

HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL
Atn. M.P. ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
E. S. D.

REFERENCIA: EXPEDIENTE D-13956, ARTÍCULO 122 – LEY 599 DE 2000

ASUNTO: INTERVENCIÓN EN PROCESO DE CONSTITUCIONALIDAD

ORLANDO ENRIQUE SANTAMARÍA ECHEVERRÍA, JORGE ALBERTO RAMÍREZ GÓMEZ, NATALIA RUEDA VALLEJO y SIMÓN RODRÍGUEZ SERNA mediante el presente escrito, en atención al oficio No. 4173 del veintiocho (28) de octubre de dos mil veinte (2020) de la Honorable Corte Constitucional, a nombre del **CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE GENÉTICA Y DERECHO** de la **UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA** presentamos la siguiente intervención en la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, expediente D-13956, con copia al proceso D0013856.

En síntesis, encontramos que la norma demandada debe ser declarada inconstitucional con base en las siguientes consideraciones: 1. El artículo 122 de la Ley 599 del 2000 impide la garantía de los principios de igualdad, libertad, autonomía y autodeterminación reproductiva que se concretan en el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e implica la imposición de una carga irrazonable e injustificada para las mujeres y parejas, al tiempo que favorece la generación de una serie de riesgos para el ejercicio y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (**Sección 1**); 2. Mantener las restricciones existentes en materia de acceso a la IVE con fundamento en la protección de la vida humana del feto desconoce injustificadamente los derechos fundamentales a la intimidad y libertad de la mujer por cuanto la tutela de la vida dependiente como un interés relevante no puede equipararse con la tutela de los derechos fundamentales en juego de la mujer gestante (**Sección 2**); 3. La tipificación de la conducta descrita en el artículo 122 de la Ley 599 del 2000 excede los límites constitucionales para el diseño de la política criminal del Estado y no resulta eficaz, proporcional ni razonable para el cumplimiento de los fines que persigue (**Sección 3 y Sección 4**); 4. La prohibición penal de la interrupción voluntaria del embarazo del artículo 122 de la Ley 599 del 2000 es violatoria de los derechos fundamentales a la salud, a la igualdad y a la libertad protegidos por la Constitución Política y por los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad (**Sección 5**), y por último; 5. Por cuanto no existe cosa juzgada constitucional en relación con la sentencia C-355 de 2006 que inhabilite a la Corte para realizar un examen de fondo en relación con los cargos planteados (**Sección 6**).

Lo anterior se explica con arreglo a los siguientes:

I.- FUNDAMENTOS

1. CONTENIDO Y LÍMITES DEL DERECHO DE LA PAREJA A DECIDIR LIBRE Y RESPONSABLEMENTE EL NÚMERO DE HIJOS SEGÚN LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 42 DE LA C.P.

El derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos consagrado en el artículo 42 C.P. debe entenderse en relación con la autonomía privada como un principio que, interpretado correctamente –no bajo una generalización que la desnaturalice, ni bajo una restricción a su mínima expresión que la haga desaparecer¹–, también hace parte del esquema de protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y de sus miembros individualmente considerados. Bajo este entendido:

“(1) la autonomía privada como principio orientador del derecho de familia, se manifiesta como una habilitación para los particulares para decidir con quién y los parámetros bajo los cuales desean conformar una familia, una de cuyas manifestaciones concretas se da en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos. Esta habilitación implica de manera correlativa la obligación para el Estado y la sociedad de respetar las decisiones derivadas de la autonomía de los particulares, *evitando injerencias indebidas o injustificadas*, y cuya manifestación concreta consiste [entre otras] en el respeto por la intimidad”².

La autonomía, entonces, en este contexto se concreta en la previsión del art. 42 C.P. según la cual “la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”.

El contenido de esta disposición se refiere, pues, a un derecho en cabeza de la pareja, pero que no excluye la decisión de uno de sus miembros o de la persona soltera. La interpretación no puede ser restrictiva, pues el sentido de esta disposición es el de garantizar el ejercicio de un derecho constitucional. En ese sentido, estaría proscrita una interpretación que conduzca a permitir que uno de los miembros de la pareja imponga restricciones o impida el ejercicio de este derecho, porque comportaría una contradicción inadmisibles con el espíritu de la norma³.

Esta disposición tiene otra particularidad que es necesario considerar: la decisión libre y responsable. Esta característica no está consagrando cosa distinta a la autodeterminación reproductiva y la parentalidad como una opción libre y siempre responsable. Dicha parentalidad puede tener inicio mediante la procreación natural, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción, la familia de crianza o el reconocimiento voluntario de hijo o hija. Al margen de esto, la redacción de la norma en relación con la decisión incorpora un aspecto “responsabilizador” de la parentalidad como una decisión que, dadas las consecuencias en la esfera vital de las y los hijos, no puede, o al menos no debería, tomarse a la ligera, motivo por el cual la pareja debe asumir todas las consecuencias que se deriven de su elección. En otras palabras, se trata de una concreción de la autorresponsabilidad como un principio que orienta el ejercicio de la parentalidad⁴, de allí que inmediatamente después, se establezca el deber de sostenimiento y educación, además de que con posterioridad el Código de Infancia y Adolescencia creó una legislación coherente con el paradigma de la protección integral y cuyo objetivo central es, justamente, construir un sistema de garantía de derechos de los niños, niñas y adolescentes como un *deber primario de los padres*.

¹ Cfr. Hinestrosa, F., “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 26, 2014, 8 ss.

² Rueda, N., *La noción jurídica de la familia en Colombia: una categoría en construcción entre restricción y libertad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, 107-108. Cursiva añadida.

³ Cfr. Daza Coronado, S.M., *Mujer, familia y sociedad. Hacia un nuevo derecho en Colombia*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2016; y Rueda, N., *La noción jurídica de la familia en Colombia*, cit.

⁴ Rueda, N., *La responsabilidad civil en el ejercicio de la parentalidad: Un estudio comparado entre Italia y Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020, *passim*, esp. 232 ss., 431 ss.

Adicionalmente, esta “responsabilización” implica que la decisión respecto del número de hijos deriva de un dato de la realidad, pues nadie mejor que los padres para determinar las propias capacidades en relación con la crianza, capacidades que se refieren a posibilidades económicas, pero también a la libertad de configuración del proyecto de vida familiar y personal. Esto es solo reiteración de lo ya dicho, en la medida en que la relación que debe existir entre el Estado y la familia debe estar mediada por el respeto de la autonomía y la intimidad familiar. De hecho, en relación con este aspecto es posible identificar en el discurso público una cierta ambivalencia en relación con temas como, por ejemplo, la violencia intrafamiliar, la responsabilidad civil por daños intrafamiliares, el apoyo decidido –y no solo mediante fórmulas de intención– de la economía del cuidado, o la necesidad de ruptura con el adultocentrismo como paso necesario para proteger a los sujetos más vulnerables⁵ con fundamento en el respeto irrestricto de la armonía y la intimidad familiares; sin embargo, cuando de reconocimiento de derechos y garantías fundamentales se trata, la familia aparece siempre como caballo de batalla para obstaculizar su ejercicio. Bajo este entendido, una disposición que, como la demandada, penalice el aborto es inconstitucional, en la medida en que impone una restricción injustificada.

Valga precisar que la expulsión del artículo 122 de la ley 599 de 2000 del ordenamiento jurídico no implica una invitación a abortar, ni mucho menos que la IVE pueda tenerse como un método de planificación familiar. Sin embargo, el principio de igualdad impone eliminar barreras para el ejercicio de los derechos, máxime cuando dichas barreras pesan, de manera desproporcionada, sobre grupos poblacionales específicos en condiciones de vulnerabilidad que reclaman soluciones que incorporen los enfoques diferenciales con una perspectiva de interseccionalidad⁶.

La lectura de esta disposición en este sentido permite adoptar una posición coherente con nuestro Estado Social de Derecho, en la que, no obstante el sumo interés que pueda despertar la familia y los deseos autoritarios por intervenir en ella, se reconoce al sujeto como un ente con capacidades (diferenciadas, no normalizadas, no heteronormativamente impuestas)⁷, que representa un asociado con autonomía y libertad, un adulto en condiciones de decidir “libre y responsablemente”. En otras palabras, no es tarea del Estado reproducir el modelo patriarcal de familia en sus relaciones con los sujetos, actuando como el *pater* de todos los asociados e

⁵ Este enfoque es imprescindible en el estudio de cualquier problema en relación con la familia y el ejercicio de derechos en su seno, bajo el entendido de que el adultocentrismo se puede entender como una forma de violencia sistemática en la medida en que reproduce patrones estereotipados de familia y gracias al cual, como herencia directa del modelo patriarcal, se impone como única alternativa la idea de que hay una etapa de la vida en la que se es “más persona”: la adultez productiva como el modelo de ser “completo”. Razón por la cual todo lo que no quepa allí sobra: niños, niñas, adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad, no ciudadanos, mujeres, etc. Cfr. entre muchos otros, Duarte Quapper, C., *El adultocentrismo como paradigma y sistema de dominio. Análisis de la reproducción de imaginarios en la investigación social chilena sobre lo juvenil*, tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2015; Nussbaum, M.C. y Levmore, S., *Envejecer con sentido. Conversaciones sobre el amor, las arrugas y otros pesares*, 4.ª ed., Bogotá, Paidós, 2020.

⁶ Hoy imperativo constitucional para todos los niveles de decisión y en todas las ramas del poder público. La necesidad de incorporar la interseccionalidad conduce a no limitar la valoración de cualquier problema en el derecho a un enfoque diferencial determinado; se trata, más bien, de la obligación de considerar de manera conjunta todas las categorías diferenciales pertinentes “para entender las necesidades y las capacidades de las personas”. Cfr. Max Planck Foundation for International Peace and The Rule of Law y Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, *Enfoque diferencial e interseccional*, Bogotá, 2017, 18 ss.

⁷ Cfr. Rodotà, S., *Il diritto di avere diritti*, Roma, Laterza, 2012, 177 s.; Nussbaum, M.C., *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, 4.ª ed., Bogotá, Paidós, 2018; e ID., *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, 6.ª ed., Bogotá, Paidós, 2020.

imponiendo, a partir de una idea sesgada de normalidad –del sujeto y de su familia–, estilos de vida, formas de organización, escenarios de afecto. Una comprensión distinta de esta cuestión hace desaparecer la neta distinción entre un Estado democrático y uno totalitario en el que la familia está al servicio de aquel y no al contrario.

En línea con esta interpretación, es necesario poner en evidencia que el populismo punitivo como alternativa para resolver los graves males que aquejan a nuestra sociedad se ha demostrado del todo ineficaz. El derecho penal, bajo una lógica distinta al derecho penal mínimo, no ha tenido ni tendrá un efecto disuasorio eficiente⁸. Esto pone en el centro del debate la ausencia de una política pública seria en materia de familia, de educación sexual y de salud reproductiva que termina por generar un déficit de protección insuperable para quien lo padece. En un escenario puramente ideal, el aborto debería ser la última opción de cualquier mujer o pareja; sin embargo, el mencionado déficit, sumado a la agregación de condiciones de vulnerabilidad (edad, condición de discapacidad, etnia, condición de migración, pobreza, género, orientación sexual, privación de la libertad y otras tantas), impide que el Estado pueda garantizar la salud reproductiva de las mujeres en Colombia⁹, de lo cual termina siendo una consecuencia que ellas deban acudir a la IVE, con el agravante de que, tratándose de una conducta punible, genera un problema de salud pública en virtud de la ejecución de abortos clandestinos en condiciones penosas y con enormes riesgos.

En fin, en virtud del principio de corresponsabilidad, el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos sí es una cuestión de Estado en la medida en que solo con la garantía de la salud reproductiva es posible promover una cultura de parentalidad responsable. Este no es un problema solo de autorresponsabilidad, sino justamente de responsabilidad parental. Cualquier obstáculo al ejercicio del derecho a decidir el número de hijos genera un riesgo grave de paternidad irresponsable con graves consecuencias sociales, con lo cual el Estado favorece la consolidación de un “círculo vicioso que se concreta en un serio problema de salud pública ampliamente difundido”, pues impedir que sujetos que legítimamente no deseen asumir la paternidad/maternidad beneficie la creación de relaciones de filiación destinadas al incumplimiento de la responsabilidad parental, lo que se traduce necesariamente en riesgo de lesión de derechos de los hijos y, a su vez, en una carga para el Estado en aquellos casos en los que se haga necesaria su intervención, carga que en no pocos casos se habría podido evitar y que en otros tantos se traduce en la indeseable institucionalización de los niños, niñas y adolescentes. En otras palabras, el obstáculo del derecho a decidir el número de hijos constituye un “un factor de riesgo para la producción de nuevos daños intrafamiliares [entre ellos la violencia y el incumplimiento de los deberes parentales] y, más en general, para un eventual ejercicio irresponsable de la paternidad por parte de sujetos que no necesariamente tienen los instrumentos adecuados para ello”¹⁰. Conviene igualmente considerar la carga desproporcionada para las mujeres que no pueden acceder a la IVE, si se piensa en la proliferación de estereotipos que producen una feminización del cuidado, estereotipos que están enraizados culturalmente y que se reproducen en las decisiones de política pública, judiciales y de tipo administrativo, todo lo cual termina por excluir a priori a los hombres del ejercicio de labores de cuidado y se les desresponsabiliza de la crianza.

⁸ Cfr. Rueda, N., *La responsabilidad civil en el ejercicio de la parentalidad*, cit., 385 ss., donde se demuestra la ineficacia comprobada de la intervención penal con fines “aparentes” de protección de la familia. Véase en este punto la Sección 4 de la presente intervención.

⁹ Véase en este punto la Sección 6 de la presente intervención

¹⁰ Rueda, N., *La responsabilidad civil en el ejercicio de la parentalidad*, cit., 424-425.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, emerge que para una efectiva garantía de los principios de igualdad, libertad, autonomía y autodeterminación reproductiva que se concretan en el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el artículo 122 de la Ley 599 del 2000 es inconstitucional e implica la imposición de una carga irrazonable e injustificada para las mujeres y parejas, al mismo tiempo que favorece la generación de una serie de riesgos para el ejercicio y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. De igual manera, dicha disposición desconoce la obligación de incorporar los enfoques diferenciales con una perspectiva de interseccionalidad. Finalmente, se reitera que su expulsión del ordenamiento no constituye una invitación a (o imposición de) abortar, sino un ejercicio imprescindible para dotar de coherencia el ordenamiento jurídico constitucional.

2.- ¿TIENE DERECHOS EL FETO? CONTENIDO Y LÍMITES.

En esta sección se propone dar una respuesta, desde el punto de vista del derecho civil, al interrogante formulado por la Corte con miras a determinar el alcance de la protección del *nasciturus* a la luz de la regulación del Código Civil, su contexto y finalidades.

Así las cosas, en nuestra tradición civil la determinación sobre si el individuo ha vivido o no asume relevancia desde un punto de vista *eminente patrimonial* que en ningún caso pretende desconocer la protección del que está por nacer. La relevancia de esta precisión emana de la distinción entre la teoría de la *vitalidad* (referida a la comprobación fáctica del nacimiento vivo y la sobrevivencia al menos un instante) y la teoría de la *viabilidad*, propia de ordenamientos como el francés o el español (consistente en la posibilidad de pronosticar las posibilidades que tiene el neonato para sobrevivir de forma extrauterina). Pese a las diferencias, en ninguna de las dos se tiene como acto constitutivo la concepción por la dificultad de su determinación. La importancia de esta distinción radica en la intención del redactor del código de no someter a juicios subjetivos el hecho de la existencia, o a valoraciones arbitrarias en relación con la viabilidad o no del sujeto de derecho¹¹.

Este es un primer elemento que se pierde de vista con facilidad en el debate sobre el aborto, en el que se concentra la atención en hacer el juicio falaz sobre la tensión entre la protección del derecho a la vida del *nasciturus*, desde la concepción, equiparándolo con el nacido vivo, sin entender las consecuencias jurídicas que esto conllevaría. Y es que, desde el punto de vista netamente civil la protección al *nasciturus* se concreta solo en la medida de que *ex post* ocurra el nacimiento y se cumpla con el requisito previsto por el código civil de que la persona exista siquiera un instante, por lo que la naturaleza de los derechos asume relevancia, cuestión aún discutida por la doctrina de derecho civil. Sin embargo, lo que sí parece claro a partir de la interpretación de las normas del código es que se trata de derechos diferidos para cuya concreción se requiere como *conditio sine qua non* el nacimiento y la sobrevivencia siquiera un instante.

¹¹ Alessandri Rodríguez, A., Somarriva Undurraga, M. y Vodanovic H., A., *Tratado de derecho civil: Partes preliminar y general*, Editorial Jurídica de Chile, 1998, 362. Este criterio es acogido por otros ordenamientos jurídicos. Además de los códigos derivados del Código de Bello, por ejemplo, el c.c. italiano prevé la adquisición de la capacidad jurídica desde el nacimiento, con la precisión de que “los derechos que la ley reconoce a favor del concebido están subordinados al evento del nacimiento” (art. 1). Valga señalar que en Italia el aborto está permitido desde 1978, en virtud de la ley 194, que permite el acceso a la IVE dentro de los primeros 90 días sin restricción; y luego del cuarto y el quinto mes es permitida por motivos terapéuticos. Similar disposición se encuentra en el código civil portugués que señala que la personalidad se adquiere “en el momento del nacimiento completo y con vida” con la misma subordinación del nacimiento como presupuesto de reconocimiento de los derechos reconocidos al *nasciturus* (art. 66). En Portugal el aborto está permitido sin restricciones hasta la décima semana, desde 2007, en virtud de la ley 16.

Valga señalar que el debate que hoy se somete a consideración de la Corte frecuentemente termina enmarcado en la tendencia impuesta por el fenómeno de *la politización de los derechos de la personalidad*, en una distinción “entre los derechos ‘políticos’ y derechos ‘neutrales’ de la personalidad”; y que describe la distinta concepción sobre los derechos de la personalidad con el paso del tiempo y gracias a la influencia de la Escuela de Derecho Natural. Así,

“La esfera política de los derechos de la personalidad durante la segunda mitad del siglo XIX era diferente a la de nuestra época. Los derechos de la personalidad funcionaban en aquel tiempo –que abarca el primer decenio del siglo XX también– como defensa de las relaciones de la propiedad. En aquella época –ahora desde hace ya unos setenta años– estos derechos han ayudado a la situación de la autodefensa del propietario, mientras que ayudaron a la intervención por parte del Estado en esta esfera¹²”.

Esto no quiere decir que haya una suerte de “divorcio” entre la defensa de los derechos de la personalidad y el derecho civil. En ese sentido, se extiende la invitación a no desligar el análisis normativo, aún a la luz de los principios constitucionales, del contexto y de sus fundamentos, los cuales aparecen en defensa del sujeto de derecho sin necesidad de deformar su sentido ni contenido.

Así pues, el Código Civil no se refiere, ni pretendía o podía hacerlo, al *comienzo de la vida humana* (cuestión de orden metafísico y no jurídico), sino al *comienzo de la existencia de la persona*. Esto es, el Código Civil se ocupa de una cuestión estrictamente jurídica cual es la definición de la personalidad jurídica como presupuesto necesario para la atribución e imputación de derechos y obligaciones, pues la determinación del comienzo de la vida humana no puede ser una cuestión que ocupe la atención del derecho. Este puede solo definirse en sentido extrajurídico, pues como lo ha reconocido la CIDH “se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa”¹³, aspecto que ya había reconocido la Corte Constitucional como ajeno a la órbita de sus competencias¹⁴.

En ese sentido, las normas del Código Civil en relación con el principio de la existencia jurídica de la persona y a la luz de los principios constitucionales deben entenderse referidas exclusivamente a la fijación de los criterios para determinar desde cuándo, para el derecho, existe la persona como sujeto de derechos, categoría que no se puede asimilar a la del *nasciturus*, pues existe una imposibilidad fáctica para verse atribuidos derechos y obligaciones. Así, la tarea del código civil es señalar el inicio de la existencia de la persona para determinar sus efectos (filiación, derechos sucesorios, alimentos). Piénsese, por ejemplo, en las posibilidades reales para que jurídicamente se pueda determinar respecto del *nasciturus*, de ser considerado persona, gozar de sus atributos de la personalidad, *v.gr.* el estado civil, el domicilio, la nacionalidad, etc., si por el hecho de no haber nacido no es posible determinar su filiación o fijar su identidad, motivo por el cual resultaría imposible

¹² Hamza, G., *Reflexiones sobre la defensa jurídica de la personalidad en el Código Civil del Perú de 1984 (Un ensayo histórico-comparado)*, en Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Decreto legislativo n.º 295. Código civil*, 16.ª ed., Lima, 2015, 67-68.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica*, 2012.

¹⁴ Sentencia C-355 de 2006.

proceder a su registro civil. Bajo esa hipótesis, la necesidad de protección del feto no se puede nunca traducir en el reconocimiento de personalidad jurídica, pues, de ser así, implicaría –solo para mencionar un ejemplo– subvertir de un modo que no se concibe precedente, todo el sistema de registro civil, debiendo ser obligatorio el registro del concebido y, por ende, la expedición de un registro de defunción para todos los casos no infrecuentes de aborto espontáneo, situación que además resultaría altamente conflictiva y engorrosa para el tráfico jurídico. La misma reflexión cabe de todos y cada uno de los derechos que exigen la existencia de la persona para su ejercicio.

De esta manera, a la luz del derecho privado la conclusión sobre la norma que penaliza el aborto no cambia, pues la penalización de la IVE comporta un defecto en la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, regresión incompatible con nuestro sistema constitucional y que podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado frente al sistema interamericano de derechos humanos. Mantener las restricciones existentes, con las ya conocidas trabas a que el sistema general de seguridad social somete a las mujeres que en ejercicio legítimo de sus derechos buscan acceder a la interrupción voluntaria del embarazo, con fundamento en la protección de la vida humana, cuyo inicio no puede ni debe ser definido por el derecho, implica una injerencia demasiado intensa en la esfera íntima de las personas y privada de justificación.

La politización del debate sobre el aborto no puede, pues, ignorar las estrictas competencias de injerencia del derecho. Asumir que el ordenamiento jurídico se puede arrogar la atribución de definir una cuestión como el comienzo de la vida humana no puede significar otra cosa que el triunfo del absolutismo jurídico, y puede obedecer solamente a la cada vez más frecuente y dañina tendencia del populismo punitivo, que comporta la defensa de unos valores per sé, vaciados de contenido, cuya defensa se sustenta en razones de orden moral que reflejan la imposición arbitraria de unos valores por sobre otros, sin que ello encuentre sustento jurídico en nuestro sistema constitucional.

En fin, es equivocado, como han pretendido mostrar algunos sectores, señalar que este es un tema que no le compete definir a la Corte Constitucional. Baste dar una mirada a los innumerables intentos fallidos del congreso para legislar en materias tan delicadas como los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres o los derechos de las parejas conformadas por personas del mismo sexo. La realidad demuestra un incumplimiento reiterado de su función constitucional, que se explica solo en el hecho, apenas obvio, de que la solución a los problemas de las minorías o de sectores de la población históricamente discriminados no puede pasar por el tamiz de las mayorías, pues justamente no existe la sensibilidad sobre lo que implica pertenecer a aquellas o padecer la discriminación por esa misma condición. Así, pese a la preponderancia del principio democrático, es claro que las mayorías no siempre pueden, ni podrán, ofrecer garantías de resolución real al déficit de protección o a la discriminación a la que están sometidas las mujeres que se ven negados el goce efectivo de sus derechos sexuales y reproductivos¹⁵. Resulta claro en todo caso que las decisiones de la Corte Constitucional dirigidas a garantizar una real protección de los derechos de las minorías gozan de legitimidad.

3.- LIMITES A LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA RESPECTO DEL DISEÑO DE LA POLÍTICA CRIMINAL

¹⁵ Cfr. Rueda, N., *La noción jurídica de la familia en Colombia*, 2016, 92-94.

El análisis de constitucionalidad de una disposición de carácter penal debe partir, necesariamente, de la consideración de los postulados del principio de legalidad, el cual se constituye en la característica esencial del Estado de Derecho. La Constitución establece, como materialización del mencionado principio, las reglas que determinan el límite de la responsabilidad de los ciudadanos en aquellos comportamientos proscritos por la ley (Artículo 6), y la reserva de ley de las normas penales (Artículo 29 inciso primero). Los mencionados preceptos reconocen que, dada su importancia fundamental para el orden social, la definición de las conductas que resultan penalmente reprochables involucra una valoración social respecto de los bienes jurídicos que son susceptibles de protección a través del derecho penal¹⁶. En consecuencia la definición de los comportamientos penalmente relevantes se debe producir en el marco de un debate democrático, que en nuestro diseño constitucional se produce a través del procedimiento legislativo¹⁷.

El diseño de la política criminal del Estado corresponde, entonces, al Congreso de la República con un amplio margen de discrecionalidad. Con fundamento en ese entendimiento la Corte Constitucional ha reconocido que es el órgano legislativo quien debe evaluar las variables que determinan si, frente a las conductas que lesionan un bien jurídico, las vías del derecho penal resultan pertinentes¹⁸.

Ahora bien, como se advierte en la demanda que nos ocupa, no existe en la Constitución un poder o prerrogativa que sea absoluto. La libertad de configuración legislativa respecto del diseño de la política criminal del Estado se encuentra sometida a límites explícitos e implícitos derivados del texto constitucional, los tratados internacionales que componen el bloque de constitucionalidad y el componente axiológico y teleológico de la norma superior.¹⁹

De conformidad con los límites implícitos a los que se ha referido la jurisprudencia de la Corte, los mecanismos jurídicos de naturaleza penal deben estar dirigidos al desarrollo y materialización de los principios, valores y derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política y deben ser proporcionales y razonables respecto de la finalidad que persiguen²⁰. Concretamente la Corte Constitucional ha considerado que:

“Siendo la penalización la forma más lesiva de control social, por el alto grado de afectación a la libertad personal y otras garantías, **en caso de que el legislador advierta que la adopción de una medida de ese tipo no contribuye al perfeccionamiento de una política dirigida al logro de los fines perseguidos, debe prescindir de ella, pues, de lo contrario, la misma se tornaría ilegítima, forzando la intervención del juez constitucional para disponer su retiro del ordenamiento jurídico**”²¹ (Subrayado y negrilla fuera del texto).

En consecuencia, para analizar si una disposición, de naturaleza penal, ha excedido los límites de configuración del legislador, deberá acudirse a un criterio de eficacia. Es decir, corresponde al juez constitucional determinar si los tipos penales constituyen una herramienta eficaz para cumplir los fines que con ellos se persiguen, que necesariamente deberán estar

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-107 de 2018

¹⁷ *Ibid*, Corte Constitucional, Sentencias 489 de 2002; 233 de 2019 y 365 de 2012.

¹⁸ *Ibid*.

¹⁹ *Ibid*.

²⁰ *Ibid*.

²¹ *Ibid*.

alineados con los principios, valores y derechos fundamentales establecidos en el texto superior y en el bloque de constitucionalidad.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha reconocido como materialización de los principios – y derechos fundamentales– de la libertad, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, en los cuales se fundamenta el ordenamiento jurídico, que el derecho penal debe ser el último recurso empleado por el Estado para cumplir sus fines.²² Siendo así las cosas, en principio, cuando existan alternativas jurídicas para proteger los bienes jurídicos, diferentes a las punitivas, no es válido que el legislador acuda a la criminalización de conductas.

Ahora bien, el principio de *ultima ratio*, que acaba de exponerse, se relativiza cuando a través de las normas penales se busca hacer frente a “(...) los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes dentro del sistema jurídico, cuando se pretende afrontar de (*sic*) fenómenos y problemáticas sociales, económicas, políticas y culturales de alta complejidad que desbordan la capacidad ordinaria y razonable de la organización política, y cuando se advierte la precariedad de los instrumentos jurídicos alternativos extra penales”²³. En la línea argumentativa expuesta, esa corporación ha precisado:

“(...) De esta suerte, el análisis constitucional de los principios de residualidad, subsidiariedad y de *ultima ratio* no se centra únicamente en establecer la existencia de mecanismos jurídicos alternativos de intervención, sino que involucra diferentes variables relacionadas con las cualificaciones de las demás herramientas jurídicas en términos de su accesibilidad, disponibilidad, idoneidad y eficacia, con el bien jurídico comprometido y su nivel de afectación, y con la gravedad y complejidad del fenómeno o problemática social de base”²⁴.

Con base en lo que se ha expuesto, se puede afirmar que, para evaluar la constitucionalidad de la decisión legislativa de tipificar penalmente una conducta, desde el punto de vista del principio de *ultima ratio*, deberá analizarse la eficacia de la disposición de cara a la protección del bien jurídico. En ese análisis es necesario tener en cuenta si existen otras medidas extrapenales que resulten igual, o más adecuadas, para la consecución del fin perseguido y si se trata de afectaciones graves a bienes jurídicos fundamentales que se encuentran comprometidos en fenómenos criminales complejos que desbordan la capacidad del Estado para su atención, que habiliten la denominada protección multinivel.

Es pertinente advertir que, a título de ejemplo, respecto del tipo penal descrito en el Artículo 122 de la Ley 599 de 2000, la Sentencia C-233 de 2019, a la que se viene haciendo referencia, recordó:

“(...) Y en el escenario del delito de aborto, en la sentencia C-355 de 2006 se argumentó que en contextos extremos en los que una mujer se encuentra embarazada producto de una violación, o en los que su hijo padece de una anomalía grave que hace inviable su vida, o en los que su vida e integridad se encuentra amenazada gravemente, **la amenaza punitiva carece de toda eficacia, mientras que las políticas de apoyo a la maternidad o de acceso a métodos anticonceptivos pueden**

²² Corte Constitucional, C-489 de 2002, C-233 de 2019.

²³ Corte Constitucional, C- 233 de 2019.

²⁴ *Ibid.*

tener un impacto decisivo en los índices de aborto.” (Subrayado y negrillas fuera del texto).

Con lo expuesto hasta el momento, se puede concluir que, desde el punto de vista de los límites de configuración de la política criminal, a los que está sometido el legislador, la constitucionalidad del tipo penal del Artículo 122 de la Ley 599 de 2000, dependerá de su eficacia respecto de la consecución de los fines que a través de él se persiguen.

4.- FINALIDAD Y EFICACIA DEL ARTÍCULO 122 DE LA LEY 599 DE 2000

En primer lugar, para analizar la finalidad perseguida por el delito de aborto, debe tenerse en cuenta que, según el consenso doctrinal, el bien jurídico que busca proteger la disposición es la vida humana dependiente.²⁵ El mencionado bien jurídico es diferente y no se puede considerar equivalente al bien jurídico de la vida humana independiente²⁶.

El derecho penal colombiano ha considerado históricamente que la protección de la vida humana dependiente debe ser de menor entidad que aquella dispuesta para vida humana independiente, al punto que existe una relevante diferencia punitiva entre los delitos de aborto (Art. 122 Cód. Penal) y homicidio (Art. 103 Cód. Penal.)²⁷. Conforme a lo anterior, como extensamente lo explica la demanda que nos ocupa, la Corte Constitucional y las interpretaciones autorizadas de los tratados internacionales, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, han limitado el alcance de la vida dependiente como un interés jurídicamente protegido, que debe ceder frente a los derechos a la vida y libertad de los que es titular la mujer gestante²⁸.

Habiendo aclarado lo anterior, el análisis de constitucionalidad deberá centrarse en la eficacia del delito de aborto para proteger el bien jurídico *vida dependiente*. En relación con este cuestionamiento, debe advertirse que, la disposición acusada hace parte de la respuesta estatal a un fenómeno social y de salud pública consistente en el embarazo no deseado, que es producto de la escasa materialización de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, niñas y adolescentes.

De conformidad con los datos recaudados por el GUTTMACHER INSTITUTE, para el año 2008 se presentaron aproximadamente 400.400 abortos inducidos en Colombia, de los cuales solo 322 fueron realizados a través de los procedimientos legales habilitados por la sentencia C-355 de 2006²⁹. Si bien para ese año no existen datos abiertos consolidados por la Fiscalía General de la Nación, resulta pertinente mencionar que para el año 2010, de conformidad con las cifras publicadas por esa entidad, se presentaron 205 noticias criminales por el delito de aborto consentido, 257 para el año 2011, 243 en el 2012, 248 en el 2013, 225 en el 2014, 245 en 2015, 231 en 2016, 233 en 2017, 244 en 2018, 184 en 2019 y 128 en lo que va corrido del

²⁵ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, Urbano Martínez José Joaquín, “*Delitos contra la vida y la integridad personal*” Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Universidad Externado de Colombia.

²⁶ Posada Maya, Ricardo, “Política criminal y derecho penal: un mecanismo de ultima ratio frente a la terminación voluntaria de la gestación”, *Nuevo Foro Penal*, 94, (2020), 16.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Para una justificación de distintos niveles de protección desde punto de vista puramente privatista véase la sección 2 de esta intervención.

²⁹ Prada E, Maddow-Zimet I y Juarez F, “El costo de la atención postaborto y del aborto legal en Colombia”, *Perspectivas Internacionales en Salud Sexual y Reproductiva*, número de especial de 2014, pp. 2–12 https://www.guttmacher.org/sites/default/files/factsheet/fb-aborto-en-colombia_0.pdf

2020, durante todo el periodo para el cual existen datos (2010-2020) únicamente se produjeron 104 sentencias condenatorias³⁰.

Ahora bien, en relación con esas cifras es pertinente mencionar que en el año 2016, la Fiscalía General de la Nación expidió la directiva 06 de 27 de marzo de 2016, en la cual expresamente se instruye a los fiscales para que, en aquellos eventos en los que conozcan conductas de interrupción voluntaria del embarazo que no se enmarquen dentro de las casuales establecidas en la sentencia C-355 de 2006, deberán evaluar la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad en la modalidad de renuncia a la acción penal³¹.

Con base en lo anterior, se deberá concluir que el tipo penal del Artículo 122 de la Ley 599 de 2000 no es eficaz para proteger el bien jurídico a la vida dependiente, por el hecho de que no existe una aplicación efectiva del mismo por parte de las autoridades penales, quienes consideran que su aplicación es desproporcionada y no razonable en términos de política criminal.

Frente a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la persecución del mencionado delito comporta la criminalización secundaria de las mujeres que se encuentran en un embarazo no deseado, la más de las veces por la ausencia de materialización de sus derechos sexuales y reproductivos. Adicionalmente, si la norma fuera eficaz y efectivamente evitara la interrupción del embarazo, se propiciarían situaciones de violencia intrafamiliar, y ciclos de pobreza, y frustración de proyectos de vida de las mujeres, niños, niñas y adolescentes involucrados, tal como se reconoce en el documento de política social COMPESES 147³².

Ahora bien, en consideración del principio de *ultima ratio*, que debe cumplir el tipo penal del Artículo 122 de la Ley 599 de 2000, debe advertirse, como ya lo indicaba la sentencia C- 355 de 2006, que resulta más efectivas y menos costosas en términos de limitación de derechos, las “(…) políticas de apoyo a la maternidad o de acceso a métodos anticonceptivos pueden tener un impacto decisivo en los índices de aborto”.

En consecuencia, deberá concluirse que el legislador excedió los límites constitucionales para el diseño de la política criminal del Estado, al tipificar la conducta descrita en el Artículo 122 de la Ley 599 de 2000, por cuanto no resulta eficaz, proporcional ni razonable para el cumplimiento de los fines que persigue. Adicionalmente deberá entenderse que existen medidas y políticas extra penales, más efectivas y menos costosas en términos de limitación de derechos, para tratar el problema de los embarazos no deseados, que la tipificación de la conducta de la interrupción voluntaria del embarazo.

5.- CONTENIDO Y ALCANCE DE LA IVE EN COLOMBIA Y EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA SALUD Y OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

La IVE en Colombia tiene una doble dimensión. Por una parte, se trata de un delito tipificado en el artículo 122 del Código Penal, y por otra parte se trata de un derecho fundamental

³⁰ Fiscalía General de la Nación, sistema de datos abiertos <https://www.datos.gov.co/d/q6re-36rh/visualization>

³¹ En un sentido similar la sentencia C-647 de 2001 en relación con la necesidad de pena frente al delito del aborto.

³² Documento Compes Social 147 “Lineamientos para el desarrollo de una estrategia para la prevención en la adolescencia y la promoción de proyectos de vida para los niños, niñas, adolescentes y jóvenes en edades entre 6 y 19 años”

autónomo reconocido por la jurisprudencia constitucional colombiana. Esta sección se centrará en el contenido y alcance de la IVE como derecho fundamental autónomo y su relación con otros derechos fundamentales.

La sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional estableció que la tipificación del delito de aborto es contraria a la Constitución y a los derechos a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida digna, al derecho a la salud física y mental, y al derecho de la mujer a no ser sometidas a torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, en tres casos³³:

“(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”.

El reconocimiento de que una prohibición absoluta de la IVE era violatoria de la Carta Política colombiana, implicó al mismo tiempo el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional del carácter de derecho fundamental autónomo de la IVE en, **por lo menos**, los tres supuestos anteriores. Así lo reconoció, entre otras, la sentencia SU-096 de 2018³⁴:

“39. La Corte determinó, en ese sentido, que la sanción penal por aborto infringía el orden superior en **al menos tres casos**. (...) 43. La conclusión según la cual la prohibición absoluta del aborto es violatoria de los derechos constitucionales de las mujeres implicó, al mismo tiempo, el reconocimiento de que la interrupción voluntaria del embarazo, en los tres casos identificados por la Corte, **integra el contenido ius fundamental** de los postulados superiores comprometidos. (...)”
(Subrayado y negrilla fuera del texto)

El derecho a la IVE en Colombia, también de acuerdo con lo establecido en esta sentencia, se encuadra además dentro del ámbito de protección de la salud sexual y reproductiva (en adelante SSR) en general, y de los derechos reproductivos, especialmente. Así, la sentencia SU-096 de 2018 antes citada, aunque con las limitaciones impuestas por la sentencia C-335 de 2006, reconoció de manera explícita que el acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo hace parte del derecho a la salud reproductiva³⁵. De igual manera, debido a la interdependencia e indivisibilidad de los derechos fundamentales, el derecho a la IVE guarda estrecha relación con otros derechos fundamentales que hacen parte de la Constitución y del bloque de constitucionalidad, a saber: los derechos a la dignidad humana y autonomía individual, a la vida digna, a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, a la intimidad personal y familiar, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a las libertades de conciencia y religión, a la seguridad social y a la salud y la educación y desde luego, con el derecho a decidir de forma libre y responsable el número de hijos³⁶.

³³ C-335 de 2006

³⁴ SU 096 de 2018, para. 39 y para. 43.

³⁵ *Ibid.* para. 35.

³⁶ *Ibid.* para. 7-9.

En este sentido, son varios los tratados internacionales e interpretaciones autorizadas que complementan e integran el contenido de los derechos reproductivos. En esta sede resultan particularmente relevantes, entre otros: el artículo 16³⁷ la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW); el artículo 12³⁸ del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC); la observación general 14 (2000) relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 PIDESC)³⁹; la observación general 22 (2016) relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y al derecho a la salud sexual (artículo 12 PIDESC)⁴⁰; y los informes del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental de los años 2011(A/66/254), 2015 (A/HRC/29/33) y 2018 (A/HRC/38/36), así como el informe especial del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes del año 2013 (A/HRC/22/53).

La observación general 14 es especialmente relevante para la presente intervención en la demanda de inconstitucionalidad que analiza la Corte por cuanto define el derecho fundamental a la salud y encuadra dentro de este los derechos relacionados con la SSR. Además de reiterar el vínculo estrecho entre el derecho a la salud y otros derechos humanos fundamentales (*e.g.* dignidad humana, vida, igualdad)⁴¹, la observación reconoce que el derecho a la salud “abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana”.⁴² Así, a pesar de que el artículo 12 del PIDESC no adopta la definición de salud de la OMS como “un estado de completo bienestar físico, mental, y social, y no solamente como ausencia de enfermedades”, entiende la salud como un estado que trasciende el bienestar físico y mental, y se sitúa también en el ámbito del bienestar social. De este modo, la idea del “más alto nivel posible de salud” incluido en el artículo 12 del PIDESC hace referencia tanto a las condiciones biológicas como a las **condiciones socioeconómicas** de la persona.

Por otra parte, la observación general 22 tiene como objetivo ayudar a los Estados partes a aplicar el Pacto y es clara al establecer que la salud sexual y reproductiva es una parte integrante del derecho a la salud consagrado en el artículo 12 PIDESC. De igual modo, la observación establece que salud sexual y reproductiva:

“(…) implica un conjunto de libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción y discriminación, con respecto a los asuntos relativos al propio cuerpo y a la propia salud sexual y reproductiva. Entre los derechos cabe mencionar el acceso si

³⁷ Artículo 16: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; (...)”.

³⁸ Artículo 12: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del **más alto nivel posible de salud física y mental.** (...)”.

³⁹ Observación general 14 (2000) relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) E/C.12/2000/4.

⁴⁰ Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) E/C.12/GC/22.

⁴¹ Observación general 14 (2000), cit. para 3.

⁴² *Ibid.* para 4.

trabas a una serie de establecimientos, bienes, servicios e información relativos a la salud (...)”⁴³.

La salud sexual y reproductiva además se ve afectada por los denominados “determinantes sociales de la salud”⁴⁴, es decir, aquellas condiciones sociales e injusticias que, dependiendo de la distribución desigual de poder, ingresos, bienes, y servicios, afectan en mayor o menor medida la salud de la población⁴⁵. Así, factores, como pobreza, disparidad de ingresos, la discriminación sistemática y la marginación son determinantes sociales de la salud sexual y reproductiva. Por este motivo, la observación general considera como una obligación de los Estados abordar los determinantes sociales en la legislación, los arreglos institucionales, y las prácticas sociales para garantizar la salud sexual y reproductiva de la población⁴⁶. Dentro de los arreglos institucionales, como se verá, se enmarcan las **medidas judiciales** incluidas en la obligación de cumplir de la observación general⁴⁷.

En términos generales, de acuerdo con la observación general 22 el contenido normativo del derecho a la salud sexual y reproductiva está integrado por los siguientes cuatro elementos interrelacionados entre sí: disponibilidad, aceptabilidad, calidad y accesibilidad. La asequibilidad es parte integrante de este último elemento, e implica que los “bienes y servicios esenciales, en particular los relativos a los factores determinantes básicos de la salud sexual y reproductiva, se deban proporcionar sin costo alguno o sobre la base del **principio de igualdad**” (negritas fuera del texto).

A propósito del principio de igualdad, teniendo en cuenta los determinantes sociales de la salud, y nuevamente de acuerdo con el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, la observación citada pone de presente dos temas especiales de aplicación general que resultan de especial interés para el caso de la demanda de constitucionalidad en estudio: la no discriminación e igualdad y la intersectorialidad y discriminación múltiple. En virtud de estos temas especiales es necesario reconocer que existen grupos con necesidades específicas, en cuyo seno se acumulan condiciones de vulnerabilidad (*e.g.* migrantes indocumentados, mujeres pobres) que requieren atención especializada para garantizar la igualdad **sustantiva** y no solamente la igualdad formal⁴⁸ en la protección y promoción de la SSR.

Finalmente, la observación general 22 establece las obligaciones de los Estados partes y las violaciones en relación con la SSR. En cuanto a las obligaciones, son cuatro las distintas categorías de obligaciones a cargo de los Estados: obligaciones jurídicas generales, obligaciones jurídicas específicas, obligaciones básicas, y obligaciones internacionales. A continuación presentamos solo los ejemplos más relevantes para las materias de las que se ocupa la presente intervención.

Es una obligación general de los Estados partes eliminar toda discriminación en relación con el derecho a la SSR, lo cual implica

⁴³ *Ibid.* para. 5.

⁴⁴ *Ibid.* para. 8.

⁴⁵ Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud de la OMS, *Subsanar las desigualdades de una generación: Alcanzar la equidad sanitaria sobre los determinantes sociales de la salud – Informe final de la Comisión sobre Determinantes sociales de la salud* (2008). Disponible en: https://www.who.int/social_determinants/thecommission/finalreport/es/

⁴⁶ Observación general núm. 22 (2016), cit. Para. 8.

⁴⁷ Véase la nota al pie 51 abajo.

⁴⁸ Observación general núm. 22 (2016), cit., para 24, 30 y 31.

“que los Estados deroguen o reformen las leyes y las políticas que anulen o menoscaben la capacidad de personas y grupos determinados para hacer efectivo su derecho a la salud sexual y reproductiva. Hay muchas leyes, políticas y prácticas que socavan la autonomía y el derecho a la igualdad y la no discriminación en el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva, **por ejemplo la penalización del aborto o las leyes restrictivas al respecto**” (Subrayado y negrilla fuera del texto)⁴⁹.

Las obligaciones jurídicas específicas incluyen la obligación de respetar, de proteger y de cumplir. La obligación de respetar implica la abstención del Estado en el ejercicio del derecho a la SSR y obliga, entre otras medidas, a la reforma de leyes que impidan el ejercicio del derecho a la SSR, como las **leyes que penalizan el aborto**. La obligación de proteger se traduce en la prohibición de prácticas discriminatorias o la exclusión de personas o grupos determinados (e.g. migrantes) de los servicios de SSR, entre otras medidas⁵⁰. La obligación de cumplir requiere, por ejemplo, que se adopten las **medidas judiciales** para dar plena efectividad al derecho a la salud sexual y reproductiva, lo cual incluye la atención para el aborto sin riesgo⁵¹.

En las obligaciones básicas está incluida aquella en cabeza de los Estados de asegurar la satisfacción de los niveles esenciales mínimos del derecho a la SSR y el deber de derogar las leyes, políticas y prácticas que penalicen, obstaculicen o menoscaben el acceso a las personas a los servicios, bienes e **información** en materia de SSR⁵².

Finalmente, dentro de las violaciones del derecho a la SSR la observación general 22 indica que:

“(e)ntre las violaciones por omisión se encuentra el hecho de no adoptar las medidas necesarias para lograr la plena efectividad del derecho de toda persona a la salud sexual y reproductiva, así como el hecho de no promulgar ni hacer cumplir las leyes pertinentes. No asegurar la igualdad formal y **sustantiva** en el disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva constituye una violación de este derecho. La eliminación de la discriminación *de iure* y *de facto* es necesaria para el disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva en condiciones de igualdad” (negrilla fuera de texto).

En varias oportunidades, y más recientemente en el informe del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental del 2018 (A/HRC/38/36), el relator especial indicó cómo “(m)antener a las mujeres fuera del sistema de justicia penal, por ejemplo **aboliendo las leyes que penalizan el acceso a los servicios de atención de la salud sexual y reproductiva** y la información al respecto (...) es fundamental para proteger el derecho a la salud de esas personas” (negrilla fuera de texto). El informe del 2011(A/66/254) había en todo caso ya indicado que:

“(l)as leyes penales que castigan y restringen el aborto inducido son el ejemplo paradigmático de las barreras inaceptables que impiden a las mujeres ejercer su

⁴⁹ *Ibid.* para 34.

⁵⁰ *Ibid.* para 42.

⁵¹ *Ibid.* para 45.

⁵² *Ibid.* para 49.

derecho a la salud y, por consiguiente, deben eliminarse. Estas leyes atentan contra la dignidad y autonomía de la mujer al restringir gravemente su libertad para adoptar decisiones que afecten a su salud sexual y reproductiva. Asimismo, generan invariablemente efectos nocivos para la salud física, al ser causa de muertes evitables, morbilidad y mala salud, y para la salud mental, entre otras cosas porque las mujeres afectadas se arriesgan a caer en el sistema de justicia penal. **La promulgación o el mantenimiento de leyes que penalicen el aborto puede constituir una violación de la obligación de los Estados de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la salud**⁵³ (Subrayado y negrillas fuera del texto).

En un sentido similar, el informe especial del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes del año 2013 (A/HRC/22/53) ha identificado cómo la denegación del acceso a servicios autorizados de salud puede causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales⁵⁴. Además, indica el informe, “(e)l Comité contra la Tortura ha expresado reiteradamente su preocupación por el hecho de que las restricciones en el **acceso al aborto** y las prohibiciones absolutas con respecto al mismo conculcan la prohibición de la **tortura y los malos tratos**” (negrilla fuera de texto).

Así las cosas, resulta claro que la IVE hace parte de los derechos asociados a la salud sexual y reproductiva y es, por lo tanto, protegido por el derecho fundamental a la salud.

En este sentido, en virtud del trabajo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la actividad legislativa, el concepto y alcance del contenido al derecho a la salud ha cambiado desde el análisis de la sentencia C-335 de 2006.

Como es bien sabido, la Constitución Política de 1991 concibió inicialmente la salud como un servicio a cargo del Estado y como un derecho económico, social y cultural de naturaleza prestacional (Art. 48 y 49 C.P.).

En un primer momento interpretativo, la Corte Constitucional matizó la distinción entre derechos fundamentales de primera y segunda generación y consideró que estos últimos, incluido el derecho a la salud, son susceptibles de protección y justiciables mediante acción de tutela siempre y cuando sea evidente su conexidad con un derecho fundamental de aplicación inmediata (*e.g.* la vida)⁵⁵. De este modo el derecho a la salud podía ser protegido solamente por conexidad con otros derechos fundamentales y la dignidad humana. Posteriormente, la Corte, en un análisis sobre la dignidad humana, sostuvo que es fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana, es decir, “en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella”⁵⁶.

⁵³ Informe del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (A/66/254) para 21.

⁵⁴ Informe especial del Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes del año 2013 (A/HRC/22/53), para. 46

⁵⁵ Sentencia T-406 de 1992.

⁵⁶ Sentencia T-227 de 2003.

En un segundo momento interpretativo, todavía vigente, la Corte reconoció la salud como un derecho fundamental autónomo⁵⁷. Esta postura fue confirmada luego por el artículo primero de la ley 1751 de 2015⁵⁸.

En sentencias más recientes, los contornos del derecho a la salud han sido delineados por la Corte de manera mucho más precisa. Así, la Corte ha sostenido que:

“(…) el derecho fundamental a la salud no puede ser entendido como el simple goce de unas ciertas condiciones biológicas que aseguren la simple existencia humana o que esta se restrinja a la condición de estar sano. Por el contrario, **tal derecho supone la confluencia de un conjunto muy amplio de factores de diverso orden que influye sobre las condiciones de vida de cada persona, y que puede incidir en la posibilidad de llevar el más alto nivel de vida posible**”. De allí, que su protección trascienda y se vea reflejada sobre el ejercicio de otros derechos fundamentales inherentes a la persona, como son los derechos fundamentales a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, y por su puesto a la vida. Con fundamento en lo anterior, ha resaltado la Corte que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía “pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente”⁵⁹ (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Esta última definición del contenido y alcance del derecho fundamental a la salud recoge no solo la definición brindada por el artículo 12 del PIDESC, sino que también incorpora la dimensión social y relacional del derecho a la salud. La OMS reconoce ya desde hace tiempo esta dimensión, al definir la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y **social**, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”⁶⁰.

Ha sido la doctrina italiana la que quizás ha desarrollado con mayor precisión esta faceta del derecho fundamental a la salud. Así, la doctrina más autorizada ha entendido que se trata de un derecho dinámico y relativo⁶¹. Dinámico, en la medida en que es un medio para lograr el desarrollo completo de la personalidad humana⁶². Relativo, en tanto varía de una persona y una sociedad a otra⁶³. La salud sería entonces un valor en constante transformación de naturaleza protectora y promotora⁶⁴. En contraste, la integridad física sería, de acuerdo con esta interpretación, una noción estática⁶⁵ referida exclusivamente al bienestar físico del individuo⁶⁶.

⁵⁷ La sentencia central a este respecto es la T-760 de 2008.

⁵⁸ Artículo 1 Ley 1751 de 2015: “Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección”.

⁵⁹ T-579 de 2017.

⁶⁰ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, disponible en: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

⁶¹ Guido, A., Ansaldo, A., “Le persone fisiche: artt. 1-10” en *Comm. Schlesinger*, 2da ed., Giuffrè, 2013, 361.

⁶² Utri M. “Delle persone (art. 1-10)”, en Gabriele E. (coord.) *Commentario al Codice Civile*, UTET, 2012, 441.

⁶³ Cherubini, M. C., “Tutela della salute e c.d atti di disposizione del corpo”, en Busnelli F., Breccia U. (coord.), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano. Giuffrè. 1978; Dogliotti, M., “Le persone fisiche”, en Rescigno, P. (coord.), *Trattato di Diritto Privato II*, 1982, 87.

⁶⁴ D’Arrigo C., “Voce <<diritto alla salute>>”, en *Enc. dir. Aggiornamento*, V, Milano, Giuffrè, 2001, 1009.

⁶⁵ Alpa and Ansaldo, 2013, p. 361.

⁶⁶ Ceccherini G., Loi, M. L., Santilli M., “L’art. 32 nella giurisprudenza costituzionale”, en Busnelli F., Breccia U. (coord.), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano. Giuffrè. 1978, 4-5; Cherubini, M. C. cit., 80-86; Dogliotti, M. cit., 87.

A este respecto, resultan quizás más claras y de mayor belleza las palabras del gran jurista italiano Stefano Rodotà:

“Volviendo al tema del derecho a la salud, no hay por qué entenderlo como algo que nos viene impuesto, ya que hay que tomarlo en su mas amplia acepción, como salud física, síquica y **social**, esto es, como un derecho que se convierte en el reconocimiento del poder de gobernar cada uno su propia vida. Y esta perspectiva se refuerza además con el reconocimiento a todas las personas del derecho a la libre construcción de su personalidad, no solo en su dimensión individual, sino también «en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad», es decir, y en primer lugar, en esa evidente formación social que nace de la relación afectiva entre dos personas. (...). Las decisiones u opciones en el amor, insondables en sus raíces, corresponden a quién las toma”⁶⁷ (negrilla fuera de texto).

Así, más allá del bienestar físico y mental del individuo, existe una dimensión social del derecho a la salud que debe ser protegida por el Estado. Se viola el derecho a la salud en su dimensión social cuando la persona no puede gobernar su propia vida y no es libre de determinar los vínculos afectivos de su propio existir. Además, este derecho se ve particularmente afectado cuando “los determinantes sociales de la salud” asociados a condiciones de pobreza, desigualdad, marginalización y desprotección le impiden a la persona la dirección de sus relaciones con el mundo, la determinación de sus vínculos afectivos y en general, obstaculizan el desarrollo humano en condiciones de igualdad y libertad.

Por los anteriores motivos, no es posible concluir otra cosa diferente a que la prohibición por parte del Estado y la tipificación de la IVE como delito implica siempre la vulneración del derecho a la salud de las mujeres por cuanto no solo puede llegar afectar la salud física o mental, sino que, en todo caso, incide en la dimensión social y relacional de este derecho en tanto obliga a la(s) mujer(es) a establecer vínculos afectivos no deseados y a modificar forzosamente su proyecto existencial y vital. Tal imposición es, además, particularmente gravosa para las mujeres que se encuentran en situaciones de indefensión, pobreza, marginalización y discriminación pues profundiza irremediamente la desigualdad y sus condiciones materiales de existencia.

6.- INEXISTENCIA DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

La demanda incoada por las actoras plantea un debate constitucional esencialmente distinto al resuelto por la Corte Constitucional cuando profirió la sentencia C-355 del 2006, con ocasión de los expedientes D-6122, D-6123 y D-6124. En efecto, entre la demanda que ahora ocupa la atención de la Corte y la presentada entonces no existe identidad de objeto ni de cargos, al paso que las razones de vulneración de la carta enrostradas al enunciado normativo demandado no son las mismas. Por lo demás, como lo señalan con acierto las actoras, el contexto normativo del objeto de control en torno al artículo 122 ha variado hondamente desde la sentencia C-355 del 2006, y en mayor grado, las significaciones constitucionales que entonces fueron tomadas en cuenta son materialmente diferentes que las actuales en conexión con los cargos planteados y con el derecho a la IVE.

⁶⁷ Rodotà, S., Derecho del amor, Trotta, 2019, 24.

Lo anterior encuentra apoyo, al menos, en los siguientes tres (3) puntos:

6.1- Concepto de Cosa Juzgada Constitucional

En reciente pronunciamiento (Sentencia C- 100 de 2019), siguiendo el derrotero trazado por esa H. Corte en copioso precedente, se precisó respecto de la cosa juzgada constitucional lo siguiente:

- Tiene su origen en la teoría general del proceso, como toda cosa juzgada, pero al ser proferida en el contexto del juicio de constitucionalidad reviste significativas diferencias, entre ellas y a destacar, la ausencia de efecto ínter partes que tiene la cosa juzgada en el proceso ordinario frente al efecto erga omnes, que reviste en el proceso constitucional.

- En el proceso constitucional es necesario modular la manera en que opera la cosa juzgada frente a la posibilidad de que se planteen nuevos cargos, o que el examen de las normas demandadas se haya limitado al estudio de un solo asunto de constitucionalidad, o que no se haya evaluado la disposición frente a la totalidad de la Carta, o que exista una variación en la identidad del texto normativo. En eventos como estos, no obstante existir ya un fallo de constitucionalidad, podría abrirse la posibilidad de realizar una nueva valoración de la norma acusada.

-De manera excepcional, la Corte puede emitir un fallo de fondo sobre normas que habían sido objeto de decisión de constitucionalidad previa. Esto por cuanto:

“El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva - aun cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental -, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas. El concepto de “Constitución viviente” puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, - que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades -, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica.”

- Existe la noción de cosa juzgada constitucional relativa. En cada caso debe analizarse la existencia de cosa juzgada, absoluta o material, o si, por el contrario:

[S]e está presente ante **una cosa juzgada aparente o relativa** que permita una valoración de la norma frente al texto constitucional, en aras de garantizar tanto la integridad y supremacía de la Carta como la de los fines y valores propios de la institución de la cosa juzgada. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional:

*La cosa juzgada formal tiene lugar ‘cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es objeto de una nueva demanda, o cuando una nueva norma con un texto exactamente igual a uno anteriormente examinado por la Corte es nuevamente demandado por los mismos cargos. En estas hipótesis la Corte no puede pronunciarse de nuevo sobre la constitucionalidad de la norma. Por su parte, la cosa juzgada material, se presenta cuando la disposición demandada reproduce **el mismo sentido normativo** de otra norma que ya fue examinada por la Corte. Esta identidad normativa debe apreciarse desde el punto de vista de la redacción de las disposiciones demandadas, **como desde el punto de vista del contexto dentro del cual ellas se ubican**, de tal forma que si la redacción es diversa, pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que existe identidad. **Por el contrario, pese a que el texto sea el mismo, si el contexto normativo en el que se reproduce es diferente, no cabe hablar de cosa juzgada material.**”*

Así, la cosa juzgada es absoluta cuando el pronunciamiento en sede de control abstracto, no está limitado por la propia sentencia, es decir, se declara que la norma es exequible frente a todo el ordenamiento superior o es declarada inexecutable. La cosa juzgada relativa en cambio se presenta cuando la declaratoria de exequibilidad se limita en forma expresa a los cargos que han sido analizados en la providencia judicial, dejando abierta la posibilidad para que a futuro se formulen nuevas demandas de inconstitucionalidad contra la misma norma que ha sido objeto de control, pero por otros cargos. Es decir, para que la Corte vuelva a examinar la constitucionalidad de la misma disposición, indefectiblemente los cargos deben ser distintos a los que fueron objeto de pronunciamiento.” (Negrilla y subrayado fuera del texto).

En conclusión, la cosa juzgada constitucional no es absoluta, y admite claras morigeraciones a partir de las nociones de cosa juzgada relativa y de la permanente evolución de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, que exigen que la Carta sea interpretada como texto vivo y dinámico. Aun cuando la demanda se dirija formalmente contra el mismo enunciado normativo, es preciso determinar si el sentido normativo - la norma jurídica extraída vía interpretación- fue la misma que se consideró en la sentencia precedente, o se trata de una diferente, producto de una interpretación ajustada a los cambios tanto del ordenamiento jurídico, como de la vida social y el sentir de la comunidad frente al pensamiento y la ideología de una época. Es esto precisamente lo que se observa en la presente demanda.

6.2- Carencia de identidad de objeto

La falta de identidad entre la norma jurídica que fue estudiada en la Sentencia C-355 del 2006 con aquella cuya inconstitucionalidad se aduce en el asunto bajo estudio, impide que se configure la cosa juzgada tanto formal como material por carencia de identidad de objeto.

En efecto, no obstante se trata del mismo enunciado normativo consagrado en el artículo 122 de la Ley 500 del 2000, la norma jurídica enjuiciada es diversa como quiera que, entonces, se trató de examinar la criminalización total del aborto – tipología normativa exclusivamente prohibitiva- mientras que ahora se trata de enjuiciar, por cargos diferentes, la norma jurídica que habilita la despenalización parcial de la interrupción voluntaria del embarazo ante ciertas

causales. Que las demandas estén encaminadas a estudiar el mismo enunciado normativo no implica identidad de objeto, pues a partir del artículo 122 enunciado es posible extraer diferentes normas jurídicas, sobretodo considerando la realidad de las circunstancias sociales, económicas y culturales cambiantes que no pueden ser ignoradas por el juez constitucional.

Precisamente, a ello atiende la presente demanda refiriendo que la norma que hoy en día se extrae del enunciado normativo del artículo 122 pertenece a un régimen jurídico diverso, uno que no solo impone límites negativos al poder de libre configuración del legislador, sino que además exige una carga prestacional del Estado frente a la mujer, con especial énfasis en aquellas en situación de vulnerabilidad por razón de su condición socio económica o *status* de migrante. Como ha quedado de presente en las anteriores secciones de la presente intervención⁶⁸, esa carga prestacional viene demarcada por toda una serie de normas de variada jerarquía – leyes, reglamentos y jurisprudencia constitucional- que desde el 2006 en adelante, vienen a nutrir el contenido del derecho a la IVE, su desarrollo y evolución, todo lo cual, por razones de lógica elemental, no hacía parte de la norma jurídica que fue considerada en control en el año 2006 y que fue extraída del mismo enunciado normativo, pero en un contexto puro de penalización diferente al reclamado por las actoras.

Sin más, se trata de normas distintas y por ello el objeto de la acción es esencialmente diferente. La más elemental lógica aristotélica apoya esta idea, como quiera una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, no puede ser que exista penalización total del aborto y al mismo tiempo exista, a partir de la misma norma jurídica, un régimen de legalización parcial de la IVE en supuestos despenalizados. La primera desapareció con la Sentencia C-355 de 2006, por lo cual, la segunda, que ahora se enjuicia, es necesariamente una norma diferente.

6.3- La totalidad de los cargos planteados por las actoras no fueron materia de análisis en la Sentencia C-355 de 2006

En la presente demanda, los cargos están enfilados a analizar la norma vigente del artículo 122 del Código Penal respecto de las obligaciones positivas de garantía y protección respecto del derecho a la IVE, el derecho a la salud, la libertad de conciencia y el principio de Estado laico – enmarcado, entre otros, en la libertad de profesión u oficio del personal de la salud-, el derecho a la igualdad respecto de mujeres en situación de migración irregular, y los principios constitucionales sobre los fines de la pena.

De los anteriores argumentos, solo el derecho a la salud, la igualdad y los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la pena, fueron considerados en la Sentencia C-355 de 2006, y desde enfoques bastante diferentes a los planteados por las aquí actoras tal como ha quedado también demostrado en las anteriores secciones de la presente intervención⁶⁹. En efecto, el derecho a la salud fue estudiado solo en su perspectiva negativa, en cuanto la penalización total de la conducta afectaba esta garantía de las mujeres gestantes. La vulneración a la igualdad no consideró el grupo de mujeres en situación de migración irregular, y los principios de la pena solo fueron estudiados desde la perspectiva de la proporcionalidad y la razonabilidad, nunca acerca de si la función preventiva y retributiva de la pena están o no en línea con las recomendaciones sobre despenalización del aborto emitidas por órganos autorizados de interpretación de los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

⁶⁸ Ver en este punto la Sección 5 arriba.

⁶⁹ *Ibid.*

Los cargos que fueron analizados por la Corte Constitucional al desatar el debate constitucional planteado en la sentencia C-355 de 2006, estuvieron circunscritos a determinar si el legislador había violado su libertad de configuración al penalizar el aborto, es decir, al prohibir mediante el *ius puniendi* la referida conducta y con ello limitar de manera desproporcionada e irrazonable la libertad de la mujer gestante. Lo que la Corte fijó, entonces, en clave de cosa juzgada, fue un límite a dicha libertad de configuración en relación con la intromisión en la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, la salud (desde el enfoque que en esa época existía de este derecho), el bloque de constitucionalidad, la razonabilidad y la proporcionalidad.

Los cargos y argumentos planteados en las demandas que dieron lugar a la sentencia C-335 de 2006 hacen referencia a parámetros de constitucionalidad frente al tipo normativo de prohibición pura, que desde ningún punto de vista consideran la salud como derecho fundamental autónomo, y menos la IVE, con la carga que un ejercicio pleno de estos derechos impone al Estado, debate que precisamente, y de forma legítima, se abre con los cargos acá planteados por las actoras. La violación al derecho a la igualdad se plantea frente a los hombres, y en la misma línea, aquella de los derechos reproductivos.

Sin pretender ser exhaustivo, y por solo brindar el contexto, repárese en lo siguiente. No se aduce cargo alguno que invite al Juez Constitucional a considerar la situación de la mujer a la que se le niega, sea directamente o por la carencia de recursos, la posibilidad de ejercer su IVE por fuera las causales, o incluso en ellas, y como esto afecta su derecho a salud como derecho fundamental autónomo. No se estudia si el régimen de IVE despenalizado parcialmente y con fundamento en causales protege efectivamente el bien jurídico vida, o al contrario, como se propone en la demanda, favorece el alto grado de morbilidad materna al que ya se expone a la mujer y cómo debe el Estado reconsiderar este hecho desde su política criminal. Mucho menos se estudia si se viola el derecho a la igualdad de la mujer que se ve forzada a acudir a abortos clandestinos e inseguros, en relación con la capacidad que tiene aquella mujer para ejercer su derecho a la salud cuando accede a la IVE en las tres causales, menos si en ello hay un componente socio cultural y “determinantes sociales de la salud” que hace recaer esa vulneración con mayor severidad en las mujeres en situación de pobreza extrema, migración irregular, o en general, en condiciones de vulnerabilidad que las hacen sujetos de especial protección constitucional.

Todo lo anterior, por no mencionar la posible victimización de los profesionales de la salud que, en ejercicio de su libertad de profesión y oficio, y como consecuencia de la existencia del régimen de despenalización parcial del artículo 122, son estigmatizados por acceder a practicar la IVE en los casos autorizados, siendo sujetos de investigaciones disciplinarias y penales a partir de interpretaciones “muy propias” de autoridades que consideran, con criterios poco claros, si un galeno actuó o no dentro de las tres causales.

Estos argumentos, ni por asomo, fueron tomados en cuenta al emitir la sentencia C-355 de 2006.

En conclusión, los cargos que plantean las accionantes están fundados en parámetros de constitucionalidad diversos a los que fueron planteados por los actores en las demandas que dieron lugar a la sentencia C- 355 de 2006, circunstancia que refuerza la conclusión relativa a que no existe cosa juzgada absoluta que inhiba un pronunciamiento de fondo en el presente asunto.

6.4- Ha variado materialmente la significación de los postulados constitucionales tomados en cuenta para sentencia C- 355 de 2006

En línea con el precedente citado (C-100 de 2019), el concepto de Constitución Viviente debe ser aplicado para reconocer, tal y como lo exponen las actoras, que elementos como: el cambio de precedente interamericano sobre el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (sentencia *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*) y el alcance de la protección del derecho a la vida ligado al concepto de embrión; la situación social y económica por la que atraviesa el país a raíz del COVID-19; y la migración masiva que ha causado una fuerte crisis humanitaria, imponen revisar nuevamente la integridad de consideraciones que puedan existir frente al enunciado normativo que penaliza la interrupción voluntaria del embarazo, anotando, claro está, que ello desde ningún punto de vista puede implicar un retroceso en el ámbito de libertades ya reconocidas en la sentencia C-355 de 2006.

Acertan también las actoras al señalar que el ámbito de aplicación y contenido del derecho a la salud como derecho fundamental – incluso por sí solo- justifica una revisión del artículo 122 en su versión actual, en la medida en que se erige como un impedimento para el uso y disfrute de esta garantía constitucional, de acuerdo con el amplio contenido que la propia Corte le ha otorgado, sobretudo a partir de las posturas adoptadas desde el año 2008. En efecto, la sentencia T-760 del 2008, y todas las que han seguido su desarrollo, marcan un cambio drástico en la significación material del artículo 49 de la Constitución: la sentencia C-355 de 2006 no consideró ese amplio contenido del que hoy goza la salud en Colombia como derecho fundamental autónomo – no conexo con el derecho a la vida- y de una fuerte carga prestacional para el Estado en todas sus ramas. Por sencillas razones de secuencia temporal, no podía haberlo hecho: para ese entonces, la salud se protegía como derecho de segunda generación y solo en conexidad con la vida, lo cual dista bastante del amplio contenido prestacional que hoy le reconoce la jurisprudencia constitucional como derecho fundamental autónomo protegido en sus distintas facetas y entendido como un derecho fundamental cuya violación se deriva no solo de la ausencia de bienestar físico o mental, sino también de la imposibilidad de gozar del nivel de vida más alto posible, y de establecer vínculos y relaciones afectivas en condiciones de libertad e igualdad sustancial. Así, la presente intervención ha puesto de presente como las condiciones materiales de poder, desigualdad, marginalización y desprotección (e.g. mujeres migrantes) impiden el goce efectivo del derecho a la salud reconocido y tutelado por la Carta política colombiana.

Por lo demás, las consideraciones relativas a la ineficacia del actual artículo 122 para proteger el bien jurídico vida han variado, entre otras, por la experiencia y la fuerza de los hechos relacionados con el modelo de causales que instauró la sentencia C-355 de 2006. Las actoras brindan amplios elementos de juicio para que la Corte estudie, por primera vez, si las condiciones materiales de acceso a la IVE ponen en seria situación de riesgo a las mujeres que pretenden ejercer este derecho, yendo incluso en contravía con los propios parámetros fijados en la sentencia C-355 de 2006.

En atención a las consideraciones precedentes, consideramos que no existe cosa juzgada constitucional respecto de la sentencia C-355 de 2006, que impida a la Corte el estudio de los cargos planteados por las actoras en la presente demanda. Se trata de un debate constitucional diferente que debe ser considerado en toda su amplitud.

II.- PETICIÓN

Con apoyo en los fundamentos expuestos, respetuosamente solicitamos a la H. Corte Constitucional declarar que el artículo 122 de la 599 del 2000 es inconstitucional y sea removido del ordenamiento jurídico.

De los señores Magistrados,

Orlando Enrique Santamaría Echeverría

C.C. 1.020.725.607 de Bogotá

T.P. 321.041 del Consejo Superior de la Judicatura

Jorge Alberto Ramírez Gómez

C.C. 1.128.279.336 de Medellín

T.P. 256.947 del Consejo Superior de la Judicatura

Natalia Rueda Vallejo

C.C. 1.037.579.699 de Envigado

T.P. 265.704 del Consejo Superior de la Judicatura

Simón Rodríguez Serna

C.C. 1.020.729.357 de Bogotá

T.P. 201.669 del Consejo Superior de la Judicatura