



Bogotá, D.C., 06 JUN 2014

Señores
MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
 E. S. D.

Ref.: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 134 de la Ley 599 de 2000, "Por la cual se expide el Código Penal".

Accionante: Ángela María Anduquia Sarmiento.

Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez

Expediente D-10127.

Concepto . 5 7 7 9

Según lo dispuesto en los artículos 40.6, 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, rindo concepto sobre la demanda presentada por la ciudadana Ángela María Anduquia Sarmiento contra el artículo 134 de la Ley 599 de 2000, cuyo texto se transcribe a continuación (subrayando lo demandado):

"LEY 599 DE 2000

(julio 24)

Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000

EL CONGRESO DE COLOMBIA

Por la cual se expide el Código Penal

DECRETA:

ARTICULO 134. FECUNDACION Y TRAFICO DE EMBRIONES HUMANOS. *El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.*

En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título".

1. Planteamiento de la demanda

La accionante considera que el aparte demandado vulnera el derecho a la vida (artículo 11 Superior), la prohibición de las torturas o de las penas crueles, inhumanas o degradantes (artículo 12), el derecho-principio a la igualdad y a la no discriminación (artículo 13), el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 14), la

prohibición de la esclavitud y de la trata de personas (artículo 17), el derecho de los niños a la familia y el carácter prevalente de sus derechos (artículo 44), así como el derecho a la salud de los niños no nacidos (*nasciturus*).

Como fundamento de lo anterior, advierte que el aparte demandado avala la instrumentalización del no nacido generado con asistencia científica, en tanto que: (i) permite su procreación en función de objetivos distintos a su propia vida y bienestar, admitiéndose así su maltrato como una forma de aprovechamiento de su estado de indefensión, en lugar de otorgarle una protección especial y prevalente en razón de ésta; (ii) ignora su condición de persona y el derecho a que se le reconozca personalidad jurídica; (iii) permite su esclavitud en la medida en que legitima su captación, traslado y receptación con fines de explotación económica en beneficio de terceros; (iv) subordina o somete sus derechos a la vida, a la salud y a la integridad personal al interés de terceros, al mismo tiempo que acepta su abandono por parte de sus padres; y (v) permite la existencia de procedimientos que, como resultado directo, producen su muerte y el detrimento de su integridad física.

De esta manera, en la demanda se explica que la norma parcialmente demandada autoriza un procedimiento científico en donde concurren varios agentes, como son “[e]l padre y la madre del ser humano fecundado, [...quienes] donan sus gametos o células sexuales (óvulos y espermatozoides) [...o incluso sus] ‘preembriones’”, lo que la accionante entiende que equivale a legitimar que “el padre y la madre cooper[e]n para que su propio hijo sea dispuesto en contra de su vida e integridad personal para que se emplee como muestra de laboratorio y se diseccione su cuerpo para tratamientos en beneficios de otro”¹. Situación que, en su

¹ La accionante cita además el artículo 2º del Decreto 1546 de 1998, em donde se dispone que: “[p]ara efectos del presente decreto adoptanse las siguientes definiciones: *Trasplante*. Es el reemplazo con fines terapéuticos de componentes anatómicos de una persona, por otros iguales o asimilables, provenientes del mismo receptor, o de un donante, vivo o muerto [...] *Persona*. Es todo ser humano, cualquiera que

criterio, desconoce los derechos fundamentales del *nasciturus* que, aun siendo procreado artificialmente, “no puede tener una destinación diferente a su procreación y normal desarrollo”, en tanto que señalarle otro propósito es contrario a su dignidad, escapa a la libertad sexual y reproductiva de sus progenitores y, por el contrario, implica una falta a los deberes que conllevan la paternidad y la maternidad.

Por lo tanto, la accionante sostiene que “[e]l texto normativo subrayado y acusado transgrede las normas constitucionales [...] y afecta al *Nasciturus* como persona y los derechos que por ende tiene”, particularmente sus derechos a la vida, la integridad personal, la salud y la seguridad social. En el mismo sentido, destaca que la norma demandada contradice lo dispuesto en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, en donde expresamente se establece que “*persona es todo ser humano*”, o la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (adoptada mediante la Ley 12 de 1992), en donde se establece que todos los niños son sujeto de derechos e intereses prevalentes, así como sujetos de especial protección en razón de su indefensión.

Como justificación de los cargos anteriores, en la demanda se parte de considerar que la existencia de la persona depende de su individualidad² y que, a partir del estado actual de la ciencia³, es

sea su edad, sexo, estirpe o condición y su existencia termina cuando se produce la muerte encefálica y ha sido diagnosticada de acuerdo con el presente decreto. Componentes anatómicos. Son los órganos, tejidos, células y en general todas las partes que constituyen un organismo”.

² Esta individualidad, según se explica en la demanda, se entiende como “*la independencia respecto de otro como unidad indivisible y como factor que se presenta permanente en la personalidad*”, que además se distingue de la autonomía que, por el contrario, es una cualidad “*gradual a la etapa en que se esté suscitando la vida de ese ser humano [...] y que es relativa a si éste último] sobrevive por sí mismo con cuidados especiales, como lo haría un recién nacido y paulatinamente a medida que éste va creciendo, va abandonando la dependencia al cuidado de terceros*”. Al respecto la accionante cita las sentencias T-594 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y T-168 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinoza), entre otras.

³ Según la accionante, a partir de las más reciente evidencia científica es posible concluir que “[e]l ser humano inicia su vida humana en la fecundación” y que ésta se puede lograr a través de diversos procesos o procedimientos, como son tanto la “*unión coital entre un hombre y una mujer [y la consecuente inserción del] núcleo de uno o más espermatozoides en uno o más óvulos dentro del vientre*

posible inferir que ésta comienza desde el momento de la concepción o fecundación, y no desde el nacimiento.

Así, con base en la evidencia científica actual⁴ la accionante considera que el *nasciturus* sí es un ser individual⁵ y que **“su individualidad reafirma su condición de persona humana y ayuda a respaldarlo como niño contra las agresiones que a su cuerpo se realizarán por decisión de un tercero”** (negritas en el texto original). Y, en tanto que persona y ser humano (para lo que cita el artículo 74 del Código Civil⁶ y nuevamente el Decreto 1546 de 1998), entiende que el *nasciturus* efectivamente tiene personalidad jurídica⁷ y es sujeto de derechos.

En este sentido, entre las posturas divergentes que se han sostenido en la jurisprudencia constitucional sobre el carácter ontológico y jurídico del no-nacido⁸, la accionante privilegia aquella que lo reconoce como

femenino”, como los procedimientos de fecundación *in vitro*, la clonación y el cultivo de embriones con diferentes propósitos (como es el caso de la maternidad subrogada, legitimada en la Sentencia T-968 de 2009, M.P. María Victoria Calle), en donde el mismo “*no necesita ser implantado obligatoriamente en el vientre de su madre*” o nunca está dentro del cuerpo de la misma y, en todo caso, es “*independiente de otro organismo*” (negritas en el texto original).

⁴ En la demanda se cita el testimonio rendido ante el Subcomité del Senado de los Estados Unidos de Separación de Poderes por el doctor Jérôme Lejeune, profesor de Genética Fundamental de la Universidad de René Descartes y miembro del Instituto de Progénesis de París, citado en la Sentencia C-133 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell). También se utilizan los conceptos de blastocisto, entendido como “*el estado en que se encuentra el embrión a partir del día 5 de desarrollo*”, cigoto y embrión, de conformidad con algunas fuentes científicas.

