer. En dicha providencia, la Corte Constitucional expuso que diversos mandatos constitucionales<sup>89</sup> y el derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad<sup>90</sup> protegen la vida en distintas etapas, dentro de los cuales se incluye, por supuesto, la vida en

---

<sup>89</sup> El Preámbulo contempla la vida como uno de los valores que pretende asegurar el ordenamiento constitucional, el artículo 2 señala que las autoridades de la República están instituidas para proteger la vida de todas las personas residentes en Colombia, y el artículo 11 consigna que “*el derecho a la vida es inviolable*”, amén de otras referencias constitucionales. De esta múltiple consagración normativa se desprende también la pluralidad funcional de la vida en la Carta de 1991, pues tiene el carácter de un valor y de derecho fundamental. Desde esta perspectiva, plurinormativa y plurifuncional, cabe establecer una distinción entre la vida como un bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental. Al respecto ver Sentencia C-355 de 2006.

<sup>90</sup> El primer numeral del artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula: “*1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.*” Por su parte el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone que: “*Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*”. Al respecto ver Sentencia C-355 de 2006.

gestación, que tiene un carácter de bien constitucionalmente protegido. Así pues, en Colombia, **“la vida del nasciturus es un bien constitucionalmente protegido y por esa razón el legislador está obligado a adoptar medidas para su protección”** (negrita y subrayado fuera del texto original).<sup>91</sup>

**138.** Como se ha expresado, la vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico tanto nacional como en el Sistema Interamericano, si bien es verdad, que otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Esta postura fue adoptada también en la **Sentencia C-327 de 2016**.

**139.** En la Sentencia T-010 de 2019, la Corte indicó que el derecho a la salud *“debe ser interpretado de forma amplia, de manera que su ejercicio solo no se predica cuando peligra la vida como mera existencia, sino que por el contrario, ha considerado la propia jurisprudencia que “(...) salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad”*. Este derecho, de acuerdo con la Corte, *“adquiere particular relevancia tratándose de niños, niñas y adolescentes”*, respecto de quienes, en virtud del artículo 44 de la Constitución y varios instrumentos internacionales, prevalecen sobre los derechos de los demás.<sup>92</sup> De igual forma, en las Sentencias T-705 de 2017, T-178 de 2019, T-090 de 2021 y T-450 de 2021 esta Corporación ha entendido que la garantía del derecho a la salud en niños, niñas y adolescentes (nacionales o migrantes) tiene unas características especiales derivadas de la garantía reforzada de sus derechos y el principio del interés superior del niño.<sup>93</sup>

**140.** El recuento jurisprudencial presentado demuestra que ha sido una línea constante el reconocimiento de una protección a la vida en gestación. Si bien en algunas oportunidades se ha intentado distinguir la garantía del derecho a la vida y los derechos del que está por nacer, el ordenamiento jurídico constitucional colombiano -así como el internacional y regional-, han destacado la necesidad de proteger la vida que se encuentra en proceso de formación en el vientre materno, y se ha referido sobre la obligación de protección en cabeza del Estado en estos escenarios. Lo cierto es que el derecho a la vida se protege desde la concepción, pues el ordenamiento jurídico protege al ser humano de manera general, y el embrión es un miembro de la especie humana per se, o a partir de su implantación en los términos de la jurisprudencia de la CorteIDH.

---

<sup>91</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006.

<sup>92</sup> Con estos fundamentos, en esta providencia, se ampararon los derechos fundamentales de una niña que requería un procedimiento quirúrgico, y se la habían negado al considerar que tenía fines estéticos.

<sup>93</sup> En estas providencias, la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales de niños y niñas migrantes a quienes por diversas razones, se les habían impuesto barreras desproporcionadas para la garantía del derecho a la salud, entre otras garantías constitucionales.

**141.** Así las cosas, el derecho de la vida en gestación, tal como cualquier otro derecho, puede ser objeto de restricciones razonables y proporcionadas al entrar en conflicto con otras garantías. Por eso, desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha entendido que la protección es gradual e incremental. Sin perjuicio de lo anterior, ningún tipo de decisión puede anular o suspender en cualquiera de sus estados la protección del ser humano, como elemento anterior para la existencia y reconocimiento de derechos. De ahí que, no se puede desconocer que la vida en gestación goza de un nivel de protección especial, derivada de las circunstancias de vulnerabilidad en que se encuentra, y dada su calidad de **ser sintiente y titular de derechos**.

**142.** Adicional a lo expuesto hasta este punto, es preciso destacar que tal es la importancia que se ha reconocido en nuestro ordenamiento jurídico a la vida en gestación, que la protección del que está por nacer se advierte distintos ámbitos del ordenamiento jurídico, a saber: (i) en la garantía reforzada que recae sobre la mujer embarazada; (ii) en la prestación prioritaria en salud que debe brindársele en todas las etapas de su proceso gestacional; y (iii) en los servicios de salud y protección específica a favor del feto o del embrión en su proceso de desarrollo que lo conciben como un paciente.

**143.** En primer lugar, cabe poner de presente que el artículo 43 de la Constitución dispone que la mujer, “[d]urante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.” En la Ley 823 de 2003<sup>94</sup>, el artículo 7 desarrolla el antedicho mandato constitucional, y dispone que “[p]ara el cumplimiento de esta obligación, el Gobierno Nacional diseñará planes especiales de atención a las mujeres no afiliadas a un régimen de seguridad social. (...)”<sup>95</sup>

**144.** La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterada en que la mujer embarazada es un sujeto de especial protección constitucional, respecto de quien se derivan unas garantías específicas durante la gestación y después del parto. Uno de estos escenarios de protección se encuentra en el ámbito laboral, con el cual se tiene la finalidad que la mujer cuente con los recursos necesarios para garantizar sus necesidades básicas y las de su hijo, que no falte alimentación ni los insumos básicos que requieren uno y otro durante este proceso de la vida.<sup>96</sup> Tanto así, que incluso el artículo 43 de la Constitución dispone la obligación de

<sup>94</sup> “Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres.”

<sup>95</sup> La Resolución 2003 de 2014 proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social establece varios de los procesos prioritarios que se deben garantizar a la mujer embarazada durante el proceso de gestación y el momento del parto en el marco de la prestación de los servicios de salud. Esto incluso se encuentra desarrollado de manera específica en Normas Técnicas del Ministerio de Salud sobre la atención del parto, para la detección temprana de la alteración del embarazo y la atención al recién nacido. Para consultar esta normativa, se puede acceder a través del siguiente portal del Ministerio de Salud y la Protección Social: <https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/ssr/Paginas/salud-materna.aspx>

<sup>96</sup> Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-070 de 2013 y C-005 de 2017.

otorgarle a la mujer en gestación un subsidio alimentario en caso de desempleo o desamparo.

**145.** Por ejemplo, en la Sentencia SU-075 de 2018, esta Corporación recordó que la protección laboral reforzada de las mujeres durante la gestación y la lactancia “*es un mandato superior que se deriva principalmente de cuatro fundamentos constitucionales*”: (i) el derecho que en general tienen todas las mujeres a recibir una especial protección en la maternidad; (ii) la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación que pueden sufrir en el ámbito laboral; (iii) la protección del derecho al mínimo vital y a la vida tanto de la mujer como del que está por nacer; y (iv) la relevancia de la familia en el orden constitucional. De estos presupuestos, se han justificado figuras como el fuero de maternidad, la prohibición general de despido a las mujeres por motivo de su embarazo o lactancia, entre otras.<sup>97</sup>

**146.** En la Sentencia T-088 de 2008, la Corte Constitucional conoció sobre un caso de una mujer que con 8 meses de embarazo fue desafiliada de la seguridad social. Sin perjuicio que durante el trámite constitucional el asunto resultó en una carencia actual de objeto por lo que el nacimiento del niño ya había tenido lugar, la Corte expresó que existe una obligación en cabeza del sistema de seguridad social en Colombia de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud cuando se encuentran involucrados los derechos de sujetos de especial protección constitucional, tal como lo son las mujeres embarazadas y los niños. Se advirtió que la actuación de la EPS de “*desafiliar a dos sujetos de especial protección constitucional, no sólo vulneró el derecho fundamental a la salud y a la seguridad social de la actora y de su hijo, sino que, además de transgredir el derecho al debido proceso de la señora (...), amenazó el derecho a la vida de ambos.*”

**147.** En esta providencia, se trae a colación además de la garantía especial a favor de la mujer embarazada derivada del artículo 43 de la Constitución, el deber especial en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger a los niños a efectos de procurar su desarrollo armónico e integral, así como la de “*asegurar atención prenatal y postnatal apropiada a las madres*”, que se encuentra consagrado en la Convención de los Derechos del Niño.

**148.** De lo anterior, se tiene que la atención en salud a la mujer en embarazo supone una protección que se origina también en la importancia de proteger la salud de la vida en gestación, dado el impacto que el embarazo puede tener en los derechos a la salud, a la vida, a la integridad y a la dignidad del que está por nacer, respecto del cual se garantiza el mismo espectro de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a favor de las niñas, niños y adolescentes. Ciertamente lo que

---

<sup>97</sup> Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-005 de 2017, T-670 de 2017, T-030 de 2018 y T-438 de 2020.

ocurra durante la gestación tiene una incidencia directa en lo que será el proceso de desarrollo integral del niño.

**149.** En materia de salud, durante la vida gestacional, el *nasciturus* puede ser objeto de intervenciones quirúrgicas o beneficiario de medicamentos específicos que deberá tomar la madre para que pueda recuperarse de ciertos diagnósticos de enfermedades. Por ejemplo, en los casos de diagnóstico del feto con espina bífida, existe la posibilidad de practicar una cirugía prenatal con el fin de que se puedan reducir las limitaciones de movilidad que con ocasión de esa afectación se puedan generar para el niño durante su proceso de desarrollo después del nacimiento. La mayoría de estas intervenciones quirúrgicas deben realizarse antes de la semana 26 de embarazo.

**150.** Así, en línea con lo que ha sido expuesto, es posible afirmar que el feto o el embrión son titulares del ejercicio de los derechos como la salud y la dignidad humana, dado su carácter de ser sintiente de la especie humana. Sobre todo cuando es viable que el feto pueda vivir independiente del cuerpo de la mujer, caso en el cual puede considerarse como un paciente. La viabilidad del feto se ha definido como la capacidad de sobrevivir por fuera del vientre materno con el correspondiente apoyo médico y uso de tecnologías. En algunos estudios se ha entendido que ello puede ocurrir desde la semana 22 del embarazo.

