



COMUNICADO 5

Febrero 21 de 2022

Sentencia C-055-22

M.S. Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos

Expediente: D-13.956

CORTE DECLARA EXEQUIBLE LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO DE ABORTO CONSENTIDO, EN EL SENTIDO DE QUE NO SE CONFIGURA EL DELITO CUANDO LA CONDUCTA SE PRACTIQUE ANTES DE LA SEMANA 24 DE GESTACIÓN Y, SIN SUJECIÓN A ESTE LÍMITE, CUANDO SE PRESENTEN LAS CAUSALES DE QUE TRATA LA SENTENCIA C-355 DE 2006. FINALMENTE, EXHORTÓ AL CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y AL GOBIERNO NACIONAL A FORMULAR E IMPLEMENTAR UNA POLÍTICA PÚBLICA INTEGRAL EN LA MATERIA.

1. Norma acusada

“LEY 599 DE 2000

Por la cual se expide el Código Penal

“Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses. | | A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior”. Esta disposición había sido declarada condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, “en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la

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

2. Decisión

PRIMERO: 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".

SEGUNDO. EXHORTAR al Congreso de la República y al Gobierno nacional, para que, sin perjuicio del cumplimiento inmediato de esta sentencia y, en el menor tiempo posible, 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, descritos en esta providencia y, a su vez, proteja el bien jurídico de la vida en gestación sin afectar tales garantías, a partir del condicionamiento de que trata el resolutivo anterior. Esta política debe contener, como mínimo, (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.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte decide la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del artículo 122 de la Ley 599 de 2000, que establece el delito de aborto consentido, a partir de seis cargos de inconstitucionalidad.

Antes de abordar el asunto de fondo y en atención a los argumentos de algunos de los intervinientes y del Procurador General de la Nación, la Corte examina algunas cuestiones previas y concluye que: no se presenta una omisión legislativa absoluta en los términos planteados por el Procurador General de la Nación, solo cuatro de los seis cargos que fueron propuestos son aptos y a pesar de la existencia de la Sentencia C-355 de 2006, es procedente un pronunciamiento de fondo respecto de los cuatro cargos aptos, ya que *(i)* no se presenta el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, en la medida en que se trata de cargos que no fueron valorados por la Corte en la citada sentencia y, en todo caso, *(ii)* se evidencia una modificación en el significado material de la Constitución y *(iii)* una variación en el contexto normativo en que se inserta la norma demandada.

Estudio del fenómeno de la cosa juzgada

A pesar de la existencia de la Sentencia C-355 de 2006, es procedente un pronunciamiento de fondo respecto de los cuatro cargos aptos ya que *(i)* se trata de cargos que, en sentido estricto, no fueron valorados por la Corte en la citada sentencia y, en todo caso, *(ii)* se evidencia una modificación en el significado material de la Constitución en cuanto a la comprensión de la problemática constitucional que supone el delito del aborto consentido y *(iii)* un cambio en el contexto normativo en el que inserta el artículo 122 del Código Penal. Estas dos últimas circunstancias, según lo ha precisado de manera reiterada la Sala, permiten un pronunciamiento de fondo respecto de cargos aptos, a pesar de que se demande una disposición que fue objeto de control constitucional previo –cosa juzgada formal–.

La Sala evidencia una modificación en el significado material de la Constitución en cuanto a la comprensión de la problemática constitucional que supone el delito del aborto consentido, como consecuencia de los siguientes cuatro fenómenos.

En primer lugar, se aprecia una profunda transformación jurisprudencial acerca de la consideración del derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo, en los términos de, en particular, las sentencias T-760 de 2008, C-313 de 2014 y T-361 de 2014. En segundo lugar, luego del año 2006 y mediante la resolución de casos concretos, la jurisprudencia constitucional ha ampliado su comprensión acerca de la problemática constitucional que supone del aborto consentido, a partir de la estrecha

relación que se presenta entre las conductas que siguen constituyendo un supuesto delictivo y aquellas que no¹. En tercer lugar, como lo precisaron las demandantes, existen documentos internacionales, de distinto valor normativo, que, a diferencia del año 2006, han propugnado por la despenalización del aborto más allá de las tres causales definidas en la Sentencia C-355 de 2006 y, por tanto, inciden en una nueva comprensión constitucional del fenómeno. De allí que, según señalan, tal pretensión encuentre sustento suficiente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Finalmente, luego del año 2006 se ha perfilado con mayor precisión una jurisprudencia constitucional para valorar la violencia de género contra la mujer, de la que son especialmente depositarias las sentencias C-297 de 2016, C-539 de 2016, C-117 de 2018, C-519 de 2019, C-038 de 2021 y SU-201 de 2021.

Se evidencia un cambio en el contexto normativo en el que se inserta el artículo 122 del Código Penal, como consecuencia de los siguientes cuatro fenómenos: *(i)* la expedición de la Ley Estatutaria de Salud, del año 2015. *(ii)* Con posterioridad a la Sentencia C-355 de 2006, múltiples organismos internacionales –entre los que se encuentran el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud y el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer– han planteado la necesidad de despenalizar el aborto como una medida en favor de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de esta población, así como una forma de actuar en contra de la violencia hacia las mujeres. *(iii)* La expedición de la Ley 1257 de 2008, con el fin, entre otros, de cumplir los compromisos internacionales del Estado respecto de la libertad, la autonomía y la salud sexual y reproductiva. Finalmente, *(iv)* el sistema de salud ha sufrido cambios profundos en su estructura y la política criminal ha visto una revaloración del sentido de la proporcionalidad y los fines de la pena.

Problema jurídico

Le corresponde determinar a la Corte si a pesar del condicionamiento contenido en el resolutivo tercero de la Sentencia C-355 de 2006, la

¹ Al respecto, la línea jurisprudencial constituida por las sentencias T-171 de 2007, T-988 de 2007, T-209 de 2008, T-946 de 2008, T-388 de 2009, T-585 de 2010, T-636 de 2011, T-959 de 2011, T-841 de 2011, T-627 de 2012, T-532 de 2014, T-301 de 2016, T-731 de 2016, T-697 de 2016, T-931 de 2016 y SU-096 de 2018 –al igual que en las sentencias C-754 de 2015 y C-327 de 2016–,

tipificación del aborto consentido, en los términos del artículo 122 del Código Penal, (i) es contraria a la obligación de respeto al derecho a la salud y los derechos reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes (artículos 49, 42 y 16 de la Constitución); (ii) vulnera su libertad de conciencia, en especial, frente a la posibilidad de actuar conforme a sus convicciones en relación con su autonomía reproductiva (artículo 18 de la Constitución); (iii) es incompatible con la finalidad preventiva de la pena y no satisface las exigencias constitucionales adscritas al carácter de *ultima ratio* del derecho penal (preámbulo y artículos 1 y 2 de la Constitución) y (iv) desconoce el derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular (artículos 13 y 93 de la Constitución, 1 de la CADH y 9 de la Convención de Belem do Pará).