⁵ Para sustentar esta afirmación desde una perspectiva jurídica, la accionante precisa que en el ordenamiento jurídico colombiano la existencia de la persona comienza con el nacimiento y que éste se entiende como sucedido desde que se separa al *nasciturus* completamente de la madre (artículo 90 del Código Civil), sin que se precisen las condiciones o circunstancias en que se produce tal separación, lo que, además, la hace independiente de cualquier consideración relativa a la autonomía del sujeto.

⁶ Código Civil, artículo 74: “*Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición*”.

⁷ Personalidad jurídica que, como también lo precisa la accionante, es un derecho fundamental (artículo 14 Superior) cuyo contenido ha sido precisado en la jurisprudencia constitucional (cita específicamente la sentencia C-807 de 2002).

⁸ La accionante menciona expresamente las sentencias C-013 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-223 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-179 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y SU-491 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), en donde en su momento se señaló que “*la vida que el derecho reconoce y que la Constitución protege tiene su principio en el momento mismo de la fecundación y se extiende a lo largo de las distintas etapas de formación del nuevo ser humano dentro del vientre materno*”, postura que ella comparte. Al mismo tiempo que se opone a lo sugerido en las Sentencias C-133 de 1994 y, especialmente, a lo concluido en la Sentencia C-355 de 2006, en donde primero se dijo que el no-nacido no era persona (con fundamento en el artículo 90 del Código Civil), aunque sí sujeto de derechos, pero posteriormente se dijo que tampoco era sujeto de derechos sino un mero valor o bien jurídico digno de protección, en tanto que allí se sostuvo que no se sabe con certeza cuándo comienza la vida humana.

persona, ser humano, niño y sujeto de derechos, en tanto que considera que *“la vida es la condición sine qua non para el disfrute de otros derechos”* (para lo que cita la Sentencia C-013 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo), premisa a partir de la cual precisamente concluye que *“[e]l Nasciturus es persona porque tiene derechos en razón a su existencia, no importa si se observa su vida como valor o como derecho propiamente [...] en el vientre materno, en un laboratorio, en un vientre alquilado, siempre que esté vivo, tendrá derechos. Y como niño sin importar su edad o condición, sus derechos serán prevalentes sobre los de los demás”* (negritas en el texto original).

2. Problema jurídico

De acuerdo con la demanda aquí resumida, esta Jefatura considera que en el presente proceso de constitucionalidad corresponde establecer si el aparte demandado contradice las normas constitucionales invocadas al desproteger la vida humana procreada para fines de investigación científica, tratamiento o diagnóstico terapéutico en favor de otro ser humano.

3. Análisis constitucional

Esta Jefatura considera que cualquiera que sea la postura que se adopte sobre el carácter ontológico y jurídico del no-nacido, el aparte demandado en todo caso resulta contrario a lo dispuesto en la Carta Política, en tanto que permitir la procreación y posterior utilización, manipulación o destrucción de seres humanos en favor de otros, contradice abruptamente el principio-derecho a la dignidad humana, que es el fundamento último de la protección de la vida humana naciente, ya sea que ésta se entienda como un bien jurídicamente protegido o como un derecho fundamental.

Para justificar esta conclusión, a continuación se precisará cuál es el alcance del aparte normativo demandado; posteriormente se presentarán las razones que explican por qué y de qué manera la vida humana está constitucional y legalmente protegida para, con base en ello, indicar cómo ni siquiera los casos en que excepcionalmente se le ha desprotegido permiten legitimar la norma *sub examine*; y, finalmente, se demostrará la manera en que ésta efectivamente vulnera las normas constitucionales invocadas.

3.1. Alcance de la norma parcialmente demandada

El tipo penal demandado pretende defender el bien jurídico de la vida humana (hace parte de los delitos que el Legislador tituló como “manipulación genética”, dentro del título de los delitos contra la vida y la integridad personal del Código Penal), tanto en su faceta individual (la vida específica del embrión), como en su faceta colectiva (la intangibilidad del patrimonio genético humano⁹).

Sin embargo, como bien lo advierte la accionante, aunque el aparte demandado prohíbe de manera general que la vida del embrión sea utilizada con fines industriales, en todo caso permite su procreación con propósitos ajenos a sí mismo. En efecto, a partir de una lectura detallada de la norma es posible advertir que la misma autoriza que se fecunden óvulos humanos con una “*finalidad diferente a la procreación humana*”, como son específicamente (i) la “*investigación científica*” y (ii) el “*tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de investigación*” —que, como es fácil de entender, no puede ser el mismo ser humano que es procreado, en tanto que antes de la fecundación de un óvulo no podría existir ser

⁹ Cfr.: C. Suárez González, *Delitos relativos a la manipulación genética*. En: G. Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Civitas, 1997; y C.G. Castro Cuenca, *Delitos Genéticos en Colombia*, En: Manual de Derecho Penal, parte especial, Bogotá, Ed. Temis y Universidad del Rosario, 2011, páginas 173 a 177.

humano alguno que necesitara de diagnóstico y, mucho menos, de tratamiento terapéutico—.

De esta manera, aunque la norma pretende penalizar la fecundación y el tráfico de seres humanos, al mismo tiempo excluye del derecho penal e incluso parece legitimar aquellos casos en que ellos son usados (manipulados, destruidos, etc.) como objetos por otros seres humanos, o como instrumentos para favorecer a otros seres humanos, lo que esta Jefatura entiende que se opone radicalmente a la dignidad humana, que es, precisamente, el fundamento último de la protección constitucional y legal de la vida humana, como pasa a verse.

3.2. La protección *ius constitucional*, *ius convencional* y legal de la vida humana

En la Sentencia C-355 de 2006 (M.P.s. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas), al declarar exequible de manera condicionada el tipo penal de aborto, la Corte Constitucional destacó reiteradamente que la vida es un bien jurídico protegido por la Constitución que todas las autoridades públicas deben salvaguardar, incluido el Legislador, y cuya defensa incluso exige y justifica la adopción de medidas sancionatorias de carácter penal.

En efecto, en esa Sentencia dijo literalmente la Corte:

“[L]a Carta de 1991 se pronuncia a favor de una protección general de la vida. Desde esta perspectiva, toda la actuación del Estado debe orientarse a protegerla y no sólo y exclusivamente en un sentido antropocéntrico¹⁰. Este deber de protección de la vida como valor constitucional trasciende del plano meramente axiológico al normativo y se constituye como mandato constitucional en una obligación positiva o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado, sin excepción, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, deben realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones para el desarrollo efectivo de la

¹⁰ “La Constitución contiene también alusiones a la obligación estatal de preservar el medio ambiente y las especies animales y vegetales en el Capítulo III del Título II”.

vida humana. El deber de protección de la vida en cabeza de las autoridades públicas se erige entonces como la contrapartida necesaria del carácter de la vida como bien constitucionalmente protegido, y como tal ha dado lugar a la creación de múltiples líneas jurisprudenciales por parte de esta Corporación¹¹. En efecto, el deber de protección a la vida, en su carácter de bien que goza de relevancia constitucional, vincula a todos los poderes públicos y a todas las autoridades estatales colombianas. En esa medida el Poder Legislativo, dada la relevancia de sus funciones dentro de un Estado Social y democrático de derecho, es uno de los principales destinatarios del deber de protección y está obligado a la adopción de disposiciones legislativas con el propósito de salvaguardar la vida de los asociados”.