**151.** Así las cosas, el *nasciturus* como parte de la especie humana goza de una protección específica en el ordenamiento jurídico, de manera que es titular de los derechos como la salud y la vida digna, y respecto de quién, además de la protección a través de la mujer embarazada, es posible prestar servicios de salud directamente. De lo anterior, es posible afirmar que el que está por nacer puede concebirse como un paciente del sistema de salud. Lo expuesto hasta este punto explica por qué, en el ámbito de los contratos de medicina prepagada, se exige a los padres hacer la afiliación del que está por nacer entre las semanas 12 y la 22. Lo anterior, a efectos que la cobertura del contrato sea plena y no se generen restricciones en la prestación de cualquier tipo de servicio con ocasión de posibles preexistencias o exclusiones.

**152.** Por su parte, también en lo que se refiere a la atención prioritaria en salud que se otorga a las mujeres embarazadas, es preciso hacer referencia a la línea que al respecto se ha desarrollado en la Corte en torno a la garantía de la mujer embarazada en situación migratoria irregular. Al respecto, cabe recordar que, de acuerdo con esta Corporación, la atención en salud para la población migratoria que no se encuentra regularizada se limita a la atención básica y de casos de urgencias.<sup>98</sup> En lo que respecta a las mujeres embarazadas que se encuentran en situación irregular, la Corte entendió que sin perjuicio de no regularizar su

---

<sup>98</sup> Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-314 de 2016, SU-677 de 2017, T-705 de 2017, T-210 de 2018, T-348 de 2018, T-197 de 2019 y T-452 de 2019.

situación, la mujer en estado de gestación era titular del derecho de atención en salud, dada la necesidad de garantizar los controles prenatales, la atención efectiva durante el proceso de parto y en el post parto, dada la conexidad que tiene este proceso de gestación con el derecho a la vida digna, “*lo cual puede estar estrechamente vinculado con la exigencia de pago de los servicios básicos y de urgencias a los afectados.*”<sup>99</sup>

**153.** En efecto, en la Sentencia SU-677 de 2017 se consideró que el Hospital accionado había vulnerado los derechos fundamentales de una mujer en situación migratoria irregular que se encontraba en estado de embarazo, cuando se negó a realizar los controles prenatales y a no atender el parto de forma gratuita. Siendo que la mujer se encontraba, además, en una circunstancia de pobreza extrema.

**154.** Este tipo de garantías dispuestas en el ordenamiento jurídico, necesariamente suponen el amparo de los derechos de la vida y dignidad humana del que está por nacer y la vida en gestación, lo cual deriva en la garantía de los derechos a la salud, entre otros, del feto y del embrión, es decir, de la vida desde la concepción. De lo establecido hasta aquí, se puede derivar que del marco jurídico constitucional el que está por nacer, niño o niña, es en todo caso, miembro de la especie humana. En general, en el derecho internacional de los derechos humanos de la existencia de un derecho humano se derivan obligaciones para el Estado de respeto y garantía<sup>100</sup>. Cuestión similar ha sido reconocida por esta Corte en su jurisprudencia<sup>101</sup>. Por lo tanto, Colombia -incluidos sus jueces constitucionales- tienen la obligación de respetar y garantizar el derecho a la vida, la integridad personal, la igualdad y todos los demás derechos de los no nacidos. La garantía de estos derechos implica entre otras acciones promoverlos<sup>102</sup>, y prevenir, investigar, juzgar y sancionar sus vulneraciones.<sup>103</sup>

**155.** Finalmente, si es que esta Corte Constitucional o las autoridades nacionales decidieron omitir la abrumadora evidencia de que el no nacido, niño o niña, es miembro de la especie humana y, por lo tanto es sujeto de derechos, no hay duda de que en coherencia con la jurisprudencia constitucional, es un ser sintiente. Así, esta Corte en la sentencia C-467 de 2016 estableció que de la relación de los seres humanos con la fauna se derivan una serie de deberes de protección y cuidado:

“un deber de resguardo de los animales contra el padecimiento, el maltrato y la crueldad.  
De la relación entre la naturaleza y los seres humanos se puede inferir el estatus moral de

<sup>99</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-677 de 2017.

<sup>100</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, Párr. 164; Caso Kawas Fernández vs. Honduras Párr. 31 ; Caso Claude Reyes y Otros Vs. Chile; Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General N. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto*, 80.

<sup>101</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-690 de 2017; Corte Constitucional. Sentencia C-579 de 2013.

<sup>102</sup> CIDH. Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos.

<sup>103</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-690 de 2017; Sentencia T-553 de 1995; T-406 de 2002; T-1051 de 2002.

la vida animal y dotar de la capacidad de sufrimientos a los mismos, **por ello se entiende que son seres sintientes que conllevan a una serie de obligaciones para los seres humanos, de cuidado y protección**”<sup>104</sup>

**156.** Este reconocimiento de derechos y correlativas obligaciones para los seres humanos se ha extendido incluso a partes del medio ambiente como el Río Atrato<sup>105</sup> y la Amazonía<sup>106</sup>. En jurisprudencia reciente, esta Corte ha establecido que los animales merecen protección como “seres sintientes, individualmente considerados”,<sup>107</sup> y que incluso en caso de duda sobre su condición de sintientes - en el caso de peces-, en virtud del principio de precaución deben prohibirse actividades que potencialmente puedan causar dolor. Esta línea jurisprudencial implica reevaluar el déficit de protección en el que ha quedado el no nacido con esta sentencia C-055 de 2022.

**157.** En la literatura científica se ha establecido que existe evidencia del dolor fetal al menos desde la semana 20 de gestación.<sup>108</sup> En las semanas previas, no hay evidencia de inexistencia de dolor fetal, sino ausencia de prueba sobre su ocurrencia. Incluso en semanas más tempranas hay evidencia de reacciones fisiológicas al dolor.<sup>109</sup> Algunos artículos científicos que fueron aportados al proceso de constitucionalidad indican que existen evidencias de este dolor desde la semana 7 de gestación.<sup>110</sup> Esto implica que, mucho antes del límite establecido por la Corte Constitucional de 24 semanas, hay evidencia de dolor fetal. Así las cosas, los seres humanos en gestación deben ser considerados seres sintientes y se generan para todos los demás deberes de cuidado y protección.

**158.** En suma, haciendo una interpretación sistemática del marco jurídico constitucional se puede establecer que los no nacidos, niños o niñas, son miembros de la especie humana, y que el Estado debe respetar y promover sus derechos, y prevenir, investigar, juzgar y sancionar las violaciones en su contra. Adicionalmente, que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, deben

<sup>104</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-095 de 2016

<sup>105</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-622 de 2016

<sup>106</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC 4360-2018. Radicación n.º 11001-22-03-000-2018-00319-01 (2018)

<sup>107</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU016 de 2020.

<sup>108</sup> “Invasive fetal procedures clearly elicit a stress response...” “Studies of neonates who received deep anesthesia with sufentanil had significantly reduced stress responses, complications, and mortality rates to surgery compared to neonates who received lighter anesthesia.” Arina O. Grossu. What Science Reveals About Fetal Pain. 2017. Issue Analysis. <https://downloads.frc.org/EF/EF15A104.pdf>; Flores Muñoz, Las intervenciones en el feto, el dolor y sus dilemas bioéticos (2014). Recuperado de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0187-53372014000200008](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-53372014000200008); Venegas y Kizer,

¿Siente dolor el feto? (2016). Recuperado de: [http://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S0048-77322016000200008&script=sci\\_abstract](http://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S0048-77322016000200008&script=sci_abstract)

<sup>109</sup> Flores Muñoz, Las intervenciones en el feto, el dolor y sus dilemas bioéticos (2014). Recuperado de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0187-53372014000200008](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-53372014000200008); Derbyshire, S.W. Fetal Pain: Do we know enough to do the right thing? (2008) *Reproductive Health Matters*, 16(31), 117-126.

<sup>110</sup> Kemel A. Ghotme y Eduardo Cortés S. Intervención ciudadana ante la Corte Constitucional de noviembre 12 de 2020. Expediente 13.956. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=22186>.

ser reconocidos como mínimo como seres sintientes, y que tal condición genera obligaciones de protección y cuidado respecto de ellos.

### ***Sobre la ponderación de los derechos del que está por nacer***

**159.** A la luz de lo presentado hasta este punto, se advierte con suma claridad que la vida en gestación tiene una protección especial por parte del Estado, en tanto que se trata de un sujeto de la especie humana que es un ser sintiente y es titular de derechos. Sin perjuicio de esto, la jurisprudencia de la Corte también ha entendido que el deber de protección a favor del *nasciturus* debe ser ponderado cuando entra en conflicto con otros derechos y principios, como, por ejemplo, los derechos de la mujer.

**160.** En efecto, en virtud de una ponderación realizada por la Corte Constitucional entre el deber de protección del *nasciturus* y los derechos, principios y valores en cabeza de la mujer gestante tales como la dignidad humana, en la Sentencia C-355 del 2006 se despenalizó el aborto en tres causales específicas.<sup>111</sup> En dicha sentencia la Corte, concluyó que la preeminencia de la protección de la vida del *nasciturus*, mediante la amenaza de la sanción penal, resultaba excesiva y desproporcionada frente a los derechos fundamentales de la mujer embarazada, cuando: (i) el embarazo era resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal, o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial, transferencia de óvulo fecundado no consentidas o incesto; (ii) existe amenaza contra la salud y la vida de la mujer gestante; y (iii) existe malformaciones en el feto de tal gravedad que hacen inviable su vida.<sup>112</sup>

**161.** Bajo este panorama explicado, en el marco de la tensión que se presenta entre los derechos sexuales y reproductivos de la mujer y la obligación de protección del derecho a la vida y la garantía de los derechos del que está por nacer, **la solución adoptada en la Sentencia C-055 de 2022 resulta en la prevalencia total de un derecho sobre otro, en el que se le resta cualquier tipo de valor o importancia a la vida embrionaria desde el momento de la concepción, en los términos señalados por la jurisprudencia de la Corte**

---

<sup>111</sup>(“i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”. Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006.

<sup>112</sup> *Ibid.* Este supuesto hace referencia a lo establecido en el artículo 124 del Código Penal, al respecto cabe aclarar dos cosas. Lo primero es que considera la Corte necesario incluir el supuesto del incesto. Esto en razón a que; por un lado, también se trata de un embarazo producto de una conducta punible; por otro lado, “*aun cuando no implique violencia física, el incesto generalmente compromete gravemente la autonomía de la mujer y es un comportamiento que por desestabilizar la institución familiar resulta atentatorio no sólo de esta (...), sino de otro principio axial de la Carta: la solidaridad*”, Por ende, “*penalizar la interrupción del embarazo en estos casos supone también una injerencia desproporcionada e irrazonable en la libertad y dignidad de la mujer.*”

### **Interamericana de Derechos Humanos y aceptada por la jurisprudencia constitucional.**

**162.** Así, sin perjuicio de garantizar como se debe hacer, los derechos de la mujer a la vida, a la vida digna, a la igualdad, al libre desarrollo de su personalidad, a la libertad sexual y reproductiva, a la salud, a la educación, al libre desarrollo de la personalidad y demás derechos conexos de los cuales son titulares, la despenalización del aborto con fundamento en un sistema de plazos hasta la semana 24 de gestación sin que exista razón alguna de inconstitucionalidad, afecta de manera irrazonable y desproporcionada la obligación constitucional y convencional de protección de la vida del que está por nacer en ese período y correlativamente sus derechos a la vida, a la dignidad humana y a la salud, entre otros.

**163.** Por demás, los respetables argumentos invocados en la sentencia para tal efecto no constituyen razones de inconstitucionalidad y, por lo mismo, no podían ser abordados por la Corte para fundar en ellos una decisión judicial en ejercicio de un control abstracto de constitucionalidad, motivo por el cual no resuelven la tensión existente entre las citadas obligaciones de protección del derecho a la vida y los enunciados derechos fundamentales.

**164.** Con la Sentencia C-055 de 2022 se desconoce de forma absoluta la garantía de la vida humana en gestación, para dar lugar únicamente a la protección de la vida fetal a partir de la semana 24 de gestación. Ello da lugar a que, más allá de la garantía que a su vez merecen los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres, así como el resto de sus garantías constitucionales, se hayan anulado por completo las garantías que el ordenamiento nacional e internacional establecen a favor de la vida en gestación. La Sentencia debatida y votada el 21 de febrero de 2022 no da cuenta alguna de razón que permita inferir por qué se protege la vida del que está por nacer a partir del día primero de la semana 24, pero no se protege la vida del que está por nacer hasta el día anterior.

**165.** Aunque la providencia advierte la necesidad de la protección del bien jurídico de la vida en gestación como una finalidad constitucional imperiosa (artículos 11 de la CP y 4.1 de la CADH), finalmente con la decisión contenida en la parte resolutive se desconoce la protección que recae en el embrión, esto es, en el ser humano después de la concepción. De ahí que, lo dicho en la parte motiva sobre la protección de la vida en gestación se convierte entonces en mera retórica que no sirve para justificar la decisión adoptada. Esto también desconoce la protección internacional y del Sistema Interamericano respecto de la vida desde la concepción, en tanto que suprime completamente la protección de una de las etapas de la vida en gestación, generando una prevalencia total de los derechos de la mujer.

**166.** Lo indicado genera particulares dudas cuando la ponderación del derecho a la vida como derecho fundamental y humano ampliamente protegido, se realiza respecto de la posibilidad que tendrían las mujeres de realizar la IVE que se origina en el derecho reproductivo de decidir el número de hijos y el espaciamiento entre ellos, el cual, no necesariamente tiene un contenido fundamental.

**167.** Sin lugar a dudas, esta determinación adoptada en la Sentencia C-055 de 2022 implica una **regresión en materia de protección de los derechos del nasciturus**, así como frente a la obligación de protección de la vida desde la concepción prevista en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en los términos señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en los artículos 1, 11 y 44 de la Constitución, según lo establecido por la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional desde 1993.

***No existe fundamento constitucional para la despenalización del aborto hasta la semana 24***

**168.** Ahora bien, sin desconocer los derechos de las mujeres que se ven impactados por un embarazo en crisis, en la decisión adoptada por la “mayoría” de la Corte no se evidencia con claridad cuál es el fundamento para considerar que la penalización del aborto es inconstitucional a partir de la semana 24 de gestación, y cómo esta medida permite garantizar los derechos supuestamente vulnerados por el tipo penal. Por lo tanto, la decisión de la Corte, lejos de garantizar la Constitución Política, la vulnera. Con el fin de sustentar este punto, a continuación: (i) evidenciaré la ausencia de fundamento del plazo de las 24 semanas de gestación, (ii) abordaré los vacíos que resultan del análisis de los derechos presuntamente vulnerados, y (iii) evidenciaré la ausencia de rigurosidad en el test de proporcionalidad desarrollado por la Corte.

***El plazo de las 24 semanas de gestación no tiene fundamento***

**169.** En el acápite 13.2 de la decisión se establece que la medida adoptada para solucionar la tensión de derechos es la despenalización del aborto hasta la semana 24 de gestación, con fundamento en el concepto de autonomía. Sin embargo, este concepto, y por lo tanto el plazo, no se encuentra sustentado jurídica ni científicamente en la providencia. Así, la posición mayoritaria parte de **tres premisas falsas** para adoptar el plazo de las 24 semanas de gestación:

**170.** Primera, la mayoría de la Corte considera que el concepto de protección gradual e incremental desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) implica que debe existir un sistema de plazos para la realización de aborto. Así, la sentencia establece que ya la Corte IDH al establecer

un sistema de protección del derecho a la vida de forma gradual e incremental, reconoce que el derecho a la vida no es absoluto, y por lo tanto para lograr el óptimo constitucional se debe despenalizar el aborto hasta la semana 24 de gestación.

**171.** Esta premisa resulta profundamente problemática. Si bien es cierto que la Corte IDH se refirió a una protección gradual e incremental, este concepto lo incluyó en una decisión que nada tenía que ver con el aborto, sino con la fecundación *in vitro*, para la cual los momentos relevantes de la gestación son la fecundación y la implantación<sup>113</sup>. Por lo que, de dicha decisión no se puede argumentar que un sistema de plazos en el aborto es un óptimo constitucional para proteger los derechos en tensión, incluido el derecho a la vida del no nacido. Adicionalmente, el propio concepto de gradual e incremental precisa de una protección constante a la vida. No será gradual un sistema que deja desprotegido al no nacido hasta los seis meses de gestación. Este es un sistema que durante más de la mitad de la gestación deja en un déficit absoluto de protección al que está por nacer ¡Nada más contrario al concepto de gradualidad!

**172.** Podría argumentarse que la gradualidad está en la utilización del derecho penal solo en etapas avanzadas del embarazo. Sin embargo, la gradualidad requiere que existan medidas de protección, y lo cierto es que sin el tipo penal de aborto no hay una sola medida en el ordenamiento jurídico colombiano que proteja a los no nacidos de abortos arbitrarios. Aunque órganos internacionales han llamado la atención sobre el riesgo de los abortos selectivos en razón del género<sup>114</sup>, o por razones de discapacidad<sup>115</sup>, nada previene en este momento que en Colombia se lleven a cabo tales procedimientos. La mayoría de la Corte aceptó el postulado de la demanda según el cual es la madre la que decide si un ser humano es persona, al menos hasta las 24 semanas de gestación.

**173.** Adicionalmente, la sentencia señala:

“Este término también es consecuente con la información aportada al proceso de constitucionalidad, ampliamente referida, según la cual la práctica de abortos consentidos

---

<sup>113</sup> Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas.

<sup>114</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, UNICEF, Organización Mundial de la Salud y ONU Mujeres. “Preventing gender-biased sex selection: an interagency statement”. Recuperado de: [https://www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/Preventing\\_gender-biased\\_sex\\_selection.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/resource-pdf/Preventing_gender-biased_sex_selection.pdf); Banco Mundial “Gender Discrimination in Sex Selective Abortions and its Transition in South Korea”. Recuperado de: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/5205>; The United Nations Fourth World Conference on Women. Párrafo 155. Recuperado de: <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/violence.htm>.

<sup>115</sup> ONU. Rights of persons with disabilities. Report of the Special Rapporteur on the rights of persons with disabilities. Párrafos 21 y 32. 17 de diciembre de 2019. Recuperado de: [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/HRC/43/41&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/43/41&Lang=E); La eliminación de restricciones al aborto deriva en prácticas eugenésicas en personas con síndrome de Down. Recuperado de: <https://www.asdra.org.ar/destacados/la-eliminacion-de-restricciones-al-aborto-deriva-en-practicas-eugeneticas-en-personas-con-sindrome-de-down/>

tiene menor incidencia porcentual en ese momento, lo que supone, por tanto, una mayor protección *in genere* de la vida en gestación, incluso por la vía penal. En este sentido, según precisa Profamilia en el concepto técnico aportado al proceso, a partir de datos comparados, **la mayoría de los abortos se practican en el primer trimestre.**” (Negrillas fuera del texto original)

**174.** Este argumento evidencia la contradicción de la figura adoptada por la mayoría de la Corte, y la obligación de proteger la vida de forma gradual e incremental. Según datos de Profamilia, el 93,77% de los abortos se realizan en el primer trimestre, esto quiere decir que es en esta etapa en la que la vida de los no nacidos está siendo más afectada<sup>116</sup>. En este sentido, si la medida en efecto busca dirimir la tensión de derechos, sin cercenar ninguno, resulta en un contrasentido que se despenalice, sin que exista ninguna otra medida de protección, la práctica de abortos en la etapa gestacional en la que en mayor medida se presentan.

**175.** Segunda, la mayoría de la Corte considera que el concepto de autonomía es mejor que el de existencia, en tanto a este último “le es propio un problema de indefinición”<sup>117</sup>. Esta premisa tiene varios problemas argumentativos. El primero es que parte de que la gestación humana se divide en dos momentos: la existencia y la autonomía, cuestión que desconoce por completo la embriología humana y que deja de lado importantes momentos como el de la aparición de dolor fetal. El segundo, es que considera que respecto del plazo de la autonomía hay consenso en las 24 semanas, que es un plazo que no adolece del problema de indefinición, cuestión que es falsa desde el punto de vista científico.

**176.** Así, la mayoría de la Corte sustenta que la autonomía, concepto derivado de la viabilidad extrauterina, ocurre a las 24 semanas de gestación, y el fundamento para determinar este plazo es, según la nota al pie 609 de la sentencia:

“Este límite gestacional para la práctica del aborto voluntario ha sido adoptado, entre otros, en Holanda, en varios estados de Estados Unidos, en varias de las provincias y territorios de Canadá, en Singapur y en algunos estados de Australia. Este concepto, también asociado a la voz de “viabilidad”, fue determinante para la definición del límite en el que se consideró justificado el interés estatal en proteger la vida en gestación y, por tanto, permitir a los estados prohibir la práctica del aborto voluntario, en los casos *Roe vs. Wade* (1973) y *Planned Parenthood vs. Casey* (1992), de la Corte Suprema de Estados Unidos. En el primero, **en atención al estado de la técnica para aquel momento, el término de “viabilidad” se fijó en la semana 28 de gestación; en el segundo, como consecuencia del avance en la técnica médica, dicho término se consideró que se presentaba en algún momento entre las semanas 23 y 24 de gestación.**” (Negrillas fuera del texto original)

---

<sup>116</sup> Concepto técnico de Profamilia, en atención a la invitación hecha mediante Auto de 19 de octubre de 2020

<sup>117</sup> Párrafo 611.

**177.** El plazo seleccionado por la providencia no se fundamentó en estudios científicos -que de hecho fueron aportados al proceso<sup>118</sup>-, ni en informes médicos, sino en legislación comparada, de Estados que: (i) tienen contextos muy diferentes al Colombiano, (ii) en sus mismas legislaciones ha variado el tiempo de viabilidad (Estados Unidos), y (iii) no les resulta vinculante el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece el derecho a la vida desde la concepción. La sentencia ni siquiera realiza un estudio serio de derecho comparado, en el que podría haber establecido que la mayoría de los países que tienen sistemas de plazos, definen la despenalización muy por debajo de las 24 semanas de gestación<sup>119</sup>.

**178.** La indefinición del plazo de las 24 semanas se ve en el mismo texto de la sentencia, en el que se indicó, por ejemplo, que “la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología sostuvo que la viabilidad del feto depende de la tecnología disponible para asistirlo de forma artificial con el fin de llevarlo a un punto en el que su vida pueda ser verdaderamente autónoma”. A renglón seguido, se señala que el Colegio Real de Ginecología y Obstetricia del Reino Unido establece que la viabilidad ocurre a las 22 semanas de gestación, la a Sociedad de Cirugía de Bogotá a las 24-26 semanas, la Pontificia Universidad Javeriana explicó que esta viabilidad en realidad ocurre a las 37 semanas de gestación<sup>120</sup>. Esto, sin tomar en consideración otros estudios que señalan que la viabilidad ocurre a las 22 semanas de gestación<sup>121</sup>.

**179.** Como se ve en el concepto de la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología, la indefinición es consustancial al concepto de viabilidad, pues este se deriva de múltiples factores<sup>122</sup>, entre otros: la calidad de los servicios médicos, el peso del feto, la salud del feto y de la madre. Esta es una de las razones que se incluye en el draft del caso Dobbs de la Corte Suprema de Estados Unidos, para expresar que la línea de 24 semanas de gestación no tiene sentido constitucional. Este draft podría dejar sin efecto las dos sentencias que le sirven de base a la

---

<sup>118</sup> Kemel A. Ghotme y Eduardo Cortés S. Intervención ciudadana ante la Corte Constitucional de noviembre 12 de 2020. Expediente 13.956. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=22186>; Fundación Colombiana de Ética y Bioética. Intervención ciudadana ante la Corte Constitucional de noviembre 12 de 2020. Expediente 13.956. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/archivo.php?id=25699>

<sup>119</sup> Center for Reproductive Rights. “The World’s Abortion Laws” Recuperado de: <https://reproductiverights.org/maps/worlds-abortion-laws/>.

<sup>120</sup> Ver 617 a 619.

<sup>121</sup> Keith Barrington, Active intervention at 22 weeks’ gestation, is it futile?, Neonatal Research Blog (Oct. 29, 2018), recuperado de: <https://neonatalresearch.org/2018/10/29/active-intervention-at-22-weeks-gestation-is-it-futile/>. Citado en: Amici Curiae Dobbs V. Jackson Women’s Health Organization; P. Watkins, J. Dagle, et al., Outcomes at 18 to 22 Months of Corrected Age for Infants Born at 22 to 25 Weeks of Gestation in a Center Practicing Active Management, 217 J. Pediatrics 52 (Feb 2020), Citado en: Amici Curiae Dobbs V. Jackson Women’s Health Organization.

<sup>122</sup> Véase: Corte Suprema de Estados Unidos: Colautti v. Franklin, 439 U.S. 379 (1979); Véase también: Fost, Chidwin and Wikler, “The limited Moral significance of ‘Fetal Viability’”(1980); Cerezo Mulet, “Límite de viabilidad fetal: un problema moral, ético, legal y de responsabilidad profesional”. Recuperado de: <https://docs.bvsalud.org/biblioref/2019/03/981164/01.pdf>.

mayoría de la Corte para establecer el límite<sup>123</sup>. Y, sobre esto, quisiera hacer un llamado de atención, pues no es admisible que la metodología usada por una Corte Constitucional para determinar el límite según el cual un ser humano será protegido, sea un rápida revisión de legislaciones comparadas. En el propio desarrollo de las legislaciones de Estados Unidos se han presentado profundas discusiones sobre la limitación de los abortos incluso antes de la semana 24, por ejemplo en la semana 20 por la evidencia de existencia de dolor fetal<sup>124</sup>.

**180.** Si el sustento de la mayoría de la Corte fue usar legislación comparada, quedan muchas dudas de la escogencia de esta legislación como expresamente las planteo en el debate de la Sala Plena ¿por qué no la semana 20 por el dolor fetal? o ¿la semana 12 como en Uruguay?<sup>125</sup>, o ¿la prohibición general como en El Salvador?<sup>126</sup> La ausencia de debida justificación puede interpretarse como la necesidad de acoger el límite más amplio que se ha dado en las legislaciones comparadas, cuestión que no sustenta un juicio de constitucionalidad. Pero además, como lo mencionaba anteriormente, la mayoría de la Corte no hace un análisis riguroso de la compatibilidad de esa legislación con el ordenamiento jurídico colombiano y el contexto colombiano. Por lo tanto, en mi opinión, este límite temporal es completamente arbitrario.

**181.** La cuestión resulta aún más problemática, en el entendido que la propia Academia Nacional de Medicina de Colombia señala que no fue consultada para la definición del límite temporal, y en todo caso encuentran inadecuado este límite<sup>127</sup>.

**182.** Tercera, la posición mayoritaria parece partir de una base no demostrada según la cual la viabilidad es un concepto con relevancia constitucional. Esta es la premisa más problemática, pues nos encontramos ante un juicio de constitucionalidad, por lo que los conceptos que deben ser aplicados para resolver el problema jurídico, deben tener relevancia constitucional. Las etapas gestacionales, así como el concepto de viabilidad pueden tener impacto en la determinación de una regulación legal del aborto, donde se analizan cuestiones de

---

<sup>123</sup> Tribunal Supremo de EE.UU. Borrador Filtrado de Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al., v. Jackson Women's Health Organization

<sup>124</sup> Entre los Estados que han basado su regulación en el dolor fetal se encuentran: Nebraska, Kentucky, Distrito de Columbia, Kansas, Idaho, Alabama, Mississippi, Oklahoma. Recuperado de: Flórez, M. A. (2014). *Implicaciones bioéticas del dolor y el feto*. Universidad Nacional Autónoma de México; Graham, L. (2021, enero 27). *S.61 - 117th Congress (2021-2022): Pain-Capable Unborn Child Protection Act (2021/2022)* [Legislation]. <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/61>

<sup>125</sup> República de Uruguay. Ley No. 18987. Ley sobre interrupción voluntaria del embarazo. Ley de aborto. Art. 6. UNFPA. El proceso de despenalización del aborto en Uruguay. Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Noviembre de 2019. Disponible en: [https://uruguay.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/unfpa-ive\\_2020-02-10-webo.pdf](https://uruguay.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/unfpa-ive_2020-02-10-webo.pdf); Ley 18426 de 2008 de la República de Uruguay.

<sup>126</sup> Código Penal de El Salvador. Decreto legislativo 1040 de 1997. Arts. 133-137.

<sup>127</sup> EPICRISIS: Órgano Oficial de Comunicación del Colegio Médico Colombiano, “Declaración de la academia nacional de medicina respecto de la despenalización del aborto”. Recuperado de: <https://epicrisis.org/2022/03/12/declaracion-de-la-academia-nacional-de-medicina-respecto-a-la-despenalizacion-del-aborto/>.

conveniencia. Pero el resultado constitucional de la escogencia de la Corte del límite de 24 semanas es que antes de las 23 semanas el no nacido es “irrelevante” constitucionalmente, o al menos el no nacido “no deseado por su madre”.

**183.** Así pues, aquí hay una cuestión fundamental que no fue analizada por la mayoría de la Corte, y es que el no nacido como persona a la luz de la CADH, como niño o niña a la luz de la Convención de los Derechos del Niño y como miembro de la especie humana, **tiene derecho a la igualdad**. Así las cosas, la sentencia C-055 de 2022 incluye un evidente trato diferenciado entre los no nacidos de 0-23 semanas de gestación, y los de 24 semanas de gestación en adelante, unos podrán ser abortados sin ninguna consideración, podrá terminarse su vida libremente bajo el amparo del Estado, y respecto de los otros deberá acreditarse una de las causales de la sentencia C-355 de 2006. En este sentido, la posición mayoritaria de la Corte debió: (i) demostrar que no se está ante un trato desigual porque son sujetos con una diferencia que resulta relevante para la discusión (lo que no ha sido demostrado por la indefinición científica de la viabilidad y la ausencia total de fuentes médicas para definirlo); o (ii) realizar un juicio integrado de igualdad<sup>128</sup> para demostrar que el trato diferenciado es justificado (cuestión que tampoco ocurrió).

**184.** Así las cosas, en mi opinión nos encontramos ante la escogencia arbitraria de un plazo que deja en un déficit absoluto de protección a los seres humanos hasta los seis meses de su gestación. Un término que no encuentra respaldo científico y que no parece tener una relevancia constitucional. Aunque en gracia de discusión se aceptara que la viabilidad ocurre a las 24 semanas de gestación, cuestión que no es cierta, no es claro por qué ese momento gestacional es relevante constitucionalmente, por qué ese momento permite el “óptimo constitucional” del que habla la posición mayoritaria ¿es menos digno un ser humano de 23 semanas de gestación que uno de 25? ¿Es menos digno un ser humano que no puede sobrevivir fuera del vientre materno? Se trata entonces de un concepto de independencia o de capacidad plena, si esto es así estamos transitando por un camino muy riesgoso en el que aquellos que tienen capacidades o independencia limitadas son menos dignos y merecen menor protección. Como Magistrado de la Corte, Corporación que tiene a su cargo, la guarda y la integridad de la Constitución, con todo respeto, yo debo dejar sentada mi profunda discrepancia con este tipo de razonamientos.

---

<sup>128</sup> La Corte Constitucional ha entendido que el juicio integrado de igualdad “permite establecer si las razones que fundan una medida que conlleva a un trato diferenciado son constitucionalmente admisibles. Este método se basa en la utilización del juicio de proporcionalidad con distintas intensidades, de acuerdo con el ámbito en el que se haya adoptado la decisión controvertida, y concretamente, propone mantener una relación inversamente proporcional entre la facultad de configuración del legislador y la facultad de revisión del juez constitucional, con el fin de proteger al máximo el principio democrático”. (Sentencia C-220 de 2017); Véase también, Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2021; C-084 de 2020; C-015 de 2014; C-104 de 2016.

*La posición de la mayoría no sustenta adecuadamente las supuestas vulneraciones a los derechos a la salud, igualdad, libertad de conciencia y los principios constitucionales del derecho penal*

**185.** Como se mencionó al inicio, la “mayoría” de la Corte parte de una premisa falsa y es que los argumentos presentados por la demanda incluyen posibles vulneraciones a derechos constitucionales. Sin embargo, en mi opinión, todas y cada una de las cuestiones que sustentan las supuestas vulneraciones no tienen fundamento constitucional como pasaré a desarrollar.

**186.** De manera transversal, llamo la atención sobre la inadecuada utilización de las fuentes constitucionales para justificar la presunta vulneración constitucional, sin tener rigurosidad de excluir argumentos que abiertamente vulneran la cosa juzgada constitucional, aunque la demanda nos los incluye. Así, por la ausencia de valoración rigurosa, es la propia Corte la que para fundamentar sus argumentos valora la norma constitucional a la luz de los derechos al libre desarrollo de la personalidad<sup>129</sup>, la facultad de escoger el número y espaciamiento de los hijos<sup>130</sup>, y la autonomía personal. Todas cuestiones que fueron ampliamente valoradas en la sentencia C-355 de 2006<sup>131</sup>.

*Ausencia de motivos constitucionales en relación con el cargo de la obligación de “respeto al derecho a la salud y a los derechos reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes”*

**187.** La posición mayoritaria señala:

“A partir de esta caracterización, la jurisprudencia constitucional ha precisado que la IVE ‘no se limita a la realización de un procedimiento médico, sino también supone componentes básicos de información, accesibilidad y disponibilidad en los servicios por parte de las EPS’ 253 y, por tanto, dado que ‘no se agota en la materialización de un procedimiento médico que ponga fin al proceso de gestación, en los tres casos previstos en la sentencia C-355 de 2006 [...] su realización se vincula estrechamente con los derechos a la dignidad humana y a la autonomía individual (Art. 1 C. Pol.); a la vida digna (Art. 11 C. Pol.); a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Art. 12); a la intimidad personal y familiar (Art. 15 C. Pol.); al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16 C. Pol.); a las libertades de conciencia y religión (Art. 18 y 19 C. Pol.); a la seguridad social (Art. 48 C. Pol.), a la salud (Art. 48 y 49 C. Pol. ) y a la educación (Art. 67 C. Pol.)’. Es por esto por lo que ha precisado que ‘la interrupción voluntaria del embarazo protege la autonomía y la libertad de decisión de la mujer que, encontrándose en alguna de las tres causales de despenalización previstas en la sentencia C355 de 2006, resuelve poner fin al proceso de gestación humana’.”

<sup>129</sup> Ver párrafo 312,

<sup>130</sup> Ver párrafo 312,

<sup>131</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006.

**188.** A partir de esta conceptualización, la posición mayoritaria considera que la actual regulación del aborto impide a las mujeres acceder a servicios de salud, exponiéndolas a abortos inseguros, contraviniendo una serie de **recomendaciones** de órganos internacionales. Sobre esta argumentación de la sentencia, en mi opinión, surgen dos problemas: (i) el único servicio de salud existente en Colombia relacionado con el aborto es la interrupción voluntaria del embarazo en los tres casos despenalizados, y (ii) no existe ninguna disposición vinculante para Colombia que requiera de la despenalización del aborto hasta la semana 24 de gestación.

**189.** Así las cosas, la posición mayoritaria en esta sección da un salto argumentativo, pasa de considerar un servicio de salud la IVE en las tres causales, a considerar todos los abortos un servicio de salud, sin explicar por qué es labor de la Corte Constitucional establecer que el aborto es un servicio de salud. Este tipo de cuestiones sin duda le corresponden al legislador o al ejecutivo - en el marco de sus respectivas competencias- en la definición de políticas públicas, y la Corte solo debería intervenir si es que hay un procedimiento médico que evidentemente se relaciona con la salud y no está siendo reconocido.

**190.** En este sentido, dado que el embarazo no es una enfermedad, y que los casos en los que la vida y la salud de la madre se encuentran en peligro ya estaban despenalizados, no hay razón **constitucional**, para que la Corte por vía jurisprudencial cree un nuevo servicio de salud. La pregunta que se realizó a la Corte es si el delito de aborto es constitucional, y no si la política pública en salud es efectiva. Ahora bien, un elemento adicional contemplado por la Corte para determinar la supuesta vulneración al derecho a la salud, es el riesgo para la salud de las mujeres en la práctica de abortos inseguros. Sin embargo, esta cuestión, aunque de la máxima relevancia, nuevamente es un asunto de política pública, y es ante un **problema social**, cuál debe ser la respuesta del Estado. Ante este problema social el Estado puede prever vías como la mayor persecución penal de las Clínicas ilegales de abortos, el control de medicamentos, o incluso la despenalización, todas cuestiones que le corresponden al legislativo y al ejecutivo, pero no a la Corte en un juicio de constitucionalidad.

*Ausencia de motivos constitucionales en relación con el cargo del “derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular”*

**191.** Este cargo se sustenta en una discriminación indirecta, en la que según la posición mayoritaria de la Corte el aborto “impacta de manera -evidentemente más desproporcionada- a las mujeres más vulnerables por su condición socioeconómica, su origen rural, su edad, o su situación migratoria, entre otros

factores”<sup>132</sup>. Por tanto, de acuerdo a los dos criterios jurisprudenciales para establecer una discriminación indirecta - (i) la existencia de una medida o práctica que se aplica a todos de una manera aparentemente neutra, y (ii) el hecho de que esa medida o práctica pone en una situación de desventaja a un grupo de personas protegido-, la Corte encontró que el delito del aborto genera una mayor afectación a las mujeres vulnerables, configurando así la discriminación. Así, para la Corte:

“La penalización del aborto con consentimiento, sin embargo, no evidencia una incidencia relevante en su disminución ni, por tanto, en una mayor protección a la vida en gestación. Por el contrario, **fomenta la práctica irregular del procedimiento de la IVE**, lo que da lugar a graves perjuicios para para las mujeres, niñas y personas gestantes, no solo como grupo discriminado y expuesto a múltiples factores de violencia, sino individualmente consideradas, **con especial incidencia en las más vulnerables**, entre ellas quienes se encuentran en situación migratoria irregular. Estas mujeres, niñas y personas gestantes **afrontan un problema de salud pública que las expone a sufrir complicaciones por el procedimiento e, incluso, a perder sus vidas**”<sup>133</sup>.

**192.** En este orden de ideas, la mayoría concluyó que las mujeres más vulnerables no sólo afrontan más dificultades para acceder al sistema de salud, sino que también son las más afectadas por la sanción penal. Lo anterior, “sin contar con las desventajas que la precariedad socioeconómica trae para las mujeres cuyas condiciones de vulnerabilidad les ha impedido acceder a educación de calidad sobre el ejercicio responsable de sus derechos sexuales y reproductivos o para acceder a la IVE en los casos referidos en la Sentencia C-355 de 2006”<sup>134</sup>.

**193.** Ahora bien, como se pasará a demostrar a continuación, los argumentos anteriormente expuestos no se originan por la inconstitucionalidad de una norma, sino por la ausencia de una política pública integral que permita garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, en particular en relación con el derecho a la igualdad de las personas más vulnerables.

**194.** Si bien el delito del aborto se tipificó en 1837, época en la cual aún no se reconocían los derechos de las mujeres, la norma no pretendía -ni lo hace ahora- subordinar a las mujeres. Por el contrario, desde su expedición ha pretendido proteger la vida del no nacido. A pesar de que la mayoría afirma que no hay evidencia que este delito tenga una incidencia relevante en la disminución de prácticas abortivas, de esto no hay prueba alguna. De hecho, hay sociedades en las que se ha evidenciado un incremento gradual del número de abortos desde su despenalización<sup>135</sup>. En el propio contexto colombiano, desde la despenalización del

<sup>132</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-055 de 2022. Párr. 349

<sup>133</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-055 de 2022. Párr. 353

<sup>134</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-055 de 2022. Párr. 364

<sup>135</sup> Por ejemplo este es el caso de Groenlandia (Ver <https://www.bbc.com/mundo/noticias-48295587>) e Inglaterra (Ver <https://oneofus.eu/es/cifra-record-de-aborto-en-inglaterra-y-gales-una-tragedia-nacional/>)

aborto en las tres causales se ha visto un incremento creciente de la práctica de este procedimiento<sup>136</sup>.

**195.** El magistrado sustanciador inició su argumento reconociendo que la inconstitucionalidad de la norma se presenta por la política de someter a la mujer, “**sin ofrecer alternativas para el ejercicio de sus derechos**, a una pena privativa de la libertad”<sup>137</sup>. En otras palabras, no es el delito de aborto el que establece un régimen discriminador, sino la falta de medidas adicionales que permitan garantizar los derechos de las mujeres. Así, la posición mayoritaria falla en demostrar que el delito de aborto genera que las mujeres migrantes, rurales, y todas las demás mujeres en situación de vulnerabilidad tengan un acceso limitado a los servicios de salud.

**196.** Lo que se evidencia de los alegatos de la demanda, y el análisis de la Corte es que hay un sinnúmero de derechos desconocidos por una política pública fallida en relación con las mujeres vulnerables, que en ningún caso se subsanan con la despenalización del aborto. Vale la pena preguntarse: ¿con la despenalización hasta la semana 24 de gestación las mujeres vulnerables tendrán un mayor acceso a la salud, a la educación sexual o los programas sociales del Estado? La posición mayoritaria de la Corte parte de un argumento falaz respecto de las causas. Si bien las consecuencias están plenamente demostradas, esto es, las afectaciones sociales de esta población vulnerable, hay una ausencia total de demostración de que la causa eficiente de esas consecuencias es la tipificación del delito de aborto.

**197.** En este mismo sentido, el delito de aborto como norma no es la causante de un mayor número de procesos penales en contra de mujeres rurales, como lo expresa la posición mayoritaria. Por el contrario, esta aplicación diferenciada del derecho penal respecto de la población vulnerable, que ocurre en general respecto de todos los tipos penales<sup>138</sup>, se relaciona con una inadecuada implementación de la política criminal en Colombia, cuestión que tampoco corresponde a la Corte analizar en un juicio de constitucionalidad.

**198.** El argumento de la Corte se refiere a una discriminación indirecta en aquellos casos en que

“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

---

<sup>136</sup> Así se evidencia en el Concepto Técnico del Distrito de Bogotá enviado a través de la Secretaría de la Mujer en razón del Oficio 4056 del 28 de Octubre de 2020

<sup>137</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-055 de 2022. Párr. 349

<sup>138</sup> Zaffaroni, Eugenio R. Derecho Penal Parte General. Segunda Parte. Teoría del delito. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 654.

diferenciadores entre personas, pueden producir desigualdades de facto entre unas y otras, por su efecto adverso exclusivo, constituyendo un tipo indirecto de discriminación”<sup>139</sup>.

**199.** Así las cosas, la Corte Constitucional debía demostrar en este acápite que: (i) existe una norma aparentemente neutral, (ii) existen efectos diferenciados en relación con una población, y (iii) que dichos efectos son generados por la norma acusada. Por lo tanto, no resulta suficiente demostrar que hay una condición estructural de desigualdad en la sociedad, o que hay efectos diferenciados respecto de las mujeres vulnerables, sino que debe demostrarse que la causa de dichos “efectos” es la norma acusada, en este caso el tipo penal de aborto. La Corte falla en esta demostración, por lo que no se puede establecer que las tan dolorosas circunstancias de las mujeres vulnerables sean un “efecto” de la tipificación del aborto. Luego entonces, aunque es una situación preocupante, no le es dable a la Corte afectar la constitucionalidad de una norma que no es la causa de esas desigualdades sociales.

**200.** Por supuesto, no soy ajeno y me solidarizo con el trato desigual que reciben miles de mujeres vulnerables en Colombia. Sin embargo, también me solidarizo con las miles de vidas que están en el vientre y que a pesar de no tener voz, deben ser protegidas. No son menos valiosos los seres humanos gestantes hijos de mujeres rurales o en situación migratoria irregular, son igual de dignos y merecen igual protección. Es por esto que bajo un análisis profundo del derecho a la igualdad, en mi opinión, la posición mayoritaria no demuestra como la norma penal genera la discriminación indirecta.

*Ausencia de motivos constitucionales en relación con el cargo de “libertad de conciencia de las mujeres, las niñas y las personas gestantes, en especial, frente a la posibilidad de actuar conforme a sus convicciones en relación con su autonomía reproductiva”*

**201.** La decisión “mayoritaria” establece que la afectación al derecho a la libertad de conciencia se da por la siguiente razón:

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

---

<sup>139</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-055 de 2022. Párr. 344

gestación es un deber de cumplimiento gradual e incremental.” (Negrillas fuera del texto original)

**202.** Como lo expresaba en la sección de ineptitud de los cargos, en mi opinión aquí la Corte confunde la autonomía reproductiva (cuestión que fue analizada en la C-355) con la libertad de conciencia. Adicionalmente, la posición mayoritaria deriva del artículo 18 de la Constitución, una suerte de test en el que las normas penales deben ser valoradas -en abstracto- respecto de todas las convicciones personales de los ciudadanos. Así, la conclusión a la que arriba la sentencia no tiene sustento constitucional por al menos tres razones.

**203.** En primer lugar, los elementos de la libertad de conciencia son: (i) nadie podrá ser objeto ni de acoso ni de persecución en razón de sus convicciones o creencias; (ii) ninguna persona estará obligada a revelar sus convicciones y (iii) nadie será obligado a actuar contra su conciencia<sup>140</sup>.

**204.** La Corte parece derivar del último elemento que el delito de aborto impacta la libertad de conciencia porque no toma en cuenta las consideraciones de la mujer sobre el bien y el mal moral. Sin embargo, esta postura no tiene sustento constitucional porque desconoce el alcance del derecho a la libertad de conciencia. Así, si bien las personas no pueden ser compelidas, en principio<sup>141</sup>, a actuar contra su conciencia, este es un juicio que se hace en el caso concreto y no en abstracto. De lo contrario, ni el Código Penal, ni en general la legislación estatal debería existir. La conciencia de una persona puede implicar que no crea en la propiedad privada, y no por esa razón el tipo penal de hurto es inconstitucional. Así mismo, algunas personas pueden considerar que el porte de armas es un derecho fundamental, y no por eso la regulación del uso de armas de fuego es inconstitucional por afectar su libertad de conciencia. Todas estas posibles configuraciones personales del sistema de valores, si pudieran generar la inconstitucional de una norma en abstracto, harían inviable un sistema de derecho. Es por esto por lo que, estas discusiones sobre la reprochabilidad de una conducta se hacen en el órgano legislativo, en el que se cuenta con representatividad. En ese sentido, la separación de poderes es fundamental, de lo contrario, con fundamento en casos particulares se termina legislando por las Cortes, como en este caso en que además los casos son hipotéticos.

**205.** En segundo lugar, la interpretación de la Corte resulta en consecuencias inconstitucionales. Así, la posición de la mayoría lleva implícito un mensaje: la maternidad y **la paternidad** son asuntos que solo le competen al fuero interno de los padres, y por lo tanto la reprochabilidad del aborto debe ser definida por estos. Este mensaje parte de dos supuestos inconstitucionales, el primero, desconoce por completo la existencia del ser humano en gestación que es titular de derechos, lo

<sup>140</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-108 de 2016

<sup>141</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-214 de 2016; sentencia SU-096 de 2018 y sentencia SU-108 de 2016.

reconozcan o no sus padres. La naturaleza humana no puede depender, como lo pretendía la demanda y parece avalarlo la Corte, de la consideración de un tercero. Por esta vía, algunos podrían considerar no humanos a personas pertenecientes a cierta étnia, sexo, o con cierta orientación sexual, y el Estado debería avalar esa postura porque pertenece a su fuero interno. Y aunque, las personas pueden pensar lo que consideren, de ninguna manera que un individuo considere menos humanos a ciertos seres humanos debe implicar la modificación del Código Penal en relación con los delitos que protegen a dicha población. De lo contrario, debe esta Corte preguntarse si el delito de genocidio tiene algún sentido, en tanto precisamente pretende proteger grupos que han sido deshumanizados por otros grupos sociales<sup>142</sup> -con fundamento en su sistema de creencias-.

**206.** Pero además, la misma argumentación puede aplicarse de la paternidad, y en ese sentido dependerá del padre definir, si en su sistema de valores se inserta adecuadamente la paternidad. Esto implica que, no hay ninguna razón para que se imponga a los padres una carga de pagar los alimentos, que la legislación exige, con razón, incluso desde antes del nacimiento del hijo o la hija<sup>143</sup>. En la vía argumentativa de la mayoría, esto resulta en una afectación desproporcionada de la libertad de conciencia del padre, y por lo tanto, deberá ser éste de conformidad con su sistema de valores el que defina si es bueno o malo pagar los alimentos de sus hijos en gestación, e incluso asumir la paternidad.

**207.** La sentencia expresa “la decisión de asumir la maternidad o de no hacerlo es un asunto personalísimo, individual e intransferible”, argumento que podría transferirse a la paternidad. Estas posiciones resultan abiertamente vulneradoras de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y debo expresar con contundencia mi oposición, pues la paternidad y la maternidad implican la existencia de un otro, que es digno y respecto de quien existen deberes en cabeza de la sociedad, el Estado y la familia<sup>144</sup>, sin importar si el sistema de valores de una persona los considera no humanos o no sujetos de derechos.

**208.** Finalmente, la Corte contraviene su tendencia a limitar la objeción de conciencia cuando entra en tensión con los derechos de los demás. Así, la Corte ha venido limitando la libertad de conciencia de funcionarios públicos<sup>145</sup>,

---

<sup>142</sup>ONU. Resolución 96(i) “El crimen de genocidio”. 11 de diciembre de 1946; Sentencia C-578 de 2002: “Luego de que la Asamblea General de las Naciones Unidas declarara en 1946 que el genocidio era un crimen internacional, se iniciaron los trabajos para la redacción de un instrumento convencional que lo proscribiera definitivamente, tarea que concluyó con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, cuya principal finalidad fue evitar que quedaran impunes los autores y ejecutores de políticas de exterminio contra comunidades específicas, identificables por atributos relativamente inmutables y estables, tales como la raza, el origen nacional o étnico y la religión, que facilitarían su individualización del resto de la población, tal como sucedió durante la Segunda Guerra Mundial”

<sup>143</sup> Ley 1908 de 2006. Artículo 24.

<sup>144</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 44.

<sup>145</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-108 de 2016.

notarios<sup>146</sup>, personas jurídicas<sup>147</sup>, personal médico<sup>148</sup> y personal administrativo que se desarrolla en ámbitos médicos<sup>149</sup>. Estas limitaciones se han sustentado en la tensión del derecho a la libertad de conciencia con, por ejemplo, los derechos sexuales y reproductivos. No obstante esta tendencia, en este caso la mayoría considera que la libertad de conciencia tiene un alcance tan amplio que puede incluso derivar en la inconstitucionalidad de una norma penal general y abstracta, que protege un bien jurídico imperioso, la vida del ser humano en gestación. Esta amplitud de la libertad de conciencia debería implicar una nueva valoración de los alcances de la objeción de conciencia en ciertos escenarios, porque según esta jurisprudencia por la libertad de conciencia se puede incluso afectar en tal nivel el núcleo esencial del derecho a la vida, que se puede terminar con la vida de un ser humano por razones de conciencia.

**209.** En mi opinión, este cargo debió ser excluido del análisis de fondo, porque no solo parte de una concepción errada de la libertad de conciencia, sino que implica una interpretación profundamente inconstitucional. Me sorprende que la “mayoría” de la Corte haya avalado tal posición, que sin duda afecta los ejes axiales de la Constitución Política. Sí hay un escenario de sustitución de la Constitución es esta interpretación de la Corte, en la que la dignidad humana y el valor de su vida, se encuentran definidos por terceros. Esto además contraviene toda la teoría del derecho internacional de los derechos humanos, y por tanto, debo apartarme enfáticamente de este análisis de la Corte.

*Ausencia de motivos constitucionales en relación con el cargo de “finalidad preventiva de la pena y las exigencias constitucionales adscritas al carácter de ultima ratio del derecho penal”*

**210.** La posición “mayoritaria” de la Corte, en primer lugar, establece que la tipificación del delito de aborto entra en tensión con la función preventiva de la pena, en tanto este principio, que es constitucional, en realidad implica que las medidas penales deben tender a prevenir las conductas proscritas<sup>150</sup>. Pero de ninguna manera implican que la Corte debe ser un órgano evaluativo de las políticas públicas del Estado, y en particular de la política criminal. La sentencia C-055 de 2022 establece que las razones para vulnerar el principio constitucional de prevención de la pena son: (i) la supuesta poca incidencia en la prevención del aborto del tipo penal<sup>151</sup>, (ii) que el delito genera una intensa afectación a los

<sup>146</sup>Corte Constitucional, Sentencia SU-214 de 2016.

<sup>147</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-096 de 2018; sentencia T-388 de 2009 y C-355 de 2006.

<sup>148</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-388 de 2009; sentencia C-274 de 2016 y SU-096 de 2018.

<sup>149</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-096 de 2018.

<sup>150</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-265 de 2017: “La función de prevención general de la pena, está orientada a evitar el cometimiento de conductas delictivas, es decir, se actúa antes del nacimiento de los mismos. En esta acepción, la pena es comprendida como un medio al servicio de un fin, y se justifica porque su aplicación hace que los ciudadanos desistan o se cohiban de cometer hechos punibles”.

<sup>151</sup> Sección 12.3.2

derechos a la salud, los derechos reproductivos, la igualdad y la libertad de conciencia<sup>152</sup>; y (iii) que existe un bajo nivel de éxito de los procesos penales, porque hay una baja tasa de condenas<sup>153</sup>.

**211.** En relación con este punto, la posición “mayoritaria” se arroga una competencia de la cual carece, esto es, la evaluación de la política criminal en Colombia. Las sentencias citadas por la Corte Constitucional donde se incluyen elementos de eficacia de los tipos penales, para fundamentar la competencia de la Corte de referirse respecto de la eficacia de los tipos penales, en realidad incluyeron otras razones en su *ratio decidendi* para declarar la inconstitucionalidad. Por ejemplo, en el caso de la norma que penalizaba el pago de extorsiones la Corte dispuso que desconoce “la Constitución una norma que erige en delito la conducta razonable de los particulares encaminada a proteger la vida y la libertad, propias o de un semejante”<sup>154</sup>, como lo resalta la propia sentencia. Esto evidencia que lo que está en juego es la reprochabilidad de la conducta, y no la eficacia del tipo penal.

**212.** Resulta en una evidente extralimitación de las funciones de la Corte la evaluación de la eficacia de la política criminal, con el fin de establecer o eliminar tipos penales. La política criminal de Colombia es de competencia del legislativo, y su implementación del ejecutivo, por lo que la valoración de su eficacia no puede descansar en la Corte Constitucional. La competencia de la Corte se reduce a definir la constitucionalidad de un tipo penal y no de su eficacia. El argumento aquí planteado pretende incluir elementos evaluativos de la política pública, para crear una competencia en cabeza de la Corte. Esto además de no implicar un argumento de constitucionalidad sino de conveniencia, resulta en una evidente afectación del principio de separación de poderes sobre el cuál descansa la democracia Colombiana.

**213.** Por su parte, en el acápite 12.4 la posición mayoritaria agrega que la penalización del aborto afecta la característica constitucional del derecho penal de *ultima ratio*, en tanto se podía acudir a controles menos gravosos que la penalización para prevenir el aborto. Sin embargo, esta propia Corte ha establecido que no basta con la existencia de otros mecanismos, sino que estos deben ser igualmente idóneos<sup>155</sup>. Para demostrar la violación al principio constitucional, la Corte establece que: (i) ha habido una omisión del legislador de abordar de forma positiva e integral el aborto<sup>156</sup>, especialmente acentuada después de la sentencia C-355 de 2006<sup>157</sup>, (ii) desde la configuración de Colombia el delito se ha usado como

---

<sup>152</sup> Párrafo 434

<sup>153</sup> Párrafo 439

<sup>154</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-542 de 1993.

<sup>155</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1996.

<sup>156</sup> Ver 12.4.1

<sup>157</sup> Ver 12.4.2.

mecanismo *prima ratio* para regular la problemática de aborto<sup>158</sup>, (iii) existe una “**acuciante necesidad de una regulación integral del fenómeno del aborto consentido**”<sup>159</sup>, y (iv) existen mecanismos menos lesivos para proteger el bien jurídico de la vida en gestación<sup>160</sup>.

**214.** Sobre la existencia de otras medidas la sentencia incluye: la orientación legislativa a incluir medidas de protección de la vida en gestación sin recurrir al derecho penal, la existencia de políticas públicas relacionadas con educación sexual, medidas de asistencia social, y la tendencia internacional a abordar el problema desde otras perspectivas.

**215.** De lo anteriormente expresado, se deriva una conclusión clara: **no existen actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano otras medidas que protejan la vida del ser humano en gestación, en relación con la práctica de abortos**. Es el tipo penal la única medida que concretamente previene la práctica de abortos consentidos, por lo que no es cierto que haya otras medidas que resulten igual de idóneas para prevenir el fenómeno, porque simplemente no existen otras medidas.

**216.** Adicionalmente, la sentencia no aborda siquiera brevemente la idoneidad de esas otras “medidas”, que en todo caso son hipotéticas, para prevenir los abortos. Las únicas medidas que en efecto se aplican en Colombia, y que no van dirigidas directamente a prevenir el aborto, son las políticas de educación sexual y de apoyo social. Sin embargo, la sentencia no aporta cifras sobre la idoneidad de la medida, y ante el argumento presentado en el párrafo 441 en el que según el Instituto Guttmacher no ha disminuido el aborto en Colombia, así como se predica la falta de idoneidad del tipo penal, se puede predicar también la falta de idoneidad de estas otras “medidas” para prevenir el aborto. Estos vacíos y contradicciones argumentativas ocurren porque la Corte Constitucional no tiene la competencia ni las capacidades para evaluar políticas públicas.

**217.** No es cierto, como establece la sentencia que se subsana el déficit de protección constitucional que deja la despenalización del aborto hasta la semana 24 de gestación a través del exhorto al Congreso. Aunque la sentencia en numerosas ocasiones resalta expresamente que la protección de la vida en gestación es un fin imperioso del Estado, ni una sola de sus órdenes exhorta al Congreso o al Ejecutivo a promover acciones de protección del no nacido. La única orden que se relaciona con el ser humano en gestación es: “medidas que garanticen los derechos de **los nacidos** en circunstancias de gestantes que desearon abortar” (negritas fuera del texto original). Así las cosas, la sentencia no solo parte de una premisa falsa y es que existían medidas de protección al no nacido, sino

---

<sup>158</sup> 12.4.1.1.

<sup>159</sup> Ver 12.4.2.

<sup>160</sup> Ver párrafo 543

que perpetúa dicho déficit de protección al no establecer una sola orden que proteja sus derechos. En este caso, es cierto que el derecho penal no es de *ultima ratio*, porque no es la última ni la primera medida, **es la única medida que actualmente protege a los no nacidos**, y con esta sentencia los seres humanos en gestación hasta el sexto mes quedaron por completo desprotegidos. No hay ningún fundamento constitucional que avale esta postura.

**El juicio de proporcionalidad realizado por la mayoría de la Corte elimina por completo uno de los derechos analizados y no demuestra la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida**

**218.** Hasta este punto he demostrado con suficiencia que los argumentos presentados no incluyen razones de inconstitucionalidad de la norma demandada, por lo que no es cierto que estén en tensión los derechos a la libertad de conciencia, igualdad y salud (en los términos expuestos) de las mujeres y la norma penal que protege el bien jurídico de la vida en gestación. En esta sección abordaré por qué en todo caso, sí así se considerará, la medida adoptada por la Corte Constitucional no supera ningún *test* de proporcionalidad y no es el óptimo constitucional. Así las cosas, la medida adoptada por la sentencia tiene tres elementos:

- ✓ La despenalización del aborto hasta la semana 24 de gestación, sin ninguna condición.
- ✓ La despenalización de las causales de la sentencia C-355 de 2006 hasta el día mismo del parto.
- ✓ El exhorto al Congreso y el ejecutivo para que regulen: “(i) la divulgación clara de las opciones disponibles para la mujer gestante durante y después del embarazo, (ii) la eliminación de cualquier obstáculo para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos que se reconocen en esta sentencia, (iii) la existencia de instrumentos de prevención del embarazo y planificación, (iv) el desarrollo de programas de educación en materia de educación sexual y reproductiva para todas las personas, (v) medidas de acompañamiento a las madres gestantes que incluyan opciones de adopción, entre otras y (vi) medidas que garanticen los derechos de los nacidos en circunstancias de gestantes que desearon abortar.”

**219.** Sobre la supuesta tensión, la Sentencia establece:

“578. Por tanto, esta tensión constitucional no es posible resolverla mediante la preferencia de alguna de estas garantías, porque supondría el sacrificio absoluto de la otra. En otros términos, la preferencia de alguna de ellas genera el sacrificio absoluto de la otra, lo que, sin lugar a duda, resta eficacia material a la Constitución –como un todo–, con independencia de la preferencia.”

“579. Si la preferencia le corresponde a la vida en gestación –y, por tanto, se resuelve declarar la exequibilidad simple de la norma–, se dejan de considerar las importantes razones expuestas al examinar los cargos que en esta providencia se analizan, que evidencian la intensidad en que la actual tipificación del delito de aborto voluntario – conforme al condicionamiento de que fue objeto en el año 2006– afecta los valores, principios y derechos constitucionales que cada uno de ellos supone. Si la preferencia se otorga a estos últimos, por las potísimas razones desarrolladas al analizar cada uno de estos cargos –y, por tanto, se resuelve declarar la inexecutable con efectos inmediatos de la disposición–, se elimina una medida de protección que se ha considerado relevante para desincentivar la práctica del aborto consentido que, en últimas, frustra la expectativa del nacimiento de un nuevo ser.”

**220.** Contrario a lo señalado por la posición mayoritaria, considero que esta fórmula de tres elementos no es un óptimo constitucional, y de hecho sí sacrifica por completo uno de los bienes jurídicos analizados: el derecho a la vida del ser humano en gestación. Esto por las siguientes seis razones:

**221.** Primero, el derecho a la vida del ser humano hasta la semana 24 de gestación quedó en un déficit absoluto de protección, ya que nada previene abortos arbitrarios hasta dicha semana. Los bienes jurídicos constitucionales le pertenecen a los seres humanos, y no son conceptos abstractos. Como atrás quedó evidenciado, los seres humanos en gestación tienen derecho a la vida, la igualdad y la integridad personal. En ese sentido, la vida en gestación no existe como un concepto abstracto que puede limitarse, sin eliminarse, estableciendo un sistema de semanas. La Corte Constitucional construye un argumento falaz, porque no parte de la realidad de que la vida en gestación se ve eliminada si se permiten abortos arbitrarios en cualquier semana de gestación. La terminación de la vida no es menos gravosa en la semana 23 que en la 25, y la existencia de un ser humano concreto se ve truncada. Así, esta fórmula no armoniza derechos, sino que favorece argumentos de conveniencia sobre un derecho fundamental concreto: la vida del ser humano en gestación.

**222.** Segundo, como fue ampliamente desarrollado, los argumentos de la posición mayoritaria no tienen relevancia en un juicio de constitucionalidad, sino que son argumentos de conveniencia. Esto evita que una solución que dé

prevalencia a estas razones de conveniencia por sobre derechos fundamentales, pueda ser justa.

**223.** Tercero, la sentencia mantiene el sistema de causales hasta el día mismo del parto, lo cual de ninguna manera puede resultar proporcional por cuanto: (i) si en efecto el criterio adoptado por la Corte es el de la autonomía, que incluye la viabilidad extrauterina, después de dicho momento resulta claro que la medida más gravosa es el aborto, porque elimina la existencia de un ser humano “viable”, y (ii) una de las razones expresadas por la sentencia para sustentar la despenalización absoluta en las primeras 24 semanas es la eliminación de barreras de acceso a la IVE, por lo que eliminadas las barreras no hay ninguna razón para permitir que se practiquen abortos en etapas avanzadas.

**224.** Cuarto, esta fórmula desconoce por completo el dolor fetal. Además de cercenar el derecho a la vida, la posición mayoritaria no aborda siquiera someramente el dolor fetal que implica que el ser humano en gestación está sufriendo de insoportables dolores que pueden ser comparados con la tortura. Como se señaló líneas arriba, existe abundante evidencia científica de la existencia de dolor fetal mucho antes de las 24 semanas de gestación, y la Corte no reconoce esta realidad ni incluye fórmulas para limitarlo. Los procedimientos utilizados actualmente para realizar abortos en semanas avanzadas son la inyección de cloruro de potasio<sup>161</sup>, y la dilatación y evacuación<sup>162</sup>, ambos profundamente dolorosos. Human Rights Watch ha promovido que la inyección de cloruro de potasio no sea empleada en seres humanos por el insoportable dolor que genera<sup>163</sup>. El exhorto de la Corte no solo no hace mención de esto, sino que no incluye ninguna obligación de promover políticas de protección al no nacido ¿esto es un óptimo constitucional?

**225.** Quinto, no hay ningún fundamento científico, ni un estudio de derecho comparado serio que sustente el límite de las 24 semanas. La viabilidad o autonomía es un límite que por naturaleza es indefinido, variable y cuestionable. Estas razones no permiten que una decisión constitucional soportada en este límite, que tiene consecuencias tan gravosas para el ser humano en gestación,

---

<sup>161</sup> Ministerio de Salud. Prevención del Aborto Inseguro en Colombia: Protocolo para el Sector Salud, p. 63. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/SM-Protocolo-IVE-ajustado-.pdf>

<sup>162</sup> Ministerio de Salud. Prevención del Aborto Inseguro en Colombia: Protocolo para el Sector Salud, pp. 39 y 49. Recuperado de: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/SM-Protocolo-IVE-ajustado-.pdf>

<sup>163</sup> Human Rights Watch. EE.UU.: Negligencia en el empleo de inyecciones letales. El método de ejecución puede causar una muerte atroz. Recuperado de: <https://www.hrw.org/es/news/2006/04/23/euu-negligencia-en-el-empleo-de-inyecciones-letales>; Human Rights Watch. Florida, California: La inyección letal bajo ataque. Recuperado de: [https://www.hrw.org/legacy/spanish/docs/2006/12/18/usdom14895\\_txt.htm](https://www.hrw.org/legacy/spanish/docs/2006/12/18/usdom14895_txt.htm).

pueda considerarse un óptimo constitucional. La sentencia no sustenta por qué este es el concepto que deberá tomarse en consideración para variar el estatus jurídico del no nacido, y que implica que hasta la semana 23 de gestación se encuentre por completo desprotegido en el ordenamiento jurídico colombiano.

**226.** Sexto, la Corte no analiza otras medidas que permiten abordar las preocupaciones de las mujeres que atraviesan por un embarazo en crisis, como la adopción o el acompañamiento a la maternidad. Parece que la única opción con que deben contar las mujeres es la maternidad o el aborto. No se explica por qué en un análisis serio de ponderación, la Corte no analizó otras medidas diferentes al aborto, sin duda menos lesivas con el ser humano en gestación, que permitan a las mujeres afrontar un maternidad con dificultades, o definitivamente no afrontarla mediante la adopción. No quiero decir que estas sean las únicas o las mejores medidas, pero extraña que la Corte no las haya considerado.

**227.** Estas razones ponen en evidencia que, si la medida tomada por la Corte fuera analizada a través del test de ponderación, no lo superaría por ser extremadamente gravosa para los derechos del ser humano en gestación, innecesaria y en todo caso no proporcional.

**La Sentencia C-055 de 2022 deja un vacío en su texto que no puede ser interpretado como la existencia de un derecho de acceso libre y gratuito al aborto hasta la semana 24**

**228.** En esta última sección considero importante resaltar que, la decisión de la “mayoría” no especifica cuáles son los alcances de la providencia en relación con el sistema de salud y el acceso al aborto, lo cual implica un vacío profundo de la sentencia porque puede ser malinterpretado. Sin embargo, es fundamental dejar claro que el objeto de decisión de la Corte es la constitucionalidad del artículo 122 del Código Penal, no el establecimiento de políticas públicas sobre salud.

**229.** En este sentido, nada de lo expuesto en la sentencia puede ser interpretado como: (i) la creación de un derecho fundamental al aborto hasta la semana 24, (ii) la obligación del Estado, por vía de las EPS, de proveer abortos libres y gratuitos hasta la semana 24 de gestación, ni (iii) el deber de los médicos o profesionales de salud de practicar estos procedimientos. Esta sentencia, aunque cuestionable, es sobre la despenalización de una conducta y no sobre la creación de un derecho fundamental.

**230.** Dado que la sentencia no establece nada al respecto, también debo apartarme de esta omisión de la Corte que implica una inseguridad jurídica

fundamental en el ordenamiento nacional. Lo que, según la posición mayoritaria, resultaba contrario a la constitución era la penalización del aborto hasta la semana 24. Es por tanto importante recordar un elemento jurídico básico, la despenalización de una conducta no implica la existencia de un derecho fundamental.

**231.** Así como otros procedimientos que no están penalizados, como la fecundación *in vitro*, o los procedimientos médicos estéticos, pero tampoco hacen parte de los servicios que deben proveerse gratuitamente por el Estado. Con esta sentencia, el aborto pasa a formar parte de esta categoría de procedimientos, su ejecución no conlleva una pena, pero tampoco es obligación del Estado proveerlo, y en ese sentido podrá ser limitado por vías no penales, sin que esto constituya una vulneración a la Constitución, ni a la sentencia constitucional.

**232. *Sobre la competencia de la Rama Legislativa para definir este asunto.***

**233.** También en lo relativo al fondo, estimo que **la disposición de un sistema de plazos frente al delito de aborto hace parte de la libertad de configuración del Legislador**, en concordancia con la reiterada línea jurisprudencial que esta Corporación ha desarrollado relativa a la competencia y autonomía del Legislador para regular la política criminal.

**234.** Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional, “[l]a política criminal comprende el conjunto de respuestas que “un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”. Uno de los medios para su concreción lo constituye el ejercicio de la competencia legislativa para tipificar qué conductas constituyen delitos y cuáles deben ser las penas aplicables, como medida idónea, necesaria y proporcional para proteger determinados bienes jurídicos.”<sup>164</sup>

**235.** Así pues, en las decisiones adoptadas ha sido reiterado el reconocimiento del rol esencial que tiene el Legislador en la definición de la política criminal. Específicamente, la jurisprudencia ha dispuesto que es la Rama Legislativa la llamada a decidir acerca de la criminalización de las conductas y las sanciones que serán impuestas. Esta idea se ha plasmado en diversos fallos, como por ejemplo las Sentencias C-237 de 1997, C-636 de 2009, C-442 de 2011, C-241 de 2012, C-191 de 2016 y C.091 de 2017. Al respecto, en la Sentencia C-233 de 2019, la Corte indicó que:

---

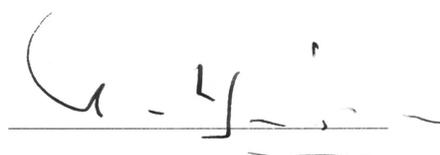
<sup>164</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 2021.

*“(…) las decisiones del legislador de incrementar las penas o de penalizar nuevas conductas, incluso en escenarios en los que el Estado cuenta con otros mecanismos para enfrentar el fenómeno criminal, han estado revestidas de una presunción legal de validez, en razón, precisamente, de la potestad que el constituyente otorgó al órgano legislativo para definir la política criminal. Bajo esta premisa, la Corte ha declarado la constitucionalidad de normas que criminalizan conductas, prácticas y fenómenos que pueden ser prevenidos, combatidos o sancionados mediante otros mecanismos, tal como ha acontecido, por ejemplo, con los delitos de hostigamiento, incesto, injuria y calumnia, violencia intrafamiliar, contrabando, favorecimiento de contrabando y lavado de activos, inducción a la prostitución e inasistencia alimentaria, entre muchos otros.”*

**236.** Ante una línea jurisprudencial reiterada relativa a la competencia y autonomía del Legislador para establecer la política criminal, la Corte Constitucional no era la competente para disponer sobre un sistema de plazos en el marco de la regulación del delito de aborto, ya que eso supone una determinación de política que debía ser valorada por la Rama Legislativa.

Por las razones que he expuesto, me separo de la decisión y sus fundamentos contenida en la Sentencia C-055 de 2022.

Fecha *ut supra*.



**Jorge Enrique Ibáñez Najar**  
Magistrado