



ANA JANETH MUÑOZ CASTRILLÓN

Abogada. Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo. Empleada judicial. Escribiente del Juzgado 15 Civil del Circuito de Medellín. Correo electrónico: janamo2003@gmail.com



ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9710-9544>

DIMARO ALEXIS AGUDELO MEJÍA

Docente investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Miembro del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal. Coordinador de la especialización en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Correo electrónico: dagudelo@udem.edu.co.



ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6184-124X>

PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN DEFENSA DE LA VIDA DEL CONCEBIDO ANTE LA DECISIÓN DE ABORTO DE UNO DE SUS PROGENITORES (PARTE I)

PROCEDIBILITY OF THE ACTION OF GUARDIANSHIP IN DEFENSE
OF THE LIFE OF THE CHILD CONCEIVED IN THE FACE OF THE
DECISION OF ABORTION OF ONE OF HIS/HER PROGENITORS
(PART I)

ANA JANETH MUÑOZ CASTRILLÓN
DIMARO ALEXIS AGUDELO MEJÍA

Recibido 3 de septiembre de 2019
Aceptado 27 de septiembre de 2019

RESUMEN

La pretensión de algunos temas como específicos de ciertas disciplinas es discutible al reconocer que impactan la sociedad entera independiente de lo que las personas hacen profesional y laboralmente; esto suele pasar por abordajes con lenguajes propios de la disciplina o porque no siempre se tocan intereses comunes para la mayoría de personas. Por lo tanto, se espera que este artículo de reflexión, surgido entre los temas de la especialización en Derecho Procesal, sea del interés de muchas personas. En este texto defendemos con la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes

del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, diferentes sentencias de la Corte Constitucional, entre otros instrumentos, la protección del derecho a la vida desde la concepción bajo cualquier circunstancia. Este trabajo lo dividimos en dos partes. Esta es la parte I, caracterizada por mostrar contradicciones entre la defensa de la vida del concebido como un derecho fundamental reconocido en la Constitución Política, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, frente a la sentencia C-355 de 2006 de la misma Corte Constitucional que permite el aborto en tres circunstancias específicas. En la parte II se analizará la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo procesal para defender el derecho a la vida del concebido.

PALABRAS CLAVE:

Nasciturus, derecho a la vida, derechos del niño, aborto.

ABSTRACT

The claim of some topics as specific to certain disciplines is debatable when recognizing that they impact the entire society independent of what people do professionally and in terms of work; This usually happens through approaches to the specific language of the discipline or because common interests are not always touched by the majority of people. Therefore, it is expected that this reflective article, arising from the subjects of Specialization in Procedural Law, is of interest to a lot of people. In this text, we defend with the Convention on the Rights of the Child, the American Declaration of the

Rights and Duties of Man, the American Convention on Human Rights, different judgments of the Constitutional Court, among other instruments, the protection of the right to life from conception under any circumstances. This work is divided into two parts, this is Part I characterized by showing contradictions between the defense of the life of the person conceived as a fundamental right recognized in the Political Constitution, in the jurisprudence of the Constitutional Court and in the international treaties that are part of the constitutional block, in front of sentence C-355 of 2006 of the same Constitutional Court that allows abortion in three specific circumstances. In part II, the procedural nature of the action of guardianship will be analyzed as a procedural mechanism to defend the right to life of the person conceived.

KEY WORDS:

Nasciturus, right to life, rights of the child, abortion.

INTRODUCCIÓN

La vida es un derecho fundamental inherente al ser humano, es un atributo que le es protegido en cualquier etapa de su desarrollo, especialmente desde la concepción y hasta la muerte natural. La Constitución colombiana ha protegido el derecho de la vida, sin distinción alguna, en el artículo 11 de la Carta Constitucional, al establecer que «el derecho a la vida es inviolable (...)» (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 11), más adelante es ubicado como el primer derecho fundamental, y en el artículo 44 de la misma Carta Magna establece que la vida es un derecho fundamental de los niños.

Estas declaraciones sugieren reflexionar contradicciones entre la voluntad de ser madres y padres biológicos con las condiciones para hacerlo, los ideales por cierto prototipo de hijos ante las vicisitudes de la crianza, la educación y las implicaciones de esos elementos durante la vida. Al señalar la voluntad habrá que tener presente que, si bien la familia nuclear¹ es la manera como durante la historia y la cultura de Colombia se ha concebido la crianza de los hijos, los cambios de época y los roles de la mujer en el mundo productivo han introducido cambios fuertes en esta figura; así, no es de extrañar la crianza de hijos por parte de quien no es la madre biológica, en familias extensas o por parte de mujeres solas o de padres solos por diferentes razones, entre otras modalidades. Ser padres y madres requiere el análisis de condiciones socioeconómicas, del contexto y de la cultura al igual que de cada uno de los organismos que se espera sea progenitores². Mas, ¿por qué hablamos de organismos y de progenitores?,

1 Se entiende por familia nuclear aquella conformada por ambos padres o uno de ellos, sus hijos menores de 18 años, dependientes del hogar, y las parejas sin hijos (Uribe, 2015).

2 No aludimos solo a condiciones del organismo para acoger en el ambiente del útero materno a un nuevo ser, sino que las condiciones neurológicas y las disposiciones psicológicas también son relevantes en este aspecto.

¿acaso desconocemos procesos artificiales para la concepción, como es la fecundación in vitro?