En el mismo sentido, aun cuando en esa decisión la Corte Constitucional consideró que hay casos en los que resulta desproporcionado penalizar el aborto, allí en todo caso se sostuvo que:

“[M]ás allá de la discusión de si el nasciturus es una persona y en esa calidad titular de derechos fundamentales, es una vida humana en gestación, y como tal el Estado colombiano tiene un claro deber de

¹¹ “En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha afirmado el especial deber de protección a cargo de las autoridades estatales de la vida de sujetos especialmente vulnerables por su situación de riesgo por causa del conflicto armado. Ha sostenido reiteradamente la Corte que las personas cuya vida se encuentra seriamente amenazada y han puesto tal situación en conocimiento de las autoridades, deben recibir protección estatal, hasta el punto de que la obligación del Estado de preservar su vida, que normalmente es una obligación de medios frente a la generalidad de la población, se convierte en una obligación de resultados, al menos para efectos de responsabilidad administrativa. Esta regla se ha aplicado, entre otros, a los miembros de partidos políticos que por su programa son objeto de actos violentos (Sentencia T-439 de 1992); igualmente en el caso de los docentes amenazados por el ejercicio de su profesión (Sentencia T-028 de 2000), defensores de derechos humanos (T-590 de 1998) y los trabajadores de la salud que han sido amenazados en razón de las actividades que desempeñan (T-120 de 1997). Estos casos dieron lugar a la creación jurisprudencial del derecho a la seguridad personal, el cual es definido grosso modo como el derecho que tienen las personas a recibir protección frente a ciertos tipos de riesgo para su vida e integridad personal (T-719 de 2004). Una constante en todos los anteriores casos ha sido la orden impartidas a distintas autoridades para que adopten las medidas necesarias para proteger la vida de las personas cuya vida y integridad se encuentran amenazadas. La Corte también ha verificado la existencia, en cabeza de las autoridades de un deber de especial protección de la vida y de la seguridad personal de quienes se encuentran bajo una relación de especial sujeción con el Estado colombiano como las personas reclusas en establecimientos carcelarios; pero también ha establecido esta Corte que se encuentran en la misma situación los soldados que están prestando el servicio militar obligatorio, quienes se encuentran reclusos en hospitales públicos, y los menores de edad que están estudiando en escuelas públicas. También la jurisprudencia constitucional ha reconocido el deber estatal de protección de la vida de personas afectadas por desastres naturales y ha interpretado las disposiciones legales que regulan la materia en el sentido que corresponde a las autoridades municipales desalojar a las personas afectadas y en riesgo, lo que implica proveerlas de un alojamiento temporal, e igualmente tomar medidas oportunas para eliminar definitivamente el riesgo. Sobre este extremo ha sostenido la Corte Constitucional que: ‘La administración pública no puede omitir la adopción de medidas inmediatas para evitar el riesgo sobre vidas humanas ni dejar indefinidos los derechos de las personas desalojadas, sin comprometer con ello su responsabilidad’, por lo tanto ‘[l]a mera recomendación de desalojo, en caso de riesgo comprobado a la vida y a la integridad con ocasión de la amenaza de derrumbe o del deslizamiento de tierra, es insuficiente para el cumplimiento del deber de las autoridades públicas de proteger la vida, bienes y demás derechos y libertades de las personas residentes en Colombia’ (T-1094 de 2002)”.

protección que se deriva, como antes se dijo, de numerosas disposiciones constitucionales. Deber de protección que tiene un alcance amplio, pues no sólo significa la asunción por parte del Estado de medidas de carácter prestacional, tomadas a favor de la madre gestante pero orientadas en definitiva a proteger la vida de quien se encuentra en proceso de formación¹², sino por cuanto también deben adoptarse las normas necesarias para prohibir la directa intervención tanto del Estado como de terceros en la vida que se está desarrollando [...incluyendo] elementos del derecho penal para proteger la vida del nasciturus” (Ibídem).

Así, con fundamento en aquellas premisas generales, en esa ocasión la Corte juzgó la exequibilidad del mencionado tipo penal desde la perspectiva de que *“la interrupción del embarazo no es abordada por nuestro ordenamiento constitucional como un asunto exclusivamente privado de la mujer embarazada y por lo tanto reservada al ámbito del ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad”* sino que, por el contrario, *“diversos mandatos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte de bloque de constitucionalidad¹³, le otorgan a la vida en sus diferentes estadios, dentro de los cuales se incluye por supuesto la vida en gestación, el carácter de bien constitucionalmente protegido”*.

Una perspectiva que, en el mismo sentido, también le llevó a concluir que:

“[N]o puede argumentarse que la penalización del aborto sea una medida perfeccionista dirigida a imponer un determinado modelo de virtud o de excelencia humana bajo la amenaza de sanciones penales. En efecto, como ha sostenido esta Corporación en distintas oportunidades, es con la adopción de medidas perfeccionistas que las autoridades sancionan a un individuo que no ha afectado el ordenamiento constitucional o los derechos de terceros, únicamente porque no acepta los ideales coactivamente establecidos por el Estado, con lo cual se vulnera la dignidad humana, la autonomía individual y el libre desarrollo de la personalidad. En el caso concreto, como se ha sostenido reiteradamente, la vida del nasciturus es

¹² *“Así por ejemplo el artículo 43 constitucional establece: ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”*.

¹³ En aquella ocasión la Corte se refirió expresamente al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 6°), a la Convención sobre los Derechos del Niño (Preámbulo y artículo 1°) y a la Convención Americana de Derechos Humanos (Preámbulo y artículo 4.1.).



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Procurador General

Concepto 5779

un bien protegido por el ordenamiento constitucional y por lo tanto las decisiones que adopte la mujer embarazada sobre la interrupción de la vida en gestación trascienden de la esfera de su autonomía privada e interesan al Estado y al legislador”.

Por lo tanto, a partir de lo anterior es posible concluir que en la citada sentencia, aunque la Corte Constitucional consideró que la vida humana es un bien constitucionalmente protegido, e incluso susceptible de protegerse por el Legislador a través del derecho penal, advirtió que en ocasiones era desproporcionado que esto se hiciera, en tanto que consideró que en algunos casos excepcionales ello restringía indebidamente los derechos de la mujer gestante.

Sin embargo, en otras sentencias anteriores a la citada, como es el caso de la Sentencia C-133 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell)¹⁴, la Corte Constitucional había llegado todavía más lejos al sostener que la vida humana dependiente no es sólo un bien jurídico tutelado sino que el *nasciturus* es, en sí mismo, un titular de derechos. Y, de conformidad con ello, había concluido que el mismo merece la protección penal de su vida en todos los casos en que alguna persona pretenda directamente violentarla (sin perjuicio de la valoración subjetiva que correspondiera respecto de la culpabilidad del sujeto activo de la conducta¹⁵).

En pocas palabras, en aquellas otras decisiones esa Corporación también había señalado numerosas e importantes razones para concluir que la Constitución protege la vida del *nasciturus* y permite, justifica y exige su defensa por parte del Estado, la sociedad y la familia.