Estudio del caso en concreto

Para resolver el problema jurídico, como se precisa más adelante, dado que la protección del bien jurídico de la vida en gestación es una finalidad constitucional imperiosa, le corresponde a la Sala valorar si las razones que se aducen en relación con los cuatro cargos aptos efectivamente se presentan; esto es, si, en efecto, la actual tipificación del delito de aborto – que incluye el condicionamiento de que fue objeto en la Sentencia C-355 de 2006– afecta las garantías constitucionales que se alegan. De serlo, al menos en uno de los casos, lo procedente es valorar si se trata de una afectación desproporcionada –lo que, en principio, justificaría la declaratoria de inexecutable de la disposición– o si esta se encuentra justificada en la protección de la finalidad constitucional que pretende lograr: proteger la vida en gestación –lo que justificaría la declaratoria de executable de la norma con la Carta–. También puede ocurrir que, a pesar de evidenciarse una afectación tal a aquellas garantías, la declaratoria de inexecutable genere un déficit de protección a la finalidad constitucional imperiosa que pretende proteger el tipo penal, razón por la cual se justificaría una declaratoria de executable condicionada.

1. La protección del bien jurídico de la vida en gestación es una finalidad constitucional imperiosa (artículos 11 de la CP y 4.1 de la CADH)

El artículo 122 del Código Penal persigue una finalidad constitucional imperiosa que consiste en proteger el bien jurídico de la vida en gestación, ya que mediante la amenaza de imponer una pena de prisión a la mujer

“que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause”, al igual que a “quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta”, pretende que esta no se realice y, por tanto, busca que el embarazo culmine con alumbramiento, esto es, con el nacimiento de un nuevo ser.

El carácter imperioso de esta finalidad se deriva de lo dispuesto por los artículos 11 de la Constitución y 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De conformidad con el primero, “El derecho a la vida es inviolable” y de acuerdo con el segundo, “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”. Estas disposiciones pretenden proteger la vida, incluyendo aquella que está en formación durante la etapa de gestación. Así las cosas, dado que la norma demandada pretende desincentivar la práctica del aborto, como medida conducente para que el embarazo culmine en alumbramiento, es lógico inferir que pretende realizar una finalidad constitucional imperiosa, cual es la de proteger la vida, en una de sus etapas de desarrollo.

Ahora bien, como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional e interamericana, la vida es un bien jurídico que se protege en todas las etapas de su desarrollo, pero no con la misma intensidad. Es por esto que su protección mediante el derecho penal, como finalidad constitucional imperiosa, también es gradual e incremental, según la etapa de desarrollo en que se presente un atentado contra ella y las circunstancias concomitantes con este.

A partir de esta caracterización de la vida en gestación como finalidad constitucional imperiosa y meritoria de protección penal, le corresponde valorar a la Corte cómo la protección de la citada garantía puede entrar en conflicto con aquellas disposiciones constitucionales que sirven de soporte jurídico a cada uno de los cuatro cargos que se consideraron aptos.

2. Primer cargo: presunta vulneración del derecho a la salud (artículo 49 de la CP) y los derechos reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes (artículos 42 y 16 de la CP)

El deber de respeto al derecho a la salud en cabeza del Estado implica, entre otras cosas, la obligación de remover los obstáculos normativos que impiden el acceso a los servicios necesarios para que mujeres, niñas y personas gestantes gocen de salud reproductiva. Como lo señalan múltiples

organismos internacionales de derechos humanos, una de dichas barreras la constituye la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo en los términos del artículo 122 de la Ley 599 de 2000, por tener incidencia en la práctica de abortos inseguros en los que pelagra la salud, integridad y vida de esta población.

Por tanto, a pesar de pretender realizar una finalidad constitucional imperiosa, como es la protección del bien jurídico de la vida en gestación, la disposición demandada afecta intensamente el derecho a la salud contemplado en el artículo 49 superior y los derechos reproductivos, cuyo reconocimiento se encuentra en los artículos 42 y 16 de la Constitución, pese a existir medios más efectivos para proteger, respetar y garantizar aquella finalidad constitucional y que no generan una afectación tan intensa en estos derechos, como la adopción de políticas públicas orientadas a proteger la vida en gestación por otros medios que brinden verdaderas alternativas a la interrupción del embarazo, así como para la realización de este procedimiento en el marco de los servicios de salud reproductiva. Es decir, el Legislador, ante una realidad fáctica que afecta intensamente derechos fundamentales, cuenta con otras alternativas jurídicas, distintas a la vía penal –sin excluirla en determinados casos²–, menos lesivas para esos derechos y que, por tanto, resulten proporcionales.

3. Segundo cargo: presunto desconocimiento de la libertad de conciencia (artículo 18 de la CP)

La potestad del Legislador en materia penal no es absoluta y sus límites se hacen más evidentes cuando la tipificación de conductas como delitos interfiere en el ejercicio de libertades intrínsecamente asociadas a la dignidad humana, entre ellas, la libertad de conciencia, disposición autónoma constitucional, en los términos de su artículo 18.

Para evaluar si una persona, en abstracto, puede legítimamente actuar o abstenerse de hacerlo con el fin de preservar su sistema de convicciones y creencias, debe valorarse la importancia del bien jurídico que se quiere preservar, frente a los sacrificios que se derivan de la disposición que interfiere con aquella decisión. En este ejercicio, la garantía y el peso de la libertad de conciencia será mayor en tanto más intensa sea la conexión con

² *Inter alia*, la práctica de abortos sin el consentimiento de la persona gestante o las lesiones que se infrinjan al feto. En la actualidad, la primera conducta se encuentra tipificada en el artículo 123 del Código Penal y las segundas en los artículos 125 y 126.

la integridad corporal, física y emocional de la persona que alega su protección, y con su dignidad humana.

La libertad de conciencia, en lo atinente a la decisión de procrear o de no hacerlo, es un asunto *personalísimo, individual e intransferible* que se corresponde con una de las dimensiones de los derechos reproductivos, concretamente, la autonomía reproductiva, respecto de la cual le está prohibido intervenir al Estado o a los particulares haciendo uso de la coacción o de la violencia. La decisión de llevar a término un embarazo o de no hacerlo es un asunto que impacta a quien está gestando de manera personalísima porque afecta su proyecto de vida; es un asunto individual, pues tiene consecuencias físicas y emocionales sobre su propia existencia y es intransferible porque la autonomía de la decisión no puede ser trasladada a un tercero, salvo casos excepcionales en los que se ha provisto un previo consentimiento o existen razones sólidas para inferirlo. Es, entonces, una decisión íntima y estrechamente vinculada al sistema de valores personales de quien puede gestar y constituye una de las principales expresiones de la naturaleza humana, y tanto quienes deciden procrear voluntariamente, como quienes deciden no hacerlo, ejercen su libertad sexual y reproductiva y en ella ponen en práctica su sistema individual de creencias y valores. Esta decisión, a todas luces íntima, constituye una manifestación de la autonomía reproductiva, incluso de las parejas, ligada estrechamente al sistema de valores personales de quien pueda gestar.

La norma demandada permite juzgar y sancionar a alguien que decide actuar conforme a sus juicios morales o íntimas convicciones, lo que afecta de manera intensa la citada libertad ya que da lugar a la imposición de una manera específica de proceder, que en este caso implica tener que asumir la maternidad –finalidad última que pretende realizar el tipo penal–, aun en contra de la propia voluntad, aspecto que afecta de manera intensa la libertad de conciencia de las mujeres, las niñas y las personas gestantes.

4. Tercer cargo: presunto desconocimiento de la finalidad constitucional de prevención general de la pena y la característica constitucional adscrita al derecho penal como mecanismo de *ultima ratio* (preámbulo y artículos 1 y 2 de la CP)

La política criminal comprende el conjunto de respuestas que el “Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la

protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”³. Uno de los medios para su concreción lo constituye el ejercicio de la competencia legislativa para tipificar qué conductas constituyen delitos y cuáles deben ser las penas aplicables, como medidas idóneas, necesarias y proporcionales para proteger determinados bienes jurídicos.

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, aquella competencia encuentra límites formales y materiales de carácter constitucional, que pueden reconducirse a las prescripciones del preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Carta, que erigen a la dignidad humana como fundamento del Estado y a la protección de los derechos de las personas su finalidad esencial, de allí que se trate de dos mandatos fiduciarios en el ejercicio de las competencias de las autoridades, entre ellas, el Legislador, al tipificar los delitos.

Presunto desconocimiento de la finalidad constitucional de prevención general de la pena por parte del artículo 122 del Código Penal. La actual tipificación del delito de aborto no es conducente para la consecución de los fines de la pena, ya que, a pesar de que el tipo penal busca proteger la vida en gestación, no resulta claro que la actual forma de penalización de la conducta sea efectivamente conducente –esto es, idónea– para la consecución de aquellos fines, en particular el de prevención general, como sí es evidente la intensa afectación que produce en los derechos a la salud, los derechos reproductivos y la libertad de conciencia a que se ha hecho referencia. En otros términos, la penalización del aborto consentido no resulta efectivamente conducente para proteger el bien jurídico de la vida en gestación, si se tiene en cuenta su poca incidencia en el cumplimiento de la finalidad de prevención general de la pena adscrita a su tipificación.

Presunta contradicción del artículo 122 del Código Penal con el carácter de *ultima ratio* del derecho penal, característica constitucional adscrita a su configuración. El carácter subsidiario de las sanciones penales exige que, antes de acudir al poder punitivo del Estado, se recurra “a otros controles menos gravosos”⁴; por tanto, en caso de existir “otros medios preventivos igualmente idóneos, y menos restrictivos de la libertad”⁵, la intervención

³ Sentencia C-646 de 2001, reiterada, entre otras, en las sentencias C-936 de 2010 y C-224 de 2017.

⁴ Cita en la Sentencia C-742 de 2012.

⁵ Sentencia C-070 de 1996.

penal es desproporcionada⁶. En el presente asunto, si bien la disposición demandada pretende realizar una finalidad constitucional imperiosa, cual es proteger el bien jurídico de la vida en gestación, efectúa un uso *prima ratio* del derecho penal incompatible con la Constitución, por cuatro razones fundamentales.

(i) Los vacíos en la regulación para proteger el bien jurídico que actualmente se pretende amparar con la penalización del aborto consentido –exclusivamente mediante el recurso al derecho penal– han dado lugar a amplios márgenes de desprotección para este y para la dignidad y los derechos de la mujer, incluso de las parejas. La forma de regulación actual de esta problemática social, en los términos del artículo 122 del Código Penal, supone una renuncia al ejercicio democrático en uno de los temas más sensibles para la sociedad colombiana, que dista de su compatibilidad con un ejercicio constitucional adecuado del derecho penal como *ultima ratio*.

(ii) La falta de regulación legislativa positiva de la problemática social que supone la práctica del aborto consentido ha sido más evidente con posterioridad a la expedición de la Sentencia C-355 de 2006, ya que ha dado lugar a barreras de acceso para la interrupción voluntaria del embarazo en los tres supuestos en los que la Corte encontró parcialmente incompatible el artículo 122 del Código Penal con la Constitución, circunstancia que, a su vez, entra en conflicto con la dignidad de la mujer y, por tanto, con el carácter de *ultima ratio* que debe caracterizar a la regulación penal.

(iii) La disposición demandada supone el ejercicio del poder punitivo del Estado como *prima ratio* ya que no valora en la tipificación de la conducta del aborto consentido las siguientes razones de carácter constitucional relevantes: (a) la dignidad humana –en particular, de las mujeres y las niñas–, como criterio material que explica el carácter de *ultima ratio* del derecho penal y (b) que la tipificación de la conducta se fundamenta en un criterio sospechoso de discriminación: el sexo.