Sin desconocer los avances de la ciencia y de manera fuerte los beneficios y servicios que puede prestar a la humanidad, nos abstenemos de responder esas preguntas que sugieren profundas discusiones y argumentos, principalmente cuando en la manipulación de células vivas pueden estar comprometidos principios de bioética. En este caso, nuestra postura es en defensa de la vida y la perspectiva en que lo hacemos es de derechos humanos. En esta dirección, el artículo 17 de la Ley 1098 indica que:

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente. La calidad de vida es esencial para su desarrollo integral acorde con la dignidad de ser humano. Este derecho supone la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección (Colombia. Congreso de la República, 2006).

El derecho a la vida trae consigo la dignidad de esa vida, que para nuestro interés pasa por el ambiente dentro del cual se forma y desarrolla cada conjunto de órganos del concebido así como el ambiente habitado por quienes han sido artífices³ en la concepción. Aquí se reconocen vínculos entre los elementos de adentro del organismo como la salud de la madre, en donde se gesta, y situaciones por fuera del organismo que pueden afectar las condiciones de desarrollo de esta nueva⁴ persona.

Lo anterior implicaría velar por la vida en cuanto derecho y por las condiciones de vida como derecho fundamental del nasciturus, esto se hace real mediante el artículo 91 del Código Civil colombiano que señala la protección de la vida de quien está por nacer, así que, «el juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las

3 Aquí el significado de artífice se refiere a los causantes de la vida de otra persona.

4 Utilizamos el término nueva persona y nuevo ser para no abusar de nasciturus y concebido.

providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra» (Colombia. Congreso de los Estados Unidos de Colombia, 1873, art. 91). Y el numeral 3 del artículo 53 del Código General del Proceso (2012) que le otorga al concebido la capacidad para ser parte en un proceso judicial en la defensa de sus derechos, por ejemplo, como demandante; seguidamente determina que este comparecerá por medio de quienes ejercerían su representación si ya hubiese nacido. Este reconocimiento del derecho a ser parte en un proceso judicial implica un reconocimiento del Estado al concebido como sujeto de derechos.

Precisamente, una de las acciones que atenta contra la vida del concebido es el aborto, aun en los tres casos en los cuales nuestra Corte Constitucional (2006) mediante sentencia C-355 lo despenalizó, pues sea o no una conducta típica, innegablemente vulnera el derecho a la vida del ser humano que está por nacer. Por esto, en los derogados códigos penales (Decreto 100 de 1980 y Ley 599 de 2000), se tipificó la conducta de aborto y se recordó a la par el deber del Estado de proteger la vida desde la gestación. Aún hoy en el Código Penal vigente (Ley 906 de 2004) se encuentra tipificada la conducta penal de aborto, pero con las salvedades establecidas en la ya citada sentencia.

Para proteger los derechos de los niños, tanto la madre como el padre tienen responsabilidad solidaria y compartida, denominada *responsabilidad parental* en el Código de Infancia y Adolescencia, que conlleva la obligación de cuidado y satisfacción de los derechos de los niños por parte de sus padres. Por tanto, ante el interés de aborto de uno de los progenitores, es necesario preguntarse si el progenitor que no comparte dicha elección puede acudir a mecanismos legales establecidos en el derecho procesal colombiano para proteger la vida de su hijo. De acuerdo con lo anterior, y en atención a que, la acción de tutela está instituida para proteger derechos fundamentales, se analizarán sus presupuestos para establecer cuándo procede interponerla en defensa de la vida del concebido ante la decisión de aborto de uno de sus progenitores.

DESARROLLO

Los organismos internacionales han reconocido la jerarquía del derecho a la vida y lo han plasmado en varios instrumentos internacionales de derechos humanos. Es así como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo 1.º establece que «todo ser humano tiene derecho a la vida (...)» (1948, p. 2) y el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José—, reafirma el respeto a ese derecho e indica «persona es todo ser humano» (1969, artículo 1, numeral 2) y en el artículo 4 numeral 1 establece que «toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y, en general, *a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*» (cursivas intencionales).

Es así que el niño desde antes de nacer es un ser humano, así lo determina la ciencia⁵, y antes que le llamemos niño ya vive, está concebido. No en vano, el preámbulo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño enuncia que «el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, *tanto antes como después del nacimiento*» (Organización de las Naciones Unidas, 1989; cursivas propias); y en el artículo 1 plantea: «Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo, que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad» (1946-2006, p. 10). En el mismo documento el artículo 6 afirma: «Los Estados Parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida» (1978, p. 2).

⁵ Son numerosos los estudios científicos, especialmente desde la bioética, que abordan la discusión en torno a la pregunta: ¿desde cuándo comienza la vida del ser humano? Un interesante artículo aborda esta pregunta y luego de un discurrir científico, responde: «Desde el momento de la fecundación, allí se da el “big bang” de la vida de todo ser humano» (Velayos Jorge, 2000). Igualmente, puede consultarse a Arango (2016), quien en su artículo «Estatuto del embrión humano», menciona varias investigaciones que llevan a concluir que desde la fecundación el ser que se forma es claramente identificable como un ser perteneciente a la especie humana.

