TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia C-322/23

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA NORMA QUE TIPIFICA EL ABORTO-Estarse a lo resuelto en las sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022

COSA JUZGADA FORMAL-Configuración

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Tipología

COSA JUZGADA-Efectos respecto de decisiones de exequibilidad e inexequibilidad

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Análisis en sentencias integradoras

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Incumplimiento de requisitos exigidos en cargo por violación al principio de igualdad

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Plena

SENTENCIA C-322 de 2023

Referencia: Expediente D-13856.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 122 de la Ley 599 de 2000.

Demandante: Andrés Mateo Sánchez Molina.

Magistrada Ponente:

Natalia Ángel Cabo.

Bogotá, D.C., 23 de agosto de 2023

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas y magistrados Diana Fajardo Rivera -quien la preside-, Natalia Ángel Cabo, Juan Carlos Cortés González, Jorge Enrique Ibáñez Najar, Antonio José Lizarazo Ocampo, Paola Andrea Meneses Mosquera, Cristina Pardo Schlesinger, José Fernando Reyes Cuartas, y por el conjuez Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente sentencia.

I. ANTECEDENTES

1. 1. El 30 de julio de 2020, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Andrés Mateo Sánchez Molina presentó ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, por medio de la cual se expidió el Código Penal, por considerar que la norma vulnera los

artículos 1, 2, 5, 11, 13, 16, 42, 43, 64, 93 y 94 de la Constitución Política de 1991.

2. En sesión virtual del 12 de agosto de 2020, la Sala Plena repartió el proceso de constitucionalidad. Por medio del auto del primero de septiembre de 2020, el magistrado Alberto Rojas Ríos admitió los siguientes cargos: (i) vulneración de los artículos 1 y 16 de la Constitución (principio de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad); y (ii) desconocimiento del artículo 13 (derecho a la igualdad).

3. El inicio del proceso de constitucionalidad se comunicó a la Presidencia de la República y al presidente del Congreso, para que, si lo consideraban oportuno, intervinieran dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación respectiva. Así mismo, se invitó a entidades del Estado, organizaciones civiles y universidades para que presentaran sus conceptos frente a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma.

II. NORMA DEMANDADA

5. A continuación, se transcribe y se subraya la norma demandada, tal como se encuentra vigente luego del aumento de penas dispuesto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004:

“Ley 599 de 2000

(julio 24)

Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000

El Congreso de Colombia

Por la cual se expide el Código Penal. (…)

Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

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

6. Para el momento de la presentación de la acción pública de inconstitucionalidad el artículo demandado había sido objeto de control constitucional. Así, por medio de la sentencia C-355 de 2006 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la disposición demandada bajo el siguiente condicionamiento:

“[E]n 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”.

III. LA DEMANDA

7. El ciudadano Andrés Mateo Sánchez Molina demandó el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, por vulneración de los derechos a la dignidad humana, a la libertad, a los derechos inalienables de las personas, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la familia, a la salud, a la protección especial de la mujer y a la protección a la mujer campesina, contenidos en los artículos 1, 2, 5, 11, 12, 13, 16, 42, 43, 49, 64, 93 y 94 de la Constitución. Como se explicó en la parte inicial de esta sentencia, en el proceso de admisión de la demanda se admitieron los dos cargos relacionados con la presunta violación de los artículos 1 (dignidad humana), 13 (derecho a la igualdad) y 16 (libre desarrollo de la personalidad) de la Constitución. Por ello, en los siguientes párrafos la Corte explicará en detalle sólo los cargos admitidos.

Debilitamiento de la cosa juzgada constitucional

8. En primer lugar, el actor presentó argumentos dirigidos a demostrar por qué en su opinión no se configura en este caso la cosa juzgada constitucional con respecto a la sentencia C-355 de 2006. Como punto de partida, el señor Sánchez Molina argumentó que existe un cambio en el contexto normativo "toda vez que desde la sentencia C-355 de 2006 las mujeres cuentan con un derecho fundamental a decidir libremente si interrumpen o no su embarazo como expresión de los derechos sexuales y reproductivos". Luego, el actor indicó que el significado material de la Constitución cambió desde la expedición de la mencionada sentencia. Así, el demandante señaló que, aunque la Constitución de 1991 no ha sido modificada de manera formal, existe un nuevo enfoque para el tratamiento del aborto derivado de lo dicho por los organismos internacionales de Derechos Humanos y los precedentes de la Corte Constitucional para hacer efectivos los derechos sexuales y reproductivos. Al respecto el señor Sánchez Molina destacó la sentencia C-355 de 2006 que despenalizó parcialmente la interrupción voluntaria del embarazo.

9. En segundo lugar, el actor afirmó que existe en la actualidad un cambio en el parámetro de control constitucional. Para explicar su punto, el señor Sánchez Molina citó en extenso algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recomendaciones del Comité de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer y observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. El accionante concluyó que en la actualidad se modificó de forma sustancial la interpretación de normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad en lo referente al acceso al aborto.

10. Por último, el actor sostuvo que, tras la expedición de la sentencia C-355 de 2006, operaron modificaciones en el contexto jurídico y social, que obligan a que esta Corte se pronuncie nuevamente. De un lado, el demandante sostuvo que se dictaron leyes, tanto estatutarias como ordinarias, en las que se reconoció la salud sexual y reproductiva como un derecho fundamental. El accionante manifestó que sobre el derecho mencionado la jurisdicción constitucional amplió su alcance en el sentido de reconocer la libertad de las mujeres a decidir sobre sus cuerpos y sobre su proyecto de vida. Así mismo, el señor Sánchez Molina puso de presente que la jurisprudencia de la Corte desarrolló el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo y advirtió la existencia de barreras para su ejercicio.

Violación de los artículos 1 y 16 de la Constitución (principio de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad)

11. El actor planteó una acusación concatenada y conjunta respecto a la acusación por la supuesta vulneración del principio de dignidad humana (artículo 1) y del libre desarrollo de la personalidad (artículo 16). El señor Sánchez Molina resaltó que de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos I.V. vs. Bolivia, se emana la regla según la cual los individuos deben ser tratados como iguales, según su voluntad y sus propias decisiones de vida. Para el actor esto guarda relación con la jurisprudencia de la Corte sobre el concepto de dignidad humana. En consecuencia, para el actor es inadmisible mantener una disposición normativa que atenta contra el propio contenido de la dignidad.

12. A partir de esta idea, el demandante concluyó que las mujeres son autónomas e independientes, pues tienen agencia sobre sus decisiones, pensamientos y su cuerpo, razón por la cual el Estado no las puede obligar a ser madres y no puede imponer la carga de soportar un embarazo en contra de su voluntad.

13. El actor argumentó que la sanción penal del delito de aborto atenta contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es "desconocedora de la dignidad humana, impide [a la mujer] decretar los rumbos de su vida, fijar los destinos de aquello que es de ella y de ningún otro ser, su cuerpo y, consecuencia de ello, claramente afecta su proyecto de vida".

14. De igual manera, el accionante indicó que el fundamento y razón de ser del Estado Social de Derecho es la protección de las personas y la dignidad intrínseca a la condición humana. En este sentido, la parte actora concluyó que "si se ejerce penalización por la actuación no hay libertad", pues esta implica una "cosificación a la mujer, en tanto se trata de una condición humillante y denigrante para ella al no poder decidir sobre sí misma", lo cual no ocurre con los hombres.

15. El señor Sánchez Molina señaló también que el Estado debe tener la menor injerencia posible en la vida y las decisiones de las personas y solo debe intervenir para garantizar la convivencia pacífica en la sociedad. De allí que, para el demandante, resulte inadmisible que se impida a una mujer disponer sobre su propio cuerpo, pues ello anula su libertad, autonomía, dignidad y proyecto de vida. En consecuencia, para la parte actora, el mantenimiento de una sanción penal genera una afectación desproporcionada de los derechos de las mujeres y vulnera el contenido de la Constitución.

16. Adicionalmente, el actor en su demanda insistió en que las mujeres requieren de libertad para tomar sus propias decisiones, con el objeto de reforzar sus lazos con los demás, planificar su familia, de la cual también se deriva la libertad de la mujer para desarrollar su proyecto de vida laboral o profesional. Así, la parte demandante resaltó que la decisión de una mujer de interrumpir su embarazo puede basarse en "la dura evidencia de un compañero económicamente irresponsable, una sociedad indiferente al cuidado de los hijos y un lugar de trabajo incapaz de adaptarse a las necesidades de las trabajadoras con hijos".

18. El actor igualmente resaltó algunas observaciones y recomendaciones que hicieron otros organismos internacionales sobre el derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo. Por un lado, el señor Sánchez Molina señaló que la Observación General No. 22 del 2016,

proferida por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, indicó que los Estados deben adoptar medidas legales y políticas públicas ante los abortos en condiciones de riesgo, para garantizar a todas las personas el acceso a anticonceptivos asequibles, seguros y eficaces y que se "liberalicen las leyes restrictivas del aborto y (…) respeten el derecho de las mujeres a adoptar decisiones autónomas sobre su salud sexual y reproductiva".

19. Adicionalmente, el actor explicó que en las recientes observaciones generales del Comité DESC y recomendaciones del Comité CEDAW se reconoció que las leyes restrictivas del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo fuerzan a las mujeres a acudir a lugares insalubres y que ponen en riesgo su salud e integridad personal. Así, el demandante manifestó que en estos documentos se consagró la obligación jurídica en cabeza de los Estados de eliminar la discriminación contra la mujer y garantizar la igualdad de acceso a atención en derechos sexuales y reproductivos. El señor Sánchez Molina destacó que estos instrumentos internacionales prevén que los Estados deben derogar o reformar las leyes y las políticas que limiten el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva.

20. El demandante concluyó que las mujeres tienen la facultad de decidir el número de hijos, es decir, que en casos en que consideren que no pueden o no deseen ser madres, el sistema jurídico debe reconocer el derecho a impedir que el embarazo llegue a su fin. De allí que, para la parte actora, el establecer sanciones penales a quien interrumpa el embarazo "borra todo sentido de la expresión responsablemente" de acuerdo con la Constitución. El demandante agregó que es desproporcionado que los derechos ciertos y actuales de las mujeres deban ceder ante los de un no titular del derecho, como en su criterio lo es una vida en gestación.

Violación del artículo 13 de la Constitución (derecho a la igualdad)

21. Como arriba se indicó la Corte admitió un cargo por violación al derecho a la igualdad, según el cual la norma acusada genera un trato discriminatorio injustificado entre las mujeres y los hombres. El señor Sánchez Molina explicó que tanto hombres como las mujeres requieren de atención para garantizar sus derechos sexuales y reproductivos. Sin embargo, para el demandante la penalización absoluta del aborto impone un trato diferenciado debido al género que vulnera la cláusula general de igualdad contenida en el artículo 13 de la Constitución.

22. El actor explicó que el aborto es un procedimiento que solo es necesario para las mujeres y no existe una penalización similar para el ejercicio de un derecho sexual y reproductivo de un hombre. Por lo tanto, a juicio de la parte actora, la norma contiene un tratamiento desigual que le concede a unos individuos plena autonomía y a otros no. A partir de lo anterior, el demandante enfatizó que "este tratamiento desigual carece de razón, pues hombres y mujeres tienen el mismo derecho a disfrutar de los beneficios que la ciencia médica pueda proporcionar a su vida".

IV. INTERVENCIONES

23. Las reseñas de las intervenciones y de los escritos allegados al trámite de constitucionalidad se incorporan en un anexo de esta sentencia que hace parte integral de la misma. No obstante, para efectos metodológicos, a continuación, se hará una breve síntesis

de los argumentos presentados por los intervinientes, particularmente algunas de sus premisas más relevantes.

24. Intervenciones que solicitan la inhibición: el Ministerio de Justicia y el Derecho, la Clínica Jurídica de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad de la Sabana, la Asociación Vida y Familia Importan. Los argumentos que presentaron estas organizaciones fueron: (i) la Corte ya resolvió el problema de la penalización del aborto en la sentencia C-355 de 2006; (ii) la Constitución no se modificó materialmente por lo que no cambió el parámetro de control constitucional; y (iii) la competencia para resolver la despenalización del aborto es del Congreso de la República y no de la Corte Constitucional.

25. Intervenciones que solicitan la exequibilidad: los ciudadanos Carol Stefanny Borda Acevedo, Lina Marcela Buitrago Valderrama, Gloria Yolanda Martínez Rivera como miembro de Vida por Colombia; Dolores Margarita Gnecco de Forero como representante legal de la Fundación Camino; María Teresa Cortés Acosta en representación de las Veedurías Ciudadanas de Cali; Vicente José Carmona Pertuz como presidente de la Fundación Colombiana de Ética y Bioética FUCEB; Carlos Eduardo Corsi Otálora y Andrés Forero Medina en representación de Laicos por Colombia; Clemencia Salamanca Mariño como presidenta del Centro de Pensamiento Vida por Colombia; Brayan Héctor Benavides Casanova, Poul Cifuentes La Voz, Elizabeth Garcés Sánchez, Vilma Graciela Martínez Rivera, María Eugenia Briñez Niño, Ángela María Anduquia Sarmiento y Edith Del Carmen Bonilla Bonilla, Javier Armando Suárez Pascagaza, Harold Eduardo Sua Montaña, Amanda Rosas Camero, Adriana María Lozano Rosas, Diana Carolina León, María Elsa Rosas Camero, Eleanor Rosas Camero, Guillermo Rosas Camero; el Grupo significativo de ciudadanos; la Fundación Marido y Mujer; y el Centro de pensamiento GEColombia.

26. Los argumentos transversales que este grupo de personas e instituciones presentaron para defender la constitucionalidad de la norma demandada fueron: (i) no existe una obligación internacional de despenalizar el aborto y, por el contrario, sí hay deberes internacionales de proteger la vida; (ii) el asunto de la despenalización del aborto está adecuadamente protegido con el sistema de tres causales de la sentencia C-355 de 2006; (iii) el que está por nacer tiene derecho a la protección de su vida e incluso puede ser considerado persona según el Código Civil; y (iv) la despenalización del aborto no es el enfoque adecuado para resolver los derechos que se encuentran en tensión pues el Estado debe priorizar la política de prevención de embarazos para no exponer a las mujeres a la experiencia del aborto, puesto que este implica riesgo para ellas.

27. Intervenciones que solicitan la inexequibilidad: los ciudadanos Mónica Arango Olaya, Viviana Bohórquez Monsalve, María Paula Saffon Sanín; Alicia Ely Yamin; Néstor Iván Javier Osuna Patiño; Martha Liliana Cuellar Aldana; Felipe Chica Duque, Miguel Ángel Díaz Ochoa, María Acelas Celis, Soa Ramos López, Andrés Rodríguez Morales; Jorge Fernando Perdomo Torres; Laura Ledezma Predes y César Sánchez Avella; Susana Pachón y María Angélica Pombo; la Secretaría Distrital de la Mujer de Bogotá D.C; el Centro de estudios Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia; la organización Médicos sin Fronteras; la organización Amnistía Internacional; Macarena Saénz Torres como directora académica del Centro de Derechos Humanos y Derecho Humanitario de la Facultad de Derecho de American University Washington; José Miguel Vivanco y Ximena Casas en representación de Human Rights Watch.

28. También intervinieron en favor de la inconstitucionalidad de la norma los ciudadanos Ángela Isabel Mateus Arévalo, María Isabel Niño Contreras, Aura Carolina Cuasapud Arteaga, Sandra Patricia Mazo Cardona, Adriana María Benjumea Rúa, Mariana Ardila Trujillo, Valeria Pedraza Benavides, Cristina Rosero Arteaga y Catalina Martínez Coral en representación del movimiento Causa Justa; Astrid Osorio Álvarez, Alejandro Gómez Restrepo, Ángela María Mesa, Juliana Betancur, Laura María Arias Restrepo como miembros del programa de Protección Internacional y Semillero en Movilidad Humana Desarrollismo y Nuevas Violencias de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia; Sara Méndez Niebles como codirectora del colectivo feminista Bolívar en Falda; Mario José D´Andrea Cañas como abogado de la organización Defiende Venezuela; Valentina Ortiz Aguirre, Manuel Darío Cardona, Cynthia Ortiz Monroy como miembros del Semillero de Litigio ante Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos –SELIDH– de la Universidad de Antioquia; Marina Ditieri como coordinadora general de la Revista argentina Género y Derecho Actual; los abogados penalistas María Elena Hernández, Federico Londoño y Tsai Ordoñez; Livio Schiavenato Sanjuan, Carlos Julio Ramírez Leyton y Carlos Andrés Jiménez Viteri, como decano y profesores, respectivamente, de la Universidad Cooperativa de Colombia Campus Pasto; la Cátedra Extraordinaria Benito Juárez de la UNAM – Universidad Nacional Autónoma De México; Nicolás Alejandro Dotta en representación de la Organización Médicos del Mundo – Francia en Colombia; Alma Luz Beltrán y Puga Murai, Lina Céspedes-Báez, Vanessa Suelt Cock, Natalia Soledad Aprile y Karol Martínez Muñoz en representación de la Línea de Investigación en Género y Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

29. Al igual que los grupos de personas identificados en los párrafos anteriores, los siguientes ciudadanos e instituciones apoyaron la solicitud del actor. Diana Greene Foster, Antonia Biggs, Lori Freedman y Rosalyn Schroeder en nombre de ANSIRH – Consorcio de Investigación de la Facultad de Medicina de la Universidad de California; Asociación Civil El Paso de Montevideo, Uruguay; Corporación Red de Mujeres Feministas Unidas por los Derechos y la Acción Política – MUJER, DENUNCIA y MUÉVETE; Marta Lamas, doctora en Antropología e investigadora titular del Centro de Investigaciones y Estudios de Género de la Universidad Nacional Autónoma de México; Mesa por la Salud de las Mujeres; Colombia Diversa; Sisma Mujer; Comisión Colombiana de Juristas; Profamilia; Escuela de estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia y Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia; Lina Malagón Penen, Sergio Alejandro Fernández, Carolina Vergel como profesores de la Universidad Externado de Colombia; Centro de estudios de genética de la Universidad Externado de Colombia; Jazmín Romero Epiayü, como Representante Legal del Movimiento Feminista Mujeres, niñas Wayuu; Wilson Castañeda Castro como director de la Corporación Caribe Afirmativo; profesor Roberto Pablo Saba de la Universidad de Buenos Aires; Lisa David, Jaime Todd-Gher, JM Kirbey, de la Clínica de Derechos Humanos y Justicia de Género de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Ciudad de Nueva York (CUNY) en colaboración con René Urueña; Sonia Ariza Navarrete, doctoranda de la Universidad de Palermo y María Celeste Leonardi, asesora legal en la Dirección Nacional de Salud Sexual y Reproductiva del Ministerio de Salud de la Nación Argentina; Beatriz Galli como Relatora Nacional Plataforma Derechos Humanos Dhesca Brasil; y el Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos SURKUNA de Ecuador.