¹⁴ Véanse también las sentencias C-591 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía); C-013 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo); T-373 de 1998 (M.P. Álvaro Tafur Galvis); C-198 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández); T-063 de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis); T-501 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández); T-128 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández); T-639 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

¹⁵ Cfr. Artículo 124 del Código Penal (Ley 599 de 2000), declarado inexecutable en la Sentencia C-355 de 2006.

De conformidad con todo lo anterior, esta Jefatura debe llamar la atención sobre el hecho de que tanto la protección absoluta de la vida humana como su protección restringida, es decir, aquella que permite excepciones como son las causales de inculpación que se agregaron al tipo penal de aborto en la Sentencia C-355 de 2006¹⁶, parten del reconocimiento de la dignidad humana, esto es, del valor intrínseco y prevalente que tiene la vida humana, entendida tanto como un bien en sí mismo como un bien para la sociedad. Y, al mismo tiempo, advierte que esto es precisamente lo que desconoce la norma demandada cuando permite que la vida humana se produzca y utilice en favor de otros (ya sea para un eventual beneficio para la sociedad en general, como sucede cuando se utiliza para fines de investigación científica, o para un eventual beneficio terapéutico para otro ser humano en particular¹⁷) como si se tratara de un objeto del cual ellos pudieran disponer y cuyo destino sólo a ellos interese¹⁸.

¹⁶ Como se explicó recientemente en el Concepto 5778 (relativo al Expediente D-10171) "*esta Jefatura no entiende la errática línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación con el delito de aborto porque, mientras en un primer momento efectuó consideraciones referidas a la culpabilidad de la mujer (cfr. C-355 de 2006) posteriormente, y sin mayor análisis, consideró que el aborto era un derecho fundamental y, más todavía que en la sentencia C-355 de 2006 se habían creado causales de atipicidad (cfr. Sentencia T-585 de 2010 y Auto 038 de 2012 respectivamente). Por tanto, para esta Vista Fiscal, el aborto sigue siendo una conducta típica y antijurídica pero no culpable, toda vez que las causales de atipicidad no existen en el derecho penal y porque además, el análisis efectuado en la sentencia del año 2006 se adelantó en sede de la culpa y no de la atipicidad o de la antijuridicidad, como se desprende de la consideración jurídica número 10.1 de la sentencia C-355 de 2006*".

¹⁷ Con relación a la utilización de embriones humanos con el propósito de extraer de ellos células madre, por ejemplo, se destaca que la investigación científica ha demostrado que debido a las circunstancias éticas que se dan con las células madre de embriones o fetos abortados es preferible investigar con células madre de adulto. Así mismo, ha concluido que los mayores éxitos terapéuticos se han encontrado con células madre de adultos y no con células madre extraídas de embriones humanos, debido a que las primeras tienen una mayor capacidad de diferenciarse y, por lo tanto, una mayor diversidad de convertirse en células generadoras de distintos tipos de tejido para diversas clases de tratamientos. De esta capacidad, también conocida como 'desarrollo de plasticidad', carece la célula madre embrionaria en tanto que es más inmadura y, por lo tanto, tiene una menor posibilidad de autogestionarse y desarrollarse en otra célula que podría necesitarse para un determinado tratamiento (como es el caso del injerto y desarrollo del tejido traqueal, los tratamientos de enfermedades hepáticas, enfermedades cardiovasculares e incluso de fibrosis quística, una enfermedad considerada terminal). Al respecto pueden consultarse: (i) Elliott, Martin J., et al., "Stem-cell-based, tissue engineered tracheal replacement in a child: a 2-year follow-up study", *The Lancet* 380.9846 (2012): 994-1000; (ii) Macchiarini, Paolo, et al. "Clinical transplantation of a tissue-engineered airway", *The Lancet* 372.9655 (2008): 2023-2030; Körbling, Martin, and Zeev Estrov, "Adult stem cells for tissue repair—a new therapeutic concept?", *New England Journal of Medicine* 349.6 (2003): 570-582; (iii) Kuo, Tom K., et al., "Stem cell therapy for liver disease: parameters governing the success of using bone marrow mesenchymal stem cells", *Gastroenterology* 134.7 (2008): 2111-2121; (iv) Jackson, Kathyjo A., et al., "Regeneration of ischemic cardiac muscle and vascular endothelium by adult stem cells", *Journal of Clinical Investigation* 107.11 (2001): 1395-1402; (v) Wang, Guoshun, et al., "Adult stem cells from bone marrow stroma differentiate into airway epithelial cells: potential therapy for cystic fibrosis", *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* 102.1

En efecto, si se parten de los supuestos establecidos en la Sentencia C-355 de 2006 sobre la vida humana como un bien jurídico que sólo en algunas situaciones extremas puede desprotegerse¹⁹, en todo caso es fácil advertir que en los casos previstos en el aparte demandado ni siquiera es posible adelantar ponderación alguna.

Lo anterior, pues en el caso de la fertilización con fines de investigación se está autorizando la manipulación, daño y eventual destrucción de embriones humanos sin que con ello se protejan o amparen los derechos de alguna persona en específico. Mientras que en el caso de la procreación con fines de diagnóstico o terapéuticos, aunque exista una

(2005): 186-191; (vi) Loi, Roberto, et al., "Limited restoration of cystic fibrosis lung epithelium in vivo with adult bone marrow-derived cells", *American journal of respiratory and critical care medicine* 173.2 (2006): 171; (vii) Watt, F. M., & Hogan, B. L. (2000), "Out of Eden: stem cells and their niches", *Science* 287(5457), 1427-1430; y Körbling, M., & Estrov, Z. (2003); "Adult stem cells for tissue repair—a new therapeutic concept?", *New England Journal of Medicine* 349(6), 570-582.

¹⁸ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, protegió al no-nacido en nombre de la dignidad humana en el caso Vo. Vs. Francia. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso Oliver Brüstle Vs. Greenpeace, por razones éticas y morales excluyó la patentabilidad de embriones humanos, cuando ésta se relaciona con fines industriales y comerciales. Mientras que el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina (también conocido como el "Convenio de Oviedo"), adoptado en el marco del Consejo de Europa, prohíbe expresamente la prohibición de embriones humanos con fines de investigación (artículo 18, numeral 2º). En el mismo sentido, las legislaciones de Brasil, Chile y Perú prohíben la utilización de las técnicas de reproducción asistida con fines diferentes de la procreación humana. Finalmente, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos avaló la fertilización *in vitro* (FIV) en el caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") Vs. Costa Rica (Sentencia del 28 de noviembre de 2012), en todo caso lo hizo bajo la premisa de que "ante un conflicto de derechos, [es] posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción" (párr. 258), dado que entendió que el derecho a la vida no es un derecho absoluto. Así, aunque encontró que la prohibición de la FIV tenía un fin legítimo y conducente, consideró que no era un medio idóneo en tanto que "la restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia" (párr. 274), como efectivamente concluyó que sucedía luego de hacer un test de proporcionalidad.

Aunque esta Jefatura no comparte y, por el contrario, considera manifiestamente insuficientes los argumentos o los razonamientos que en algunos de estos fallos y legislaciones se hicieron para desconocer o restarle valor al estatuto ontológico de los seres humanos no-nacidos, considera oportuno citarlos pues encuentra que allí en todo caso es posible advertir un primer reconocimiento de su dignidad. Reconocimiento que, al mismo tiempo, conlleva el deber de defenderlos y la consecuente prohibición de atentar contra ellos.