Se desprende de lo anterior que todo ser humano es titular del derecho a la vida, es quien está llamado a agenciar la vida y las condiciones de la misma, lo que implica entre otras variables que: cuando aún no ha nacido ese nuevo ser requiere una figura tutora-protectora conocedora de sus derechos que esté alerta para evitar cualquier tipo de vulneración, ante una situación de amenaza o que pueda perturbar la maduración y su desarrollo; esta figura protectora y defensora ha de buscar los mecanismos para reclamar por su vida y por el favorecimiento del ambiente donde se halla; aún si hubiera una contraposición de apreciaciones que pretendieran decidir sobre su vida podrían agotarse hasta los últimos mecanismos para evitar cualquier tipo de daño. Estas variables requieren máxima sensibilidad con las personas y al mismo tiempo una conjugación de reflexiones, prácticas y acciones consecuenciales de las decisiones a tomar.

Sobra señalar que el concebido es un ser humano cuyo ciclo vital atraviesa distintas particularidades que afectan lo físico, lo espiritual y lo psicológico, entre algunas dimensiones humanas; no puede afirmarse que en su vida haya algo no humano, y si alguna duda surge, será necesario recordar que esta prerrogativa le está dada no por su existencia legal o personería jurídica, sino por tener existencia natural, pues en ninguna de las normas presentadas antes, ni en nuestra Constitución, se limita este derecho a condición alguna. Esa es una realidad colombiana que encaja con el derecho romano y su legado en países como España, el cual aplica en el artículo 29 del Real Decreto como criterio de protección que el concebido «se tiene por nacido para todo lo que le sea favorable» (España. Ministerio de Gracia y Justicia, 1889, p. 22).

Ante la declaración anterior se vuelve contradictorio el camino al aborto abierto por la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-355 de 2006, la cual lo consideró «un derecho» de la mujer; y que con ayuda de los medios de comunicación permitió a la opinión pública considerar que este asunto ya está zanjado. Sin embargo, aunque parezca inoportuno o aburrido, en este artículo se pretende argumentar lo contrario, pues en la academia los debates que se dan sobre el tema no han alcanzado a detener las prácticas abortivas. Se busca así asentar postura respecto a que,

el aborto no es una opción para la mujer que ha quedado embarazada y pretende interrumpir su embarazo a través de esa práctica, principalmente por desconocer el derecho del hijo concebido.

Asimismo, se pretende aportar elementos desde el punto de vista jurídico que lleven a emplear la acción de tutela como mecanismo para la protección del derecho a la vida del concebido por parte del progenitor, quien además de querer proteger la vida de su hijo quiere ejercer todos los derechos que le otorga la progeneritura. La perspectiva jurídica de esta discusión, seguro, generará tanta controversia como su desarrollo en el ámbito religioso o moral, no obstante, estamos abiertos al debate.

EL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO CONFORME AL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

El concebido, *nasciturus*, feto o el niño⁶ que está por nacer, es *alguien*, es un ser humano en desarrollo, un desarrollo que no culmina con el nacimiento sino que continúa a lo largo de su vida, la cual se espera que atraviese unas instancias desde el punto de vista biológico y unas etapas según los aportes de algunos psicólogos, así por ejemplo, se parte de la concepción por la unión de cromosomas aportados por el hombre y la mujer, que hacen que el nuevo ser sea claramente identificable como perteneciente a la especie humana. Desde ahí se asienta un principio de vida que prosigue en el útero, con las subsiguientes transformaciones por las que se forman los órganos hasta lograr la formación anatómica que reconocemos como ser humano. Y ese ser humano mientras las condiciones biológicas del

7 Se insiste en emplear el término niño, como sinónimo de concebido o *nasciturus*, en razón a la denominación que hace el Preámbulo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que lo denomina como tal tanto antes como después del nacimiento.

6 Se insiste en emplear el término niño, como sinónimo de concebido o *nasciturus*, en razón a la denominación que hace el Preámbulo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que lo denomina como tal tanto antes como después del nacimiento.

organismo que lo alojan no sean adversas⁷, dan lugar a la maduración de los órganos hasta llegar al momento del nacimiento. Aunque hay autores que comprenden y explican ese desarrollo en etapas⁸, preferimos enunciarlo en dos sentidos diferentes: desde un abordaje humano como el ciclo vital, al entender que las edades no definen rasgos del desarrollo de las personas ni de sus comportamientos ni de sus aprendizajes, y desde un abordaje legal conforme la normatividad, compartir que se habla de primera infancia, infancia, adolescencia, juventud, adultez y vejez, y en todas esas etapas lo esencial que se debe procurar es la protección del derecho a la vida⁹.

En estas discusiones, como se ha señalado, hay quienes comparten y quienes no comparten la decisión de abortar. Planteamientos como los anteriores alientan las investigaciones de catedráticos como las de la jurista Ilva Miryam Hoyos, quien en su libro *La constitucionalización de las falacias* se apoya en un argumento de la sentencia del 25 de febrero 1975 del Tribunal Alemán (BVerfGE, 39,1) para que no se excluya al feto de la protección al derecho a la vida:

El proceso de desarrollo (...) es un proceso continuo que no muestra ninguna demarcación pronunciada y que no permite ninguna división precisa de las distintas etapas de desarrollo de la vida humana. El proceso no finaliza ni siquiera con el nacimiento. Por lo tanto, la protección (...) de la Ley Fundamental no puede limitarse ni al ser humano «realizado» después del nacimiento ni al niño a punto de nacer que es capaz de vivir independientemente (...) ni puede efectuarse aquí ninguna distinción entre las diversas fases antes del nacimiento de esta vida que se desarrolla a sí misma (Hoyos, 2005)¹⁰.

8 Puede consultarse *Teoría y práctica de psicología del desarrollo* (Peñacoba Puente, Álvarez Loro y Lázaro Arnal, 2006). Ver Velayos (2000).

9 <https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Paginas/cicloVida.aspx>.

10 El pronunciamiento del Tribunal Federal alemán puede consultarse en: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038

Así mismo, este mismo tribunal afirma en otra sentencia, ya de 1993 (2 BvF 2/90 y 4, 5/92) que

La vida humana en gestación goza ya de dignidad humana. El orden jurídico debe garantizar los presupuestos jurídicos de su desarrollo, es decir, debe garantizar al ser humano en gestación un derecho a la vida propio. La fundamentación de este derecho a la vida no depende de su aceptación por parte de la madre.

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en varias oportunidades frente al concepto y protección que se debe al *nasciturus* y estas disposiciones permanecen vigentes en la actualidad. Fueron tres los casos que llevaron a despenalizar el aborto, según la sentencia de C-355 de 2006, a saber: cuando un médico certifica que continuar el embarazo reviste peligro para la vida o la salud de la mujer; cuando un médico certifica la inviabilidad de la vida del feto debido a malformación y, cuando se ha denunciado previamente que el embarazo es resultante de un incesto, de acto sexual o de un acceso carnal sin consentimiento, que es por inseminación artificial o fecundación de óvulo no consentida. Aun así, no ha sido abolida la protección jurídica por parte del Estado, de las instituciones, la sociedad y los padres hacia quien aún no ha nacido.

En sentido de lo anterior, en la sentencia SU-491 de 1993, la Corte expresó derechos cardinales del *nasciturus*, afirmó el reconocimiento de los derechos fundamentales de los menores de edad (no de quienes están por nacer), y de manera opuesta reconoció la titularidad de los derechos insustituibles de la nueva persona, acorde con la ley y con los tratados internacionales del tema. Enfatizó en que no se trata solo de una obligación alimentaria, sino que la educación, el cariño y sostenimiento prodigados al niño se apreciarán en su futura condición sana de adulto y en el libre desarrollo de su personalidad. Por eso es importante la vigilancia médica antes y después del parto para garantizar la vida, la salud y otros derechos del niño.

Constitucionalmente la protección del no nacido se encuentra en el preámbulo y en el artículo 11 (del derecho a la vida), por vía directa

y por vía indirecta en el artículo 43 con la protección de la mujer en estado de embarazo. Además, el artículo 44 de la Carta establece como primer derecho fundamental de los niños el derecho a la vida. Si la pareja -como lo determina el artículo 42-, tiene derecho a decidir libre y responsablemente el momento en que desea tener un hijo, debe asumir esa decisión como la de mayor trascendencia en la vida, pues la determinación implica la proyección hacia el futuro del hijo (Colombia. Corte Constitucional, 1993a).

En esa dirección la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989), aprobada en Colombia dos años después mediante Ley 12 de 1991, establece en el Preámbulo que «el niño por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto *antes* como después del nacimiento» (Ley 12, 22 de enero de 1991). Postura que reafirmada en el Código del Menor que protege la vida del *nasciturus*, al establecer en el artículo 4 que «todo menor tiene el derecho intrínseco a la vida y es obligación del Estado garantizar su supervivencia y desarrollo» (Decreto 2732 de 1989). Y en el artículo 5 de esa misma norma consagra: «todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social: estos derechos se reconocen desde la concepción» (Decreto 2732 de 1989).

Lo señalado reafirma que la Constitución reconoce los derechos fundamentales de los niños *desde su concepción*¹¹. En el artículo 43 de la Carta Constitucional del país, está expresa la obligación del Estado con relación a la asistencia, el bienestar, la protección de la madre y la salvaguarda de los derechos del *nasciturus*, en concordancia con lo estipulado en los tratados internacionales referidos a la defensa y protección de los derechos humanos de los niños. Ese panorama reafirma las discusiones y contradicciones entre una legalidad en oposición a unas consideraciones de los derechos en el hecho, sobre las que es preciso reflexionar, tomar

11 Subraya intencional.

postura y actuar según la ética y la bioética como pilares del derecho a la vida y de la vida digna. Un soporte más es que en la sentencia T-179/93 la Corte indicó categóricamente que:

La Constitución política no aborda el punto acerca de cuándo se empieza a ser persona, ¿desde la concepción?, ¿desde el nacimiento? la Carta remite a la ley civil. Sin embargo, es posible afirmar al menos que por reenvío constitucional al derecho internacional, por las normas internacionales vigentes, por la legislación interna y, sobre todo, por la filosofía humanista del Estado social de derecho, es preciso deducir, como lo hace aquí la Corte, que SE TIENEN DERECHOS DESDE LA CONCEPCIÓN (mayúsculas originales).

El Tribunal Constitucional en la anterior decisión utiliza incluso mayúscula sostenida para dejar claro que se tienen derechos desde la concepción; no obstante, en la sentencia C-355 de 2006, sin realizar una carga argumentativa satisfactoria, la Corte cambió su posición, contraviniendo sus reglas de acatamiento a su propio precedente, pues a pesar de que no ha definido al concebido como persona, sí ha advertido que posee los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales y que le son aplicables los derechos de los niños.

Por lo mismo, es importante tener en cuenta lo manifestado por el Tribunal Constitucional español en la providencia 53 del 1 de abril de 1985 al considerar que, si la protección de la vida abarca desde la atención a la madre y las demás acciones como se mencionó, también la protege durante su propio desarrollo, así que la vida del nuevo ser es un bien jurídico garantizado en el artículo 15 de la Constitución (España. Tribunal Constitucional, 1985). Pese a esta protección, España se ha convertido en uno de los países del mundo que más abortos practican por año¹², lo que demuestra una contradicción entre la norma y la práctica. Es innegable que las posiciones políticas, las escuelas y sus enfoques de formación influyen

12 Un interesante análisis por hacer es sobre la relación existente entre los abortos, el invierno poblacional y la crisis de las pensiones que actualmente tienen algunos países de Europa como España.

en las normas que se dictan en un país, pero finalmente confluyen dentro de un mismo contexto cultural nacional, aún con el cambio de momento histórico. Una inquietud que surge al respecto es pensar la concepción como algo que puede interrumpirse, ¿qué tal reflexionar las circunstancias en que se dio el embarazo y en lugar de terminarlo incrementar el apoyo y el acompañamiento por parte de las instituciones del Estado? Dicho interrogante puede ser una utopía, puesto que de paso compromete temas de estructura social, sin embargo, cabe analizarlo.

Ahora bien, en la sentencia C-133 de 1994 la Corte Constitucional declaró ajustado el artículo 343 del Decreto 100 de 1980¹³. Sostuvo como razones de su decisión que:

La vida del *nasciturus* encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado (...), *no se requiere ser persona humana, con la connotación jurídica que ello implica, para tener derecho a la protección de la vida, pues el nasciturus, como se vio antes, tiene el derecho a la vida desde el momento de la concepción, independientemente de que en virtud del nacimiento llegue a su configuración como persona* (cursivas propias).

Como se ha insistido, la postura es de defensa de la vida del nuevo ser y de la dignidad de esa vida desde antes del nacimiento, es la condición de ser vivo humano, de vivir y de estar vivo de manera digna. En esto último, habrá que señalar que se trata de las cualidades particulares de índole biológica y orgánica que desde antes del nacimiento han sido acompañadas por medio del ejercicio de otros derechos como la salud y el cuidado de la madre al igual que las condiciones ambientales que pueden incidir en el estado psicológico y emocional de la misma, con la consecuente transferencia al hijo dentro del vientre.

13 «Artículo 343. ABORTO. Decreto derogado por la Ley 599 de 2000. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior».

Esta ratificación de argumentos continúa en la sentencia C-213 de 1997. La Corte agrega: «En gracia de discusión que la prohibición legal del aborto en los eventos descritos implica agravio a la dignidad de la mujer, este derecho no podrá jamás entenderse como prevalente sobre el de la vida del que está por nacer» (Colombia. Corte Constitucional, 1997). Es una decisión reafirmada sobre un hecho con lo planteado por el magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa, quien afirma que el *nasciturus* es sujeto de protección de derechos fundamentales; insiste en la protección indefectible de los derechos de la nueva persona y de su seguridad social, en esa protección convergen una tradición jurídica y una filosofía del Estado social de derecho para las que, ineludiblemente se trata de un individuo humano, no en vano está declarado en los tratados y acuerdos internacionales donde participa Colombia, que:

El Estado tiene la obligación de garantizar la vida de sus integrantes; el artículo 43, al referirse a la protección de la mujer embarazada, y el artículo 44, cuando le garantiza a los niños el derecho a la vida, no hacen otra cosa que fortalecer la premisa de que los individuos que aún no han nacido, por la simple calidad de ser humanos, tienen garantizada desde el momento mismo de la concepción la protección de sus derechos fundamentales. La Constitución busca preservar al no nacido en aquello que le es connatural y esencial: la vida, la salud, la integridad física, etc. (Colombia. Corte Constitucional, 1998).

Si bien priman las miradas jurídicas con relación a los derechos de los concebidos, son importantes las apreciaciones sensibles ante el mismo tema, entendida esa sensibilidad como pensarse a sí mismo en el lugar de aquél o aquella por quién se decide, preguntarse: ¿qué siente aquella persona que no logra hablar o cuya manera de hablar no es entendida, no es escuchada?

También la Corte expresó que a la nueva persona se le pueden amparar sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, ha considerado:

Que el *nasciturus* se encuentra protegido por el espectro de privilegios que la Carta Fundamental reserva para los niños,

por lo que es titular de derechos fundamentales que pueden ser amparados a través de la acción de tutela (Colombia. Corte Constitucional, 1998)¹⁴.

Y en otra sentencia de 1999 expresa que «la peticionaria acierta cuando interpone esta acción en búsqueda de la protección al derecho a la salud del bebé que espera, pues como se deduce de la hermenéutica del artículo 44 superior, este es un derecho fundamental expreso que también ampara al que está por nacer» (Colombia. Corte Constitucional, 1999).

Con todo y las posturas de defensa al derecho a la vida al igual que las sentencias dirigidas hacia lo mismo, la sentencia que dio un giro respecto a la protección que debía otorgársele al concebido fue la C-355 de 2006, ya citada; en esta se despenalizó el aborto. La Corte propuso una tesis en la cual expresó que frente a los diferentes tratamientos normativos se distingue que la vida ha sido tratada como derecho y como bien jurídico, que como derecho se debe suponer una titularidad para su ejercicio, la cual está restringida a la *persona humana*, y que la protección al bien jurídico se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esa condición (resalte intencional).

Parece inverosímil que la Corte aluda al concepto de persona humana, para dar a entender que el concebido no lo es, confunde dicho concepto con el de existencia legal traído a colación en el artículo 90 del Código Civil, pues el concebido es persona humana según la definición que trae el artículo 74, en la cual todos los individuos de la especie humana son personas humanas independiente del sexo, la estirpe, la condición o la edad (Colombia. Congreso de los Estados Unidos de Colombia, 1887). Es decir, para nuestra legislación solo se requiere ser de la especie humana para ser persona, sucede entonces que la calidad de persona está dada por la existencia natural, por pertenecer a la especie humana como establece nuestro Código Civil o por ser un ser humano conforme a los instrumentos internacionales. ¿Entonces qué lleva a contradicciones dentro de la misma normativa nacional?

14 Cursiva intencional.

La jurisprudencia de la Corte ha divagado en este aspecto pues no ha llamado persona al concebido, lo que ha llevado a algunos a considerar que no es titular de derechos. No obstante, el Alto Tribunal en las sentencias de constitucionalidad de antaño ya mencionadas, ha sido claro también en explicar que la vida humana del *nasciturus* no está desprotegida constitucionalmente, toda vez que si el valor esencial protegido por el ordenamiento es la vida humana, necesariamente debe deducirse que en donde haya vida existe el consecuente amparo, por lo que no se entiende de donde se apoya la sentencia C-355/06 para cambiar las nociones frente a la protección de derechos fundamentales del concebido, sin realizar la correspondiente carga argumentativa de donde se infiera lo contrario.

Lo anterior genera interrogantes: ¿se trata de acuerdos o de tensiones enraizadas en la participación internacional?; ¿cuánta es la fuerza de los medios de comunicación que ayudan a dar por cierta una práctica que, incluso, desconoce la legislación y la jurisprudencia que reconocen el valor de la vida desde la concepción? ¿Qué intereses subyacen para cambiar una línea jurisprudencial definida a favor de la vida?

Continúa el contenido expresando que la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. Que la vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. Que si bien es cierto el ordenamiento jurídico le otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana, tanto es que:

En la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta (Colombia. Corte Constitucional, 2006).

Aquí se ve cómo la Corte erradamente plasma una diferencia entre *nasciturus* y persona humana, sin acoger la definición dada por el artículo 74 del C. C. y sin puntualizar las razones por las que no debe tenerse al

concebido como persona que tiene una existencia natural. Igualmente desacierta cuando en dicha sentencia arguye que el bien jurídico tutelado no es el mismo en el aborto, infanticidio u homicidio por tener un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta.

No es claro ni consecuente el razonamiento realizado por la Corte, pues el bien jurídico tutelado en dichos casos es idéntico: «la vida». Nótese que la Ley 599 de 2000, en su libro II título I, desarrolla una serie de delitos que atentan contra el bien jurídico «vida», los cuales parten del genocidio, homicidio, aborto; que tengan penas diferentes no quiere decir que el bien jurídico tutelado no es idéntico como lo expresó la Corte, sino que el legislador quiso según las circunstancias de agravación, atenuación o condiciones del sujeto pasivo aplicar una pena diferenciada.

La vida como valor tiene la misma dignidad, pues no se puede afirmar que es valiosa dependiendo de la etapa del desarrollo en que se encuentre el ser humano, la muerte de un adulto no es más valiosa que la del *nasciturus*, un niño nacido, un joven o un anciano. Este tipo de decisiones lleva a cuestionar la aplicación de lo declarado en la Convención de los Derechos Humanos y en ella, la proclamación de la dignidad de la vida como derecho primordial, lo cual concuerda con que todos tienen derecho a la vida, y su vida tiene la misma dignidad, solo que penalmente atendiendo a valoraciones específicas de debilidad de la víctima o las circunstancias del victimario la pena impuesta es diferente. Como indica Hoyos (2005):

El hecho de que el aborto mate a un ser humano como nosotros no indica en sí que deba dársele el mismo castigo que el homicidio, ni que el castigo deba ser el mismo en ciertos casos. Podemos tener compasión por la madre que aborta. Podemos reconocer que en algunos casos no le fue posible elegir otra conducta. Lo esencial es que el derecho en su conjunto muestre claramente un intento sincero de proteger en toda situación la igual dignidad de la vida humana desde la concepción. Por ejemplo: Alemania está experimentando con sustituir la pena por una serie de ayudas positivas para las madres en crisis. Esas medidas son una muestra jurídica de antijuridicidad del aborto. Entre ellas

pueden mencionarse la prohibición del pago del seguro público al abortista y la prohibición del menosprecio de los no nacidos en los periódicos y otros medios públicos. Claro que un país como Colombia parece no tener la posibilidad de sustituir el castigo por la ayuda positiva generosa de Alemania, pero hay otras maneras de mantener claro el respeto por la vida sin que estén siempre penadas las mujeres que aborten. (...) [Y] el derecho del padre de pedir indemnización del abortista por la muerte de su hijo, indica también el valor de esa vida, junto con otras muestras civiles de la protección de la vida humana.

Este planteamiento puede afirmarse a favor de la vida, pero diferenciar el castigo según el caso es plantear una jerarquía cuando lo innegable es que la vida es vida y la muerte es muerte. Compadecerse por la madre es preguntar quién se compadece por la criatura, al mismo tiempo indagar por qué no fue posible otra elección cuando se ha reafirmado de distintas maneras el amparo del Estado. ¿Por qué sancionar una concepción y no una muerte mientras se proclama el derecho a la vida? ¿Cómo se protege en este escenario el derecho a la igualdad? La igualdad es tema de justicia, y si bien no puede ser distributiva ni retributiva ni de reconocimiento entonces habrá que considerar una alternativa diferente de justicia, que es justicia social y justicia con la vida.

Otro reparo a la sentencia C-355 de 2006 es que, al tratarse de derechos fundamentales, no se analizaron íntegramente los derechos contrapuestos de las partes afectadas con la decisión de aborto, pues se están perjudicando los derechos de la mujer madre, del padre y del hijo que se está gestando. Sobre esto, es necesario mencionar la intervención de la abogada Claudia Helena Forero¹⁵, por medio de un escrito¹⁶ en la acción de inconstitucionalidad frente al artículo 122 de la Ley 599 de 2000; explicó a la Corte Constitucional que un eventual conflicto entre derechos

¹⁵ Abogada de la Universidad de la Sabana y profesora de su Facultad de Derecho.

¹⁶ Escrito incorporado en el libro *La constitucionalización de las falacias* de Ilva Myriam Hoyos.

fundamentales entre la madre y el no nacido se puede resolver acudiendo a alguno de los métodos que la doctrina y la jurisprudencia han apelado en casos de conflicto de derechos fundamentales. Estos métodos son jerarquización, ponderación y test de proporcionalidad, principalmente porque los derechos enfrentados son, del concebido a derecho a la vida y de la madre a autonomía reproductiva, libertad, salud y vida de la mujer.

La abogada argumentó que no hay derecho fundamental que supere el derecho a la vida del *nasciturus*; utilizó el método de jerarquización y basada en la jurisprudencia constitucional, demostró que cuando colisionan los derechos de la vida del no nacido con la libertad, la vida y salud de la madre, prevalece el derecho a la vida del concebido, toda vez que esa protección comprende el proceso de formación y desarrollo del concebido, por ser condición para la viabilidad del nacimiento¹⁷; la vida humana, como presupuesto necesario de todo derecho, goza de jerarquía superior cuya virtud prevalece frente a otros derechos, de tal manera que se impone sobre ellos situaciones de conflicto insalvable.

En eso consiste la **inviolabilidad** que expresamente le reconoce el precepto constitucional¹⁸, asimismo hay que tener en cuenta que el derecho a la libertad contenida en el artículo 16 de la Constitución está limitada a los derechos de los demás y a los que imponen el orden jurídico. Por lo tanto, el derecho a la libertad de la mujer en cuanto a sus demás derechos no son absolutos, no así el derecho a la vida que es inviolable. En consecuencia, si la Corte hubiera optado por analizar los derechos enfrentados entre el *nasciturus* y la mujer madre, confrontándolos con su propio precedente constitucional, obligatoriamente la conclusión sería la prevalencia de los derechos del nuevo ser sobre los derechos de la madre, y en el caso que el conflicto sea vida-vida, puede evitarse con base en los desarrollos científicos, si la muerte del niño en aras de salvaguardar la vida de la madre se produjera, no se configuraría responsabilidad penal por el aborto por falta de culpa. Pero a pesar de esta valiosa intervención, es

17 Sentencia C-133 de 1994 (M. P. Barrera Carbonell).

18 Sentencia C-13 de 1997 (M. P. Hernández Galindo).

conocida la decisión de la Corte en la citada sentencia C-355 de 2006 que permitió el aborto en tres circunstancias específicas ya mencionadas.

Y aunque el asunto pueda ser considerado como un tema zanjado, en la práctica no lo está y el debate nacional se abrió nuevamente a partir de la demanda de inconstitucionalidad que presentó la ciudadana Natalia Bernal Cano en contra de los artículos 90, 91 y 93 del Código Civil, al considerar que dichas normas restringen los derechos del concebido, entre otras razones, por desconocer su calidad de persona humana, claramente identificable desde los estudios científicos y, por ende, su capacidad para sentir dolor. Ante esta demanda, la Corte Constitucional decidió que en esas disposiciones legales operó el fenómeno de la cosa juzgada constitucional y se declaró inhibida de emitir un pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda y ordenó estarse a lo resuelto en la sentencia C-591 de 1995 mediante la cual se declaró exequibles dichos artículos.

Sin embargo, debe resaltarse el salvamento de voto del magistrado Carlos Bernal Pulido frente a la posición mayoritaria, mediante el cual arguye que la Corte Constitucional ha debido dictar una sentencia de inexequibilidad parcial frente al artículo 90 del Código Civil, donde se declare inexequible la expresión «al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre». Es decir que el artículo 90, en la expresión actual «La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre» (Colombia. Congreso de los Estados Unidos de Colombia, 1873), es inconstitucional, y debería quedar redactado en el siguiente sentido: «La existencia legal de toda persona principia desde la concepción», toda vez 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 (resalto intencional).

Señala que, dicho quebrantamiento se da por una ficción legal arbitraria del artículo, según el cual solo se es persona a partir del nacimiento. Compartimos la posición del magistrado Bernal Pulido en su salvamento de voto, pues la Corte en su sabiduría debe de tener en cuenta que desde la expedición del artículo 90 del Código Civil, en el año 1873, hasta nuestro tiempo han surgido nuevos avances científicos que prueban que los niños desde la concepción están dotados del genoma humano, lo que los hace pertenecientes a la especie humana y debe reconocérseles necesariamente personalidad jurídica, a la vez que no existe ninguna razón constitucional que legitime que los seres humanos durante una etapa de nuestra vida carecemos de protección del derecho fundamental a la vida, establecido en el artículo 11 de la Constitución Política, lo que constituye una clara discriminación respecto de los niños ya nacidos, a la vez que desconoce la capacidad de los avances científicos no disponibles en el año 1873, cuando se redactó el Código Civil colombiano.

Con todo esto, se puede afirmar que el debate sobre el derecho a la vida del concebido, y, por tanto, su protección mediante la condena a la práctica del aborto, es un tema pertinente en nuestros días.

CONCLUSIONES

El derecho a la vida es un derecho inviolable, protegido constitucionalmente y reconocido por instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, como el Código Civil, el Código General del Proceso, la Convención Americana sobre derechos humanos, la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, la Convención Internacional sobre los derechos del niño, así como por los últimos avances científicos que confirman lo obvio: el concebido pertenece a la especie humana, tiene derecho a la vida, es capaz de sentir dolor y requiere de protección especial, por tanto, es condenable cualquier práctica que revestida de aparente legalidad, pretenda desechar la vida humana, solo por una abstracción jurídica que carece de sustento científico y que a la persona humana solo

desde el momento en que se separa de su madre, disposición esta que deriva de antaño y no es aplicable a un tiempo que cuenta con suficientes avances científicos que demuestran la existencia de la vida humana desde la concepción.

De esta misma manera advertimos que no se encuentra debidamente sustentada la decisión de la Corte Constitucional de modificar su propio precedente al desconocer el derecho fundamental a la vida del concebido. La decisión de la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006 al desconocer los derechos del concebido no se soporta en datos científicos que reconocen que la vida humana se origina desde la concepción y continua después el nacimiento, lo que no permite hacer diferenciaciones sobre una forma de «vida» dentro del vientre materno y otro tipo de vida por fuera de él. Se trata de un sujeto que tiene la misma naturaleza antes y después de nacer y que lleva a que esta decisión sea anticientífica, además de violatoria de los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y de la misma Constitución Política que reconocen el derecho fundamental e inviolable de la vida humana.

Así las cosas, en esta primera parte, el foco principal ha estado en plantear unas pautas iniciales para reflexionar en torno a la contradicciones de la Corte Constitucional colombiana que, por un lado, reconoce el derecho a la vida de todo ser humano desde la concepción y, por otro, establece un «derecho al aborto» que es claramente contrario a la ciencia, a la Constitución Política, a los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad en consonancia con el artículo 93 del Constitución.

A modo de cierre, cabe señalar que en la segunda parte de este artículo se afrontará la problemática central de la reflexión en donde analizará la procedibilidad de la acción de tutela como mecanismo procesal para la defensa del derecho a la vida del concebido, especialmente por el padre que se siente excluido del debate del aborto y que ha preferido en su deber constitucional defender la vida de su hijo y optar por ejercer su paternidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alemania. Tribunal Constitucional Federal. (1975). Sentencia BVerfGE 88, 203. Disponible en: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038.
- Arango R., P. (2016). Estatuto del embrión humano. *Escritos*, 24(53), 307-318. Recuperado de: <http://www.scielo.org.co/pdf/esupb/v24n53/v24n53a05.pdf>.
- Colombia. Congreso de los Estados Unidos de Colombia. (1873). Código Civil. *Diario Oficial*, (2867).
- Colombia. Congreso de la República. (2006). *Ley 1098, «Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia»*. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html.
- Colombia. Corte Constitucional. (1993a). *Sentencia SU-491* (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Colombia. Corte Constitucional. (1993b). *Sentencia C-213* (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).
- Colombia. Corte Constitucional. (1998). *Sentencia T-223* (M. P. Vladimiro Naranjo Mesa).
- Colombia. Corte Constitucional. (1999). *Sentencia T-171* (M. P. Alejandro Martínez Caballero).
- Colombia. Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C-355* (MM. PP. Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araújo Rentería).
- Colombia. Corte Constitucional. (2020). *Sentencia C-089* (M. P. Alejandro Linares Cantillo).
- España. Ministerio de Gracia y Justicia. (1889). *Código Civil*. Recuperado de: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

- España. Tribunal Constitucional. (1985). *Providencia 53 del 1 de abril*.
- Hoyos, I. M. (2005). *La constitucionalización de las falacias*. Bogotá: Temis.
- Organización de las Naciones Unidas. (2006). *Convención Internacional de los Derechos del Niño*.
- Organización de los Estados Americanos. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*.
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*.
- Peñacoba P., C., Álvarez Loro, E. y Lázaro Arnal, L. (2006). *Teoría y práctica de psicología del desarrollo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Uribe D., P. I. (2015). Conformación y particularidades de un grupo de familias nucleares de la ciudad de Bogotá. *Trabajo Social*, (17), 77-92.
- Velayos Jorge, J. L. (2000). Comienzo de la vida humana. *Cuadernos de Bioética*, (41), 29-36. Recuperado de: <http://aebioetica.org/revistas/2000/1/41/29.pdf>.