30. Durante el término indicado para la recepción de las intervenciones ciudadanas, la Corte

también recibió escritos en defensa de la inexequibilidad del artículo demandado, por parte de Albert Louis Sachs como ex Juez de la Corte Constitucional de Sudáfrica; Silvia Serrano Guzmán y Oscar A. Cabrera investigadora e investigador del ONeill Institute for National and Global Health Law, Universidad de Georgetown; Susanna Pozzolo del Dipartimento di iurisprudenza Università degli studi di Brescia; Corporación Colectiva Justicia Mujer; Catalina Martínez Coral como directora regional para América Latina del Centro de Derechos Reproductivos; Programa de protección internacional de la Universidad de Antioquia, el colectivo feminista Bolívar en falda, la organización defiende Venezuela, la revista argentina Género y Derecho actual, y abogados con interés y experiencia en los derechos de las mujeres; profesora Isabel Cristina Jaramillo; María Camila Correa Flórez, profesora de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; Zulma Consuelo Urrego Mendoza como profesora titular de la Facultad de Medicina y el Departamento de Salud Pública de la Universidad Nacional de Colombia; Jhonattan García Ruiz, profesor de cátedra de la Universidad de los Andes e investigador visitante de la Escuela TH. Chan de Salud Pública de Harvard; Dra. Pauline Capdevielle, investigadora de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México; Angie Daniela Yepes García, coordinadora del Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la Universidad del Rosario, y María José Motta, Lorena Pardo Rojas y Viviana Basto Vergara, miembros activas del GAP; Arianne Van Andel como coordinadora de capacitación y directora de GEMRIP y Otros Cruces, respectivamente; Alejandra Coll Agudelo; Acción por la Igualdad y la Inclusión Social PAIIS de la Universidad de los Andes; Juan Ernesto Méndez; María Luisa Rodríguez Peñaranda y Camilo Cueto García como miembros del Grupo de Investigación Justicia Real –JURE; María Paula Houghton Martínez; María Consuelo Arenas Arias; Juanita María Goebertus Estrada; Joanna N. Erdman como presidenta de la cátedra McBain de Derecho y Políticas de la Salud en la Escuela de Derecho de Schulich, Universidad de Dalhousie y Rebecca J. Cook como profesora emérita en el Departamento de Derecho de la Universidad de Toronto; y Octávio Luiz Motta Ferraz, Organización International Planned Parenthood Federation.

31. Los argumentos que este grupo de personas y organizaciones nacionales e internacionales presentaron en favor de las pretensiones de inexequibilidad de la demanda se pueden resumir en los siguientes cinco fundamentos: (i) el parámetro de control constitucional cambió porque las mujeres enfrentaron barreras importantes para acceder al derecho a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) reconocido en la sentencia C-355 de 2006; (ii) la penalización del aborto limita las libertades de las mujeres y afecta desproporcionadamente a las mujeres pobres; (iii) los organismos internacionales como el Comité de la CEDAW y la Declaración de Expertos de la Organización de las Naciones Unidas de 2018 pidieron a los Estados tomar medidas para garantizar el acceso a la IVE; (iv) la penalización del aborto limita el acceso a los servicios de salud reproductiva de las mujeres y en consecuencia viola su derecho a la igualdad; y (v) la penalización del aborto afecta de manera diferenciada a las mujeres lesbianas y bisexuales y a los hombres trans.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

32. El 20 de noviembre de 2020, el Procurador General de la Nación allegó concepto en el que solicitó a esta corporación declararse inhibida de emitir un pronunciamiento de fondo en relación con el artículo 122 de la Ley 599 de 2000. El Ministerio Público también pidió exhortar al Congreso de la República para que expidiera una regulación sobre el derecho

fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo como manifestación de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, así como sobre la razonabilidad de su despenalización total en términos de política criminal.

33. Una vez recapituló los elementos de la demanda, la Procuraduría aludió a la superación de la existencia de cosa juzgada en relación con la sentencia C-355 de 2006 e hizo una breve exposición de su tipología, así como de las exigencias para establecer si se presenta o no su debilitamiento.

34. El Ministerio Público observó que en la demanda se explican con suficiencia las modificaciones en el marco constitucional y legal, así como diferentes factores que dan cuenta del cambio en la significación material de la Constitución, en particular el consistente en el reconocimiento de la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) como derecho fundamental autónomo. En su intervención la Procuraduría realizó una descripción jurisprudencial sobre estas materias, con un énfasis en los derechos sexuales y reproductivos.

35. A partir de allí, el procurador identificó que en la sentencia C-355 de 2006 esta Corporación precisó que el derecho a la vida no tiene el carácter de absoluto y, por tanto, debe ser ponderado con otros valores, principios y derechos que originaron la adopción de las tres causales relacionadas con la despenalización. Así mismo resaltó que en sede de tutela se analizaron las distintas barreras que las mujeres sufren para acceder al IVE, lo que en su criterio "termina por anular los derechos de la mujer gestante. En consecuencia, para el Ministerio Público hay una nueva situación jurídica que reclama un sólido entorno jurídico y social para la realización efectiva, sin mencionar los otros derechos fundamentales que resultan también vulnerados por estar íntimamente ligados a la IVE". Adicionalmente, el representante del Ministerio Público sumó las recomendaciones de la Comisión Asesora en el Diseño de la Política Criminal del Estado, que evidencia la necesidad de avanzar en la despenalización del aborto.

36. El Ministerio Público indicó que "en el caso bajo estudio se ha desvirtuado la cosa juzgada por el evidente cambio en el significado material de la Constitución Política puesto que se ha presentado una evolución del derecho fundamental a la IVE" y que esto habilita un nuevo examen. Además, el procurador refirió que este asunto es distinto al analizado en la sentencia C-088 de 2020, pues allí la Corte se declaró inhibida. Así mismo, por cuanto la Procuraduría intervino bajo la premisa de que en dicha demanda se planteó un debate moral, relacionado con el momento en el que inicia la vida, lo cual no es concluyente para justificar un cambio en el significado material de la Constitución. Finalmente, el procurador indicó que era necesario distinguir entre las protecciones de la vida, que no son las mismas antes del nacimiento y en la concepción, de allí que en esa oportunidad "los argumentos no demostraron tener el peso necesario para justificar la enervación de la cosa juzgada y por tanto un nuevo pronunciamiento de la Corte".

37. La Procuraduría dijo que, en cambio, en la presente demanda sí se demuestra la transformación material de la Constitución que se evidencia en la evolución jurisprudencial. Por otro lado, el agente del Ministerio Público añadió que "en este caso la pretensión es opuesta a la presentada en casos decididos previamente, razón por la cual no es equiparable,

ya que en el sub judice la pretensión es la de despenalización total del aborto, mientras que en los casos ya resueltos por la Corte la pretensión ha sido la de su plena penalización", por lo que se trata de un contenido normativo distinto que debe ser revisado por esta corporación.

38. La Procuraduría explicó, entonces, que el debate sobre la configuración de la cosa juzgada constitucional está superado. Sin embargo, refirió que es necesario revisar y evaluar la competencia para juzgar omisiones legislativas absolutas, pues debido al principio de reserva legal la decisión recae en el Congreso de la República.

39. Bajo esa idea, la Procuraduría advirtió que en la sentencia C-355 de 2006 y en los pronunciamientos judiciales posteriores se desarrolló la línea que despenaliza el aborto a través de causales y de esa manera se consolidó lo definido en la Recomendación General 35 del Comité de la Convención sobre la Eliminación de Formas de Discriminación contra la Mujer y la Observación General No 22 del DESC. Para el procurador precisamente en la decisión de constitucionalidad se indicó que era el Congreso de la República quien tenía la potestad para establecer en qué otras causales el aborto no resultaba punible. También en la sentencia SU-096 de 2018 se volvió a exhortar al Congreso para que legislara sobre la materia.

40. La Procuraduría enfatizó en que la ausencia de regulación integral del derecho fundamental a la IVE es una barrera de acceso, que impide que las mujeres puedan adoptar decisiones de forma libre y autónoma sobre su propio cuerpo y que se evidencia una ausencia absoluta de regulación del aborto en su faceta como derecho fundamental autónomo. En efecto, para el procurador sólo existe como delito y, por ende, es al legislador y no a la Corte a quien le corresponde garantizar que el sistema de salud permita la IVE. Este cambio, de acuerdo a la Procuraduría, deberá implementarse tras haber escuchado a diferentes actores públicos y privados que le permitan al Congreso desarrollar una política pública, así como determinar si es razonable eliminar la criminalización del aborto.

41. Por estimar que se configura una omisión legislativa absoluta en materia del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo y ante la ausencia de desarrollo legal, el procurador sostuvo que esta corporación debe inhibirse. Sin embargo, pidió exhortar al Congreso de la República para que sea este quien regule íntegramente el acceso oportuno, seguro y legal al aborto.

VI. ACTUACIONES DURANTE EL DESARROLLO DEL PROCESO DE CONSTITUCIONALIDAD

42. Al trámite del expediente se allegaron diversas peticiones para adelantar una audiencia pública. El magistrado Rojas puso dichas solicitudes a disposición de la Sala Plena en sesión del 26 de mayo de 2021, oportunidad en la que, en ejercicio de sus facultades reglamentarias, se desestimó convocar a la reseñada audiencia.

43. Durante el desarrollo del proceso de constitucionalidad se presentaron varias peticiones de acumulación de demandas, de nulidad, de recusación contra un magistrado o la totalidad de la Sala Plena, y manifestaciones de impedimento. A continuación, se presentará en la siguiente tabla una síntesis de estas peticiones con su respectiva respuesta.

Tabla 1

-Relación de solicitudes presentadas a la Corte Constitucional durante el proceso de revisión de constitucionalidad del expediente D-13856

Petición o Actuación

Decisión

El 1 de octubre de 2020, la ciudadana Angela María Anduquía solicitó a la Sala Plena acumular los procesos de constitucionalidad radicados con los números D-13856 y D-13956.

En auto 403 de 2020, la Sala Plena rechazó la petición por no reunir los requisitos para tal evento.

El 27 de noviembre de 2020, la ciudadana Vilma Graciela Martínez, de manera electrónica, radicó un memorial dirigido a la Sala Plena donde solicitó que los magistrados de la Corte se declararán impedidos para conocer de este proceso, ya que el Tribunal recibe asistencia del Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, entidades multilaterales que apoyan el aborto.

La solicitud fue rechazada a través de auto 105A de 2021, pues se estimó que la petición era extemporánea.

Los días 26, 29 de enero y 15 de febrero de 2021 en escritos separados, el ciudadano Harold Eduardo Sua Montaña radicó ante la secretaría de la Corte Constitucional solicitudes de nulidad parcial del proceso de constitucionalidad de la referencia, pues en su criterio, se había presentado una vulneración al debido proceso por la mora en la notificación del auto 403 de 2020.

En auto 138 del 25 de marzo de 2021 se rechazaron por improcedentes las solicitudes de nulidad presentadas por Harold Eduardo Sua Montaña.

El 22 de abril de 2021, la ciudadana Vilma Graciela Martínez presentó solicitud de nulidad contra el Auto 105A de 4 de abril de 2021. En el mismo sentido, el 21 de abril de 2021, Harold Eduardo Sua Montaña presentó escrito titulado solicitud de declarar (sic) de manera oficiosa nulidad del auto de Sala Plena 105 A de 2021. En este escrito, además de pedir apartar del conocimiento de la decisión a la mayoría de los integrantes de la Sala Plena, solicitó que la recusación presentada por Vilma Martínez fuera entendida como una de aquellas que se dirige contra toda la Corporación y presentada de forma oportuna.

En auto 200 de 2021, la Sala Plena rechazó por improcedentes las solicitudes de nulidad presentadas por Harold Eduardo Sua Montaña y Vilma Graciela Martínez Rivera contra el Auto 105 A de 2021, y determinó estarse a lo resuelto en el auto 105 A de 2021, en relación con la petición de recusación presentada por la ciudadana Vilma Graciela Martínez Rivera.

Por otra parte, en el auto 179 de 2021, la Sala Plena decidió estarse a lo resuelto en el auto 105 A de 2021, en relación con peticiones repetitivas de recusación y con base en los

mismos hechos, formuladas contra la Sala Plena de la Corte. En el mismo sentido, en el auto 180 de 2021, la Sala Plena rechazó por abiertamente improcedentes las solicitudes presentadas por Harold Eduardo Sua Montaña, puntualmente aquella dirigida a la compulsa de copias contra el actor dentro del proceso de constitucionalidad, pues, a juicio de Sua Montaña, había conocido una providencia (el auto 403 de 2020) antes de su notificación. La providencia explicó que, dado el carácter digital y virtual del expediente, era apenas natural que el actor, como cualquier ciudadano, conociera en tiempo real las providencias dentro del proceso de constitucionalidad.

El 27 de abril de 2021, Vilma Graciela Martínez Rivera radicó escrito dirigido a la Sala Plena en el que, nuevamente, reiteró sus argumentos para recusar a toda la Corte Constitucional.

El auto 249 de 2021 resolvió estarse a lo resuelto en el auto 105 A de 2021, que definió rechazar la recusación presentada por la ciudadana Vilma Graciela Martínez Rivera contra todos los integrantes de la Sala Plena de la Corte Constitucional.

En auto 442 de 5 de agosto de 2021, la Sala Plena de la Corporación rechazó la recusación presentada por varios ciudadanos contra la totalidad de la Sala Plena de la Corporación y contra el magistrado Alberto Rojas Ríos, por considerar que carecían de legitimación, aunado a la falta de pertinencia de sus argumentos.

En auto 723 de 1 de octubre de 2021, la Sala Plena resolvió las peticiones de coadyuvancia de recusación que ya habían sido resueltas en el auto 442 de 5 de agosto de 2021. En la providencia de primero de octubre de 2021 la Sala Plena se estuvo a lo resuelto en el auto 442 de 5 de agosto de 2021, respecto del escrito de coadyuvancia a la solicitud de recusación. En el mismo sentido, frente a la recusación presentada contra el magistrado Alberto Rojas Ríos, se remitió el escrito a la magistrada Diana Fajardo Rivera para que proyectara la providencia que resolviera el mismo. En auto 1130 de primero de diciembre de 2021, con ponencia de la magistrada Diana Fajardo Rivera, se rechazó la recusación presentada por varios ciudadanos contra el magistrado Alberto Rojas Ríos por falta de legitimación y por falta de pertinencia.

Por lo anterior, y con el fin de rehacer las actuaciones anuladas, en auto 503 de 11 de agosto de 2021, la Sala Plena rechazó por falta de pertinencia las recusaciones presentadas por Harold Eduardo Sua Montaña los días 5 y 21 de abril del mismo año. En el mismo sentido, se rechazó por falta de pertinencia las recusaciones presentadas por Vilma Graciela Martínez Rivera los días 11 de marzo y 15 y 27 de abril de 2021.

Sobre la notificación del auto 503 de 2021, la señora Vilma Graciela Martínez Rivera presentó un nuevo escrito de recusación en contra de la Corte Constitucional como institución y reiteró los argumentos que había presentado en ocasiones previas. Sobre esta nueva recusación, la Sala Plena, por medio de auto 968 de 2021, decidió estarse a lo resuelto en el auto 503 de 2021.

En el mismo sentido, y con el fin de rehacer las actuaciones anuladas, en auto 732 de 30 de septiembre de 2021, la Sala Plena rechazó por improcedente la petición de nulidad formulada por Harold Eduardo Sua Montaña el 26 de enero de 2021 contra el auto 403 de 2020. Se

abstuvo de proferir decisión de fondo en relación con la petición de nulidad contra el registro del proyecto de fallo dentro del expediente D-13856, pues la misma fue advertida de oficio por la Sala Plena y adoptada a través del auto 502 de 2021. Finalmente, se rechazó por abiertamente improcedente la petición de nulidad formulada el 21 de abril de 2021, contra el auto 105 A de 2021.

El 16 de noviembre de 2021, el magistrado Alejandro Linares Cantillo manifestó impedimento para continuar conociendo de los asuntos de constitucionalidad de la referencia, al considerar que, en el marco de una entrevista con un medio de comunicación, "realizó breves referencias y generalidades a título de ejemplo de las difíciles decisiones que debe tomar la Corte" y, entre ellas, al caso del aborto". Indicó que las circunstancias allí mencionadas podrían enmarcarse en la causal de impedimento y recusación prevista en el artículo del 25 del Decreto Ley 2067 de 1991 de "haber conceptuado sobre la constitucionalidad de la disposición acusada".

En la sesión de la Sala Plena del día 18 de noviembre de 2021, se votó el impedimento presentado por el magistrado Alejandro Linares Cantillo, pero debido a que no se alcanzó la mayoría exigida para resolverlo, fue necesario designar un conjuez para determinar si el mismo era o no aceptado. En efecto, en la sesión de Sala Plena de 18 de noviembre de 2021 se designó como conjuez para resolver el impedimento a Hernando Yepes Arcila.

En auto 1063 de 1 de diciembre de 2021, la Sala Plena resolvió la recusación contra el conjuez Hernando Yepes Arcila después de la recusación formulada por los demandantes dentro del proceso D-13956 e intervinientes dentro del proceso D-13856. La misma fue rechazada, pues de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2067 de 1991, no son recusables "los magistrados y conjueces a quienes corresponda la decisión sobre impedimentos o recusaciones". En el mismo sentido, el 2 de diciembre, el ciudadano Enrique Gómez Martínez, quien actúa como apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos en un trámite de tutela interpuesta por Proactiva Doña Juana bajo el radicado T-7.648.831, refirió que el conjuez Hernando Yepes Arcila está incurso en un conflicto de intereses, dado que es el apoderado de la entidad tutelante en dicho proceso, cuya sustanciación en sede de revisión es competencia del magistrado Alejandro Linares Cantillo. En auto 031 de 2022, la Sala Plena de la Corte Constitucional rechazó por impertinente la recusación presentada contra el conjuez Hernando Yepes Arcila, por cuanto el solicitante no acreditó legitimación en la causa por activa ni son recusables los conjueces a quienes corresponda la decisión sobre impedimentos o recusaciones.

En sesión del 20 de enero de 2022, con la presencia del conjuez Hernando Yepes Arcila, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 y 26 del decreto 2067 de 1991, se aceptó el impedimento manifestado por el magistrado Alejandro Linares Cantillo. Debido a que el proyecto de sentencia de la referencia se votó y no alcanzó la mayoría reglamentaria para adoptar sentencia, se procedió a realizar el sorteo de rigor y resultó seleccionado como conjuez Juan Carlos Henao Pérez. El 21 de enero de 2022, se informó al conjuez de tal determinación.

El 8 de febrero de 2022, varias ciudadanas presentaron recusación contra la magistrada Cristina Pardo Schlesinger. Además, el 9 de febrero de 2022, la magistrada Cristina Pardo

Schlesinger manifestó impedimento para conocer de la demanda de la referencia, toda vez que, en su criterio, podría estar incursa en la causal de tener interés moral en la decisión.

En auto 341 de 17 de marzo de 2022, la Sala Plena declaró infundada la manifestación de impedimento presentada por la magistrada Cristina Pardo Schlesinger. En auto 342 del 17 de marzo de 2022, la Sala Plena de la Corte rechazó por carecer de legitimidad la recusación formulada contra la magistrada Cristina Pardo Schlesinger.

Después de la designación como conjuez de Juan Carlos Henao Pérez, se recibieron múltiples recusaciones contra él, pues se indicaba que tenía interés en la decisión. En particular, el 26 de enero de 2022, la ciudadana Ana María Idárraga Martínez presentó recusación contra Juan Carlos Henao Pérez, pues en el año 2019, en su criterio realizó manifestaciones a favor de la despenalización del aborto. En el mismo sentido, el 1 de febrero de 2022, otra ciudadana indicó que el conjuez había realizado, en su criterio, manifestaciones a favor de la despenalización en el año 2021. Otras múltiples peticiones de recusación, 47 en total, fueron presentadas siguiendo un formato de recusación.

En atención a que la providencia sobre la recusación del conjuez Juan Carlos Henao no alcanzó la mayoría necesaria, en sesión de Sala Plena celebrada el 9 de febrero de 2022, se dispuso la designación del conjuez Mauricio Fajardo Gómez para decidir sobre las recusaciones presentadas contra el conjuez Juan Carlos Henao Pérez dentro del proceso D-13856. Mediante auto 1503 del 13 de octubre 2022, y con la presencia del conjuez Mauricio Fajardo Gómez, designado en dicha calidad para resolver el asunto, se admitió como pertinente la recusación formulada por la señora Idárraga Martínez y la coadyuvancia que frente a la misma presentó la señora Carol Stefanny Borda Acevedo.

En consecuencia, se le solicitó al conjuez informar si se apartaba del caso o no y se dispuso abrir a pruebas el incidente de recusación de acuerdo con los términos del artículo 29 del Decreto Ley 2067 de 1991. En escrito del 11 de enero de 2023 el conjuez Henao Pérez rindió el respectivo informe, por medio del cual no aceptó la recusación presentada. Asimismo, ni la recusante ni la coadyuvante le solicitaron a la Corte la práctica de prueba alguna según informe presentado por la Secretaría General del Tribunal el 20 de enero del 2023. Finalmente, mediante auto 1704 del 27 de julio de 2023, la Sala Plena de la Corte negó la recusación al considerar que no se probó la causal de tener interés moral en la decisión invocada por la recusante.

Fuente: elaborado por el despacho de la magistrada sustanciadora.

44. Al haber sido resueltas las peticiones de recusación y las manifestaciones de impedimento, la Sala Plena entra a resolver la demanda de la referencia.

VII. CONSIDERACIONES

A. Competencia

45. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la

demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues la disposición acusada forma parte de una ley de la República, en este caso la Ley 599 de 2000.

46. El ciudadano Andrés Sánchez Molina presentó una demanda contra el artículo 122 de la Ley 599 de 2000. En su acción, el actor argumentó que las restricciones actuales al aborto, impuestas por el artículo cuestionado, constituyen un trato discriminatorio entre hombres y mujeres que infringe los derechos constitucionales a la dignidad humana, igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

47. Adicional a este cargo, el accionante sostuvo que no se predica la cosa juzgada derivada de la sentencia C-355 de 2006 toda vez que el contexto normativo y la interpretación constitucional han cambiado sustancialmente, como lo reflejan varias decisiones sobre los derechos sexuales y reproductivos proferidos por la misma Corte Constitucional y varios tribunales internacionales.

48. Como se explicó en los antecedentes, en la sentencia C-355 de 2006, la Corte examinó el artículo ahora demandado. En dicha decisión la Corte encontró que la norma se ajustaba a la Constitución bajo el entendido de que no se incurre en el delito de aborto allí previsto cuando, con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los casos donde la continuación del mismo constituya un peligro para la vida o la salud, en casos donde exista una grave malformación del feto que haga inviable su vida y cuando el embarazo sea el resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal violento, acto sexual sin consentimiento o de inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas.

49. A su vez, durante el trámite de esta acción pública de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-055 de 2022, por medio de la cual examinó el artículo 122 del Código Penal demandado por el accionante. En dicha decisión, la Corte declaró la exequbilidad condicionada de dicha norma bajo el entendido de que la conducta de abortar allí prevista no será punible cuando se realice antes de la semana 24 de gestación o cuando se realice por fuera de dicho término siempre que se configuren las causales eximientes de responsaiblidad penal reconocidas por este Tribunal en la sentencia C-355 de 2006. Asimismo, la Corte exhortó a Congreso de la República y al gobierno nacional a adoptar una política pública en la materia.

50. Por ende, lo primero que debe hacer la Corte es determinar si en este caso se configuró el fenómeno de la cosa juzgada constitucional frente a la sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022 y luego examinar si la demanda es apta frente al cargo de igualdad propuesta por el señor Sánchez Molina.

Primera cuestión previa: análisis de la cosa juzgada.

51. La Sala Plena encuentra que es necesario pronunciarse sobre la eventual configuración de la cosa juzgada respecto del apartado normativo acusado por el ciudadano Andrés Mateo Sánchez Molina, en la medida en que la Corte Constitucional analizó la norma demandada en las sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022.

52. En efecto, en la demanda actual, el actor manifestó que no se presentaba una cosa

juzgada en relación con la sentencia C-355 de 2006 porque existe un cambio en el contexto normativo. En su criterio, a partir de la mencionada decisión las mujeres cuentan con un derecho fundamental a decidir libremente si interrumpen o no su embarazo. Para el demandante, aunque la Constitución de 1991 no ha sido modificada de manera formal, existe un nuevo enfoque para el tratamiento del aborto derivado de lo dicho por los organismos internacionales de Derechos Humanos y los precedentes de la Corte Constitucional en materia de derechos sexuales y reproductivos.

53. Adicionalmente, durante el trámite del presente asunto de constitucionalidad, esta Corporación, el 21 de febrero de 2022, profirió la sentencia C-055 de 2022, mediante la cual resolvió otra demanda formulada contra el artículo 122 de la Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal". En la providencia se declaró la exequibilidad condicionada de la disposición legal acusada y se exhortó de nuevo al Congreso de la República y al gobierno nacional para adoptar una política pública que evite los amplios márgenes de desprotección para la dignidad y los derechos de las mujeres gestantes y a su vez, proteja el bien jurídico de la vida en gestación. La exequibilidad condicionada fue resumida por la Corte de la siguiente manera:

54. Para el análisis de la cosa juzgada en el caso bajo examen, la Sala hará primero una breve alusión a este fenómeno y sus tipologías, luego explicará los fundamentos de la sentencia C-055 de 2022 y los contrastará con los cargos de la demanda actual. Finalmente, como resultado de esta comparación, la Corte definirá si frente a la disposición demandada, esto es, el artículo 122 del Código Penal, operó o no el fenómeno de la cosa juzgada.

La cosa juzgada constitucional y sus tipologías

55. La cosa juzgada constitucional encuentra sustento en el artículo 243 de la Constitución que dispone que las sentencias que la Corte dicta "en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional", razón por la cual "[n]inguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución". Por su parte, los artículos 46 y 48 de la LEAJ y 22 del Decreto 2067 de 1991 señalan que todas las sentencias que profiera la Corte en ejercicio de sus competencias de control abstracto "son definitivas, de obligatorio cumplimiento y tienen efectos [generales]". Por esas razones, en principio, la Sala Plena no puede pronunciarse sobre un asunto debatido y fallado con anterioridad.

56. Recientemente, en la sentencia C-101 de 2022, la Corte reiteró que, para determinar si se configura la cosa juzgada, existen tres parámetros que deben concurrir en cada caso concreto. Primero, que la demanda proponga estudiar el mismo contenido normativo de una proposición jurídica ya estudiada en una sentencia anterior. Segundo, que se presenten los mismos argumentos o cuestionamientos en el fallo antecedente. Tercero, que no haya variado el parámetro normativo de control.

57. Por su parte, en la sentencia C-039 de 2021, la Corte hizo un recuento de los diferentes tipos de cosa juzgada constitucional. En primer lugar, existe la cosa juzgada formal que opera cuando la Sala Plena ya se pronunció sobre la disposición demandada y que trae como consecuencia que la Corte Constitucional deba estarse a lo resuelto en la sentencia previa.

En segundo lugar, existe la cosa juzgada material que se presenta cuando se acusa una disposición que es formalmente distinta, pero que tiene un contenido normativo idéntico al de otra que ya fue controlada por esta Corporación en sede de control de constitucionalidad. Desde esa perspectiva, para definir si en un caso concreto existe cosa juzgada material, hay que evaluar si existe una decisión de constitucionalidad anterior sobre una regla de derecho idéntica, pero contenida en distintas disposiciones jurídicas y, luego, determinar cuál es el nivel de "similitud entre los cargos del pasado y del presente y el análisis constitucional de fondo sobre la proposición jurídica".

58. En tercer lugar, la Sala distingue la cosa juzgada absoluta de la relativa y de la aparente. La absoluta se presenta cuando, en la sentencia previa, la Sala Plena no limitó el pronunciamiento de constitucionalidad sobre el enunciado normativo analizado a unos cargos determinados, de manera que esa disposición no puede ser examinada nuevamente, pues se entiende que el control de constitucionalidad se ejerció respecto a la integralidad de la Constitución. Por el contrario, la cosa juzgada relativa opera cuando, de forma explícita o implícita, la Sala Plena restringió los efectos de su decisión a los cargos analizados, razón por la cual es posible un nuevo pronunciamiento sobre la disposición en caso de que la misma sea acusada por cargos nuevos, distintos a los ya analizados. Por su lado, la cosa juzgada aparente se configura cuando, a pesar de haberse proferido "una decisión en la parte resolutiva declarando la exequibilidad, en realidad no se efectuó análisis alguno de constitucionalidad" de forma que la Corte puede pronunciarse de fondo sobre la disposición respectiva.

59. A su vez, la Corte Constitucional diferencia la cosa juzgada material en sentido estricto de la cosa juzgada material en sentido amplio o lato. Para que ocurra la segunda, es necesario que, en una sentencia anterior, la Corte haya declarado la exequibilidad, simple o condicionada, del contenido normativo demandado. Así, es necesario que se acrediten los siguientes requisitos:

"i) [q]ue exista una sentencia previa de constitucionalidad sobre una disposición con idéntico contenido normativo a la que es objeto de demanda, esto es, que los "efectos jurídicos de las normas sean exactamente los mismos". (ii) Que exista identidad entre los cargos que fundamentaron el juicio de constitucionalidad que dio lugar a la sentencia proferida por esta Corporación y aquellos que sustentan la nueva solicitud. (iii) Que la declaratoria de constitucionalidad se haya realizado por razones de fondo. (iv) Que no se hayan producido reformas constitucionales frente a los preceptos que sirvieron de base para sustentar la decisión; y que se esté ante el mismo contexto fáctico y normativo. En efecto, como en reiteradas ocasiones lo ha señalado este Tribunal, el juez constitucional tiene la obligación de tener en cuenta los cambios que se presentan en la sociedad, pues puede ocurrir que un nuevo análisis sobre normas que en un tiempo fueron consideradas exequibles a la luz de una nueva realidad ya no lo sean".

60. Adicionalmente, la Sala Plena considera que cuando opera la cosa juzgada material en sentido amplio o lato, debe estarse a lo resuelto en la sentencia anterior y declarar la exequibilidad o la exequibilidad condicionada de la disposición acusada, conforme al pronunciamiento anterior.

61. Como lo reconoció la Corte, el análisis de la cosa juzgada es más complejo cuando en la decisión anterior la Corte declaró la exequibilidad condicionada de una norma, es decir, profirió una sentencia integradora. En las decisiones integradoras, esta Corporación suple aparentes vacíos normativos o resuelve las evidentes indeterminaciones del marco legal, como ocurrió en las sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022. Los fallos integradores, en cualquiera de sus modalidades, encuentran fundamento en el carácter normativo de la Constitución (artículo 4 CP) y en los principios de efectividad (artículo 2 CP) y conservación del derecho (artículo 241 CP), los cuales gobiernan el ejercicio del control de constitucionalidad. En relación con este tipo de providencias, la jurisprudencia precisó:

"(…) 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".

62. El efecto propio de la decisión de exequibilidad condicionada consiste en que "la interpretación excluida del ordenamiento jurídico no podrá ser objeto de reproducción o aplicación en otro acto jurídico. Igualmente, implica que en los supuestos en los que la Corte ha adoptado una sentencia aditiva, no se encuentra permitido reproducir una disposición que omita el elemento que la Corte ha juzgado necesario adicionar".

La sentencia C-355 de 2006

63. En la decisión C-355 de 2006 la Corte examinó la constitucionalidad de los artículos 122, 123 y 124 del Código Penal relativos a la penalización del aborto y sus circunstancias de adecuación punitiva. En aquella oportunidad, el Tribunal analizó tres demandas presentadas por diferentes ciudadanos. En resumen los demandantes argumentaron que las normas impugnadas vulneraban diversos derechos constitucionales, como el derecho a la dignidad, autonomía reproductiva, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, vida, salud, integridad, y el deber de cumplir con las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos. En particular, los accionantes argumentaron que la penalización del aborto contradecía los principios de libertad, autonomía y proporcionalidad, especialmente en casos de violación, malformaciones fetales graves y en mujeres menores de catorce años. Además, señalaron que la prohibición discrimina a las mujeres, especialmente a aquellas de bajos recursos, por lo que violaba el derecho a la igualdad.

