

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia

COSA JUZGADA-Efectos respecto de decisiones de exequibilidad y inexecuibilidad

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL Y NUEVO JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Criterios de valoración

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Hacen tránsito a cosa juzgada constitucional

CORTE CONSTITUCIONAL-Falta de competencia para realizar control de constitucionalidad de sus sentencias

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OMISION LEGISLATIVA ABSOLUTA-Incompetencia de la Corte Constitucional

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Inhibición por ineptitud sustantiva de la demanda

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Plena

SENTENCIA C-066 de 2023

Referencia: expediente D-14.865

Asunto: demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 108, 118, 122, 123 y 125 de la Ley 599 de 2000

Demandante: Natalia Bernal Cano

Magistrado Sustanciador

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., quince (15) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, con fundamento en el artículo 241.4 de la Constitución y cumplidos los trámites¹ previstos en el Decreto 2067 de 1991, decide sobre la demanda presentada con fundamento en el artículo 40.6 de la Constitución, por la ciudadana Natalia Bernal Cano, en contra de los artículos 108, 118, 122, 123 y 125 de la Ley 599 de 2000, “Por la cual se expide el Código Penal”.

I. DISPOSICIONES DEMANDADAS

“Ley 599 de 20002

Por la cual se expide el Código Penal

El Congreso de Colombia

DECRETA

[...]

Artículo 108. Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas [penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1 de enero de 2005; el texto con las penas aumentadas es el siguiente]. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses [3].

Artículo 118. Parto o aborto preterintencional. Si a causa de la lesión inferida a una mujer, sobreviniere parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o de la criatura, o sobreviniere el aborto, las penas imponibles según los artículos precedentes,

se aumentarán de una tercera parte a la mitad [4].

Artículo 122. Aborto [penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1 de enero de 2005; el texto con las penas aumentadas es el siguiente]. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior [5].

Artículo 123. Aborto sin consentimiento [penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1 de enero de 2005; el texto con las penas aumentadas es el siguiente]. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer o en mujer menor de catorce años, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses [6].

Artículo 125. Lesiones al feto [penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1 de enero de 2005; el texto con las penas aumentadas es el siguiente]. El que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses.

Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término”.

1. La demandante cuestiona la compatibilidad de estas normas con varias disposiciones constitucionales, para lo cual solicita su exequibilidad condicionada. Respecto de los artículos 108, 118, 123 y 125 del Código Penal, la demanda fue admitida por la presunta vulneración de los artículos 1, 2, 4, 5, 11, 12, 13, 14, 42, 44, 47, 49, 50, 90, 93, 94 y 95 de la Constitución, y respecto del artículo 122 del citado código, por su presunta incompatibilidad con los artículos 4, 5, 12, 14, 44, 47, 50, 90, 94 y 95 de la Constitución.

1. Para justificar la presunta incompatibilidad de la totalidad de las normas acusadas con las disposiciones constitucionales que alega, de un lado, la demandante utiliza como argumento sus reparos en contra del artículo 122 del Código Penal, en los términos en que se declaró su exequibilidad condicionada en la Sentencia C-055 de 2022⁷. De otro lado, su argumentación parte de su comprensión de las voces “aborto” y “parto prematuro”; según indica, la primera corresponde a las interrupciones voluntarias del embarazo anteriores a la semana 22, y la segunda se presenta cuando se induce el parto “en procesos de gestación avanzados”, por medio de la interrupción voluntaria del embarazo, luego de la semana 22 y hasta la semana 37.

1. Para presentar las razones de la demanda, se hará referencia, en primer lugar, a los argumentos propuestos en contra del artículo 122 del Código Penal, y luego a aquellos argumentos específicos que puedan adscribirse a cada una de las cuatro disposiciones restantes que acusa.

1. En relación con el artículo 122 del Código Penal, que estipula el tipo penal de aborto voluntario o con consentimiento, solicita su exequibilidad condicionada en el siguiente sentido:

“incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años quien, con el consentimiento de la mujer, realice un aborto, quien colabora en la misma conducta y quien la promueva. Tendrá la misma sanción la mujer que de [sic] su consentimiento para que le interrumpan su embarazo avanzado a partir de la semana 22 hasta la 37”, y que “los sujetos mencionados no incurrir en delito cuando la continuación del embarazo constituya un peligro para la vida de la mujer, certificada por un médico”.

1. Según indica la demandante, en los términos del condicionamiento de la Sentencia C-055 de 2022, la disposición desconoce la Constitución por cuanto, a su juicio, permite la “concreción de tratos crueles, inhumanos y degradantes respecto de los seres humanos que están en gestación quienes deben ser reconocidos como seres sintientes”⁸, además de que, “desconoce la institución de la familia al impedir que el padre del niño o niña haga parte de la decisión de abortar que tome la mujer”⁹. También afirma que, “el aborto inducido es una práctica auto-destructiva que perjudica gravemente la salud mental de las mujeres”, además de que trasgrede la integridad física y psicológica del que está por nacer, y que, “Con el aborto inducido el Estado permite que la mujer sea afectada en su salud mental y física por la crueldad de los procedimientos abortivos, pues estos son invasivos y producen riesgos”. Finalmente, a partir de su cuestionamiento a las decisiones y fundamentos de las sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022, en el texto de corrección de la demanda refiere estas otras razones para justificar la decisión de exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal:

“La adopción de la sentencia C0355 de 2006 sustrae, disminuye, cersena [sic], suprime de esta manera los deberes de protección del Estado frente a otras clases de mujeres que desempeñan y desean ejercer roles distintos como el rol que desempeñan las madres. La sentencia anterior se da a conocer como el fallo trascendental que busca proteger constitucionalmente el bienestar individualista de un solo sector social, se [sic] una sola parte del genero [sic] femenino. [...] En la sentencia C355 de 2006 no se protege a todo el genero [sic] femenino, no se protegen los derechos de las mujeres ni de las madres en un sentido generico [sic], lo que se pretende proteger es solo los intereses de una minoría que busca

imponerse por encima de los intereses generales.

[...]

Después de la sentencia C355 de 2006 llegó la sentencia C055 de 2022 que preserva el mismo contenido individualista de la primera. Ya no se pretende que la mujer renuncie a la maternidad en tres casos excepcionales sino que la misma renuncie a la maternidad cuando ella quiera a través de la interrupción [sic] de su embarazo sin tener en cuenta los daños físicos [sic] en población infantil que los procedimientos IVE provocan en la vida, en la salud, en la integridad personal, en la dignidad humana.

[...]

Hay un cambio en el contexto normativo desde el examen reciente de la despenalización total del aborto el día 21 [sic] de Febrero [sic] 2022, y cambios en el parámetro de control, debido a que se configuran nuevas violaciones del ordenamiento jurídico y de tratados internacionales por parte de la misma norma acusada por la forma tan arbitraria como se revisó y se modificó en el mismo pronunciamiento. Estas nuevas violaciones del ordenamiento jurídico superior, en particular de normatividad internacional, fueron provocadas por la Corte Constitucional en sentencia C055 de 2022.

[...]

En cuanto a tratados internacionales que dan cuenta de un cambio en el parámetro de control tenemos las siguientes que fueron infringidas en sentencia C055 de fecha 21 de marzo 2020 [sic].

[...]

La norma acusada artículo 122 del Código Penal tal como fue revisada textualmente sigue siendo delito porque autoriza una conducta típica, antijurídica [sic] y culpable que también [sic] forma parte de otras disposiciones vigentes que consagran otros delitos. Estas conductas punibles son el parto preterintencional, las lesiones provocadas al feto, el aborto forzado en persona protegida, el aborto forzado en niña menor de 14 años, violencia familiar, infanticidio, maltrato físico [sic] de niñas menores de edad, las cuales no están [sic] en capacidad de manifestar libremente su consentimiento. Con la despenalización total del

aborto, es mas facil [sic] para los padres obligar o inducir a la niña a abortar porque ya no existen barreras para acceder al aborto libremente.

[...]

[...]

Los magistrados de la Corte Constitucional al aprobar la sentencia C055 de 2022 despenalizaron el articulo [sic] 122 del Código Penal ignorando la diferencia que biologicamente [sic] hay entre el aborto y la inducción precoz del parto por razones medicas [sic] y no medicas [sic], acaecido entre la semana 22 de la gestación hasta la 37.

[...]

La Corte Constitucional desde 2006 hasta el 21 de Febrero [sic] de 2022 agredió esta población indefensa prematura y por nacer prematura al no establecer un llmite [sic] de semanas de gestación para autorizar abortos en casos excepcionales y al no tener en cuenta que la lesión al feto y el parto preterintencional son delitos. No hizo diferencia entre un aborto y un parto forzado de niño por nacer prematuro. La Corte Constitucional hizo un atentado contra los niños prematuros. Autorizó el maltrato y la violencia fisica [sic] ejercida en esta comunidad infantil indefensa que yo defiendo.

Ahora, a partir del 21 de Febrero [sic] 2022 en adelante, la Corte Constitucional colombiana no solo agredió la misma población sin limite [sic] de tiempo en tres casos excepcionales sino que ha comenzado a [sic] agredir libremente a la misma población prematura indefensa que puso en peligro de muerte y en peligro de sufrir lesiones irreversibles desde la semana 22 hasta la semana 24 de gestación sin ningun [sic] obstáculo. Se reconoció esta conducta lesiva contra estos seres en debilidad manifiesta y situación de indefensión como una libertad de la mujer violando todo el ordenamiento jurídico, desde los tratados internacionales hasta las disposiciones constitucionales y legales vigentes.

[...]

Los magistrados en sus decisiones tomadas en este periodo ordenaron la practica [sic] del

crimen preterintencional de la inducción del parto [sic] antes de término, dejándola [sic] libre para terminar el embarazo y el crimen de lesiones al feto sin tener en cuenta que estas conductas ya no son abortos y que el sujeto pasivo de las mismas puede sobrevivir adentro y afuera del útero [sic], de manera independiente a la madre y puede sobrevivir discapacitado y muy grave con muchas complicaciones si logra sobrevivir a la agresión [sic] o ataque previo practicado en el útero [sic] de la madre.

[...]

Fuera de este caso debe abolirse esta práctica deliberada que la Corte Constitucional autorizó sin tener en cuenta los riesgos en la vida, en la salud, en la integridad personal de las personas.

[...]

El artículo 122 del Código Penal al establecer las 3 excepciones para abortar SIN LIMITE DE TIEMPO viola los derechos constitucionales consagrados en estas disposiciones de la Constitución: artículo primero, artículo 2, artículo 5, artículos [sic] 11, 12, 13, 14, 47, 49, 50, 44, 50, 68, 94 [sic]. También [sic] viola los siguientes tratados internacionales: Convención Americana de Derechos Humanos, Convención sobre derechos del niño, Convención para la Prevención y sanción del delito de genocidio, Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con discapacidad.

[...]

Las prácticas [sic] abortivas deben mantenerse penalizadas en cualquier caso incluyendo las causales establecidas en el artículo [sic] 122 del Código [sic] Penal, salvo cuando se [sic] necesario salvar la vida de la madre”.

1. En relación con el artículo 108 del Código Penal, que sanciona menos severamente que el delito de homicidio la muerte que produce la madre a su hijo al momento del nacimiento o dentro de los 8 días siguientes, cuando aquel es producto de “acceso carnal violento,

abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas”, la demandante alega que “al tipificarse el delito de infanticidio se incurrió en una omisión legislativa relativa por cuanto tendría que haber cobijado y proteger también a los que están por nacer que se encuentran en procesos de gestación avanzados desde la semana 22 hasta la 37”. Por tanto, “La interrupción voluntaria, forzada pero tardía del embarazo, mediante métodos IVE, en gestaciones avanzadas desde semana [sic] 22 a la 37 no es un aborto sino un parto prematuro inducido mediante violencia de un ser humano perfectamente identificable”, de allí que deba estar sujeto a la misma pena que se impone para el delito que se tipifica en el artículo 108 del Código Penal. Para la accionante, el condicionamiento que se deriva de su argumentación se justifica en el hecho de que los que están por nacer deben estar sujetos a la misma protección que se brinda a los recién nacidos¹⁰.

1. En relación con los artículos 118 y 125 del Código Penal, que respectivamente estipulan los delitos de “parto o aborto preterintencional” y de “lesiones al feto”, la demandante señala que “los seres humanos en gestación son capaces de ‘expresar dolor y sufrimiento entre otras emociones”. A partir de esta razón, solicita adicionar como un supuesto típico del primer delito, la siguiente conducta: “Se incurre en la misma sancion [sic] si despues [sic] de una práctica IVE sobreviene la supervivencia del bebé prematuro con o sin discapacidad fisica [sic] permanente derivada de esta condicion [sic] o sobreviene para la madre daños fisicos [sic] asociados a dicha practica [sic]”.

1. Respecto del segundo tipo penal, solicita que la expresión “por cualquier medio causare a un feto daño” incluya el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo por cualquier causa (incluidas las tres razones, causas o supuestos de que trata la Sentencia C-355 de 2006¹¹), siempre que se cometan después de la semana 22 de gestación. Para justificar ambos condicionamientos, la accionante allegó varios documentos a partir de los cuales indica que se registran resultados de investigaciones en diferentes ámbitos médicos y científicos, así como reportes de organizaciones y entidades públicas, que evidencian que el individuo de la especie humana que está por nacer siente dolor, por lo que se le debe tener como un ser sintiente. A partir de las razones por las cuales considera que el artículo 122 del

Código Penal desconoce el artículo 44 de la Constitución, precisa que el artículo 125 del Código Penal niega “a las personas humanas en gestación la condición de niños que se encuentran en la primera infancia y no reconoce que los derechos de los niños priman sobre los derechos de los demás tal como considera expresamente el artículo 44”. Seguidamente, indica que “El artículo 122 del Código Penal ignora o desconoce la existencia biológica [sic] de estas personas”.

1. Finalmente, en relación con el artículo 123 del Código Penal, que estipula el delito de aborto sin consentimiento, la demandante indica que este delito “también debe aplicarse cuando se cause el aborto o parto prematuro a una mujer menor de 14 años, haya sido o no consentido por ésta”, ya que estas personas “no están [sic] en capacidad de manifestar libremente su consentimiento”.

I. INTERVENCIONES CIUDADANAS Y CONCEPTOS

1. Al proceso se allegaron diversos escritos, intervenciones ciudadanas, pronunciamientos de entidades y autoridades públicas, y conceptos de organizaciones, entidades y expertos invitados. En atención a esta diversidad de participaciones y a la particularidad del trámite del proceso, a continuación, se realizan algunas precisiones acerca de las figuras del “interviniente” y del “invitado” en el trámite del control de constitucionalidad, y de cómo esta distinción es relevante en el presente asunto.

1. De un lado, el artículo 242.1 de la Constitución y el inciso segundo del artículo 7 del Decreto 2067 de 1991 reconocen a los ciudadanos el derecho procesal de intervenir en los trámites de constitucionalidad que se surten ante la Corte, con la finalidad de impugnar o defender las normas sometidas a control¹². En un caso específico, la calidad de interviniente

se adquiere cuando el ciudadano radica ante la Secretaría General de la Corte Constitucional un escrito con destino al proceso correspondiente, en el que impugna o defiende la constitucionalidad de la norma sometida a control, y lo hace dentro del término de fijación en lista¹³.

1. De otro lado, el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991 faculta al magistrado sustanciador para invitar “a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso” a conceptuar sobre aspectos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo, en el plazo que este señale, que puede ser distinto del término de “fijación en lista”, el cual no interrumpe los términos para la sustanciación del proceso.

1. Esta invitación es distinta de aquella que regula el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, pues esta corresponde a un desarrollo reglamentario del artículo 244 de la Constitución, según el cual, es deber de la Corte Constitucional comunicar “al Presidente de la República o al Presidente del Congreso, según el caso, la iniciación de cualquier proceso que tenga por objeto el examen de constitucionalidad de normas dictadas por ellos”. Esta comunicación, que se debe extender en el auto admisorio de la demanda, pretende que las respectivas autoridades rindan su concepto para justificar “la constitucionalidad de las normas sometidas a control” (apartado final del inciso segundo del artículo 11 del Decreto 2067 de 1991), la cual también puede hacerse extensiva “a los organismos o entidades del Estado que hubieren participado en la elaboración o expedición de la norma” (apartado inicial de la norma en cita). A diferencia de la potestad que se otorga al magistrado sustanciador para definir el término en el cual se deben rendir los conceptos de que trata el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, aquellos que se solicitan en atención a lo dispuesto en los artículos 244 de la Constitución y 11 del Decreto 2067 de 1991, se deben “presentar por escrito dentro de los 10 días siguientes”, término que coincide con el de “fijación en lista”.

1. A diferencia de las intervenciones ciudadanas, de que tratan el artículo 242.1 de la

Constitución y el inciso segundo del artículo 7 del Decreto 2067 de 1991, los conceptos de que trata el artículo 13 de esta última normativa no se solicitan para que las organizaciones y expertos impugnen o defiendan la constitucionalidad de las normas sometidas a control, sino para que ilustren a la Corte “sobre puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo”, de allí que deban indicar si se encuentran incursos o no “en conflicto de intereses”. Esta circunstancia no impide que los ciudadanos expertos o quienes formen parte de estas organizaciones puedan intervenir por su propia cuenta, en ejercicio de su derecho político, como impugnadores o defensores de las normas sometidas a control, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 242.1 de la Constitución e inciso segundo del artículo 7 del Decreto 2067 de 1991, caso en el cual sus intervenciones ciudadanas deben presentarse dentro de los 10 días de fijación en lista, como se indicó.

2. En el presente proceso, dentro del término de fijación en lista de las normas demandadas, que transcurrió entre los días 6 a 19 de septiembre de 2022¹⁴, se recibieron 17 intervenciones ciudadanas¹⁵. Dentro del término que otorgó el magistrado sustanciador para que se allegaran conceptos¹⁶, se recibieron 24, de entidades públicas, organizaciones privadas y expertos invitados. Además, se recibieron escritos con manifestaciones genéricas acerca de las posturas de quienes los suscribieron en relación con la problemática general del aborto, sin que impugnaran o defendieran la constitucionalidad de las normas objeto de control de constitucionalidad¹⁷. En la siguiente tabla se sintetiza el sentido de los diferentes escritos allegados al expediente:

Ciudadano, entidad u organización

Tipo de participación

Solicitud o contenido del escrito

Fecha de remisión

Viviana Bohórquez, Juliana Aristizábal y Laura Camila Bernate (Fundación Jacarandas)

Intervenciones ciudadanas (artículos 242.1 y 7 del Decreto 2067 de 1991)

Inhibición y estarse a lo resuelto en las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006

13/09/2022

Nora H. Riani de la Cruz

Otras peticiones (exhortar)

Vilma Graciela Martínez Rivera

Otras peticiones (revocatoria y/o nulidad de las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006)

16/09/2022

Freddy A. Cyfuentes-Pantoja De Santa Cruz

Concepto stricto sensu

16/09/2022

Milton José Pereira Blanco (Departamento de Derecho Público de la Universidad de Cartagena)

Inhibición

16/09/2022

Felipe Chica Duque

Inhibición

19/09/2022

Santiago Guevara Araos (Fundación Nueva Democracia)

Inhibición

19/09/2022

Harold Eduardo Sua Montaña

Inhibición

19/09/2022

Juan Carlos Aldana Leal

Concepto stricto sensu

19/09/2022

Concepto stricto sensu

19/09/2022

Julián Valencia Delgado

Otras peticiones (revocatoria y/o nulidad de las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006)

19/09/2022

Carmen Alicia Martínez Rivera

Otras peticiones (revocatoria y/o nulidad de las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006)

19/09/2022

Miguel Ernesto Serna

Otras peticiones (revocatoria y/o nulidad de las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006)

19/09/2022

Clemencia Salamanca Mariño

Otras peticiones (nulidad de la Sentencia C-055 de 2022)

19/09/2022

Laura Leonor Gil Urbano y María Paula Houghton (Grupo Médico por el Derecho a Decidir – Colombia)

Otras peticiones (negar pretensiones y mantener condiciones actuales de acceso a la IVE)

19/09/2022

Gloria Yolanda Martínez Rivera

Otras peticiones (incidente de nulidad – auto admisorio)

19/09/2022

Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Camila Alejandra Rozo Ladino, Leydy Jazmín Ruiz Herrera y Laura Alejandra Alfonso Rincón, (Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre)

Otras peticiones (exhortar)

19/09/2022

Intervenciones de entidades públicas (artículo 11 del Decreto 2067 de 1991)¹⁸

Inhibición (principal) y exequible (subsidiario)

19/09/2022

Grupo de Investigación en Teoría del Derecho y Formación Jurídica de la Universidad Autónoma de Bucaramanga

Conceptos de entidades públicas, organizaciones privadas y expertos invitados (artículo 13

del Decreto 2067 de 1991)

Estar a lo resuelto en las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006

8/09/2022

Juan Gabriel Piñeros

Concepto stricto sensu

16/09/2022

Ministerio de Justicia y del Derecho

Inhibición y estar a lo resuelto en las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006

19/09/2022

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

Inhibición y estar a lo resuelto en las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006

19/09/2022

Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia

Concepto stricto sensu

19/09/2022

Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes

Estar a lo resuelto en las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006

Secretaría de las Mujeres de Medellín

Estar a lo resuelto en las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006

22/09/2022

Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario

Inhibición

23/09/2022

Clínica Jurídica para Migrantes, Centro de Estudios en Migración (CEM) y Grupo de Investigación Derecho, Migración y Acción Social (DMAS) de la Universidad de los Andes

Estar a lo resuelto en las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006

26/09/2022

Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda

Inhibición

27/09/2022

Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes

Inhibición

28/09/2022

Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana

Otras peticiones (suspender por trámite de nulidad de la Sentencia C-055 de 2022 y exhortar)

28/09/2022

Fundación Colombiana de Ética y Bioética (Fuceb)

Concepto stricto sensu

28/09/2022

Fundación Vida por Colombia

Inhibición y otras peticiones (audiencia pública)

13/10/2022

Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos (CESJUL)

Inhibición (principal) y exequible (subsidiario)

18/10/2022

Gloria Yolanda Martínez Rivera

Concepto stricto sensu

18/10/2022

Juan Aldana Leal

Concepto stricto sensu

18/10/2022

Martha Teresa Flórez Bohórquez

Inhibición

19/10/2022

Centro de Litigio Estratégico Nacional e Internacional (Celeni) de la Universidad Militar Nueva

Granada

19/10/2022

Nora H. Riani-Llano

Concepto stricto sensu

19/10/2022

Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología (FECOLSOG)

Concepto stricto sensu

19/10/2022

Red Huilense de Defensa y Acompañamiento en Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos (Rhuda)

Concepto stricto sensu

20/10/2022

Nubia Leonor Posada González

Concepto stricto sensu

24/10/2022

Natalia Acevedo Guerrero (Instituto O'Neill para el Derecho y la Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown)

Estar a lo resuelto en las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006

26/10/2022

Cecilia Adriana Álvarez Cabrera

Concepto stricto sensu

27/10/2022

1. Argumentos de quienes solicitan una decisión inhibitoria, además de estarse a lo resuelto en las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006, respecto de todas o algunas de las disposiciones demandadas

1. Un grupo de 14 intervinientes, al igual que la Procuradora General de la Nación solicitan de la Corte una decisión inhibitoria. El Ministerio de Justicia y del Derecho indica que la demanda carece de claridad, certeza y especificidad; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar indica que no acredita las exigencias de claridad, certeza, especificidad y pertinencia; el Ministerio de Salud y Protección Social, la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, Santiago Guevara Araos, la Fundación Jacarandas (Viviana Bohórquez, Juliana Aristizábal y Laura Camila Bernate), la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y la Fundación Vida por Colombia se refirieron al incumplimiento de todos estos requisitos; Milton José Pereira Blanco (Departamento de Derecho Público de la Universidad de Cartagena) indica que no se acreditan los requisitos de certeza y suficiencia; el Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos hizo referencia a la falta de pertinencia y suficiencia de los cargos de la demanda; el ciudadano Harold Sua Montaña indicó que los cargos de la demanda carecen de especificidad; finalmente, para el Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, la demanda carece de coherencia y los cargos en que se fundamentan de certeza.

1. En general, además, coincidieron en indicar, de un lado, que la demanda carece de coherencia, de allí que no se acredite la exigencia de claridad respecto de los cargos formulados en contra de las disposiciones demandadas, por cuanto no existe una estructura lógica de los escritos allegados por la demandante que permita una comprensión mínima de los argumentos en los que se sustenta la presunta vulneración de la Constitución. De otro lado, también coincidieron en indicar que la pretensión de la accionante es cuestionar lo decidido en la Sentencia C-055 de 2022 y reabrir el debate, por lo que desconoce las

competencias de la Corte Constitucional cuando el control de constitucionalidad se realiza respecto de tipos penales¹⁹.

2. En particular, para el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario los cargos de la demanda carecen de certeza, ya que cuestiona la decisión de la Corte Constitucional que se adoptó en la Sentencia C-055 de 2022. Además, la segunda precisa que en la demanda no se presentan razones jurídicas que demuestren una supuesta contradicción de las disposiciones cuestionadas con la Constitución, sino que se limita a enunciar algunos artículos constitucionales y tratados internacionales, sin relacionar cómo podrían resultar afectados por las normas penales demandadas, de allí que no se acrediten las exigencias de claridad, especificidad y suficiencia, que deben caracterizar los cargos de inconstitucionalidad. Para otro grupo de intervinientes²⁰, la exigencia de certeza tampoco se acredita, puesto que aquello que plantea la demandante no solo excede el contenido de las disposiciones demandadas, sino que se centra en una perspectiva de lo que a su juicio debería ser el mandato de tales disposiciones, por lo que, en realidad, se estaría en presencia de una visión subjetiva acerca de su alcance.

1. Sobre los requisitos de especificidad y pertinencia, varios de los intervinientes explican que, más allá de citar diversas posiciones doctrinales, académicas y normativas, no se aporta un análisis mínimo de confrontación objetiva entre las normas demandadas y la Constitución por parte de la demandante, ni una justificación de naturaleza constitucional, sino apreciaciones meramente subjetivas²¹. Al respecto, precisan que aun cuando la accionante cita distintas fuentes, ello no se traduce en un debate de orden constitucional.

1. En cuanto al artículo 108 del Código Penal, el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y el Ministerio de Justicia y el Derecho señalan que la interpretación que de la disposición realiza la demandante es subjetiva, en la medida en que esta pretende proteger afectaciones sobre la vida de personas ya nacidas, de allí que la protección mediante el derecho penal en etapas anteriores requiera una acción positiva por parte del

legislador, que no de la Corte Constitucional. Para el último de los intervinientes, además, la demanda no supera las exigencias mínimas para demostrar una eventual omisión legislativa relativa, ya que se limita a exponer el contenido que, a su juicio, debería tener el tipo penal demandado, sin que de tal circunstancia se derive un desconocimiento de la Constitución.

1. En lo que respecta al artículo 118 del Código Penal, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia explican que la demanda incurre en distintas imprecisiones jurídicas. Señalan que la interpretación de la accionante sobre esta disposición busca implementar supuestos comportamientos implícitos a los que la norma no alude, lo que desconoce el principio de tipicidad en materia penal, dado que las normas que crean delitos no pueden contener prohibiciones implícitas²², todo lo cual, a juicio del primer interviniente, se traduce en el incumplimiento del requisito de certeza. En un sentido semejante, el segundo interviniente agrega que el concepto de la actora según el cual la norma tiene como intención lesionar a un bebé prematuro es infundada, puesto que el tipo penal tiene una finalidad diferente, la cual se desprende de su simple lectura: proteger a la mujer de lesiones. El primer interviniente precisa, además, que la demanda respecto de esta disposición carece de pertinencia, ya que la actora “parte de una situación hipotética en la que el procedimiento de Interrupción Voluntaria del Embarazo fracasa y resulta en una afectación al feto y, con base en eso, pretende que se dé una interpretación específica al tipo penal, que se ajuste a sus ideales políticos y morales”.

1. En cuanto al artículo 123 del Código Penal, los intervinientes en cita explicaron que la accionante se refiere a un supuesto equívoco respecto de este tipo penal, dado que intenta equiparar el aborto consentido con el aborto que se realiza sin el consentimiento de la mujer, lo cual desconoce las exigencias de certeza y pertinencia de las demandas de inconstitucionalidad. Respecto de este último delito, advierten que la demandante desconoce que la disposición sanciona a quien cause un aborto contra la voluntad de la mujer, en aras de proteger su salud y autonomía reproductiva.

1. En lo relativo al artículo 125 del Código Penal, estos intervinientes señalan que la accionante confunde el ámbito de aplicación del artículo 122 del Código Penal, a partir del condicionamiento de que fue objeto en la Sentencia C-055 de 2022, y el del artículo 125. A diferencia de lo que la actora indica en la demanda, quien practica un aborto consentido en los términos de las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006, no puede entenderse responsable por el delito de lesiones al feto, ya que se considera una actuación lícita. Por esta razón, los cargos de la demanda no son ciertos ni pertinentes.

1. Otro grupo de intervinientes coincide en que “la demanda de inconstitucionalidad trata de poner en tensión nuevamente los derechos del feto y los derechos de las mujeres”²³, aspectos que fueron debidamente resueltos en las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006²⁴. En cuanto a los artículos 108, 118 y 123 recordaron que tales disposiciones fueron objeto de control abstracto de constitucionalidad en las sentencias C-829 de 2014, C-551 de 2001 y C-355 de 2006, y que la Corte los declaró exequibles, de allí que no sea procedente un nuevo pronunciamiento de constitucionalidad, pues supondría desconocer lo dispuesto por el artículo 243 de la Constitución²⁵.

1. Finalmente, según precisaron otros intervinientes²⁶ no existen elementos que permitan un nuevo pronunciamiento de fondo, ya que no se demuestra una modificación formal del parámetro constitucional, ni un cambio sustancial en el significado de la Constitución, así como tampoco del contexto normativo en el que se insertan tales normas. A partir de las consideraciones acerca de la figura de la cosa juzgada material referidas en la Sentencia C-287 de 2017 afirmaron que, como ya se han realizado varios pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional sobre las problemáticas que se plantean en esta demanda, existe cosa juzgada material.

1. Argumentos de quienes solicitan la declaratoria de exequibilidad simple de todas o algunas de las disposiciones demandadas

1. El Ministerio de Salud y Protección Social y el Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos solicitan de manera subsidiaria a sus peticiones de inhibición y de estarse a lo resuelto en decisiones previas de la Corte Constitucional, que las disposiciones demandadas se declaren exequibles de manera simple. El primero solicita que, solo en el caso de que la Corte considere que la demanda supera las exigencias de aptitud, declare la exequibilidad de las normas demandadas. Indica que la protección de la vida desde la concepción no es absoluta, pues existen escenarios y circunstancias en las que dicha garantía debe ceder al entrar en conflicto con otros derechos. Añade que la interrupción del embarazo por encima de la semana 24 de gestación en las tres causales de que trata la Sentencia C-355 de 2006 no es incompatible con la protección de la vida en gestación, pues aquellas hipótesis, en los términos de la citada decisión, constituyen circunstancias extremas de afectación de la dignidad de las mujeres. Finalmente, destaca que las investigaciones allegadas por la accionante carecen de rigor y pone en duda su suficiencia para ser consideradas como evidencia científica.

1. Por su parte, el Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos de manera subsidiaria a su petición principal de inhibición, solicita a la Corte que declare la exequibilidad de los artículos 108, 118, 123 y 125 del Código Penal. Además, pone de presente que, a partir de lo dispuesto por el artículo 122 de esa normativa, se debe buscar la despenalización total del aborto voluntario. En cuanto a lo primero, explica que el artículo 108 protege la vida independiente, de allí que la sanción no resulte desproporcionada y su declaratoria de inexequibilidad implicaría que este tipo de conductas se procesen como un homicidio agravado.

2. En cuanto al artículo 118, advierte que persigue una finalidad constitucional legítima: la protección de la integridad física de las mujeres. Respecto del artículo 123, expresa que no vulnera el principio de legalidad y que los bienes jurídicos protegidos son la vida como valor y el consentimiento libre de aquellas, de allí que sea ajustado a la Constitución que se protejan los derechos de las mujeres embarazadas a no ser sujetas a la práctica de la interrupción del embarazo sin su consentimiento, en los casos permitidos. Finalmente, en cuanto al artículo

125, considera que resulta acorde con el principio de legalidad y que protege el bien jurídico de la integridad del que está por nacer, debido a que las consecuencias de las lesiones se verán reflejadas en la vida independiente.