¹⁹ "En esta sentencia, la Corte se limitó a señalar las tres hipótesis extremas violatorias de la Constitución, en las que, con la voluntad de la mujer y previo el cumplimiento del requisito pertinente, se produce la interrupción del embarazo" y desde entonces ya no se incurre en el delito de aborto, cuales son: "(i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto" (Sentencia C-355 de 2006, tercer resuelve).



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Procurador General

Concepto 5779

persona específica (el “*ser humano objeto de investigación*”) que podría beneficiarse del uso del embrión humano, este beneficio es incierto y eventual, en contraste con el desconocimiento y la posterior anulación del valor de la vida humana de este último, que serían absolutos, inmediatos y evidentes.

Además, una supuesta posible afectación de los derechos (especialmente del derecho a la salud) del sujeto objeto de la investigación con motivo de prohibir los procedimientos que autoriza el aparte demandado no sería en forma alguna una consecuencia directa de la protección de la vida del *nasciturus*. Lo anterior, en tanto que este es un ser humano completamente independiente y, por el procedimiento artificial mediante el cual fue creado, incluso vive por fuera del vientre de su madre, lo que hace que ya no sean ni siquiera aplicables las consideraciones que hizo la Corte sobre la supuesta afectación de los derechos de ésta última con la penalización absoluta del aborto²⁰.

Y de otra parte, si se tiene como premisa que el no-nacido sí es un ser humano y un sujeto de derechos, pues todavía menos viable y legítimo podría ser analizar si es proporcional o de alguna manera justificado utilizarlo como un objeto de investigación o como un medio para intentar diagnosticar o tratar a otro ser humano.

Sin embargo, aunque a esta conclusión pueda arribarse sin perjuicio de cual sea la postura sobre el estatuto ontológico y la correspondiente situación jurídica del *nasciturus*, en tanto que se desprende del mero reconocimiento de su existencia como un ser humano vivo, esta Jefatura en todo caso debe reiterar, con toda claridad, su profundo desacuerdo con aquella postura según la cual el *nasciturus* no es una persona humana y, por razón de ello, un sujeto de derechos.

²⁰ En efecto, dado que en los supuestos autorizados (o excluidos de sanción penal) por el aparte demandado el embrión humano es creado por fuera del útero materno, su protección en forma alguna podría entenderse como una exigencia o una carga desmedida para su madre, como una especie de “sacrificio” desproporcionado, así como tampoco una restricción de su libertad o una afectación de su salud, en tanto que sencillamente es independiente de ella.



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACIÓN

Procurador General

Concepto 5779

Para la Viceprocuradora General de la Nación en funciones de Procurador General, es evidente que –al margen que le corresponde a la ciencia y no al derecho establecer cuándo inicia la vida humana–, la existencia de procedimientos científicos como la fecundación *in vitro* (además de abundante literatura científica tradicional y reciente²¹), es una prueba fehaciente de que la vida humana no comienza al momento del nacimiento ni tampoco cuando ha pasado determinado tiempo a partir de la concepción, sino precisamente en el momento en que se produce la fecundación²². De lo contrario, simplemente no bastaría con

²¹ Al respecto pueden consultarse los siguientes textos: *The Developing Human: Clinically Oriented Embryology* (9^o ed., Saunders, Filadelfia, 2011), de los Doctores Keith L. Moore, T.V.N. Persaud, y Mark G. Torchia; el artículo *Inicio de la vida*, de Tanya Lobo Prada; “Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral Status of Early Embryos” de Maureen L. Condic, en *Is this cell a Human Being?* (Springer-Verlag Berlin, 2011); “When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective”, de Maureen L. Condic, en *The Westchester Institute For Ethics & the Human Person*, Vol 1, No.1, 2008; “El Origen de la Vida Humana”, de Jerome Lejeune, en *Diario ABC*, Madrid, 1983; y *Los primeros quince días de una vida humana*, de Natalia Lopez Moratalla y María J. Iraburu Elizalde, Ediciones Universidad de Navarra, 2004. Estos últimos citados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso en el caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica, numeral 180.

²² Así lo señalaron incluso algunos de los peritos consultados por la misma Corte Interamericana en el caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, aquí ya tantas veces citado, quienes manifestaron que “*la vida humana inicia en la fusión espermatozoide-óvulo, que es un ‘momento de concepción’ observable*” (párr.182), mientras que el cigoto es “*la primera manifestación corporal del continuo proceso del desarrollo humano*” (párr.183). Consideraciones que también les llevaron, junto con otra parte de la literatura científica, a rechazar “*ideas asociadas al concepto de preembrión*” (párr.184).

Estos conceptos y esa literatura, sin embargo, y sin perjuicio de su autoridad científica, fueron ignorados o desechados por la CIDH por la simple razón de que, en su concepto, podrían estar “*asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones*” (párr. 185) y, por ende, “*no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten*” (párr. 185). Una conclusión que esta Jefatura no puede hacer otra cosa que rechazar por encontrarla ambigua, imprecisa y tendenciosa: la CIDH cuestiona “*algunos*” planteamientos científicos (sin precisar cuáles) y esto porque considera que “*pueden ser asociados*” (sin precisar cómo ni por quién) con “*ciertos atributos metafísicos*” (sin señalar tampoco cuáles). Y con eso se legitima o se faculta para desechar nada más y nada menos que “*un cierto tipo*” (también indefinido) de literatura científica, que es precisamente aquella en donde se presenta la postura que no comparte. Todo lo anterior, bajo la cuestionable razón de que advierte que aceptarla “*implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten*” (párr. 185), como si eso no pudiera pasar, y de hecho pasa, cuando sólo se admite (sin más) la postura contraria.

Ante esta manera de razonar y argumentar, esta Vista Fiscal en todo caso no puede dejar de preguntarse (cuestionamiento que también emerge cuando, para no resolver el problema de cuándo comienza la vida humana, se dice que esta es una cuestión a la que se han dado distintas y contradictorias respuestas, como se sostuvo en la Sentencia C-355 de 2006) lo siguiente: ¿Que existan muchas posturas sobre un mismo asunto hace que todas sean igual de válidas o que ninguna sea cierta? Y para lo específico que aquí nos ocupa: que alguna postura científica sobre el origen de la vida humana pueda estar relacionada con una consideración metafísica, ¿hace de plano descartable esa postura científica y válida y, en cambio, no descartable las posturas científicas distintas que están asociadas a otras concepciones? Sin sustentos

la unión de un espermatozoide y un óvulo para que fuese posible la procreación humana²³.

Y desde una perspectiva jurídica y constitucional, que es aquí la perspectiva pertinente, para esta Jefatura es igualmente claro que el *nasciturus* es una persona humana y, por lo tanto, también sujeto de la dignidad humana y titular de todos los derechos que a esta intrínseca e inherentemente le pertenecen. Esto último, dado que la personalidad es un concepto jurídico y moral que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos reconocen a todo miembro de la especie humana, sin perjuicio de ninguna consideración externa relativa a sus condiciones físicas, su entorno, o la voluntad o las pretensiones de otros (incluyendo sus progenitores).

En este sentido, el Ministerio Público rechaza y encuentra profundamente discutibles e insuficientes los argumentos esgrimidos en la Sentencia C-355 de 2006 en donde, para poner en tela de juicio la condición de persona de *nasciturus*, simplemente adujo que sobre el origen de la vida humana existían diversas respuestas desde las más variadas perspectivas²⁴.

adicionales, y en todo caso sin la debida saturación de los argumentos empleados por la Corte en la C-355 o en lo acabado de citar de la CIDH, su razonamiento es claramente falaz y tendencioso.

²³ Con relación a las posturas que no aceptan esta tesis y señalan para ello “*que el punto de partida del desarrollo del embrión y entonces de su vida humana es su implantación en el útero donde tiene la capacidad de sumar su potencial genético con el potencial materno*” (párr. 183), esta Jefatura considera que aun cuando se trate de una discusión científica, es posible replicar que el hecho de que la implantación en el útero “*faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión*” (párr. 180), no significa que la vida humana no haya comenzado con anterioridad a la fecundación. En este sentido, aun cuando sea cierto que “[*s*]i un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo” (párr. 186), lo mismo puede decirse del caso en que la madre gestante muere o sufre un grave accidente, o del caso en que la madre que acaba de dar a luz abandona a su hijo recién nacido. De otra parte, es relevante señalar que hoy en día incluso es posible que un embrión humano (luego de haber sido producido, examinado e incluso seleccionado) se implante en el útero de una mujer distinta a su madre biológica, y nada impide suponer que en un futuro incluso podría desarrollarse fuera de útero alguno. Posibilidades que ponen en tela de juicio aún más esa afirmación según la cual el embrión no vive, o no es un ser humano, hasta que tiene lugar esa implantación.

²⁴ Dijo expresamente la Corte Constitucional en aquella ocasión: “[*c*]onsidera esta Corporación que determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, sino también en virtud de los diversos criterios expuestos por cada uno de los



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Procurador General

Concepto 5779

De igual forma, reprocha la manera en que la Corte Constitucional, con el propósito de negar que el *nasciturus* fuera sujeto del derecho a la vida y de otros derechos fundamentales, sostuvo una perspectiva netamente positivista restringida al texto literal del artículo 90 del Código Civil (Ley 57 de 1887) —en donde se señala que la existencia legal de la persona comienza con el nacimiento—, así como al primer inciso del artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos —en donde se establece que el derecho a la vida “*estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción*”—, a partir de lo cual concluyó (sin mayor explicación) que la Corte Constitucional podía establecer las situaciones en que las personas no tienen derecho a la vida²⁵.

respectivos especialistas, y cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional en esta decisión”. Sentencia C-355 de 2006. En términos muy semejantes, ya en 1973 la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en la famosa sentencia *Row Vs. Wade*, había dicho: “[n]o necesitamos resolver la difícil pregunta de cuándo comienza la vida. Cuando aquellos entrenados en las respectivas disciplinas de la medicina, la filosofía y la teología son incapaces de llegar a un consenso, la judicatura, en este punto del desarrollo del conocimiento humano, no está en una posición desde la que pueda especular para responder”. Adviértase que mediaron treinta y tres años entre un fallo y el otro, con silencio pleno de la Corte Constitucional respecto de los avances, tan claros y significativos, de las ciencias médicas que ya han dilucidado claramente este asunto. En ese mismo error, más reciente, incurrió la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien que: “*respecto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida*” (Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, párr. 185).

²⁵ Dijo expresamente la Corte: “*la expresión ‘en general’ utilizada por el Convención introduce una importante cualificación en el sentido que la disposición no protege la vida desde el momento de la concepción en un sentido absoluto, porque precisamente el mismo enunciado normativo contempla la posibilidad de que en ciertos eventos excepcionales la ley no proteja la vida desde el momento de la concepción*” (Sentencia C-355 de 2006). Y, partiendo de esta premisa, posteriormente concluyó que “*el artículo 4.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos no puede ser interpretado en el sentido de darle prevalencia absoluta al deber de protección de la vida del nasciturus sobre los restantes derechos, valores y principios consagrados por la Carta de 1991*”.

Sin embargo, debe recordarse que los tratados internacionales, como claramente se dispone en el artículo 31 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, deben ser interpretados “*de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*” (numeral 1°), al mismo tiempo que únicamente se puede dar “*a un término un sentido especial si [así] consta que tal fue la intención de las partes*” (numeral 4°). Reglas a partir de las cuales esta Jefatura comparte que sólo es posible concluir que “*es evidente que el derecho que consagra el antes citado artículo 4.1 consiste en que ‘se respete ... (la) vida’ de su titular. [Es decir, que ese] es el ‘objeto y fin’ de dicha norma, lo que significa que ella fue establecida para que realmente alcanzara lo por ella perseguida y no para que quedara sin contenido*”. Al mismo tiempo que “*para la interpretación del término ‘persona’ hay que atenerse a lo previsto en el artículo 1.2 de la Convención que prescribe: ‘Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano’*” (Voto Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi, CIDH, Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica. Subrayado fuera del texto).

Muy por el contrario, para esta Jefatura es claro que, desde una perspectiva jurídica auténticamente humanista, el derecho positivo no es la fuente última o única de los derechos humanos fundamentales y que, por el contrario, la dignidad de las personas y la existencia y exigibilidad de sus derechos básicos es absolutamente independiente del consenso o la voluntad del legislador o el juez de turno.

En este sentido, esta Vista Fiscal comparte plenamente lo dicho por la propia Corte Constitucional en la Sentencia C-013 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), en el sentido de que “[e]l artículo 1° de la Constitución señala el respeto a la dignidad humana como uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho que estructura” y que por ende:

“[E]s claro que esa dignidad, que concibe al ser humano -valioso en sí mismo- como objetivo primordial del orden jurídico, sería lastimada de fondo si la legislación ignorara o dejara impunes los crímenes cometidos contra él en cualquiera de las etapas de su ciclo vital [...y del artículo 5° Superior]se deriva sin duda la obligación del legislador -dentro de la autonomía ya subrayada- de establecer los mecanismos adecuados para la efectiva protección de la vida humana -en especial la de los niños y la de los que están por nacer-, así como para la prevención y sanción de las infracciones que contra ella se intenten o perpetren” (subrayado en el texto original).

Una conclusión a la que también puede arribarse acudiendo a las mismas normas positivas, en tanto que, como bien lo destaca la accionante, en la misma Constitución, la Convención Americana de Derechos Humanos e, incluso, en el Código Civil (por citar solo los estatutos mencionados la Corte Constitucional en la Sentencia C-355 de 2006), se reconoce: (i) que “*persona es todo ser humano*” (Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1°, numeral 2°²⁶), (ii) que la

²⁶ Con relación a esta norma, además de lo que aquí ya se ha dicho, esta Jefatura debe cuestionar la poca o casi nula referencia que de la misma hizo la CIDH en el Caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, en donde, por el contrario, el análisis se centró en los derechos que en ese proceso se invocaban como vulnerados, así como en el artículo 4.1., sobre el cual simplemente se dijo que “*la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la ‘concepción’ y al ‘ser humano’, términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica*” (párr. 176), para posteriormente



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Procurador General

Concepto 5779

persona tiene derechos “*inherentes*” e “*inalienables*” (artículos 5° y 94 constitucionales²⁷); (iii) que, por lo tanto, estos no son determinados o asignados por la ley positiva; y (iv) que, antes bien, su mera existencia exige a la Ley su protección, impone a las autoridades adoptar todas las medidas necesarias en procura de su salvaguarda y, correlativamente, implica para todas las personas la prohibición de atentar contra ella (artículo 91 del Código Civil²⁸ y artículo 53 del Código General del Proceso²⁹).

Así, las consideraciones aducidas en la Sentencia C-355 de 2006 para relativizar el valor y, posteriormente, negar los derechos del no-nacido como resultado de una “ponderación” (advíertase el entrecomillado³⁰)

aducir que “[l]a expresión ‘*toda persona*’ es utilizada en numerosos artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana [y que al] analizar todos estos artículos no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos” y que “que el objeto directo de protección es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador” (párr. 222). Todo esto con el solo propósito de, finalmente, concluir que “la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión” (párr. 223). Para la Viceprocuradora General de la Nación con funciones de Procurador General, esta es una interpretación sencillamente sofisticada, en tanto que, se reitera, es claro que la Convención Americana de Derechos Humanos no solo estableció, como regla especial, que persona es todo ser humano, sino que también precisó que toda persona humana (y no su madre) estaba protegida desde la concepción.

²⁷ Constitución Política de Colombia, Artículo 5. “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”; Artículo 94. “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos” (subrayado fuera del texto).

²⁸ Código Civil, Artículo 91, “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá”. Se destaca que esta norma fue declarada exequible en la Sentencia C-591 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía) y que además fue utilizada recientemente por la misma Corte en la Sentencia T-990 de 2010 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), en donde se dijo, con fundamento en la misma, que “cualquier juez, atendiendo la prevalencia de los derechos de los niños, en especial del no nacido, [puede] tomar las medidas que le parezcan efectivas para su protección, inclusive sobre la madre gestante al considerarla como una de las primeras personas llamadas a hacer efectivos los mismos” (subrayado fuera del texto).

²⁹ Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), Artículo 53. “Podrán ser parte en un proceso: [...] 3. El concebido, para la defensa de sus derechos”. Aunque este artículo es posterior a la Sentencia C-355 de 2006, esta Jefatura considera pertinente citarlo en tanto que advierte que el mismo sigue la misma lógica de las normas anteriores pero, además, demuestra que incluso con posterioridad a la misma el Legislador ha continuado queriendo reconocer al ser humano no-nacido como *sujeto de derechos* a partir del momento de su concepción y no solamente desde el momento de su nacimiento.

³⁰ Al respecto puede verse tanto la explicación de la ponderación de principios, como método de interpretación, esbozada por R. Alexy (*El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994) como las críticas a la ponderación de derechos, en tanto resultado de una visión conflictivista del derecho, hechas por autores como J. Cianciardo (*El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Eunsa, 2000) y Fernando M. Toller (*Resolución de los conflictos entre derechos fundamentales*, México,



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACIÓN

Procurador General

5 7 7 9

Concepto

con los derechos de la madre gestante en determinadas circunstancias³¹, carecen de los fundamentos fácticos, científicos y lógicos que permitan desvirtuar el reconocimiento previo que la Corte Constitucional había hecho sobre el momento desde el cual comienza la vida humana y la correspondiente existencia de sus derechos. Pero además desconocen la noción originaria en que se fundamenta toda la teoría y el reconocimiento de los derechos humanos, al mismo tiempo que interpreta indebidamente –o ni siquiera considera– numerosas normas en donde, de manera innegable, explícitamente se reconocen los derechos de todos los seres o miembros de la familia humana³², incluyendo al no nacido³³, comenzando necesariamente con su derecho a la vida³⁴.

Ed. Porrua y Universidad Nacional Autónoma de México, Coordinador Eduardo Ferrer Mac-Gregor, páginas 1246 a 1284). Siendo ésta última la postura que, precisamente, ha adoptado esta Jefatura en diferentes ocasiones, toda vez que entiende que la visión conflictivista “*confunde las normas con los derechos y, de otra, comprende los derechos fundamentales desde una perspectiva que, en realidad, resulta contraria a la dignidad humana*”, en tanto que “*no puede afirmarse válidamente que el ejercicio de un derecho fundamental pueda suponer, correlativamente, la afectación de otro. En ese orden de ideas, en aquellos eventos en los cuales se estima que el ejercicio de un ‘supuesto’ derecho afecta gravemente otro principio constitucional, en realidad, no existe tal ejercicio o desarrollo de un derecho fundamental sino un mero acto injustificado que aparenta ser un derecho fundamental. Esto es así porque el ejercicio de algo justo y bueno –como un derecho fundamental que se deriva de la dignidad humana– no puede tener como correlato una injusticia*” (cfr. Conceptos 5557 de 2013, relativo al Expediente D-9499; 5653 de 2013, relativo a los Expedientes D-9830 y D-9841; y 5575 de 2013, relativo al Expediente D-9590; y 5742 de 2014, relativo al expediente D-9819; entre muchos otros).

³¹ Se trató en aquella ocasión, por lo tanto, de una ponderación entre “*la potencia o la esperanza de vida*” (Sentencia C-355 de 2006) del no-nacido, y los derechos fundamentales de la mujer a la vida, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante. Lo que claramente es una ponderación de cosas distintas con un resultado predecible o, lo que es lo mismo, de una ponderación tan solo aparente. Y cuyo resultado además fue permitir la anulación completa de uno los dos extremos de la ponderación (la vida del no-nacido) en favor de la no-restricción o mera expectativa de garantía del otro extremo (los derechos de la mujer gestante que se persiguen proteger por medio de un aborto), lo que sencillamente no tiene nada de ponderado, como en su momento lo concluyeron los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Gerardo Monroy Cabra en su respectivo salvamento de voto.

³² Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo: “*Los Estados Partes en la presente Convención, Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*” (subrayado fuera del texto).

³³ Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 1º: “*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*”. Preámbulo: “*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*” (subrayado fuera del texto).

³⁴ Sin perjuicio de lo anterior, esta Vista Fiscal considera que debe llamar enfáticamente la atención sobre el hecho de que tanto la Corte Constitucional (en la Sentencia C-355 de 2006), como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en el caso aquí ya tantas veces citado), si bien pusieron en duda la condición de persona y, en consecuencia, el carácter de titular de derechos del no-nacido, ninguna de las dos llegó a concluir, de manera categórica, que el no-nacido fuera persona. Por el contrario, sin poner fin

Por esta razón, aun cuando ello no sea necesario o imprescindible para poder advertir la inconstitucionalidad de la norma demandada —por exceder el límite de libertad de configuración en materia penal, al desproteger absolutamente la vida humana en determinadas circunstancias y permitir un tratamiento de ella que es completamente contrario a la dignidad que le es propia—, esta Vista Fiscal considera que el necesario y debido reconocimiento del no-nacido como ser humano, persona humana y sujeto de derechos —que, con toda razón, exige la accionante— refuerza todavía más esta conclusión.

En otras palabras, esta Jefatura advierte que reconocerle al no-nacido la condición de persona efectivamente permite entender por qué permitir la fabricación o producción de seres humanos para la investigación científica o para su uso terapéutico en favor de otros, implica otorgarles un trato cruel, inhumano y degradante que está constitucionalmente prohibido (artículo 11 Superior). Al mismo tiempo que supone una desproporcionada e irrazonable discriminación respecto de otros seres humanos que hayan sido procreados naturalmente o con asistencia científica (artículo 42), atendiendo a su origen (o, mejor, al deseo que antecede a su origen), y una manera abiertamente injusta de aprovecharse de su condición de indefensión (artículo 13 Superior), como se explicará a continuación.

3.3. Violación de los derechos, principios y reglas constitucionales invocados

Como también se dijo en la Sentencia C-013 de 1997, para esta Vista Fiscal también es claro que

a la discusión sobre su estatuto ontológico y jurídico, una y otra Corporación en todo caso consideraron que era procedente efectuar una “ponderación” entre la vida del no-nacido y los derechos fundamentales de los otros, a partir de la cual se permitieron relativizar la protección del no-nacido.

“El derecho a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Constitución, aparece como el primero y más importante de los derechos fundamentales y tiene, según el texto de la norma, el carácter de inviolable. La disposición no establece excepciones respecto de su amparo.”

*Se trata, sin duda, de un derecho inalienable de todo ser humano, garantizado además con claridad en los pactos internacionales de derechos, que prevalecen en el orden interno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución. El 94, por su parte, declara sin rodeos que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Carta y en los convenios internacionales no debe entenderse como negación de otros -la intangibilidad de la vida del **nasciturus**, por ejemplo- que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.*

En este sentido, como se ha reconocido en múltiples ocasiones tanto por esa Corporación³⁵ como también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Jefatura es indudable que el derecho a la vida es la base y el sustrato necesario e imprescindible para la existencia de todos los derechos humanos³⁶, de donde resulta que su violación implica también la anulación de todos ellos.

Atendiendo a lo anterior, reconociendo en la vida del no-nacido no solo un bien jurídico protegido sino, también, el primer derecho que a él le es inherente en tanto ser humano, es evidente que el aparte demandado vulnera ese derecho que la Constitución llama y defiende como “*inviolable*”, perteneciente a *todos* (como antagonismo de “*nadie*”, que es el vocablo que utiliza la norma constitucional) los seres humanos (artículo 11 Superior), al permitir que se fecunden óvulos humanos y, así, que se generen seres humanos para posteriormente ser tratados como objetos o medios para otros fines ajenos e, incluso, contrarios a su propia existencia.

³⁵ “El derecho a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Constitución, aparece como el primero y más importante de los derechos fundamentales y tiene, según el texto de la norma, el carácter de inviolable. La disposición no establece excepciones respecto de su amparo”. Sentencia C-013 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo). Ver también Sentencia T 719 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), entre muchas otras.

³⁶ Cfr. Sentencia Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144, y Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, párr. 186.

Esta utilización –o para utilizar los verbos rectores del tipo penal *sub examine*–, esta fecundación y tráfico de embriones humanos, sin duda es el resultado del injusto e insostenible desconocimiento de esa personalidad jurídica que la Constitución le reconoce y ordena reconocerle a toda “*persona*” humana (artículo 14 Superior). Al mismo tiempo que es una violación directa de la prohibición expresa que la Norma Superior hace de “*la esclavitud, servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas*”³⁷, lo que esta Jefatura necesariamente entiende que incluye la fabricación de seres humanos con el exclusivo propósito de investigarlos —lo que incluso hoy algunos cuestionan que se haga con seres animales—, o para posteriormente utilizarlos como medicamentos en lugar de como seres dignos, únicos e irrepetibles que, en sus primeras etapas de vida son también sujetos de especial protección y titulares de derechos prevalentes (sobre todo en lo que respecta a su salud y su vida³⁸), en atención a su estado de necesidad e indefensión (artículo 44 Superior).

De otra parte, la autorización que la norma parcialmente demandada hace al excluir de la protección penal a los embriones humanos que sean utilizados con los dos propósitos aquí ya mencionados, los excluye también de la protección que el Legislador ya concedió (y que incluso la Corte Constitucional ya avaló³⁹) a los demás seres humanos no-nacidos a través de los tipos penales de aborto, aborto sin consentimiento,

³⁷ Al respecto dijo la Corte Constitucional en la Sentencia C-148 de 2005: “*No hay duda alguna que los crímenes iuris gentium de genocidio y tortura han sido reprochados severamente tanto por la comunidad internacional como por la normatividad interna, al ser estimados como unas conductas ignominiosas y atentatorias contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, por tal razón el mundo civilizado ha consagrado instituciones y legislaciones para enervar dicho proceder antisocial, con el norte de castigar a quienes cometan tales ilícitos que atentan contra la convivencia pacífica y el orden justo que debe caracterizar el conglomerado social*”. Y como ejemplo de esto último, allí se citaron la Ley 28 de 1959, que incorporó al ordenamiento jurídico nacional la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes aprobada mediante la Ley 70 de 1986 y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, incorporada a la legislación interna a través de la Ley 409 de 1997, entre otras. Sobre este tema también puede verse la Sentencia T-1078 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁸ Cfr. Sentencia T-206 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³⁹ Cfr. Sentencia C-355 de 2006.





**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Procurador General

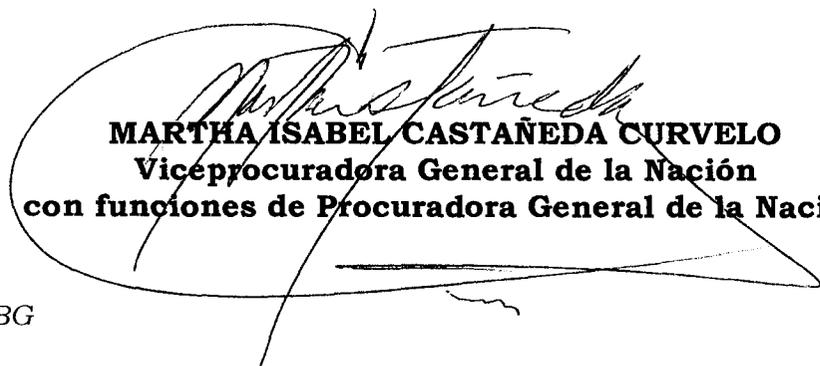
Concepto 5779

Bioéticos en la intervención presentada dentro del presente proceso, esta es una ocasión pertinente para que la Corte exhorte al Congreso de la República para que, a través de una Ley Estatutaria, regule de manera sistemática e integral todo lo relativo a la fertilización artificial o a la concepción humana asistida, dado que se trata de una materia esencial que guarda una intrínseca relación no solo con la sexualidad humana y la paternidad sino, también, con el derecho fundamental a la vida.

4. Conclusión

En virtud de lo expuesto, el Jefe del Ministerio Público le solicita a la Corte Constitucional declarar INEXEQUIBLE la expresión "*sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación*", contenida en el artículo 134 Superior. En segundo lugar, respetuosamente le solicita EXHORTAR al Congreso de la República para que, a través de una Ley Estatutaria, regule de manera sistemática e integral todo lo relativo a la fertilización artificial o a la concepción humana asistida.

De los Señores Magistrados,


MARTHA ISABEL CASTAÑEDA CURVELO
Viceprocuradora General de la Nación
con funciones de Procuradora General de la Nación

GMR/ABG