

# COMUNICADO No. 11

Marzo 2 de 2010



CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

LA AUSENCIA DE CLARIDAD, CERTEZA, ESPECIFICIDAD PERTINENCIA Y SUFICIENCIA EN LOS CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD FORMULADOS EN CONTRA DEL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO PENAL, CONDUJO A QUE LA CORTE SE INHIBIERA DE PROFERIR UNA DECISIÓN DE FONDO

## I. EXPEDIENTE D-13255 - SENTENCIA C-088/20 (Marzo 2)

M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

### 1. Norma demandada

**LEY 599 DE 2000**  
**(julio 24)**

*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.

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

### 2. Decisión

Declararse **INHIBIDA** para emitir decisión de fondo en relación con el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, por ineptitud sustantiva de la demanda.

### 3. Síntesis de la providencia

La ciudadana Natalia Bernal Cano presentó demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 122 del Código Penal “*tal como fue interpretado en la Sentencia C-355 de 2006*”, señalando que “*reprocha la despenalización de los procedimientos abortivos provocados por personal médico en hospitales legales*” (p. 1); y que “[...] *el aborto inducido afecta la dignidad, la integridad psicológica y física de las mujeres que abortan voluntariamente, pone en peligro la conciencia y la salud mental de los médicos que realizan el procedimiento con autorización de los Estados, atenta contra la vida, la dignidad, la intimidad y la integridad de los niños y niñas indefensos*” (p. 90).

Al respecto, la Corte encontró que el artículo 122 del Código Penal fue objeto de un pronunciamiento previo por parte de este Tribunal mediante sentencia C-355 de 2006 y que la demandante no presentó argumentos suficientes para desvirtuar la existencia de cosa juzgada constitucional.

Se concluyó entonces que no resultaba viable jurídicamente volver a analizar la constitucionalidad de la norma acusada. Debe tomarse en consideración que en casos en los que se discute la existencia de cosa juzgada, al existir una decisión previa en relación con el texto normativo demandado, el Tribunal debe ser mucho más exigente en el cumplimiento de los requisitos de la demanda debido a que deben existir razones poderosas que justifiquen que se vuelva a analizar una norma que ya fue objeto de control de constitucionalidad<sup>1</sup>. Así, la demanda debería haberse ocupado de demostrar que a pesar de que se haya dado un pronunciamiento previo, se configuró alguno de los supuestos que, de acuerdo con la jurisprudencia, debilitan los efectos de la cosa juzgada.

Por otra parte, la Corte encontró que las razones presentadas por la accionante no cumplen con los requisitos de (i) *certeza*, en la medida en que se basan en interpretaciones subjetivas del texto demandado (art. 122 C.P., según su condicionamiento en la Sentencia C-355 de 2006); (ii) *Especificidad*, debido a que están fundamentadas en argumentos genéricos y excesivamente vagos. (iii) *Pertinencia*, porque las razones no plantean un problema de constitucionalidad sino de conveniencia o corrección de la norma interpretada, ofreciendo evidencia empírica que se construye a partir de concepciones personales, como fotografías, material audiovisual, literatura y entrevistas a terceros. (iv) *Suficiencia*, ya que las razones presentadas no son capaces de generar una duda inicial sobre la constitucionalidad del enunciado demandado, tal como fue condicionado por la Corte Constitucional. Adicionalmente el concepto de violación y la petición de la demanda no cumplen el requisito de (v) *claridad*, en la medida en que no guardan una coherencia argumentativa que permita entender en qué sentido la disposición acusada sería inconstitucional y cuál sería su justificación, así como, qué es lo que se pretendía con la demanda.

#### 4. Salvamentos y aclaraciones de voto

Los magistrados **ALEJANDRO LINARES CANTILLO**, **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS** y **ALBERTO ROJAS RÍOS** salvaron el voto en relación con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena frente a la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 122 de la Ley 599 de 2000 “*por la cual se expide el Código Penal*”, toda vez que, a su juicio, el presente caso ha debido ser estudiado de fondo.

Señalaron que la mayoría de la Sala sustentó su decisión en la ausencia de una *carga argumentativa suficiente* que permitiera entender de forma clara, cierta y pertinente los reproches de constitucionalidad señalados por la demandante. Por las razones que se exponen a continuación, los magistrados Linares, Reyes y Rojas no compartieron las razones aducidas en la sentencia para fundamentar la inhibición.

**i. Aptitud de la demanda en relación con el derecho a la salud, a la vida, a la integridad personal, entre otros, de las mujeres gestantes.** Si bien, existen varios ejes de argumentación que no cumplen con los requisitos establecidos en la jurisprudencia constitucional para considerar la aptitud de la demanda, manifestaron los magistrados, que con base en la pretensión principal de la accionante era claro que ésta no fundó sus reproches en los condicionamientos de la sentencia C-355 de 2006, sino en el tipo penal. En este sentido, la demandante sostuvo, entre otros argumentos, que el sujeto activo del tipo penal no debe ser la mujer gestante, sino aquel que practique, colabore o promueva la práctica del aborto, en todos los casos, refiriéndose así a la comunidad médica y a todo aquel que asista a la mujer en dicho

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001. En relación con las exigencias de una demanda en contra de una disposición cobijada por la cosa juzgada constitucional formal, este Tribunal en la Sentencia C-007 de 2016 señaló: “3.5.1. En atención al carácter extraordinario de los eventos que permiten exceptuar la cosa juzgada constitucional de naturaleza formal, la Corte considera que **es exigible del demandante el cumplimiento de una especial y particular carga argumentativa**. Que ello sea así tiene fundamento no solo en los principios constitucionales que se adscriben al respeto y estabilidad de las decisiones de este Tribunal, sino también en el hecho de que en estos casos existe ya un pronunciamiento previo de la Corte Constitucional que se ocupó del mismo texto normativo y abordó los cargos nuevamente formulados” (negritas fuera de texto).

procedimiento, incluyendo hospitales legales y centros de salud. Con relación a esta pretensión, puso de presente la ciudadana una serie de argumentos que sustentan su solicitud de inconstitucionalidad de la norma demandada, así: (i) el tipo penal conlleva a discriminar a las mujeres, en especial a las mujeres de escasos recursos; (ii) no se persigue la finalidad ni la prevención del tipo penal; y (iii) la falta de información a la mujer gestante, de educación sexual y de prevención, conllevan a serias afectaciones en la salud de la mujer gestante. Dichos argumentos, en opinión de los magistrados disidentes, señalaban de forma clara, cierta, pertinente, específica y suficiente los reproches constitucionales y las normas potencialmente infringidas.

ii. Por lo demás, a pesar de no encontrarse reglamentado en el Decreto 2067 de 1991, la decisión de la mayoría determina un estándar específico de admisión de demandas de constitucionalidad que tengan como objetivo debilitar la cosa juzgada constitucional. Dicha determinación no ha sido consistente en la jurisprudencia reciente de este tribunal. Por ejemplo, en la sentencia C-200 de 2019 se elevó el estándar de la demanda, mientras que, en sentencias posteriores, tales como la C-519 de 2019 no se hizo exigible el mismo estándar al ciudadano. Esta incoherencia de la jurisprudencia desconoce el carácter informal de la acción pública de inconstitucionalidad. En este caso, la ciudadana cumplió con una carga mínima al presentar, al menos en el cargo relacionado con salud pública, un concepto claro de vulneración, sin recurrir a formulaciones abstractas y globales. Este hecho fue reconocido posteriormente por los intervinientes en el proceso; algunos de ellos solicitaron la inhibición, sin embargo, todos ellos pusieron de presente a la Corte como pretensión subsidiaria resolver uno de los primeros asuntos constitucionales, a saber, definir si se puede debilitar o no en el presente caso la cosa juzgada constitucional. La sentencia apoyada por la mayoría confunde: la aptitud de la demanda, inclusive no define si se trata de una regla de aptitud específica para debilitar la cosa juzgada; y de otra parte, a los ojos de la mayoría lo dispuesto en la demanda no da paso a cuestionar la cosa juzgada en la medida en la que se sugiere en la demanda. Esto último corresponde a la suficiencia de la demanda, en la cual le corresponde a este tribunal, ante asuntos que generen una duda sobre su constitucionalidad, emprender un examen para desvirtuar tales dudas, siendo a todas luces inaceptable escudarse en una mera formalidad para rechazar su examen. Máxime cuando aún si en gracia de discusión, dada la multiplicidad de informes y documentación allegada al proceso, se considerará la falta de claridad de la pretensión de la accionante, la decisión de la mayoría abandona por completo su deber de interpretar el contenido de la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto, conforme al principio *pro actione*. En este caso, dicha decisión desconoce que a pesar de la existencia de defectos de argumentación la misma ofrece elementos de juicio mínimos que permiten identificar la tesis jurídica que se puso de presente a la Corte (artículo 22 del Decreto 2067 de 1991). Es facultad de este tribunal constitucional investigar si se viola la Constitución Política desde todos los puntos de vista, basado en el cumplimiento de su función principal de guardar la supremacía e integridad de la Carta Política.

iii. **Inexistencia de cosa juzgada constitucional.** En reiterada jurisprudencia, la Corte Constitucional ha señalado que cuando la constitucionalidad de una norma ha sido objeto de estudio y decisión de fondo por parte de este tribunal, surge una prohibición para volver a conocer y decidir sobre lo ya resuelto. Sin embargo, ha admitido tres escenarios de debilitamiento a la cosa juzgada constitucional (i) la modificación en el parámetro de control constitucional; (ii) el cambio en el significado material de la Constitución; y (iii) la variación en el contexto normativo. A pesar de que en la sentencia C-355 de 2006, la Corte se pronunció sobre los derechos a la vida, dignidad, integridad y salud de las mujeres gestantes frente al tipo penal aborto establecido por el legislador en el artículo 122 del Código Penal, en este caso, consideró que amparada en excesos de ritual, la mayoría de la Sala Plena evadió uno de los debates de fondo en el presente caso, relacionado con la existencia o no de cosa juzgada constitucional. En opinión de los magistrados Linares, Reyes y Rojas, es posible debilitar la cosa juzgada constitucional, por cuanto: (i) las mujeres cuentan con un derecho

fundamental a decidir libremente si interrumpen o no su embarazo, y de hacerlo, acceder al sistema de salud, como expresión de los derechos reproductivos. Derecho que ha sido reconocido por este tribunal a través de una consolidada línea jurisprudencial, así como lo previsto en la Ley 1257 de 2008 (*cambio en el contexto normativo*); también (ii) se exponen a las mujeres gestantes a barreras estructurales de acceso a la práctica de la IVE, y dada la complejidad de las mismas imposibilitan el goce efectivo de dicho derecho fundamental (*cambio en el significado material de la Constitución*). Adicionalmente, (iii) ha variado el parámetro de control, en la medida que se constata una evolución de los derechos sexuales y reproductivos en el contexto internacional que amerita realizar un nuevo estudio de constitucionalidad a la luz de nuevos estándares de derecho internacional de los derechos humanos. No hay duda que diferentes órganos de tratados recomiendan una liberalización del aborto, eliminar el aborto inseguro, trabajar en prevención y educación, asesoramiento y atención integral a la mujer gestante. Tampoco es extraño a la jurisprudencia constitucional constatar dicha evolución. Solo por mencionar algunas sentencias recientes en las que se evidencia dicho entendimiento: (i) sentencia C-327 de 2016 en la que se acudió al caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (2012); (ii) sentencia C-519 de 2019 en la que se acudió a la Convención Belén do Pará; (iii) sentencia SU-074 de 2020 y SU-080 de 2020 en las que se reconocieron expresamente obligaciones para el Estado colombiano derivadas de tratados internacionales, en especial, en asuntos de género y discriminación contra la mujer (*cambio en el parámetro de control*).

**iv. Reiteración de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en la jurisprudencia constitucional, bajo el contexto del Estado de Derecho: legalidad y laicidad.**

Es claro que la decisión de interrumpir un embarazo -deseado o no- toca las más íntimas convicciones de la mujer, la enfrenta a la penosa y difícil decisión en la que se sopesan proyectos de vida y dilemas asociados con creencias individuales. Sin embargo, consideraron que esta corporación, como parte del Estado, no está llamada a imponer valoraciones sobre los efectos positivos o negativos de dicha decisión, ni definir si las mujeres deben o no acudir a la misma, y por el contrario, si le corresponde, como garante de los derechos humanos, garantizar que cada mujer en su libertad de conciencia y religión cuente con las garantías para adoptar dicha decisión. Con fundamento en esta realidad, no cabe duda de que le corresponde al Estado proteger de manera efectiva los derechos fundamentales a la vida, la libertad, la dignidad, la autonomía, la seguridad, la intimidad, la salud, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad de las mujeres gestantes. Dicha obligación no puede limitarse o restringirse por consideraciones derivadas de una creencia o moralidad particular. Es un deber de este tribunal garantizar la libertad de conciencia y religiosa de la mujer, reservándole esferas en las que esta pueda adoptar una decisión de manera autónoma. Sin embargo, los valores o creencias relacionados con dichas libertades, sirven como sustento de la elección individual, pero no pueden ser impuestos a otros, ni objeto de definición colectiva, a través del Código Penal.

**v. En la actualidad, la sanción penal prevista en el artículo 122 del Código Penal conlleva a la imposición de cargas excesivas para los ciudadanos y a crear discriminación entre iguales, reforzar estereotipos de género o crear “ciudadanos de segunda categoría”.**

La política criminal diseñada por el legislador tipifica el aborto, y se excepcionan de su punibilidad tres causales establecidas en la sentencia C-355 de 2006, la cual, sirve como punto de partida para el análisis que emprendía el magistrado Linares. En dicha sentencia, se señaló que si bien la opción de penalizar el aborto es constitucionalmente válida como forma de proteger la vida en gestación, no lo es de forma absoluta e incondicional. El castigo en todas las circunstancias constituye una grave y desproporcionada afectación a derechos fundamentales de las mujeres. Con base en esta decisión y teniendo en cuenta el cambio de circunstancias, contexto normativo y parámetro de control, la Corte debió cuestionarse si la existencia del tipo penal aborto, tal como fue condicionado, cumple con el estándar del principio de legalidad, en el Estado de Derecho. Sobre el particular y tras la evidencia y conceptos técnicos recaudados, es claro que en

adición a la existencia de las graves barreras, derivadas de buena forma de la incertidumbre que genera la coexistencia de un delito y un derecho fundamental, existen serios efectos de marginalización y estigmatización derivados de la percibida ilegalidad de la conducta. Ello hace que el sistema ofrezca preferentemente opciones peligrosas y clandestinas, que además de poner en entredicho el derecho fundamental de la mujer gestante a decidir libremente, y de hacerlo, acceder de forma segura al sistema de salud, como expresión de los derechos reproductivos. Asimismo, la existencia del tipo penal profundiza tanto la discriminación de género hacia las mujeres, quienes son condenadas por el sólo hecho de ser mujeres y quiénes son las que pueden llevar una gestación a término. Un ejemplo de cómo el ordenamiento jurídico en ocasiones impone cargas desproporcionadas a la mujer por el solo hecho de serlo, obligándola a ser un *ciudadano de segunda categoría*, o por cuestiones intrínsecas a su naturaleza, fue encontrado por esta Corte al analizar la aplicación del IVA a los tampones y toallas higiénicas (sentencia C-117 de 2018). Adicionalmente, con la existencia de la criminalización, a pesar de la existencia de las causales, el tipo penal profundiza la desigualdad entre mujeres en diferentes situaciones socioeconómicas. En este caso, los magistrados disidentes señalaron que es claro por la información aportada al proceso que la mayoría de abortos en Colombia ocurren de forma clandestina, con graves complicaciones especialmente en mujeres de escasos recursos o mujeres rurales.

**vi. Del déficit de protección constitucional a las mujeres gestantes.** Las mujeres con embarazos deseados o no se encuentran en un desequilibrio constitucional, escenarios de violencia institucional, vacíos e inseguridad jurídica que impiden, efectivamente, el acceso y goce a sus derechos fundamentales. Es un hecho que a pesar de existir una amplia potestad de configuración en materia de política criminal, el estado actual del mismo incumple con la garantía de Estado de Derecho, y se evidencia un déficit de protección constitucional de las mujeres gestantes. Por lo que, considero que en este caso, la Corte respetuosa de las decisiones del legislador debió mantener la tipificación del delito, pero señalar también que existe un déficit de protección constitucional, entre otros, derivado de la falta de voluntad de los miembros del órgano legislativo en dar una deliberación democrática en torno a los derechos reproductivos de las mujeres gestantes, ello, a pesar de haberse presentado 33 proyectos de ley –todos fallidos– (en el período comprendido entre 1975 y la fecha, y un total de 15 proyectos desde el 2006), y haber sido exhortado el Congreso de la República para regular la materia en los términos de la SU-096 de 2018 al derecho fundamental a la IVE. Lo anterior, aunado a la discriminación histórica a la que se ven enfrentadas las mujeres en escenarios de deliberación democrática.

**vi. Sobre el mandato de optimización de derechos.** Es claro que bajo las circunstancias actuales, en las cuales es evidente el cambio de circunstancias sociales significativas, de cambios en el parámetro de control y en el contexto normativo, se debía avanzar en la protección de los derechos reproductivos de las mujeres gestantes, no sólo previstos de forma amplia en nuestra Constitución Política, sino también en el derecho internacional de los derechos humanos. De esta forma, la protección del derecho a decidir de las mujeres gestantes sobre la IVE o no, seguido de su posterior acceso a un sistema de salud seguro, no puede limitarse a la aplicación del régimen de causales o indicaciones establecidos en la sentencia C-355 de 2006. De esta forma, considero que es el momento de avanzar, por lo menos en establecer un *sistema mixto* de causales y plazos, según el cual no se incurriría en el delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción voluntaria del embarazo se produzca (i) dentro de las primeras 16 semanas a partir de la gestación se podrá practicar el aborto de forma legal, con independencia de si la mujer que consiente a dicha interrupción, se encuentra incurso o no en una de las causales previstas en el numeral (ii) siguiente; o (ii) cuando a partir del vencimiento de dicho plazo de gestación ocurra cualquiera de las tres causales previstas en la sentencia C-355 de 2006. Dicho *sistema mixto* encuentra amplio sustento en el derecho comparado, en la necesidad de tutelar el derecho a la intimidad de la mujer, hacer prevalecer el mandato de protección incremental del bien constitucionalmente protegido (C-355 de 2006), y

garantizar un plazo razonable para que la mujer de escasos recursos en zonas apartadas de territorio, pueda ejercer libremente su derecho a decidir si continúa o no con el proceso de gestación humana, y en caso de decidirlo, pueda acceder a servicios de salud que garanticen sus derechos a la salud, a la vida e integridad física.

Finalizaron los magistrados Linares, Reyes y Rojas indicando que, a pesar de los múltiples esfuerzos de la Corte de establecer un diálogo con otras ramas del poder público en esta materia, vía una línea jurisprudencial de aproximadamente 14 años, dichos esfuerzos han sido insuficientes para atender esta delicada situación de vulneración de derechos fundamentales de las mujeres gestantes. Por lo que, reiteraron que la decisión de la mayoría conlleva a la prevalencia de formalidades, por demás no establecidas en el Decreto Ley 2067 de 1991, dejando de lado dar un debate de fondo sobre este apremiante asunto de relevancia constitucional.

El magistrado **CARLOS BERNAL PULIDO** presentó aclaración de voto en relación con la decisión adoptada en el marco del expediente D-13255. Si bien comparte el resolutivo de inhibición en relación con el expediente D-13255, se separa de algunas consideraciones de la parte motiva de la Sentencia y encuentra que, a pesar del déficit y de la demanda, la accionante aportó al proceso evidencias y argumentos que alteran el resultado de la ponderación a la que la Corte Constitucional llegó en la Sentencia C-355 de 2006.

Tales evidencias y argumentos se refieren a los siguientes aspectos.

(1) La titularidad de los niños y niñas en gestación en relación con los derechos fundamentales a la vida, integridad física, salud, igualdad y a los correlativos las prohibiciones de tortura y de sometimiento a los tratos inhumanos, crueles y degradantes.

(2) Debido a la prioridad prima facie de los derechos fundamentales sobre otros bienes y principios constitucionales, el reconocimiento de la titularidad de derechos fundamentales a los niños y niñas en gestación conduce a un ajuste del resultado de la ponderación que la Corte Constitucional llevó a cabo en la Sentencia C-355 de 2006. La nueva ponderación debe ajustarse para fortalecer la protección de los derechos fundamentales de los niños y niñas en gestación.

(3) La nueva ponderación debe fijar un término temporal claro durante la gestación, a la inmunidad que deriva de las causales previstas por la Sentencia C-355 de 2006. Esto es así por los incuestionables hallazgos científicos según los cuales un niño o niña de 24 semanas de gestación se considera bebé pretérmino y la capacidad de sentir dolor se desarrolla entre la semana 7 y 18 de gestación<sup>2</sup>.

(4) No existe un derecho fundamental a abortar, ni un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, ni a decidir con libertad acerca de la práctica del aborto. No hay ninguna disposición constitucional ni del bloque de constitucionalidad que instituya un derecho semejante. Lo único que existe es una inmunidad, creada por la sentencia C-355 de 2006, en los tres supuestos excepcionales en los que destipificó el aborto. Esa inmunidad lleva a que en tales supuestos excepcionales la conducta de aborto no sea típica. De ello no se sigue ni la existencia de una libertad de derecho fundamental a abortar, ni mucho menos

---

<sup>2</sup> Gaceta del Congreso 480 del 12 de julio de 2016. Intervención del neurocirujano pediatra, Kemel Ahmed Ghotme en el proyecto de ley 209 de 2016 por medio del cual se modifica el artículo 122 del Código Penal. *“En la semana siete toda esa vía periférica que va desde la piel hasta el cordón espinal ya está formada y esa información luego va a ir hacia los centros superiores pero también hacia un nervio motor que permite accionar el reflejo frente al dolor, de modo que en la semana siete este ser ya no solamente siente, sino que puede reaccionar al dolor y la vía autonómica además permite que haya una respuesta vegetativa a ese dolor, como es hipertensión, taquicardia y reflejos autonómicos de respuesta al stress y al dolor, estamos hablando de la semana siete. La vía espinotalámica o sea que va del cordón espinal hacia el tálamo termina de finalizar en la semana 16 ya el sistema nervioso central en el centro superior que es el encéfalo está percibiendo esa información y hace diferentes acciones con ella”*.

la existencia de un derecho fundamental de promoción o protección en relación con el aborto, que, por ejemplo, fundamente el discurso de la desaparición de barreras jurídicas, administrativas o prácticas en relación con el aborto.

(5) Existe un déficit de protección de la libertad de información de la mujer que planea llevar a cabo un aborto. Para subsanar este déficit, además de exigir un consentimiento informado, el Estado debería advertir a la mujer que quiera abortar, de los daños que se causan al niño o niña en gestación y los riesgos para la salud física y psicológica de la propia madre. Asimismo, este déficit de información podría subsanarse mediante reglas que obliguen la práctica de una ecografía, el suministro a la mujer de la información sobre apoyos a la maternidad y la oferta de alternativas distintas al aborto.

(6) Existe un déficit de protección del derecho a la salud mental de la mujer. Para subsanarlo, el Estado debe asegurarse de proporcionar un acompañamiento psicológico pleno a las mujeres que planeen llevar a cabo un aborto.

(7) Existe un déficit de protección de los derechos de los hombres que son padres de un niño o niña en gestación cuya madre quiera llevar a cabo un aborto. Para subsanarlo, el Estado debe definir la manera en que el padre debe participar, acompañar o consentir el procedimiento.

(8) Mediante la sentencia C-355 de 2006, la Corte Constitucional destipificó el aborto cuando “*exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico*”. Al respecto, debe precisarse que el aborto que está destipificado es aquel que se practica en caso de una malformación que hace **inviable la vida** en el sentido estricto de que el niño o niña en gestación no podrá tener vida propia. Esto implica, necesariamente, la reafirmación de que al aborto está prohibido cuando el niño o niña en gestación presenta una discapacidad. Además de violar el derecho a la vida, cuando el aborto se practica a los niños o niñas en situación de discapacidad es abiertamente discriminatorio y está prohibido por la Constitución y el bloque de constitucionalidad. En este aspecto, debe incrementarse el umbral de evidencia de la inviabilidad. La C-355 de 2006 solo exigió la certificación de un médico. Sin embargo, un diagnóstico semejante excede la competencia del médico general. La existencia de una malformación del feto que haga inviable su vida extrauterina debe ser diagnosticada por una junta médica, a fin de respetar la prohibición de protección deficiente de los derechos fundamentales de los niños y niñas adolescentes.

(9) Asimismo, en la Sentencia C-355 de 2006, la Corte destipificó el aborto “*cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico*”. En virtud de la prohibición de protección deficiente, debe: (i) aumentarse el umbral de evidencia para acreditar cuándo existe peligro para la vida o la salud de la mujer; (b) reforzarse que un evento de extraordinaria gravedad en la cual desembrazar es indispensable para garantizar la vida de la madre -sobre todo cuando se aduce que se está en presencia de una amenaza letal a la salud mental de la madre; (c) que no basta la mera certificación de un médico para dar probada esta causal.

(10) Por último. El magistrado **BERNAL PULIDO** señaló que en una democracia deliberativa es al Legislador a quien corresponde llevar a cabo la ponderación de todos estos elementos, en una regulación que luego debe ser sometida al control de la Corte Constitucional.

Los magistrados **LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ**, **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** y **CRISTINA PARDO SCHLESINGER** presentaron aclaraciones de voto en relación con los fundamentos de la decisión adoptada en la sentencia C-088 de 2020.

Si bien participó de la decisión inhibitoria, el magistrado **GUERRERO PÉREZ** aclaró su voto, en cuanto ha de advertirse que en materia de aborto hay aspectos que aún no han sido definidos, como los atinentes al (i) establecimiento de un término durante el cual

se puede practicar la interrupción voluntaria del embarazo en las tres causales permitidas sin que se configure un delito y (ii) el contenido de las causales y las condiciones en las cuales, no como expresión de un inexistente derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, cabe adelantar un ejercicio de ponderación entre los bienes jurídicos objeto de protección constitucional que se encuentran en tensión, definiciones que, en principio, le corresponden al Legislador.

Por su parte, el magistrado **LIZARAZO OCAMPO** aclaró su voto en el sentido de señalar que en el debate de constitucionalidad se constataron razones posteriores a la Sentencia C-355 de 2006 que hacían posible debilitar la cosa juzgada constitucional en el caso concreto. Sin embargo, la demandante no las argumentó suficientemente. En el proceso se observó (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. Así, señaló que fue expedida la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015); que los organismos competentes de la supervisión y cumplimiento de los tratados de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, han realizado pronunciamientos sobre el alcance de los derechos a la salud reproductiva y a la vida; que después de la expedición de la Sentencia C-355 de 2006 han surgido reglas jurisprudenciales que han hecho posible su cumplimiento, y han identificado barreras de acceso a la IVE que es necesario superar; que hay un contexto cognoscitivo que aporta nuevos elementos de análisis para evaluar el grado de cumplimiento de las obligaciones del Estado en relación con el acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo. A lo anterior se suma, que la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal del Estado Colombiano recomendó despenalizar todas las conductas que redunden en afectaciones de los derechos de las mujeres, como la interrupción voluntaria del embarazo.

Por último, la magistrada **PARDO SCHLESINGER** señaló en su aclaración de voto que, aunque no comparte la Sentencia C-355 de 2006, que despenalizó el aborto en tres causales, ni tampoco la línea jurisprudencial que siguió a esta decisión, estuvo de acuerdo con la mayoría en que el fallo debía ser inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda. A su parecer, la demanda carecía del requisito de *claridad*, pues algunas de sus peticiones parecían contradictorias, y tampoco cumplía con el requisito de *suficiencia*, pues no lograba acreditar el debilitamiento de la cosa juzgada constitucional respecto de la sentencia C-355 de 2006.

Las magistradas **DIANA FAJARDO RIVERA** y **GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO** se reservaron la posibilidad de presentar aclaraciones de voto respecto de los fundamentos de la providencia.

**EN ATENCIÓN A LA EXISTENCIA DE COSA JUZGADA SOBRE LAS NORMAS DEMANDADAS, DECLARADAS EXEQUIBLES POR LOS CARGOS EXAMINADOS, LA CORTE DISPUSO ESTAR A LO RESUELTO EN LA SENTENCIA C-591/95. PUSO ESTAR A LO RESUELTO. DE OTRO LADO, CONSTATADO QUE LA DEMANDA NO CUMPLÍA CON LOS REQUISITOS MÍNIMOS PARA ADOPTAR UN FALLO DE FONDO, LA CORTE RESOLVIÓ INHIBIRSE.**

## II. EXPEDIENTE D-13225 - SENTENCIA C-089/20 (Marzo 2)

M.P. Alejandro Linares Cantillo

### 1. Normas demandadas

#### CÓDIGO CIVIL

**Artículo 90.** Existencia legal de las personas. La existencia **legal de** toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

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



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

[...]

**Artículo 93.** Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del Inciso del artículo 90 pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido".

## 2. Decisión

**Primero. ESTARSE A LO RESUELTO** en la sentencia C-591 de 1995 mediante la cual se decidió "*Decláranse EXEQUIBLES los artículos 90, 91 y 93 del Código Civil*", respecto de los cargos por desconocimiento de los artículos 1, 2, 5, 11, 12, 13, 14 y 94 de la Constitución.

**Segundo.** Declararse **INHIBIDA** de emitir un pronunciamiento de fondo, por ineptitud sustantiva de la demanda, respecto de los cargos formulados en contra de los artículos 90, 91 y 93 del Código Civil (por violación de los artículos 4, 42, 44, 47, 49, 50 y 95 de la Carta Política, así como de lo dispuesto en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura).

## 3. Síntesis de la providencia

La ciudadana Natalia Bernal Cano demandó la constitucionalidad de los artículos 90, 91 y 93 del Código Civil. A su juicio, limitar los derechos del que está por nacer, desconoce que ellos son "*seres vivos inocentes capaces de sentir dolor y que son agredidos con métodos abortivos cuando se encuentran en el vientre materno porque no se les reconoce su condición de persona humana, titular de derechos y obligaciones*"<sup>3</sup>. En consecuencia, sostuvo que las disposiciones demandadas vulneran lo dispuesto en la Constitución en sus artículos 1, 2, 4, 5, 11, 12, 13, 14, 42, 44, 47, 49, 50, 94 y 95; la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura.

La Corte concluyó que respecto de los cargos por desconocimiento de los artículos 1, 2, 5, 11, 12, 13, 14 y 94 de la Constitución, operó el fenómeno de la cosa juzgada constitucional por lo resuelto en la sentencia C-591 de 1995, reiterada en la sentencia C-327 de 2016. En efecto, encontró que en esa ocasión la Corte se pronunció respecto de la constitucionalidad de las mismas disposiciones legales, por las mismas razones expuestas en la presente demanda. Adicionalmente, aclaró que las razones expuestas por la demandante no son suficientes para debilitar la existencia de la cosa juzgada. Por lo cual, se estuvo a lo resuelto en dicha sentencia.

Por otra parte, la Corte determinó que los cargos por el desconocimiento de la Constitución en sus artículos 4, 42, 44, 47, 49, 50 y 95, de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura no cumplían con los requisitos mínimos exigidos por la jurisprudencia constitucional. En concreto, sostuvo que no reúnen los requisitos de certeza, claridad, especificidad y suficiencia, razón por la cual se declaró inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo.

## 4. Salvamentos de voto

El magistrado **CARLOS BERNAL PULIDO** expresó su discrepancia con la decisión adoptada por la Sala Plena en el expediente D-13225, consistente en estarse a lo resuelto en la

---

<sup>3</sup> Ver cuaderno principal, folio 20.

Sentencia C-591 de 1995. Dicha Sentencia había declarado la exequibilidad del artículo 90 del Código Civil. Según este artículo: "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre".

En sentir del magistrado Bernal, la Corte Constitucional ha debido: (i) Dictar una sentencia aditiva y de inexecutable parcial, en el sentido de declarar inexecutable la expresión "al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre" y adicionar al texto demandado la expresión "desde la concepción". De esta manera, este enunciado ha debido quedar así: "La existencia legal de toda persona principia desde la concepción". En este sentido, además, la Corte ha debido (ii) relativizar la cosa juzgada de la Sentencia C-591 de 1995 por cambio en el contexto epistemológico.

En cuanto a lo primero, la Corte Constitucional ha debido reconocer que el Legislador vulneró el principio de respeto a la dignidad humana y la prohibición de protección deficiente de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física, a no ser sometido a tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes, y a la salud y a la igualdad de los niños y niñas en gestación, al no reconocerles la titularidad de estos y otros derechos desde la concepción. Esta vulneración deriva del uso legislativo, en la disposición demandada, de la ficción, según la cual, solo se es persona a partir del nacimiento. Como todas, esta ficción es arbitraria. No existen razones que hoy la fundamenten. Por tanto, el mantenimiento de tal ficción es también incompatible con la prohibición de arbitrariedad.

Desde la expedición del artículo 90 del Código Civil en 1887 hasta nuestros días han surgido nuevos conocimientos científicos, de los que hay evidencia suficiente en el expediente, y que prueban los siguientes hechos.

(1) Desde la concepción los niños y niñas en gestación están dotados del genoma humano. Esto es prueba de su pertenencia a la especie humana. De ello se sigue que son merecedores del trato que deriva del principio de la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución Política). Este trato implica necesariamente la atribución de personalidad jurídica a todo ser humano desde la concepción.

(2) Desde la concepción los niños y niñas en gestación tienen vida y deben ser reconocidos como titulares del derecho fundamental a la vida. Es manifiestamente irrazonable no conceder la titularidad del derecho fundamental a la vida a seres que ya durante su proceso de gestación tienen vida humana. No existe ninguna razón constitucional que legitime que todos, durante una etapa de la vida humana, carezcamos de protección de derecho fundamental. Esto es contrario a la inviolabilidad de la vida, instituida por el artículo 11 de la Constitución Política.

(3) Desde la concepción los niños y niñas en gestación tienen rasgos físicos y desarrollo de componentes anatómicos dignos de la protección que deriva de los derechos fundamentales a la integridad física y a la salud. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional en sentencias en las que ha protegido derechos de niños y niñas en gestación<sup>4</sup>.

(4) Desde las primeras semanas de gestación los niños y niñas en gestación sienten dolor. Estudios médicos, que constan en el expediente, se refieren a la semana 7, 12 o 18 como aquella en la que ya hay certeza de sensibilidad del dolor<sup>5</sup>. Esta capacidad

---

<sup>4</sup> Al respecto, ver, entre otras, la Sentencia T-223 de 1998. *"Para esta Sala de Revisión, la interpretación de la norma en el sentido de que el nacimiento es un hecho posterior a la muerte que impide la modificación de la partida de subsidio familiar no es un argumento de recibo, pues de lo que ha sido expuesto, incluso a riesgo de incurrir en molesta reiteración, se concluye que el hecho genitivo de esa prestación no es el alumbramiento sino la concepción"* (negritas fuera de texto).

<sup>5</sup> Concepto rendido por Marcela Fama, M.D. Pediatra y Presidente Sociedad Colombiana de Pediatría; Oscar Ovalle, M.D. Pediatra, Neonatólogo y Presidente Asociación Colombiana de Neonatología; Susana Niño, M.D. Pediatra Neonatóloga y Especialista en Bioética; Natalia Mejía, Pediatra Nefróloga y Profesora asociada Universidad de los Andes; Juan Gabriel Piñeros, M.D. Pediatra Neonatólogo y Jefe Departamento de Pediatría, Fundación Santa Fe de Bogotá, Jefe Postgrado de Pediatría Universidad de los Andes; Paula Prieto M.D. Magister en Bioética, Jefe servicio de Humanismo y Bioética Fundación

hace titulares a los niños y niñas en gestación de los derechos fundamentales a la integridad física y aquél correlativo a las prohibiciones de tortura y de sometimiento a tratos inhumanos, crueles o degradantes.

(5) Aún durante la gestación los niños y niñas son titulares del derecho fundamental a la salud. Este derecho los protege en procedimientos, inventados durante las últimas décadas, en los cuales son sujetos de intervenciones quirúrgicas, reciben asistencia médica independiente de la madre, son sujetos de donación de órganos y tejidos, son considerados pacientes e incluso se afilian y cotizan a sistemas de salud.

(6) Los niños y niñas en gestación son sujetos de especial protección constitucional, como todos los niños, niñas y adolescentes. Sus derechos son prevalentes (artículo 44 de la Constitución Política).

(7) Los niños y niñas en gestación son titulares del derecho fundamental a la igualdad. No pueden ser discriminados, en comparación con los niños y niñas nacidos. Asimismo, los niños y niñas en gestación, que están en condición de discapacidad, también son titulares del derecho fundamental a la igualdad. Además del derecho a no ser discriminados, también tienen derecho a una especial protección constitucional de la que deriva su derecho específico a que se les proporcione las acomodaciones razonables que sean idóneas para el pleno ejercicio de todos sus derechos (de acuerdo con el artículo 47 de la Constitución Política y con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

La evidencia científica de estos hechos no estaba disponible en el momento en el que la Corte Constitucional adoptó la Sentencia C-591 de 1995. Este cambio en el contexto epistemológico ha debido motivar, en criterio del magistrado **BERNAL PULIDO**, la flexibilización de la cosa juzgada de dicha sentencia y a la adopción de una decisión aditiva y de inexequibilidad, en el sentido antes señalado.

De igual manera, la magistrada **CRISTINA PARDO SCHLESINGER** presentó salvamento de voto frente a la sentencia de C-089 de 2020, por cuanto consideró que la Sentencia C-591 de 1995 -en la que se declararon exequibles los artículos 90, 91 y 93 del Código Civil, por los cuales se hace referencia a la existencia legal de las personas a partir de su nacimiento-, se produjo en un contexto normativo diferente al actual, por lo que, en virtud de la doctrina del derecho viviente, era procedente continuar con su examen de constitucionalidad.

Puntualmente, en 1995 el contexto normativo en que se inscribían los artículos 90, 91 y 93 del Código Civil era el de la protección del derecho a la vida del *nasciturus* a través de la plena penalización del aborto, por lo que era evidente que las normas estudiadas hacían referencia a la activación de la personalidad jurídica para efectos de derechos civiles, y de los atributos que le son propios, mas no para el reconocimiento de derechos fundamentales, incluida la vida, que según la Constitución Política de 1991, en su artículo 94, son inherentes a la naturaleza humana.

A partir de la Sentencia C-355 de 2006 se despenalizó el aborto en diversas causales sin ningún límite temporal, por hoy resulta relevante, como lo manifestaba la accionante, analizar si los artículos del Código Civil garantizan eficientemente los derechos a los que están por nacer.

**ALBERTO ROJAS RÍOS**  
Presidente