1. Otras peticiones

1. Un buen número de intervinientes solicita la nulidad de las sentencias C-055 2022 y C-355 de 2006²⁷, así como exhortar al Congreso de la República a legislar en materia de aborto²⁸. Por su parte, Gloria Yolanda Martínez Rivera solicita la nulidad del auto admisorio de la demanda y la Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana la suspensión del proceso hasta tanto se resuelva el recurso de nulidad que presentaron en contra de la Sentencia C-055 de 2022; además, considera que se debe conminar a la demandante a que se abstenga de hacer señalamientos falsos y cometer actos intimidatorios en contra de los participantes en los procesos constitucionales.

1. Otro tipo de solicitudes, a pesar de no corresponder a solicitudes de exequibilidad o inexecuibilidad, se encaminan a brindar conceptos asociados a la conveniencia o inconveniencia de la práctica del aborto y a sus beneficios y costos respecto de los derechos en tensión²⁹.

1. Algunos de los invitados coinciden en varias de las apreciaciones de la demandante, sin que de ello se siga una solicitud de inexecuibilidad de tales disposiciones o en un apoyo a sus pretensiones. En este sentido, por ejemplo, la Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana señala que los seres humanos en gestación son sujetos de especial protección constitucional e internacional³⁰, y que algunas decisiones de la Corte Constitucional, como las sentencias T-585 de 2010, SU-096 de 2018 y C-055 de 2022, han generado un déficit de protección respecto de estos sujetos³¹. En todo caso, también coincidieron en señalar que la pretensión de la demanda es crear nuevos tipos penales, lo que claramente escapa a la competencia de la Corte Constitucional, pues esta es

propia del Congreso de la República³².

1. El pediatra neonatólogo Juan Gabriel Piñeros remitió un concepto que, dijo, resultó del “consenso de expertos sobre la necesidad de limitar por edad gestacional la realización de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) para proteger el derecho a la vida del feto viable en Colombia”. Allí se indica que se debe limitar la edad gestacional para practicar un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo, así se esté en presencia de las tres causales establecidas en la Sentencia C-355 de 2006, dado que existe evidencia científica acerca de la existencia de dolor fetal a partir de la semana 24 de gestación, por lo que después de esta semana el aborto se practica con calmante y anestesia. A su turno, indica que permitir interrupciones del embarazo por encima de las 22 semanas de gestación afecta el derecho a la vida de un feto viable, por cuanto existe una vida que razonablemente podría surgir y perdurar en condiciones especiales³³. Por lo anterior, solicita reducir el término en el cual se puede llevar a cabo una interrupción voluntaria del embarazo a no más de 22 semanas. El médico radiólogo Juan Carlos Aldana Leal, y en un sentido semejante la médica pediatra Nori H. Riani Llano, la médica Cecilia Adriana Álvarez Cabrera, la abogada Gloria Yolanda Martínez Rivera y la Fundación Colombiana de Ética y Bioética solicitaron a la Corte que se rechace la práctica del aborto, dado que la vida existe desde la concepción.

1. A diferencia de estas posturas, la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología (FECOLSOG) indicó que la evidencia científica no es clara sobre la existencia de sufrimiento fetal antes de las 28 semanas, mientras que sí se encuentra plenamente demostrado el beneficio para las niñas y mujeres que optan voluntariamente por interrumpir el embarazo, así como los perjuicios para los niños nacidos de maternidades forzadas.

1. Para las médicas ginecobstetras Laura Leonor Gil Urbano y María Paula Houghton (Grupo Médico por el Derecho a Decidir), desde el punto de vista médico, son desacertadas varias de las aseveraciones que se realizan en la demanda para definir el aborto o la interrupción voluntaria del embarazo, al igual que equiparar distintos procedimientos médicos vigentes y

protocolizados con algunos tipos penales. Advierten que la “vida independiente” del feto es un concepto que depende de múltiples variables de contexto, y que se ha utilizado para limitar los derechos de las mujeres con consecuencias negativas para su calidad de vida, en un nivel individual, y para la salud pública, en un nivel colectivo. Asimismo, señalan que en los procedimientos de interrupción voluntaria del embarazo, con independencia de la edad gestacional, existen bajos niveles de riesgo para aquellas, debido a las técnicas actualmente vigentes. En ese sentido, consideran que la salud o vida de las mujeres no se encuentra en peligro, sobre todo si se pondera dicho riesgo con el asociado a la práctica de abortos inseguros y la maternidad forzada.

1. Finalmente, la Red Huilense de Defensa y Acompañamiento en Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos advierte que las investigaciones que han realizado demuestran la necesidad de eliminar el delito de aborto para suprimir las barreras para acceder a los derechos de las mujeres. También señalan que han evidenciado que después de la Sentencia C-055 de 2022 las mujeres han podido acceder a sus derechos con mayores garantías en las instituciones de salud; sin embargo, precisan que han identificado que varias entidades del departamento optan por informar a las usuarias que allí no se realiza el procedimiento, sin mayor asesoría, lo que atenta contra los derechos de estas mujeres.

I. CONCEPTO DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

1. La Procuradora General de la Nación solicita a la Corte Constitucional proferir un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda. Destaca que, si bien la demanda se dirige contra los artículos 108, 118, 122, 123 y 125 del Código Penal, lo cierto es que la argumentación se encamina a controvertir lo decidido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-055 de 2022, para lo cual la acción pública de inconstitucionalidad no resulta ser el mecanismo judicial idóneo. En este caso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo

49 del Decreto 2067 de 1991, las posibles irregularidades o inconsistencias de la decisión deben plantearse por medio de la solicitud de nulidad. Así las cosas, ante la posibilidad de plantear, de manera excepcional, la nulidad de las sentencias de constitucionalidad no resulta procedente cuestionar su validez mediante otras acciones constitucionales.

1. Según precisa, la falta de idoneidad de la acción pública de inconstitucionalidad para debatir los reproches presentados deviene en la falta de aptitud de la demanda por carencia de pertinencia, certeza y suficiencia. En cuanto a la pertinencia, advierte que la demanda no propone una comparación objetiva entre los mandatos constitucionales presuntamente vulnerados y los artículos demandados, sino que plantea una reflexión sobre los yerros en los que, para la demandante, incurrió la Sentencia C-055 de 2022. Es decir, la demanda pretende una corrección de las reglas jurisprudenciales fijadas por la Corte en la citada providencia, lo que no resulta viable, en atención a la cosa juzgada constitucional que ampara sus decisiones.

1. Precisa que los argumentos de la demanda tampoco satisfacen la exigencia de certeza, en tanto que no se cuestiona el contenido de las disposiciones, sino el decisorio y los argumentos que fundamentaron la Sentencia C-055 de 2022. Por tanto, la demanda también carece de suficiencia porque no tiene el alcance para siquiera poner en duda la constitucionalidad de los textos acusados.

1. Concluye que la demanda pretende desconocer la cosa juzgada constitucional que ampara a la Sentencia C-055 de 2022, con argumentos asociados a los tipos penales y disposiciones constitucionales que ya han sido estudiados por la Corte Constitucional.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda de la referencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 241.4 de la Constitución, ya que se dirige contra varias disposiciones de la Ley 599 de 2000, que contiene el Código Penal.

1. Cuestiones previas

1. En el trámite del proceso, la accionante presentó 128 escritos, dentro de los que se encuentran la demanda (6 documentos) y su corrección (3 documentos). Los demás se radicaron ante la Corte Constitucional durante el término de fijación en lista, luego de su vencimiento y en el que corresponde al Procurador General de la Nación para formular su concepto. En ellos, la accionante: (i) recusó a varios magistrados de la Sala Plena (Gloria Stella Ortiz Delgado, Antonio José Lizarazo Ocampo, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas, Diana Fajardo Rivera y Alejandro Linares Cantillo); (ii) solicitó la suspensión del trámite, hasta tanto la Corte Suprema de Justicia fallara una demanda de tutela presentada por ella; (iii) solicitó adoptar una medida cautelar encaminada a suspender la ejecución de la Sentencia C-055 de 2022; (iv) solicitó se le “respetara [su] identificación adicional como Doctora en Derecho Constitucional” y “como, Abogada”, sin lo cual, a su juicio, se desacreditaría el ejercicio de su profesión; (v) solicitó “ratificar y reconocer el valor autentico [sic] de documentos radicados en la Corte”, así como que se indicara que ella había entregado tal documentación “a los Magistrados y que ellos mismos las recibieron”, y (vi) señaló que no compartía la decisión adoptada en el auto admisorio de la demanda, en el que se rechazaron algunos cargos al no superar la carga argumentativa sobre la cosa juzgada constitucional de las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006. Estas solicitudes, al igual que otras que fueron presentadas por otros intervinientes, se decidieron en los autos 1495, 1496, 1813 de 2022 y 205 de 2023.

1. En la presente decisión, la Sala rechazará las demás solicitudes planteadas por la demandante en el trámite del proceso y que no se resolvieron en los autos citados, al ser manifiestamente improcedentes.

1. En primer lugar, respecto de las peticiones en las que la demandante insiste a la Corte que respete su calidad de abogada y doctora en derecho, sin perjuicio de que la Sala Plena en el Auto 1496 de 2022 explicó que no está llamada a reconocer “calidades profesionales” derivadas de títulos profesionales, por cuanto el ejercicio de la acción está reservado a los ciudadanos, al tratarse de una solicitud reiterativa, la Sala Plena se remite a la explicación que sobre esta cuestión se realizó en la citada providencia.

1. En segundo lugar, respecto de las solicitudes en que exige que se ratifique y reconozca el valor auténtico de los documentos aportados, reitera la Sala que las competencias que el artículo 241 de la Constitución le asigna a la Corte Constitucional no incluyen la de reconocer la autenticidad de documentos, ni mucho menos juzgar acerca del valor científico de los elementos que se aportan en los procesos de constitucionalidad.

1. En tercer lugar, respecto de las solicitudes con las que pretende controvertir los argumentos con fundamento en los cuales se rechazaron algunos de los cargos de la demanda, se trata de un planteamiento extemporáneo, por cuanto se refiere a asuntos que debieron haber sido formulados por medio del recurso de súplica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2067 de 1991.

1. Aptitud de la demanda

1. En el auto que admite una demanda de inconstitucionalidad, el magistrado sustanciador valora si esta cumple con los requisitos mínimos de aptitud sustantiva. Ese estudio corresponde a una revisión sumaria, que no compromete ni define la competencia de la Sala Plena, en la que reside la función constitucional de decidir de fondo sobre las demandas de inconstitucionalidad que presentan los ciudadanos, de conformidad con los numerales 4 y 5 del artículo 241 de la Constitución³⁴.

1. En el asunto bajo examen, la Procuradora General de la Nación al igual que una buena parte de los intervinientes y varios de los expertos invitados cuestionaron la aptitud de la demanda para provocar un pronunciamiento de fondo. En consecuencia, la Sala examinará su aptitud, con el fin de determinar si permite llevar a cabo el examen de fondo de las disposiciones acusadas. Para estos efectos, hará referencia a (i) los requisitos generales de las demandas de inconstitucionalidad, (ii) los requisitos específicos de estas demandas cuando se cuestionan disposiciones respecto de las cuales previamente se han proferido decisiones de mérito y (iii) los requisitos específicos de los cargos por violación del principio de igualdad y por omisión legislativa relativa. Luego de ello, se pronunciará acerca de la aptitud de la demanda en el presente asunto.

1. Requisitos generales de las demandas de inconstitucionalidad³⁵

1. El artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 regula los requisitos que deben cumplir las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad. A partir de esta disposición, la jurisprudencia constitucional ha considerado necesario que, para emitir un pronunciamiento de fondo, la demanda debe contener: (i) la delimitación precisa del objeto demandado; (ii) el concepto de la violación; (iii) el señalamiento del trámite legislativo impuesto por la Constitución para la expedición de la disposición demandada, cuando fuere del caso³⁶, y (iv) la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto³⁷. En cuanto a esta última exigencia, en el título siguiente se precisan las exigencias específicas que deben acreditar los demandantes cuando respecto de una determinada disposición legislativa la Corte Constitucional ha emitido una decisión de mérito, de tal forma que pueda afirmarse su competencia en la materia.

2. En cuanto al concepto de la violación, a partir de la Sentencia C-1052 de 2001, la jurisprudencia constitucional ha considerado, de manera reiterada y uniforme, que los cargos de las demandas deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes para “poner en duda la compatibilidad entre el ordenamiento superior y el precepto demandado”³⁸.

1. El requisito de claridad exige que la argumentación siga un curso de exposición comprensible y presente un razonamiento inteligible³⁹. El de certeza, que la acusación recaiga sobre una proposición jurídica real y existente⁴⁰ y que no esté basada en interpretaciones subjetivas, caprichosas o irrazonables de los textos demandados⁴¹. El de especificidad, que las razones que sustentan la solicitud de inexecuibilidad sean concretas, y no genéricas o excesivamente vagas⁴². El de pertinencia, que el demandante plantee argumentos de naturaleza estrictamente constitucional⁴³, y no de legalidad, conveniencia o corrección de las decisiones legislativas⁴⁴. Por último, el requisito de suficiencia exige que los argumentos del demandante generen al menos una duda inicial sobre la constitucionalidad de la disposición demandada⁴⁵.

1. Requisitos específicos de las demandas de inconstitucionalidad cuando se cuestionan disposiciones respecto de las cuales previamente se han proferido decisiones de mérito por parte de la Corte Constitucional⁴⁶

1. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 2.5 del Decreto 2067 de 1991, una de las exigencias que deben satisfacer las demandas de inconstitucionalidad es señalar “La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda”. Esta es especialmente relevante cuando respecto de una determinada disposición legislativa la Corte Constitucional ha emitido una decisión de mérito. En estos casos, le corresponde al demandante desvirtuar la posible existencia de cosa juzgada ya que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 243 de la Constitución, “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”.

1. Es por esta razón por la que, en principio, como seguidamente se precisa, el juez constitucional pierde competencia para emitir un nuevo pronunciamiento de fondo sobre una disposición cuyo control se realizó previamente. En caso de que esta carga no se cumpla, la demanda se debe rechazar o, en caso de que la Sala Plena asuma su conocimiento, le corresponde emitir una decisión inhibitoria. Estas consecuencias buscan preservar la vigencia de la institución de la cosa juzgada constitucional, que procura garantizar la seguridad jurídica, la buena fe, la autonomía judicial y la fuerza normativa de la Constitución⁴⁷, ya que otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas⁴⁸.

1. A fin de establecer si en un caso se configura la institución de la cosa juzgada, se deben valorar las relaciones jurídicas que se presentan entre los siguientes tres elementos de la sentencia del pasado y las razones que se alegan en la demanda del presente: (i) el tipo de decisión que se adoptó, concretamente, si se declaró la exequibilidad simple de la disposición cuestionada, su exequibilidad condicionada o su inexequibilidad, y en los dos primeros supuestos la ratio decidendi de la providencia; (ii) el objeto de control –las disposiciones o normas demandadas– y (iii) el parámetro de control, que se integra por las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a la demanda, los cargos de constitucionalidad formulados⁴⁹ y el problema jurídico resuelto en la sentencia anterior⁵⁰.

1. (i) El tipo de decisión que se adoptó. En los juicios de constitucionalidad que adelanta la Corte, cuando la decisión es de inexequibilidad por su contenido material, la cosa juzgada es absoluta y, por tanto, la Corte debe rechazar la demanda por ausencia de objeto de control, declararse inhibida por la ineptitud del cargo –en caso de que aquel aspecto únicamente se advierta al momento de proferir sentencia⁵¹– o estarse a lo resuelto en la decisión del pasado, ya que el contenido normativo acusado se expulsó del ordenamiento jurídico. En estos casos, además, tal como lo dispone el artículo 243, inciso segundo, de la Constitución, “ninguna autoridad” puede reproducir el contenido normativo que fue expulsado del ordenamiento jurídico por razones de fondo, “mientras subsistan en la Carta las disposiciones

que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”. Finalmente, es de precisar que el fenómeno de la cosa juzgada absoluta también se presenta cuando la Corte confronta un determinado contenido normativo con toda la Constitución, como ocurre, en principio, con la revisión previa de los proyectos de ley estatutaria, ya que, en los términos del artículo 241.8 de la Carta, le corresponde “Decidir definitivamente” sobre su constitucionalidad, “tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”.

1. En los demás tipos de decisiones, de exequibilidad simple y de exequibilidad condicionada, por regla general, la cosa juzgada es relativa. En este último caso, además, es necesario precisar el tipo de modulación que se adoptó: interpretativo, aditivo o sustitutivo. En este tipo de decisiones, la Corte suple aparentes vacíos normativos o hace frente a las inevitables indeterminaciones del marco legal⁵². En cualquiera de sus modalidades, el efecto propio de la decisión de exequibilidad condicionada, tal como lo ha reiterado la Sala, es que “la interpretación excluida del ordenamiento jurídico no podrá ser objeto de reproducción o aplicación en otro acto jurídico; y en los supuestos en los que la Corte ha adoptado una sentencia aditiva, la cosa juzgada implica que no se encuentra permitido reproducir una disposición que omita el elemento que la Corte ha juzgado necesario adicionar”⁵³.

1. (ii) El objeto de control. Habrá identidad en el objeto de control cuando el contenido normativo que se valoró es igual al acusado, ya sea porque correspondan a textos análogos –disposición– o tengan un mismo contenido normativo o deóntico –norma–. En relación con este supuesto, la Corte ha señalado que “La variación de algunos de los elementos normativos, o la modificación de su alcance como consecuencia de la adopción de nuevas disposiciones, son circunstancias que pueden incidir en el objeto controlado”⁵⁴.

1. (iii) El parámetro de control. El estudio de este elemento supone valorar las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a la demanda, los cargos propuestos y el problema jurídico resuelto por la Corte. Es indiciario de que se trata del mismo reproche

constitucional cuando coinciden las disposiciones constitucionales que se alegan como desconocidas y las razones que se aducen para demostrar la trasgresión. Esta constatación, sin embargo, no es suficiente. Además, es necesario valorar el problema jurídico resuelto por la Corte en el pasado, pues es este el que delimita el debate constitucional a partir de la demanda propuesta. Finalmente, en este estudio es especialmente relevante considerar que, “si las normas constitucionales que integraron el parámetro de control sufren una modificación relevante o, sin ocurrir tal variación, el tipo de razones para explicar la violación son diferentes, no podrá declararse la existencia de cosa juzgada y procederá un nuevo pronunciamiento de la Corte”⁵⁵.

1. Finalmente, a pesar de evidenciarse la existencia de cosa juzgada y sin desconocer lo dispuesto por el artículo 243 de la Constitución es posible, en excepcionalísimos supuestos, emitir un pronunciamiento de fondo. De manera excepcional es posible adelantar un nuevo examen de constitucionalidad pese a la existencia de cosa juzgada. En este sentido, la Corte ha señalado que esta posibilidad se produce en las siguientes tres circunstancias que, a su vez, constituyen cargas específicas que se deben acreditar en las demandas de inconstitucionalidad:

1. (i) Cuando se evidencia una modificación en el parámetro de control de constitucionalidad: se presenta cuando se modifican las disposiciones o normas constitucionales que constituyeron el referente para juzgar la validez de la disposición o norma que nuevamente se acusa⁵⁶.

1. (ii) Cuando se evidencia un cambio en el significado material de la Constitución: ocurre cuando la realidad social, económica o política del país transforma los presupuestos que sirvieron de sustento para declarar la constitucionalidad de la disposición legislativa, lo que permite que se adelante un nuevo estudio a la luz de las nuevas realidades, entendiendo la Constitución como un texto vivo⁵⁷. Según se indica en la Sentencia C-233 de 2021, esta hipótesis “no depende entonces de la incorporación o incorporación [sic, modificación] formal

de normas al bloque de constitucionalidad [pues se trataría del primer supuesto], sino a la manera en que la comprensión de las reglas y principios constitucionales cambia en el tiempo y se adapta a realidades políticas, sociales y económicas”.

1. (iii) Cuando se evidencia una variación en el contexto normativo en el que se inserta la disposición objeto de control constitucional: se presenta cuando la disposición previamente examinada se integra a un nuevo contexto normativo, o cuando el sistema normativo en que se inscribe ha sido objeto de modificaciones relevantes. Esta circunstancia hace alusión a la interpretación sistemática de la norma acusada en conjunto con todas las disposiciones que, en la actualidad –y, por tanto, luego de la decisión del pasado–, integran el sistema normativo específico al que pertenece⁵⁸.

1. Como lo ha precisado de manera reiterada la jurisprudencia constitucional, en los casos en que existen pronunciamientos de constitucionalidad previos respecto de una misma disposición legislativa:

“se exige una carga argumentativa calificada por parte de quien demanda. En relación con este último aspecto, pretender cuestionar la existencia de la cosa juzgada constitucional exige que los accionantes no se limiten a presentar los desacuerdos que fueron expuestos en el pasado, sino que deben explicar de manera suficiente las razones por las que el pronunciamiento anterior no constituye cosa juzgada absoluta o, en su defecto, en caso de que se haya logrado constatar la existencia de cosa juzgada, justifiquen su superación”⁵⁹.

1. Requisitos específicos de los cargos por violación del principio de igualdad⁶⁰ y por omisión legislativa relativa

1. La jurisprudencia constitucional también ha señalado que los cargos de inconstitucionalidad por la presunta vulneración del principio de igualdad (artículo 13 de la Constitución) deben satisfacer unas exigencias argumentativas específicas. No basta con que el demandante afirme que las disposiciones acusadas establecen un trato diferenciado o son discriminatorias⁶¹. El actor debe: (i) determinar cuáles son los sujetos comparables y cuál es el criterio de comparación o *tertium comparationis*, para saber si los supuestos son susceptibles de comparación y si se comparan sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si, desde las perspectivas fáctica y jurídica, existe un tratamiento desigual entre iguales o igual entre disímiles⁶² y (iii) establecer si ese tratamiento tiene justificación constitucional, es decir, si las situaciones objeto de comparación, desde la Constitución, ameritan un trato diferente o deben ser tratadas de igual forma⁶³.

1. La importancia de contar con estos elementos para la habilitación del control constitucional de una norma a la luz del principio de igualdad responde a la necesidad de, primero, contar con argumentos que permitan el diálogo constitucional característico de este tipo de control judicial⁶⁴; segundo, “proteger en últimas [...] la libertad de configuración legislativa”⁶⁵ en el desarrollo del juicio de igualdad; tercero, evitar que una errada o arbitraria determinación del criterio de comparación o de los sujetos, grupos o situaciones por comparar dé lugar a que la decisión del juez constitucional caiga en dos extremos nocivos: “la inocuidad del derecho a la igualdad o su dominio absoluto sobre los otros principios y valores constitucionales”⁶⁶.

1. En línea con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que “la correcta estructuración del cargo por vulneración del principio de igualdad requiere del demandante una importante carga argumentativa, la cual debe caracterizarse por tener un alto grado de precisión en beneficio de la suficiencia del cargo”⁶⁷, igualmente adscrita al requisito de “especificidad con el fin de que el accionante aporte los elementos de juicio mínimos que habiliten un pronunciamiento de fondo”⁶⁸.

1. Cuando se cuestiona la constitucionalidad de una omisión relativa del legislador, el demandante tiene la carga de demostrar los cinco elementos que la integran⁶⁹: (i) la existencia de una “norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo”; (ii) que dicha norma “excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o [...] que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo”⁷⁰; (iii) que existe “un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al legislador que resulta omitido”⁷¹; (iv) que la exclusión de los casos o ingredientes “carezca de un principio de razón suficiente”⁷² y (v) que, en los casos de exclusión, “la falta de justificación y objetividad genere una desigualdad negativa frente a los [casos o ingredientes] que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma”⁷³.

1. A diferencia de las omisiones legislativas relativas, las absolutas no son objeto de control constitucional. En relación con estas últimas, esta corporación ha señalado que se presentan cuando existe total inactividad del Legislador sobre la materia en la que se exige su intervención, es decir, se evidencia una ausencia total de desarrollo de un contenido constitucional por parte del Congreso de la República, por lo que, ante la inexistencia de norma sobre la cual pueda recaer el juicio de constitucionalidad, la Corte carece de competencia para decidir de fondo⁷⁴.

1. Si la Corte encuentra incumplidos los requerimientos específicos que caracterizan los cargos por violación del principio de igualdad y por omisión legislativa relativa, debe declararse inhibida por ineptitud sustantiva de la demanda.

1. Análisis de aptitud sustantiva de la demanda

1. La Sala abordará el estudio de aptitud sustantiva de la demanda en tres momentos: en primer lugar, valorará la aptitud de la demanda respecto del artículo 122 del Código Penal, ya que, como se precisó al inicio de esta providencia, para justificar la presunta

incompatibilidad de la totalidad de las normas acusadas con las disposiciones constitucionales que alega, la demandante utiliza como argumento sus reparos en contra de esta disposición, en los términos en que se declaró su exequibilidad condicionada en la Sentencia C-055 de 2022.

1. En segundo lugar, se referirá al cumplimiento de la exigencia dispuesta en el artículo 2.5 del Decreto 2067 de 1991, según la cual, en las demandas de inconstitucionalidad se debe señalar “La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda”. El cumplimiento de esta carga procesal es relevante ya que respecto de los artículos 108, 118, 122 y 123 del Código Penal, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el pasado acerca de su compatibilidad con la Constitución y, por tanto, es exigible un deber prima facie de los demandantes de desvirtuar la posible configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional, sin que este pueda ser suplido de oficio por el magistrado sustanciador –al momento de admitir la demanda– o por parte la Sala Plena –al momento de proferir sentencia–. Para los citados efectos, es relevante lo dispuesto en el inciso final del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991, según el cual, “Se rechazarán las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiere hecho tránsito a cosa juzgada o respecto de las cuales sea manifiestamente incompetente. No obstante estas decisiones también podrán adoptarse en la sentencia”.

1. Finalmente, en tercer lugar, se pronunciará acerca del cumplimiento de las cargas generales y específicas de las demandas de inconstitucionalidad en relación con los artículos 108, 118, 123 y 125 del Código Penal.

1. Análisis de aptitud sustantiva de la demanda respecto del artículo 122 del Código Penal

1. En relación con el artículo 122 del Código Penal, que estipula el tipo penal de aborto

voluntario o con consentimiento, la demandante señala que en los términos del condicionamiento de la Sentencia C-055 de 2022, la disposición desconoce la Constitución, razón por la cual solicita se declare su exequibilidad condicionada en el siguiente sentido: “incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años quien, con el consentimiento de la mujer, realice un aborto, quien colabora en la misma conducta y quien la promueva. Tendrá la misma sanción la mujer que de [sic] su consentimiento para que le interrumpan su embarazo avanzado a partir de la semana 22 hasta la 37”, y que “los sujetos mencionados no incurrirán en delito cuando la continuación del embarazo constituya un peligro para la vida de la mujer, certificada por un médico”.

1. Dado que el concepto de “aborto” de la demandante supone cualquier tipo de práctica de interrupción voluntaria del embarazo antes de la semana 22 (que pretende que se califique como delito, en los términos de la primera oración del condicionamiento que indica se debe adoptar), su propuesta normativa sería equivalente a que el aborto voluntario únicamente no sería una conducta punible cuando “la continuación del embarazo constituya un peligro para la vida de la mujer, certificada por un médico”. En consecuencia, para la demandante, también deberían constituir conductas típicas los dos supuestos restantes en que se declaró la exequibilidad condicionada de la norma en la Sentencia C-355 de 2006: “Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico” y “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”. Por tanto, para la demandante, solo cuando “la continuación del embarazo constituya un peligro para la vida de la mujer, certificada por un médico”, el aborto voluntario sería atípico, y en cualquier otro supuesto sería delito.

1. Respecto de esta disposición, la Corte Constitucional se pronunció de fondo en las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006. En la primera de ellas resolvió lo siguiente:

“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 requieran, 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”⁷⁵.

1. En la Sentencia C-355 de 2006, entre otras, la Corte resolvió lo siguiente:

“Tercero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no

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

1. La demanda en contra de esta disposición no es apta, no solo porque se dirige en contra de la Sentencia C-055 de 2022 (y no en contra del artículo 122 del Código Penal), sino, además, porque las razones que se aducen no son claras, ciertas, específicas, pertinentes ni suficientes.

1. En primer lugar, a pesar de que formalmente la demandante cuestiona el contenido del artículo 122 del Código Penal, lo cierto es que materialmente su argumentación se dirige a cuestionar el decisorio y los fundamentos de la Sentencia C-055 de 2022. Esta orientación material de la demanda es evidente en la presentación que respecto de ella se hizo al inicio de esta providencia, de la cual se resalta el siguiente argumento propuesto en la corrección de la demanda:

“Hay un cambio en el contexto normativo desde el examen reciente de la despenalización total del aborto el día 21 [sic] de Febrero [sic] 2022, y cambios en el parámetro de control, debido a que se configuran nuevas violaciones del ordenamiento jurídico y de tratados internacionales por parte de la misma norma acusada por la forma tan arbitraria como se revisó y se modificó en el mismo pronunciamiento [hace referencia a la Sentencia C-055 de 2022]. Estas nuevas violaciones del ordenamiento jurídico superior, en particular de normatividad internacional, fueron provocadas por la Corte Constitucional en sentencia C055 de 2022 [...] La norma acusada artículo 122 del Código Penal tal como fue revisada textualmente sigue siendo delito porque autoriza una conducta típica, antijurídica [sic] y

culpable que también [sic] forma parte de otras disposiciones vigentes que consagran otros delitos [...] El artículo 122 del Código Penal al establecer las 3 excepciones para abortar SIN LIMITE DE TIEMPO viola los derechos constitucionales consagrados en estas disposiciones de la Constitución: artículo primero, artículo 2, artículo 5, artículo 11, 12, 13, 14, 47, 49, 50, 44, 50, 68, 94 [sic]" (énfasis propio).

1. Dado que no se cuestiona el contenido de una ley, sino una decisión de esta Corte, las razones que se aducen no solo carecen de pertinencia, sino que el pretendido control de constitucionalidad es improcedente ya que, de un lado, en los términos del artículo 243 de la Constitución, "Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada"⁷⁶, y de otro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241.4 de la Constitución, las demandas de inconstitucionalidad únicamente pueden recaer sobre "las leyes". Así las cosas, en este tipo de asuntos lo procedente es dar aplicación al inciso final del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991, según el cual, "Se rechazarán las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiere hecho tránsito a cosa juzgada o respecto de las cuales sea manifiestamente incompetente. No obstante estas decisiones también podrán adoptarse en la sentencia". De allí que la Corte deba inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo, no solo por su falta de competencia para realizar un control de constitucionalidad de sus sentencias, que hacen tránsito a cosa juzgada, sino, además, porque este tipo de argumentos carecen de pertinencia para fundamentar un cargo claro y cierto de inconstitucionalidad respecto de una determinada disposición de orden legal, en este caso el artículo 122 del Código Penal. Si bien, de manera excepcionalísima, a partir de lo dispuesto por el artículo 49 del Decreto 2067 de 1991, la jurisprudencia constitucional ha admitido la procedencia del incidente de nulidad en contra de sus providencias, este incidente claramente dista de las exigencias que caracterizan las demandas de inconstitucionalidad. De hecho, como se indicó, en relación con la Sentencia C-055 de 2022, mediante el Auto 243 de marzo 1 de 2023, la Sala Plena rechazó y negó las solicitudes de nulidad formuladas en su contra.

1. En este sentido, de manera adecuada precisó la Procuradora General de la Nación que la

argumentación de la demanda se encamina a controvertir los fundamentos y la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-055 de 2022⁷⁷, para lo cual, la acción pública de inconstitucionalidad no es el mecanismo judicial idóneo. Si bien, indicó la Procuradora que esta forma de proceder es incompatible con las exigencias de certeza, pertinencia y suficiencia que deben acreditar las demandas de inconstitucionalidad, es más adecuado considerar que tal tipo de demandas son improcedentes, no tanto por no acreditar las citadas exigencias, sino porque, en atención a la disposición del decreto en cita, concordante con lo dispuesto en su artículo 21 y el artículo 243 de la Constitución, las providencias de la Corte Constitucional hacen tránsito a cosa juzgada y contra ellas no procede ningún tipo de recurso.

1. En segundo lugar, es importante resaltar que los argumentos que adujo la demandante, más que cargos autónomos e independientes, distintos a los valorados por la Corte Constitucional en las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006, evidencian un desacuerdo con el sentido y fundamentación de tales decisiones, que no constituyen razones ciertas, pertinentes ni suficientes para cuestionar, de nuevo, la constitucionalidad del artículo 122 del Código Penal⁷⁸.

1. Como se indicó en el título 3.2, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.5 del Decreto 2067 de 1991, una de las exigencias que deben satisfacer las demandas de inconstitucionalidad es señalar “La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda”. Esta es especialmente relevante cuando respecto de una determinada disposición la Corte Constitucional ha emitido una decisión de mérito. En estos casos, le corresponde al demandante desvirtuar la posible existencia del fenómeno de la cosa juzgada ya que, de conformidad con el artículo 243 de la Constitución, “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”; de lo contrario, debe darse aplicación a lo dispuesto en el inciso final del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991, varias veces referenciado, según el cual, “Se rechazarán las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiere hecho tránsito a cosa juzgada o respecto de las cuales sea manifiestamente incompetente. No obstante estas

decisiones también podrán adoptarse en la sentencia”. Dado que respecto de la compatibilidad del artículo 122 del Código Penal con la Constitución, la Corte se pronunció en las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006, es exigible de la demandante un deber prima facie de desvirtuar la posible configuración del fenómeno de la cosa juzgada, sin que tal deber pudiera haber sido suplido de oficio por el magistrado sustanciador, al momento de admitir la demanda, o pueda ser asumido por la Sala Plena al momento de proferir sentencia.

1. Como se indicó en el apartado en cita, a fin de establecer si en un caso se configura la institución de la cosa juzgada, se deben valorar las relaciones jurídicas que se presentan entre los siguientes tres elementos de la sentencia del pasado y las razones que se alegan en la demanda del presente: (i) el tipo de decisión que se adoptó; (ii) el objeto de control –las disposiciones o normas demandadas– y (iii) el parámetro de control, que se integra por las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a la demanda, los cargos de constitucionalidad formulados y el problema jurídico resuelto en la sentencia anterior.

1. En el presente asunto, la demandante no cumplió con esta carga procesal respecto de las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006, y esta no puede ser suplida ex officio por la Corte⁷⁹. En particular, esta carga procesal no se satisface con enlistar un conjunto de disposiciones constitucionales y encontrar un posible vínculo con la norma cuya contradicción se alega –que fue el ejercicio que realizó la demandante⁸⁰–, sino que requiere precisar cómo los cargos de constitucionalidad formulados en el pasado y el problema o problemas jurídicos resueltos por la Corte Constitucional no contienen los cuestionamientos que se realizan en el presente.

1. En relación con este aspecto, como bien se indicó por parte del magistrado sustanciador en el auto de agosto 25 de 2022, las razones que brindó la demandante para justificar un nuevo pronunciamiento respecto de la disposición que cuestiona, relacionados con un presunto cambio de contexto normativo y un cambio en el significado material de la

Constitución, fueron insuficientes. Allí se indica:

En primer lugar, “En torno al cambio del contexto normativo, la demandante no explica con suficiencia cuál es el alcance de tal variación, así como tampoco se evidencia la manera como afecta el sentido de la Constitución. En efecto, la ciudadana se fundamenta en que el contexto normativo se deriva únicamente de lo decidido en la Sentencia C-055 de 2022”; en segundo lugar, “En lo relativo a la modificación del significado material de la Constitución es necesario describir cómo se produjo el cambio del marco superior, con base en qué factores o qué lo originó y ‘evidenciar la relevancia de la nueva comprensión constitucional respecto de las razones de la decisión adoptada en el pasado.’ No obstante, la argumentación del accionante [sic] se restringe a afirmar que con la Sentencia C-055 de 2022 se vulneraron instrumentos internacionales. Esto corresponde a un planteamiento más bien encaminado a controvertir dicha providencia, más que a demostrar alguno de dichos supuestos”.

1. Entre otras, a partir de esta constatación, el magistrado sustanciador rechazó la demanda en contra del artículo 122 del Código Penal únicamente en relación con los cargos relacionados “con el examen a la luz de los artículos 1, 2, 11, 13, 42, 49 y 93 de la Constitución” (resolutivo primero del auto de agosto 25 de 2022) y consideró que esta deficiencia no afectaba los cargos por la presunta vulneración de los “artículos 4, 5, 12, 14, 44, 47, 50, 90, 94 y 95 de la Constitución” (resolutivo tercero, parte final, del auto en cita). Para la Sala, un examen más detenido, como el que se ha realizado, le hubiese permitido al magistrado sustanciador concluir que estas razones tampoco son ciertas, pertinentes ni suficientes para justificar un nuevo pronunciamiento de constitucionalidad respecto del artículo 122 del Código Penal ya que, como se indicó, las razones de la demanda se dirigen a cuestionar el decusum y los fundamentos de la Sentencia C-055 de 2022. Este tipo de cuestionamientos no solo escapa al objeto de la facultad que se otorga a los ciudadanos colombianos en el artículo 241.4 de la Constitución para presentar demandas de inconstitucionalidad en contra de las leyes, por su contenido material, sino que tampoco constituyen razones claras, ciertas, específicas, pertinentes ni suficientes para justificar la aptitud de una demanda de inconstitucionalidad, como se precisó.

1. Sin perjuicio de las demás precisiones que más adelante se realizan respecto de los artículos 108, 118 y 123 del Código Penal, la demanda no cumple con la exigencia dispuesta por el artículo 2.5 del Decreto 2067 de 1991, de allí que deba adoptarse una decisión inhibitoria, al no acreditar la demanda las exigencias mínimas para considerarse apta. A pesar de que la Corte se pronunció acerca de la constitucionalidad de estas normas en el pasado, la demanda no cumplió con una exigencia mínima para descartar la existencia del fenómeno de la cosa juzgada, o superarla, de ser el caso. Y, como se ha indicado, esta no puede ser validada de oficio por parte del magistrado sustanciador -al momento de admitir la demanda- o por parte la Sala Plena -al momento de proferir sentencia-.

1. En relación con el artículo 108 del Código Penal, la Corte Constitucional se pronunció de fondo en la Sentencia C-829 de 2014, en la que resolvió lo siguiente: “Declarar EXEQUIBLES en los términos de esta Sentencia y por los cargos analizados, los artículos 108 y 128 de la Ley 599 de 2000, modificados por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004”⁸¹. En relación con el artículo 118 del Código Penal, se pronunció de fondo en la Sentencia C-551 de 2001, en la que, entre otras, resolvió: “Noveno.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 118 de la Ley 599 de 2000”. Finalmente, en relación con el artículo 123 del Código Penal, se pronunció de fondo en la Sentencia C-355 de 2006, que, entre otras, resolvió: “Cuarto. Declarar INEXEQUIBLE la expresión ‘...o en mujer menor de catorce años ...’ contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000”⁸².

1. La carga de que trata el artículo 2.5 del Decreto 2067 de 1991 es especialmente relevante en la medida en que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 243 de la Constitución, “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”. Esta circunstancia inhibe, en principio, la competencia del juez constitucional para emitir un nuevo pronunciamiento sobre una disposición cuyo control se realizó previamente, de allí que la carga de desvirtuar esta inferencia corresponda al

demandante, a partir de una carga argumentativa suficiente.

1. Dado que se trata de una carga procesal, no es posible que esta la supla de manera oficiosa el juez constitucional en el auto admisorio o en la sentencia, pues supondría tornar en oficioso el control de constitucionalidad, en contra de su diseño constitucional. En relación con estas tres disposiciones, la demandante no brindó ninguna razón para justificar por qué la Corte era competente para conocer un nuevo cuestionamiento de constitucionalidad, a pesar de lo dispuesto en el artículo 243 de la Constitución.

1. Análisis de aptitud sustantiva de la demanda respecto del artículo 108 del Código Penal

1. El artículo 108 del Código Penal sanciona menos severamente que el delito de homicidio la muerte que produce la madre a su hijo al momento del nacimiento o dentro de los 8 días siguientes, por cuanto su nacimiento es producto de “acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas”. Para la demandante, el legislador incurre en una omisión legislativa relativa “por cuanto tendría que haber cobijado y proteger también a los que están por nacer que se encuentran en procesos de gestación avanzados desde la semana 22 hasta la 37”.

1. Además de lo indicado en el título 3.4.2, la demanda en contra de esta disposición no acredita las exigencias de claridad, certeza, especificidad y pertinencia.

1. En cuanto a la exigencia de claridad, la demanda se puede entender como la pretensión de crear un tipo penal autónomo o como una forma indirecta de cuestionar el decisorio de la Sentencia C-355 de 2006, en cuanto declaró exequible el artículo 122 del Código Penal “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: [...] (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”.

1. De ser lo primero, la demanda es inepta ya que se cuestiona un supuesto de omisión legislativa absoluta, que excede el ámbito de competencia de la Corte Constitucional, ya que censura la total inactividad del Legislador sobre la materia en la que se exige su intervención. Como lo precisaron algunos de los intervinientes, lo que pretende la demandante es la creación de un nuevo tipo penal, lo que escapa a la competencia de la Corte Constitucional; en este sentido, la intervención del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia, Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Camila Alejandra Roza Ladino, Leydy Jazmín Ruiz Herrera y Laura Alejandra Alfonso Rincón, (Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre) y la Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana. Esta última señaló: la accionante “busca adicionar conductas a los tipos penales demandados, lo cual supondría ‘crear tipificaciones penales por vía jurisprudencial’”, lo que excede la competencia de la Corte Constitucional. Como lo ha reiterado la Sala, en relación con las omisiones legislativas absolutas, ante la inexistencia de una norma sobre la cual pueda ejercer el juicio de constitucionalidad, la Corte carece de competencia para decidir de fondo⁸³.

1. De considerarse que la argumentación se dirige a lo segundo, la argumentación es insuficiente e inconducente para estructurar un cargo por omisión legislativa relativa. De un lado, como se precisó supra, en relación con esta disposición, la Corte Constitucional se pronunció de fondo en la Sentencia C-829 de 2014, sin que la demandante hubiese cumplido con una exigencia mínima para descartar la existencia del fenómeno de la cosa juzgada, o superarla. De otra parte, el hecho de que la Corte, en la Sentencia C-355 de 2006, hubiese precisado que no se incurre en el delito de aborto cuando con la voluntad de la mujer, la

interrupción del embarazo se produzca “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”, se sigue que la pretensión de la demandante es claramente contraria a este decisum. Por tanto, la demanda sería contraria al contenido del artículo 243 de la Constitución, según el cual, “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”. A esta razón se suma aquella otra que se precisó en la Sentencia C-055 de 2022, según la cual esta causal de atipicidad, al igual que las otras dos de que trata el resolutivo tercero de la Sentencia C-355 de 2006, no están sujetas a límite gestacional alguno⁸⁴, lo que, a su vez, significa un cuestionamiento de la demandante al decisum de esta sentencia más reciente, en contravía de lo dispuesto por esta disposición constitucional.

1. La demanda tampoco acredita la exigencia de certeza. De un lado, la presunta omisión abstracta que le atribuye la demandante a la disposición no existe, por cuanto el legislador sí protege los bienes jurídicos de la vida e integridad del nasciturus en los tipos penales de aborto (artículos 122 -voluntario- y 123 -forzado- del Código Penal), lesiones al feto (artículo 125 del Código Penal), lesiones culposas al feto (artículo 126 del Código Penal) y parto o aborto preterintencional (artículo 108 del Código Penal)⁸⁵. De otro lado, de una valoración conjunta de la disposición que se demanda con el decisum de la Sentencia C-355 de 2006 lo cierto es que la conducta del aborto consentido cuando tiene como causa el “acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo” o la “inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas” no es una conducta típica. Esta conducta, además, en los términos de la jurisprudencia de las Salas de Revisión de la Corte⁸⁶, reiterada en la Sentencia C-055 de 2022, no es punible, en los términos de la actual regulación penal, en ninguna etapa del procedimiento de gestación.

1. Análisis de aptitud sustantiva de la demanda respecto del artículo 118 del Código Penal

1. El artículo 118 del Código Penal contempla el delito de parto o aborto preterintencional, producto de lesiones personales a la mujer. La demandante solicita que se adicione como un supuesto típico de este delito la siguiente conducta: “Se incurre en la misma sancion [sic] si despues [sic] de una práctica IVE sobreviene la supervivencia del bebé prematuro con o sin discapacidad fisica [sic] permanente derivada de esta condicion [sic] o sobreviene para la madre daños fisicos [sic] asociados a dicha practica [sic]”.

1. Además de lo indicado en el título 3.4.2, la demanda en contra de esta disposición no acredita las exigencias generales de certeza, especificidad y pertinencia.

1. No se acredita la exigencia de certeza ya que la acusación no recae sobre el contenido objetivo de la disposición, sino sobre una interpretación subjetiva acerca de su alcance, a partir de la cual pretende que se cree un nuevo tipo penal⁸⁷. El delito de parto o aborto preterintencional producto de lesiones personales a la mujer implica que exista una conducta externa en contra de la mujer embarazada, agresiva e invasiva, que le causa o infiere lesión y, como consecuencia de esta, se genera un resultado no advertido o pretendido por el agresor o victimario: el parto o aborto. A diferencia de este contenido, la demandante pretende la creación de un tipo penal autónomo. Se presentaría cuando, en cualquiera de los supuestos previstos en el resolutivo primero de la Sentencia C-055 de 2022, al llevarse a cabo un procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo que no culmina con este resultado, se causan lesiones al feto o a la mujer. Como bien lo precisó en su intervención la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, la demandante “parte de una situación hipotética en la que el procedimiento de Interrupción Voluntaria del Embarazo fracasa y resulta en una afectación al feto y, con base en eso, pretende que se dé una interpretación específica al tipo penal, que se ajuste a sus ideales políticos y morales”.

1. Como se sigue de estos dos razonamientos, de un lado, la demandante no cuestiona el

sentido objetivo del artículo 118 del Código Penal, sino que su razonamiento da lugar a un cuestionamiento indirecto del decisorio de la sentencia en cita mediante la creación de un tipo penal autónomo. Lo primero supone un desconocimiento de la exigencia de certeza del cargo y lo segundo a un cuestionamiento acerca de una disposición que no existe, esto es, se cuestiona una omisión legislativa absoluta del legislador, respecto de la cual la Corte carece de competencia para pronunciarse⁸⁸. En cuanto a esto último, los cargos de las demandas de inconstitucionalidad deben ser específicos y pertinentes, lo cual excluye que puedan servir como argumentos para cuestionar la compatibilidad de una disposición con la Carta aspiraciones legislativas, ya que respecto de estas el órgano competente para su inclusión es el Congreso de la República, y no la Corte Constitucional.

1. Análisis de aptitud sustantiva de la demanda respecto del artículo 123 del Código Penal

1. El artículo 123 del Código Penal tipifica el delito de aborto sin consentimiento. La demandante indica que este delito “también debe aplicarse cuando se cause el aborto o parto prematuro a una mujer menor de 14 años, haya sido o no consentido por ésta”, ya que estas personas “no están [sic] en capacidad de manifestar libremente su consentimiento”.

1. Como se precisó supra, respecto de esta disposición, la demanda no dio cumplimiento a la exigencia dispuesta en el artículo 2.5 del Decreto 2067 de 1991 en la medida en que, a pesar de que la Corte se pronunció acerca de su compatibilidad con la Constitución en la Sentencia C-355 de 2006, no brindó ninguna razón para justificar por qué la Corte Constitucional era competente para emitir un nuevo pronunciamiento, a pesar de lo dispuesto en el artículo 243 de la Carta. De hecho, la argumentación propuesta por la demandante es contraevidente respecto del decisorio de la providencia, y su argumentación propone desconocerla, con una clara afectación de la disposición constitucional en cita.

1. En la sentencia que se refiere, respecto de esta disposición, la Corte decidió lo siguiente: “Declarar INEXEQUIBLE la expresión ‘...o en mujer menor de catorce años ...’ contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000”. Con un claro desconocimiento de esta decisión de inexequibilidad, la demandante solicita la declaratoria de exequibilidad condicionada de la disposición, en el sentido de que el delito “debe aplicarse cuando se cause el aborto o parto prematuro a una mujer menor de 14 años, haya sido o no consentido por ésta”.

1. Como se indicó con antelación, las decisiones de inexequibilidad hacen tránsito a cosa juzgada absoluta, de allí que no admitan argumentación en contra, salvo que no subsistan en la Constitución “las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”, en los términos del inciso segundo del artículo 243 superior. Dado que respecto de esta circunstancia la demandante no adujo razón alguna, no es posible un pronunciamiento de mérito respecto de los cargos de la demanda, y, por tanto, procede una decisión inhibitoria.

1. Análisis de aptitud sustantiva de la demanda respecto del artículo 125 del Código Penal

1. El artículo 125 del Código Penal tipifica el delito de lesiones al feto. Según este, “El que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión” y si la conducta la realiza un profesional de la salud, además, “se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término”. La demandante solicita que la expresión “por cualquier medio causare a un feto daño” incluya el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo por cualquier causa (incluidos los tres supuestos de que trata la Sentencia C-355 de 2006), siempre que se cometan después de la semana 22 de gestación.

1. Respecto de esta disposición, la demanda no acredita las exigencias de certeza, especificidad y pertinencia.

1. Es preciso reiterar que los tres supuestos de que trata la Sentencia C-355 de 2006 constituyen “hipótesis extremas de afectación de [la] dignidad” de la mujer, razón por la cual en dicha providencia se consideró que en tales circunstancias “no se incurre en delito de aborto”, siempre y cuando concurra la voluntad de la mujer para la interrupción del embarazo. Además, como se reiteró en la Sentencia C-055 de 2022, la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo en los citados supuestos no está sujeta a un límite gestacional. Si esto es así, no puede considerarse que se trate de conductas ilícitas aquellas acciones tendientes a lograr la interrupción del embarazo, en aquellos tres supuestos, después de la semana 22 de gestación.

1. De lo anterior se deriva que la demandante pretende la creación de un tipo penal autónomo, según el cual se debe penalizar el procedimiento de interrupción voluntaria del embarazo que se realice por cualquier causa, siempre que se efectúe después de la semana 22 de gestación.

1. Así las cosas, de un lado, la solicitud de la demandante supone un cuestionamiento indirecto al decisorio de las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006, para lo cual no asumió la carga argumentativa que supone superar la existencia de cosa juzgada que pesa sobre tales providencias, como se ha indicado a lo largo de estas páginas. Por tanto, la demanda es inepta, ya que es contraria al contenido del artículo 243 de la Constitución, según el cual, “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”.

1. De otro lado, dado que la demandante cuestiona un contenido normativo que no existe –ya que pretende la creación de un tipo penal autónomo–, esto es, una omisión legislativa

absoluta del legislador, respecto de estas la Corte Constitucional carece de competencia para pronunciarse⁸⁹. En relación con esto último, es importante reiterar que los cargos de las demandas de inconstitucionalidad deben ser específicos y pertinentes, lo cual excluye que puedan servir como argumentos para cuestionar la compatibilidad de una disposición con la Carta aspiraciones legislativas, ya que respecto de estas el órgano competente para su inclusión es el Congreso de la República, y no la Corte Constitucional.

1. En conclusión, dado que la demanda respecto del artículo 122 del Código Penal no reúne los requisitos previstos en el Decreto 2067 de 1991, y los cargos propuestos en contra de los artículos 108, 118, 123 y 125 no cumplen con las exigencias generales y específicas que deben caracterizarlos, la Sala adoptará una decisión inhibitoria.

1. Síntesis

1. La Corte decidió la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra de los artículos 108 (“muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas”), 118 (“parto o aborto preterintencional”), 122 (“aborto” voluntario), 123 (“aborto sin consentimiento”) y 125 (“lesiones al feto”) del Código Penal, por ser presuntamente contrarios a los artículos 1, 2, 4, 5, 11, 12, 13, 14, 42, 44, 47, 49, 50, 90, 93, 94 y 95 de la Constitución.

1. De manera previa, precisó que las demás solicitudes planteadas por la demandante en el trámite del proceso y que no fueron resueltas en los autos 1495, 1496, 1813 de 2022 y 205 de 2023, y que tenían que ver con tres tipos de solicitudes, debían rechazarse por ser manifiestamente improcedentes.

1. Al examinar los cargos formulados en la demanda, la Corte concluyó que no reunían los requisitos previstos en el Decreto 2067 de 1991, y que las razones que los fundamentaban no cumplían con las exigencias generales y específicas que debían caracterizarlos. En este sentido, coincidió con varios intervinientes y con el concepto de la Procuradora General de la Nación, quienes afirmaron que, en términos generales, más que cuestionar el contenido objetivo de las normas, la demandante presentó argumentos genéricos derivados de su desacuerdo con las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional en las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006, que declararon la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal. Por tanto, se declaró inhibida para adoptar una decisión de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. INHIBIRSE de adoptar una decisión de fondo en relación con los cargos formulados en contra de los artículos 108, 118, 122, 123 y 125 de la Ley 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Segundo. RECHAZAR las solicitudes presentadas durante el trámite del expediente por parte de la ciudadana Natalia Bernal Cano por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Contra esta providencia no procede ningún recurso.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase,

DIANA FAJARDO RIVERA

Presidenta

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Ausente con permiso

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento Parcial de Voto

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia por formulación de un cargo diferente
(Salvamento parcial de voto)

Referencia:

Sentencia C-066 de 2023

Magistrado ponente:

Antonio José Lizarazo Ocampo

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena suscribo este salvamento parcial de voto en relación con la providencia de la referencia. Si bien estoy de acuerdo con la mayoría de la Sala Plena en cuanto a la ineptitud de la demanda incoada por la ciudadana Natalia Bernal, disiento en lo relativo al cargo esgrimido por ella en contra del artículo 122 del Código Penal, conforme al cual dicha norma, en los términos en que quedó luego de la

Sentencia C-055 de 2022, desconoce el artículo 12 de la Constitución, en tanto que permite la concreción de tratos crueles, inhumanos y degradantes respecto de los seres humanos que están en gestación, quienes deben ser reconocidos como seres sintientes, lo cual se traduce en un déficit de protección a favor de ellos.

A mi juicio, la Sentencia C-055 de 2022 nada dijo sobre la condición sintiente de los seres humanos en gestación, por lo cual respecto de este asunto no había cosa juzgada. Adicionalmente, el cargo era apto por cuanto fue claro, cierto, pertinente, suficiente y específico y además planteaba una discusión de rango constitucional que ya ha sido asumida por la Corte en otros procesos, específicamente en las sentencias C-045 de 2019 y C-148 de 2022, sobre la prohibición de la caza y la pesca deportivas, respectivamente; prohibición que la Corte estableció en atención a la condición sintiente de dichas especies animales. De hecho, en la última de ellas, la Sala aplicó el principio de precaución, al no tenerse evidencia científica clara sobre la condición sintiente de los peces.

Por las anteriores razones salvo parcialmente mi voto respecto de la decisión adoptada por la mayoría, ya que la Sala Plena debió admitir y analizar el cargo en contra del artículo 122 del Código Penal, tal como debe leerse después de la Sentencia C-055 de 2022, esgrimido por violación del artículo 12 superior según el cual “(n)adie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

En los anteriores términos salvo parcialmente mi voto.

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

A LA SENTENCIA C-066/23

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS-Derecho a la vida del que está por nacer (Salvamento parcial de voto)

NASCITURUS-Ser sintiente (Salvamento parcial de voto)

El nasciturus es un ser sintiente que es titular de derechos y atributos de la personalidad, respecto de quien se profesa una obligación de proteger la vida como bien jurídico superior y fundante en nuestro ordenamiento constitucional. En esa medida, se puede considerar que, como lo ha señalado la jurisprudencia, son titulares de los derechos reconocidos a los niños en el artículo 44 de la Constitución.

NASCITURUS-Titular de derechos fundamentales

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Alcance y efectos (Salvamento parcial de voto)

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Análisis en sentencias integradoras (Salvamento parcial de voto)

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia por parámetro de control de constitucionalidad diferente (Salvamento parcial de voto)

PRINCIPIO PRO ACTIONE EN DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Aplicación (Salvamento parcial de voto)

(EXPEDIENTE D-14.865)

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones que adopta la H. Corte Constitucional, me aparto parcialmente de la declaratoria de ineptitud sustantiva de la demanda que derivó en una providencia inhibitoria de la Sala Plena.

1. Con la Sentencia C-066 de 2023, la Corte Constitucional decidió esencialmente inhibirse de adoptar una decisión de fondo en relación con la demanda presentada en contra de los artículos 108, 118, 122, 123 y 125 del Código Penal, por resultar presuntamente contrarios a los artículos 1, 2, 4, 5, 11, 12, 13, 14, 42, 44, 47, 49, 50, 90 93, 94 y 95 de la Constitución. Lo anterior, al considerar la mayoría de la Corte que se presentaba una ineptitud sustantiva de la demanda de inconstitucionalidad.

1. Considero que, por el contrario, conforme a lo previsto en los artículos 40, 228 y 241 de la Constitución Política y su desarrollo legal contenido en el Decreto Ley 2067 de 1991, sin perjuicio de hacer también una lectura del principio pro actione, la demanda con la cual se ha ejercitado la acción pública de inconstitucionalidad sí cuenta con elementos de juicio que, con fundamento en lo expuesto en las intervenciones y los conceptos, habría dado lugar a un examen de mérito, por lo menos, de los artículos 108 y 122 del Código Penal. En tal virtud, a mi juicio, la Corte ha debido realizar un juicio de constitucionalidad encaminado a ahondar en el alcance que, desde los estándares internacionales y la Constitución Política, se ha previsto respecto de la dignidad humana y el derecho a la vida del que está por nacer, quien, por lo demás, con fundamento en resultados de estudios científicos, tiene el carácter de ser sintiente.

1. Por ello, con fundamento en las citadas normas el no nacido: (i) es un individuo de la especie humana, (ii) es un niño o una niña, (iii) y, en todo caso, es un ser sintiente, todo lo cual impacta, sin duda, las obligaciones del Estado en materia de protección de los derechos humanos.

1. Como lo he sostenido en otros procesos como Magistrado de esta H. Corte Constitucional y ahora lo reitero, de conformidad con las Declaraciones, Convenciones, Tratados y Pactos Internacionales de Derechos Humanos, la Constitución Política de 1991 y la jurisprudencia de

la misma Corte, no existe bien superior más importante que la vida humana que es el fundamento de todos los demás derechos, por lo que un tribunal judicial, sea internacional o nacional, no puede arrogarse el derecho para determinar desde cuándo una vida merece protección constitucional per se. Tal y como lo ha señalado la jurisprudencia y la doctrina universalmente aceptada, no hay ningún bien o derecho más universal que del derecho fundamental a la vida. La vida humana desde la concepción es anterior al derecho. Sin la existencia de la vida humana no pueden existir derechos, ni libertades, ni deberes, ni obligaciones.

1. El derecho a la vida es una garantía que, tanto en el ámbito nacional como internacional, protege tanto la mera existencia biológica del ser humano, así como la posibilidad que tienen los seres humanos de desarrollar dignamente sus facultades.⁹⁰ En Colombia, el artículo 11 de la Constitución Política señala que: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.”

1. Además de formar parte del derecho consuetudinario internacional, está consagrado en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 3 señala que todo individuo tiene derecho a la vida. A su vez, en su artículo 6 prevé que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.” Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 6.1 que “el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”

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

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

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

1. En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en el artículo 1.2 que: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.” Luego, en el artículo 4.1. de la misma Convención, se establece que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.” (Negrillas fuera del texto original). Al leer estas dos disposiciones en conjunto resulta evidente que para efectos de la CADH, el ser humano en gestación tiene derecho a la vida. La CADH, es parámetro de constitucionalidad como lo ha aceptado en múltiples providencias esta Corte al reconocerla como parte del bloque de constitucionalidad.⁹¹

1. Este reconocimiento de la personalidad jurídica para efectos de los derechos convencionales, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, implica que el ser humano

en gestación no solo tiene derecho a su vida -como expresamente aparece en el artículo 4.1 de la CADH-, sino a los demás derechos convencionales, como por ejemplo, la integridad personal y la consecuente prohibición de los tratos inhumanos, crueles y degradantes,⁹² o el derecho a la igualdad.⁹³

1. Ahora bien, múltiples fuentes del derecho internacional de los derechos humanos reconocen derechos a todos los seres humanos, esto es a todos los que pertenecen a la especie humana. Así, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece el “reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”.⁹⁴ Igual ocurre con la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁹⁵ el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁹⁶ y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos,⁹⁷ entre otros.

1. Así, desde el derecho internacional, se ha dispuesto la protección del genoma humano como “la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad”.⁹⁸ Incluso, el artículo 18 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina del 4 de abril de 1997, consagra una prohibición para “la constitución de embriones humanos con fines de experimentación.”

1. Conforme a la literatura científica,⁹⁹ el no nacido es un ser humano en gestación, que merece la protección jurídica que todos estos instrumentos disponen.

1. En los sistemas regionales de protección de Derechos Humanos, tanto la Corte Europea de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han referido a la protección jurídica que es intrínseca a la vida del que está por nacer. En la Corte Europea se entiende que desde la concepción hay un miembro de la especie humana (“a member of the

human race”), el cual goza de dignidad y deberá ser protegido.¹⁰⁰

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

1. En este sentido, en torno al debate sobre cuándo inicia la vida humana la Corte IDH explicó:

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

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

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

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

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

“(…) Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término ‘concepción’ desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este

evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión 'en general' permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones." (énfasis propio)

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

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

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

"(i) no existe ninguna duda de que el que está por nacer es titular del derecho a la vida protegido por la Convención Americana y lo es al menos desde el momento de la implantación, es decir entre 6 y 7 días después de la fecundación del óvulo; (ii) la protección del derecho a la vida es -según la Corte- gradual e incremental, lo cual puede admitir 'excepciones', pero nunca la suspensión, anulación o derogación del derecho, como lo ha establecido la Corte IDH reiteradamente, pues el derecho a la vida forma parte de un núcleo inderogable que no puede ser suspendido y según lo ha establecido el tribunal

interamericano, no admite enfoques restrictivos y (iii) el reconocimiento de esta titularidad del derecho a la vida exige del Estado adoptar todas las medidas apropiadas para protegerlo y preservarlo, y adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida, so pena de incurrir en responsabilidad internacional. Para reforzar este punto, es importante aclarar que la titularidad de derechos del no nacido también ha sido reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.”¹⁰¹

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

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

1. Empero, con la Sentencia C-055 de 2022, la Corte Constitucional generó un ámbito de desprotección de quienes están por nacer, el cual, tal como lo resalté en el salvamento de voto que realicé a dicha Sentencia, resulta contrario a los mandatos internacionales y a la Constitución Política que protegen la vida desde la concepción y la dignidad humana. Ello, sumado a que la jurisprudencia ha protegido a los animales como seres sintientes, pero respecto del parámetro aplicado a los seres humanos por nacer, es contrario a la lógica jurídica y humana que la Corte mantenga una jurisprudencia en la que se proteja más la vida de los animales como seres sintientes que la propia vida humana y en general la dignidad

humana.

1. A continuación explicaré con todo respeto cómo, a mi juicio, ahora la decisión inhibitoria adoptada por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-066 de 2023 fue equivocada. En mi modesto criterio, la Corte Constitucional omitió por completo las discusiones en torno a la cosa juzgada que proponía este asunto, y desconoció que la demanda sí daba lugar a un examen de mérito frente a los cargos presentados contra los artículos 108 y 122 del Código Penal, en los términos en que me referiré más adelante.

1. De igual forma, señalaré las consideraciones de fondo que tendrían que haber guiado la decisión de la Sala Plena en el presente proceso encaminado a garantizar los mandatos de protección a la vida y la dignidad humana del que está por nacer, reiterando también lo que en su momento indiqué en torno a este asunto en el salvamento de voto a la Sentencia C-055 de 2022.

Sobre el análisis de las cuestiones previas en la providencia

1. Cosa juzgada constitucional. Antes de siquiera considerar la aptitud de la demanda, a la Sala se le presentaban problemas jurídicos relativos a la cosa juzgada constitucional, los cuales, una vez agotados, podrían haber dado lugar a un examen de los requisitos de la demanda de conformidad con los criterios previstos en el Decreto Ley 2067 de 1991.

1. La Corte reiteradamente ha señalado que la cosa juzgada constitucional, más allá de una simple cuestión previa, es una institución jurídico procesal que encuentra su fundamento en el artículo 243 de la Constitución y en el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, mediante la cual se concede a las decisiones plasmadas en las sentencias un carácter inmutable y

vinculante.¹⁰² Esta figura tiene como finalidad proteger y garantizar la aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica, primacía del interés general y confianza legítima, lo cual se traduce en una obligación de la Corte Constitucional de ser consistente con las decisiones que se adopten.¹⁰³

1. El ordenamiento jurídico ha reconocido la importancia de proteger este principio y mandato constitucional de manera prevalente, tanto así que, incluso en el trámite de admisión de las acciones públicas de inconstitucionalidad, el magistrado sustanciador cuando verifica la configuración de una eventual cosa juzgada constitucional, en virtud del inciso final del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991, puede rechazar de plano las demandas “que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiese hecho tránsito a cosa juzgada”.

1. De manera que, la Sala Plena cuando analiza una demanda de constitucionalidad que hubiese sido admitida, aunque la demanda no indique nada y si eventualmente los intervinientes tampoco lo advierten, está llamada a verificar si, en efecto, de acuerdo con los lineamientos que ha señalado la jurisprudencia frente a este fenómeno jurídico procesal, se configura o no una cosa juzgada cuando exista un fallo anterior sobre las normas demandadas. Con esto, la Corte debería proceder a estarse a lo resuelto en la providencia anterior.

1. El análisis que propuso la mayoría de la Sala Plena en este fallo supone una exigencia de abordar la problemática inicialmente desde la cuestión previa relativa al examen de la aptitud de la demanda. El fallo, por demás, plantea que para desvirtuar la presunta configuración de una cosa juzgada constitucional, la accionante tendría que haberla justificado de forma suficiente en su acción. Esta exigencia, a mi juicio, se traduce en una transformación del proceso de control abstracto de constitucionalidad que pasa de ser la materialización del ejercicio de un derecho político a un esquema de justicia rogada.

1. Bajo este panorama, a mi juicio, el análisis de la Corte tendría que haber iniciado por resolver la posible configuración de la cosa juzgada constitucional frente a los artículos 108, 122 y 123 del Código Penal, respecto de los cuales la Corte se ha pronunciado previamente. Incluso, conforme a la jurisprudencia, sobre las normas que del Decreto 100 de 1980 (antiguo Código Penal) estuvieron vigentes antes de la reforma de la Ley 599 de 2000 y son similares a las disposiciones objeto de demanda, lo cual podría derivar en la posible configuración de una cosa juzgada material. Las providencias identificadas sobre tales disposiciones se mencionan en el siguiente cuadro:

Código Penal

Sentencias de la Corte

Decisiones sobre artículos de contenido similar en el Decreto 100 de 1980

Artículo 108

Sentencias C-445 de 2009 y C-829 de 2014

Sentencia C-013 de 1997

Artículo 122

Sentencias C-355 de 2006, C-822 de 2006 y C-055 de 2022

Sentencia C-133 de 1994

Artículo 123

Sentencias C-355 de 2006 y C-822 de 2006

N/A

1. Sobre la cosa juzgada constitucional. Para que se configure este fenómeno, la Corte Constitucional se ha referido a la necesidad de verificar ciertos elementos. En general, exige un examen sobre: (i) la identidad de objeto que supone el análisis del mismo contenido normativo que fue examinado en un fallo anterior; y, (ii) la identidad material, lo cual exige que se pongan de presente iguales razones a las que fueron estudiadas en la providencia anterior, dentro de lo que se verifican los cargos examinados y el problema jurídico del fallo.¹⁰⁴

1. Ahora bien, con la Sentencia C-147 de 2022, se reiteró una regla desarrollada por esta Corporación en su jurisprudencia,¹⁰⁵ de acuerdo con la cual otro de los elementos que deberán demostrarse para que se configure la cosa juzgada constitucional es (iii) la identidad de parámetro de control, que consiste en que “no exista un cambio de contexto o nuevas razones significativas que de manera excepcional hagan procedente la revisión, lo que la jurisprudencia ha referido como un nuevo contexto de valoración.”¹⁰⁶ Este último elemento ha sido valorado por la Corte Constitucional a través de otro concepto, las excepciones a la cosa juzgada, en el entendido que se enervan los efectos de este instituto jurídico procesal cuando se demuestre (a) una modificación al parámetro de control; (b) el cambio en el significado material de la Constitución; y, (c) la variación del contexto normativo de la disposición o norma objeto de control.

1. Lo cierto es que el análisis que ha realizado la Corte Constitucional sobre este último elemento relativo al parámetro de control, corresponde más que a una excepción a la cosa juzgada, a un elemento necesario para establecer si, en efecto, se está en presencia de ese fenómeno o no. Esta lectura resulta armónica con los principios en los que se fundamenta este concepto, como lo son la seguridad jurídica y la confianza legítima, así como con lo previsto en el artículo 243 de la Constitución. También se justifica en la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional. Así por ejemplo, en la Sentencia C-096 de 2017, en la que la Corte indicó que “en estricto sentido, no se trata de excepcionar la cosa juzgada, sino de reconocer que, en razón de los cambios en algunos extremos que la componen, en el caso concreto, no se configura una cosa juzgada que excluya la competencia de la Corte

Constitucional para adoptar una decisión de fondo.”¹⁰⁷ De ahí que, sin perjuicio de existir una decisión anterior que recae sobre la misma norma y en la que se han valorado iguales cargos a los que son objeto de demanda en una nueva oportunidad, la Corte deberá valorar si se demuestra un nuevo contexto de valoración, respecto del cual es necesario un nuevo pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma. Para tal efecto, se deberá demostrar alguno de los tres escenarios a los que de forma constante ha hecho referencia la Corte, esto es, (i) una modificación al parámetro de control; (ii) el cambio en el significado material de la Constitución; y, (iii) la variación del contexto normativo de la disposición o norma objeto de control.

1. En suma, la garantía de la cosa juzgada constitucional resulta fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, la cual impide volver a pronunciarse sobre una cuestión sobre la que se hubiese producido una decisión de mérito, de manera que, la Corte deberá estarse a lo resuelto en la sentencia anterior.

1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que los efectos y alcance de la cosa juzgada no siempre son iguales, sino que existen distintos tipos que pueden, “incluso, modular el alcance y los efectos del fallo.”¹⁰⁸ Por ello, es preciso señalar que (a) si la norma es declarada inexecutable, desaparece del ordenamiento jurídico y no habrá lugar a realizar un nuevo pronunciamiento de constitucionalidad. Esta exigencia se extiende a otras normas que se expidan posteriormente y cuyo contenido coincida con la que fue expulsada del ordenamiento jurídico. En este último escenario, la única posibilidad de examinar esa nueva norma es si se presentó un cambio en el contexto de valoración en los términos expuestos, caso en el cual, no se configuraría el fenómeno de la cosa juzgada.¹⁰⁹ (b) Si la norma fue declarada executable será necesario verificar, inicialmente, si se acredita una coincidencia en el objeto o en los asuntos sustantivos -problema jurídico y cargos- examinados en la decisión anterior respecto del nuevo proceso. Si no existe esa coincidencia, no se configura la cosa juzgada y la Corte podrá pronunciarse sobre la nueva acción. Ahora, aunque se advierta esa coincidencia, no necesariamente existe cosa juzgada, sino que, en ese punto, será necesario también establecer si ha ocurrido una modificación en el contexto de valoración en los

términos expuestos. Si se demuestra este cambio en el contexto, no se configura la cosa juzgada constitucional y es viable un nuevo pronunciamiento de mérito.

1. Tipología de la cosa juzgada constitucional. En relación con este segundo punto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido que los efectos y alcance de la cosa juzgada no siempre son iguales, sino que existen distintos tipos que pueden “incluso, modular el alcance y los efectos del fallo.”¹¹⁰ Por esto, ha clasificado este atributo a partir de diferentes características y ha desarrollado una tipología.¹¹¹ En el siguiente cuadro se indican los tipos y se explica su contenido.

Tipología

Explicación

1

Se refiere a la coincidencia en el objeto de control y se configura cuando existe una decisión anterior de la Corte en sede de control abstracto que recae sobre la misma norma o un contenido normativo igual al revisado previamente.

Formal

Material

Existe cuando la Corte no se pronunció sobre la misma norma, pero ante la similitud de los contenidos normativos se trata de artículos que producen iguales efectos jurídicos. Este recae sobre las normas jurídicas.

2

Se determina por el tipo de consecuencias y alcance que produce la decisión adoptada por la Corte Constitucional, lo cual se determina por los cargos y el parámetro de constitucionalidad utilizado en la providencia anterior.

Absoluta

Este se produce cuando “la primera decisión agotó cualquier debate sobre la constitucionalidad de la norma acusada”,¹¹² razón por la cual no se podrá realizar un nuevo examen de constitucionalidad.

Relativa

Se determina a partir de los cargos de inconstitucionalidad abordados en la primera decisión, y el parámetro constitucional en el sentido que opera esta cosa juzgada si la Corte se pronunció acerca de la validez constitucional desde la perspectiva de otros asuntos. En este evento queda abierta la posibilidad de formular nuevos cargos para que se realice otro control de constitucionalidad.

3

Esta es una categoría que se aplica cuando se está en presencia de una cosa juzgada relativa.

Implícita

Será implícita cuando la decisión anterior no hubiese incluido en la parte resolutive una mención acerca de los cargos o el parámetro de control sobre el que se realizó el control de constitucionalidad abordado en la sentencia anterior.

Explícita

Será explícita cuando la parte resolutive de la providencia se refiere de forma expresa que la determinación de la Corte se restringe a los cargos analizados.

4

Evento en el que no se configura el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

Aparente

Se produce en aquellos casos en los que a pesar de que en la parte resolutive se enuncie la

decisión de fondo sobre una norma, se advierta que no se adelantó análisis alguno de constitucionalidad. También se conoce como una cosa juzgada ficticia.¹¹³

1. La cosa juzgada constitucional cuando se trata de sentencias integradoras. Las sentencias integradoras que profiere la Corte Constitucional tienen diferentes particularidades en el tipo de decisión que se adopta, por lo que las exigencias para determinar cuándo se configura una cosa juzgada constitucional en estos escenarios exige de algunas precisiones. Para tal efecto, se reiterará en qué consisten este tipo de providencias y cuáles son sus efectos, y se indicarán las características particulares respecto de la posibilidad de que esta Corporación profiera sentencias integradoras en asuntos penales. Luego, se mencionarán las reglas en torno al alcance y efecto de la cosa juzgada de estos fallos. Una vez agotado lo anterior, se procederá con el análisis del caso concreto.

1. Sobre las sentencias integradoras. Desde la Sentencia C-109 de 1995, la Corte Constitucional consideró que la sentencia integradora es una modalidad de decisión que le permite al juez constitucional, en sede de control abstracto de constitucionalidad, superar o pronunciarse esencialmente sobre vacíos normativos. Esta posibilidad se fundamenta en: (i) el carácter normativo de la Constitución derivado del artículo 4 Superior, a través del cual se deben incorporar los mandatos constitucionales al orden legal; (ii) el principio de efectividad previsto en el artículo 2 de la Constitución, en virtud del cual las autoridades del Estado en general tienen la obligación de materializar los valores, principios, derechos y deberes constitucionales; y, (iii) de la función de la Corte Constitucional de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.¹¹⁴ Este tipo de providencias pueden ser aditivas, sustitutivas o interpretativas.¹¹⁵

1. Además de que coinciden en sus efectos con las sentencias de constitucionalidad, tienen una particularidad en el sentido que la decisión judicial pasa a ser parte del contenido de la

norma, así como restringe las posibilidades de interpretación que tendrían los operadores jurídicos para aplicarla ya que se determina la única lectura que se ajusta a la Constitución.¹¹⁶

1. Sobre las sentencias integradoras y sus particularidades cuando recaen sobre asuntos penales. Cuando se trata del control de constitucionalidad que recae sobre normas propias del derecho penal, la Corte Constitucional las ha proferido esencialmente cuando se verifican omisiones legislativas relativas, y ha adoptado dos vías para tal efecto. La primera aproximación se refiere a la imposibilidad de adoptar estas decisiones en materia penal, por cuanto tienen el alcance de desconocer los principios de legalidad, taxatividad y reserva de ley.¹¹⁷ Este enfoque tiene como ejemplo la Sentencia C-016 de 2004, en la que la Corte declaró la exequibilidad del delito de inasistencia alimentaria y exhortó al Congreso para que corrigiera el escenario de desprotección en el que se encontraban los compañeros permanentes. El segundo se refiere a una posibilidad estrictamente excepcional de modular el contenido de la norma penal ya sea a través de una sentencia integradora interpretativa, aditiva o sustitutiva, ya que, de lo contrario, las circunstancias contrarias a la Constitución se perpetuarían en el tiempo. De manera general, se advierte que estas decisiones han estado encaminadas a ampliar o limitar los tipos penales, y a atenuar o agravar las consecuencias punitivas.¹¹⁸

1. El principal reto que se genera para la Corte Constitucional respecto de este segundo escenario, corresponde a una tensión de principios como la separación de funciones en el poder público, la reserva de ley que recae respecto de la política criminal del Estado y la legalidad.¹¹⁹ Por esta razón, para la Corte tal posibilidad debe ser estrictamente excepcional, de manera que no se invalide el rol que cumple el legislador en la determinación y diseño de la política criminal, de conformidad con los artículos 114 y 150 de la Constitución.¹²⁰

1. La cosa juzgada constitucional de las sentencias integradoras. De acuerdo con la

Sentencia C-852 de 2013, la figura de la cosa juzgada constitucional también se predica de las sentencias integradoras en todas sus modalidades. Esta Corporación ha entendido que el análisis de la cosa juzgada constitucional en estos eventos debe realizarse bajo los mismos estándares ya mencionados (cuando se ha declarado la inexequibilidad o exequibilidad de una norma). Un claro ejemplo de esto son las Sentencias C-233 de 2021 y la C-055 de 2022, en las que se realizó un examen sobre la identidad de objeto, material y de parámetro de control constitucional, y se consideró que era posible realizar un nuevo análisis de fondo debido al cambio de contexto normativo.

1. Ahora bien, por las características propias de este tipo de fallos que suponen necesariamente la restricción en el ejercicio de las funciones de otras autoridades, como puede ser el Legislador en su función de diseñar y desarrollar la política criminal, y de las autoridades judiciales en la posibilidad de interpretar las disposiciones normativas, su inmutabilidad debería ser reforzada, de manera que ese contenido que se agregue o se suprima, o esa única interpretación constitucionalmente válida, prevalezca en el tiempo y le otorgue a la población y a los operadores judiciales la garantía de que no será modificada salvo que ocurra una reforma de, por ejemplo, las disposiciones constitucionales. Realizar un análisis caso a caso atendiendo a los cargos valorados y los problemas jurídicos desarrollados como lo ha realizado parte de la jurisprudencia, eventualmente, podría traducirse en una afectación a la seguridad jurídica, la igualdad, la confianza legítima y al principio de separación de funciones del poder público.

1. En línea con el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991 y la jurisprudencia constitucional en los términos expuestos previamente, en los eventos excepcionales en los que la Corte considere necesario proferir una decisión integradora, parecería necesario que una exigencia para este control sea una confrontación con la totalidad de los preceptos de la Constitución. Esto necesariamente tendría como consecuencia una garantía de inmutabilidad de las sentencias integradoras, con el fin de evitar que cualquier nuevo cargo pueda derivar en una modificación del precedente constitucional, en atención a las consecuencias que ello genera.

1. En suma, el estudio que realice la Corte Constitucional sobre la cosa juzgada constitucional respecto de las sentencias integradoras debe regirse por parámetros de interpretación más rígidos a efectos de salvaguardar los principios de separación de funciones de los órganos que integran el poder público, la seguridad jurídica, la igualdad y la confianza legítima. En tratándose de providencias que tengan como objeto de examen una norma que regule asuntos penales, esa exigencia deberá valorarse con especial cuidado. Sobre todo, en atención a que la Corte Constitucional para proferir la sentencia integradora inicial debería haber realizado un análisis integral de constitucionalidad.

1. Sobre la cosa juzgada constitucional en el control abstracto del artículo 108 del Código Penal. Sobre este artículo la Corte Constitucional ha estudiado dos demandas. Primero, con la Sentencia C-445 de 2009, esta Corporación se declaró inhibida para pronunciarse de fondo sobre la demanda presentada en contra de los artículos 108 y 128 del Código Penal. De manera que, claramente este pronunciamiento no hace tránsito a cosa juzgada constitucional.

1. Segundo, en la Sentencia C-829 de 2014, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 108 del Código Penal al analizar si contrariaba o no los mandatos constitucionales de la igualdad, la vida y el interés superior del niño al establecer una pena atenuada a las madres que mataran a sus hijos que habían sido producto de acceso carnal violento, abusivo, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Bajo este panorama, se habría podido considerar una configuración de una cosa juzgada formal frente al artículo 108 del Código Penal, pero al realizar un análisis sobre los asuntos constitucionales que llevarían a realizar el control abstracto de constitucionalidad en esta oportunidad, cabía un pronunciamiento por cuanto no había identidad material respecto de dicha providencia.

1. En efecto, en la Sentencia C-829 de 2014 el estudio estuvo encaminado a valorar si el hecho de imponer una pena atenuada a la madre podría traducirse en una transgresión de las garantías a la igualdad, a la vida y al interés superior de los niños y niñas, mientras que, en este nuevo caso sobre el que se ocupó la Corte, la demanda se dirige a demostrar la existencia de una presunta omisión legislativa relativa, en tanto que el tipo penal excluye a los seres humanos que están en gestación desde la semana 22, quienes tienen, según lo señala la actora, los mismos derechos que los niños que se protegen durante y desde el nacimiento. En atención a que claramente no se configura una cosa juzgada absoluta, habría sido posible pronunciarse sobre este asunto.

1. Por otro lado, en la Sentencia C-013 de 1997, la Corte analizó la constitucionalidad de diferentes artículos del antiguo Código Penal contenido en el Decreto Ley 100 de 1980, dentro del cual estaba el artículo 328 relativo a la muerte del hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. Si bien el contenido de dicha disposición no es exactamente igual al artículo 108 del Código Penal actual,¹²¹ lo cierto es que en la Sentencia C-829 de 2014 se advirtió que ambos enunciados normativos son similares y que esas diferencias no son relevantes, por cuanto el contenido de ambos tipos penales es esencialmente el mismo. Así las cosas, se configuraría una cosa juzgada material que sin embargo, por sí sola, no le impedía a la Corte realizar un nuevo pronunciamiento.

1. En lo tocante a la identidad material, en la Sentencia C-013 de 1997, los cargos de la demanda estaban encaminados a proteger la dignidad humana, el derecho a la vida y la igualdad de todas las personas “sin importar cuánto tiempo llevan viviendo.” La principal dificultad planteada en la demanda correspondía al trato desigual que se daba a los niños que nacían con “consentimiento y gusto”, respecto de quienes habían sido concebidos por alguno de los hechos mencionados en el tipo penal (acceso carnal violento, abusivo o inseminación artificial no consentida). A juicio del entonces accionante, esto se traducía en un tipo “penal de muerte, castigada con menor magnitud”. Este planteamiento no coincide con el debate constitucional que se propuso desarrollar en este proceso.

1. En la Sentencia C-013 de 1997, la comparación de grupos planteada por el actor se refería a los sujetos pasivos del tipo penal respecto de quienes no habían sido concebidos bajo esas condiciones de acceso carnal violento, abusivo o inseminación artificial no consentida. En el proceso D-14.865, si bien se hacía necesario también comparar entre dos grupos por una supuesta discriminación, el grupo respecto del cual se entiende que se presenta la desprotección son los nasciturus. En tal virtud, no existía identidad material para que prosperara una eventual configuración de cosa juzgada respecto de dicho fallo.

1. Con fundamento en lo anterior, era posible que la Sala Plena realizara un análisis sobre la aptitud de la demanda frente al cargo por violación del artículo 108 del Código Penal, solo después de superar el examen de cosa juzgada constitucional en los términos expuestos. Como se indica más adelante, este corresponde con el cargo que, en mi criterio, podría haber sido objeto de pronunciamiento de fondo por la Corte.

1. Examen sobre la cosa juzgada constitucional en el control abstracto de los artículos 122 y 123 del Código Penal. En relación con estos artículos la Corte Constitucional también ha conocido sobre diferentes acciones de inconstitucionalidad, que dieron lugar a las Sentencias C-355 de 2006, C-822 de 2006 y C-055 de 2022. El examen de la cosa juzgada respecto del artículo 122 del Código Penal resulta de mayor complejidad porque los pronunciamientos que sobre tal disposición realizó la Corte en las Sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022, corresponde con la clasificación de las sentencias integradoras. Adicionalmente, debería haberse verificado que no se configurara cosa juzgada respecto del artículo 122 respecto de la Sentencia C-133 de 1994 en la que la Corte había declarado exequible el artículo 343 del Decreto 100 de 1980 que regulaba un enunciado normativo similar al que es objeto de examen en el proceso de la referencia. Finalmente, lo relativo a la Sentencia C-822 de 2006 no presentaba ninguna discusión, toda vez que la Corte determinó que existía cosa juzgada constitucional y resolvió estarse a lo resuelto en la Sentencia C-355 de 2006. Por lo que el análisis que se realizara sobre este último fallo resolvería la cuestión.

1. Sobre este punto se pronunciaron diferentes intervinientes en el proceso de constitucionalidad. Las Universidades Autónoma de Bucaramanga, Militar y Sergio Arboleda,

el Movimiento Causa Justa, la Fundación de Mujeres que Lucha por el Derecho al Aborto Libre en Colombia, el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Ministerio de Salud y Protección Social alegaron que en esta demanda se configuraba cosa juzgada constitucional respecto de las Sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022, debido a que (i) se proponía nuevamente una tensión entre los derechos del que está por nacer y los derechos de las mujeres; y, (ii) el objeto de análisis recaía sobre el artículo 122 del Código Penal. Igualmente, la Universidad de los Andes y la Secretaría de Mujeres de Medellín solicitaron que se mantuviera en firme la decisión adoptada por esta Corporación en la Sentencia C-055 de 2022. Adicionalmente, la Universidad del Rosario y el Movimiento Causa Justa explicaron que con este proceso no se evidenciaron elementos de juicio que demostraran una modificación del parámetro constitucional, ni un cambio sustancial en el significado de la Constitución, así como tampoco del contexto normativo en el que se leen las normas.

1. De lo anterior, en lo relativo a la Sentencia C-133 de 1994, la Sala debió observar que no se configuraba cosa juzgada constitucional, toda vez que no se acreditaba ni siquiera identidad en el objeto (norma), en tanto que el tipo penal de aborto del Código Penal entonces vigente fue modificado en su contenido y alcance por las Sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022. De ahí que, no existe cosa juzgada sobre el artículo 122 del Código Penal respecto de dicha providencia.

1. En lo tocante con las Sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022, la Sala Plena tendría que haber considerado las particularidades de la naturaleza de este tipo de providencias integradoras a efectos de determinar o no la configuración de la cosa juzgada. Al tratarse de una modalidad de sentencia que le permitió a la Corte manifestarse sobre vacíos normativos y proferir fallos aditivos, sustitutivos o interpretativos, la aproximación que genera mayor seguridad jurídica es que, si la Corte consideraba necesario proferir este tipo de providencia, cabría realizar un control abstracto de constitucionalidad en cumplimiento de los artículos 22 del Decreto 2067 de 1991 y 46 de la Ley 270 de 1996, esto es, a partir de una confrontación de las disposiciones acusadas respecto de la totalidad de los mandatos constitucionales. De esta manera, como tales fallos podrían restringir algunas funciones de otras autoridades,

esta fórmula procuraría un mayor grado inmutabilidad y seguridad jurídica en el sentido en que sería necesario demostrar que existe un nuevo contexto de valoración que exige el análisis de asuntos del control constitucional que no fueron abordados por esta Corporación en su primera decisión -como ocurre en los controles integrales de constitucionalidad, por ejemplo, frente a proyectos de ley estatutaria aprobados por el Congreso-.

1. Esta aproximación a las sentencias integradoras podría acotar el bucle jurídico que se produce con la figura de la cosa juzgada relativa implícita y explícita. Sobre todo, se limitaría el riesgo que se produce particularmente en materia penal en la que el legislador tiene una amplia libertad de configuración normativa para el diseño y desarrollo de la política criminal, y se genera una tensión con los principios de reserva de ley, legalidad y taxatividad en el marco de una sociedad democrática.

1. Con la Sentencia C-055 de 2022, la Corte Constitucional realizó un nuevo estudio de mérito sobre el artículo 122 del Código Penal, después de que en la Sentencia C-355 de 2006, esta Corporación declaró su exequibilidad condicionada.¹²² En esta oportunidad, la Corte consideró que, además de que los cargos formulados en la nueva demanda no habían sido abordados por la Corte en la Sentencia C-355 de 2006, también se había producido un cambio en el significado material de la Constitución frente a la “comprensión de la problemática constitucional que supone el delito del aborto consentido”, así como una variación en el contexto normativo en el que se encontraba el artículo 122 del Código Penal. Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional no realizó un examen de la disposición tomando como referencia toda la Constitución, sino que su análisis estuvo restringido a los argumentos que superaron el estudio de la aptitud sustantiva de la demanda.

1. Bajo este panorama, en línea con la decisión que adoptó en su momento la Corte Constitucional en la Sentencia C-055 de 2022, la Sala Plena debería haber verificado si, en efecto, se configuraba cosa juzgada constitucional a partir de la misma estrategia utilizada en la precitada providencia. Esto es, examinar la identidad de objeto, la sustantiva y el

contexto de valoración.

1. En cuanto al análisis de los artículos 122 y 123 del Código Penal, la Sala Plena podría haber señalado que más allá de una cosa juzgada formal por identidad en las disposiciones legales objeto de control, no se configuraba una imposibilidad para que la Corte, de superarse la aptitud de la demanda, se pronunciase sobre los argumentos planteados por la accionante, particularmente, debido a que no se acreditaba una identidad sustantiva o material. Para demostrar lo anterior, se recordará el contenido de los cargos examinados en cada uno de tales fallos, y se contrastará con los asuntos que son objeto de demanda en el expediente D-14.865.

1. En la Sentencia C-355 de 2006 se decidieron demandas de inconstitucionalidad en las que se solicitaba “la declaratoria de inconstitucionalidad del numeral 7 del artículo 32, de los artículos 122, 124, y de la expresión ‘o en mujer menor de catorce años’ contenida en el artículo 123 de la Ley 599 de 2000 ‘por la cual se expide el Código Penal’,”¹²³ puesto que, a juicio de los accionantes, tales disposiciones “vulneran los siguientes derechos constitucionales: el derecho a la dignidad (Preámbulo y artículo 1º de la C. P.), el derecho a la vida (art. 11 de la C. P.), el derecho a la integridad personal (art. 12 de la C. P.), el derecho a la igualdad y el derecho general de libertad (art. 13 de la C. P.), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C. P.), la autonomía reproductiva (art. 42 de la C. P.), el derecho a la salud (art. 49 de la C. P.) y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos (art. 93 de la C. P.).”¹²⁴ En criterio de los entonces accionantes, la disposición demandada limitaba de forma desproporcionada e irrazonable los derechos y libertades de la mujer gestante, inclusive al tratarse de niñas menores de 14 años.

1. En lo relativo particularmente al artículo 122 del Código, la Corte consideró que una penalización absoluta del aborto suponía una afectación desproporcionada e irrazonable para los derechos a la dignidad, autonomía, libre desarrollo de la personalidad, vida y salud e integridad de las mujeres gestantes, razón por la que decidió despenalizar el tipo penal de

aborto en tres escenarios. En cuanto a la expresión “o en mujer menor de catorce años” contenida en el artículo 123 del Código, se declaró inexecutable bajo el argumento que ese apartado anulaba de manera desproporcionada los derechos fundamentales a la autonomía, libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana de las mujeres menores de esa edad.

1. Dentro del parámetro constitucional fijado, se plantearon los siguientes asuntos:

Asunto

Consideraciones de la Corte en la Sentencia C-355 de 2006

1

La vida como un bien constitucionalmente relevante y la protección del derecho a la vida en la Constitución en la que el nasciturus tiene una protección en un grado e intensidad menor que la que se otorga a la persona humana.

“Conforme a lo expuesto, la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta.

“De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las

mujeres.”

2

La garantía de la vida desde los tratados internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos

“En conclusión, de las distintas disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad no se desprende un deber de protección absoluto e incondicional de la vida en gestación; por el contrario, tanto de su interpretación literal como sistemática surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos, principios y valores reconocidos en la Carta de 1991 y en otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, ponderación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha privilegiado.

“Dicha ponderación exige identificar y sopesar los derechos en conflicto con el deber de protección de la vida, así como apreciar la importancia constitucional del titular de tales derechos, en estos casos, la mujer embarazada.”

3

Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en la Constitución Política y en el marco internacional, como derechos humanos y fundamentales en los Estados democráticos

“En conclusión, los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos.

“Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la

emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social.

“No obstante, de las normas constitucionales e internacionales no se deduce un mandato de despenalización del aborto ni una prohibición a los legisladores nacionales para adoptar normas penales en este ámbito. De tal forma que el Congreso dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto. Sin embargo, dicho margen no es ilimitado. Aún en el campo penal de dicha política, el legislador ha de respetar dos tipos de límites constitucionales, como lo ha resaltado esta Corte. En efecto, al legislador penal, en primer lugar, le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales y, en segundo lugar, le está ordenado no desproteger bienes constitucionales, sin que ello signifique desconocer el principio de que al derecho penal, por su carácter restrictivo de las libertades, se ha de acudir como última ratio.”

4

Los límites a la potestad de configuración del legislador en materia penal para proteger bienes de rango constitucional como la vida

“En resumen, corresponde al legislador la decisión de adoptar disposiciones penales para la protección de bienes de rango constitucional como la vida; sin embargo, los derechos fundamentales y los principios constitucionales se erigen en límites a esa potestad de configuración, correspondiéndole a la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, ejercer en estos casos el control sobre los límites que ella le ha impuesto al legislador, es decir, debe examinar si tales medidas legislativas presentan o no el carácter de restricciones constitucionalmente válidas.

“Ahora bien, en virtud de su potestad de configuración, el legislador puede introducir distinciones en cuanto a la tipificación de las conductas que atenten contra la vida como bien constitucionalmente protegido, así como la modalidad de la sanción. En efecto, el ordenamiento penal colombiano contiene diversos tipos penales dirigidos a proteger la vida, tales como el genocidio, el homicidio, el aborto, el abandono de menores y personas

desvalidas, o la manipulación genética, así como la omisión de socorro para quien, sin justa causa, omite auxiliar a una persona cuya vida o salud se encuentra en peligro. Si bien los anteriores delitos protegen el mismo bien jurídico, la vida, sin embargo el legislador en ejercicio de su libertad de configuración decidió darles distinto tratamiento punitivo atendiendo a las diferentes especificaciones, modalidades y etapas que se producen a lo largo del curso vital, siendo para estos efectos el nacimiento un hecho relevante para determinar la intensidad de la protección mediante la graduación de la duración de la pena.”

5

La dignidad humana como límites a la libertad de configuración del legislador en materia penal.

“La dignidad humana se constituye así en un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes jurídicos de relevancia constitucional como la vida.

“En tal medida, el legislador al adoptar normas de carácter penal, no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en lugar de considerarla y convertirla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear.”

6

El derecho al libre desarrollo de la personalidad como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se refiere al ámbito de decisiones propias del

individuo, relacionadas con su plan de vida. La Corte consideró que estaba relacionado con el derecho a ser madre, “o, en otros términos, la consideración de la maternidad como una “opción de vida” que corresponde al fuero interno de cada mujer. En consecuencia, no es constitucionalmente permitido que el Estado, la familia, el patrono o instituciones de educación, establezcan normas que desestimulen o coarten la libre decisión de una mujer de ser madre, así como tampoco lo es cualquier norma, general o particular, que impida el cabal ejercicio de la maternidad. En ese orden de ideas, el trato discriminatorio o desfavorable a la mujer, por encontrarse en alguna especial circunstancia al momento de tomar la decisión de ser madre (ya sea a temprana edad, dentro del matrimonio o fuera del mismo, en una relación de pareja o sin ella, o mientras se desarrolla un contrato de trabajo etc.) resulta, a la luz del derecho al libre desarrollo de la personalidad, abiertamente inconstitucional.”

“(…) Finalmente, cabe señalar que la jurisprudencia constitucional también ha señalado, de manera reiterada, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es un claro límite a la potestad de configuración del legislador no solamente en materia penal sino en general en el ejercicio de su potestad sancionatoria. Ha sostenido así, en numerosas decisiones, que el legislador, sin importar la relevancia de los bienes constitucionales que pretenda proteger, no puede establecer medidas perfeccionistas que supongan una restricción desproporcionada del derecho al libre desarrollo de la personalidad.”

7

La salud y la integridad de las personas como límite a la libertad de configuración del Legislador en materia penal

“En conclusión, las 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 constitucional. Así mismo, el derecho a la salud tiene

una estrecha relación con la autonomía personal y el libre desarrollo personal que reserva al individuo una serie de decisiones relacionadas con su salud libre de interferencias estatales y de terceros.”

8

El bloque de constitucionalidad como límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal

“[L]os tratados internacionales de derechos humanos que según la jurisprudencia constitucional están incorporados al bloque de constitucionalidad, constituyen un claro límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, y en esa medida distintas disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminar de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que sin ser determinantes y dejan un margen de configuración al legislador, cobran relevancia para examinar la constitucionalidad de la prohibición total del aborto como se analizará en el acápite diez de esta decisión.”

9

La proporcionalidad y la razonabilidad como límites al libertad de configuración del legislador en materia penal

“En conclusión, el legislador penal cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, pero dicho margen encuentra sus principales límites en los derechos constitucionales, dentro de los cuales se destacan la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, y la salud en conexidad con la vida y la integridad de las personas. Como sobre tales derechos, del bloque de constitucionalidad no se deriva un mandato determinante para la solución de los problemas jurídicos planteados en este proceso, es necesario aplicar un juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del nasciturus, termina afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración.”

1. Por su parte, en la Sentencia C-055 de 2022, la Corte Constitucional resolvió el siguiente problema jurídico:

“Le corresponde a la Corte determinar si, a pesar del condicionamiento de la Sentencia C-355 de 2006, la tipificación del delito de aborto con consentimiento, en los términos del artículo 122 del Código Penal, (i) es contraria a la obligación de respeto al derecho a la salud y a los derechos reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes (artículos 49, 42 y 16 de la Constitución); (ii) 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); (iii) vulnera la libertad de conciencia de las mujeres, las niñas y las personas gestantes, en especial, frente a la posibilidad de actuar conforme a sus convicciones en relación con su autonomía reproductiva (artículo 18 de la Constitución), y (iv) es compatible con la finalidad preventiva de la pena y satisface las exigencias constitucionales adscritas al carácter de ultima ratio del derecho penal (preámbulo y artículos 1 y 2 de la Constitución).”

1. Al respecto, la Corte identificó una tensión entre el derecho a la vida en gestación y los derechos a la salud de las mujeres, la garantía material de la igualdad a mujeres en situación de vulnerabilidad y situación migratoria irregular, la libertad de conciencia y las finalidades constitucionales del derecho penal frente a la prevención general y como último recurso. A juicio de la Corte, la decisión que “en mayor medida posible” protegía ambos intereses era la despenalización del aborto, además de las tres causales que ya integraban el tipo penal, hasta la semana 24 de gestación.

1. Para llegar a esa conclusión se plantearon los siguientes análisis:

Cargo

Consideraciones de la Sentencia C-055 de 2022

La obligación de respeto al derecho a la salud y a los derechos reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes (artículos 49, 42 y 16 de la Constitución).

“333. Como se observa, el deber de respeto al derecho a la salud a cargo del Estado implica, entre otras cosas, el deber de remover los obstáculos normativos que impidan el acceso a los servicios necesarios para que mujeres y niñas gocen de salud reproductiva. Una de dichas barreras la constituye la actual forma de penalización categórica y como única medida de regulación social de la compleja problemática social y de salud pública que supone el aborto con consentimiento. Esta forma de regulación, tal como lo han precisado los organismos internacionales de derechos humanos a los que se ha hecho referencia, tiene incidencia en la práctica de abortos inseguros en los que peligra la salud, integridad y vida de las mujeres, las niñas y las personas gestantes.

“334. Sancionar en forma categórica y sin alternativas a quienes acceden a la interrupción voluntaria del embarazo, incluso en las primeras semanas, representa una seria injerencia del Estado en el disfrute del derecho a la salud de esta población, la cual incrementa el riesgo de abortos inseguros que ponen en peligro aquellas garantías. Dicha práctica constituye un grave problema de salubridad pública, cuyos elevados índices en Colombia y en el mundo tiene serias consecuencias sobre los derechos de las mujeres, lo que ha motivado a que múltiples organismos de protección de derechos humanos recomienden a los Estados adoptar medidas para desincentivarla, entre las que se destacan la despenalización del aborto consentido y la adopción de políticas públicas que incluyan disposiciones administrativas y sanitarias para la realización de este procedimiento en el marco de los servicios de salud reproductiva.

“335. Por las razones expuestas, la Corte constata que la penalización del aborto con consentimiento, en los términos del artículo 122 del Código Penal y en el actual contexto

normativo, caracterizado por la ausencia de una política pública integral orientada a la protección de la vida en gestación y, al mismo tiempo, de los derechos y garantías de las mujeres, las niñas y las personas gestantes, entra en fuerte tensión con su derecho a la salud y con sus derechos reproductivos.”

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)

“En consecuencia, mantener la actual tipificación del aborto consentido y, por tanto, utilizar el derecho penal como *prima ratio*, expone a las mujeres a una de las principales causas de muerte materna, esto es, a la práctica de abortos inseguros, que pueden lesionar su integridad personal, salud y vida y que afectan de una manera más evidentemente desproporcionada a aquellas en situación de vulnerabilidad socioeconómica. Por estas razones, la Corte constata que el artículo 122 del Código Penal en el actual contexto normativo en que se inserta entra en fuerte tensión con el derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular.”

“397. En este punto, que el Estado coaccione de manera categórica a una mujer, niña, adolescente o persona gestante, para que lleve un embarazo a término so pena de incurrir en un delito y, eventualmente, aplicarle una sanción, da lugar a una evidente tensión constitucional con la finalidad imperiosa que pretende proteger la norma demandada.

“398. De este modo, más allá de los tres eventos en los que la Corte Constitucional, de manera general y abstracta, estableció que su sanción es inconstitucional, se observa que existen casos adicionales en los que la tipificación genérica y absoluta del aborto consentido, contenida en el artículo 122 del Código Penal, sin alternativas para el ejercicio de la libertad de conciencia, resulta excesiva y supraincluyente, por la intensidad de la afectación a dicha libertad protegida por el artículo 18 de la Constitución.

“399. Esta tensión es evidente, ya que la norma que se demanda implica una imposición

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

La finalidad preventiva de la pena y las exigencias constitucionales adscritas al carácter de ultima ratio del derecho penal (preámbulo y artículos 1 y 2 de la Constitución)

Inicialmente, advirtió que “no es claro que la actual forma de tipificación de la conducta proteja de manera eficaz la vida en gestación y, por tanto, incida en su función preventiva –como lo evidencian los datos anteriores–, pero sí es claro que genera intensas afectaciones a otros bienes constitucionales relevantes y da lugar a graves problemas de salud pública porque la penalización indiscriminada y las barreras que de ella se derivan obligan a las mujeres a acudir a procedimientos clandestinos e inseguros para la interrupción de sus embarazos. Esta situación tiene un mayor impacto respecto de aquellas en situación de vulnerabilidad que, por tener escasos recursos, residir en el sector rural o encontrarse en situación migratoria, acuden preferentemente a estos procedimientos riesgosos. Estas inferencias justifican las recomendaciones del Comité CEDAW que, desde el año de 1992, ha señalado que los Estados parte de la Convención deben “asegurar que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos, tales como los abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad”, recomendación que reiteró en 1999 al señalar que “En la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto”.”

Con lo anterior, concluyó que “[l]a actual forma de tipificación del delito de aborto consentido entra en fuerte tensión con la característica constitucional adscrita al derecho penal como

mecanismo de último recurso –ultima ratio– por cuatro razones”. Esas cuatro razones fueron enunciadas de la siguiente manera: (a) “[l]a primera razón se asocia con la omisión del Legislador de regular de manera positiva e integral la compleja problemática social, de relevancia constitucional, que supone el aborto consentido, y no únicamente mediante el recurso al derecho penal”; (b) “[l]a segunda razón tiene que ver con la mayor exigencia de regulación a cargo del Legislador con posterioridad a la expedición de la Sentencia C-355 de 2006, cuya sistemática omisión ha sido evidenciada de manera trágica por la jurisprudencia constitucional en la revisión de casos concretos”; (c) “[l]a tercera razón tiene que ver con dos circunstancias constitucionalmente relevantes que exigen una regulación integral de esta problemática por parte del Legislador, que no exclusivamente por la vía penal (...) [e]stas dos circunstancias constitucionalmente relevantes son: (i) la dignidad humana, como criterio material que explica el carácter de ultima ratio del derecho penal y (ii) que la tipificación de la conducta se fundamenta en un criterio sospechoso de discriminación: el sexo”; y (d) “[l]a cuarta razón tiene que ver con la existencia de mecanismos alternativos menos lesivos para garantizar la protección gradual e incremental de la vida en gestación”.

1. Como se observa en ambas sentencias, la discusión constitucional se centró en una tensión entre la garantía de los derechos de las mujeres y la protección del que está por nacer, y la Corte decidió por mayoría otorgar prevalencia total a la protección de los derechos y libertades de la mujer con fundamento en diversos instrumentos internacionales y la jurisprudencia constitucional. Formalmente, el control abstracto de constitucionalidad se realizó respecto de las siguientes disposiciones constitucionales: preámbulo, y los artículos 1, 2, 11, 12, 13, 16, 18, 42, 49 y 93 de la Constitución.

1. De lo anterior, se advierte que el parámetro de control con el que la Corte realizó el análisis de constitucionalidad en las Sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022, estrictamente no correspondía con todas las disposiciones constitucionales respecto de las que se admitió la demanda en esta oportunidad, salvo por el artículo 12 Superior sobre el que se realizarán otras consideraciones. En esta lectura, no podría haberse afirmado que se configuraba en su totalidad cosa juzgada, tal como pasa a exponerse.

1. En la demanda del proceso D-14.865, la accionante se refiere a cuatro debates constitucionales en torno al artículo 122 del Código Penal: (i) el aborto debe considerarse un trato cruel, inhumano y degradante que se comete sobre un ser sintiente de la raza humana por lo que contrariaría el mandato del artículo 12 Superior, lo cual podría derivar en una responsabilidad del Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución; (ii) el aborto previsto en el artículo 122 es contrario a la Constitución, por lo que, en virtud del artículo 4 Superior, deben aplicarse de manera preferente las normas de la Constitución que protegen de manera directa la vida; (iii) el segundo inciso del artículo 122 del Código Penal vulnera los artículos 14, 44 y 95 de la Constitución por cuanto quien con el consentimiento de la mujer causare su aborto entre las semanas 22 y 37 no debería estar exento de ninguna sanción; y (iv) la disposición en los términos vigentes desconoce el derecho del padre a participar en la decisión voluntaria de la mujer de practicar o que se le practique la interrupción del embarazo, con fundamento en que la familia es el núcleo básico de la sociedad de conformidad con el artículo 5 de la Constitución.

1. Al contrastar estos asuntos presentados en la demanda con lo que fue analizado por esta Corporación en las Sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022, no podía concluirse una identidad sustantiva, por lo que se está en presencia de una cosa juzgada constitucional relativa que, de superarse la aptitud de la demanda, podría dar lugar a un pronunciamiento de mérito sobre tales debates, tal como pasa a exponerse. En particular, podría haberse advertido que en dichas providencias la decisión no se adoptó tomando en consideración de los siguientes elementos de juicio: (i) el carácter de ser sintiente de los nasciturus a quienes debe reconocérseles como sujeto de derechos y titulares de personalidad jurídica, así como que deben ser protegidos de la prohibición de tortura y trato cruel, inhumano y degradante, y (ii) el derecho del padre a participar en la decisión voluntaria de la mujer de practicar o que se le practique la interrupción del embarazo, en el entendido que ellos tienen un rol del que se derivan unos derechos y obligaciones de orden constitucional asociados a los derechos fundamentales de los niños y niñas, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución, y la familia como núcleo básico de la sociedad (artículo 5 de la Constitución).

1. En efecto, frente al primero de los argumentos propuestos por la demandante relativo a la consideración de los nasciturus como seres sintientes que son sometidos a tratos crueles, inhumanos y degradantes, ciertamente es un asunto que no hizo parte del parámetro constitucional para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal en las precitadas providencias. Por el contrario, cuando en la Sentencia C-355 de 2005 se examinó la penalización del aborto a la luz del artículo 12 de la Constitución se consideró que: “en las hipótesis en las cuales el feto resulta inviable, obligar a la madre, bajo la amenaza de una sanción penal, a llevar a término un embarazo de esta naturaleza significa someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes que afectan su intangibilidad moral, esto es, su derecho a la dignidad humana.”¹²⁵

1. Por consiguiente, la perspectiva del control de constitucionalidad realizado en su momento por la Corte no se manifestó sobre la posibilidad de que el aborto sea entendido como un posible trato cruel, inhumano y degradante, bajo el entendido que el nasciturus es un ser humano que siente y es titular de derechos. En tal virtud, estamos en presencia de una problemática que debe dar lugar a un pronunciamiento de mérito.

1. Por su parte, el segundo, el tercero y el cuarto argumento plantean una discusión sobre artículos de la Constitución y mandatos superiores que no fueron examinados en su momento respecto del artículo 122 del Código Penal. Como se puede advertir del contenido de las Sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022 reseñado previamente, los artículos 4, 5, 14, 44 y 95 de la Constitución no fueron examinados.

1. Además de este argumento formal de comparación entre normas del parámetro de control, lo cierto es que los debates de constitucionalidad que se derivan de tales disposiciones y que fueron esbozados por la accionante en su demanda, no fueron abordados por la Corte. Puntualmente, lo relativo a (i) la personalidad jurídica del nasciturus como

sujeto de derechos. Si bien en las Sentencias C-355 de 2006 se hizo referencia a la obligación de protección a la vida del que está por nacer con el fin de realizar la ponderación con los derechos de las mujeres, lo cierto es que en ese ejercicio no se tomaron en cuenta algunas otras características propias de la naturaleza humana del nasciturus. Y, (ii) la tensión que se genera respecto de los derechos de los padres sobre la decisión de interrumpir el embarazo, en el entendido que ellos tienen un rol del que se derivan unos derechos y obligaciones de orden constitucional asociados a los derechos fundamentales de los niños y niñas, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución, y la familia como núcleo básico de la sociedad (artículo 5 de la Constitución). Esto claramente excede la relevante diferenciación que se realizó en la Sentencia C-055 de 2022 en torno a la garantía de los derechos de las mujeres, quienes como sujetos de especial protección constitucional se distinguen de los hombres, sobre todo en escenarios como lo es el embarazo.

1. Con fundamento en lo anterior, sí se podría haber considerado que existe una cosa juzgada relativa sobre el artículo 122 del Código Penal, la cual pudo examinarse con base en el contenido establecido por la Corte en las Sentencias integradoras C-355 de 2006 y C-055 de 2022.

1. Finalmente, en lo que se refiere al artículo 123 del Código Penal, la Corte tendría que haber verificado que se configuraba cosa juzgada constitucional respecto de la Sentencia C-355 de 2006, ya que la accionante en la demanda señalaba que era necesario que la aplicación del tipo penal incluyera una diferenciación específica para las mujeres menores de 14 años. Como se indicó, la Corte Constitucional determinó que ese apartado era inexecutable y lo retiró del ordenamiento jurídico. Como no se advierte ningún argumento que demuestre un eventual cambio en el contexto de valoración sobre la garantía de los derechos a la autonomía, libertad de expresión y dignidad humana de las mujeres menores de 14 años, en lo relativo al artículo 123 del Código Penal la Corte ha debido estarse a lo resuelto en la Sentencia C-355 de 2006 y no proferir una decisión inhibitoria.

1. La aptitud de la demanda. Los cargos admitidos inicialmente, con motivo de las intervenciones y conceptos allegados, tendrían que haberse valorado para proferir una decisión de mérito a la luz del principio *pro actione*. Este mandato supone que la Corte no debe examinar con rigor excesivo el cumplimiento de los requisitos de las demandas que han sido admitidas, dado que ello podría significar un desconocimiento del carácter público y de derecho político de la acción, así como una restricción desproporcionada al derecho de participación, al acceso a la administración de justicia y en particular al recurso judicial efectivo ante el tribunal constitucional. Sobre todo, siendo que los artículos 22 del Decreto 2067 de 1991 y 46 de la Ley 270 de 1996 prevén la posibilidad de que la Corte Constitucional adelante el control abstracto de constitucionalidad confrontando todos los preceptos de la Constitución.

1. En la intervención del Movimiento Causa Justa, se advirtió que el principio *pro actione* está sujeto a unos límites. Como se anunció, el principio *pro actione* hace relación a la exigencia para que la Corte Constitucional no examine con excesivo rigor el cumplimiento de los requisitos de la demanda, de manera que se deberá admitir a trámite aquella que tenga vocación de que se profiera una decisión de fondo antes que una inhibitoria cuando se advierta que existe una discusión constitucionalmente relevante.¹²⁶ Lo anterior, por cuanto una inhibición de la Corte en este tipo de procesos “podría restringir el derecho de participación ciudadana y frustrar el acceso al recurso judicial efectivo ante la Corte, dando lugar a una suerte de denegación de justicia constitucional.” ¹²⁷

1. Este principio está necesariamente ligado con el ámbito de competencia que tiene la Corte Constitucional en el control abstracto de constitucionalidad.¹²⁸ Al respecto, la jurisprudencia de esta Corte ha previsto, en general, dos grandes líneas. La primera, según la cual, la función relativa al análisis de constitucionalidad debe cumplirse con un criterio restringido de la acción pública de inconstitucionalidad, en tanto las modalidades de control son taxativas, y ello impide que la Corte Constitucional se pronuncie sobre asuntos que no hubiesen sido formulados por los demandantes.¹²⁹ Tal postura se basa en dos consideraciones particulares: (i) el proceso se fundamenta en un debate democrático y participativo a través de la intervención de los ciudadanos y el Ministerio Público; y (ii) las intervenciones no pueden configurar cargos autónomos, más allá de brindar elementos de juicio relacionados

con los aspectos que se hubiesen planteado en la demanda.¹³⁰ Con base en esto, en la Sentencia C-269 de 2019, la Corte indicó que “carece de competencia para pronunciarse respecto de cargos cuya aptitud no ha sido analizada previamente.”

1. La segunda, relativa a que la Corte puede resolver una demanda de inconstitucionalidad con fundamento en cargos no propuestos en ella y teniendo como parámetro de juzgamiento disposiciones no indicadas en la acción primigenia, es decir, de manera autónoma, como resultado de la aplicación del inciso segundo del artículo 22 del Decreto 2067 de 1991 el cual establece que: “[l]a Corte Constitucional podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquiera [sic] norma constitucional, así ésta no hubiere sido invocada en el curso del proceso”, y del artículo 46 de la Ley 270 de 1996 de acuerdo con el cual, “[e]n desarrollo del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución”.¹³¹ Al respecto, esta Corporación ha precisado que si bien el artículo 241 Superior prevé que la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución se efectúa en los estrictos y precisos términos de ese artículo, lo cierto es que no establece “que esa función se deba ejercer con apego estricto a los argumentos y en los términos planteados por el ciudadano accionante.”¹³²

1. Estas decisiones se soportan especialmente en la naturaleza pública de la acción de inconstitucionalidad que tiene el carácter de un derecho político y no exige que el demandante tenga conocimientos jurídicos especializados, más allá de una pretensión concreta que permita realizar una confrontación abstracta del contenido de una norma de rango legal respecto de la Constitución.¹³³ De igual forma, en concordancia con el contenido del precitado artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, la Corte ha señalado que la Constitución Política debe ser entendida como un “un texto armónico y coherente, que como tal, debe ser interpretado de manera sistemática, teniendo en cuenta, además, los propósitos y objetivos perseguidos por el constituyente” (la jurisprudencia lo ha denominado principio de unidad de la Constitución).¹³⁴

1. En el primer escenario, la aplicación del principio pro actione necesariamente tendrá que estar restringido, por cuanto para que la Corte Constitucional pueda adelantar el proceso de control abstracto de constitucionalidad, se requiere que en la demanda se encuentren prácticamente todos los elementos de juicio necesarios para realizar la confrontación de la ley con los mandatos constitucionales. No obstante, en el segundo escenario, la aplicación del principio se podrá realizar de manera más flexible, en la medida en que si la Sala Plena considera que la problemática planteada en la demanda da lugar a un debate constitucionalmente relevante para la salvaguarda de la integridad y supremacía de la Constitución, se podrá preferir una decisión de fondo.

1. Ahora, a mi juicio, la aplicación del principio pro actione debe enmarcarse en una lectura sistemática e integral de las funciones de esta Corporación tanto en la Constitución como en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y el Decreto 2067 de 1991, y exaltar la garantía de otros principios y derechos superiores como la participación ciudadana en ejercicio de los derechos políticos, el acceso a la administración de justicia y el principio de unidad de la Constitución. De manera que ante la posibilidad de que el control abstracto se realice sobre cualquier otra norma constitucional que la Corte advierta como relevante para el debate, la aplicación del principio pro actione faculta a la Sala para no realizar un análisis con excesivo rigor.

1. Ahora bien, cuando las normas objeto de control se refieren al desarrollo de la política criminal, el amplio margen de configuración con el que cuenta el Legislador en el diseño de los tipos penales exige una deferencia especial con el principio democrático. Por eso, en estos eventos, la Corte deberá advertir que el debate constitucional realmente se cimienta en argumentos de peso que realmente despierten una duda sobre la inconstitucionalidad de la norma. De ahí que, al verificar si se cumplían o no los presupuestos procesales y materiales para proferir una sentencia de mérito, considero que la aptitud se superaba respecto de los artículos 108 y 122, como se expone a continuación.

1. En relación con el artículo 108 la demanda contenía de manera sumaria pero suficiente una determinación de: (i) la norma legal en la que el Legislador habría incurrido en una posible omisión relativa como lo era el tipo penal de la muerte ocasionada por la madre a su hijo durante el nacimiento o en los ocho días siguientes al nacimiento cuando el hijo hubiese sido fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida; (ii) una equivalencia entre la protección del derecho a la vida que el Estado debe a los niños y niñas respecto de la obligación que surge de garantizar la vida y dignidad humana del nasciturus como ser sintiente y sujeto de derechos; y, (iii) el deber constitucional que tiene el Estado de proteger la vida. Ello en atención a que el cargo propuesto respecto del artículo 108 del Código Penal correspondía a una supuesta omisión legislativa relativa al no incluir en el tipo penal de infanticidio a los seres humanos en gestación entre las semanas 22 y 37, debido a que, a juicio de la accionante, se presentaba un trato discriminatorio que desconoce que los nasciturus son seres sintientes cuyos derechos son asimilables o equivalentes a los que el ordenamiento jurídico otorga a los niños y niñas.

1. En esta misma línea, en cuanto al artículo 122 la aptitud de la demanda se superaba específica y particularmente respecto de la presunta vulneración del artículo 12 de la Constitución por considerarse el aborto como un posible trato cruel, inhumano y degradante que se comete contra un ser sintiente de la especie humana. Esto con fundamento en los elementos aportados en la demanda y por las intervenciones y conceptos del trámite, de acuerdo con los cuales los nasciturus son seres sintientes a quienes debe reconocérseles como sujeto de derechos y titulares de personalidad jurídica, en virtud de los cuales deben ser protegidos de la prohibición de tortura y trato cruel, inhumano y degradante. Como se advirtió, el control de constitucionalidad que realizó la Corte en las Sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022, no recayó sobre este ámbito de protección del mandato constitucional del artículo 12 de la Constitución.

Sobre el análisis de mérito que debió realizar la Corte Constitucional frente a los artículos 108 y 122 del Código Penal

1. Con fundamento en lo anterior, cumplidos como estaban los presupuestos procesales de la acción de inconstitucionalidad y los materiales para la adopción de una decisión de mérito, este caso habría sido una oportunidad para que la Corte, en ejercicio de su función y misión de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, abordara al menos dos asuntos de especial trascendencia en cuanto a la obligación de protección a vida como lo son el carácter de ser sintiente del nasciturus y la importancia de advertir que es un sujeto de derechos. En otras palabras, habría sido la oportunidad para que la Corte reiterara la jurisprudencia constitucional relativa a la protección de los derechos del nasciturus como sujeto de derechos y adicionalmente reconociera su naturaleza como ser sintiente de la especie humana, el cual debe ser protegido por todas las personas. Tal como lo expuse en mi salvamento de voto de la Sentencia C-055 de 2022, la vida ha sido protegida en el ámbito internacional y en el nacional como el bien superior más importante.

1. A continuación se realizará primero una exposición sobre el contexto jurídico internacional y nacional que respalda esta concepción y la protección especial del derecho a la vida y a la dignidad humana, el cual tendrá como referencia también lo que en su momento se indicó en el salvamento de voto de la Sentencia C-055 de 2022. Posteriormente, se presentarán estudios y se abordará uno de los dilemas bioéticos más relevantes del aborto, esto es, la sintiencia del nasciturus. Con esto se demuestra un elemento fundamental que hace imperativo que la jurisprudencia constitucional proteja a los no nacidos, en el marco de la reiterada línea jurisprudencial de garantía a los animales como seres sintientes. Agotado lo anterior, se destacará el fundamento relacionado con la personalidad jurídica de los no nacidos, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional que había promovido la garantía de los derechos del que está por nacer en igualdad de condiciones a los de los niños, niñas y adolescentes.

1. Agotado este acápite de consideraciones generales, se señalará el fundamento general que, a mi juicio, tendría que haber guiado una declaratoria de exequibilidad del artículo 108 del Código Penal y de exequibilidad nuevamente condicionada del artículo 122, respecto de

los cuales, como se anotó, era posible realizar un pronunciamiento de mérito.

1. La protección a la vida y la dignidad humana como los bienes superiores más importantes. La vida de las personas es el fundamento esencial para la posibilidad de disfrutar los demás derechos y garantías esenciales para los seres humanos, los cuales deberán brindar una vida en condiciones de dignidad. Reitero que el artículo 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” (negrillas fuera del texto original).

1. Se reitera también que el derecho a la vida protege tanto la simple existencia biológica, como la posibilidad de que los seres humanos se desarrollen dignamente, y esta garantía está plenamente protegida por el artículo 11 de la Constitución Política. A su vez, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 3 señala que todo individuo tiene derecho a la vida, y en su artículo 6 prevé que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.” La protección del fundamento de la existencia humana es el fundamento de todos los demás derechos.¹³⁵

1. Esta garantía prevalente de la vida humana es una bandera en el sistema internacional, en tanto que se reproduce y reitera en diversos instrumentos como, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,¹³⁶ la Declaración de los Derechos del Niño,¹³⁷ la Convención de los Derechos del Niño¹³⁸ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹³⁹ Incluso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en el Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, se dio alcance al contexto científico de la concepción como momento a partir del cual se defiende la vida de la especie humana.

1. Ahora, todos los individuos o seres de la especie humana tienen derecho a la dignidad

humana, esto es, que tienen un valor moral incondicional, inherente e inalienable, en virtud del cual demandan y requieren protección que se les debe brindar sin importar ningún tipo de característica adicional, como podría ser, por ejemplo, la etapa de su desarrollo gestacional o las condiciones de salud.¹⁴⁰ Algunos estudios han determinado que la dignidad humana es el principio fundacional del derecho internacional de los Derechos Humanos, por cuanto la protección de los derechos humanos se materializa en la garantía de la dignidad de todos los seres humanos.¹⁴¹

1. La dignidad humana es el fundamento de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este instrumento prevé que la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo exige el “reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.” Su artículo 1 señala que “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Esto necesariamente se refiere a una protección desde la simple existencia biológica del ser humano. La garantía de la dignidad no podría darse en mayor proporción a unos seres que a otros, porque ello supondría afirmar que algunos son más humanos que otros.

1. Esta centralidad inherente que se desprende de la esencia misma de la dignidad, se reproduce en otros instrumentos internacionales de carácter universal como lo son: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial,¹⁴² la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1979,¹⁴³ Convención sobre la Tortura,¹⁴⁴ Convención de los Derechos del Niño¹⁴⁵ y Convención de las Personas con Discapacidad.¹⁴⁶ A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que la “dignidad es inherente al ser humano” (artículo 5).¹⁴⁷

1. Bajo este panorama, el no nacido hace parte de la especie humana, como un ser vivo, el cual tiene un ADN único, que es diferente de quienes sean sus padres biológicos y se compone por células y tejidos que se van desarrollando de manera progresiva y conjunta.¹⁴⁸

Incluso, el artículo 1 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, establece que “el genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas.”

1. Por esto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido al derecho a la vida del embrión el cual tiene una protección gradual e incremental de acuerdo con el etapa del desarrollo como atrás se explicó para entender el alcance de la protección que se deriva del artículo 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

1. De lo anterior, es posible determinar que los no nacidos son parte de la especie humana que son titulares de los derechos a la vida y a la dignidad humana, lo cual necesariamente exige la garantía de todos los derechos derivados de la simple naturaleza humana, entendida esta como la existencia humana. Sin lugar a dudas existe una obligación internacional que obliga a los Estados a proteger a quienes aún no han nacido. Más allá de que la garantía de los derechos del nasciturus sea progresiva e incremental dependiendo del momento del desarrollo, ello no le resta la exigencia internacional de proteger la vida desde la concepción, momento en el cual contamos con un genoma humano que es el fundamento de la existencia de los seres humanos. Este escenario necesariamente exige un análisis sobre el estatus jurídico de los no nacidos y el reconocimiento de otros derechos como, por ejemplo, la personalidad jurídica, dado que como parte de la especie humana deben ser reconocidos como sujetos de derechos.

1. Sobre el estatus jurídico de los no nacidos y su reconocimiento de la personalidad jurídica. El nasciturus como sujeto de derechos. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el derecho a la personalidad jurídica se compone por tres acepciones principales, las cuales, en su conjunto promueven su garantía integral y efectiva.¹⁴⁹ La primera se refiere al carácter que tiene el ser humano como titular de derechos y la capacidad de asumir obligaciones, el cual corresponde a una garantía que se reconoce de manera exclusiva a la persona natural.

El segundo establece que las personas por el solo hecho de existir son titulares de unos atributos que son inseparables de ellas, como lo son el nombre, la nacionalidad, el domicilio, el estado civil, la capacidad y el patrimonio. Por último, la personalidad jurídica también busca afirmar los intereses y prerrogativas de la dignidad de las personas, en el sentido que esta garantía es “una especie de cláusula general de protección de todos los atributos y derechos que emanan directamente de la persona y sin los cuales ésta no podría jurídicamente estructurarse”.¹⁵⁰

1. En este sentido, en atención a que el nasciturus hace parte de la especie humana y su vida se reconoce desde la concepción y existe la obligación internacional y constitucional de protegerlo, en virtud a la dignidad humana, es deber del Estado y sus autoridades reconocer los atributos de los que son titulares por el solo hecho de existir biológicamente como seres humanos, quienes se caracterizan por un contenido genético único y se componen de tejidos y células que se están desarrollando, por lo que son seres vivos.

1. En Colombia ha sido objeto de debate el estatus jurídico de los no nacidos. Alguna parte de la doctrina se ha decantado por sostener que la protección a la vida y la garantía de los derechos inicia desde el nacimiento, en virtud de la definición de persona contenida en el artículo 90 del Código Civil, de acuerdo con la cual la persona existe “al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”. Lo anterior genera como consecuencia que el nasciturus no estaría en la categoría jurídica del derecho civil “persona”. Incluso, en estos términos se refirió la Universidad Externado de Colombia en la intervención allegada al proceso D-14.865. A su vez, se ha concluido que la personalidad jurídica se reconoce asociada a este estándar del derecho civil.¹⁵¹

1. De ahí que, limitar el reconocimiento de la vida humana -pero sobre todo la posibilidad de protegerla- a un asunto de seguridad jurídica del derecho civil, resulta contrario a los

parámetros internacionales que protegen y reconocen en quien aún no ha nacido un sujeto titular de derechos, en el entendido que existe vida a partir de la concepción y así mismo la exigencia desde el ámbito internacional de protegerla. Sobre todo, cuando esa determinación se justifica en una norma preconstitucional que se adoptó cuando la ciencia de la época solo podría verificar si había vida o no al momento del nacimiento. El soslayar los actuales avances médicos y los resultados de las investigaciones científicas vertidos en el actual contexto resulta contrario a mandatos como los consagrados en los precitados artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos en los que se protege la vida y se reconoce en quien aún no ha nacido un sujeto titular de derechos, en el entendido que existe vida luego de la concepción y la exigencia de protegerla. Por consiguiente, la protección de la especie humana supone el reconocimiento de la vida más allá de la simple existencia legal de las personas. En tal virtud, una lectura del estatus jurídico del no nacido con fundamento únicamente en una norma infra constitucional (artículo 90 del Código Civil) y además vetusta, desconoce el carácter de derecho fundamental y derecho humano que tiene la vida a la luz del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos.

1. De lo expuesto, cabe afirmar que existe un mandato de protección a la vida desde que el embrión se implanta en el útero,¹⁵³ ya que la existencia del ser humano desde su gestación es un bien superior que debe ser garantizado y que se armoniza con el valor y principio de la dignidad humana.¹⁵⁴ Este mandato se traduce en diversos ámbitos de protección reforzada y preferente que la Constitución, la ley y la jurisprudencia han otorgado a la mujer embarazada, dada “la necesidad de velar por la garantía de los derechos de la persona que está por nacer o el recién nacido”.¹⁵⁵

1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido clara en que el nasciturus es titular de derechos fundamentales que pueden protegerse a través de la acción de tutela, así como que deben garantizarse atributos de su personalidad como el patrimonio.¹⁵⁶ Al respecto, esta Corporación observó 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.”¹⁵⁷ A su vez, al no nacido le han

sido reconocidos los derechos a la tutela judicial, a la salud,¹⁵⁸ al mínimo vital,¹⁵⁹ a la seguridad social,¹⁶⁰ a una vida en condiciones dignas¹⁶¹ e incluso al domicilio.¹⁶² Asimismo, en el ámbito médico, se ha establecido que desde la concepción se tiene el derecho a que el personal de enfermería respete y proteja su vida, dignidad e integridad genética, física, espiritual y psíquica.¹⁶³

1. De manera que, más allá de la diferenciación que sobre los sujetos de derechos realizó la Corte Constitucional en la Sentencia C-327 de 2016 sobre la protección del valor y el derecho a la vida, lo cierto es que el ámbito de protección en el sistema internacional e interno exige la garantía de los derechos de quienes van a nacer. Por lo que, sin perjuicio de que la jurisprudencia ha precisado que es una garantía sujeta a ciertas limitaciones, en ningún caso podrán sustraerse por completo sus derechos y atributos como seres sintientes que son titulares de derechos fundamentales. Esto se justifica también en el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos cuando afirma que la vida como derecho del que son titulares todas las personas, deberá protegerse “en general” desde la concepción, siendo este el momento en el que ocurre la implantación del óvulo fecundado en el útero.

1. Como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, este derecho a la vida como todos podría ser objeto de limitaciones razonables. Han advertido incluso que su garantía es gradual e incremental, por lo que eventualmente puede restringirse, pero nunca dar lugar a una decisión que suponga la suspensión o la anulación del derecho.¹⁶⁴ En esta medida, cualquier ponderación que se realice debe partir de que no existe bien superior más importante que la vida humana como fundamento y presupuesto de todos los demás derechos.

1. Así las cosas, el estatus jurídico del que está por nacer supone su reconocimiento como sujeto de derechos, el cual, a su vez, se fundamenta en el carácter y naturaleza que tiene el nasciturus como ser sintiente.

1. El nasciturus como ser sintiente. Existe evidencia científica como investigaciones médicas que exponen que quienes se encuentran en el vientre de la madre pueden sentir sufrimiento y percibir el dolor. Durante este proceso, tanto la accionante, así como otros intervinientes y expertos,¹⁶⁵ allegaron información relevante en este punto. Particularmente la accionante, doctora Natalia Bernal, con su demanda y corrección, aportó una gran cantidad de documentos, estudios e investigaciones -algunas de su autoría-, que tienen como finalidad explicar que la percepción del dolor y otras emociones en quienes están por nacer ocurre desde un momento más temprano del embarazo.

1. Ciertamente, uno de los dilemas bioéticos relacionados con el aborto más relevante es si podemos ser indiferentes ante el dolor que podría experimentar el feto al momento de practicar el procedimiento médico que pone fin al embarazo. Para afrontar este cuestionamiento, la comunidad académica ha optado por preguntarse si existe evidencia científica suficiente para concluir que el feto siente dolor y, en caso de ser así, a partir de que etapa del desarrollo podría tener esa sensación. Sin embargo, las respuestas a estos interrogantes han cambiado con el tiempo y pueden agruparse en dos grandes tendencias con distintos matices, las cuales se describen a continuación. Lo cierto es que, como se expondrá, muchas de las evidencias científicas demuestran que desde la semana 20 de gestación es más probable que exista dolor fetal.¹⁶⁶

1. Inicialmente, se consideraba que el feto no puede sentir dolor. Algunos de los académicos que suscriben esta postura advierten que el líquido amniótico contiene neurotransmisores inhibidores, tales como la adenosina y la prostaglandina, que mantienen al feto sedado durante la gestación, razón por la cual no puede sentir dolor.¹⁶⁷ Otros argumentan que la Asociación Internacional para el Estudio del Dolor (en adelante IAS por sus siglas en inglés) define esa sensación como una experiencia sensorial y emocional desagradable que está asociada a un daño potencial o actual de los tejidos o que es descrita por quien la padece en los términos de esa afectación eventual. A su juicio, el carácter emocional de la experiencia exige un nivel de consciencia respecto de la sensación desagradable. En esa medida,

requiere cierto desarrollo psicológico que solo se alcanza a partir de la interacción con objetos, sujetos y símbolos, es decir, después del nacimiento. Por tanto, a pesar de su desarrollo neuronal, consideran que es imposible que el feto perciba el dolor.¹⁶⁸ Bajo estas perspectivas iniciales de la ciencia, el dilema ético planteado era inexistente, en tanto parte de una premisa falsa.

1. Esas posturas fueron consideradas como premisas casi irrefutables durante un tiempo considerable. Sin embargo, a partir de los diversos avances tecnológicos y científicos en materia de diagnósticos prenatales y cirugías fetales, la academia dirigió parte de sus esfuerzos a cuestionar la inexistencia del dolor fetal. Como consecuencia de ello, surgieron una serie de estudios anatómicos, fisiológicos y conductuales, los cuales establecieron que los neurotransmisores inhibidores presentes en el líquido amniótico no anestesian al feto.

1. También, precisaron que si bien en el vientre existen elementos que tienen propiedades sedativas, no son equivalentes a la analgesia, ni bloquean los efectos nocivos de los estímulos negativos.¹⁶⁹ Además, advirtieron que el uso de anestesia en cirugías fetales es recomendable¹⁷⁰ para prevenir las respuestas hormonales ante el estímulo nocivo, los efectos adversos en el desarrollo neuronal y en las reacciones ante el dolor.¹⁷¹

1. A partir de esos hallazgos, surgió una segunda tendencia académica que considera que el feto sí experimenta dolor, aunque eventualmente no en todas las etapas de gestación. La pregunta, entonces, fue redirigida a establecer a partir de qué momento el feto puede tener esa sensación. En virtud de este interrogante, surgieron tres vertientes principales, la primera de ellas advierte que el feto alcanza una percepción consciente de dolor, cuando empiezan a funcionar las vías tálamo corticales, alrededor de la semana 29 o 30 de gestación.¹⁷² En este sentido se pronunció en el proceso D-14.865 la Federación Colombiana de Obstetricia y Ginecología, la cual afirmó que no existe evidencia científica que demuestre dolor antes de las 28 semanas de gestación.

1. Por el contrario, la segunda advierte que la conciencia está ubicada, principalmente, en la corteza cerebral, la cual se desarrolla en la semana 24 de gestación. Al respecto, Kiser y Vanegas aseguran que:

“[d]ebemos ser precavidos al interpretar la respuesta del feto a cualquier estímulo, como experiencia consciente, porque esta puede ser refleja. La presencia de las fibras talamocorticales es indispensable para la percepción del dolor, pero, aun estando estas presentes, no son suficientes ya que, además, estas deben ser funcionales (7,8). Lagercrantz (17) opina que, aunque el feto reacciona ante estímulos normalmente dolorosos y a las palabras de su madre, no tiene conocimiento de ello, lo cual es probable debido a su bajo nivel de oxígeno. Más aún, si asumimos que la conciencia está localizada principalmente en la corteza cerebral, la misma no puede surgir antes de la semana 24, ya que constituye el tiempo en el cual las conexiones talamocorticales de las vías sensitivas están establecidas. Además, apenas en la semana 28 es cuando las fibras talamocorticales nociceptivas completan su penetración en la corteza. Tener conciencia no implica autoconciencia como en el adulto, y el feto no es autoconsciente por cuanto carece de información sobre lo que está sucediendo en su mundo interior. No requiere comprender o tener conocimiento del mundo exterior, el cual es diferente a su mundo”.¹⁷³

1. Esta postura cuenta con un número importante de exponentes. En el marco de este proceso, se destaca lo expuesto por el pediatra neonatólogo Juan Gabriel Piñeros quien puso de presente el debate académico sobre la existencia de dolor en el feto, del cual existe evidencia y cuya ocurrencia se da en la semana 24 de gestación, llegando a propiciar que después de esta semana el procedimiento de aborto se haga con calmante y anestesia para el mejor proveer del procedimiento.

1. Finalmente, la tercera argumenta que la definición de dolor que propone la IAS excluye a

las personas que, a pesar de experimentar esa sensación, no pueden describirla, como, por ejemplo, las personas con discapacidad cognitiva y los recién nacidos en general y los prematuros en particular.¹⁷⁴ De manera que, a su juicio, es necesario construir un concepto de dolor que permita abordar las experiencias de dolor de estos seres y, por lo tanto, del feto como tal.¹⁷⁵

1. Varios los académicos que se suscriben a esta postura aseguran que en la semana 20 de gestación los receptores periféricos de dolor están conectados de manera suficiente al sistema nervioso central, puntualmente, al tálamo y a la placa subcortical. En su criterio, ese desarrollo neuronal permite experimentar dolor. Aunque reconocen que es insipiente e impide tener una sensación madura de dolor, advierten que ello no implica que la experiencia no exista. Por el contrario, ponen de presente que los estímulos nocivos pueden activar el eje hipotalámico-pituitario-adrenal (HPA) y generar cambios importantes como respuestas hormonales o variaciones en el comportamiento.¹⁷⁶

1. Al respecto, se pueden destacar, por ejemplo a María Antonieta Flores Muñoz quien explica que desde la semana 16 de gestación hay cambios en la arteria cerebral media, y que desde la semana 20 se cuenta con capacidad para sentir dolor.¹⁷⁷ Igualmente se encuentra Arina O. Grossu quien explica que los descubrimientos científicos permiten determinar que los no nacidos sienten dolor desde la semana 20.¹⁷⁸ Los estudios citados en el concepto de Ana María Idárraga y Juana Acosta, demuestran que quienes no han nacido, esencialmente, a partir de la semana 20 pueden sentir dolores, estímulos y sufrimiento en los planos físico y moral, esto es, desde mucho tiempo antes del nacimiento. Así mismo, explican que existe una tendencia científica a identificar algunas de estas capacidades, incluso en etapas cada vez más tempranas del embarazo.¹⁷⁹

1. En línea con esto último, se advierte que otros científicos advierten que el feto puede experimentar dolor desde la semana 13 de gestación, momento en el cual alcanza actividad neuronal en la placa subcortical.¹⁸⁰ En su criterio, la evidencia científica actual demuestra

que el desarrollo de la corteza cerebral no es necesario para experimentar dolor. Además, permite concluir que las proyecciones del tálamo en la placa subcortical que surgen a partir de la semana 12 de gestación son funcionales e, incluso, equivalentes a las que surgen cerca de la semana 24 de gestación. Por tanto, los estudios recientes justifican que el feto puede sentir dolor antes de lo consensuado por algunos representantes de la comunidad científica.¹⁸¹ En el proceso Martha Teresa Flórez Bohórquez allegó investigaciones relativas al dolor del feto entre la semana 12 y la 24.

1. En el trámite D-14.865, el médico Juan Carlos Aldana Leal indicó que hay varias etapas en las que puede estudiarse el dolor del feto, esto es: (i) el periodo presomítico que es la etapa de la concepción hasta la semana tres de desarrollo y donde existe diferenciación probada de las células que formaran las capas neuronales del feto; (ii) el periodo somítico o embrionario, desde las tres semanas hasta el tercer mes, en el cual ya están formados todos los órganos; y (iii) el periodo fetal que ocurre desde el tercer mes de gestación hasta el nacimiento durante el cual continúa el crecimiento y desarrollo de todos los órganos ya formados. Advirtió que en el periodo presomítico no existe evidencia de dolor dada la poca información científica con la que se cuenta sobre el campo. Pero que, esto no se traduce en que no exista, sino que los avances científicos no aportan claridad sobre el tema. Ahora, en lo que respecta a los otros dos periodos, destaca que hay estructuras en las que puede existir dolor o sufrimiento para el feto, las cuales podrían ser debatibles en el periodo somítico, pero indudables en el periodo fetal.

1. A partir de lo expuesto, es posible concluir que el “consenso científico” sobre la etapa de desarrollo en la que el feto puede experimentar dolor parecería tornarse aparente.¹⁸² Lo realmente trascendente de esta discusión para efectos del debate constitucional que se genera es que existe suficiente evidencia para determinar la existencia del dolor fetal. Robin Pierucci se refiere con suficiente y contundente evidencia científica a la existencia del dolor fetal, más allá de los debates bioéticos que suponen las discusiones proabortistas.¹⁸³

1. Bajo este panorama, cabe resaltar que existe un número importante de estudios relacionados con cirugías fetales que demuestran la necesidad de utilizar técnicas de anestesia o de analgesia durante estos procedimientos no solo para garantizar su éxito, sino para reducir las respuestas al estímulo negativo que produce dolor.¹⁸⁵ Incluso, algunos estudios en este campo resaltan que los mecanismos que permiten inhibir los efectos del dolor solo se desarrollan con posterioridad al nacimiento, motivo por el cual es razonable concluir que los fetos sienten más dolor que los recién nacidos.¹⁸⁶ Bajo esas consideraciones, los protocolos médicos en el tratamiento y diagnóstico de los no nacidos han reconocido la importancia ética y clínica de mitigar el dolor.¹⁸⁷

1. Tal y como lo describen algunos científicos, los procedimientos de terminación anticipada del embarazo también generan estímulos nocivos para los fetos que producen dolor,¹⁸⁸ a pesar de que no corresponda a la misma experiencia que viven los adultos. Por tanto, el hecho de que no la puedan describir o de que no corresponda a lo que las personas que están fuera del vientre pueden comprender, de ninguna manera puede conllevar a desconocer su existencia y efectos.¹⁸⁹

1. Con base en lo anterior, Arina Grossu expuso que los niños no nacidos se consideran pacientes en la atención de salud que se presta. Tanto frente a la necesidad de garantizar que no sientan dolor en los procedimientos intrauterinos que se deban realizar, como por el deseo de los padres de preservar la vida del bebé.¹⁹⁰

1. Ahora, más allá de la discusión sobre el límite de semanas en las que se presenta el dolor fetal, lo cierto es que existe consenso en que el nasciturus es un ser de la especie humana, que puede sentir dolor dependiendo del momento de su gestación y sobre lo que se siguen realizando estudios. Siguiendo a María Antonieta Flores Muñoz: “Desde el rancio utilitarismo de Bentham y Mill, la capacidad de sufrir del feto es una característica vital que le da el

derecho a la consideración igualitaria; es un ser viviente que rechaza el dolor caracterizado por los cambios conductuales y fisiológicos ante procedimientos invasivos. De acuerdo a la ética práctica de Peter Singer, el feto es un ser dotado de sensibilidad. Es un ser moral cuya capacidad mental es menor a la nuestra, por lo que es inmoral permitir que sufra, en la medida de no administrar analgesia y anestesia cuando se va a intervenir quirúrgicamente por negar la existencia de su dolor.”¹⁹¹

1. De ahí que, esta característica de los nasciturus los hace acreedores de la prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes y, por ende, de la prohibición de maltrato que contra seres sintientes de manera incansable ha defendido la Corte. Incluso, respecto de otros seres a los que ha catalogado como sintientes, en concreto, los animales.

1. La protección de los animales como seres sintientes en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Esta Corporación se ha referido a la sintiencia y a los seres sintientes desde la Sentencia C-666 de 2010 al conocer sobre un proceso de constitucionalidad iniciado en contra de la Ley 1774 de 2015 que calificaba a los animales como seres sintientes. Desde ese momento, esta Corporación ha defendido de manera incesante la prohibición del maltrato animal, así como la garantía y protección de sus derechos como seres sintientes, los cuales se asocian con la obligación de protección al medio ambiente consagrada en la Constitución.

1. En concreto, la Corte ha tomado como referencia criterios de la neurociencia y de la bioética animal para resolver los problemas de constitucionalidad que se derivan de circunstancias que puedan resultar en el maltrato animal, partiendo del concepto de la sintiencia y el bienestar animal. Particularmente sobre este último en el entendido que la Constitución Política promueve la protección de la fauna y contiene un mandato de bienestar animal.¹⁹² Con base en esto, la jurisprudencia ha abordado si “las características de los animales conducen a preguntas acerca de si es válido el trato que les damos, desde el punto de vista ético, político y jurídico.”¹⁹³ Al respecto, esta Corporación afirmó que:

“Es improbable que, más allá de algunas especies “cercanas”, algún animal pueda transmitir al ser humano lo que siente, cómo lo siente y con qué intensidad. Sin embargo, es posible analizar la existencia de nociceptores en ellos, la presencia de dispositivos naturales como hormonas para el control del dolor, la reacción física que se aleja del estímulo nocivo o los signos de estrés en el cuerpo y en general en el organismo del animal. Estos conducen a inferencias serias que nos permiten a su vez comprender de qué hablamos al mencionar la sintiencia del animal, y cómo esta comprensión nos ayuda a responder las llamadas cuestiones difíciles.

“112. En este contexto, la respuesta a tales preguntas girará también en torno a cómo identificamos y valoramos los intereses de los animales. En términos simples, si un ser tiene la capacidad de sentir (es sintiente), ello implica que puede sentir dolor y no sentirlo hace parte de sus intereses y de su bienestar. De esa manera, la sintiencia adquiere relevancia moral, pero, además, contribuye a responder en el plano jurídico la pregunta acerca de cuál es el trato digno que se le debe prodigar.” (Énfasis propio)

1. Al respecto, la Corte ha entendido que la sintiencia se asocia al concepto de dolor, y que los animales tienen ciertas coincidencias en su anatomía con los seres humanos, los cuales son, ciertamente, seres sintientes, así:

“116. Como el dolor es una sensación desagradable suele ser considerado un parámetro válido para determinar la sintiencia. Este se puede definir operativamente como una experiencia no placentera -o desagradable- típicamente asociada al daño, potencial o real, de algunos tejidos. El análisis propuesto se basa, por una parte, en la anatomía (más precisamente, neuroanatomía) de los animales y, por otra, en su comportamiento. Una línea de investigación más amplia consiste en basarse en las ventajas evolutivas que tiene, para una especie determinada, sentir dolor (por ejemplo, evadir el peligro y propiciar la

supervivencia y la reproducción). Sin embargo, de acuerdo con el autor citado, la evidencia sobre este punto es controvertida.

“117. Como se da por sentado que los seres humanos son sintientes, los criterios que siguen son especialmente relevantes para analizar a otros animales, cuyo comportamiento y anatomía se parece al del ser humano solo en grados variables. Estos son los factores a tener en cuenta. Primero, nocicepción o existencia de neuronas adecuadas para percibir estímulos nocivos, denominadas nociceptores. Estas neuronas responden al daño de los tejidos, a partir de estímulos mecánicos, térmicos o químicos. El estímulo en los nociceptores propicia que un organismo retire parte de su cuerpo como medio básico de defensa.

“118. Sin embargo, segundo, para que se considere que el proceso neurológico es en efecto de dolor se requiere también que la información sea procesada, lo que en los humanos ocurre en el córtex del cerebro. En este orden de ideas, un animal requiere de un sistema nervioso central con un cerebro adecuado para procesar la información que llega desde los nociceptores. En especies distintas a los mamíferos, como las aves o los reptiles cuentan con órganos que, al parecer, cumplen la función del neocórtex.

“119. Tercero, comportamiento de protección frente a un daño. Cuando los seres humanos sienten un estímulo doloroso intenso no solo experimentan dolor inmediato, sino sensaciones residuales de molestia, lo que los lleva a guardar o esconder una parte del cuerpo (cojear, utilizar más las partes no lesionadas, frotarse).

“120. Cuarto, los animales pueden aprender también a evitar estímulos nocivos, lo que supone una forma de memoria del pasado, que le permitiría identificar la naturaleza del estudio. Aunque, por hipótesis, puede pensarse que los animales nacen con un dispositivo genético para evadir tales estímulos, en este examen se considera más razonable suponer que se trata de un aprendizaje asociativo destinado a evitar el dolor, que involucra el

recuerdo y una acción intencional. Evidentemente, cuando además de este aspecto el ser evidencia presencia de los factores restantes, ello contribuye a favorecer la concepción del “evitamiento del dolor” como aprendizaje y acción intencional, sobre aquella que lo considera una mera reacción genéticamente condicionada.

“121. Quinto, si el organismo es capaz de generar opioides o cuenta con receptores de estos, de analgésico y de anestésicos, esta característica biológica fortalece la consideración de aptitud para sentir dolor. De igual manera, si un animal muestra comportamientos que se interpretan prima facie como asociados a la presencia de dolor, y estos disminuyen tras el suministro de un antibiótico o un opioide, esta modificación del comportamiento se considera evidencia de alivio de dolor.

“122. Por último, sexto, si el animal está dispuesto a soportar más los estímulos nocivos cuando ello le reporta un beneficio (típicamente, alimento o agua) es posible inferir que es capaz de alguna suerte de ejercicio de compensación entre el dolor y el bienestar. Las respuestas a la nocicepción son automáticas e inflexibles; los intercambios y compensaciones no lo son, pues dependen de un esfuerzo volitivo.

“123. Si un animal presenta todas estas características es posible concluir que es, en efecto, sintiente en sentido amplio y, específicamente, que puede sentir dolor.”¹⁹⁴

1. Particularmente esta prohibición se ha establecido para la protección de los animales como seres sintientes en las Sentencias C-666 de 2010, C-467 de 2016, C-041 de 2017, C-045 de 2019, SU-016 de 2020, y C-148 de 2022.

1. De lo anterior, es razonable considerar que si la sintiencia de un ser se deriva de su

eventual capacidad para sentir dolor, de acuerdo al consenso científico sobre los nasciturus, la Corte Constitucional ha debido referirse a esta característica propia y reconocer que son titulares de derechos y deben ser protegidos por la sociedad y el Estado.

1. Cabe preguntarse: ¿no resulta contradictorio que la jurisprudencia de la Corte Constitucional otorgue una protección a los animales como seres sintientes en virtud de los mandatos constitucionales, pero desconozca totalmente los mandatos de protección a la vida desde la concepción en línea con el parámetro constitucional e internacional? Por supuesto que la garantía de los animales es un asunto con especial relevancia constitucional y corresponde a la máxima autoridad en la protección del Texto Superior actuar de conformidad como lo ha venido realizando hasta este momento. Lo que resulta desconcertante es que, a pesar de haberse realizado estos avances en la jurisprudencia relacionados con la sintiencia, se haya tomado la decisión expresa y explícita de no proteger al nasciturus y desconocer su naturaleza.

1. De ahí que, con todo respeto, me permito señalar que se presenta una falta de coherencia de la jurisprudencia constitucional al desconocer por completo la protección de la vida del individuo de la especie humana que está por nacer y el reconocimiento y protección de la sintiencia de otras especies. Con base en el mismo análisis que se realizó para los animales, a partir de un estudio interdisciplinar que implica discusiones bioéticas como las propuestas en este salvamento, la Corte debe proteger al nasciturus como un ser sintiente. En otras palabras, al demostrarse que un miembro de la especie humana como lo es el nasciturus es un ser que padece sufrimiento y dolor, es deber de la Corte Constitucional como garante de la supremacía e integridad de la Constitución promover la protección de sus derechos y de los mandatos de garantía a la vida y a la dignidad humana.

1. Según Protocolos del Ministerio de Salud,¹⁹⁵ la Organización Mundial de la Salud¹⁹⁶ y diferentes estudios científicos,¹⁹⁷ para adelantar procedimientos de interrupción voluntaria en embarazos de segundo y tercer trimestre se debe causar la muerte fetal de manera

previa con una inyección de “cloruro de potasio (KCl) a través del cordón umbilical o en las cavidades cardíacas del feto”. Esto resulta profundamente problemático en el entendido que, desde el año 2006, Human Rights Watch advirtió que esta inyección -utilizada en las ejecuciones judiciales en los Estados Unidos al realizar la pena capital-, es supremamente dolorosa, y genera una sensación de quemar las venas hasta llegar al corazón.¹⁹⁸ Esto constituye sin más una práctica de tortura bajo los estándares que la propia Corte Constitucional en su jurisprudencia señala al proteger a los seres sintientes, naturaleza de los no nacidos.

1. En suma, el nasciturus es un ser sintiente que es titular de derechos y atributos de la personalidad, respecto de quien se profesa una obligación de proteger la vida como bien jurídico superior y fundante en nuestro ordenamiento constitucional. En esa medida, se puede considerar que, como lo ha señalado la jurisprudencia, son titulares de los derechos reconocidos a los niños en el artículo 44 de la Constitución.

Sobre el caso concreto en las decisiones de mérito respecto de los artículos 108 y 122 del Código Penal

1. Sobre el cargo contra el artículo 108 del Código Penal. Frente a este punto, el problema jurídico a resolver era si dicha disposición legal incluye un supuesto trato discriminatorio a los nasciturus entre la semana 22 a la 37 de gestación como consecuencia de una omisión legislativa relativa al proteger a los niños en su nacimiento o hasta 8 días después de ese evento, y no incluir al mencionado grupo de seres humanos quienes, como ya se mencionó, al igual que los niños nacidos, son titulares de derechos y respecto de quienes se predica la protección de la vida, la dignidad humana, la personalidad jurídica, entre otras garantías constitucionales.

1. Al respecto, cabe recordar que en estos escenarios de omisiones legislativas relativas deberán acreditarse los siguientes supuestos:

“(i) Exista una norma sobre la cual se predique necesariamente el cargo y que excluya de sus consecuencias jurídicas aquellos casos equivalentes o asimilables o, en su defecto, que no incluya determinado elemento o ingrediente normativo.

“(ii) Exista un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al legislador que resulta omitido.

“(iii) La exclusión o la falta de inclusión de los casos o ingredientes carezca de un principio de razón suficiente. Esto implica verificar si el legislador, cuando desconoció el deber, contó con una razón suficiente, esto es, que el hecho de omitir algún elemento al momento de proferir la norma no hizo parte de un ejercicio caprichoso, sino, por el contrario, ello estuvo fundado en causas claras y precisas que lo llevaron a considerar la necesidad de obviar el aspecto echado de menos por los demandantes.

“(iv) En los casos de exclusión o no inclusión, que la falta de justificación y objetividad genere una desigualdad negativa respecto de los que se encuentran amparados por las consecuencias de la norma. Este presupuesto es aplicable solo en aquellos casos en que se afecte el principio de igualdad, es decir, cuando la norma incompleta sea evidencia discriminatoria al no contemplar todas las situaciones idénticas a la regulada. Para estos efectos, es necesario verificar la razonabilidad de la diferencia de trato, lo cual, implica valorar (a) si los supuestos de hecho en que se encuentran los sujetos excluidos del contenido normativo son asimilables a aquellos en que se hallan quienes sí fueron incluidos, y (b) si adoptar ese tratamiento distinto deviene necesario y proporcionado con miras a

obtener un fin legítimo.”¹⁹⁹

1. De haberse realizado por la Sala Plena la verificación de dichos elementos, a mi juicio, la aproximación tendría que ser la que se explica a continuación. En primer lugar, el artículo 108 del Código Penal es la norma sobre la que recae el cargo de omisión legislativa. Esta disposición establece un régimen punitivo diferente y menos gravoso para el delito de homicidio cuando durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes, la madre que matare a su hijo, fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Para el Legislador estas circunstancias configuran una condición especial que disminuyen la responsabilidad de la mujer que comete el ilícito, en razón a que fue “víctima de graves ilícitos y que como consecuencia de ellos, concibe contra su voluntad.”²⁰⁰ Por esto, se puede considerar que este tipo penal tiene como finalidad proteger, por una parte, el bien jurídico del orden social justo en atención a las situaciones de violencia de las que fue víctima la mujer, lo cual se armoniza con diversas exigencias que para el Estado se derivan de la Constitución Política y de los instrumentos internacionales.

1. Naturalmente, al tratarse de un tipo penal de homicidio, el bien jurídico que se pretende proteger es la vida. En concreto, la vida de los seres humanos que ya no están dentro del vientre materno pero que siguen unidos a su madre por el cordón umbilical, así como aquellos que se han separado del cordón umbilical y hasta los 8 días después de su nacimiento. De lo anterior, resulta evidente que el Legislador si bien tuvo como propósito proteger la vida de los seres humanos en diferentes momentos de su desarrollo, los nasciturus no son un grupo protegido por este tipo penal.

1. Como se advirtió en el acápite anterior, la protección del derecho a la vida es una base esencial de nuestro ordenamiento constitucional leído a la luz de los instrumentos internacionales. Esta obligación no se refiere a una protección únicamente de quienes a la luz del derecho civil pueden considerarse personas, esto es, quienes se hayan separado del

cordón umbilical de la madre y viven al menos un instante, sino a la vida de los seres humanos en general. Esto necesariamente comprende también la exigencia y obligación de proteger la dignidad y vida del que está por nacer, esto es, los nasciturus quienes son seres sintientes de la especie humana. Como seres sintientes que son titulares de derechos, la jurisprudencia constitucional les ha reconocido una protección que, en palabras de esta Corporación, se encuentra en “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.”²⁰¹.

1. Tanto los nasciturus, como los seres humanos que han salido del vientre materno pero siguen unidos a ella por el cordón umbilical y los recién nacidos que se han separado de la madre y viven si quiera un instante, son parte de la especie humana, respecto de quienes el Estado debe garantizar su vida. En tal sentido, sin perjuicio de las diferencias que pueden identificarse entre cada una de estas etapas del desarrollo de la vida, se advierte que son grupos asimilables entre sí dada su condición de seres humanos. De ahí que, aun cuando no son dos sujetos iguales, sí comparten más similitudes que diferencias, por lo que son equiparables. Como se anotó, esta equivalencia incluso la ha realizado la Corte Constitucional en su jurisprudencia al considerar que los nasciturus tienen el espectro de privilegios que la Constitución ha previsto a favor de los niños y niñas. Estas características de equivalencia son suficientes para superar este primer elemento para verificar la existencia de una omisión legislativa relativa.

1. En segundo lugar, en lo relativo a la existencia de un deber específico impuesto directamente por el Constituyente al Legislador, como se indicó de manera clara en apartes previos de esta providencia, el Estado tiene un deber específico de proteger la vida, el cual también se fundamenta en los instrumentos internacionales citados. En efecto, la vida es un derecho del que son titulares todos los seres humanos o miembros de la familia humana desde el momento en el que el óvulo fecundado se implanta en el útero. Esta garantía de la vida incluye la simple existencia biológica como fundamento de todos los demás derechos, tal como se deriva del artículo 11 de la Constitución, y el artículo 4.1. de la Convención

Americana de Derechos Humanos. De manera reiterada esta Corporación ha señalado que esa obligación de proteger de vida exige que sea compatible con la dignidad humana,²⁰² y que comprende en general la protección reforzada de cualquier etapa del desarrollo ya que la existencia del ser humano se garantiza desde la concepción.

1. El Estado es el llamado a cumplir con esta obligación constitucional e internacional de protección a la vida, para lo cual, sus autoridades deben adoptar diferentes iniciativas públicas y generales para garantizar la vida en todas sus etapas del desarrollo. Sin lugar a dudas, en Colombia, el Legislador consideró que la política criminal debía perseguir y sancionar las conductas que atenten de forma irrazonable y desproporcionada en contra de la vida de los seres humanos. Para ello, creó unos tipos penales que tienen como finalidad garantizar la vida antes y después del nacimiento.

1. En tercer lugar, la exclusión que hace la norma de los seres humanos por nacer tiene una justificación suficiente, por lo que no se advierte que el Legislador hubiese desconocido el deber específico de protección a la vida en gestación. En efecto, el Legislador en el ejercicio de su amplia autonomía de configuración normativa en el diseño de la política criminal, decidió establecer la protección del bien jurídico a la vida en tipos penales diferentes para atender a ciertas particularidades de las víctimas. De manera que, en el caso de la vida en gestación dispuso los artículos 122, 123 y 125 del Código Penal que se relacionan con el aborto, mientras que para el homicidio creó un tipo general en el artículo 103 del Código y en los artículos siguientes, como es el artículo 108 demandado, planteó y reguló escenarios diversos que si bien están encaminados a garantizar la vida de las personas nacidas, era necesario precisar ciertas particularidades en aras de promover un orden social justo. Así lo expresaron en sus escritos las Universidades Externado de Colombia y el Rosario en el trámite de constitucionalidad.

1. Esta distinción que realizó el Legislador al determinar la política criminal corresponde a una determinación propia y natural del ejercicio de sus funciones constitucionales, por lo que,

respecto a los principios de reserva de ley, legalidad y taxatividad en materia penal, no corresponde a la Corte Constitucional cuestionar ese hecho. En efecto, al haberse establecido unos tipos penales para proteger la vida del que está por nacer en artículos diferentes al que se demanda, no da lugar a considerar que existió una omisión del Legislador que sea lesiva de los mandatos constitucionales. Tal como lo destaqué en su momento en el salvamento de voto a la Sentencia C-055 de 2022, el juez constitucional debe ser especialmente respetuoso de la esfera funcional del legislador en la esfera de la determinación de la política criminal del Estado, de acuerdo con la cual corresponde al legislador en el marco de su libertad de configuración establecer el o los tipos penales que corresponda lo cual exige un absoluto respeto del principio de reserva de ley en cuya configuración no le es dable intervenir al juez para modular algunos de los elementos del tipo penal.

1. Sobre el análisis del artículo 122 del Código Penal. Con las Sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022, la Corte Constitucional no realizó un examen de constitucionalidad para contrastar el texto del artículo 122 del Código Penal con toda la Constitución, lo cual habría sido necesario al proferir una sentencia integradora en consideración a las dificultades que se generan frente a la seguridad jurídica, en los términos en que expuse previamente.

1. Lo cierto es que, de cualquier manera, la Corte, en el marco de sus competencias, a través de este tipo de providencias, alteró el equilibrio de la política criminal que aprobó el legislador en ejercicio de sus funciones constitucionales a través de la Ley 599 de 2000 (Código Penal). En efecto, despenalizó el delito de aborto en unos escenarios puntuales con el fin de promover la protección de las mujeres en el ejercicio de sus libertades sexuales y reproductivas. Sin perjuicio de las razones expresadas en dichas sentencias, al no haberse realizado ese examen con fundamento en los artículos 22 del Decreto 2067 de 1991 y 46 de la Ley 270 de 1996, tales decisiones produjeron un escenario de desprotección para los nasciturus e invalidaron la protección de su derecho a la vida que el Legislador había consagrado en el ámbito del derecho penal en el año 2000.

1. Para analizar correctamente las tensiones entre los derechos a las mujeres y los no nacidos, es necesario determinar cuál es el alcance de las garantías que se otorga desde el derecho internacional y constitucional a los últimos. Siendo que la Corte había protegido a estos seres sintientes como sujetos de derechos en la jurisprudencia,²⁰³ la Corte incurrió en una afectación del principio de no regresividad en materia de protección de los derechos del nasciturus. Esto se soporta también en que, de acuerdo con el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos ninguna disposición de la Convención, en virtud del principio pro persona, puede ser interpretada en el sentido de suprimir el goce de los derechos, por lo que no podría limitarse la titularidad de derechos del no nacido, así como tampoco negar su personalidad jurídica.

1. Así, en lo relativo al análisis de fondo sobre el artículo 122 del Código Penal, la Corte tendría que haber ponderado la protección de los derechos de la mujer en los términos en que lo hace la disposición con fundamento en los condicionamientos previstos en la Sentencia C-055 de 2022 y advertir que por el carácter de ser sintiente del nasciturus era necesario condicionar la aplicación de la disposición para garantizar la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, de conformidad con la jurisprudencia que protege los derechos de los seres sintientes. Lo anterior por presentarse una vulneración del artículo 12 de la Constitución y, eventualmente con fundamento en lo planteado por el Movimiento Causa Justa, en la transgresión del principio de no regresividad que se produjo frente a los derechos del no nacido.

1. En este caso, esa garantía resultaba imperativa dado que el ser sintiente, en línea con la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la sintiencia. Sobre todo cuando el nasciturus hace parte de la especie humana, y tiene un ADN único cuyo genoma es el fundamento de la existencia humana.

1. En atención a la medida regresiva adoptada por la Corte en una sentencia integradora, la Sala Plena podría haber advertido que, sin perjuicio de la evidente necesidad de proteger los derechos de las mujeres de acuerdo con los parámetros internacionales y constitucionales que justificaron la decisión, su lectura no podría haber desconocido completamente los derechos y garantías de las que son titulares los no nacidos.

1. El aborto no está establecido en ningún instrumento internacional vinculante como un derecho humano, ni existe una obligación internacional de despenalizar el aborto, así como, ni siquiera una costumbre internacional en la materia. La interrupción voluntaria del embarazo no está mencionada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ni en la Convención Americana de Derechos Humanos, así como tampoco en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém Do Pará).

1. Como se indicó en la Sentencia C-055 de 2022, el desarrollo que existe a nivel internacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo se encuentran únicamente en instrumentos de soft law, que pueden ser analizados como criterios de apoyo a la interpretación constitucional que realiza la Corte Constitucional en ejercicio del control de constitucionalidad. Esta fundamentación debería haberse entonces analizado a la luz de las exigencias y obligaciones constitucionales que, como bien se anotó previamente, tienen los Estados para proteger la vida desde la concepción.

1. Incluso, lo cierto es que también deberían haberse leído tales referencias a la luz de otros elementos. Por ejemplo, en el Programa de Acción del Cairo de 1994 se promovió evitar prácticas de aborto, las cuales nunca deberían utilizarse como método de planificación familiar; postura que se ratificó en la Cuarta Conferencia sobre la Mujer de Beijing de 1995.

En la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, se introdujeron términos como la salud sexual y reproductiva, así como los derechos reproductivos, los cuales, según se anunció, debían leerse en consonancia con otros documentos dentro del que se destaca el Programa de Acción del Cairo. Adicionalmente, en el Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (A/CONF.177/20/Rev.1) se observó:

“Se insta a todos los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes a incrementar su compromiso con la salud de la mujer, a ocuparse de los efectos que en la salud tienen los abortos realizados en condiciones no adecuadas como un importante problema de salud pública y a reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia. Las mujeres que tienen embarazos no deseados deben tener fácil acceso a información fidedigna y a asesoramiento comprensivo. Cualesquiera medidas o cambios relacionados con el aborto que se introduzcan en el sistema de salud sepueden determinar únicamente a nivel nacional o local de conformidad con el proceso legislativo nacional.”

1. En efecto, el principio de no discriminación derivado del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos no distingue entre los seres humanos a quienes se aplican sus disposiciones. En la OC-22 de 2016 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se explicó que los derechos de la Convención recaen y son exigibles frente a todos los seres humanos. De ahí que, todos los seres humanos son titulares de derechos humanos, y no pueden ser discriminados por ninguna característica que los diferencie, ni siquiera por el nivel de desarrollo.

1. De lo anterior, considero que cualquier modificación legislativa que incluya o permita la interrupción voluntaria del embarazo no se deriva de una obligación internacional, ni de costumbre internacional. Corresponde a una determinación únicamente de política pública interna o política criminal, que no debería involucrar una intervención de un juez constitucional así de invasiva como lo fue la Sentencia C-055 de 2022 que anuló la protección

del derecho a la vida de los no nacidos. En esa línea, el juez constitucional eventualmente y de manera excepcionalísima podría adoptar determinaciones en estos debates de contenido bioético para casos en los que, como ocurrió con la Sentencia C-355 de 2006, la ponderación de derechos realizada no anuló por completo las garantías de quienes están por nacer, sino que en aras de proteger a la mujer en ciertos escenarios puntuales, se consideró necesario proferir una exequibilidad condicionada.

1. Una determinación como la adoptada por la mayoría de la Sala Plena en la Sentencia C-055 de 2022, anula los derechos de los no nacidos antes de la semana 24 de gestación, respecto de quienes, existen estudios que demuestran algunas posibilidades de viabilidad extrauterina.²⁰⁴

1. Con fundamento en esto, sí se podía haber proferido una nueva decisión de exequibilidad así fuera nuevamente condicionada a efectos de proteger al que está por nacer. Por todo lo anterior, luego de valorar el ordenamiento internacional y constitucional, debería haberse, cuando menos, exhortado al Legislador para que, en lo que haya lugar, ajuste la política criminal. Es un debate que corresponde realizar al legislador en el marco de sus competencias constitucionales.

1. En suma, me aparto en lo mencionado de la decisión inhibitoria adoptada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en esta oportunidad. Esta determinación reitera el escenario de desprotección que se ha generado para los nasciturus a través de la jurisprudencia constitucional, respecto de quienes además de que no se les ha reconocido su innegable carácter de ser sintiente y se ha desconocido que la Corte en sentencias anteriores los había protegido como sujetos de los mismos derechos de los niños.

1. La Corte termina por proteger más a los animales que a un ser de la especie humana, desconociendo que son víctimas de actos que podrían constituir tortura o actos crueles,

inhumanos y degradantes y ello constituye una violación flagrante de los mandatos a la vida desde la concepción y la dignidad humana, reiteradamente protegidos en diversos instrumentos internacionales y en la Constitución Política.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

1 Mediante los autos de agosto 2 y 25 de 2022, el entonces magistrado sustanciador, Jorge Enrique Ibáñez Najjar, admitió la demanda de la referencia y ordenó: (i) comunicar el inicio del proceso “a la Presidencia del Senado de la República, a la Presidencia de la Cámara de Representantes, al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y al Ministerio de Salud”, (ii) invitar a participar a varias entidades, expertos, organizaciones y universidades, (iii) correr traslado para que la Procuradora General de la Nación rindiera el concepto de rigor y (iv) fijar en lista el proceso.

2 Publicada en el Diario Oficial n.º 44.097 del 24 de julio de 2000.

3 La Corte Constitucional declaró exequible esta disposición en la Sentencia C-829 de 2014, por los cargos allí analizados.

4 En el resolutivo noveno de la Sentencia C-551 de 2001, la Corte Constitucional declaró exequible esta disposición.

5 Esta disposición se declaró condicionalmente exequible en las sentencias C-055 de 2022 y C-355 de 2006.

6 El aparte tachado de la disposición se declaró inexecutable en la Sentencia C-355 de 2006.

7 Al respecto, en la corrección a la demanda indicó: “El concepto de violación anterior que he desarrollado para el artículo 122 del Código Penal también incluye en esta demanda los

artículos 108,125,118 [sic] y 123 del Código Penal. Utilizo los mismos criterios anteriores para la revisión constitucional de estas normas y para que se profiera sentencia integradora. El reproche constitucional de los artículos [sic] anteriores se fundamenta en la necesidad de que las normas anteriores comprendan no solo el aborto sino la inducción forzada del parto antes de término [sic]. Actualmente [sic] estas dos conductas solamente están previstas [sic] en el artículo 118. No están [sic] textualmente previstas ni en el artículo [sic] 122, ni en el artículo [sic] 125, ni en el artículo [sic] 123”.

8 Según afirma, “la norma acusada solo pretende proteger a la mujer dejando completamente sin derechos a los niños en proceso de gestación, porque según el Código Civil, artículos 90, 91 y 93, ellos no son reconocidos como personas humanas titulares de los mismos derechos fundamentales y humanos que corresponden a las personas nacidas”. En consecuencia, considera que “Debe entenderse por persona humana, los niños y niñas en proceso de gestación porque las pruebas científicas actuales comprueban sensibilidad al dolor desde la semana cuarta de la gestación, es decir después de los 28 días posteriores a la ausencia de la menstruación de la madre”.

9 Según señala la ciudadana demandante, lo anterior tiene como causa el hecho de considerar que “la mujer es dueña de su propio cuerpo”, lo que supone desconocer “por completo los derechos del padre, en particular, la patria potestad de su hijo por nacer y su rol como garante de los derechos fundamentales de este último”.

10 Según precisa la ciudadana accionante, el artículo 14 de la Carta garantiza la personalidad jurídica “a partir de la semana 22 a la 37 [de gestación, ...] porque los nacimientos de bebés prematuros extremos demuestran que ellos son iguales a los bebés antes del nacimiento con esta misma edad gestacional”; además, el artículo 42 de la Constitución otorga una protección especial a los hijos que se encuentran en el vientre materno, de allí que sean “inconstitucionales los tratos distintos que generan las normas acusadas respecto a la protección de los hijos según la edad después del nacimiento y la edad gestacional avanzada cuando las características físicas son iguales. En estas dos circunstancias hablamos de dos categorías de personas antes y después del nacimiento que son igualmente seres humanos pero que se encuentran en etapas de desarrollo diferentes”.

11 “(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” (Sentencia C-355 de 2006).

12 Además, claro está, las intervenciones ciudadanas son relevantes para ilustrar a la corporación acerca de los distintos aspectos del debate constitucional sometido a su consideración Cfr., entre otros, los autos 243 y 251 de 2001.

13 De conformidad con lo dispuesto en la primera oración del inciso segundo del artículo 7 del Decreto 2067 de 1991, “En el auto admisorio de la demanda se ordenará fijar en lista las normas acusadas por el término de diez días para que, por duplicado, cualquier ciudadano las impugne o defienda”. En relación con las intervenciones ciudadanas, cfr., las sentencias C-194 de 2013 y C-1155 de 2005 y los autos 243 y 251 de 2001.

14 De acuerdo con lo ordenado en el auto del 25 de agosto de 2022, el 6 de septiembre de 2022 se fijaron en lista las disposiciones demandadas en el proceso del Expediente D-14.865.

15 En consecuencia, no se tendrán en cuenta las intervenciones de los siguientes ciudadanos, que las allegaron por fuera del término de fijación en lista: Juan Diego Buitrago Galindo, Catalina Otálora Martínez, María Fernanda Lasso, Edgardo Zambrano, Nora H. Riani (Fundación Clínica Versailles S.A.), Carolina Vélez Ramírez, Claudia Madriñán Rivera, Martha Teresa Flórez Bohórquez, Luis Felipe Munarth Rubio, y Ana Cristina González Vélez, María Isabel Niño, María de Los Ángeles Ríos Zuluaga, Cristina Rosero, Valeria Pedraza y Lucía Hernández (movimiento Causa Justa), y Diana Rodríguez Franco (Secretaría Distrital de la Mujer de la Alcaldía Mayor de Bogotá).

16 En el auto admisorio de la demanda de agosto 25 de 2022 se concedió un término inicial de diez días para que las entidades públicas, organizaciones privadas y expertos invitados rindieran sus conceptos. Luego, mediante los autos del 13 y 22 de septiembre de 2022, el magistrado sustanciador de aquel entonces amplió dicho término hasta el 28 de septiembre de 2022. Finalmente, mediante el auto del 3 de octubre de 2022, el magistrado sustanciador de entonces extendió una nueva invitación a otras organizaciones, entidades y expertos para que, en un plazo de diez días, desde el momento en el que se comunicara dicha providencia,

rindieran sus conceptos.

17 Las ciudadanas Martha Lucía Ortiz, Sonia Barrera, Genoveva Nieto Guerrero y Rosa Lucy Rueda remitieron al proceso correos electrónicos con manifestaciones genéricas en contra del aborto. Estos escritos no se tendrán como intervenciones ciudadanas pues carecen de argumentos mínimos para impugnar o defender la constitucionalidad de las normas objeto de control, además de que uno de ellos se presentó por fuera del término de fijación en lista.

18 Como se indica en el resolutivo quinto del auto admisorio de la demanda, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 2067 de 2011, el magistrado sustanciador ordenó comunicar el inicio del trámite “a la Presidencia del Senado de la República, a la Presidencia de la Cámara de Representantes, al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y al Ministerio de Salud”. De estas entidades, la única que presentó su intervención fue el Ministerio de Salud.

19 En este sentido las intervenciones de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia, la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, el Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, la Fundación Jacarandas (Viviana Bohórquez, Juliana Aristizábal y Laura Camila Bernate), Santiago Guevara Araos y el Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos.

20 En este sentido las intervenciones de la Fundación Jacarandas (Viviana Bohórquez, Juliana Aristizábal y Laura Camila Bernate), Milton José Pereira Blanco (Departamento de Derecho Público de la Universidad de Cartagena), el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, el Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos y el Centro de Litigio Estratégico Nacional e Internacional de la Universidad Militar Nueva Granada.

21 En relación con esto, el ciudadano Felipe Chica Duque contravirtió una referencia bibliográfica de la demanda, correspondiente a la cita del médico Brent Rooney, y publicadas en la revista Journal of American Physicians and Surgeons de la Association of American Physicians and Surgeons, en la medida en que, según indica, esta publicación, e incluso los artículos publicados por la revista, tienen un sesgo conservador marcado, además de que algunas de sus tesis no gozan de contenido académico, pues dijo que ellas han sido

debatidas y refutadas continuamente por la comunidad científica.

22 Al respecto, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario explica que “no es lo mismo que el artículo 118 castigue el resultado, el cual es más gravoso que la intención, que el resultado de un aborto o parto, cuando no se tenía el ánimo de causarlo –como lo establece la figura de la preter-intención (la cual el legislador al tipificar una conducta bajo dicha modalidad rebaja la pena de una tercera parte a la mitad)– a que se sancione la lesión con el fin de buscar la muerte, que sería todo lo contrario, pues el resultado sería una lesión y la conducta deseada sería causar la muerte”.

23 En este sentido, las intervenciones del Grupo de Investigación en Teoría del Derecho y Formación Jurídica de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, el Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes y el Consultorio Jurídico de la Universidad Militar de la Nueva Granada.

24 En este sentido, las intervenciones de la Fundación Jacarandas (Viviana Bohórquez, Juliana Aristizábal y Laura Camila Bernate), el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Según indicaron, a pesar de que, en apariencia y formalmente la demanda recae sobre otros artículos del Código Penal que presuntamente violan varios artículos de la Constitución, señalan que la discusión que subyace es sustancialmente la misma que se abordó en la Sentencia C-055 de 2022 respecto del artículo 122 del Código Penal. Razones semejantes aduce el Ministerio de Salud y Protección Social para señalar que en relación con el artículo 122 del Código Penal se configura el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Por su parte, la Clínica Jurídica para Migrantes, el Centro de Estudios en Migración y el Grupo de Investigación Derecho, Migración y Acción Social de la Universidad de Los Andes, su Grupo de Prisiones, al igual que la Secretaría de Mujeres de Medellín si bien no se refieren a la existencia de cosa juzgada constitucional, solicitan a la Corte que se mantenga la decisión adoptada en la Sentencia C-055 de 2022. En este sentido, Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Camila Alejandra Rozo Ladino, Leydy Jazmín Ruiz Herrera y Laura Alejandra Alfonso Rincón (Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre) y la Clínica Jurídica para Migrantes, Centro de Estudios en Migración, el Grupo de Investigación Derecho, Migración y Acción Social de la Universidad de Los Andes solicitan a la Corte que se mantenga la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal, en el sentido en

que fue declarada en la Sentencia C-055 de 2022. Finalmente, Natalia Acevedo Guerrero (Instituto O'Neill para el Derecho y la Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown) señala que este caso es una oportunidad para que la Corte Constitucional reitere su jurisprudencia sobre la interrupción voluntaria del embarazo y se pronuncie de acuerdo con sus propios postulados sobre el principio de no regresividad respecto del derecho a la salud y los derechos reproductivos.

26 En este sentido la intervención de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, el Ministerio de Justicia y del Derecho, la Fundación Jacarandas (Viviana Bohórquez, Juliana Aristizábal y Laura Camila Bernate) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

27 En este sentido, las intervenciones de los ciudadanos Vilma Graciela Martínez Rivera, Julián Valencia Delgado, Carmen Alicia Martínez Rivera, Miguel Ernesto Serna, Clemencia Salamanca Mariño y Martha Teresa Flórez Bohórquez.

28 En este sentido, las intervenciones de los ciudadanos Nora H. Riani de la Cruz, Jorge Kenneth Burbano Villamarín, Camila Alejandra Rozo Ladino, Leydy Jazmín Ruiz Herrera y Laura Alejandra Alfonso Rincón, (Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre) y Martha Teresa Flórez Bohórquez.

29 Por ejemplo, la Secretaría de la Mujer de la Alcaldía de Bogotá manifestó que no comparte los argumentos de la demandante, ya que desconocen el estándar de protección de los derechos de las mujeres que ha establecido la Corte Constitucional en su jurisprudencia.

30 Al respecto, destacan que “los seres humanos en gestación no solo son personas, titulares de derechos, sino que son niños internacionalmente protegidos, lo que supone una protección reforzada y por lo tanto obligaciones especiales en cabeza del Estado. Así las cosas, los seres humanos en gestación no solo tienen un claro derecho a la vida (artículo 4.1. de la CADH), sino que son titulares de los demás derechos”.

31 En este sentido, afirmaron que existe evidencia científica conforme a la cual los seres humanos en gestación a partir de la semana 20 pueden sentir dolores, estímulos y sufrimiento en los planos físico y moral, y que existe una tendencia científica a identificar algunas de estas capacidades, incluso en etapas cada vez más tempranas del embarazo. Por tanto, dado que los seres humanos en gestación son seres sintientes, respecto de ellos se

exige la prohibición de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes. Estos argumentos respecto de los seres humanos en gestación como seres sintientes fueron también desarrollados por las ciudadanas Clemencia Salamanca Mariño y Martha Teresa Flórez Bohórquez. Esta última, además, aportó investigaciones relacionadas con el dolor del feto entre la semana 12 a la 24 de gestación. La ciudadana Gloria Yolanda Martínez Rivera agregó que esa mayor protección a los animales sobre los seres humanos en gestación afecta el derecho a la igualdad. Una solicitud similar la realizó el ciudadano Freddy A. Cyfuentes Pantoja de Santa Cruz, a partir de su interpretación acerca de la decisión proferida por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso Dobbs. Por su parte, Nubia Leonor Posada González explicó la importancia del genoma exclusivo de la especie humana y destacó que la exigencia de la dignidad humana se predica desde el inicio de la concepción.

32 En este sentido, en el concepto de la Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana, se señala que la accionante busca adicionar conductas a los tipos penales demandados, lo cual supone “crear tipificaciones penales por vía jurisprudencial”. En atención a ello, señalan que si la Corte accede a esta petición de la demanda estaría excediendo sus competencias, dado que la definición de la política criminal del Estado le corresponde al Congreso de la República, y que la conveniencia o no de un determinado delito hace parte de la política criminal, y no constituye una razón de inconstitucionalidad.

33 En un sentido semejante se pronunció la ciudadana Gloria Amparo Portilla Camacho.

34 Cfr., las sentencias C-412 de 2022, C-190 de 2022, C-165 de 2019, C-281 de 2013 y C-894 de 2009, entre muchas otras.

35 Se sigue, en especial, lo indicado en la Sentencia C-412 de 2022 (M.S. Antonio José Lizarazo Ocampo).

36 Cfr., entre otras, la Sentencia C-341 de 2014.

37 Cfr., la Sentencia C-089 de 2016.

38 Sentencia C-247 de 2017.

39 Ibid.

40 Ibid.

41 Ibid.

42 Ibid.

43 Sentencia C-049 de 2020.

44 Sentencia C-1052 de 2001, reiterada, entre muchas otras, en las sentencias C-221 de 2019, C-002 de 2018, C-087 de 2018 y C-247 de 2017.

45 Ibid.

46 En este apartado se retoman, en especial, varios acápites del título 6.2 de la Sentencia C-055 de 2022 (M.S. Antonio José Lizarazo Ocampo).

47 Sentencia C-233 de 2021.

48 Sentencia C-100 de 2019. En igual sentido, cfr., las sentencias C-519 de 2019, C-532 de 2013, C-334 de 2013, C-197 de 2013, C-468 de 2011, C-393 de 2011, C-211 de 2007, C-533 de 2005, C-1122 de 2004, C-990 de 2004, C-030 de 2003 y C-774 de 2001.

49 En la Sentencia C-007 de 2016 se explicó que “existirá cosa juzgada si un pronunciamiento previo de la Corte en sede de control abstracto recayó sobre la misma norma (identidad en el objeto) y si el reproche constitucional planteado es equivalente al examinado en oportunidad anterior (identidad en el cargo)”.

50 A partir del estudio de la interacción de estos elementos, la Corte Constitucional ha construido una tipología de la cosa juzgada. Ha señalado que puede ser formal, material, absoluta, relativa o aparente. En este sentido véanse, entre muchas otras sentencias, la C-233 de 2021 que, de manera amplia, desarrolla este asunto. De manera puntual, acerca de estas distinciones precisa: “128. Así, (i) el objeto de análisis da lugar a la distinción entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material; (ii) el problema jurídico o los cargos analizados, a la distinción entre cosa juzgada relativa y cosa juzgada absoluta. Y (iii) la motivación - además de ser relevante para analizar las dos distinciones previas- puede dar lugar excepcionalmente al fenómeno de cosa juzgada de carácter aparente”.

51 En este sentido, el inciso final del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991 dispone: “Se rechazarán las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiere hecho a tránsito a cosa juzgada o respecto de las cuales [la Corte] sea manifiestamente incompetente. No obstante, estas decisiones también podrán adoptarse en la sentencia”.

52 En relación con este tipo de providencias, la jurisprudencia constitucional ha precisado: “la lectura constitucional dada por la sentencia se entiende incorporada a la disposición, como única interpretación válida de la misma. También, cuando la cosa juzgada se predica de una sentencia integradora, aditiva o sustitutiva, que interviene no la interpretación del texto, sino su contenido gramatical mismo. En estos casos, luego de la sentencia de constitucionalidad condicionada nos encontramos frente a una ‘norma jurídica que surge, a partir del fallo condicionado’ y, en el caso de la sentencia aditiva, integradora o sustitutiva, surge una nueva redacción de la disposición” (Sentencia C-325 de 2009).

53 Sentencia C-089 de 2020. Sobre este particular, en relación con las sentencias aditivas, esta corporación recordó: “Cuando la Corte adopta una sentencia aditiva, la cosa juzgada implica que no es válido reproducir una disposición que omita el elemento que la Corte ha juzgado necesario adicionar. En ese caso, cualquier modificación o reproducción de la norma inicialmente controlada –sea de origen legislativo o jurisdiccional– debería mantener la fórmula de ponderación admisible establecida por la Corte Constitucional. De no ser así, nada impide que se presente una nueva demanda en su contra y que la Corte la estudie nuevamente, sin desconocer por ello el principio de cosa juzgada constitucional” (Sentencia C-233 de 2021).

54 Sentencia C-007 de 2016.

55 En este sentido, las sentencias C-090 de 2015, C-712 de 2012, C-220 de 2011 y C-228 de 2009.

56 Sobre esta hipótesis, la Sentencia C-007 de 2016 precisó: “Dado que el parámetro de control puede encontrarse conformado por normas directamente constitucionales o por aquellas que sin tener una fuerza equivalente se integran al bloque de constitucionalidad, la variación puede tener lugar en virtud de una reforma de la Carta Política o de una variación, mediante los procedimientos previstos para el efecto, de las leyes integradas a dicho bloque.

En estos casos lo que ocurre, en realidad, es que la norma no ha sido juzgada a la luz de las nuevas disposiciones y por ello, de no admitir un nuevo examen constitucional, se afectaría la supremacía de la Carta al permitir la vigencia de contenidos normativos contrarios a la Carta”.

57 Cfr., al respecto, las sentencias C-283 de 2011, C-029 de 2009 y C-075 de 2007.

58 Sentencia C-200 de 2019. Según se indica en la Sentencia C-233 de 2021, “varía el contexto normativo de las disposiciones o normas objeto de control cuando (i) una norma que ya fue juzgada se expide posteriormente, en un contexto normativo distinto; (ii) el ordenamiento en que la norma se inscribe ha sufrido modificaciones y es necesaria una valoración constitucional distinta, en el nuevo contexto. Este escenario toma en cuenta la necesidad de interpretar las normas, tanto en su contexto como en el criterio de interpretación sistemática de la ley, pues considera que dos artículos, idénticos en su formulación, pueden tener contenidos distintos si hacen parte de contextos normativos diversos”.

59 Sentencia C-055 de 2022, que se fundamenta en la Sentencia C-233 de 2021, que al respecto precisa: “La carga argumentativa que debe asumir un accionante para que una disposición declarada exequible sea estudiada de fondo una vez más es especial y particularmente exigente. (Se insiste, si se trata de un cargo nuevo o un problema jurídico que no fue resuelto previamente por la Corte, ya que en este supuesto no se estaría en presencia del fenómeno de cosa juzgada; ver, supra, 127 y 128). En ese sentido, no puede limitarse a presentar los desacuerdos que fueron expuestos en el pasado, sino que debe explicar cómo se materializa alguno de los factores que debilitan la cosa juzgada”.

60 Se sigue, en especial, lo indicado en la Sentencia C-412 de 2022 (M.S. Antonio José Lizarazo Ocampo).

61 Sentencia C-1031 de 2002.

62 Sentencias C-002 de 2018, C-240 de 2014, C-886 de 2010 y C-826 de 2008.

63 Ibid.

64 Sentencia C-409 de 2021: “Estos criterios buscan establecer las bases mínimas para el

diálogo público y participativo que se inicia con la admisión de la demanda, y permiten que la Corte se informe en relación con el problema jurídico que se somete a su consideración. La exigencia de esta carga argumentativa especial se fundamenta en la presunción de constitucionalidad que cubre a la legislación y en el amplio margen de configuración que la Constitución le confiere al Legislador”. Ver, además, la Sentencia C-1052 de 2001.

65 Sentencias C-043 de 2021 y C-635 de 2012.

66 Sentencia C-1191 de 2001.

68 Sentencia C-409 de 2021.

69 Sentencia C-352 de 2017, reiterada en la Sentencia C-122 de 2020.

70 Ibid.

71 Ibid.

72 Ibid.

73 Ibid.

74 En este sentido véase, entre otras, las sentencias C-486 de 2020, C-572 de 2019, C-285 de 2019 y C-314 de 2009. En cuanto a la diferencia entre ambos tipos de omisiones, en la primera de las sentencias en cita se señala: “117. Desde sus primeros pronunciamientos, este Tribunal ha distinguido entre las omisiones legislativas absolutas y las omisiones legislativas relativas. En las primeras existe una falta de desarrollo total de un determinado precepto constitucional; mientras que, en las segundas, el Legislador excluye de un enunciado normativo un ingrediente, consecuencia o condición que, a partir de un análisis inicial o de una visión global de su contenido, permite concluir que su consagración resulta esencial para armonizar el texto legal con los mandatos previstos en la Constitución. Esto significa que, por virtud de la actuación del Legislador, se prescinde de una exigencia derivada de la Carta, cuya falta de soporte textual genera un problema de constitucionalidad. Para la Corte, tan solo es procedente el juicio de constitucionalidad respecto de esta última categoría, pues en los casos de ausencia total de regulación, no concurre un referente normativo que se pueda confrontar con la Constitución.”.

75 Es importante advertir que, mediante el Auto 243 de marzo 1 de 2023, la Sala Plena rechazó y negó las solicitudes de nulidad formuladas en contra de esta sentencia.

76 En un sentido semejante se pronunciaron en sus intervenciones y conceptos la Procuradora General de la Nación, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia, la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, el Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, la Fundación Jacarandas (Viviana Bohórquez, Juliana Aristizábal y Laura Camila Bernate), Santiago Guevara Araos y el Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos.

77 En este sentido, las intervenciones de la Fundación Jacarandas (Viviana Bohórquez, Juliana Aristizábal y Laura Camila Bernate), el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

78 En este sentido, las intervenciones de la Fundación Jacarandas (Viviana Bohórquez, Juliana Aristizábal y Laura Camila Bernate), Milton José Pereira Blanco (Departamento de Derecho Público de la Universidad de Cartagena), el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, el Centro de Estudios Socio Jurídicos Latinoamericanos y el Centro de Litigio Estratégico Nacional e Internacional de la Universidad Militar Nueva Granada.

79 Esta circunstancia fue puesta de presente por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, el Ministerio de Justicia y del Derecho, la Fundación Jacarandas (Viviana Bohórquez, Juliana Aristizábal y Laura Camila Bernate) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

80 Es lo que ocurre, por ejemplo, con el argumento, según el cual, el artículo 122 del Código Penal es contrario al artículo 90 de la Constitución, por cuanto, “se está despenalizando la muerte y el daño resarcible provocado intencionalmente mediante lesiones al niño por nacer prematuro que se encuentra indefenso dentro del utero [sic]” (p. 282 del escrito de corrección de la demanda). Más que un argumento de inconstitucionalidad, se trata de un cuestionamiento al decisorio de la Sentencia C-055 de 2022, al considerar que de esta sentencia se deriva una presunta responsabilidad para el Estado colombiano. Se trata de un argumento contraevidente, no solo porque del hecho de que cierta conducta no sea punible

no se sigue un supuesto de responsabilidad estatal, sino porque el estándar de protección fijado en aquella providencia, como allí se indicó, representó una optimización adecuada de todos los derechos en tensión y un equilibrio compatible con las disposiciones constitucionales y con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos a que allí se hizo referencia. En efecto, como se indicó de manera reciente en el Auto 243 de marzo 1 de 2023, mediante el cual la Sala Plena rechazó y negó las solicitudes de nulidad formuladas en contra de la Sentencia C-055 de 2022: “114. [...] la Corte evidenció que existía una tensión de relevancia constitucional entre, de un lado, la protección de la vida en gestación y, de otro lado, (i) los derechos a la salud y los derechos reproductivos, (ii) la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular, (iii) la libertad de conciencia, y (iv) la finalidad constitucional de prevención general de la pena, así como con el carácter de último recurso (ultima ratio) del derecho penal. || 115. Como punto de partida, la Corte señaló que el artículo 122 del Código Penal perseguía una finalidad constitucional imperiosa, derivada de los artículos 11 de la Constitución Política y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consiste en proteger el bien jurídico de la vida en gestación. [...] 117. Para resolver las fuertes tensiones identificadas, la Corte consideró necesario adoptar una fórmula que, sin sacrificar de manera absoluta la protección del bien jurídico de la vida en gestación, en tanto finalidad constitucional imperiosa, evitara los amplios márgenes de desprotección de los derechos y principios constitucionales afectados con la tipificación del aborto consentido [...] 120. En suma, la Corte identificó, en el actual contexto normativo, un punto en el término de gestación que evitara los amplios márgenes de desprotección para la dignidad y los derechos de las mujeres, niñas y personas gestantes y, a su vez, protegiera en la mayor medida posible la vida en gestación, a partir de tres elementos: (i) las tres hipótesis extremas de afectación a la dignidad de la mujer evidenciadas en la Sentencia C-355 de 2006; (ii) el concepto jurídico de autonomía, que se refiere al momento en que es posible evidenciar que se rompe la dependencia de la vida en formación respecto de la persona gestante, y (iii) la promoción de un diálogo en las instancias de representación democrática, para que formulen e implementen una política pública integral que evite los amplios márgenes de desprotección para la dignidad y los derechos de las personas gestantes y, a su vez, proteja en forma gradual e incremental la vida en gestación, incluso mediante el derecho penal, sin afectar intensamente tales garantías”.

81 Previamente, en la Sentencia C-445 de 2009, la Corte se había inhibido “para emitir

pronunciamiento de fondo respecto de la demanda de la referencia, dirigida contra los artículos 108 y 128 de la Ley 599 de 2000”, por ineptitud sustantiva de la demanda.

82 Respecto de esta misma disposición, en la Sentencia C-822 de 2006 la Corte resolvió “ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-355 de 2006”.

83 En este sentido, entre otras, las sentencias C-486 de 2020, C-572 de 2019, C-285 de 2019 y C-314 de 2009.

84 Al respecto, en el resolutivo primero de la Sentencia C-055 de 2022 se señala: “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 [...]” (énfasis fuera de texto).

85 En este sentido, las intervenciones del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

86 Al respecto, 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.

87 En este sentido se pronunciaron la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia.

88 A este aspecto también se hizo referencia en el estudio de la demanda en contra del artículo 108 del Código Penal. Cfr., además, las sentencias C-486 de 2020, C-572 de 2019, C-285 de 2019 y C-314 de 2009.

89 A este aspecto también se hizo referencia en el estudio de la demanda en contra de los artículos 108 y 118 del Código Penal. Cfr., además, las sentencias C-486 de 2020, C-572 de

2019, C-285 de 2019 y C-314 de 2009.

90 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-926 de 1999 y T-416 de 2001.

91 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias C-500 de 2014, C-111 de 2019 y C-146 de 2021.

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

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

94 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Preámbulo.

95 Declaración Universal de los Derechos Humanos. Preámbulo.

96 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Preámbulo.

97 Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos. Preámbulo y Artículo 1.

98 Artículo 1 de la Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

99 Semi, K, Takashima, Y. Pluripotent stem cells for the study of early human embryology. *Develop Growth Differ.* 2021; 63: 104– 115. <https://doi.org/10.1111/dgd.12715>; Sadler T, Lagman J. *Lagman Embriología médica*. Baltimore: Lippicott & Wilkins; 2016; Herranz G. El

embrión ficticio: historia de un mito biológico. Madrid: Palabra; 2013.

100 Corte Europea de Derechos Humanos, Vo. V. France [GC] – 53924/, Julio 2004.

101 Acosta, Juanita. Intervención presentada en el proceso.

102 Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001.

103 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-061 de 2010, C-007 de 2016, C-096 de 2018, C-233 de 2021, C-147 de 2022 y C-449 de 2022.

104 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-283 de 2011, C-031 de 2012, C-570 de 2012, C-829 de 2014, C-007 de 2016.

105 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-627 de 2003, C-1148 de 2003, C-457 de 2004, C-805 de 2008, C-178 de 2014, C-008 de 2017, C-191 de 2017, C-140 de 2018, C-200 de 2019, C-128 de 2020, C-64 de 2021 y C-147 de 2022.

106 Corte Constitucional, Sentencia C-147 de 2022. Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-744 de 2015 y C-008 de 2017.

107 Corte Constitucional, Sentencia C-096 de 2017.

108 Corte Constitucional, Sentencia C-600 de 2010.

109 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-061 de 2010, C-600 de 2010, C-079 de 2011, C-007 de 2016, C-474 de 2016, C-096 de 2018, C-028 de 2020, C-233 de 2021, C-147 de 2022 y C-449 de 2022.

110 Corte Constitucional, Sentencia C-600 de 2010.

111 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-233 de 2021.

112 Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2016.

113 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-007 de 2016, C-064 de 2018 y C-049 de 2020.

114 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-109 de 1995, C-325 de 2009 y C-112 de 2019.

115 Las sentencias interpretativas son aquellas en las que la Corte determinan la lectura de la norma que resulta constitucionalmente válida, excluyendo con ello la posibilidad de que los operadores jurídicos puedan interpretarla por fuera de lo indicado en la parte resolutive del fallo. Por su parte, las sentencias aditivas corresponden a aquellas en que la Corte incluye apartados o texto a la norma que fue estudiada luego de verificar que el Legislador había incurrido en la omisión legislativa relativa que contraviene los mandatos superiores. Finalmente, las sentencias sustitutivas se refieren a los fallos en los que se retira del ordenamiento jurídico contenidos normativos que son inconstitucionales y, a su vez, se ajusta la disposición para que se ajuste a los parámetros constitucionales.

116 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-233 de 2021.

117 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-100 de 2011.

118 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-100 de 2011 y C-055 de 2022. Las siguientes son sentencias en las que la Corte ha proferido decisión integradora en materia penal: C-878 de 2000, C-317 de 2002, C-370 de 2002, C-004 de 2003, C-355 de 2006, C-209 de 2007, C-394 de 2007, C-516 de 2007, C-444 de 2009, C-100 de 2011, C-112 de 2019, C-233 de 2021 y C-055 de 2022.

120 De acuerdo con la Sentencia C-108 de 2017: “En virtud de la cláusula general de competencia normativa que le corresponde al Congreso de la República, derivada de los artículos 114 y 150 de la Constitución, éste órgano dispone de la potestad genérica de desarrollar los mandatos superiores a través de la expedición de disposiciones legales, lo que incluye la facultad de desarrollar las políticas públicas, entre ellas el diseño de la política criminal del Estado, lo que comporta la determinación de los bienes jurídicos que merecen tutela penal, la naturaleza y el monto de las sanciones y el procedimiento a través del cual se imponen y ejecutan. // Con fundamento en esta atribución al órgano legislativo se le reconoce en materia penal una competencia exclusiva y amplia que encuentra pleno respaldo constitucional en los principios democrático y de soberanía popular (arts. 1º y 3º superior). Con base en esta potestad, el legislador penal puede crear, modificar y suprimir figuras delictivas; introducir clasificaciones entre las mismas; establecer modalidades punitivas; graduar las penas que resulten aplicables; y fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de atenuación o agravación de las conductas penalizadas; todo ello de

acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe sobre los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos ocasionen al conglomerado social.”

121 Decreto 100 de 1980: “ARTICULO 328. Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de uno a tres años.”

122 Sentencia C-355 de 2006: “Tercero. Declarar EXEQUIBLE el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas , o de incesto.”

123 Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006.

124 Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006.

125 Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006.

126 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-542 de 2007 y C-372 de 2009.

127 Corte Constitucional, Sentencias C-542 de 2007 y C-372 de 2009.

128 Los límites impuestos por el Constituyente a la Corte Constitucional al momento de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presentan los ciudadanos en contra de las leyes, se desprenden del numeral 4 del artículo 241 de la Constitución que establece que el control abstracto de constitucionalidad se realizará tanto por su contenido material, como por vicios de procedimiento en su formación.

129 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-194 de 2013.

130 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-194 de 2013, C-017 de 2016 y C-058 de 2018.

131 En la Sentencia C-037 de 1997, en la que se realizó el control previo de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que resultó con la expedición de la Ley 270 de 1996, la Corte Constitucional indicó que “de la norma bajo examen se busca que la Corte, en caso de encontrar que un determinado canon constitucional ha sido violado por una norma legal, o que, por el contrario, él sirve para declarar su exequibilidad, entonces pueda fundarse la sentencia en ese precepto, así este no haya sido invocado por el demandante”. No obstante, aclaró que lo expuesto “no significa, y en esos términos lo entiende la Corporación, que en todos los casos la Corte deba realizar un análisis de la totalidad del texto de la Carta frente a la disposición legal que se estudia, pues -se reitera- lo que se busca es la posibilidad de invocar argumentos adicionales sustentados en otras normas fundamentales que servirán para adoptar una mejor decisión.”

132 Corte Constitucional, Sentencia C-284 de 2014.

133 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 2012.

134 Corte Constitucional, Sentencia C-535 de 2012. Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-284 de 2014, C-257 de 2016, C-483 de 2020, C-120 de 2021, C-203 de 2021, C-305 de 2021 y C-091 de 2022.

135 A su vez, el artículo 1 de la Declaración Universal del Genoma Humano reconoce que “[e]l genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas.”

136 En su artículo 6.1 señala 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.”

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

138 Se refiere en diferentes ocasiones a la protección del derecho a la vida. 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’.” (Negritillas fuera del original) Además, en su artículo 6 dispone que “los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida”, y en su artículo 24.2.d establece que los Estados Parte deberán asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres.

139 En el artículo 1.2 la Convención establece que: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.” Luego en el artículo 4.1. de la misma Convención refiere que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.” (Negritillas fuera del texto original). La CADH es parámetro de constitucionalidad como lo ha aceptado en múltiples providencias esta Corte al reconocerla como parte del bloque de constitucionalidad. Cfr., Corte Constitucional. Sentencias C-500 de 2014, Sentencia C-111 de 2019, y C-146 de 2021.

140 Carroza, P.G., Human dignity, en: Shelton D. (Ed.), The Oxford Handbook of International Human Rights Law, 2013, pp. 345-359.

141 Carroza, P.G., Human dignity, en: Shelton D. (Ed.), The Oxford Handbook of International Human Rights Law, 2013, pp. 345-359.

142 Preámbulo: “Considerando que la Carta de las Naciones Unidas está basada en los principios de la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos y que todos los Estados Miembros se han comprometido a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para realizar uno de los propósitos de las Naciones Unidas, que es el de promover y estimular el respeto universal y efectivo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. // Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en la misma, sin distinción alguna, en particular por motivos de raza, color u origen nacional, (...) Considerando que la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 20 de noviembre de 1963 [resolución 1904 (XVIII) de la Asamblea General] afirma

solemnemente la necesidad de eliminar rápidamente en todas las partes del mundo la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones y de asegurar la comprensión y el respeto de la dignidad de la persona humana, (...)"'. Énfasis propio.

143 Preámbulo: "(...) Considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirma el principio de la no discriminación y proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna (...)". Énfasis propio.

144 Preámbulo: "(...) Reconociendo que estos derechos emanan de la dignidad inherente de la persona humana, (...)". Énfasis propio.

145 Además de las referencias del preámbulo que varias coinciden con las expuestas en los instrumentos anteriores, se destaca el artículo 23 que señala: "Los Estados Parte reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad. (...)". Adicionalmente, en el artículo 28 que establece: "(...) 2. Los Estados Parte adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención. (...)". A su vez, en el artículo 37 determina: "(...) c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, (...)". Adicionalmente, aparecen referencias a la dignidad humana en los artículos 39 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño.

146 Adicional a las menciones del preámbulo similares a las ya mencionadas, explica en su artículo 1 que "[e]l propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. (...)". Se pueden encontrar otras referencias a la dignidad humana en los artículos 3.a, 8.a, 17.4, 24.1.a y 25.d.

147 En desarrollo de este mandato, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez-Rodríguez Vs. Honduras, explicó que "[n]inguna actividad del Estado puede fundarse en el desprecio a la dignidad humana".

148 Espinoza E. Estatuto del embrión humano aspectos científicos, éticos y antropológicos. Bioética, (2006); pp. 4-8. Recuperado de: <http://www.cbioetica.org/revista/61/610408.pdf>. Y, Pardo A. La determinación del comienzo de la vida humana: cuestiones de método. Cuadernos de Bioética, (2007); 18 (3); pp. 335-345. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/875/87506401.pdf>

149 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-476 de 1992, C-109 de 1995, T-090 de 1996 y T-270 de 2017.

150 Corte Constitucional, Sentencia T-090 de 1996. Cfr., Corte Constitucional, Sentencia T-240 de 2017.

151 Código Civil, contenido en la Ley 84 de 1873: "ARTICULO 90. <EXISTENCIA LEGAL DE LAS PERSONAS>. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. // La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás."

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

153 Incluso este mandato se puede advertir tanto respecto del artículo 17 del Código de Infancia y Adolescencia contenido en la Ley 1098 de 2006, como del artículo 91 del Código Civil. El artículo 17 del Código de Infancia y Adolescencia establece: "ARTÍCULO 17. DERECHO A LA VIDA Y A LA CALIDAD DE VIDA Y A UN AMBIENTE SANO. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente. // La calidad de vida es esencial para su desarrollo integral acorde con la dignidad de ser humano. Este derecho supone la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano. // PARÁGRAFO. El Estado desarrollará políticas públicas orientadas hacia el fortalecimiento de la primera infancia."

El artículo 91 del Código Civil reza: “La ley protege la vida del que está por nacer. // El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.”

154 En la Sentencia Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se afirmó que: “no existe ninguna duda de que el que está por nacer es titular del derecho a la vida protegido por la Convención Americana y lo es al menos desde el momento de la implantación, es decir entre 6 y 7 días después de la fecundación del óvulo”,

155 Corte Constitucional, Sentencias T-138 de 2015, T-350 de 2016, T-102 de 2016, T-222 de 2017, T-550 de 2017 y T-438 de 2020.

156 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-491 de 1993 y T-223 de 1998.

157 Corte Constitucional, Sentencia T-223 de 1998.

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

159 Corte Constitucional. Sentencia T-805 de 2006.

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

161 Corte Suprema de Justicia. STC1086-2018, Radicación.76001-22-21-000-2017-00126-01, Sala de Casación Civil

162 Corte Suprema de Justicia. Ref. Expediente Nro. 0069-01; 2001. Sala de Casación Civil

163 Ley 911 de 2004. Artículo 9.

164 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-133 de 1994, C-013 de 1997, T-223 de 1998, C-355 de 2006, C-327 de 2016, C-341 de 2017 y C-055 de 2022.

165 Dentro de los expertos e intervinientes que allegaron información al respecto, se destacan el pediatra neonatólogo Juan Gabriel Piñeros, Ana María Idárraga, Juana Acosta, Clemencia Salamanca, Martha Teresa Bohórquez y Gloria Yolanda Martínez Rivera.

167 “[T]he role of endogenous neuro-inhibitors, such as adenosine and pregnanolone, produced within the fetoplacental unit that contribute to fetal sleep states, and thus mediate suppression of fetal awareness.” Mello, David J., Et. Al. “The importance of ‘awareness’ for understanding fetal pain.” *Brain Res Rev.* 2005. Nov;49(3): 455-71. DOI: 10.1016/j.brainresrev.2005.01.006. Disponible en: The importance of ‘awareness’ for understanding fetal pain – PubMed (nih.gov).

168 “The neural circuitry for pain in fetuses is immature. More importantly, the developmental processes necessary for the mindful experience of pain are not yet developed. An absence of pain in the fetus does not resolve the question of whether abortion is morally acceptable or should be legal. Nevertheless, proposals to inform women seeking abortions of the potential for pain in fetuses are not supported by evidence. Legal or clinical mandates for interventions to prevent such pain are scientifically unsound and may expose women to inappropriate interventions, risks, and distress. Avoiding a discussion of fetal pain with women requesting abortions is not misguided paternalism but a sound policy based on good evidence that fetuses cannot experience pain.” Dervyshire, Stuart WG. “Can fetuses feel pain?.” *BMJ.* 2006 Apr 15; 332(7546): 909-912, DOI: 10.1136/bmj.332.7546.909. Disponible en: Controversy: Can fetuses feel pain? – PMC (nih.gov).

169 Pierucci, Robin. “Fetal Pain: The science Behind Why It Is the Medical Standard of Care.” *Linacre Q*, 2020. Aug.: 87(3): 311-36. DOI: 10.1177/0024363920924877, p. 4.

170 “Actualmente se utilizan métodos de analgesia y anestesia que incluyen al feto y la madre cuando se realiza un procedimiento en el feto. Van de Velde y De Buck describen las siguientes recomendaciones: // 1. En la cirugía abierta, se recomienda para la madre anestesia general con o sin bloqueo peridural. Para el feto, se adicionan opiáceos como fentanil a razón de 10 µg/kg a través del cordón o IM y relajantes musculares como pancuronio 0.3 mg/kg. // 2. En la cirugía fetal por fetoscopia, en la madre se utiliza anestesia

local o regional y para el feto opioides como fentanil 10 µg/kg y relajantes musculares como pancuronio 0.3mg/kg o aplicación a la madre de remifentanil IV 0.1 a 0.2 µg/kg/min. // 4. Para la terminación tardía del embarazo, anestesia local o regional. Para el feto, opioides: fentanil 10 µg/kg a través del cordón o IM seguido del fármaco para feticidio (potasio o lidocaína). // 5. Procedimiento abierto: a la madre, anestesia general o regional (espinal y epidural combinada) adicionando relajante uterino; para el feto, opioides como fentanil 10 µg/kg y relajantes musculares: pancuronio 0.3 mg/kg o aplicación a la madre de remifentanil IV 0.1 a 0.2 µg/kg/min". Flores Muñoz, María Antonieta. "las intervenciones en el feto, el dolor y sus dilemas bioéticos". Ética y Humanismo en Perinatología. 28(2), pp. 114-118, p. 3.

171 Pierucci, Robin. "Fetal Pain: The science Behind Why It Is the Medical Standard of Care." Linacre Q, 2020. Aug.: 87(3): 311-36. DOI: 10.1177/0024363920924877, p. 4.

172 "Evidence regarding the capacity for fetal pain is limited but indicates that fetal perception of pain is unlikely before the third trimester. Little or no evidence addresses the effectiveness of direct fetal anesthetic or analgesic techniques. Similarly, limited or no data exist on the safety of such techniques for pregnant women in the context of abortion. Anesthetic techniques currently used during fetal surgery are not directly applicable to abortion procedures." Lee, JD Et. Al. "Fetal Pain: A Systematic Multidisciplinary Review of the Evidence." JAMA, August 24/31, 2005 - Vol. 294, No.8, p.947.

173 Kiser, Saúl y Vanegas, Horacio. "¿Siente dolor el feto?". Revisiones. Revista Obstetricia Ginecológica Venezuela 2016; 76(2): 126-132, p. 4.

174 Restrepo, Olga Isabel y Prieto Soler, María Paula. "Dolor fetal y sus consideraciones bioéticas". Cuadernos de Bioética. 2022: 33(107): 55-66. DOI: 10.304444(CB.113, p. 5.

175 Restrepo, Olga Isabel y Prieto Soler, María Paula. "Dolor fetal y sus consideraciones bioéticas". Cuadernos de Bioética. 2022: 33(107): 55-66. DOI: 10.304444(CB.113, p. 4; Pierucci, Robin. "Fetal Pain: The science Behind Why It Is the Medical Standard of Care." Linacre Q, 2020. Aug.: 87(3): 311-36. DOI: 10.1177/0024363920924877, p.5-6.

176 "With regard to the second argument, there is evidence that peripheral pain receptors are sufficiently connected to the central nervous system, specifically into the thalamus and the cortical sub- plate, at as early as twelve-week gestation. The appearance of the correct

neuroanatomic connections is insufficient to produce a mature ability to feel and interpret pain. However, as explain, the multitude of neural elements participating in pain perception is staggering in complexity and cannot be viewed as equivalent to assembling computer parts. Pain perception does not flip on and off like a light switch. Instead, the research demonstrates that the developing neural elements may be immature, but they are not inactive. Noxious stimulation can cause “activation of the hypothalamic pituitary adrenal axis (HPA)...in the absence of cortical activation”, producing measurable changes in stress hormones very early in gestation, and early “exposure to pain has been associated with long term alterations in pain response thresholds as well as changes in behavioral responses related to the painful stimuli””. Pierucci, Robin. “Fetal Pain: The science Behind Why It Is the Medical Standard of Care.” Linacre Q, 2020. Aug.: 87(3): 311-36. DOI: 10.1177/0024363920924877, p. 5. Y, Kizer, S. y Vanegas, H., ¿Siente dolor el feto? Consultado en: http://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S0048-77322016000200008&script=sci_abstract

177 Flores Muñoz, M.A., Las intervenciones en el feto, el dolor y sus dilemas bioéticos, consultado en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-53372014000200008. Y, Teixeira JM, Glover V, Fisk NM. Acute cerebral redistribution in response to invasive procedures in the human fetus. Am J Obstet Gynecol. 1999; 181: 1018-25.

178 “Legislation that addresses fetal pain must be based on the indisputable biology, scientific data, and physical evidence of fetal pain and not on political, religious, theoretical, or philosophical ideas about self-consciousness or self-awareness. The bottom line is that an unborn child can and does feel pain by 20 weeks post-fertilization. Fetal pain mechanisms are in place at that time”. Grossu, A.O., What Science Reveals About Fetal Pain, 2017, consultado en: <https://downloads.frc.org/EF/EF15A104.pdf>

179 Además de citar 17 estudios que demuestran que las personas en gestación, dependiendo del tiempo del embarazo, tienen un desarrollo neurológico que permite hacerles sentir dolor y estímulos de distintas clases, citaron la declaración de la Academia Nacional de Medicina en la que, a propósito de la Sentencia C-055 de 2022, señalaron: “Es decir, para los médicos se mantienen vigentes los conflicto éticos y técnicos cuando se trata de una gestación avanzada, con feto vivo, sano que responde al dolor, que tiene expresión facial,

que es capaz de escuchar, bostezar y patear, y que posee los reflejos de presión y succión.”
Intervención de Ana María Idárraga y de Juana López Acosta.

180 Derbyshire Stuart WG, Bockmann, John C. “Reconsidering fetal pain”. Med. Ethics 2020; 46:3-6. doi:10.1136/medethics-2019-105701, p. 4; charlotte Lozier Institute. “12 facts at 12 weeks”. OnScience. Isse. April 2023. Disponible en: at: <https://lozierinstitute.org/12-facts-at-12-weeks/>.

181 “In summary, current neuroscientific evidence undermines the necessity of the cortex for pain experience. Even if the cortex is deemed necessary for pain experience, there is now good evidence that thalamic projections into the subplate, which emerge around 12 weeks’ gestation, are functional and equivalent to thalamocortical projections that emerge around 24 weeks’ gestation. Thus, current neuroscientific evidence supports the possibility of fetal pain before the “consensus” cut off 24 weeks”. Derbyshire Stuart WG, Bockmann, John C. “Reconsidering fetal pain.” Med Ethics 2020; 46:3-6. doi:10.1136/medethics-2019-105701, p. 4.

182 “It is unethical to intentionally harm an innocent human being irrespective of the individual’s ability to perceive pain. However, a large body of scientific evidence demonstrates that painful or noxious stimulation adversely affects immature human beings, both before and after birth. This paper highlights both where the standard of care for pain management in this population once was, where it is now, and the evidence behind the changes. Natural law ethics are not addressed here, nor are the related political and legal rights of humans before and after birth. This paper specifically presents the scientific data that has resulted in dramatic medical practice improvements in neonatal and pediatric pain management. That medical practice significantly changed despite these ongoing political, legal, and ethical disputes only illustrates the strength of this data is. Regarding specifically pain capability during intrauterine life, Derbyshire and Bockman note, “Whether there was ever consensus it is now clear that the consensus is no longer tenable.” The IASP’s definition of pain is too narrow specifically because even without conscious awareness, “especially in fetuses, noxious stimuli may have adverse effects on the developing individual regardless of the quality of the level of processing in the brain.” The likelihood of noxious stimulationinduced changes in developing human beings cannot be ethically ignored. In Anand’s 1987 landmark publication, the authors acknowledged the difference between

“nociceptive activity” and pain’s “strong emotional associations” but also immediately noted that belaboring this point had already “obscured the mounting evidence that nociception is important in the biology of the neonate”. Informed by the evidence, ACPeds advocates the need for in-utero, neonatal, and pediatric pain prevention, mitigation, and treatment. Medicine’s double standard of acknowledging pain capability in wanted premature babies while denying it in unwanted unborn babies of the same gestational age is unconscionable.” American College of Pediatricians. “Fetal Pain: What is the Scientific Evidence?,” January 2021.

183 Pierucci, R., Fetal pain: The Science Behind Why It Is The Medical Standard of Care, consultado en: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0024363920924877>

184 Johnston C.C y Stevens B.J., Experiencia en una unidad de cuidados intensivos neonatales afecta la respuesta al dolor, consultado en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/8909487/>

185 Flores Muñoz, María Antonieta. “las intervenciones en el feto, el dolor y sus dilemas bioéticos”. Ética y Humanismo en Perinatología. 28(2), pp. 114-118; Pierucci, Robin. “Fetal Pain: The science Behind Why It Is the Medical Standard of Care.” Linacre Q, 2020. Aug.: 87(3): 311-36. Doi: 10.1177/0024363920924877; Van de Velde, Marc y De Buck, Frederik. “Fetal and Maternal Analgesia/Anesthesia for Fetal Procedures.” Fetal Diagn. Ther 2012; 31:201-209 DOI: 10.1159/000338146.

186 “Additionally, the serotonin-mediated descending inhibitory system of pain only develops after birth; “clearly then, fetuses feel more pain than neonates.”¹² All of these hemodynamic and hormonal responses to nociceptive stimuli during the synaptogenesis period may impact the neural development of the fetus and are attenuated by anesthetic agents”. Vasco Ramírez, Mauricio. “Anesthesia for fetal surgery”. Revista Colombiana de Anestesiología. 2012; 40(4): 268-272, p. 269.

187 Van de Velde, Marc y De Buck, Frederik. “Fetal and Maternal Analgesia/Anesthesia for Fetal Procedures.” Fetal Diagn Ther 2012; 31:201-209 DOI: 10.1159/000338146.

188 “We argue that abortions before 13 weeks’ gestation do not involve any meaningful likelihood of pain for the fetus. Abortions after 13 weeks are typically either medical or surgical. Medical abortions involve a drug or drug combination provided to the patient to

induce abortion. Today the drug combination is commonly mifepristone and misoprostol that do not kill the fetus. Fetal death follows either direct feticide (an injection of potassium chloride directly into the fetal heart or an injection of digoxin directly into the fetus or intra-amniotically) or the trauma of labor. The most common surgical technique is dilatation and evacuation (D&E). In a D&E, the cervix is dilated, the amniotic fluid drained, and the fetus is removed in pieces via several surgical maneuvers using grasping forceps. Again, fetal death follows either direct feticide performed before the D&E or the trauma of the D&E results in the death of the fetus. We consider the possibility of fetal pain during these two procedures post-13 weeks' gestation. We will begin by presenting our reasoning behind our view that the issue of fetal pain has little ethical significance during therapeutic fetal surgical procedures. From there we discuss the neuroscientific and psychological evidence for and against the possibility of fetal pain before examining the ethical implications of fetal pain." Derbyshire Stuart WG, Bockmann, John C. "Reconsidering fetal pain." *Med Ethics* 2020; 46:3-6. doi:10.1136/medethics-2019-105701, p. 3.

189 Restrepo, Olga Isabel y Prieto Soler, María Paula. "Dolor fetal y sus consideraciones bioéticas". *Cuadernos de Bioética*. 2022; 33(107): 55-66. DOI: 10.304444(CB.113, pp. 55-66; American College of Pediatricians. "Fetal Pain: What is the Scientific Evidence?," January 2021.

190 "The unborn child is medically considered a patient in cases where the parent or parents want to preserve the child's life and, as a result, he or she is given fetal anesthesia before an in-utero surgery. The unborn child, who in this case the doctors aim to save, may be the same age as one who could legally be killed by abortion and who has the same capacity for perceiving pain". Grossu, A.O., *What Science Reveals About Fetal Pain*, 2017, consultado en: <https://downloads.frc.org/EF/EF15A104.pdf>

191 Flores Muñoz, M.A., *Las intervenciones en el feto, el dolor y sus dilemas bioéticos*, consultado en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-53372014000200008.

192 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-148 de 2022.

193 Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-148 de 2022.

194 Corte Constitucional, C-148 de 2022.

195 Ministerio de Salud. Prevención del Aborto Inseguro en Colombia: Protocolo para el Sector Salud (2014). Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/SM-Protocolo-IVE-ajustado-.pdf>

196 OMS. Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud (2012). Disponible en: 9789243548432_spa.pdf (who.int) Aunque hay manuales más recientes de la OMS, este de 2012 es la fuente más actualizada sobre procedimientos de abortos quirúrgicos.

197 Julio Cesar Camelo Sierra y Merielin Mejia Jinete. Inducción de asistolia fetal con cloruro de potasio como parte de la atención de la interrupción voluntaria del embarazo en edad gestacional avanzada: Experiencia en un hospital público de Bogotá. Disponible en: CameloSierra_MejiaJinete.pdf (sec.es); REDAAS. EL ABORTO EN EL SEGUNDO TRIMESTRE. Disponible en: Imprimir (redaas.org.ar); REDAAS. EL ABORTO EN EL SEGUNDO TRIMESTRE. Disponible en: Imprimir (redaas.org.ar).

198 “Potassium chloride is the drug that causes death in an execution under current lethal injection protocols. Although the other two drugs are administered in lethal dosages and would, in time, produce the prisoner’s death, potassium chloride should cause cardiac arrest and death within a minute of injection. While potassium chloride acts quickly, it is excruciatingly painful if administered without proper anesthesia. When injected into a vein, it inflames the potassium ions in the sensory nerve fibers, literally burning up the veins as it travels to the heart. Potassium chloride is so painful that the American Veterinary Medical Association (AVMA) prohibits its use as the sole agent of euthanasia—it may only be used after the animal has been properly anesthetized.” (Énfasis propio) HRW. So Long as They Die:Lethal Injections in the United States. Disponible en: https://www.hrw.org/reports/2006/us0406/4.htm#_Toc133042054

199 Corte Constitucional, Sentencia C-116 de 2021.

200 Corte Constitucional, Sentencia C-829 de 2014.

201 Corte Constitucional, Sentencia T-223 de 1998.

202 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-239 de 1997, C-327 de 2016 y T-322 de 2017.

203 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-491 de 1993 y T-223 de 1998.

204 Organización Mundial de la Salud, Born Too Soon. The Global Action Report on Preterm Birth. 2012, consultado en:

http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44864/9789241503433_eng.pdf?sequence=1

; Zárate Velasco, D.L., Estatuto moral del feto viable y autonomía de la mujer en la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia, 2020, consultado en:

<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/49695/Estatuto%20Moral%20Feto%20Viable%20y%20Autonomia%20de%20la%20Mujer%20en%20la%20IVE.pdf?sequence=1>

&isAllowed=y ; Lozano González, C.H., y otros, Límites a la viabilidad neonatal, 2013, consultado en:

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0187-53372013000200002; y

Cerezo Mulet, R., Límite de viabilidad fetal: un problema moral, ético, legal y de responsabilidad profesional, consultado en:

<https://docs.bvsalud.org/biblioref/2019/03/981164/01.pdf>