En relación con lo primero, la elección de un plan de vida “constituye un límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal”⁷ y, por

⁶ Cfr., en particular, las Sentencias C-897 de 2005 y C-575 de 2009, ambas reiteradas en la Sentencia C-233 de 2019.

⁷ Sentencia C-355 de 2006.

tanto, es necesaria su valoración para efectos de tipificar una conducta penal como la del aborto consentido. Lo contrario puede conducir a tolerar y perpetuar una conducta discriminatoria contra las mujeres y las niñas, ya que por su capacidad reproductiva y gestacional son calificadas como sujeto activo del delito –aspecto al que se hace referencia seguidamente–⁸.

En relación con lo segundo, reconocer la dignidad de las mujeres y de las niñas e implementar medidas para su efectividad conduce a materializar un compromiso que el Estado colombiano ha asumido⁹ en consideración a la discriminación histórica que han padecido y que ha fundamentado la adopción de medidas para garantizar su protección jurídica, que, además, debe ser coherente y compatible con el ejercicio del derecho penal como *ultima ratio*. Por tanto, en la penalización del aborto consentido, el Legislador debe ponderar, además de las exigencias que se derivan de la dignidad de mujeres y niñas –referidas anteriormente– que la tipificación de la conducta se fundamenta en un criterio sospechoso de discriminación: el sexo, en los términos dispuestos por el artículo 13, inciso 1º, de la Constitución. Esta forma de penalización desconoce que toda distinción originada en el sexo, que menoscabe o anule el ejercicio de otros derechos, puede ser una medida discriminatoria y desconocer que el Estado debe garantizarles a las mujeres una vida libre de violencias. Por consiguiente, las distinciones que realice el Legislador con fundamento en este elemento constituyen un criterio “sospechoso”, que, *prima facie*, “se presumen inconstitucionales”¹⁰, salvo que se trate de medidas que propendan por una igualdad material¹¹. En relación con este aspecto, son especialmente relevantes los precedentes contenidos en las sentencias C-117 de 2018, C-519 de 2019 y C-038 de 2021. No considerar esta circunstancia relevante para la definición del tipo penal respalda la tesis de que en la actual tipificación del delito se acude al derecho penal como mecanismo *prima ratio*.

(iv) La penalización del aborto consentido, en los términos del artículo demandado, no es en todos los casos una medida necesaria, ya que existen

⁸ Cfr., en lo pertinente, Corte IDH. Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, fj. 142.

⁹ Este se garantiza en los artículos 13 y 43 de la Constitución y en las convenciones sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer –ratificada en Colombia mediante la Ley 51 de 1981– y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, Convención de Belém Do Pará –ratificada en Colombia mediante la Ley 248 de 1995–.

¹⁰ Sentencia C-519 de 2019.

¹¹ Sentencia C-519 de 2019.

mecanismos alternativos menos lesivos para lograr un estándar análogo de amparo que aquel que brinda el ejercicio del derecho penal y más benignos con los derechos a la salud, los derechos reproductivos y la libertad de conciencia consagrados en la Constitución, así como con la consecución de los fines de la pena, en particular el de prevención general.

5. Cuarto cargo: presunta vulneración del derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular –artículos 13 y 93 de la CP, 1 de la CADH y 9 de la Convención de Belem do Pará–

La penalización del aborto consentido se encuentra vigente desde el primer Código Penal de 1837, emitido poco después de la conformación de Colombia como república independiente. Es decir, se reguló cuando la representación de la mujer en las instancias legislativas era nula y, desde entonces, se ha mantenido en el ordenamiento jurídico solo con algunas variaciones. Actualmente, salvo casos excepcionalísimos identificados por el juez constitucional –aquellos previstos en la Sentencia C-355 de 2006–, en el ejercicio del *ius puniendi* estatal se mantiene la política de someter a la mujer a una pena privativa de la libertad si decide no continuar con el proceso de gestación, penalización que impacta de manera diferencial – más evidentemente desproporcionada– a las mujeres más vulnerables, entre estas aquellas en situación de migración irregular, como se evidencia de la información aportada al proceso. Según se deriva de esta información oficial, las mujeres denunciadas por el delito de aborto consentido y quienes más graves consecuencias sufren en su salud están expuestas a factores interseccionales de discriminación que las hacen aún más vulnerables. Por dichos factores interseccionales, la prohibición categórica del aborto consentido, prevista en el contenido normativo objeto de control, afecta de manera particularmente grave y evidente a esta población, cuya penalización agudiza más su situación de vulnerabilidad.

6. Si bien, las razones expuestas en relación con cada uno de los cargos evidencian una contradicción *prima facie* del artículo 122 del Código Penal con la Constitución, y que justificarían la exclusión inmediata de la disposición del ordenamiento jurídico, encuentra la Sala que dicha consecuencia sacrificaría de manera absoluta la finalidad constitucional imperiosa que pretende realizar: proteger el bien jurídico de la vida en gestación. En consecuencia, lo procedente es adoptar una medida que, sin sacrificar la protección de este bien

jurídico, evite los amplios márgenes de desprotección para los derechos y principios constitucionales referidos en los cuatro cargos analizados.

En este caso se encuentran en tensión, de un lado, la finalidad constitucional imperiosa que pretende realizar el artículo 122 del Código Penal, incluido el condicionamiento de que fue objeto en la Sentencia C-355 de 2006: proteger el bien jurídico de la vida en gestación, mediante la penalización del aborto consentido –salvo en los tres supuestos de que trata la citada sentencia–, con los valores y principios constitucionales a que se hizo referencia en cada uno de los cuartos cargos aptos y ampliamente desarrollados.

Por las razones expuestas en el análisis de cada uno de estos cargos, en la actualidad, a pesar del condicionamiento de que fue objeto el artículo 122 del Código Penal en la Sentencia C-355 de 2006, la disposición demandada da lugar a afectaciones *intensas* en los derechos fundamentales, valores y principios constitucionales en que los citados cargos se fundamentan. Desconocer esta realidad constitucional supone otorgar una preferencia tácita a la finalidad constitucional imperiosa que pretende realizar la disposición demandada.

Considerar el caso como una comparación de intensidades, en la que tiene preferencia constitucional aquella que resulte afectada de una manera más intensa –en este caso las garantías que representan los cuatro cargos analizados–, en comparación con la protección que otorga la disposición demandada al bien jurídico que pretende proteger –la vida en gestación–, es simplificar en demasía la competencia de control constitucional que ejerce la Corte, y sacrificar en un alto grado la competencia Legislativa, tan cara al Estado de Derecho.

Esta tensión constitucional no es posible resolverla mediante la preferencia de alguna de estas magnitudes porque supondría el sacrificio absoluto de la otra. En otros términos, la preferencia de alguno de estos extremos genera el sacrificio absoluto del otro lo que, sin lugar a duda, resta eficacia material a la Constitución, con independencia de a cuál de ellas corresponda la preferencia. Si la preferencia le corresponde a la vida en gestación –y, por tanto, se justificara la declaratoria de exequibilidad simple de la norma–, se dejan de considerar las importantes razones expuestas al analizar los cuatro cargos aptos, que evidencian la intensidad en que la actual tipificación del

delito de aborto –incluido el condicionamiento de que fue objeto en el año 2006– afecta los derechos fundamentales, principios y valores 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 justificara la declaratoria de inexecutable con efectos inmediatos de la disposición–, se elimina una medida de protección que se ha considerado relevante para desincentivar la práctica de abortos consentidos que, en últimas, frustra la expectativa del nacimiento de un nuevo ser.

Estas razones justifican la necesidad no tanto de optar por la declaratoria de executable simple de la disposición demandada, o de su inexecutable inmediata, sino de lograr una fórmula intermedia que dé relevancia a cada una de las magnitudes en tensión, de tal forma que, a diferencia de restar protección constitucional –por el resultado que se seguiría de otorgar preferencia a alguno de esos extremos– se logre una mayor realización de la totalidad de valores en tensión. En otros términos, se obtiene un óptimo constitucional cuando en vez de sacrificar completamente uno de los extremos en tensión, se busca una fórmula intermedia que, a pesar de sus sesiones recíprocas, da lugar a un mejor resultado constitucional agregado: que evite los amplios márgenes de desprotección para las garantías de que tratan los cuatro cargos analizados y, a su vez, proteja el bien jurídico de la vida en gestación sin afectar tales garantías.

El punto de partida de este óptimo constitucional, por las particulares circunstancias del presente caso, es el condicionamiento de que fue objeto la norma demandada en la Sentencia C-355 de 2006. Este estándar, que contiene un sistema de causales intemporal –en el sentido de que, de acreditarse la causal, con independencia del tiempo de gestación, es procedente la interrupción voluntaria del embarazo¹²–, debe integrar el óptimo constitucional ya que fue estatuido por la jurisprudencia a partir de la idea de que estos supuestos constituyen las “hipótesis extremas de afectación de [la] dignidad” de la mujer¹³.

¹² Esta ha sido la interpretación que a tales causales ha otorgado la jurisprudencia constitucional en el ejercicio de su competencia de revisión de tutela, en particular, en las sentencias T-946 de 2008, T-841 de 2011, T-301 de 2016, T-731 de 2016 y SU-096 de 2018. En esta última, de manera enfática, se señala: “La jurisprudencia en vigor no impone límites a la edad gestacional para la realización del procedimiento de interrupción del embarazo [en los tres supuestos de que trata la Sentencia C-355 de 2006]”.

¹³ Sentencia C-355 de 2006.

Ahora bien, dado este punto de partida, en especial, pueden ser dos los elementos que complementen el óptimo constitucional, mediante una intervención adicional de la Corte en la disposición demandada: (i) la definición de un sistema de plazos para que la práctica del aborto consentido no sea considerada una conducta típica o (ii) una regulación de política pública que contemple medidas relacionadas, entre otras, con la salud y la educación sexual y reproductivas; la prevención de embarazos no deseados; la planificación familiar y la definición responsable del momento para procrear y el número de hijos deseado; la maternidad sin riesgos y asistencia prenatal y las distintas alternativas para mujeres, niñas y personas gestantes que se encuentren en conflicto con el embarazo.

Ambas corresponden a alternativas que consideran con relevancia constitucional los argumentos de los cuatro cargos analizados y que, por tanto, pretenden un mejor equilibrio que el actual arreglo institucional definido por el artículo 122 del Código Penal. La primera alternativa permite resolver de una manera más adecuada la tensión abstracta constitucional que se presenta, como se precisa seguidamente, y que fundamenta la declaratoria de exequibilidad condicionada de la disposición. La segunda justificar el exhorto que se hace en la parte resolutive al Legislativo y al Gobierno nacional.

En el sistema de plazos, son esencialmente dos los conceptos normativos, con relevancia constitucional, que les sirven de fundamento a modelos alternativos para resolver la tensión entre los bienes jurídicos a que se ha hecho referencia:

(i) El concepto de existencia, que se asocia con la idea de prohibir la práctica del aborto consentido desde el momento en el que inicia la vida, que puede tener como fundamento las nociones de “fecundación” – momento de la fusión del óvulo y del espermatozoide–, “concepción” – momento en el que se forma el cigoto, proceso que se estima culmina en las 23 horas siguientes a la fecundación– e “implantación” o “anidación” – proceso en el que el cigoto avanza por las trompas, penetra en el útero y se implanta allí, que puede durar alrededor de 14 días posteriores a la fecundación–¹⁴.

¹⁴ Cfr., en lo pertinente, Corte IDH. Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, fj. 180.

(ii) El concepto de autonomía, que se asocia con la idea de prohibir la práctica del aborto con consentimiento en el momento en el que es posible considerar que se rompe la dependencia de la vida en formación de la persona gestante, esto es, cuando se acredita una mayor probabilidad de vida autónoma extrauterina (cerca a un 50%), circunstancia que se ha evidenciado con mayor certeza a partir de la semana 24 de gestación, que corresponde al estado más avanzado del desarrollo embrionario¹⁵.

Para la Sala, el concepto que permite un óptimo constitucional para resolver la tensión a que se ha hecho referencia es el de autonomía, que corresponde al momento en el que existe una mayor probabilidad de vida autónoma extrauterina del feto y, además, es el que mejor se corresponde con la idea de la protección gradual e incremental de la vida en gestación, a que se hizo referencia *supra*.

El otro concepto, el de existencia, no permite un óptimo constitucional, dado que no otorga una adecuada relevancia a las razones que fundamentan los cuatro cargos de inconstitucionalidad que fueron ampliamente analizados. Además, le es propio un problema de indefinición, de carácter moral, acerca de en qué momento inicia la vida; igualmente, en cualquiera de los supuestos que le sirve de fundamento, es el más restrictivo, no solo por la inminencia del tiempo para su configuración, sino por la menor posibilidad de que la persona gestante conozca su estado, así como que en los citados estadios de gestación son en los que se presenta el mayor porcentaje de abortos espontáneos, y en los que no tiene ninguna injerencia la voluntad de la persona gestante, lo que restringe de manera intensa la posibilidad de que esta tome decisiones autónomas antes de dicho momento.

¹⁵ Este límite gestacional para la práctica del aborto ha sido adoptado, entre otros, en Holanda, en varios estados de Estados Unidos –de manera reciente, por ejemplo, en el Estado de Nueva York, en el año 2019–, en varias de las provincias y territorios de Canadá, en Singapur y en algunos estados de Australia, como ocurre en el estado de Victoria. 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 de la federación prohibir la práctica del aborto, aún con el consentimiento de la persona gestante, 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.

Si se pretende un óptimo constitucional, que proteja de manera abstracta ambas magnitudes en tensión, el punto fundamental de la distinción no puede ser otro que aquel en el que es posible considerar que se rompe la dependencia de la vida en formación de la persona gestante. Dada la mayor probabilidad de vida independiente extrauterina, la preferencia de la protección de la finalidad constitucional imperiosa que pretende el artículo 122 del Código Penal se maximiza. Esto es así, dado que habrá una mayor probabilidad de protección de la finalidad constitucional imperiosa que pretende lograr el tipo penal: que el embarazo culmine con alumbramiento, esto es, con el nacimiento de un nuevo ser. Si se da preferencia a la protección de la vida en formación en estadios anteriores, la protección constitucional al haz de derechos, principios y valores que fundamentan los cuatro cargos de inconstitucionalidad analizados se afecta intensamente.

Esta idea de privilegiar el concepto de autonomía es igualmente consecuente con la tesis ampliamente desarrollada *supra*, según la cual, la vida es un bien jurídico que se protege en todas las etapas de su desarrollo, pero no con la misma intensidad¹⁶, dado que no se trata de un derecho absoluto¹⁷. Es por esto que su protección mediante el derecho penal, como finalidad constitucional imperiosa, también es gradual e incremental. Es esta doble condición la que permite una solución jurídica –y no moral– a la tensión que se evidencia y que permite un óptimo constitucional a la situación de desprotección de los derechos y garantías de las mujeres, niñas y personas gestantes, y de ineficacia de la respuesta penal para proteger el bien jurídico de la vida en gestación.

Por las razones expuestas, el óptimo constitucional al que se ha hecho referencia se obtiene al declarar la exequibilidad condicionada de la norma que se demanda.

Finalmente, la Corte no puede pasar por alto –porque así quedó acreditado en el proceso– que mujeres, niñas y personas gestantes sufren actualmente un déficit de protección respecto de sus derechos a la salud sexual y reproductiva, que va más allá de las barreras para acceder a la interrupción

¹⁶ Cfr., al respecto las sentencias allí citadas y la interpretación que en ellas se contiene de los artículos 11 de la Constitución y 4.1 de la CADH: sentencias C-355 de 2006, C-327 de 2016 y sentencia del 28 de noviembre de 2012 de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*.

¹⁷ En este sentido se pronunció la Sala en las sentencias C-239 de 1997, C-177 de 2001, C-251 de 2002, C-899 de 2003, C-355 de 2006, C-233 de 2014, C-327 de 2016, C-430 de 2019 y C-233 de 2021.

voluntaria del embarazo en las tres hipótesis previstas en la Sentencia C-355 de 2006, y que han sido identificadas por esta corporación en sentencias de revisión de tutela. Además, tampoco puede obviar la ausencia de políticas específicamente dirigidas a garantizar la protección del bien jurídico de la vida en gestación que, en contraste con la sanción penal que se declara condicionalmente exequible en esta sentencia, sean respetuosas de los derechos de mujeres, niñas y personas gestantes y brinden verdaderas alternativas a la interrupción voluntaria del embarazo. Ante la grave omisión del Legislador en regular la materia, pese a los exhortos realizados por este Tribunal, la Corte reitera su llamado y lo extiende al Gobierno nacional para que, sin perjuicio del cumplimiento inmediato de esta sentencia y, en el menor tiempo posible, formulen e implementen una política pública integral en la materia.

4. Salvamentos o aclaraciones de voto

Las magistradas **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**, **GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO** y **CRISTINA PARDO SCHLESINGER**, al igual que el magistrado **JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR** salvaron su voto en la decisión; la magistrada **DIANA FAJARDO RIVERA** y los magistrados **ALBERTO ROJAS RÍOS** y **JULIO ANDRÉS OSSA SANTAMARÍA** aclararon su voto, al tiempo que el magistrado **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS** se reservó la posibilidad de aclarar su voto.

El Magistrado **JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR** se apartó de la decisión **adoptada** mayoritariamente por la Sala Plena de la Corte Constitucional en este proceso. En primer lugar, en lo que se refiere a las cuestiones previas del caso, consideró que se configuraba el fenómeno de la cosa juzgada en relación con lo decidido en la Sentencia C-355 de 2006, ya que advierte identidad de objeto y de cargos. Adicionalmente, agrega que en esta oportunidad no se demuestra supuesto alguno que permita flexibilizar este concepto, de conformidad con lo establecido por esta Corporación a partir de la Sentencia C-007 de 2016.

En segundo lugar, en torno al fondo del asunto, a juicio del Magistrado Ibáñez Najar, 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 reconocido 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 es anterior al derecho. Sin la existencia de la vida humana no pueden existir derechos, ni libertades, ni deberes, ni obligaciones. La vida humana debe respetarse y son válidas las excepciones admitidas en la Sentencia C-355 de 2006.

Así, el Magistrado Ibáñez Najar indicó que sin perjuicio de garantizar como se debe hacer, los derechos de la mujer a 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. 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.

El derecho a la vida, 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 6º 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.”*

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.”*

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’.”

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.

Por último, en el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone, en su artículo 4.1, que “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por ley y, en general, **a partir del momento de la concepción**. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

De manera que, son diferentes los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos que 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.

La Corte en reiteradas ocasiones ha protegido los derechos a la salud y a la vida de las mujeres y niños. En particular, en 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 los sujetos que hacen parte de estos dos grupos poblacionales, sin diferenciar entre los derechos del **nasciturus** y aquellos de los niños, niñas y adolescentes.

Desde las etapas más tempranas de la jurisprudencia constitucional, esta Corporación ha reconocido la titularidad de los derechos fundamentales del **nasciturus** con fundamento en la Constitución y los tratados internacionales sobre la materia. Así, 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 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. (...)”.¹⁸ De manera que, no es necesario con asegurar la estabilidad laboral reforzada de los padres, para garantizar condiciones de vida dignas al momento de su nacimiento, sino que además, se debe garantizar a la mujer embarazada los cuidados médicos necesarios, antes y después del nacimiento, a fin de proteger la vida del menor que está por nacer.

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.”¹⁹ Así, la Corte ha reconocido 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(...)”. No obstante, 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.²⁰ 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.²¹

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

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-491 de 1993.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-223 de 1998.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-223 de 1998.

²¹ Corte Constitucional, Sentencias T-223 de 1998 y T-588 de 2004.

adoptada 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 entre el momento de la concepción entendida en los términos señalados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aceptada por la jurisprudencia constitucional. Este plazo establecido por la Sala Plena frente al delito del aborto desconoce la trascendencia que tiene la vida embrionaria, para garantizar únicamente la vida fetal a partir de la semana 24. La Sentencia debatida y votada en la fecha 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. Así pues, esta determinación 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 previsto por la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional desde 1993.

Aunque la Sentencia 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 él no se protege y lo dicho en la parte motiva se convierte entonces en mera retórica que no sirve para justificar la decisión adoptada.

En vigencia de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional ha admitido que el Estado está constitucionalmente facultado para penalizar el aborto con el fin de brindar protección ante la vida humana, Por lo tanto, 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 de la libertad de configuración normativa; es a éste al que le compete analizar, debatir y resolver este asunto mediante una norma con fuerza de ley. Por lo mismo, la disposición de un sistema de plazos frente al delito de aborto como el que se ha señalado en la sentencia, hace parte de la libertad de configuración del Legislador, en concordancia con la reiterada línea jurisprudencial que la Corte ha desarrollado relativa a la competencia y autonomía del Congreso de la República para adoptar reglas legales en esta materia en desarrollo de la política criminal del Estado.

La Corte, como tribunal constitucional, no puede entonces arrogarse esta competencia propia del legislador, son pena se rebasar los límites que imponen los artículos 113, 121 y 241 de la Constitución y ello no se purga con el exhorto al Congreso de la República y al Gobierno Nacional para que formulen o implementen una política pública integral que evite los amplios márgenes de desprotección que el mismo resolutivo advierte y reconoce que se presentan tanto para la dignidad y los derechos de las mujeres, niñas y personas gestantes como para la vida en gestación.

La magistrada **CRISTINA PARDO SCHLESINGER salvó su voto** al considerar que existía cosa juzgada respecto de la decisión adoptada mediante la Sentencia C-355 de 2006. La sentencia mayoritariamente adoptada en esta ocasión no logró debilitar esta figura de la cosa juzgada, debido a que: (i) No demostró que haya mediado ningún cambio del parámetro de control, en tanto la Constitución y el bloque de constitucional permanecen inalterados, respecto de los existentes en el año 2006. (ii) Tampoco consideró que mediara un cambio social que hiciera exigible una interpretación evolutiva de la Constitución. (iii) La Sentencia C-355 de 2006 sí abordó el asunto del Derecho Penal como última ratio y analizó la vulneración de los derechos a la igualdad, la libertad, la libertad de conciencia, y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, incluyendo la autodeterminación reproductiva, por lo que sobre estos derechos existía un pronunciamiento previo de la Corte que impedía volver a analizar los cargos respectivos expuestos en la nueva demanda.

Adicionalmente, dado que la decisión mayoritaria adoptada en esta ocasión despenalizó el aborto de manera general antes de la vigésima cuarta semana, la magistrada Pardo defendió la inviolabilidad de la vida humana desde el momento mismo de la concepción. Señaló que la Corte ha desconocido el fenómeno biológico de la vida humana del nasciturus que aparece desde ese momento (vida que es humana por poseer el genoma humano integrado por 23 pares de cromosomas e independiente por poseer un ADN distinto al de su madre) y ha condicionado su protección a que sea capaz de vida extrauterina independiente.

Con lo anterior, la Corte ha supeditado la protección a la vida a una condición (viabilidad extrauterina) que no determina la presencia de la vida humana. En efecto, la dependencia simplemente ambiental que pueda tener el ser humano que está por nacer respecto de su madre (o de otro ambiente, como puede ser otro vientre distinto del de su madre o alguna

tecnología que le permita sobrevivir, como una incubadora) no constituye un elemento esencial para establecer la presencia de un ser humano y la necesaria protección que merece en virtud de lo dispuesto por el artículo 11 de la Constitución Política. Tampoco la etapa de la vida por la que atraviesa un ser humano puede ser fundamento para concederle o negarle protección. La vida humana, como vida biológica, es un proceso y debe ser respetada en todas sus fases.

El derecho de disponer de una vida humana por la sola razón de tener menos de veinticuatro semanas de gestación, aduciendo que la sola libertad de la madre debe prevalecer sobre la vida de su hijo, no superaba, a juicio de la magistrada Pardo, ningún juicio de proporcionalidad.

La Magistrada **GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO salvó su voto** porque considera que la mayoría de la Sala desconoció que operó el fenómeno de cosa juzgada constitucional. Opina que la Corte no tiene competencia para pronunciarse nuevamente sobre la constitucionalidad del artículo 122 del Código Penal, que fue objeto de control y decisión en la Sentencia C-355 de 2006.

En particular, explicó que en la decisión de 2006 esta Corporación estudió: (i) los derechos fundamentales de las mujeres, en particular, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en el derecho internacional (fundamento jurídico 7); (ii) los límites a la libertad de configuración del Legislador en materia penal (fundamento jurídico 8); (iii) la dignidad humana (fundamentos jurídicos 5 y 8.1.); (iv) el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de conciencia (fundamentos jurídicos 5 y 8.2); (v) el derecho a la igualdad (fundamento jurídico 7), y (vi) el derecho a la salud (fundamento jurídico 8.3).

La confrontación directa entre la Constitución y los cargos planteados en esa oportunidad llevó a la Corte a condicionar el tipo penal del aborto y despenalizar la IVE en tres circunstancias particulares, a saber: (i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer; (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida; y (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento.

La Magistrada Ortiz explicó que, en esta ocasión, los cargos objeto de estudio por la Sala Plena coinciden con aquellos que efectivamente fueron

analizados por esta Corte en el año 2006. En concreto, en la actualidad se estudió la constitucionalidad de censuras por violación: (i) al derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, (ii) a la igualdad en el acceso a la salud reproductiva, (iii) al derecho a la libertad de conciencia, y (iv) de los diversos estándares constitucionales mínimos del uso del derecho penal y de la política criminal (el derecho penal como *última ratio*). Todos los cargos sobre los cuales la Sala Plena se pronunció coinciden con los que dieron origen a la despenalización de la IVE en los tres casos ya avalados en el año 2006.

Contrario a la posición mayoritaria, la Magistrada Gloria Ortiz anotó que no hubo un cambio en el contexto normativo nacional e internacional, susceptible de debilitar la cosa juzgada. En efecto, el control de constitucionalidad realizado en la Sentencia C-355 de 2006 tuvo en cuenta el bloque de constitucionalidad como parámetro de control y precisamente los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, sirvieron de fundamento para que la Corte estableciera en cuáles supuestos la penalización del aborto suponía la anulación de los derechos fundamentales de la mujer y el desconocimiento de su dignidad al reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación. A juicio de la Magistrada, no se demostró que ese contexto normativo hubiese cambiado.

Del mismo modo, las demandantes no demostraron que concurriera otra circunstancia que demostrara el debilitamiento de la cosa juzgada.

Por último, la Magistrada Ortiz destacó que en la Sentencia C-355 de 2006, respecto de la cual operó la cosa juzgada, la Corte advirtió que el Legislador puede determinar que tampoco se incurre en delito de aborto en otros casos adicionales. Esta es una cuestión de política pública que debe ser regulada de forma integral por el Congreso de la República. En ese sentido, para la Magistrada es claro que corresponde al Legislador la decisión sobre la despenalización total del aborto, así como determinar cuál es el número de semanas permitidas para practicarlo. Esto ocurre porque son los órganos de representación democrática quienes, amparados en la ciencia, deben regular integralmente la materia.

Finalmente, la magistrada **PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA salvó el voto** en la sentencia C-055 de 2022. De un lado, argumentó que el cargo por violación del derecho a la igualdad de las mujeres en situación migratoria

irregular carece de aptitud sustancial. De otro, consideró que existe cosa juzgada constitucional respecto de los cargos por 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.

El cargo por violación del derecho a la igualdad de las mujeres en situación migratoria irregular carece de *certeza*, *pertinencia* y *especificidad*. Esto, por cuanto se fundamenta en circunstancias prácticas que, según la demanda, ocurren con ocasión del fenómeno migratorio, principalmente, de población venezolana. En ese sentido, el cargo no cuestiona en sí el contenido normativo del artículo 122 del Código Penal colombiano. Por lo tanto, la magistrada Meneses Mosquera argumentó que el cargo por violación del derecho a la igualdad de las mujeres en situación migratoria irregular debió considerarse inepto.

Por otro lado, en la medida en que hay identidad del objeto de control –art. 122 del C.P.– y los mismos cargos que fueron planteados en la demanda *sub examine* fueron estudiados por la Corte en la sentencia C-355 de 2006, existe cosa juzgada constitucional respecto de los cargos por 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, la magistrada discrepó de que exista una modificación en el significado material de la Constitución y un cambio en el contexto normativo, en contraste con el año 2006.

En suma, la magistrada Meneses Mosquera consideró que la Sala Plena de la Corte Constitucional debió estarse a lo resuelto en la sentencia C-355 de 2006.

Sin perjuicio de lo anterior, la magistrada también expuso varios reparos esenciales frente a los fundamentos de la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal y el exhorto que se hace al Congreso de la República y al Gobierno Nacional. Entre otros, señaló, primero, que hay ausencia de evidencia científica acerca de la existencia de otras medidas efectivas para proteger, respetar y garantizar la vida en gestación, circunstancia que resulta ampliamente censurable ya que se genera una desprotección especial del derecho fundamental a la vida del nasciturus sin las mínimas garantías metodológicas que obligan a indagar sobre la

existencia de otros medios que reten el carácter de necesario de la acción que se analiza. 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.

Como segundo reparo argumentó la magistrada Meneses Mosquera que 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 la práctica del aborto constituye una afectación del derecho a la salud. Todas esas afirmaciones se distancian de una argumentación seria e indispensable, revelando bajo la apariencia de estarse construyendo un mecanismo sostenible de protección a la salud, un claro y reprochable medio de desprotección de la vida del que está por nacer, a quien por la decisión de la mayoría se le despoja de ese derecho fundamental que es condición esencial para el desarrollo de otros derechos constitucionales.

En tercer lugar, explicó que 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. Era determinante un análisis holístico e 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, el cual 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.

Cuarto, a su juicio, 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 de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Quinto, resaltó que la Corte no está en posición de determinar las semanas a partir de las cuales es posible practicar un aborto, ni determinar *ex ante*

las pautas de la política pública sobre la materia. Por una parte, el Congreso de la República, previo debate democrático, es el llamado a establecer los términos en que se penaliza o despenaliza el aborto, así sea de forma parcial. Por otra, es del resorte del Gobierno Nacional determinar la política pública en la materia; es más, la magistrada Meneses Mosquera expresó que el Ejecutivo sí ha proferido varias medidas encaminadas a prevenir embarazos no deseados, a promover la educación sexual y reproductiva y a garantizar la Interrupción Voluntaria del Embarazo en los eventos previstos por la Corte.

Por su parte, el conjuer **JULIO ANDRÉS OSSA SANTAMARÍA** aclaró su voto en relación con los términos bajo los cuales fue declarada la inconstitucionalidad condicionada de la norma. Aunque su decisión de apoyar la decisión mayoritaria se basó en la imposibilidad de acompañar a quienes pretendían mantener la norma en su redacción actual, el conjuer sostuvo que la Corte Constitucional no puede despojar al Congreso de su competencia de configuración legislativa en la materia.

A juicio del conjuer, 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 conjuer 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.