64. En su análisis de fondo, la Corte empezó por determinar sobre si en esta materia existía cosa juzgada constitucional toda vez que en la sentencia C-133 de 1994 el Tribunal declaró exequible un enunciado normativo similar contenido en el artículo 343 del Código Penal de 1980. El Tribunal estableció que no se configuró la cosa juzgada ya que, aunque el contenido entre las normas examinadas era parecido las penas para las conductas allí prescritas eran diferentes entre el estatuto penal de 1980 y el del 2000.

65. Al analizar entonces las disposiciones de fondo, el Tribunal concluyó que el modelo de sanción penal absoluta sobre la interrupción voluntaria del embarazo vigente para ese

momento se traducía en una intromisión estatal desproporcionada e irrazonable en el libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana de las mujeres. Por ello, la Sala Plena concluyó que la única manera de armonizar la protección de los derechos fundamentales de las mujeres, en especial el de la vida, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad, era despenalizar dicha conducta en casos donde el embarazo fuera resultado de una violación o incesto, cuando representara un riesgo para la salud mental o física de la mujer o cuando el feto fuera inviable en la vida extrauterina.

66. Para llegar a esta decisión, la Corte Constitucional señaló que si bien el legislador puede proteger la vida del feto, cualquier disposición a adoptar debe tener como limite el derecho fundamental a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad como quiera que a través del mismo se protege la autonomía y la integridad de las mujeres. En ese sentido, la Sala señaló que el deber del Estado de proteger la vida del feto debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer por lo que una penalización absoluta como la contemplada en ese momento era inaceptable en términos constitucionales.

La sentencia C-055 de 2022

67. En la decisión del 2022 la Corte se pronunció sobre el cambio en el contexto normativo alrededor de la penalización parcial de la interrupción voluntaria del embarazo, por lo que abordó los argumentos elevados por el demandante en el proceso de la referencia. A pesar de que en la sentencia C-355 de 2006 la Corte ya se había pronunciado sobre la constitucionalidad del artículo 122 del Código Penal, consideró que era procedente un nuevo pronunciamiento de fondo porque: (i) los cargos de inconstitucionalidad eran diferentes a los examinados en la decisión de 2006; (ii) había operado una modificación en el significado material de la Constitución con respecto a la problemática constitucional en torno al aborto consentido; y (iii) se produjo también un cambio en el contexto normativo del que forma parte el artículo 122 del Código Penal.

68. En el análisis de fondo, la Corte examinó cuatro cargos: (i) la vulneración del derecho a la salud y los derechos reproductivos de las mujeres, las niñas y las personas gestantes (artículos 49, 42 y 16 de la Constitución); (ii) el desconocimiento del derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en condición migratoria irregular (artículos 13 y 93 de la Constitución, 1 de la CADH y 9 de la Convención de Belem do Pará); (iii) la vulneración de la libertad de conciencia de las mujeres, niñas y personas gestantes, “frente a la posibilidad de actuar conforme a sus convicciones en relación con su autonomía reproductiva (artículo 18 de la Constitución)”; y (iv) la incompatibilidad con la finalidad preventiva de la pena y de las exigencias constitucionales derivadas del carácter de ultima ratio del derecho penal (preámbulo y artículos 1 y 2 de la Constitución).

69. Con respecto al primer cargo, la Corte consideró que la actual tipificación del delito de aborto consentido entra en una fuerte tensión con la obligación de respetar el derecho a la salud y los derechos reproductivos de las mujeres, niñas y personas gestantes. En este sentido, la Sala Plena señaló que la sanción penal categórica y sin alternativas frente a quienes interrumpen voluntariamente su 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". En este punto, la Corte puso de relieve la ausencia de una política pública integral, que se oriente a la protección de la vida en gestación y de los derechos y garantías de las mujeres, niñas y personas gestantes.

70. En lo que tiene que ver con el segundo cargo, la Corte consideró que someter a una pena de prisión a la mujer que decide no continuar con el proceso de gestación, sin ofrecerle alternativas para el ejercicio de sus derechos, "impacta de manera diferente –evidentemente más desproporcionada– a las mujeres más vulnerables por su condición socioeconómica, su origen rural, su edad o su situación migratoria, entre otros factores", en la medida en que, debido a su situación de vulnerabilidad, no pueden acceder fácilmente a los servicios de salud sexual y reproductiva. Por esta razón, la Sala Plena concluyó que el artículo 122 del Código Penal, en el contexto normativo actual, también entra en fuerte tensión con el derecho a la igualdad de las mujeres en situación de vulnerabilidad y en situación migratoria irregular.

71. Esta fuerte tensión la encontró también la Corte al analizar el tercer cargo, con respecto a la libertad de conciencia de las mujeres, niñas y personas gestantes. En efecto, esta Corporación señaló que la posibilidad de ser sancionado penalmente es uno de los factores que afecta la toma de decisiones sobre la realización de determinadas conductas. Así, la Corte explicó que esa especial afectación a la autonomía implica un juicio de constitucionalidad más estricto y riguroso de los tipos penales cuando estos "interfieren en el ejercicio de libertades intrínsecamente asociadas a la dignidad humana, en especial cuando aquellos implican coerción sobre convicciones íntimas y personales que gozan de protección constitucional" (resaltado por fuera del texto). Este análisis llevó a la Sala Plena a concluir que la decisión de asumir la maternidad es:

72. Así, para la Corte, la norma demandada implica la imposición estatal de una decisión que no necesariamente es compartida, puede atentar contra las convicciones íntimas de la mujer, niña o persona gestante, "y sustituye en parte su derecho a elegir cómo quieren vivir y definir su plan de vida" (resaltado por fuera del texto).

73. En el análisis del cuarto y último cargo, la Corte consideró que la dignidad humana y los demás valores, principios y derechos fundamentales previstos en el preámbulo y en el artículo 2 de la Constitución constituyen límites sustantivos al poder punitivo estatal. En este sentido, la Sala Plena precisó que cuando la penalización de una conducta no es compatible con los fines sociales de la pena supone una instrumentalización del individuo, a todas luces contraria a la dignidad humana. Esta Corporación encontró que, aunque la disposición demandada pretender realizar una finalidad constitucional imperiosa, esto es, proteger la vida en gestación, utiliza al derecho penal como prima ratio, en contravía con los parámetros constitucionales.

74. La Corte explicó esta afirmación a partir de las siguientes cuatro razones: primero, la omisión legislativa de una regulación integral de la problemática social que supone el aborto consentido. Segundo, la mayor exigencia de regulación a cargo del legislador, luego de la expedición de la sentencia C-355 de 2006, y cuya omisión se ha evidenciado a través de múltiples fallos de tutelas proferidos por la Salas de Revisión de la Corte. Tercero, dos

circunstancias constitucionalmente relevantes, a saber: “(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”. Cuarto, la existencia de mecanismos alternativos y menos lesivos para la protección gradual e incremental de la vida en gestación.

75. Luego de verificar la existencia de una tensión de relevancia constitucional entre la protección de la vida en gestación y los derechos invocados en cada uno de los cuatro cargos, la Corte resolvió dicha tensión a partir de la adopción de una fórmula intermedia u “óptimo constitucional”, que “evite los amplios márgenes de desprotección de las garantías en que se fundan los cargos analizados y, a su vez, proteja la vida en gestación sin desconocer tales garantías”.

76. La fórmula que propuso la Corte está compuesta por tres elementos: (i) las tres hipótesis evidenciadas en la sentencia C-355 de 2006; (ii) el concepto de autonomía, entendido como el “momento en el que existe una mayor probabilidad de vida autónoma extrauterina del feto” y que justifica su protección reforzada por el derecho penal, de conformidad con el contexto normativo actual; (iii) la promoción de un diálogo en las instancias de representación democrática para la formulación e implementación de “una política pública integral que evite los amplios márgenes de desprotección para la dignidad y los derechos de las mujeres gestantes […] y, a su vez, proteja en forma gradual e incremental la vida en gestación”.

77. En línea con estos tres elementos, y como concreción de la fórmula propuesta, la Corte decidió declarar la exequibilidad condicionada del artículo 122 del 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”. También la Corte exhortó al Congreso y al Gobierno para que formulen e implementen la política pública integral a la que se hizo referencia en el párrafo anterior.

78. Los motivos de la decisión que llevaron a la Corte a declarar la exequibilidad condicionada de la norma demandada, y que fueron expuestos en los párrafos anteriores, serán el punto de partida para el estudio de la configuración de la cosa juzgada en el asunto objeto de la referencia.

Análisis de la configuración de la cosa juzgada en el caso concreto

79. La Sala pasará a estudiar si respecto de los cargos admitidos de la demanda y frente a las sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022 se configuró la cosa juzgada en alguna de las tipologías mencionadas. En caso contrario, este Tribunal examinará la aptitud de las acusaciones presentadas por el actor y, si es el caso, se analizarán de fondo los cargos que superen los anteriores estudios.

80. Se recuerda que, en el auto admisorio del 1 de septiembre de 2020, el magistrado sustanciador admitió tres acusaciones del actor, puntualmente aquellas que indicaban que el tipo penal previsto en el artículo 122 del Código Penal vulnera el derecho a la dignidad

humana (artículo 1), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16) y el derecho a la igualdad en el acceso al servicio de salud de las mujeres (artículo 13).

81. En primer lugar, el apartado normativo demandado fue analizado de fondo y declarado exequible condicionalmente en la sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022, tal y como se puede apreciar en la siguiente tabla. Por ese motivo, en este caso es claro que no se configuró la cosa juzgada material en sentido amplio o lato, pues para que ese fenómeno opere es necesario que la Corte se haya pronunciado sobre una disposición formalmente distinta con contenido normativo idéntico. Por tanto, la Corte valoraría si se configura alguna de las modalidades de la cosa juzgada formal, que inhiba su competencia para adoptar una decisión de fondo, en el presente asunto.

82. Así, vale la pena recordar que en la sentencia C-055 de 2022 se analizó el artículo 122 de la Ley 599 de 2000 a partir de la declaratoria de exequibilidad condicionada que se realizó en la sentencia C-355 de 2006 y lo mismo ocurre en esta oportunidad.

Tabla 2

Apartado normativo demandado

Norma demandada en esta ocasión

Norma demandada y declarada exequible condicionalmente en las sentencias C-355 de 2006 C-055 de 2022

Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

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

(Con el condicionamiento dispuesto por la sentencia C-355 de 2006).

Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

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

(Con el condicionamiento dispuesto por la sentencia C-355 de 2006).

Fuente: elaborado por el despacho de la magistrada sustanciadora.

83. En consecuencia, es claro que la disposición examinada en la sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022 es la misma que se demanda en esta oportunidad. Por esta razón, la Sala Plena seguirá con el examen de los otros elementos que deben concurrir para determinar la configuración de la cosa juzgada formal.

84. Ahora bien, la Sala estudiara de manera conjunta si opera la cosa juzgada constitucional frente a la vulneración de los derechos a la dignidad humana y el libre desarrollo de la

personalidad. El análisis conjunto se explica porque el demandante en su escrito de demanda formuló un único cargo por la presunta vulneración de estos dos derechos.

De la vulneración del derecho a la dignidad humana (artículo 1 de la Carta) y al principio de libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 de la Constitución Política)

85. Esta Corporación considera que frente al cargo de vulneración de la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad operó la cosa juzgada formal porque existe una coincidencia entre el parámetro de examen al que acudió la Corte en las sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022 y el que se propone en esta oportunidad. En efecto, el cargo actual se encuentra subsumido en el problema jurídico resuelto por la Corte en esas dos ocasiones.

86. El actor sostuvo que la disposición legal vulnera el derecho a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, pues desde la jurisprudencia interamericana (caso I.V. contra Bolivia) se entendió que el inciso primero del artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una cláusula general de dignidad conforme a la cual todos los individuos deben ser tratados como iguales, según sus intenciones y propias decisiones de vida. El demandante señaló que la interpretación que le dio la Corte Interamericana a la dignidad humana es compatible con la jurisprudencia constitucional, pues la Corte Constitucional también reconoció que la dignidad humana incluye el derecho de todos los individuos para que puedan determinar su actuar bajo sus propias preferencias personales.

88. Por su parte, en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad “la libertad y la dignidad son indisolubles, existe un vínculo inquebrantable entre ellas, si se limita la libertad se afecta la dignidad”. En su demanda, el señor Sánchez Molina explicó la vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad a partir de la idea de que la norma demandada le impide a la mujer decidir sobre su propio cuerpo, autodeterminarse, “decretar los rumbos de su vida, fijar los destinos de aquello que es de ella y de ningún otro ser, su cuerpo y, consecuencia de ello, claramente afecta su proyecto de vida”.

89. El demandante argumentó que el Estado no puede obligar a una mujer a ser madre, no puede imponerle la carga de soportar un embarazo y resistir un parto sin su consentimiento. En esta medida, según el actor, la pena de prisión es un mecanismo de coacción que le impide a la mujer el ejercicio de su autonomía, lo que implica su cosificación, entenderla como una “máquina de hacer hijos”, negarle el derecho a determinar su propio destino y a decidir sobre su propio cuerpo “sin la intervención de la mano amenazante del Estado”.

90. Para el señor Sánchez Molina, esa intervención penal del Estado en los supuestos de aborto consentido anula los derechos a la libertad, a la autonomía y a la dignidad de la mujer, y en este punto se cuestiona: “Si una mujer no puede decidir sobre su cuerpo ¿sobre qué si puede? ¿Acaso una mujer ni siquiera es dueña de su propio organismo?”.

91. Ahora bien, la sentencia C-355 de 2006 confrontó la penalización del aborto vigente para ese momento con los derechos a la dignidad y el principio al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. En el caso específico de la dignidad, la Corte señaló que la dignidad humana es un límite a la potestad de configuración del legislador en materia penal, aun cuando se trate de proteger bienes constitucionalmente relevantes como la vida del feto. Por ello, advirtió el Tribunal:

“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 simplemente en un instrumento de reproducción de la especia humana, o de imponerle en ciertos casos, contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear”.

92. En lo referente al libre desarrollo de la personalidad, la decisión del 2006 reiteró que este derecho comprende no sólo las libertades públicas reconocidas de forma explícita en la Constitución sino también la autonomía individual que no está necesariamente protegida por ninguno de estos derechos. Bajo esa premisa, la Sala Plena señaló que no se trata de un derecho carente de contenido sino que, por el contrario, está vinculado al ámbito de decisiones del individuo, su plan de vida y modelo de realización personal. Así, el Tribunal determinó que la penalización absoluta de aborto -a través de tres hipótesis extremas que anulaban tal garantía de manera desproporcionada- restringe de manera desproporcionada dicha libertad ya que impone un modelo perfeccionista sobre las personas que limita de forma inconstitucional su libre albedrió o capacidad de decisión propia. En palabras de la Corte:

“Llevar el deber de protección estatal a la vida en gestación en estos casos excepcionales hasta el extremo de penalizar la interrupción del embarazo, significa darle una prelación absoluta a la vida en gestación sobre los derechos fundamentales comprometidos de la mujer embarazada, especialmente su posibilidad de decidir si continúa o no con un embarazo no consentido. Una intromisión estatal de tal magnitud en su libre desarrollo de la personalidad y en su dignidad humana, privaría totalmente de contenido estos derechos y en esa medida resulta manifiestamente desproporcionada e irrazonable. La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo, y por tanto el consentimiento para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todos los sentidos”.

93. Por su parte, la sentencia C-055 de 2022 explicó que la penalización absoluta del aborto genera tensiones con otros derechos fundamentales, como la libertad de conciencia o la dignidad. En ese sentido, dicha providencia señaló que el juez constitucional debía encontrar un óptimo constitucional donde se protegiera a la mujer de situaciones extremas donde sus derechos estuvieran en riesgo y, al mismo tiempo, promover un diálogo constitucional democrático para formular políticas públicas que protejan de manera equilibrada los derechos de las personas gestantes como también la vida en gestación. La Corte consideró que, por la especial afectación a la autonomía, el juicio de constitucionalidad respecto de los tipos penales generales, impersonales y abstractos, debía realizarse de una manera más estricta y rigurosa. En efecto, el análisis es más estricto cuando los tipos penales interfieren en el ejercicio de libertades intrínsecamente asociadas a la dignidad humana, en especial cuando aquellos implican coerción sobre convicciones íntimas y personales que gozan de protección constitucional.

94. Así, el argumento del actor relacionado con la imposibilidad que tienen las mujeres de decidir sobre su propio cuerpo encuentra respuesta en el estudio realizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-055 de 2022. Esta Corporación advirtió que la tipificación del

delito en los términos del artículo 122 de la ley 599 de 2000 implicaba una coerción precisamente sobre las convicciones íntimas de la persona que se ve forzada a continuar un embarazo.

95. Por esa razón, esta Corporación afirmó que la política criminal tiene límites formales y materiales de carácter constitucional, los cuales se derivan de los artículos 1 y 2 de la Carta. En concreto, las normas mencionadas erigen a la dignidad humana como fundamento del Estado y a la protección de los derechos de las personas como su finalidad esencial. Así, la Corte concluyó que la garantía de la dignidad humana corresponde a un mandato vinculante para el legislador al momento de tipificar los delitos.

96. En efecto, como se expuso en la sentencia C-055 de 2022, el ejercicio del poder punitivo es compatible con la dignidad humana si la tipificación de la conducta mantiene presente que cada persona es "un fin en sí mismo y no puede ser considerado un medio en relación con fines ajenos a él", y sus conductas no pueden ser objeto de una intromisión indebida del Estado.

97. El que la dignidad humana se presente como un límite constitucional a la intromisión del Estado en las conductas tipificadas como delito responde, en primera medida, el cargo expuesto por el demandante en el proceso de la referencia.

98. Ahora, la Corte también manifestó que el uso necesario del derecho penal exige que este sea compatible con las funciones o fines sociales de la pena. Así, este Tribunal reiteró la jurisprudencia constitucional según la cual "las penas no son fines en sí mismas; la consagración de la dignidad de la persona humana como fundamento del jus puniendi, hace que las mismas lleven adscritas específicas funciones y, por ello, excluyen el capricho legislativo o judicial".

99. Entonces, en palabras de la sentencia C-055 de 2022:

"garantizar el cumplimiento de la última ratio del derecho penal concuerda con la necesidad de que la pena cumpla ciertos fines o funciones sociales, de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, las cuales, al estar 'atadas a los contenidos de dignidad humana, se ofrecen como una limitación al ejercicio del ius puniendi en todas sus expresiones (legislativa, judicial y de ejecución)'. Lo contrario, esto es, la penalización de una determinada conducta que no sea compatible con los fines sociales de la pena supone instrumentalizar a los individuos para un pretendido beneficio social, lo cual es a todas luces contrario a la dignidad inherente a la condición humana, eje axial de la Constitución, tal como se deriva del preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Carta".

100. Además, la Sala Plena afirmó que:

"El reconocimiento de la dignidad de las mujeres y las niñas y, por tanto, el ejercicio de la libertad que esta supone implica que el Legislador valore como un bien jurídico relevante su libre opción de la maternidad. El ejercicio del ius puniendi estatal es incompatible con esta garantía cuando en la regulación del delito del aborto con consentimiento tal circunstancia no se tiene en cuenta, ya que la tipificación en forma de prohibición absoluta y sin ningún tipo de ponderación, da lugar a una instrumentalización de la mujer para un fin reproductivo por

medio de la amenaza del derecho penal".

101. Ahora bien, aunque en la demanda actual el señor Sánchez Molina planteó este cargo a partir de la vulneración al libre desarrollo de la personalidad, mientras que en la sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022 las demandantes lo relacionaron con la libertad de conciencia (artículo 18 de la Constitución), y 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), los planteamientos de la sentencia referida dieron plena respuesta a los reproches y argumentos que en esta oportunidad formula el demandante.

102. Así, la Corte fundamentó su argumentación en la idea de que la decisión de procrear o no hacerlo, de asumir o no la maternidad, en definitiva, la autonomía reproductiva, es un asunto "personalísimo, individual e intransferible", respecto del cual, prima facie, le está prohibido al Estado intervenir. La Corte explicó esas tres características de la autonomía reproductiva así:

"La decisión de asumir la maternidad, en consecuencia, es (i) personalísima, porque impacta el proyecto de vida de la mujer, niña, adolescente o persona gestante que decide continuar y llevar a término un embarazo, no solo durante el periodo de gestación, sino más allá de él; (ii) individual, por el impacto físico y emocional que supone el desarrollo de la gestación en su experiencia vital y su propia existencia, e (iii) intransferible, porque la autonomía de la decisión de asumir la maternidad no puede ser trasladada a un tercero, salvo casos excepcionales en los que se haya previsto un previo consentimiento o existan razones sólidas para inferirlo" (resaltado por fuera del texto).

103. Con respecto a la primera y la última de estas características, la Corte señaló que la definición de un proyecto de vida está ligada estrechamente con la decisión de asumir o no la maternidad, de conformidad con la libre determinación, y que la tipificación irrestricta del aborto consentido resulta, entonces, doblemente lesiva para las expectativas y proyectos que se traza la mujer, según sus aspiraciones. Por ello, en dicha decisión, el Tribunal concluyó que la tipificación del deliro de aborto con consentimiento en el contexto normativo vigente entre en fuerte tensión con la libertad de conciencia de las mujeres, niñas y personas gestantes:

"[d]e un lado, al ser sujetos pasivos de una sanción que, en el caso de las mujeres, puede limitar su libertad en un centro de reclusión hasta por 54 meses y, de otro, al sancionar, sin alternativas para su ejercicio, una conducta que hace parte de la libre escogencia de su plan de vida" (resaltado por fuera del texto).

104. También la Corte en la parte motiva de esta sentencia se refirió a lo que el accionante, en la demanda actual, calificó como "cosificación" de la mujer, en tanto se concibe como "máquina de hacer hijos". Así, aunque expresado de otra manera, la Sala Plena concluyó que la forma en que está regulado el tipo penal demandado "no solo se fundamenta en un criterio sospechoso de discriminación, sino que su tipificación pareciera soportarse en el estereotipo histórico que considera el cuerpo de la mujer desde su utilidad reproductiva" (resaltado por fuera del texto).

105. Por último, en la sentencia mencionada, la Corte señaló que la decisión de asumir o no la maternidad es tan determinante que sus consecuencias sólo pueden ser sopesadas por la persona que se encuentra en esa situación, “porque es precisamente ella quien asumirá primeramente sus efectos”. Así, en concepto de la Sala Plena, la acusación formulada por el ciudadano Andrés Mateo Sánchez Molina sobre el presunto desconocimiento de la dignidad de la mujer y su libre desarrollo de la personalidad ya fue resuelta en la sentencia C-055 de 2022.

106. Como se expuso en los párrafos anteriores, la providencia examinó la penalización a la luz del derecho de la dignidad humana y las libertades individuales y la forma en la que esta sanción vulneraba el límite infranqueable del Estado colombiano. La sentencia C-055 de 2022 resaltó que la dignidad humana, como derecho fundamental, constituye un límite para el Estado en el ejercicio del derecho penal. Por lo anterior, en relación con el cargo por la violación de los artículos 1 y 16 superiores la Sala Plena corrobora que está ante el fenómeno de la cosa juzgada formal y en esa medida, se estará a lo resuelto en la C-055 de 2022.

107. En efecto, existe una identidad en el parámetro de control al que acudió la Corte tanto en el 2006 como en el 2022 y el que se propone en el caso objeto de la referencia. La afectación a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad por la existencia de una pena privativa de la libertad en el caso del aborto consentido fue decidida por esta Corporación en el sentido de indicar que dicha garantía se veía comprometida. En palabras de la sentencia C-055 de 2022 “la política pública ofrecida por el Estado para proteger los intereses involucrados en la problemática del aborto consentido se reduce, hoy en día, a la sanción penal de la mujer gestante”. Dicha sanción se traduce en que el derecho penal fue utilizado no como último recurso sino como el único, circunstancia que desborda el límite de la garantía de la dignidad humana que debe seguir el legislador. Por ello, como se refirió en una consideración anterior, la Corte concluyó penalización absoluta del aborto genera tensiones con otros derechos fundamentales, como la libertad de conciencia o la dignidad por lo que el juez debe actuar en búsqueda de un óptimo constitucional que proteja a las mujeres de situaciones extremas y se promueva un espacio dialógico para formular políticas públicas que protejan de manera equilibrada los derechos de las personas gestantes como también la vida en gestación.

109. A su vez, la sentencia C-055 de 2022 también planteó la relación estrecha entre el ejercicio de las libertades y la dignidad humana, en particular en los párrafos 371, 391 y 399. En este sentido, la Corte consideró que la norma demandada implica “la imposición estatal de una decisión no necesariamente compartida”, y que sustituye en parte el derecho de la mujer, niña o persona gestante a “elegir cómo quieren vivir y definir su plan de vida”, que, como ya se advirtió, es una de las concreciones de la dignidad humana: vivir como se quiere. También la Corte en la sentencia analizada hizo referencia a la a la autonomía personal y a las “libertades intrínsicamente asociadas a la dignidad humana” cuyo ejercicio puede verse interferido con la tipificación penal de algunas conductas, hasta el punto de implicar “coerción sobre convicciones íntimas y personales que gozan de protección constitucional”.

110. En conclusión, la Corte en las sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022 abordó, en su análisis, todos los reproches planteados por el señor Sánchez Molina en la demanda actual, y que tienen que ver con el desconocimiento de la autonomía de la mujer, la afectación que la

injerencia del Estado puede provocar sobre su proyecto de vida, la confirmación de un estereotipo que considera a la mujer desde su utilidad reproductiva y la consecuente vulneración a su dignidad humana, íntimamente ligada con la posibilidad de elegir cómo vivir derivado de la protección al libre desarrollo de la personalidad. Por ello, frente al cargo por violación de estos derechos la Corte se estará a lo resuelto en las sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022.

111. Ahora bien, frente al cargo por igualdad no opera la cosa juzgada constitucional ya que no existe identidad material o temática de acuerdo a las reglas previstas por la Corte Constitucional. Sin embargo, como quiera que varios intervinientes señalaron los problemas de aptitud del cargo relativo al derecho a la igualdad, es preciso evaluar si el mismo cumple con los estándares mínimos de argumentación. La Corte ha indicado que, si bien una demanda puede ser admitida, pues en principio se examina que la acción cumple con los requisitos mínimos para el inicio del proceso de constitucionalidad, ello no significa que la Sala Plena se encuentre exonerada de analizar la aptitud de los cargos ciudadanos.

Segunda cuestión previa: aptitud del cargo por derecho a la igualdad

112. A título de asunto preliminar, en aquellos casos en los que la Corte de oficio, o los intervinientes o el Ministerio Público adviertan la necesidad de proferir una decisión inhibitoria, la sentencia que pone fin al proceso de constitucionalidad debe examinar si se está ante una demanda ciudadana que presente adecuadamente al menos un cargo de constitucionalidad. Esto, toda vez que el control abstracto de constitucionalidad contra leyes acusadas por los ciudadanos en virtud del artículo 241 numeral 4 no procede de manera oficiosa, sino que se activa la competencia solamente cuando el escrito ciudadano logra estructurar adecuadamente un cargo de constitucionalidad.

113. Al momento de examinar la aptitud de un cargo, la Sala Plena debe estudiar si se satisfacen los requisitos previstos en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991. Conforme a ellos, el actor debe: (i) señalar las normas acusadas como inconstitucionales, trascribirlas literalmente por cualquier medio o aportar un ejemplar de la publicación oficial; (ii) indicar las normas constitucionales infringidas; (iii) exponer las razones que sustentan la acusación; (iv) precisar el trámite legislativo impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado, cuando fuere el caso; y (v) ofrecer el motivo por el cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

114. Respecto al tercer requisito, la sentencia C-1052 de 2001 indicó que toda demanda de inconstitucionalidad debe, como mínimo, fundarse en razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. A partir de esa sentencia, la Corte Constitucional ha reiterado, de manera uniforme, que las razones de inconstitucionalidad deben ser: (i) claras, esto es, “seguir un curso de exposición comprensible y presentar un razonamiento inteligible sobre la presunta inconformidad entre la ley y la Constitución”; (ii) ciertas, “lo que significa que no deben basarse en interpretaciones puramente subjetivas, caprichosas o irrazonables de los textos demandados, sino exponer un contenido normativo que razonablemente pueda atribuírseles; (iii) específicas, lo que excluye argumentos genéricos o excesivamente vagos; (iv) pertinentes, de manera que planteen un problema de constitucionalidad y no de conveniencia o corrección de las decisiones legislativas, observadas desde parámetros

diversos a los mandatos del Texto Superior; y (v) suficientes; esto es, capaces de generar una duda inicial sobre la constitucionalidad del enunciado o disposición demandada".

115. En principio, la anterior carga procesal en cabeza de los demandantes se agudiza cuando se trata de una acusación por violación al derecho a la igualdad. En este sentido, el demandante debe por lo menos lograr identificar los sujetos, grupos o supuestos que deben ser comparados por la Corte. Igualmente, el accionante debe proponer cuál sería el presunto trato diferenciado que una determinada ley impone sobre estos grupos y por qué considera que ese trato no es justificado o, en otras palabras, justo. Como la Corte ha indicado, en este tipo especial de cargo, operan los siguientes requisitos:

"En primer lugar (i) el demandante debe dirigirla [la demanda] en contra de una disposición que establezca, en realidad, un tratamiento diferente o igual a determinadas personas o grupos. Asimismo (ii) deberá identificar los sujetos, grupos o supuestos que deben ser comparados de manera que sea posible establecer con precisión los extremos de la contrastación. Dada la libertad de configuración del Congreso, no basta con identificar uno de los extremos de manera precisa y referir de forma general "todos los demás" o el universo restante. A continuación (iii) la impugnación debe señalar el criterio con fundamento en el cual debe hacerse la comparación o, de otra forma dicho, el rasgo o cualidad que permite afirmar que los elementos comparados son iguales o diferentes según se invoque la violación de los mandatos de trato igual o de trato diferente. Finalmente (iv) existe la obligación de indicar las razones que hacen que el trato diferente o igual -que cuestiona- carece de fundamento en la Carta. Este último requerimiento puede cumplirse de diferentes formas entre las que se encuentra, sin agotarlas, el denominado juicio integrado de igualdad".

116. Con base en estos requisitos, al analizar el cargo de igualdad presentado por el actor, la Corte concluye que este no cumple las condiciones para permitir un pronunciamiento de fondo. En efecto, en relación con el cargo de igualdad, si bien el actor cumplió con la exigencia de indicar cuál es la disposición que establece el trato diferente, que en este caso es el artículo 122 del Código Penal, no cumplió con el requisito de distinguir con claridad cuál es el trato desigual que plantea la norma demandada. Como se pasa a explicar, el cargo por violación a la igualdad parte de la premisa de que la penalización afecta el derecho al acceso igualitario a la salud de las mujeres respecto de los hombres, particularmente porque los hombres no tienen restricciones para acceder a ningún procedimiento médico mientras que las mujeres sí.

117. En efecto, el actor manifestó que, tanto hombres como mujeres requieren de garantías plenas de acceso para el derecho a la salud como condición para asegurar una calidad de vida apropiada. En ese sentido, señaló que la tipificación del delito de aborto constituye un trato diferenciado en razón del género pues solo es una penalización que recae sobre las mujeres.

118. Por esta razón, el demandante concluyó que, el artículo 122 del Código Penal implica un trato desigual entre iguales, pues al ser "la mujer y el hombre iguales, debe el Estado garantizar en la misma medida el acceso a sus derechos". El actor afirmó que:

"[e]l aborto, es un servicio que solo es necesario para la mujer, pues en la especie humana, el género femenino es el único que tiene la capacidad biológica para adelantar en su cuerpo

el proceso de la gestación, evidentemente no es un servicio que requieren los hombres". A ello el demandante añadió que "[e]l análisis de los derechos de las mujeres, como bien señaló esta Corte, debe hacerse desde una perspectiva de género, donde se analicen las acciones positivas que es pertinente tomar para garantizar la realización de la igualdad material entre hombres y mujeres, pues este derecho no se garantiza dando a todos lo mismo, sino atendiendo a las necesidades particulares de cada uno".

119. Posteriormente, el señor Sánchez Molina indicó que permitir que los hombres se practiquen todos los procedimientos médicos que pretendan, mientras se establecen limitantes a la mujer, es un tratamiento desde toda óptica desigual, pues a unos individuos se les concede plena autonomía para decidir sobre su propio cuerpo, mientras que se fijan barreras a la libertad de otros. El demandante concluyó que esta limitación carece de justificación, "pues hombres y mujeres tienen el mismo derecho a disfrutar de los beneficios que la ciencia médica pueda proporcionar a su vida. La igualdad como se dijo en la sentencia C- 586 de 2016 "ya que no se trata de ser igual a otro", sino de "ser tratado con igualdad".

120. Ahora bien, en concepto de la Sala, si bien el demandante indicó quiénes serían los sujetos comparables -los hombres y las mujeres- la argumentación del actor carece de certeza y especificidad.

121. La acusación carece de certeza, pues el cargo presentado por el actor no tuvo en cuenta que, para el momento de la presentación de la demanda, la penalización de la práctica del aborto era parcial, pues de acuerdo con la sentencia C-355 de 2006, existen tres hipótesis conforme a las cuales la decisión de la mujer está protegida jurídicamente. En esa medida, a criterio de la Corte, la acusación del actor por violación al derecho a la igualdad parte de la premisa de que la penalización de la conducta de aborto es total, lo cual no se corresponde con la realidad jurídica del país desde el año 2006. Así, la obligación del actor era, en primer lugar, articular su juicio integrado de igualdad con las hipótesis previstas en la C-355 de 2006 y, en segundo lugar, explicar por qué, aun con la existencia de ese precedente, la penalización parcial implicaba una violación al derecho a la igualdad de las mujeres.

122. Además, contrario a lo que alega el demandante, no es cierto que los hombres estén exentos de responsabilidad penal en casos de aborto. Primero, pueden ser perseguidos penalmente como autores del delito de aborto conforme al artículo 122 del Código Penal, siempre que realicen la conducta descrita en el inciso primero de esta norma "con el consentimiento de la mujer". Segundo, también pueden enfrentar reproche penal como determinadores del delito, es decir, si inducen a la mujer a cometer el acto de abortar. Según el artículo 30 del Código Penal, quien induzca a otro a realizar una conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Tercero, aunque el artículo 123 del Código Penal no fue objeto de la demanda, los hombres pueden ser procesados bajo esta disposición si causan un aborto sin el consentimiento de la mujer, enfrentando penas de prisión de 64 a 180 meses, sanciones significativamente mayores que las previstas por el delito de aborto en el artículo 122.

123. Adicionalmente, la acusación adolece de falta de especificidad, pues si bien el argumento del actor está dirigido a mostrar la manera en la que el artículo 122 del Código Penal viola el derecho a la igualdad de las mujeres, este se basa en afirmaciones genéricas y

vagas que no logran mostrar una contradicción objetiva entre la norma legal y la Constitución. El demandante no sustenta sus consideraciones, ni logra demostrar por qué la norma implica un trato discriminatorio en el acceso a la salud, si se compara a mujeres y a hombres. A criterio de la Corte, la acusación es vaga y se limita insistentemente a afirmar que la norma discrimina a las mujeres en el acceso a la salud, sin precisar ni concretar dicha discriminación con base, por ejemplo en datos, y sin tener en cuenta la decisión del año 2006 de esta Corporación.

124. Adicionalmente, la demanda tampoco cumple con los requisitos de certeza especificidad y suficiencia porque, además de la omisión ya mencionada, el actor tampoco explicó las razónes por las que pueden equipararse los derechos de acceso a la salud entre hombres y mujeres. En su escrito, el señor Sánchez Molina no logró demostrar cómo un procedimiento médico destinado únicamente a los hombres puede equipararse a la interrupción voluntaria del embarazo. El demandante se limitó a afirmar de forma general que un hombre puede acceder a cualquier procedimiento médico, mientras que una mujer no puede hacerlo. Dicha afirmación, en sí misma no presenta una verdadera cuestión de inconstitucionalidad, ya que se trata de una apreciación subjetiva que hace el actor frente a las barreras materiales que enfrentan las mujeres en el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos. De las premisas de la demanda no es posible entender la equivalencia que plantea el demandante entre hombres y mujeres.

125. No es posible comparar a hombres y mujeres en relación con los derechos sexuales y reproductivos, ya que ningún servicio de salud en esta esfera al que acceden los hombres compromete un bien jurídico protegido por el derecho penal. Esto contrasta con el delito de aborto, que pretende proteger el bien jurídico de la vida en gestación. Si bien hombres y mujeres son titulares de derechos sexuales y reproductivos y, por lo tanto, deben acceder sin limitaciones desproporcionadas a los servicios derivados de estos, las diferencias biológicas hacen que tales servicios sean distintos. Además, en el caso de los hombres, ningún servicio de salud sexual y reproductiva afecta de manera directa e inmediata el bien jurídico de la vida en gestación, a diferencia de la interrupción voluntaria del embarazo a la que puede decidir acceder una mujer. Dicho acto está regulado en el artículo 122 del Código Penal, que prevé el tipo penal del aborto. En otras palabras, ningún servicio de salud sexual y reproductiva masculina podría ser, prima facie, objeto de persecución penal, al no involucrar otros bienes jurídicos protegidos. Por tanto, en el caso concreto, no es adecuado afirmar que hombres y mujeres sean comparables a efectos de admitir el estudio de fondo de un cargo por violación del principio de igualdad.

126. En consecuencia, la Sala concluye que la demanda adolece de ineptitud sustantiva, debido a que ni siquiera a la luz del principio a favor del ciudadano, la argumentación desplegada por el actor satisface la carga mínima argumentativa exigida para adelantar el control de constitucionalidad. Por eso en este caso, la Corte se declarará inhibida de pronunciarse de fondo sobre el cargo de igualdad, pues no puede entrar a suplir la carencia argumentativa del actor.

Síntesis de la decisión

127. El señor Andrés Mateo Sánchez Molina interpuso una demanda de inconstitucionalidad

ante la Corte Constitucional contra el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, que establece el Código Penal. El actor alegó que dicha norma vulnera los derechos a la dignidad humana, la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad, la familia, la salud, y la protección especial a la mujer en general y a la mujer campesina en particular. En la fase de admisión de la demanda, se admitieron dos cargos relacionados con la presunta violación de los principios de dignidad humana, derecho a la igualdad y libre desarrollo de la personalidad. El actor consideró que no se configuró la cosa juzgada constitucional respecto a la sentencia C-355 de 2006, pues argumentó un cambio en el parámetro de control constitucional y modificaciones en el contexto jurídico y social desde la mencionada sentencia. Asimismo, el accionante planteó que la norma genera un trato discriminatorio injustificado entre mujeres y hombres, vulnerando el derecho a la igualdad. El actor respaldó sus argumentos con citas de organismos internacionales y observaciones sobre el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo.

128. En primer lugar, varios intervinientes señalaron problemas de aptitud del cargo por violación del derecho a la igualdad presentado por el señor Sánchez Molina, lo que llevó a la necesidad de evaluar si cumplía con los estándares mínimos de argumentación. La Corte Constitucional, en su examen preliminar, destacó la importancia de que una demanda ciudadana presente al menos un cargo de constitucionalidad adecuado para que proceda el control abstracto. Para determinar la aptitud del cargo, se aplicaron los requisitos establecidos en el Decreto 2067 de 1991, que incluyen señalar las normas acusadas, indicar las normas constitucionales infringidas, exponer razones que sustenten la acusación, precisar el trámite legislativo y ofrecer el motivo por el cual la Corte es competente.

130. Por otro lado, en relación con el cargo por vulneración de los derechos a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad la Corte consideró que operó la cosa juzgada constitucional frente a lo decidido en las sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022. El demandante alegó que el artículo 122 del Código Penal, que penaliza el aborto consentido, vulnera el derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer. Sostiene que obligar a una mujer a continuar un embarazo contra su voluntad atenta contra su autonomía y la cosifica, desconociendo su capacidad de decidir sobre su propio cuerpo. Sin embargo, la Corte concluyó que esos argumentos fueron abordados plenamente por las referidas sentencias por lo que se configuró la cosa juzgada formal. El Tribunal recordó que en dichas decisiones, se estableció que la penalización del aborto consentido afecta la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, siendo una intromisión indebida del Estado en asuntos personales. Así, la Corte señaló en las dos sentencias que la decisión de asumir o no la maternidad es personalísima, individual e intransferible, y que la penalización sin alternativas vulnera los derechos fundamentales de las mujeres.

131. En síntesis, por las razones expuestas en la presente decisión, frente al cargo por violación al derecho a la igualdad, corresponde proferir un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda. Asimismo, la Corte encontró que, en relación con los cargos por violación del artículo 1 y 16, se está frente al fenómeno de la cosa juzgada formal con respecto a lo que este mismo Tribunal decidió en las sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022, motivo por el cual corresponde proferir un fallo de estarse a lo resuelto en dicha decisión.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Único. En relación con los cargos por violación al derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad contenidos en los artículos 1 y 16 de la Constitución, ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-055 de 2022, que declaró la exequibilidad condicionada del artículo 122 de la Ley 599 de 2000, "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'".

Comuníquese, cúmplase y archívese el expediente.

DIANA FAJARDO RIVERA

Presidenta

Aclaración de voto

Magistrada

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

Con salvamento de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con impedimento aceptado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

Con aclaración de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con aclaración de voto

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Juan Carlos Henao Pérez

Conjuez

La Secretaría General de la Corte Constitucional deja constancia que el 23 de agosto de 2023

el conjuez Juan Carlos Henao Pérez participó en la presente decisión y acompañó la sentencia.

Sin embargo, durante el transcurso del proceso de recolección de firmas el conjuez Henao Pérez

falleció el 2 de enero de 2024 por lo que su firma

no se encuentra consignada en la presente providencia

Sin firma

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Referencia: Sentencia C-322 de 2023

Magistrada ponente:

Natalia Ángel Cabo

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, suscribo la presente aclaración de voto en relación con la sentencia de la referencia. Comparto la

decisión de “estarse a lo resuelto” en la sentencia C-055 de 2022 que declaró la exequibilidad condicionada del artículo 122 de la ley 599 de 2000.

A pesar de que por tales razones, la aproximación que ofrece la Sentencia C- 322 de 2023 al problema jurídico planteado es adecuada, aclaro mi voto comoquiera que dicha providencia se basa en lo decidido en las Sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022. De tal suerte, estimo necesario reiterar la posición que expuse en el salvamento de voto a la Sentencia C-055 de 2022, específicamente en lo que se refiere a la configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Más concretamente, reiteraré el análisis relativo a los siguientes puntos: (i) los límites a la IVE establecidos en la Sentencia C-355 de 2006, a la luz de los derechos a la salud y a la libertad de conciencia y (iii) la ausencia de cambios sociales y normativos que justifiquen el argumento de modificación en el significado material de la Constitución.

Por otra parte, encuentro necesario reiterar que, en el fallo C-055 de 2022, «no se evidencia[ba] una modificación en el significado material de la Constitución Política que [hubiera] transformado los presupuestos que sirvieron de sustento para declarar la exequibilidad condicionada del artículo 122 del Código Penal en la Sentencia C-355 de 2006». En particular, es preciso insistir en que no era «posible extraer que en el país ahora existe una forma diferente de concebir los derechos de las mujeres en relación con el derecho o no al aborto» a partir de sentencias de tutela que han sido dictadas en casos concretos, como es el caso de las sentencias T-760 de 2008 y T-361 de 2014, citadas por la Sala Plena. Con todo, este análisis se circunscribió, en su momento, al «contexto de las tres causales previstas en la sentencia C-355 de 2006, no en un contexto más amplio». En tales términos, reafirmo que las sentencias dictadas en Salas de Revisión no configuran, per se, un indicador de cambio social que pueda ser entendido como cambio en el significado material de la Constitución.

Asimismo, conviene recordar que «el contexto normativo vigente de 2006 y de 2022 e[ra] el mismo o muy similar», por lo que no era posible hablar de un cambio de significado material de la Constitución. De un lado, es cierto que en 2006, la Corte fundamentó su decisión en diversas normas de derecho internacional, tal como lo hizo la Sala Plena en 2022. No obstante, advierto que las normas de derecho blando, tales como la Observación General n.º 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «no pueden representar per se un cambio en el parámetro de control de constitucionalidad». Lo anterior, por cuanto «no son vinculantes de conformidad con el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución Política».

Por último, encuentro necesario recalcar que tampoco era cierto que la expedición de las leyes 1751 de 2015 y 1257 de 2008 hubiera dado lugar a un cambio en el contexto normativo en el que se inserta el artículo 122 del Código Penal. Esto, comoquiera que «no suponen un contexto novedoso para el delito de aborto», aunque «establecieron disposiciones novedosas en relación con la violencia de género y el derecho a la salud». Dichas normas no son cosa distinta a la materialización del marco normativo internacional invocado por la Corte en la Sentencia C-355 de 2006, como la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994 y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979.

En estos términos, dejo expuestas las razones por las cuales, pese a que comparto en

términos generales la argumentación de la Sentencia C-322 de 2023, aclaro mi voto.

Fecha ut supra,

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA C-322/23

Referencia: Expediente D-13856.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 122 de la Ley 599 de 2000.

Demandante: Andrés Mateo Sánchez Molina.

Magistrada Ponente:

Natalia Ángel Cabo.

Considero relevante aclarar que acompaño la decisión mayoritaria, por considerar que efectivamente se configuraba el fenómeno de la cosa juzgada respecto de la sentencia C-055 de 2022, en relación con los cargos por violación de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, y que el cargo por vulneración del derecho a la igualdad era inepto por falta de especificidad. No obstante, como lo expresé en el salvamento de voto a la mencionada Sentencia C-055 de 2022, discrepo radicalmente de lo decidido por la mayoría de la Corte en esa decisión.

En efecto, en esa oportunidad consideré que la decisión mayoritaria de la Corte constituyó un hito negativo en la evolución de la jurisprudencia respecto de la protección de la vida. Esta había dejado de ser objeto reconocido y protegido, para ser reemplazada por la nueva categoría de vida autónoma, insuficiente para justificar la inviolabilidad del derecho a la vida en otros ámbitos distintos del de la gestación. Se trató, de una banalización significativa del derecho a la vida, cuya protección en ciertas etapas de la gestación es inferior a la que se reconoce a objetos no humanos como el medio ambiente, la vida animal e incluso la propiedad privada. Se introdujo así la idea de que existen vidas humanas disponibles y desechables. Vidas que se pueden eliminar por la razón más vana, pues, a pesar de las declaraciones de buenas intenciones que hace la sentencia, en ella no existe ningún argumento que se oponga a abortos por motivos como el racismo, eugenesia o misoginia.

Con todo lo anterior, no solo se desdibujó el ámbito de protección del derecho a la vida, originalmente reconocido por el Constituyente como un derecho de protección absoluta (“el derecho a la vida es inviolable”), sino que se vieron profundamente afectados los pilares del ordenamiento constitucional, como lo son la noción misma de persona, la idea de un Estado que reconoce y no crea los derechos inherentes de la persona humana, la dignidad humana,

la igualdad y la libertad. Esta última, a pesar de ser invocada constantemente en la sentencia, se desfigura totalmente, en la medida en que se la desvincula del deber de respeto de la coexistencia.

La Sentencia de 2022, incurrió en el error de confundir la condición humana con una de sus manifestaciones en cierto periodo de la vida, concretamente con la probabilidad (siempre incierta) de supervivencia fuera del claustro materno, que en el fallo se denomina autonomía. Frente a este equívoco, en mi salvamento a esa Sentencia sostuve que era menester aceptar que desde la concepción existe un organismo humano biológicamente individual y diferenciado, pues se trata de un ser distinto a la madre, lo que se hace patente por hechos de orden genético e inmunológico, pero sobre todo por realidades tan evidentes como la posibilidad actual de concepción y conservación del embrión por fuera de la madre, mediante mecanismos como la fecundación in vitro. Que no sea parte de la madre, se comprueba además por el hecho de que el parto no es una mutilación, tras la cual la mujer pierda su integridad física, como ocurriría si perdiera, por ejemplo, un riñón o un miembro. Que se trata de un individuo de la especie humana se constata con la presencia del genoma humano, esto es, la secuencia de ADN contenida en 23 pares de cromosomas.

En los términos anteriores dejo expresadas las razones de mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR A

LA SENTENCIA C-322/23

Expediente. D-13.856

Magistrada Ponente. Natalia Ángel Cabo

1. 1. En la Sentencia C-322 de 2023, mayoritariamente, la Corte Constitucional decidió estarse a lo resuelto en la Sentencia C-055 de 2022. Para justificar su decisión, explicó que, frente al cargo por vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, había operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional de carácter formal, con ocasión de lo decidido en las Sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022. Lo expuesto, porque, en su criterio, los argumentos expuestos por el demandante fueron plenamente abordados en las providencias mencionadas. Además, advirtió que la censura propuesta por la presunta vulneración del principio de igualdad no había acreditado los requisitos establecidos por la jurisprudencia para ser analizada de fondo. Con todo, en la parte resolutiva de la decisión, no adoptó una decisión inhibitoria sobre ese asunto.

2. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Honorable Corte Constitucional, me aparto de la decisión mayoritaria porque considero que no se configuró el fenómeno procesal

de la cosa juzgada constitucional frente a la censura propuesta por la supuesta afectación de los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. En consecuencia, no correspondía decidir estarse a lo resuelto en la Sentencia C-055 de 2022, sino estudiar de fondo las censuras formuladas.

3. Con el fin de explicar las razones que me llevan a apartarme de esta decisión, (i) demostraré que, en este caso, no operó el fenómeno de la cosa juzgada respecto del cargo por la supuesta vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Luego, (ii) presentaré algunas consideraciones respecto del análisis de mérito que debió realizar la Corporación frente a la constitucionalidad del artículo 122 del Código Penal, los cuales retomaré de los salvamentos de voto que presenté en las Sentencias C-055 de 2022 y C-066 de 2023. Finalmente, (iii) expondré algunas consideraciones adicionales con el fin de plantear algunas conclusiones sobre el asunto.

A. A. En cuanto al cargo formulado por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, la Sala Plena debió advertir que el fenómeno de la cosa juzgada no operó respecto de la Sentencia C-055 de 2022 y sus efectos fueron debilitados respecto de la Sentencia C-355 de 2006

4. Considero que, si la mayoría hubiese adoptado una perspectiva rigurosa en este análisis, habría advertido que, más allá de la identidad de las disposiciones legales objeto de control, (i) no existía una identidad sustantiva o material entre la demanda objeto de análisis y la Sentencia C-055 de 2022. Por tanto, no era dable estarse a lo resuelto en esa decisión. Además, tendría que haber concluido que, (ii) frente a la Sentencia C-355 de 2006, operó el fenómeno del debilitamiento de la cosa juzgada, motivo por el cual la Sala Plena tenía que pronunciarse de fondo. Para justificar esta postura, (i) presentaré una breve referencia sobre el fenómeno procesal de la cosa juzgada; (ii) explicaré en qué consiste el debilitamiento de la cosa juzgada; y, (iii) analizaré el caso concreto.

5. Sobre la cosa juzgada constitucional. De forma reiterada, la jurisprudencia ha señalado que la cosa juzgada constitucional, más allá de una simple cuestión previa, es una institución jurídico procesal que encuentra su fundamento en los artículos 243 de la Constitución y 22 del Decreto 2067 de 1991. A través de ella, las decisiones plasmadas en las sentencias adquieren un carácter inmutable y vinculante. Su aplicación tiene el propósito de proteger y garantizar la aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica, primacía del interés general y confianza legítima; y, genera una obligación correlativa en cabeza de esta Corporación de ser consistente en las decisiones que adopte.

6. El ordenamiento jurídico ha previsto la importancia de proteger este principio y mandato constitucional, tanto así que, su configuración debe verificarse, incluso, en el trámite de admisión de las acciones públicas de inconstitucionalidad. En efecto, el magistrado sustanciador puede rechazar de plano las demandas “que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiese hecho tránsito a cosa juzgada”, tal y como lo dispone el inciso final del artículo 6 del Decreto 2067 de 1991.

7. De manera que, cuando la Sala Plena analiza una demanda de constitucionalidad debe verificar si hay un fallo anterior sobre las normas cuestionadas, en virtud del cual se configure el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, en atención a los lineamientos

establecidos por la jurisprudencia respecto de ese fenómeno procesal. En ese evento, procederá a estarse a lo resuelto en la providencia anterior. Esta obligación debe cumplirse, incluso, en los eventos en los que ni el demandante, ni los intervinientes adviertan la existencia de una decisión previa.

8. Según la jurisprudencia, existe cosa juzgada, cuando concurren los siguientes elementos. Primero, identidad de objeto, es decir, que la demanda recaiga sobre el mismo contenido normativo examinado en la decisión previa. Segundo, identidad material, que exige que las censuras presentadas en la demanda sean iguales a las estudiadas en la providencia anterior. Ello requiere verificar los cargos examinados y el problema jurídico de la decisión previa. Y, tercero, identidad del parámetro de control, la cual consiste en verificar que para la formulación de su censura, el fallo proferido haya utilizado las mismas normas constitucionales invocadas en la demanda.

9. En todo caso, ha precisado que la declaratoria de inexequibilidad de una norma conlleva a su expulsión del ordenamiento jurídico, motivo por el cual, en principio, bastará con advertir que existe identidad de objeto para declarar la configuración del fenómeno de la cosa juzgada y evitar un nuevo pronunciamiento de constitucionalidad. En todo caso, si la norma fue declarada inexequible por razones de fondo, las autoridades no podrán reproducir su contenido, mientras "subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución". De manera que, en esos eventos, la Corte solo podrá pronunciarse de nuevo, cuando las autoridades reproducen el contenido normativo declarado inexequible y se verifica una variación del parámetro de control utilizado en la decisión previa o el debilitamiento de los efectos de la cosa juzgada. Por el contrario, si la disposición cuestionada fue declarada inexequible por vicios de procedimiento en su formación, su contenido podrá reproducirse y la Corte podrá proferir una nueva decisión sobre el asunto, por cuestiones de fondo.

10. Tipología de la cosa juzgada constitucional. 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." Por esto, ha clasificado este atributo a partir de diferentes características y ha desarrollado una tipología, cuyo contenido se explica en el siguiente cuadro.

Tipología

Explicación

1

Identidad de objeto de control. 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

Cuando el artículo demandado es el mismo que el analizado previamente por la Corte. Este

se refiere a las disposiciones.

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

Alcance de la decisión adoptada por la Corte Constitucional. Su análisis depende de los cargos y del parámetro de constitucionalidad utilizado en la providencia anterior.

Tiene lugar cuando “la primera decisión agotó cualquier debate sobre la constitucionalidad de la norma acusada”, 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 del parámetro de constitucionalidad utilizado. Ciertamente, este fenómeno opera cuando la Corte se pronuncia acerca de la validez constitucional de una norma, desde determinada perspectiva, sin contrastarla con todas las normas constitucionales relevantes para el efecto. En este evento queda abierta la posibilidad de formular nuevos cargos para que se realice otro control de constitucionalidad.

3

Esta es una categoría solo aplica ante la configuración de la cosa juzgada relativa.

Implícita

Será implícita cuando la decisión anterior no hubiese incluido en la parte resolutiva una mención acerca de los cargos o del parámetro de control utilizado en el examen de constitucionalidad previo.

Explícita

Será explícita cuando la parte resolutiva de la providencia disponga que la determinación de la Corte se restringe a las censuras estudiadas.

4

Esta tipología incluye aquellos eventos en los que no se configura el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

Aparente

Ocurre en aquellos casos en los que a pesar de que en la parte resolutiva 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.

11. La cosa juzgada constitucional cuando se trata de sentencias integradoras. Las sentencias integradoras proferidas por 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 algunas precisiones. Para tal efecto, (i) reiteraré en qué consisten este tipo de providencias y cuáles son sus efectos; (ii) indicaré las características particulares respecto de la posibilidad de que esta Corporación profiera sentencias integradoras en asuntos penales; y, (iii) mencionaré las reglas en torno al alcance y efectos de la cosa juzgada de estos fallos.

12. Sobre las sentencias integradoras. A partir de 1995, la jurisprudencia de 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 de velar por la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Este tipo de providencias pueden ser aditivas, sustitutivas o interpretativas.

13. Aunque 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. Además, restringen las posibilidades de interpretación que tendrían los operadores jurídicos para aplicarla ya que se determina la única lectura que se ajusta a la Constitución.

14. Sobre las sentencias integradoras y sus particularidades cuando recaen sobre asuntos penales. La Corte Constitucional ha proferido sentencias integradoras al estudiar normas de derecho penal, tras verificar omisiones legislativas relativas. En un primer momento, la jurisprudencia señaló que era imposible adoptar ese tipo de decisiones en materia penal, por cuanto tienen el alcance de desconocer los principios de legalidad, taxatividad y reserva de ley. Bajo esta perspectiva, la Sentencia C-016 de 2004 declaró exequible el delito de inasistencia alimentaria y exhortó al Congreso para que corrigiera el escenario de desprotección en el que se encontraban los compañeros permanentes. Con todo, posteriormente, advirtió que existe una posibilidad estrictamente excepcional de modular el contenido de la norma penal, a través de una sentencia integradora interpretativa, aditiva o sustitutiva, con el fin de evitar que las circunstancias contrarias a la Constitución se perpetuarían en el tiempo. De manera general, esas decisiones han estado encaminadas a ampliar o limitar los tipos penales, y a atenuar o agravar las consecuencias punitivas.

15. 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. 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.

16. La cosa juzgada constitucional de las sentencias integradoras. Según 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 su análisis en estos eventos debe realizarse bajo los 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, respecto de providencias previas que adoptaron una decisión integradora, para concluir que era posible realizar un nuevo análisis de fondo debido al cambio de contexto normativo.

17. Ahora bien, las características propias de este tipo de fallos suponen una restricción al ejercicio de las funciones atribuidas a otras autoridades, tales como, el diseño y desarrollo de la política criminal por parte del Legislador y la interpretación judicial de las disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico. Por tanto, su inmutabilidad debería ser reforzada. Lo expuesto, con el fin de (i) garantizar que el contenido normativo agregado o suprimido o la única interpretación constitucionalmente válida, prevalecerá en el tiempo; y, (ii) otorgar a la población y a los operadores judiciales la garantía de que no será modificada, salvo condiciones excepcionales, tales como, una reforma de las disposiciones constitucionales.

18. 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.

19. Respecto del fenómeno del debilitamiento de la cosa juzgada constitucional. En atención a lo expuesto, por regla general, no es posible realizar un nuevo estudio de constitucionalidad sobre las normas que han sido declaradas exequibles por parte de esta Corporación, en especial, si se trata de sentencias integradoras. Con todo, las Sentencias C-007 de 2016, C-200 de 2019 y C-406 de 2023 establecieron que, bajo circunstancias excepcionalísimas, es posible debilitar los efectos de la cosa juzgada formal y examinar una vez más la constitucionalidad de la norma. A continuación, se describen los escenarios que dan lugar a la ocurrencia de este fenómeno.

20. La modificación del parámetro de control de constitucionalidad. Esta causal se configura cuando los preceptos que sirvieron de patrón de constitucionalidad para estudiar la norma demandada son modificados. En esos eventos, la disposición acusada no se analizó según el nuevo contenido de las disposiciones referidas. Por tanto, es posible realizar un nuevo examen de constitucionalidad.

21. Sobre esta causal resulta relevante aclarar que, a pesar de su similitud con la verificación de la identidad de parámetro de control, exigida para declarar la cosa juzgada, tiene un alcance distinto. Considero que, en el primer escenario, la Corte debe corroborar que las censuras analizadas tengan por objeto demostrar que las disposiciones cuestionadas vulneran las mismas normas o principios constitucionales que fueron utilizados por la Corte

en una decisión previa como parámetros de validez. Por el contrario, en el segundo, le corresponde verificar que si el contenido de esas normas invocadas como parámetro de control cambió. Es decir, si a pesar de invocar el mismo principio o la misma disposición constitucional que fue analizada por la Corte previamente, hubo un cambio explícito en la norma de rango constitucional que justifica debilitar los efectos de la cosa juzgada y proceder a un nuevo análisis de constitucionalidad.

22. La variación del contexto normativo del objeto de control. En reiteradas oportunidades, la jurisprudencia ha advertido que las normas acusadas no deben analizarse aisladamente. Aquellas deben ser interpretadas sistemáticamente, en atención al conjunto normativo al que pertenecen. Eso significa que dos normas idénticas, desde el punto de vista formal, pueden tener un contenido material diferente si se insertan en contextos normativos distintos. Por esa razón, la Corte ha advertido que, cuando una disposición declarada exequible se integra a un contexto normativo diferente, el contenido de la norma varía y, en esa medida, procede un nuevo estudio de constitucionalidad. Lo mismo ocurre cuando es el contexto en el que está inmersa la norma el que sufre modificaciones. En esos casos, el contenido material de la disposición también cambia con ocasión de las alteraciones contextuales.

23. El cambio en la significación material de la Constitución. Este evento ocurre cuando, cambia la comprensión del marco constitucional relevante, más no su redacción. En virtud del concepto de la Constitución como texto vivo, la Corte ha expuesto que el significado material del Texto Superior varía con ocasión de los cambios económicos, sociales, políticos e ideológicos de la sociedad. De manera que, es posible que el pronunciamiento que declaró la exequibilidad de la norma acusada haya tenido sustento en significaciones materialmente distintas a las que rigen la Constitución al momento de la presentación de la nueva demanda de inconstitucionalidad. Bajo esta hipótesis, “la nueva realidad sociopolítica del país transforma los presupuestos que sirvieron, en su momento, para declarar la exequibilidad de la norma acusada, lo que permite que se adelante nuevamente su estudio a la luz de [la comprensión actual de la Carta]”. La configuración de esta causal exige una carga argumentativa suficiente para demostrar que operó un verdadero cambio en la comprensión de la Constitución. De manera que, la justificación de su configuración no puede estar cimentada en una decisión jurisprudencial, sino que requiere verificar que exista un verdadero cambio social que transforme la comprensión de la Constitución que debilite los efectos de la cosa juzgada. Con fundamento en esta causal, las Sentencias C-029 de 2009, C-283 de 2011, C-200 de 2019 realizaron un segundo control de constitucionalidad de normas previamente declaradas exequibles.

24. En conclusión, la jurisprudencia ha previsto que, bajo situaciones excepcionalísimas, los efectos de la cosa juzgada constitucional pueden debilitarse. Ciertamente, la Corte ha realizado un nuevo juzgamiento de disposiciones declaradas exequibles, ante: (i) la modificación del parámetro de control, (ii) el cambio en la significación material de la Constitución y (iii) la variación del contexto normativo del objeto de control.

25. El fenómeno de la cosa juzgada no estaba configurado en este caso. Para la mayoría, la demanda tenía identidad de objeto, de materia y de parámetro de control. Por tanto, existía cosa juzgada constitucional. En el caso de la referencia, el planteamiento del accionante sugería que la penalización del aborto obligaba a las mujeres gestantes a continuar con lo

que denominó como un “proceso biológico” en su cuerpo. En esa medida, desconocía el principio de la dignidad humana y su derecho a decidir y a autodeterminarse. Al estudiar esta censura, la Corte estaba obligada a examinar la configuración de la cosa juzgada, en la medida en que existían dos pronunciamientos previos sobre la constitucionalidad del artículo 122 del Código Penal, tal y como lo hizo.

26. Debió advertir que correspondían a sentencias integradoras de alcance propio, motivo por el que el análisis sobre la configuración de la cosa juzgada debía realizarse estrictamente respecto de cada uno. El estudio sobre este fenómeno procesal no debió realizarse conjuntamente frente a ambas providencias, como si correspondieran a un solo caso o se hubiesen proferido bajo las mismas circunstancias.

27. Considero que, si la mayoría hubiese adoptado una perspectiva rigurosa, habría advertido que, más allá de la identidad de las disposiciones legales objeto de control, (i) no existía una identidad sustantiva o material entre la demanda objeto de análisis y la Sentencia C-055 de 2022. Por tanto, no era dable estarse a lo resuelto en esa decisión. Además, habría concluido que, (ii) frente a la Sentencia C-355 de 2006, operó el fenómeno del debilitamiento de la cosa juzgada, motivo por el cual la Sala Plena tenía que pronunciarse de fondo.

28. La demanda presentada por el ciudadano no tenía identidad material con los cargos analizados en la Sentencia C-055 de 2022. La censura propuesta por el demandante consistía en señalar que el artículo 122 del Código Penal obligaba a las mujeres gestantes a continuar con el embarazo, situación que desconocía su derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, este cargo no coincide con los reproches formulados en la Sentencia C-055 de 2022. En esa oportunidad, la Corte se pronunció sobre 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).”

29. Al respecto, la Corte identificó una tensión entre el derecho a la vida en gestación y los derechos a la salud de las mujeres en situación migratoria irregular, 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. 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."

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)

"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 supraincluyente–, 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".

30. Tal y como puede observarse, las censuras analizadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-055 de 2022 no estaban dirigidas a demostrar que el artículo 122 del Código Penal desconocía la dignidad humana, ni el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres gestantes. En esa medida, no existía identidad sustantiva entre la demanda y los cargos analizados en la providencia referida. Si bien esta última incluyó algunas consideraciones sobre la dignidad humana y sobre el libre desarrollo de la personalidad, lo cierto es que no realizó en control efectivo de la norma desde esa perspectiva. De manera que, esa sentencia generó efectos de cosa juzgada formal, relativa e implícita, los cuales habilitaban a la Corporación para adelantar un pronunciamiento adicional sobre el asunto.

31. Frente a la Sentencia C-355 de 2006, había operado el fenómeno procesal del debilitamiento de la cosa juzgada. La mayoría se decantó por realizar un análisis conjunto respecto de la cosa juzgada, en la medida en que presentó elementos de las Sentencias C-055 de 2022 y de la Sentencia C-355 de 2006 para señalar que la Corte se había pronunciado respecto de la censura planteada por el accionante. A partir de ese análisis, decidió estarse a lo resuelto en la Sentencia C-055 de 2022. Esa aproximación impidió que la mayoría hiciera un estudio riguroso frente a los efectos de cosa juzgada de la Sentencia C-355 de 2006 y advirtiera que operó el fenómeno del debilitamiento de la cosa juzgada.

32. En efecto, el cargo planteado por el accionante coincidía con las censuras estudiadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006, respecto de su objeto, materia y parámetro de control. En esa oportunidad, la Corte analizó varias 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'", 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.)". Para 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.

33. En lo relativo particularmente al artículo 122 del Código Penal, 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 inexequible 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.

34. 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, omita 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.

“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 especia 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 a la 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.”

35. Lo expuesto permite concluir que (i) el objeto de ambos casos era el artículo 122 del Código Penal; (ii) la censura planteada por el actor coincide con algunos de los cargos estudiados en la providencia referida; y, (iii) tuvieron el mismo parámetro de control de constitucionalidad. En concreto, el principio de la dignidad humana y el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad.

36. Con todo, cuando se analizó la demanda, la jurisprudencia constitucional ya había indicado que el significado material de la Constitución, en cuanto a la comprensión de la problemática de relevancia constitucional, y el contexto normativo en el que se inserta la norma cambiaron. Ciertamente, en una ocasión previa, la Sala Plena indicó que, una vez proferida la Sentencia C-355 de 2006, hubo una modificación del significado material de la Constitución, respecto del asunto objeto de controversia, porque: (i) la jurisprudencia tuvo una profunda transformación, en la medida en que empezó a considerar que la salud es un derecho fundamental autónomo; (ii) la Corte amplió su comprensión frente a la problemática de relevancia constitucional que representa el aborto, en la medida en que señaló que existe un déficit de protección para las mujeres que acuden a la IVE, bajo las causales establecidas por la jurisprudencia; (iii) existen documentos internacionales, de distinto valor normativo, que propenden por la despenalización del aborto; y, (iv) los pronunciamientos de esta Corporación han valorado la violencia de género contra la mujer, como un elemento relevante en el control de constitucionalidad de las normas demandadas.

37. Asimismo, destacó que el contexto normativo en el que se inserta la norma varió, en la medida en que (i) fue expedida la Ley Estatutaria de Salud, (ii) varios organismos internacionales han recomendado la despenalización del aborto; (iii) la política criminal del Estado ha reevaluado el sentido de la proporcionalidad y de los fines de la pena; y, (iv) la Corte se ha pronunciado respecto de los derechos de las mujeres a la salud sexual y reproductiva.

38. Por tanto, en atención al precedente establecido sobre el asunto, la Corte debió advertir que, respecto de la Sentencia C-355 de 2006, existía cosa juzgada. Sin embargo, había operado el fenómeno del debilitamiento de la cosa juzgada, porque cambió el significado material de la Constitución en lo relevante para la controversia y el contexto normativo en el que se inserta la norma. Lo expuesto, en atención al precedente fijado por la Sentencia C-055 de 2022, sobre el asunto. En consecuencia, la Sala Plena debió estudiar de fondo las

censuras plasmadas por el accionante.

B. La Sala Plena debió inhibirse sobre el cargo por igualdad y analizar de fondo la censura presentada por el accionante respecto del desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad

39. Ahora bien, en línea con lo expuesto, estimo que la Corte debió inhibirse frente al cargo por igualdad y analizar de fondo la censura por el presunto desconocimiento de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad. Lo expuesto, en la medida en que, tal y como lo advirtió la decisión, el reproche por igualdad no acreditó los elementos adicionales establecidos por la jurisprudencia para admitir este tipo de cargos; mientras que, la segunda censura reunía los requisitos de aptitud.

40. En efecto, según las normas convencionales que obligan al Estado colombiano, la Constitución Política y la jurisprudencia constitucional, el no nacido es un individuo de la especie humana que debe reconocerse y protegerse como sujeto de derechos. Tal y como lo dispone la Convención Americana de Derechos Humanos que el Estado de Colombia ratificó y, por lo tanto, se obligó a respetar y a aplicar, la vida de todo ser humano debe protegerse desde su concepción.

41. 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.

42. 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 garantizarse los derechos, ni libertades, ni deberes, ni obligaciones.

43. 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. En Colombia, el artículo 11 de la Constitución Política señala que: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.”

44. 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.”

45. A su turno, la Declaración de los Derechos del niño refiere, 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 establece en diferentes ocasiones 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.

46. 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 se extiende también al periodo previo al nacimiento, en el que la madre y el que está por nacer gozan de garantías que deben proteger los Estados. Todo esto, atendiendo a que sin vida humana no hay lugar al reconocimiento de ningún derecho.

47. 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.

48. 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, o el derecho a la igualdad.

49. 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”. Igual ocurre con la Declaración Universal de los

Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, entre otros.

50. 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". 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."

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

52. 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."

53. 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".

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

Q

” (énfasis propio)

55. 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.”

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

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

57. 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.

58. 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.

59. 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.

60. Con fundamento en lo anterior, considero que la Corte, en ejercicio de su función y misión de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, debió analizar las censuras planteadas por el accionante de cara al fenómeno del debilitamiento de la cosa juzgada que, según la misma jurisprudencia, operó en este caso. Para el efecto, entre otras cosas, la Sala Plena debió ponderar los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres gestantes y los derechos fundamentales del nasciturus a la dignidad humana, a la vida, entre otros. Si bien la norma acusada es de carácter penal, lo cierto es que protege no solo protege un bien jurídico de especial relevancia, sino que establece mecanismos para proteger las garantías iusfundamentales de seres sintientes, en condiciones especiales de vulnerabilidad por su etapa de desarrollo. Por tanto, este era un asunto ineludible para la Corporación.

61. 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 mis salvamentos de voto a las Sentencias C-055 de 2022 y C-066 de 2023, la vida ha sido protegida en el ámbito internacional y en el nacional como el bien superior más importante.

62. A continuación, retomaré los argumentos que expuse en esas decisiones. A partir de ellos, (i) expondré el contexto jurídico internacional y nacional que respalda esta concepción y la protección especial del derecho a la vida y a la dignidad humana; y, (ii) presentaré algunos estudios científicos para abordar uno de los dilemas bioéticos más relevantes del aborto, esto es, la sintiencia del nasciturus. Con fundamento en ellos, precisaré que aquel constituye un elemento fundamental que hace imperativo que proteger los derechos de los no nacidos, en el marco de la reiterada línea jurisprudencial de garantía a los animales como seres sintientes. Agotado lo anterior, (iii) destacaré que los no nacidos cuentan con una personalidad jurídica, en virtud de la cual, deben ser protegidos por el ordenamiento jurídico, y presentaré la jurisprudencia de la Corte Constitucional que equiparó los derechos del que está por nacer a los de los niños, niñas y adolescentes. En atención a lo expuesto, (iv) presentaré el fundamento general que, a mi juicio, debió guiar una declaratoria de exequibilidad nuevamente condicionada del artículo 122 del Código Penal.

63. 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. Por esa razón, el derecho a la vida no solo protege la simple existencia biológica, sino la posibilidad de que

los seres humanos se desarrollen dignamente; y, tiene una connotación prevalente en el ordenamiento jurídico interno y en el contexto internacional.

64. En efecto, esta garantía iusfundamental se encuentra prevista en el artículo 11 de la Constitución y constituye 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, la Declaración de los Derechos del Niño, la Convención de los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta última, por ejemplo, en su artículo 4.1. dispone que "[t]oda 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 respecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en el Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, dio alcance al contexto científico de la concepción como el momento a partir del cual se defiende la vida de la especie humana. Con fundamento en esa aproximación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha identificado que el derecho a la vida del embrión tiene una protección gradual e incremental, de conformidad con su etapa de desarrollo.

65. Ahora, todos los individuos o seres de la especie humana tienen derecho a la dignidad humana, es decir, tienen un valor moral incondicional, inherente e inalienable. Ello significa que demandan y requieren una 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. 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.

66. 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.

67. Esta centralidad inherente se reproduce en otros instrumentos internacionales de carácter universal como lo son: la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer en 1979, Convención sobre la Tortura, Convención de los Derechos del Niño y Convención de las Personas con Discapacidad. A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé que la "dignidad es inherente al ser humano" (artículo 5).

68. Bajo este panorama, el no nacido hace parte de la especie humana, como un ser vivo. Tiene un ADN único, diferente de quienes sean sus padres biológicos y se compone por células y tejidos que se desarrollan de manera progresiva y conjunta. 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”.

69. A partir de lo expuesto, es posible concluir que los no nacidos hacen parte de la especie humana y son titulares de los derechos a la vida y a la dignidad humana. Sin lugar a dudas existe una obligación internacional que obliga a los Estados a proteger a quienes aún no han nacido. En esa medida, se les debe garantizar el disfrute de todos los derechos derivados de la simple naturaleza humana, entendida como la existencia humana. Más allá de que la garantía de los derechos del nasciturus sea progresiva e incremental, 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 requiere un análisis sobre el estatus jurídico de los no nacidos y el reconocimiento de otros derechos como la personalidad jurídica, ya que como parte de la especie humana deben reconocerse sujetos de derechos.

70. 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. La primera se refiere al carácter del ser humano como titular de derechos y la capacidad de asumir obligaciones, lo cual corresponde a una garantía exclusiva de la persona natural. El segundo establece que las personas poseen atributos inseparables de ellas, como el nombre, la nacionalidad, el domicilio, el estado civil, la capacidad y el patrimonio. Por último, la tercera refiere a 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”.

71. De manera que, en virtud de la dignidad humana, el nasciturus hace parte de la especie humana, su vida se reconoce desde la concepción y existe la obligación internacional y constitucional de protegerlo. En efecto, 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 en desarrollo, compuestos de tejidos y células que tienen un contenido genético único.

72. En Colombia, el estatus jurídico de los no nacidos ha sido objeto de debate. 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”. Bajo esa perspectiva, el nasciturus no estaría en la categoría jurídica del derecho civil “persona”, en la medida en que la personalidad jurídica está asociada a este estándar del derecho civil.

73. Sin embargo, no comparto esa aproximación. Aunque esta disposición es la única en el derecho nacional que define la personalidad jurídica, no puede ser leída al margen del resto de normas que componen el Código Civil. En especial, porque esa disposición no fue diseñada para definir el estatus jurídico del no nacido en relación con los derechos

constitucionales, sino con el fin de brindar seguridad jurídica en el ámbito de las obligaciones civiles. Así las cosas, el artículo 90 del Código Civil no puede ser leído al margen del artículo 74 ejusdem, según el cual "son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición". Por el contrario, debe entenderse en línea la Sentencia C-591 de 1995, la cual determinó que, si bien podría entenderse que la existencia legal de las personas ocurre con el nacimiento, la existencia de la vida inicia desde la concepción. En efecto, para la Corte, entre la concepción y el nacimiento la protección de los que están por nacer es imperativa en todo lo que les sea favorable.

74. Por eso, limitar el reconocimiento de la vida humana —pero sobre todo protegerla— a un asunto de seguridad jurídica del derecho civil es contrario a los parámetros internacionales que protegen y reconocen en quien aún no ha nacido un sujeto titular de derechos. Sobre todo, cuando esa determinación tiene sustento 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. 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 la Convención Americana de Derechos Humanos. 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.

75. De lo expuesto, cabe afirmar 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 y que se armoniza con el valor y principio de la dignidad humana. 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".

76. 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. 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." A su vez, al no nacido le han sido reconocidos los derechos a la tutela judicial, a la salud, al mínimo vital, a la seguridad social, a una vida en condiciones dignas e incluso al domicilio. Asimismo, en el ámbito médico, el ordenamiento jurídico interno 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.

77. De manera que, más allá de la diferenciación que realizó la Corte Constitucional, en la Sentencia C-327 de 2016, respecto de los sujetos de derechos y la garantía del 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.

78. Como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la vida como todos podría ser objeto de limitaciones razonables. De hecho, ha advertido 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. 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. El estatus jurídico del que está por nacer supone su reconocimiento como sujeto de derechos, que se fundamenta en el carácter y naturaleza que tiene el nasciturus como ser sintiente.

79. El nasciturus como ser sintiente. Existe evidencia científica como investigaciones médicas que exponen que quienes se encuentran en el vientre de la madre sufren y perciben dolor. 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.

80. Inicialmente, se consideraba que el feto no sentía 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 experimentar dolor. 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. Bajo estas perspectivas iniciales de la ciencia, el dilema ético planteado era inexistente, en tanto, parte de una premisa falsa.

81. Esas posturas fueron consideradas como premisas casi irrebatibles 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, surgieron estudios anatómicos, fisiológicos y conductuales, que establecieron que los neurotransmisores inhibidores del líquido amniótico no anestesian al feto.

82. 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. Además, advirtieron que el uso de anestesia en cirugías fetales es recomendable para prevenir las respuestas hormonales ante el estímulo nocivo, los efectos adversos en el desarrollo neuronal y en las reacciones ante el dolor.

83. 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. 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”.

84. Esta postura cuenta con un número importante de exponentes. 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. 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.

86. 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. Igualmente se encuentra Arina O. Grossu quien explica que los descubrimientos científicos permiten determinar que

los no nacidos sienten dolor desde la semana 20. Los estudios citados en el concepto que Ana María Idárraga y Juana Acosta, presentaron en el proceso que finalmente dio lugar a la Sentencia C-055 de 2022, 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. Asimismo, explican que existe una tendencia científica a identificar algunas de estas capacidades, incluso en etapas cada vez más tempranas del embarazo.

87. En línea con esto último, 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. 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. En el proceso Martha Teresa Flórez Bohórquez allegó investigaciones relativas al dolor del feto entre la semana 12 y la 24.

88. Por ejemplo, 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 fetal.

89. 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. Lo realmente trascendente de esta discusión, para efectos del debate constitucional que se genera, es que existe suficiente evidencia científica para determinar el feto experimenta dolor. Por ejemplo, Robin Pierucci se refiere con contundente evidencia científica a la existencia del dolor fetal, más allá de los debates bioéticos que suponen las discusiones proabortistas.

90. Johnston C y Stevens B relatan estudios clínicos en grupos de bebés prematuros de 32 semanas que demuestran la respuesta consciente y emocional de estos niños. Particularmente, a través de mediciones de frecuencia cardiaca y niveles de saturación de oxígeno antes, durante y después de una punción en el talón (que es una práctica que se utiliza comúnmente para extraerles sangre), se advirtieron claras diferencias entre los niños que experimentaron este procedimiento y los que no. El primer grupo presentaba rangos más

altos la frecuencia cardiaca, mientras tenía una saturación más baja, en comparación con el segundo. Lo cual permite entender que, para ese momento de su desarrollo biológico, sienten dolor.

91. 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 estimulo negativo que produce dolor. 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. En atención a estas consideraciones, los protocolos médicos en el tratamiento y diagnóstico de los no nacidos han reconocido la importancia ética y clínica de mitigar el dolor.

92. Tal y como lo describen algunos científicos, los procedimientos de terminación anticipada del embarazo también generan estímulos nocivos para los fetos que producen dolor, a pesar de que no correspondan 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.

93. 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.

94. 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 en determinadas etapas de su gestación, situación respecto de la cual la ciencia investiga cada vez más. Para María Antonieta Flores Muñoz, “[d]esde 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.”

95. De ahí que, esta característica de los nasciturus los hace acreedores de la protección otorgada por los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana, 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.

96. 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.

97. 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, con fundamento en el 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. 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." 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)

98. 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.”

99. 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. De lo anterior, es razonable considerar que, si la sintiencia de un ser se deriva de su eventual capacidad para sentir dolor, en atención al consenso científico sobre los nasciturus, la Corte Constitucional debió pronunciarse de fondo sobre la controversia, referirse a esta característica propia de los

nasciturus y reconocer que son titulares de derechos y deben ser protegidos por la sociedad y el Estado.

100. Cabe preguntarse: ¿no resulta contradictorio que la jurisprudencia de la Corte Constitucional proteja a los animales como seres sintientes, en virtud del bloque de constitucionalidad, pero desconozca totalmente los mandatos de protección de la vida humana desde su concepción? 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. 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.

101. 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.

102. Según Protocolos del Ministerio de Salud, la Organización Mundial de la Salud y diferentes estudios científicos, 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. 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.

103. 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.

104. Sobre la constitucionalidad del artículo 122 del Código Penal. Conforme a lo que fue expuesto en este salvamento, a mi juicio, la Corte ha debido pronunciarse de fondo sobre las censuras propuestas en contra del 122 del Código Penal y declarar su exequibilidad condicionada. 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.

105. 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.

106. 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. En efecto, la Corte había protegido a estos seres sintientes como sujetos de derechos en la jurisprudencia. De manera que, 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.

107. En lo relativo al análisis de fondo sobre el artículo 122 del Código Penal, esta Corporación debió ponderar 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.

108. 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.

109. 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.

110. 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).

111. Escasamente se encuentra de manera expresa en el Protocolo de Maputo de la Carta Africana de Derechos Humanos de los Pueblos, el cual constituye un instrumento regional de derechos humanos que no es exigible, ni aplicable en Colombia. Si bien podría acudirse a este por medio de un criterio hermenéutico, lo cierto es que esa interpretación tendría que tomar en consideración que tales herramientas regionales responden a unas lógicas y necesidades particulares del territorio para el que se crean. Por lo que, más allá de la universalidad como característica propia de los derechos humanos, en atención a necesidades puntuales de una región, sea necesario el reconocimiento de distintas garantías que no necesariamente responden a las circunstancias en otras latitudes. Mucho menos cuando, la materialización de la garantía genera tensiones con la protección del derecho a la vida y el principio de la dignidad humana de seres sintientes de la especie humana.

112. Como se indicó en la Sentencia C-055 de 2022, el desarrollo que existe a nivel internacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo se encuentra 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.

113. Lo cierto es que también deberían haberse leído tales referencias a la luz de otros elementos. Por ejemplo, el Programa de Acción del Cairo de 1994 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 se pueden determinar únicamente a nivel nacional

o local de conformidad con el proceso legislativo nacional.”

114. 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 su nivel de desarrollo.

115. 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.

116. 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.

117. 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 Congreso 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.

118. En suma, me aparto en lo mencionado de la declaratoria de cosa juzgada 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, a quienes no se les ha negado su innegable carácter de ser sintiente, sino que se les ha desconocido la protección brindada en sentencias previas que los reconocieron como sujetos de los mismos derechos de los niños.

119. 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.

120. 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.

121. Con este salvamento de voto, dejo sentada mi posición sobre la importancia de proteger los derechos a la vida, a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad del nasciturus.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado