

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Sentencia C-055 de 2022
Expediente. D-13.956

Magistrados ponentes: Antonio José Lizarazo
Ocampo y Alberto Rojas Ríos

Con el acostumbrado respeto por las decisiones que toma la mayoría de la Sala Plena de la Corte Constitucional, a continuación, expongo las razones por las que decidí salvar el voto en la sentencia **C-055 de 2022**. Por una parte, explicaré por qué considero que el cargo por violación del derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular no cumplía con los requisitos mínimos de aptitud y, en consecuencia, la Sala no podía pronunciarse de fondo en relación con este. Por otra parte, argumentaré por qué, en mi criterio, existe cosa juzgada constitucional en relación con los cargos por violación de los derechos a la salud y a la libertad de conciencia y los principios constitucionales sobre los fines de la pena y los estándares constitucionales mínimos de la política criminal. A mi juicio, la Sala debió estarse a lo resuelto en la sentencia C-355 de 2006, en lo que respecta a estos cargos. Por último, sin perjuicio de lo anterior, me referiré *in extenso* a los reparos, de carácter esencial, que tengo frente a las razones por las cuales la mayoría de la Sala Plena decidió declarar la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal y realizar un exhorto al Congreso de la República y al Gobierno Nacional.

- 1. Los cargos por violación del derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular no cumplían con los requisitos mínimos de aptitud y, en consecuencia, la Sala no debió pronunciarse de fondo en relación con estos.**

En mi criterio, los cargos por violación del derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular carecen de *certeza, pertinencia y especificidad*. En la medida en que los mencionados

cargos fueron analizados de forma conjunta por la Sala, me referiré a estos como si se tratara de un único cargo.

(i) *El cargo no satisface el requisito de certeza.*

El reproche no se dirige contra la proposición jurídica establecida en el artículo 122 del Código Penal, declarado exequible de forma condicionada a través de la sentencia C-355 de 2006, sino contra las circunstancias que, según las demandantes, se presentan en razón a dicha disposición. Razón por la cual no se cumple con el requisito de *certeza* de un cargo de constitucionalidad.

En criterio de las actoras, de un lado, los efectos que el delito de aborto tiene en las mujeres en situación de vulnerabilidad “*son diferentes*”¹. Se refieren, particularmente, a “*cómo la falta de información, de disponibilidad y de confidencialidad en la prestación del servicio de IVE tiene un impacto desproporcionado y discriminatorio en ciertos grupos de mujeres y niñas que ya de por sí se encuentran en una situación de vulnerabilidad*”². De otro lado, alegan que dicho delito genera una “*discriminación indirecta para las mujeres en situación migratoria irregular porque las condiciones de acceso a la IVE que impone se tornan desproporcionadas para ellas [...]*”³. Entre otras circunstancias, argumentan que la situación irregular de algunas migrantes las expone a ser víctimas de violencia sexual, a dificultades para instaurar una denuncia penal y a la imposibilidad de acreditar alguna de las causales para practicarse un aborto de forma legal.

De conformidad con lo establecido por la Corte en la sentencia C-1052 de 2001, para que “*las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean ciertas significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente*”. De esta manera, “*el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto*” (subraya propia). Las razones en las que se fundamenta la supuesta violación del derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular no se derivan de la norma establecida en el artículo 122 del Código Penal, sino de las circunstancias o dificultades que en criterio de las demandantes enfrentan algunas mujeres para acceder a un aborto legal.

Por lo tanto, para la suscrita, el cargo no cumple con el requisito de *certeza*. Y, por esta misma razón, disiento de que la mayoría de la Sala Plena ahora permita el análisis de constitucionalidad de una norma en razón a una supuesta

¹ Demanda, p. 64.

² Ib., p. 65.

³ Ib., p. 91.

discriminación indirecta que, en todo caso, de existir, no lo es en virtud del alcance y contenido objetivo de la norma, sino de posibles problemas estructurales y prácticos para dar manejo a determinadas situaciones.

(ii) *El cargo no satisface el requisito de pertinencia.*

El reproche se cimenta en argumentos subjetivos de las demandantes, en lugar de soportarse en una confrontación entre el precepto demandado y la norma Superior. Por esta razón, el cargo no cumple con el requisito de *pertinencia* de un cargo de constitucionalidad.

Las actoras describen situaciones que, en su criterio, se presentan en la práctica en relación con las mujeres en situación de vulnerabilidad y, en particular, con aquellas en situación migratoria irregular; las cuales atribuyen a la existencia de la norma. En concreto, se refieren a la falta de información, de disponibilidad y de confidencialidad y a los obstáculos para colmar los requisitos para acceder a un aborto legal.

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, “*son inaceptables los argumentos que [...] se limitan a expresar puntos de vista subjetivos en los que ‘el demandante en realidad no está acusando el contenido de la norma sino que está utilizando la acción pública para resolver un problema particular, como podría ser la indebida aplicación de la disposición en un caso específico’ [...]*”⁴. Por ende, para la suscrita magistrada, argumentos circunstanciales como los expuestos por las demandantes no son pertinentes para proceder a realizar un estudio de constitucionalidad. En gracia de discusión, de comprobarse que se presentan situaciones como las descritas, la acción pública de constitucionalidad no es el mecanismo idóneo para rebatirlas. En ese sentido, el cargo carece de *pertinencia*.

(iii) *El cargo no satisface el requisito de especificidad.*

Las demandantes no explicaron de forma concreta y directa por qué el artículo 122 del Código Penal viola el derecho a la igualdad de un grupo determinado de mujeres. Por esta razón, no cumplieron con el requisito de *especificidad*.

Si bien es cierto que las actoras exponen las dificultades y obstáculos prácticos a los que algunas mujeres pueden enfrentarse al querer acceder a un aborto, ello es un reproche indirecto y amplio, que falla en la concreción exigida para configurar un cargo de constitucionalidad. Sobre el particular, recuérdese que “[e]l juicio de constitucionalidad se fundamenta en la necesidad de establecer si realmente existe una oposición objetiva y verificable entre el contenido de la ley y el texto de la Constitución Política, resultando inadmisibles que se deba

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-1052 de 2001.

resolver sobre su inexecutable a partir de argumentos ‘vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales’ que no se relacionan concreta y directamente con las disposiciones que se acusan”⁵. Por lo anterior, considero que el cargo carece de especificidad.

En suma, a juicio de la suscrita, el reproche por presunta violación del derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y situación migratoria irregular debió considerarse inepto y, bajo ese entendido, la Sala Plena no se encontraba facultada para emitir un pronunciamiento de fondo con base en este cargo.

2. La Corte debió estarse a lo resuelto en la sentencia C-355 de 2006 frente a los cargos por violación del derecho a la salud, del derecho a la libertad de conciencia y de los principios constitucionales sobre los fines de la pena y los estándares constitucionales mínimos de la política criminal.

Para la suscrita magistrada, contrario a lo considerado por la mayoría de la Sala Plena, la demanda *sub examine* planteó los mismos cargos que fueron estudiados en la sentencia C-355 de 2006 en relación con la presunta violación de los derechos a la salud y a la libertad de conciencia y por violación de los principios constitucionales sobre los fines de la pena y los estándares constitucionales mínimos de la política criminal. Sumado a ello, no es posible afirmar que existe una modificación en el significado material de la Constitución Política o un cambio en el contexto normativo, en contraste con el año 2006, a efectos de enervar la cosa juzgada constitucional de que goza la sentencia C-355 de 2006. Por ende, lo que procedía en este caso era estarse a lo resuelto en la citada sentencia.

- (i) *Existe identidad entre los cargos que se estudiaron en la sentencia C-355 de 2006 y los que se plantearon en la demanda sub examine.*

Sin perjuicio de que en el año 2006 los cargos hubiesen tenido una aproximación ligeramente distinta e, incluso, se hubiese apelado a algunas normas superiores diferentes a las que ahora se invocan, hoy se presenta el mismo reproche constitucional que hace 16 años. Lo anterior ubica a la Sala Plena en el mismo punto de debate en el que estuvo en el 2006, lo cual es lo que pretende evitarse a través de la institución de la cosa juzgada constitucional.

En relación con el derecho a la salud, las demandantes, en términos generales, alegan que mantener la tipificación del aborto supone una barrera para el goce efectivo del derecho a la salud por parte de la mujer gestante. En palabras de las actoras, “*la norma demandada mantiene una medida legal que antes que facilitar, promover o afirmar, obstruye el acceso a la IVE como servicio de*

⁵ Ib.

salud reproductiva”. Agregan que “[e]l uso del derecho penal para regular el aborto, antes que eliminar o mitigar obstáculos, es la barrera principal que genera, mantiene y profundiza diversas barreras estructurales del acceso a la IVE, que tiene a su vez un efecto multiplicador”⁶. De este modo, sintetizan que “[d]e un lado, la norma demandada, en contravía de las obligaciones de cumplimiento y protección, genera, mantiene y profundiza barreras estructurales para acceder a la IVE -que es parte de la salud reproductiva- bajo las tres causales autorizadas [...] [d]e otro lado, [...] viola la obligaciones de respeto a la salud reproductiva porque prohíbe, en contravía de las recomendaciones internacionales, un servicio de salud que las mujeres requieren de modo tal que las mujeres que no están en las causales, sobre todo las más vulnerables, deben recurrir a abortos en condiciones inseguras poniendo en riesgo su vida y principalmente su salud, como lo demuestran las actuales cifras de mortalidad y morbilidad materna en el país”⁷.

En la sentencia C-355 de 2006 los cargos⁸ por presunta violación del derecho a la salud, en gran medida, también radicaban en que el delito de aborto constituía la principal barrera para que la mujer gestante gozara del derecho a la salud y las empujaba a la práctica de abortos clandestinos, los cuales en muchas ocasiones las llevaba a la muerte. Una de las demandantes en aquel momento alegó que “[l]a 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”. Otro grupo de demandantes señaló que “[l]a despenalización total del aborto resulta acorde con la protección del derecho a la salud y la obligación que se impone al Estado para proveer los medios necesarios para que las mujeres que decidan abortar lo puedan hacer bajo condiciones adecuadas, seguras y dignas”. Este último grupo agregó que “es obligación del Estado brindar especial asistencia y protección a la mujer que durante el embarazo y ello supone si decide interrumpirlo, el estado brinde los mecanismos sanitarios necesarios para garantizar la integridad física de la mujer”.

Al contrastar los argumentos del cargo por violación del derecho a la salud expuestos, de un lado, en la demanda *sub examine* y, de otro, en el año 2006, se observa que se trató del mismo reproche. Con base en este, en la sentencia C-355 de 2006 se concluyó que los únicos eventos en los que era razonable permitir el aborto, para garantizar, entre otros, el derecho a la salud de las mujeres gestantes, era en los tres eventos establecidos en las causales descritas.

⁶ Demanda, p. 73.

⁷ Ib., pp. 90 y 91.

⁸ En aquel momento se estudiaron tres demandas de inconstitucionalidad.

Sumado a lo anterior, disiento de la opinión de la mayoría de la Sala Plena en cuanto a las razones por las cuales consideró que el cargo analizado en 2006 no era análogo al que hoy se pone de presente a la Corte. Por una parte, la Sala consideró que en aquel momento 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. En criterio de la suscrita magistrada, hace 16 años la Corte sí se pronunció acerca de las obligaciones en cabeza del Estado en relación con el derecho a la salud⁹. Justamente, la Sala argumentó lo siguiente:

[L]as distintas facetas de la salud como bien constitucionalmente protegido y como derecho fundamental implica distintos deberes estatales para su protección. Por una parte la protección a la salud obliga al Estado a adoptar las medidas necesarias inclusive medidas legislativas de carácter penal. Por otra parte la salud como bien de relevancia constitucional y como derecho fundamental constituye un límite a la libertad de configuración del legislador pues excluye la adopción de medidas que menoscaben la salud de las personas aun cuando sea en procura de preservar el interés general, los intereses de terceros u otros bienes de relevancia constitucional¹⁰.

Por otra parte, la Sala también consideró relevante el que la jurisprudencia constitucional considere los derechos sexuales y reproductivos como integrantes del derecho a la salud. A mi juicio, este aspecto, eventualmente, podría enmarcarse en alguna de las causales para enervar la cosa juzgada constitucional, pero, de modo alguno hace parte del reproche y, por ende, no pueden ser susceptible de comparación a efectos de determinar la identidad de los cargos.

De esta manera, el reproche constitucional que se suscitó en el año 2006 en relación con el derecho a la salud es el mismo que se plantea en esta oportunidad.

El cargo por violación del derecho a la libertad de conciencia se fundamenta en que el artículo 122 del Código Penal impide a las mujeres a decidir si se practican o no un aborto de conformidad con sus valores y principios, lo cual incide en su autonomía reproductiva. En efecto, las demandantes sostienen que la prerrogativa personal de decidir de acuerdo con la regla subjetiva de moralidad *“debería servir en el caso bajo estudio para reconocer que en asuntos de autonomía reproductiva la mujer goza de plena facultad para adoptar una decisión encaminada a ejercerla, sustentada en un sistema de valores producto de sus convicciones ideológicas construidas sobre la base de*

⁹ Esto, sin perjuicio de que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de la Observación General No. 14 de 2000 las haya clasificado en obligaciones de respeto, protección y cumplimiento.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006.

*la experiencia moral, como parte de su interacción con su contexto social, política y económico, pero especialmente porque la gestación es un proceso que solamente ella está en situación de afrontar*¹¹. Por ello, en su criterio, “[c]uando se prohíbe a la mujer abortar, se le conmina a actuar en contra de sus propias libertades”¹².

Este mismo reproche fue planteado en el año 2006, bajo el manto de la violación a los derechos a la libertad, a la autonomía, al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad. La primera demandante alegó que “[c]uando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre su propia vida, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia”. De allí que, “[l]a decisión de una mujer de interrumpir un embarazo no deseado, decisión que tiene que ver con la integridad de la mujer es un asunto que sólo le concierne a quien decide sobre su propio cuerpo”. Además, agregó que en virtud a los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad no se puede “privilegiar, mediante la penalización una concepción particular sobre la vida y obligar a las mujeres a llevar a término embarazos no deseados”. El segundo demandante argumentó que “[p]rohibirle a la mujer la interrupción voluntaria de su estado de gravidez atenta directamente contra su autonomía para reproducirse, pues la decisión de practicar o no un aborto en cualquiera que sea la circunstancia, no es más que el ejercicio de dicha autonomía”. Por último, el tercer grupo de demandantes señaló que “[f]orzar la continuidad de un embarazo no deseado es desconocer este derecho imponiendo a quien no quiere vivenciarla, la experiencia de la maternidad”, es imponerle “la condición de ser madre”, e “interfiere en el derecho de la mujer a tomar sus propias decisiones sobre su cuerpo y sobre su capacidad reproductiva, decisiones propias de la esfera de cada mujer y no del Estado”.

Con base en lo anterior, en la sentencia C-355 de 2006, la Sala Plena, tras considerar, entre otras cosas, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad “condensa la libertad in nuce, ‘porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella’”¹³, concluyó que “si bien no resulta desproporcionada la protección del nasciturus mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos

¹¹ Demanda, p. 112.

¹² Ib., p. 113.

¹³ La Sala Plena agregó que “[s]e 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”.

fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional”.

Por lo tanto, para la suscrita magistrada, a pesar de que en el año 2006 los demandantes no invocaron expresamente el artículo 18 de la Constitución Política, el reproche fue el mismo; esto es, si la penalización del aborto afecta la facultad de la mujer gestante de decidir, de acuerdo con su propio criterio, si ello está bien o mal. Además, sobre lo anterior versó el pronunciamiento de la Sala en aquella oportunidad. De este modo, se trata, materialmente, del mismo cargo.

Respecto del cargo por violación de los principios constitucionales sobre los fines de la pena y de los estándares constitucionales mínimos de la política criminal, por una parte, en la demanda *sub examine* se argumentó que el delito de aborto, primero, “*desconoce los fines preventivos y retributivos de la pena como quiera que no evita la realización de la conducta prescrita en el ámbito general ni particular, ni contempla una consecuencia negativa justa y legítima al daño social ocasionado*” y, segundo “*adolece de eficacia preventiva y desconoce el carácter de ultima ratio del derecho penal, a la vez que carece de fundamentos empíricos y no mide sus costos económicos y en términos de derechos*”¹⁴.

Por otra parte, en la sentencia C-355 de 2006, en relación con este aspecto, uno de los cargos se sintetizó señalando que su reproche radicaba en que la intromisión estatal a través del delito de aborto imponía a la mujer una responsabilidad que desbordaba la carga que los ciudadanos deben soportar. De allí que “*la presente petición no implica una solicitud al juez constitucional de actuar como legislador y adicionar condiciones de tipo penal general del aborto. Se refiere más bien a realizar el ejercicio de ponderación de derechos y deberes constitucionales y establecer así los límites dentro de los cuales el legislador debe reformular el tratamiento de esta problemática*”¹⁵.

A efectos de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad resueltas en la sentencia C-355 de 2006, la Corte hizo un análisis similar al que se hace en la sentencia C-055 de 2022, de la cual me aparto. En aquel momento, la Sala Plena optó por referirse a la necesidad del tipo penal de aborto y a hacer una ponderación entre el derecho a la vida del que está por nacer y los derechos de las mujeres, con el fin de determinar si el Legislador había excedido o no su libertad de configuración. Esto evidencia que, en el fondo, la Sala abordó el mismo problema constitucional y efectuó el mismo análisis que realizó la Sala Plena en la sentencia de la que disiento. En efecto, en la sentencia C-355 de 2006, la Corte, entre otras cosas, hizo una exposición acerca de la

¹⁴ Demanda, pp. 116 y 117.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006.

proporcionalidad y razonabilidad como límites a la libertad de configuración del Legislador en materia penal. En desarrollo de esta exposición, hizo referencia a precedentes jurisprudenciales en los que se abordaron los límites del Legislador en materia penal, entre ellos, el principio de proporcionalidad, en el marco del cual se estudió el principio de necesidad¹⁶. Luego, al entrar a valorar la constitucionalidad de la misma norma que ahora se estudia, concluyó, entre otras cosas, lo siguiente:

[S]e podría discutir si la naturaleza de estas medidas de protección de la vida en gestación han de ser de carácter penal o si serían más efectivas previsiones de otro tipo como políticas sociales o de índole prestacional que aseguren la vida que está en proceso de gestación mediante la garantía de cuidados médicos, alimentación o de ingresos de la mujer embarazada. Al respecto cabe anotar, que corresponde en primer lugar al legislador decidir entre el universo de medidas posibles aquellas más adecuadas para proteger los bienes jurídicos de relevancia constitucional y su decisión, en principio, sólo podrá ser objeto de control cuando resulte manifiestamente desproporcionada o irrazonable.

En efecto, no corresponde al juez constitucional determinar el carácter o la naturaleza de las medidas de protección que debe adoptar el legislador para proteger un bien jurídico concreto; se trata de una decisión eminentemente política reservada al poder que cuenta con legitimidad democrática para adoptar este tipo de medidas, siendo la intervención del juez constitucional a posteriori y exclusivamente para analizar si la decisión adoptada por el legislador no excede los límites de su potestad de configuración.

Lo anterior por cuanto, si el legislador decide adoptar disposiciones de carácter penal para proteger determinados bienes constitucionalmente relevantes, debido a la gravedad de este tipo de medidas y a su potencialidad restrictiva de la dignidad humana y de la libertad individual, su margen de configuración es más limitado.

[...]

En el caso concreto, el legislador colombiano decidió adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida en gestación. Tal decisión, sin entrar a analizar el contenido específico de cada norma en particular, no es desproporcionada por la trascendencia del bien jurídico a proteger. Sin embargo, ello no quiere decir que esta Corporación considere que el legislador esté

¹⁶ En su momento, la Sala Plena citó la sentencia C-070 de 1996, en la que se afirmó que “[e]n materia penal, la potestad legislativa de tipificación está sometida al control constitucional de las medidas, según la aptitud para la protección del bien jurídico tutelado, la necesidad de esa protección específica en contraste con otros medios preventivos igualmente idóneos y menos restrictivos de la libertad - medidas civiles, administrativas, laborales -, y el mayor beneficio neto en protección de los bienes jurídicos que debe comportar la exclusión de ciertas conductas del ámbito de lo legalmente permitido”. Asimismo, citó la sentencia C-205 de 2003, en la que se señaló que “es menester que el ejercicio de un control constitucional efectivo en estos casos vaya más allá de dejar sin efecto normas penales manifiestamente irrazonables o arbitrarias, abarcando también un examen detenido sobre la proporcionalidad que ofrece cada una de estas medidas, ya que, siguiendo a Ferrajoli “la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos”, y en consecuencia, “el principio de necesidad exige que se recurra a ella sólo como remedio extremo”, es decir, *nullum crimen sine necessitate*”.

obligado a adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida del nasciturus, o que este sea el único tipo de medidas adecuadas para conseguir tal propósito. La perspectiva desde la cual se aborda el asunto es otra: dada la relevancia de los derechos, principios y valores constitucionales en juego no es desproporcionado que el legislador opte por proteger la vida en gestación por medio de disposiciones penales.

Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del nasciturus mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional.

De esta manera, es posible advertir que el problema de constitucionalidad abordado en la sentencia C-355 de 2006 es el mismo que, en el fondo, plantearon las demandantes en esta ocasión y que, además, fue abordado por la mayoría de la Sala Plena. Por lo tanto, para la suscrita magistrada es claro que existía una identidad entre el cargo estudiado en 2006 y el que debía estudiar la Sala en esta oportunidad, configurándose así la cosa juzgada constitucional.

En suma, con base en las razones expuestas, la suscrita magistrada considera que se presentó una cosa juzgada constitucional frente a la sentencia C-355 de 2006, en relación con los cargos que se consideraron aptos por parte de la Sala Plena en la sentencia de la que aparto.

- (ii) *No se evidencia una modificación en el significado material de la Constitución Política que haya transformado los presupuestos que sirvieron de sustento para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal en la sentencia C-355 de 2006.*

Para la mayoría de la Sala Plena, los desarrollos jurisprudenciales de la Corte en relación con (a) el derecho a la salud, (b) el acceso al aborto en las tres circunstancias previstas en la sentencia C-355 de 2006 y (c) la violencia de género, así como, algunas recomendaciones, informes y observaciones de organismos internacionales evidencian un cambio en el significado material de la Constitución Política. A juicio de la suscrita magistrada, lo anterior no supone un cambio en la realidad social, económica, política o ideológica del país, que haya transformado de modo alguno los presupuestos que sirvieron de sustento para la exequibilidad condicionada del delito de aborto en el 2006.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional reiterada, la excepción de la cosa juzgada constitucional por *cambio en el significado material de la Constitución*, también denominada como de la *Constitución viviente*, “*se da cuando la realidad social, económica, política o ideológica del país transforma*

los presupuestos que sirvieron de sustento para declarar la exequibilidad de la norma en su momento, lo que permite que se adelante un nuevo estudio a la luz de las nuevas realidades”¹⁷.

En mi criterio, la abundante jurisprudencia que la Corte Constitucional ha proferido acerca del derecho fundamental a la salud, incluidas las decisiones que son citadas por la mayoría de la Sala Plena –T-760 de 2008¹⁸, C-313 de 2014¹⁹ y T-361 de 2014²⁰–, no incide de forma clara, directa y contundente en el alcance del acceso al procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, en los términos en que fue valorado y establecido de forma excepcional en la sentencia C-355 de 2006. A esta misma conclusión llego al contrastar la jurisprudencia constitucional en la que se ha evidenciado la existencia de la violencia e inequidad de género, cuando la mujer es víctima de un delito en razón a su género o cuando normas civiles y tributarias suponen un trato discriminatorio respecto de ellas. Pues de esta última jurisprudencia no es posible extraer que en el país ahora existe una forma diferente de concebir los derechos de las mujeres en relación con el derecho o no al aborto. Por último, las decisiones que en sede de tutela se han proferido en casos concretos por barreras para acceder al aborto, han sido exclusivamente en el contexto de las tres causales previstas en la sentencia C-355 de 2006, no en un contexto más amplio.

En relación con los informes, observaciones, recomendaciones y demás documentos emitidos por organismos internacionales, considero que tampoco sirven de fundamento para argumentar que se presenta un *cambio en el significado material de la Constitución*. Ello, por al menos dos razones. Primero, porque dichos pronunciamientos no son vinculantes de conformidad con el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política. Según esta norma, solo los tratados de derecho internacional sobre derechos humanos ratificados por Colombia son fuentes vinculantes para el Estado colombiano y, por lo tanto, solo estos gozan de preeminencia, superioridad o supremacía en el ordenamiento jurídico interno²¹. En ese sentido, normas de *soft law* no pueden representar *per se* un cambio en el parámetro de control de constitucionalidad. Aceptar tal planteamiento supondría que los instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, ceden respecto de instrumentos internacionales que tienen un carácter hermenéutico, no vinculante. Segundo, por cuanto no es posible afirmar que existe un consenso en el ámbito

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-456 de 2020. En similar sentido, se pueden consultar las sentencias C-045 de 2019, C-029 de 2009, entre otras.

¹⁸ En esta sentencia, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional abordó el estudio de varios casos en los que a los accionantes se les había negado el acceso a los servicios de salud requeridos

¹⁹ En esta, la Sala Plena estudió la constitucionalidad de la ley estatutaria que reguló el derecho fundamental a la salud, hoy Ley 1751 de 2015.

²⁰ En esta providencia, la Sala Séptima de Revisión de la Corte se pronunció acerca de la negativa de la EPS para practicar un examen médico indispensable para el tratamiento médico de la paciente.

²¹ *Cfr.* Corte Constitucional. Sentencias C-146 de 2021 y C-257 de 2008.

internacional en cuanto a despenalizar el aborto, que lleve eventualmente a reflexionar sobre un cambio social o ideológico. A manera de ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no exhorta a los estados a despenalizar el aborto, sino a adoptar medidas integrales e inmediatas para respetar y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres²².

En conclusión, la suscrita magistrada considera que en el caso *sub examine* no se configura la excepción a la cosa juzgada constitucional de *cambio en el significado material de la Constitución*.

(iii) *No existe un cambio en el contexto normativo en el que se inserta el artículo 122 del Código Penal.*

La Ley Estatutaria de Salud –Ley 1751 de 2015–, la ley para la sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres –Ley 1257 de 2008– y las recomendaciones, observaciones, informes y demás documentos expedidos por organismos internacionales no suponen un cambio en el contexto normativo, que exija una nueva valoración constitucional del delito de aborto, distinta a la realizada en la sentencia C-355 de 2006. De igual forma, los precedentes de la Corte, proferidos en ejercicio del control concreto, en relación con el acceso al servicio de interrupción voluntaria del embarazo tampoco tienen dicho alcance.

Si bien las leyes 1257 de 2008 y 1751 de 2015 establecieron disposiciones novedosas en relación con la violencia de género y el derecho a la salud, estas no suponen un contexto normativo novedoso para el delito de aborto, en contraste con el existente en el año 2006, por la razones que expongo a continuación. En primer lugar, para ese año ya estaba concebido un amplio marco normativo, principalmente, en el ámbito internacional, en relación con los derechos de las mujeres. Dicho marco normativo fue expresamente invocado por la Corte en la sentencia C-355 de 2006²³. El que este se hubiese materializado en el campo nacional a través de la Ley 1257 de 2008, no lleva a concluir que no existiese o fuese tenido en cuenta en la sentencia C-355 de 2006. En segundo lugar, en aquel momento, para adoptar la decisión de constitucionalidad, la Corte tuvo en cuenta los derechos reproductivos de las mujeres como integrantes del derecho fundamental a la salud²⁴. Asimismo, tuvo

²² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de prensa 165-2017

²³ La Corte, en el epígrafe 7 de la sentencia, hizo una explicación acerca de los derechos fundamentales de las mujeres en la Constitución Política y en el derecho internacional. En este, la Corte hizo referencia, entre otros, a la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belén do Pará” y a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW-.

²⁴ A manera de ejemplo, la Corte expuso que “*en cuanto al derecho a la salud, que incluye el derecho a la salud reproductiva y la planificación familiar, se ha interpretado por los organismos internacionales, con fundamento en los tratados internacionales, entre ellos la CEDAW, que es deber de todos los Estados ofrecer una amplia gama de servicios de salud de calidad y económicos, que incluyan servicios de salud sexual y reproductiva, y se ha recomendado además, que se incluya la perspectiva de género en el diseño de políticas y*

en consideración la interpretación de los organismos internacionales respecto de las normas relacionadas con los derechos a la vida y a la salud de las mujeres, entre ellos, la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁵. Es pertinente resaltar que este último documento fue importante para la determinación de la mayoría de la Sala Plena en la sentencia C-055 de 2022, lo cual, a juicio de la suscrita magistrada evidencia que el contexto normativo vigente en el año 2006 es el mismo o muy similar al actual. En tercer lugar, las leyes 1257 de 2008 y 1751 de 2015 no inciden o tocan de forma directa el artículo 122 del Código Penal²⁶.

En lo que respecta al alcance de observaciones, recomendaciones y demás documentos de derecho internacional, como referente del cambio del contexto normativo, me remito a las consideraciones efectuadas arriba en cuanto a la falta de vinculatoriedad de dichos instrumentos de *soft law*.

Por último, también reitero que las sentencias de tutela proferidas por la Corte en relación con el acceso al servicio de interrupción voluntaria del embarazo, de modo alguno ampliaron el marco normativo desarrollado, en parte, por la sentencia C-355 de 2006. Esto, por cuanto dichas decisiones de tutela tratan acerca del acceso a este servicio en el marco de las causales previstas por la Corte en la citada sentencia de constitucionalidad. Por lo tanto, de estas no es posible inferir un cambio en el contexto normativo en el que se inserta el delito de aborto.

En suma, en criterio de la suscrita magistrada, no es posible afirmar que existe un cambio en el contexto normativo en el que se inserte el artículo 122 del Código Penal y, por ende, no era viable para la Corte desconocer la cosa juzgada constitucional que inviste a la sentencia C-355 de 2006.

Conclusión. Con base en las razones expuestas, considero que en el caso *sub examine* la Corte debió estarse a lo resuelto en la sentencia C-355 de 2006, la cual tiene efectos de cosa juzgada constitucional, efectos que no logran

programas de salud. Dichos organismos internacionales también han expresado su preocupación por la situación de la salud de las mujeres pobres, rurales, indígenas y adolescentes, y sobre los obstáculos al acceso a métodos anticonceptivos. || También en el área de salud, se deben eliminar todas las barreras que impidan que las mujeres accedan a servicios, a educación e información en salud sexual y reproductiva. La CEDAW ha hecho hincapié en que las leyes que penalizan ciertas intervenciones médicas que afectan especialmente a la mujer, constituyen una barrera para acceder al cuidado médico que las mujeres necesitan, comprometiendo sus derechos a la igualdad de género en el área de la salud y violando con ello la obligación internacional de los Estados de respetar los derechos reconocidos internacionalmente”.

²⁵ La aclaración de voto del magistrado Manuel José Cépeda Espinosa también evidencia que en el debate sostenido por la Sala Plena para adoptar la sentencia C-355 de 2006 tuvo en consideración, entre otras, la Observación General No. 14 del Comité DESC

²⁶ Sobre el particular, es relevante recordar que la Corte ha explicado que “una disposición jurídica no puede ser analizada aisladamente sino que debe ser interpretada de manera sistemática, **tomando en consideración el conjunto normativo del cual forma parte**” (negrilla propia) (Sentencia C-1046 de 2001, reiterada, entre otras, en la sentencia C-092 de 2017). En ese sentido, “la interpretación sistemática de la norma acusada [debe hacerse], en conjunto con todas las disposiciones que, en la actualidad, integran el ordenamiento jurídico al que pertenece” (Sentencia C-089 de 2020).

enervarse a través de los cargos planteados en la demanda objeto de estudio. Esto, por cuanto los cargos invocados por las demandantes en esta oportunidad guardan identidad con los estudiados en aquella decisión y porque no se configura ninguna de las hipótesis que permiten enervar la cosa juzgada de una sentencia de constitucionalidad.

3. Reparos de carácter esencial frente a las razones por las cuales la mayoría de la Sala Plena decidió declarar la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal y exhortar al Congreso de la República y al Gobierno Nacional.

Sin perjuicio de que mi voto se cimenta en que la Corte debió respetar la institución de la cosa juzgada constitucional, a continuación expongo los reparos, de carácter esencial, que tengo respecto de los fundamentos que motivan la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal en los términos establecidos en la sentencia C-055 de 2022 y el exhorto al Congreso de la República y Gobierno Nacional. De una parte, plantearé varios interrogantes frente a algunos argumentos del proyecto. En el marco de estos, expondré las razones por las cuales, en mi criterio, el debate acerca de la despenalización del aborto debió darse en el seno del Congreso de la República, y no en el ámbito del control de constitucionalidad. Por otra parte, me referiré a que es del resorte del Gobierno Nacional, y no de la Corte Constitucional, determinar la política pública en materia de aborto.

Lo anterior, sobre la base, primero, de que la vida es un valor constitucional que debe ser protegido, en general, a partir del momento de la concepción, tal como lo señala el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Segundo, de que existe un interés por parte del Estado de proteger dicho valor, al ser de gran valía a la luz de la Constitución Política. Tercero, de que el niño necesita protección tanto antes como después de su nacimiento, de conformidad con lo previsto por el Preámbulo de la Convención del Niño. Lo anterior, sin pretender desestimar de forma alguna la importancia de los derechos reproductivos de las mujeres.

A estos efectos, me referiré a (i) la ausencia de evidencia científica en relación con la existencia de otras medidas efectivas para garantizar la vida en gestación, y la consecuente desprotección del derecho a la vida del *nasciturus*; (ii) la cuestionabilidad de considerar la interrupción voluntaria del embarazo como un servicio de salud reproductiva en cualquier evento; (iii) la ausencia de un análisis holístico e integral del tipo penal de aborto en función del bien jurídicamente tutelado; (iv) que la penalización del aborto a partir de la semana 24 de gestación genera una desprotección de la vida del que está por nacer; (v) que la Corte no está en posición de establecer a partir de qué momento penalizar

el aborto, y (vi) que tampoco está en posición de determinar las pautas para establecer la política pública en la materia.

En desarrollo de estos argumentos, expondré por qué, en criterio de la suscrita magistrada, el debate acerca de la despenalización del aborto debió darse en el escenario natural de representación democrática, en donde, con la participación de actores con múltiples visiones debió decidirse si con base en los principios y valores que se pretenden irradiar en la sociedad colombiana podría aceptarse la despenalización parcial del aborto y, de ser así, de qué manera.

3.1. Hay ausencia de evidencia científica de que existen otras medidas efectivas para proteger, respetar y garantizar la vida en gestación.

En criterio de la suscrita, la decisión de despenalizar el aborto a partir de la semana 24 de gestación debió estar precedida de un análisis mucho más amplio acerca de cuáles son las otras medidas efectivas para proteger, respetar y garantizar la vida en gestación. No haberlo hecho constituye una circunstancia que resulta ampliamente censurable, ya que se genera una desprotección amplia del derecho fundamental a la vida del *nasciturus*, sin las mínimas garantías metodológicas que obligaban a indagar sobre la existencia de otros medios que reten el carácter de necesario de la acción que se analiza.

La decisión mayoritaria cita el Informe Final de la Comisión Asesora de Política Criminal sobre el diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano, de junio de 2012. En este, en efecto, dicha comisión enuncia como medidas de gran impacto en el objetivo perseguido “*campañas de salud para prevenir embarazos no deseados, capacitación en materia de salud sexual y reproductiva, servicios gratuitos de salud y asesoría en materia de planificación familiar como medios para prevenir embarazos no deseados*”. Asimismo, el citado informe señala que la experiencia comparada y los estudios de la realidad colombiana muestran que es mejor “*adoptar una perspectiva de salud pública, que combine campañas vigorosas para promover la salud sexual y reproductiva y para prevenir el embarazo no deseado, con una despenalización amplia de la interrupción voluntaria del embarazo, que permita a las mujeres acceder a un aborto seguro en los casos en que tengan legalmente derecho a interrumpir el embarazo*”. No obstante, a juicio de la suscrita era indispensable que la Sala ahondara mucho más en la evidencia científica y estadística sobre la eficacia de otras medidas encaminadas a proteger la vida del *nasciturus*.

En Colombia existe política pública relacionada con la educación sexual enfocada en las niñas, niños y adolescentes, como lo señala la sentencia, así como, de prevención del embarazo no deseado y atención en salud sexual y reproductiva. Primero, el Ministerio de Salud y Protección Social tiene, entre

otros, los siguientes recursos disponibles, relevantes frente a la temática: a) espacio en su página web denominado *Prevención del aborto inseguro / Interrupción voluntario del embarazo (IVE)*; b) Resolución 3280 de 2018 *Por la cual se adoptan los lineamientos técnicos y operativos de la Ruta Integral de Atención para la Promoción y Mantenimiento de la Salud y la Ruta Integral en Salud para la Población Materno Perinatal y se establecen directrices para su operación*²⁷, y c) la circular 016 de 2017 para el *Fortalecimiento de acciones que garanticen la atención segura, digna y adecuada de las maternas en el territorio nacional*. Segundo, en los CONPES se ha incluido hace tiempo una política pública de género que ha tenido en cuenta la prevención del embarazo en la adolescencia y la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva²⁸. Tercero, el Ministerio de Educación cuenta, entre otras, con a) la *guía metodológica para la prevención del embarazo en niñas y adolescentes* y b) la Directiva 01 que establece las *Orientaciones para prevenir la deserción escolar de niños, niñas y adolescentes madres o en embarazo, y padres adolescentes, especialmente víctimas del conflicto armado*. Cuarto, sin que esta sea una lista exhaustiva, la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá cuenta con una Circular relativa a la prestación de servicios de salud relacionados con la interrupción voluntaria del embarazo (Circular 043 de 2012).

Ante la existencia de las medidas que se recomienda adoptar para proteger la vida del *nasciturus*, para la suscrita magistrada persiste la duda acerca de su eficacia, si se tiene en cuenta que los abortos se siguen practicando. De hecho, se ha documentado que la despenalización del aborto no ha tenido incidencia en la reducción de la tasa de abortos²⁹. Por tanto, queda así un interrogante sin respuesta: si la afectación clara y ostensible al derecho a la vida era la única vía para salvaguardar los derechos a la salud y a la libertad de conciencia, con algún sustento racional en función de medidas que hubiesen podido de manera seria y responsable contrastar y sin duda evitar, so pretexto de la salvaguarda de estos derechos, la lesión irreparable del derecho fundamental a la vida. Si la Corte pretendía retirar del ordenamiento jurídico una medida establecida por el Legislador en el marco de su libertad de configuración, lo mínimo que debía hacer era explicar suficientemente cuáles y por qué otras medidas son eficaces para proteger el derecho a la vida del *nasciturus*.

²⁷ En esta se incluyen lineamientos para la atención, planificación familiar y anticoncepción, tiene dentro de sus objetivos la reducción de la inequidad reproductiva, como el embarazo no planeado, y contiene lineamientos para la atención en salud materno perinatal, entre otros.

²⁸ Cfr. Conpes Social 147, 2012 y Conpes 161, 2013.

²⁹ Cfr. R. Peiró, C. Colomer, C. Alvarez- Dardet, J.R Ashton, *Does the liberation of abortion laws increase the number of abortion?* En *European Journal of Public Health* Vol. 11, 2001.

3.2.No es posible afirmar que la interrupción voluntaria del embarazo, en cualquier evento, es un servicio de salud reproductiva y que no descriminalizar su práctica constituye una afectación del derecho a la salud.

En criterio de la suscrita magistrada, a la luz del marco jurisprudencial y legal actualmente vigente, no es posible afirmar que la interrupción voluntaria del embarazo, en cualquier evento, es un servicio de salud reproductiva y, como consecuencia, tampoco es posible sostener que no descriminalizar su práctica constituye una afectación del derecho a la salud.

En primer lugar, la jurisprudencia de tutela de la Corte no ha considerado que el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo sea un servicio de salud reproductiva en cualquier evento, sino que solo lo es en las tres hipótesis señaladas en la sentencia C-355 de 2006. Ello se corrobora con las doce sentencias de tutela que sobre el aborto ha proferido la Corte Constitucional³⁰.

En segundo lugar, el servicio en comento no se puede desprender de las observaciones generales 22 y 14 del Comité DESC, en la medida en que estas, por una parte, no son vinculantes para el Estado sino criterios hermenéuticos³¹ y, por otra, dado a que en tales observaciones existe una falta de ponderación del derecho a la vida del que está por nacer como un derecho que se pretende proteger a través de las leyes que sancionan el aborto. Por esto último, considero que no es apropiado que la Sala fundamente parte de su argumentación en un deber que aún no es claro que pueda considerarse, a su turno, constitucional.

En suma, no es apropiado derivar un deber positivo frente al derecho a la salud de la jurisprudencia que lo aborda de manera limitada y de instrumentos que no son vinculantes y que, según se desprende de su texto, no han hecho una labor de ponderación del derecho que se pretende proteger con el tipo penal de aborto.

3.3. Era determinante un análisis holístico e integral del tipo penal en función del bien jurídico tutelado

El tipo penal de aborto no tiene como propósito sancionar a una mujer por el hecho de ser mujer, sino sancionar a todo aquel que afecte el bien jurídico de la vida en gestación. Por esta razón, era determinante un análisis holístico e

³⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-988/07, T-946/07, T-388/09, T-585/10, T-636/11, T-841/11, T-627/12, T-532/14, T-301/16, T-697/16, T-731/16 y SU-096/18.

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-355 de 2006: “A este respecto esta Corporación cree necesario introducir una precisión. En efecto, de conformidad con el artículo 93 constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad bien sea esta figura entendida en sentido estricto o en sentido lato, como se expuso en un acápite precedente de esta decisión, y sin duda la manera como dichos tratados han sido interpretados por los organismos encargados de establecer su alcance resulta relevante al momento de precisar el contenido normativo de sus disposiciones. No obstante, eso no quiere decir que las recomendaciones y observaciones proferidas por estos organismos internacionales se incorporen de manera automática al bloque de constitucionalidad y por tanto se constituyan en un parámetro para decidir la constitucionalidad de las leyes”.

integral del tipo penal en función del bien jurídico tutelado, las estrategias de política criminal del Estado para prevenir y castigar este delito, estudios y documentos científicos en materia de criminología, los elementos técnicos, estadísticos, probabilísticos e históricos que sirvieran como apoyo si de lo que se trataba era de definir la supresión del delito, que hoy, con un pincelazo, llega a su fin pese a su validez refrendada por los valores y principios protegidos constitucionalmente y que se evocan bajo la fórmula del Estado Democrático y de Derecho.

En efecto, de conformidad con la exposición de motivos que luego sería la Ley 599 de 2000, se *“puede atentar contra el feto como ser que si bien tiene una vida dependiente de la madre, por sí misma comporta vida humana, tal como lo entendió la Corte Constitucional al determinar que a partir de la concepción existe vida; por ello extendió en forma independiente la protección del bien jurídico al feto”*³². Asimismo, en la Sentencia C-355 de 2006 se afirmó que, *“[e]n el caso concreto, como se ha sostenido reiteradamente, la vida del nasciturus es un bien protegido por el ordenamiento constitucional y por lo tanto las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden de la esfera de su autonomía privada e interesan al Estado y al legislador”*.

La decisión de la que hoy me aparto limita *ex ante* la posibilidad del legislador de responder, mediante debates amplios y abiertos a la controversia política, a un desacuerdo social profundo sobre la despenalización del aborto. En efecto, a pesar de que el resolutivo segundo parece adoptar un remedio débil que permitiría que el Gobierno Nacional y el Congreso de la República diseñen una política pública para la interrupción voluntaria del embarazo, restringe las posibilidades del legislador para valorar alternativas que puedan resultar idóneas *–tanto argumentativa como fácticamente–* para la garantía del derecho a la vida del *nasciturus*. Así, queda proscrita la posibilidad de que el legislador prevea, por ejemplo, la penalización de la conducta de aborto, acompañándola de medidas de política pública que pudieran garantizar su idoneidad.

No puede obviar la Corte Constitucional que el debate sobre la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo no versa, de forma exclusiva, sobre un asunto de política criminal, sino que está vinculado de forma estrecha con un desacuerdo social profundo respecto del alcance de la vida y la libertad de conciencia como valores sustantivos del sistema jurídico-político, así como del significado de los artículos 11 y 18 de la Constitución Política. En este contexto, la decisión de exequibilidad condicionada *–y el control de constitucionalidad en sí mismo–* excluye, en la institución estatal con menor legitimidad democrática, a grupos sociales significativos que tendrían la posibilidad de manifestarse y participar de la construcción de alternativas igualmente idóneas,

³² Congreso de la República. Gaceta 139 de 1998, pp. 8 y 9.

junto con sectores opuestos, para la garantía de los derechos y los valores cuya interpretación *–una de las varias posibles–* funda la decisión de la Corte. Solo el Congreso de la República, junto a mecanismos de participación ciudadana como el referendo y la Asamblea Nacional Constituyente, ofrecen el referido espacio para la discusión de cuestiones éticas y políticas como la debatida, al ser reflejo de los valores democráticos y expresión de la soberanía popular. Solo de allí deviene la legitimidad de la decisión adoptada.

Con la forma de proceder de la mayoría de la Sala Plena, también se desconoce la recomendación hecha por la Comisión Asesora de Política Criminal, la cual señaló que respecto de la valoración de la despenalización del aborto *“se sugiere un debate amplio que aborde el tema desde una perspectiva jurídica pero también de salud pública, con miras a determinar el régimen jurídico adoptado y el plazo correspondiente”*³³.

De esta manera, para la suscrita magistrada la mayoría de la Sala Plena falló en el análisis holístico e integral en función del bien jurídico protegido, que exige la temática del aborto, el cual, en todo caso, solo podía ser realizado en el seno del órgano de representación democrática.

3.4. La penalización del aborto a partir de la semana 24 de gestación genera una desprotección de la vida del que está por nacer, a quien se le debe protección desde el momento de la concepción

A mi juicio, la penalización del aborto a partir de la semana 24 de gestación genera una desprotección del derecho a la vida del que está por nacer, el cual debe ser protegido desde el momento de la concepción, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La decisión mayoritaria establece que la semana 24 de gestación es un *óptimo constitucional* que concilia los derechos a la salud, a la libertad de conciencia y a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular, con el derecho a la vida del que está por nacer. En mi criterio, dicho estándar deja de lado cualquier consideración o valoración en cuanto al desarrollo que el feto ha tenido antes de la semana 24 de gestación, como un bien jurídico respecto del cual la sociedad tiene interés y que debe ser objeto de protección. Por ejemplo, según la literatura científica, a los 45 días el embrión humano tiene manos, pies, cabeza, órganos y cerebro y a la sexta octava su sistema nervioso funciona³⁴. De este modo, el criterio normativo al que acude la decisión mayoritaria falla en considerar aspectos como los

³³ Comisión Asesora de Política Criminal, *Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*, 2012

³⁴ Cfr. Zurriarán, Roberto Germán, *“La cuestión de fondo sobre el tema del aborto”*. Persona y Bioética, 2015, vol.19, n.1, pp. 120 y 121. Citado por uno de los intervinientes en el trámite que culminó con la sentencia SU-096 de 2018.

descritos, dejando desprovisto de protección el derecho a la vida del que está por nacer. En las condiciones biológicas que se constatan de la amplia literatura científica estamos lejos de creer que verdaderamente sea ponderada la decisión y acción abortiva en el rango de tiempo admitido por la mayoría; todo lo contrario, es la abierta negación del derecho a la vida que pone en entre dicho el óptimo constitucional proclamado en el fallo.

El que el derecho a la vida goce de protección gradual e incremental, como lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁵, no lleva a la conclusión de que este solo pueda ser protegido por el derecho penal a partir de la viabilidad o autonomía del feto. De igual forma, los márgenes de desprotección que algunas mujeres gestantes enfrentan para el goce efectivo de sus derechos sexuales y reproductivos no necesariamente deben atenderse a través de la despenalización del aborto, pues, para ello puede, o mejor, debe fortalecerse la política pública para la prevención de embarazos no deseados, una maternidad y paternidad responsable, asistencia durante el embarazo y demás.

Por lo tanto, en mi criterio, aún después de hacerse un ejercicio de ponderación, considero que la decisión de la que me aparto establece un amplio margen de desprotección del derecho a la vida del *nasciturus*.

3.5. La Corte no está en posición de determinar las semanas a partir de las cuales es posible practicar un aborto

En consonancia con lo expuesto en el anterior acápite, considero que la Corte ni siquiera está en posición de determinar las semanas a partir de las cuales es posible practicar un aborto. Esto, por cuanto no es el órgano encargado de establecer cuál es la forma de proteger el derecho a la vida, lo cual, en realidad, le corresponde al órgano que representa las visiones y concepciones del pleno de la sociedad colombiana, que es el órgano legislativo. Esta determinación supone discutir qué constituye el valor que se pretende proteger. De esta manera, a partir de la concepción que se tenga acerca de la vida es posible determinar de qué forma esta debe protegerse. Este debate no puede circunscribirse a un mero criterio normativo, sino que debe abarcar, sin duda, aspectos morales y científicos que la Sala mayoritaria no estaba en condición de agotar.

Obsérvese cómo en la mayoría de los países la despenalización del aborto ha surtido un debate democrático³⁶, en el marco del cual, además, se ha determinado el momento a partir del cual es socialmente aceptable que el feto

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia *Caso Artavia Murillo y otros* (“fecundación in vitro”) vs. *Costa Rica*.

³⁶ P. ej. Argentina (Ley 27.610), Austria (Código Penal, § 97), Portugal (Ley 16 de 2007), Italia (Ley 194 de 1978), Francia (Ley Velo de 1975, recientemente modificada), Uruguay (Ley 18.987), entre otras.

goce de otro tipo de protección. Es tal la importancia de que esto sea objeto de un amplio debate, que, por ejemplo, en algunos países se contemplan medidas encaminadas a acompañar el proceso de toma de decisión de abortar (p. ej. se establece una orientación y un término para que la mujer reflexione, después de haber recibido tal orientación).

De esta manera, el que haya sido la Corte Constitucional la que determinó, a partir de un criterio normativo, el momento a partir del cual era sancionable penalmente el aborto no solo anula de tajo la posibilidad de debatir aspectos de gran trascendencia social, sino que omite la valoración de un sinnúmero de aristas que no está en posición de valorar.

3.6. La Corte no está en posición de determinar *ex ante* las pautas de la política pública sobre la materia.

Por último, en concordancia con lo anterior, considero que la Corte tampoco está en posición de establecer, al detalle, las pautas que deben atenderse en el diseño de la política pública en relación con las prestaciones derivadas de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y a la vida del que está por nacer. Esto, por cuanto el diseño de una política integral en la materia requiere del concurso de expertos interdisciplinarios (salud, educación, etc.), a efectos de determinar las medidas más idóneas para prevenir, en lo posible, situaciones que conduzcan a pensar en el aborto como una opción para evitar el nacimiento de una criatura.

A nuestro juicio no es del resorte del máximo tribunal constitucional la formación de instrumentos de gestión pública en materia de salud y sexualidad responsable. Para esto es de todos conocido que la responsabilidad reside en el ejecutivo, que cuenta con la capacidad técnica suficiente para el diagnóstico de causas sociales y de atención preventiva en salud que le permite actuar acorde con el programa definido por el Gobierno Nacional en favor de la población afectada. Por las mismas razones, no le es dado a la Corte definir límites para la formación y ejecución de la política pública, cuando esta encuentra respaldo en la ley, y los ingredientes restantes, como en este caso, que permitan valorar la protección del feto y de la madre considerando el contexto socio-demográfico y cultural, no tienen por qué superar el recinto del legislador como único legitimado por la Constitución Política para estos fines.

En los anteriores términos dejo sentadas las razones por las cuales salvo el voto en la sentencia **C-055 de 2022**.

Fecha ut supra,



PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada