



Bogotá, D.C., 10 FEB 2016

Señores,

MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

E. S. D.

REF: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 90 parcial del Código Civil.

Demandantes: Alexander López Quiroz y Marco Fidel Martínez.

Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

Expediente D-11058.

Concepto 006057

Según lo dispuesto en los artículos 242, numeral 2°, y 278, numeral 3°, de la Constitución Política, rindo concepto en relación con la demanda instaurada por los ciudadanos Alexander López Quiroz y Marco Fidel Martínez quienes, en ejercicio de la acción pública prevista en los artículos 40, numeral 6° y 242, numeral 1° superiores, solicitan que se declare la inexecutable parcial del artículo 90 del Código Civil, cuyo texto se transcribe a continuación (se subraya lo demandado):

"CODIGO CIVIL

Sancionado el 26 de mayo de 1873

[...]

ARTICULO 90. **EXISTENCIA LEGAL DE LAS PERSONAS.** La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

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

1. Planteamiento de la demanda y auto admisorio

Los accionantes estiman que la expresión "principia al nacer", contenida en el artículo 90 del Código Civil, es inexecutable por inconstitucionalidad e inconveniencia, al contradecir los mandatos contenidos en los artículos 11 y 241, numeral 4°, de la Constitución Política; así como el

preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 6° del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el numeral 1° del artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin embargo, a través de Auto del 25 de noviembre de 2015 la entonces Magistrada Sustanciadora (M.P. Gloria Stelia Ortiz Delgado) rechazó los siguientes cargos, que ya antes habían sido inadmitidos a través de proveído del 30 de octubre de 2015:

(i) Que la norma demanda implica una vulneración del preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y del artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Cargo rechazado por falta de suficiencia y especificidad, ya que los accionantes los señalan como transgredidos y los transcriben pero, según se concluyó, no presentaron argumentos concretos al respecto;

(ii) Que el hecho de que se entienda que la vida exista desde el nacimiento y no desde la concepción, permite que la persona humana sea tratada como un objeto, en contra de su dignidad. Lo anterior, en tanto que de acuerdo con lo dicho el mencionado auto por la Corte Constitucional, este cargo

"[c]arece de certeza, especificidad y suficiencia. [Pues los] demandantes no explican cómo la falta de reconocimiento de la persona legal antes de su nacimiento se traduce en un trato como objeto, cuál es ese trato, y cómo ese trato es inconstitucional, por lo tanto, el cargo es abstracto y carece de especificidad. Igualmente, indican que la inexistencia de la persona legal antes del nacimiento implica que la vida no inicia con la concepción. Dicha aseveración es incierta e insuficiente. El aparte demandado no se pronuncia de forma alguno sobre el comienzo de la vida, lo que indica es el momento en que se determina la existencia de la persona legal, no la persona humana, por lo tanto el cargo es incierto. De otra parte, no aporta los elementos de juicio suficientes para generar una duda sobre la vulneración concreta a la Constitución".

(iii) Que la norma demandada hace que la declaratoria de exequibilidad de tratados sobre derechos de tercera generación pierden su efecto útil, en tanto las generaciones futuras, al no ser personas, no tendrían derechos ni relevancia jurídica alguna. Cargo que fue juzgado como carente de claridad, especificidad, certeza y suficiencia al entenderse que no tenía un hilo conductor que permitiera demostrar cuál es la relación con el artículo demandando y con la señalada vulneración del artículo 11 constitucional.

(iv) Que con la norma demandada se desconoce al precedente sentado en la Sentencia C-133 de 1994, en la cual se afirmó que *“la defensa de la vida se inicia con la concepción”*, cargo que se sostuvo que no cumple con los requisitos de certeza, especificidad y suficiencia, ya que al alegar que la vida inicia con la concepción no se tiene en cuenta que la propia Corte resolvió en la Sentencia C-591 de 1994 que *“la existencia legal de la persona comenzaba con el nacimiento, mientras que la vida comienza con la concepción”*.

Así, los cargos contra el artículo 90 del Código Civil que, en cambio, si fueron admitidos, señalan una vulneración del artículo 93 de la Constitución Política (sobre el bloque de constitucionalidad) y del artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (sobre la vida), y serán resumidos a continuación.

En primer lugar, señalan los accionantes que el artículo 4° de Convención Americana sobre Derechos Humanos, que hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto por virtud de lo dispuesto en artículo 93 superior, dispone que la existencia legal de toda persona inicia con la concepción, mientras que el artículo 90 del Código Civil establece que la existencia legal *principia al nacer*, *“da[ndo] a entender que la concepción no es signo de vida humana [...] lo que la constituye en una norma menos garantista que la del pacto”*.



Concepto 006057

En este sentido, sostienen que desde el momento de la concepción se es persona, esto es, individuo de la especie humana, tal y como se describe el artículo 74 del Código Civil, lo que también indica la existencia de un sujeto de protección o un sujeto de derechos, para quien resulta indispensable el reconocimiento de su personalidad jurídica.

Finalmente, pero también en consideración a lo expuesto, los actores solicitan dar aplicación al Control de Convencionalidad, para lo cual refieren lo dicho por la propia Corte Constitucional en las sentencias C-301 de 93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-019 de 1993 (M.P. Ciro Angarita Barón), T-447 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-251 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-291 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), C-750 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-442 de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y SU-712 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Y, al respecto, en el mencionado Auto del 30 de octubre de 2015 se admitió el cargo de inconstitucionalidad de acuerdo con el cual “[l]a determinación de la existencia legal de la persona desde el nacimiento vulnera la protección específica del derecho a la vida desde la concepción de la Convención Americana (Art. 4) que hace parte del bloque de constitucionalidad de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución”, aun a pesar de que ya existe un pronunciamiento al respecto, como es la Sentencia C-591 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía), pues se consideró que no existe cosa juzgada constitucional, en tanto, a pesar de que de que existe una identidad de cargos, “el fundamento de la violación alegada es diferente. [Toda vez que en] la demanda que conoció la Corte en la **Sentencia C-591 de 1995** se planteaba una vulneración a la Constitución de Colombia por desconocer diferentes artículos que planteaban el principio de la existencia desde la concepción [mientras que en] la presente demanda se argumenta que la violación le da en razón a la protección específica establecida en por [sic] el artículo 4 de la Convención Americana, que

protege la vida desde la concepción, y tiene un carácter supra legal
(negritas en el texto original).

2. Problema jurídico

De conformidad con los cargos aquí resumidos, se deben resolver si a la luz del artículo 4° del Pacto de San José de Costa Rica, es inexecutable el artículo 90 del Código Civil cuando establece que la existencia legal de toda persona *principia al nacer*.

3. Análisis constitucional

La estructura del análisis constitucional que se realizará en este concepto será la que se describe a continuación.

En primer lugar se hará una descripción del cargo de inconstitucionalidad, haciendo énfasis en la necesidad de tener en cuenta los artículos 4.1 y 1.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Después de ello se precisará el contenido y alcance de la norma demandada. Posteriormente, se estudiará el contenido y alcance del artículo 4.1. en conexidad con el artículo 1.2. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como cuarto punto se hará mención a la sentencia del Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación *in vitro*") contra Costa Rica, puesto que ésta fue usada como un referente importante en el debate generado a partir de la demanda. Luego, se hará una breve referencia a los parámetros exigidos por la jurisprudencia constitucional para que sentencias de la Corte Interamericana contra otros Estados deban ser usadas como referente por los jueces colombianos.

Finalmente, se concluirá haciendo hincapié en el hecho de que, a la luz de la Constitución Política, interpretada a la luz de la Convención Americana (artículos 4 y 2), se debe concluir la inexecutable del artículo 90 del



Concepto 006057

Código Civil, ya sea que se aplique el tenor literal de las normas convencionales o la interpretación fuertemente cuestionada que hizo de ellas la Corte Interamericana en la resolución del caso contencioso mencionado.

3.1. El cargo de inconstitucionalidad

El jefe del ministerio público considera, al igual que en su momento se sostuvo en el auto admisorio de la demanda, respecto del artículo 90 del Código Civil existe cosa juzgada constitucional relativa en razón a que efectivamente la constitucionalidad de la norma fue anteriormente estudiada pero aún es posible analizarla a partir de cargos no considerados en la sentencia proferida con anterioridad.

Así, mientras que en el Expediente D-11058, actualmente en curso se aduce un cargo de inconvencionalidad fundamentado en la violación del artículo 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Pacto de San José de Costa Rica), en la sentencia C-591 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía), se valuó la exequibilidad de la norma únicamente respecto de los artículos 1, 2, 5, 11, 12, 13, 14 y 94 de la Constitución Política, basando su decisión de declarar la constitucionalidad del artículo 90 y otros del Código Civil en el hecho de que no existe ninguna norma constitucional de la cual pueda concluirse que la existencia legal de la persona principie al momento de la concepción, y que el artículo 42 constitucional se refiere a la regulación del estado civil de las personas que han nacido, permitiendo que los derechos del no nacido se encuentren suspendidos. Finalmente, la Corte adujo en esa sentencia que escapa de su competencia, por ser un asunto legislativo, declarar que la existencia legal de toda persona principia en el momento de la concepción.

De esta manera, a diferencia de la anterior la presente demanda busca comparar el contenido del artículo 90 con lo preceptuado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto al momento en el cual el

Estado colombiano está obligado a reconocer la personalidad jurídica de un ser humano¹.

Y esta solicitud apela a que en el contexto de derecho contemporáneo existe una importante intersección entre el derecho constitucional y el derecho internacional, en punto a la protección de los derechos humanos y fundamentales, la cual encuentra su ámbito de mayor convergencia en el control de convencionalidad, que se produce cuando los tratados internacionales se convierten en un parámetro para el control de constitucionalidad en la esfera jurisdiccional interna.

En esta misma línea, es importante destacar que un adecuado control de constitucionalidad requiere la confrontación de la norma demandada con todo el parámetro de constitucionalidad que, para el caso concreto, implica necesariamente la integración con normas de la Convención Americana. En otras palabras, para decirlo con mayor claridad, el accionante ha formulado su cargo con base en el artículo 4.2 de la Convención, pero esta vista fiscal considera fundamental que en el examen de constitucionalidad la Corte tenga presente también el artículo 1.2. convencional. Precisión y solicitud que se hace con fundamento en el hecho de que el artículo 1° de la Convención Americana, además de contener los deberes generales del Estado (art. 1.1), en su segundo inciso establece que *"para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano"*. Luego, como puede apreciarse con claridad, es necesario que todo el texto de la Convención se interprete a la luz del artículo 1°, en estos dos incisos.

Además, siguiendo las reglas negativas de interpretación de la Convención previstas en su artículo 29, literal a), este instrumento no puede interpretarse en el sentido de *"permitir a alguno de los Estados Partes, grupo*

¹ Por lo tanto, esta vista fiscal coincide con la magistrada sustanciadora al admitir la demanda por encontrar que en el presente caso no se configura una cosa juzgada absoluta que impida un nuevo pronunciamiento de fondo de la Corte Constitucional.



Concepto 006057

o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

Por lo anterior, entonces, esta vista fiscal utilizará en el análisis de constitucionalidad de la norma demandada no sólo el artículo 4.2 de la Convención Americana sino, también, el artículo 1.2, el cual resulta esencial para determinar el verdadero alcance y propósito de la norma convencional, tal y como se demostrará más adelante.

Finalmente, es necesario precisar también desde este mismo momento que la utilización de la Convención Americana como parámetro de convencionalidad tiene asidero no sólo en el cargo formulado en esta demanda, sino también en atención al mandato constitucional contenido en el artículo 93 superior, el cual dispone que *"los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"*.

3.2. El contenido y el alcance de la norma demandada

El artículo 90 del estatuto civil preceptúa que la personalidad legal inicia en el momento del nacimiento, definido éste como aquel momento en el cual el niño se separa completamente de su madre. Y, como consecuencia de esto, allí se establece que si no sucede el nacimiento entonces se reputará que la criatura no existió jamás. Mientras que en los artículos subsiguientes (91, 92 y 93) del mismo Código, se establece que la ley protege la vida del que está por nacer; se consigna la legitimación de oficio y popular para solicitar al juez que adopte las medidas que sean convenientes para proteger su existencia; se adopta una presunción de derecho sobre el momento de la concepción; y, finalmente, se ordena que *"los derechos que se diferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos*

derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defunrieron [...]. En el caso del inciso del artículo 90 pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”.

Categorizando lo anterior, se tiene entonces que la intención del Código Civil fue (i) establecer una protección legal al no nacido propendiendo porque su vida continúe desarrollándose y (ii) someter su existencia a una condición suspensiva, de acuerdo con la cual si nace se entiende que existió desde que estaba dentro del vientre materno —para lo cual presume el momento de la concepción—, pero si no nace se predica que nunca existió.

Analizando esto, por lo tanto, podría entenderse que por más de que el artículo 90 del Código Civil tal vez solo se haya preocupado por regular aspectos patrimoniales y no de la condición humana, allí se reconoce la existencia del *nasciturus* pero, al mismo tiempo, se le trata como si no existiera, puesto que efectivamente se afirma que tiene derechos (suspendidos) pero también se dice que no existe como persona, aun cuando en realidad la existencia de la personas es el requisito lógico indispensable para que ésta pueda ser titular de algún derecho y, al mismo tiempo, para que pueda existir alguna regulación jurídica sobre ella².

En síntesis, aunque el artículo 90 del Código Civil establece que se es persona desde el nacimiento, una interpretación sistemática de este cuerpo normativo lleva a concluir que lo anterior no implica (ni era la intención del legislador) una negación de la existencia de vida humana antes del nacimiento pues, por el contrario para el caso en que haya nacimiento,

² Así, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 63 de la Ley 1302 de 2009, que derogó el artículo 433 del Código Civil, se puede asignar un curador testamentario al que está por nacer, de tal forma que cuenta con una asignación testamentaria sometida a condición, lo que implica que se pueden tomar medidas para garantizarle los bienes y repartir el resto mientras nace el niño, y de igual forma, si no llega a nacer los bienes reservados se reparten entre los otros herederos; si nace y continúa viviendo efectivamente hereda; y, si nace y muere inmediatamente, hereda y posteriormente se aplican nuevamente las reglas de los órdenes hereditarios.

protege ciertos derechos patrimoniales que consideraba que estaban suspendidos, que no inexistentes.

3.3. El contenido y alcance del artículo 4.1., interpretado en conexidad con el artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Debe comenzarse resaltando que, como bien lo afirman los accionantes, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al reunir los elementos señalados en el artículo 93 constitucional, hace parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido y, por lo tanto, efectivamente es parámetro de constitucionalidad a la hora de decir sobre la exequibilidad de normas infraconstitucionales³. Por lo tanto, para el caso concreto se tendrá en consideración específicamente lo dispuesto en los artículos 4.1. y 1.2. de la Convención, frente a los cuales se comparará el texto del artículo 90 del Código Civil, demandado.

Pues bien, en lo que se refiere específicamente al alcance normativo del artículo 4° de la CADH que hace parte integrante de la Constitución Política⁴ y que el actor invoca como vulnerado por la norma demandada, éste establece expresamente que *"toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente"*. Y, como se anunció, en concepto de esta jefatura el artículo 4.1. debe ser interpretada sistemáticamente junto con el artículo numeral 2° del artículo 1° de la misma Convención, de acuerdo con el cual *"para los*

³ Cfr., *verbi gratia*, las Sentencias C-123-06, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-300 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo

⁴ En efecto, en la Constitución Política de Colombia se optó por incluir una cláusula de reenvío hacia un conjunto de tratados internacionales que se considera que forman parte integrante de la misma constitución, lo que se ha denominado como el bloque de constitucionalidad, definido por la Corte Constitucional como: *"aquella unidad jurídica compuesta por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución"* (Corte Constitucional. Sentencia C-067 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

efectos de esta Convención, *persona es todo ser humano*" (negritas fuera del texto original).

En efecto, de acuerdo con las dos normas referidas se tiene que los seres humanos, todos los seres humanos, para quienes corresponde y allí expresamente se utiliza la categoría jurídica de *persona*, tienen derecho a que su vida sea protegida, por regla general a partir de la concepción, y al mismo tiempo está prohibido privarlos arbitrariamente de ella.

Por lo tanto, para esta jefatura es más que claro que, en los términos de la Convención, se debe entender que la vida humana, esto es, la vida del ser humano, se equipara con la existencia de la personalidad jurídica, mientras que el derecho a la vida se tiene por regla general desde la concepción, objetivo que necesariamente se fundamenta en un hecho biológico, fáctico y científicamente comprobable, como es la existencia humana, y que reconoce y sugiere que éste, por su dignidad propia o de su propia naturaleza (esto es, ser miembro de la especie humana,, es un fin en sí mismo. Lo que significa, en consecuencia, que el ser humano es un sujeto de derechos, siendo éste el fundamento o la razón de donde resulta que su vida sea inviolable.

Y es que cuando se trata de los derechos humanos, se hace indispensable reflexionar, aunque sea brevemente, sobre el significado de las dos palabras que los componen, es decir, los *derechos* y los *humanos*. En primer lugar, cuando se piensa en el término *humano* surgen ideas como las de identidad, valor intrínseco, entidad que se relaciona, individuo humano, miembro de la especie humana y sujeto de derechos. Mientras que cuando se hace referencia a los *derechos* se hace alusión a unos bienes o atributos que son propios o le son debidos a un sujeto y, si son humanos, entonces esos derechos existen justamente en razón de la humanidad del sujeto que los ostenta.



Concepto 005057

Lo anterior pues, como es bien sabido, la persona humana está dotada de dignidad en igualdad de condiciones a las otros seres humanos y, en consecuencia, es portadora de unos derechos, de unos bienes básicos, que le son suyos, propios, y sobre los que no tiene competencia ni siquiera el Estado.

Sin embargo, el concepto de *persona jurídica* o *persona moral*, un concepto metafísico, sirve también a los ordenamientos jurídicos para tutelar los derechos de las personas y, por tanto, es una forma de introducir a las personas al mundo jurídico, que es aquel en donde se predicán los derechos y las obligaciones de los sujetos a quienes se regula. Y es así como, de forma sencilla pero categórica, se podría considerar que la noción jurídica de persona conlleva unas implicaciones prácticamente obvias, como son el existir para el derecho, el ser titular de derechos y obligaciones, y el tener la capacidad para ejercitar esos derechos y obligaciones. De donde es forzoso concluir, por ende, que la persona es la base de cualquier juridicidad en tanto los derechos, las cosas y las obligaciones necesariamente se le atribuyen a alguien y, así, sin personas no habrían títulos jurídicos atribuibles en una relación jurídica.

En atención a lo expuesto, ha de entenderse que si el hecho de ser un ser humano conlleva ciertos atributos que le son propios a esa condición humana, entonces la persona humana necesariamente implica la existencia de su dimensión jurídica, convirtiéndose en una obligación del derecho el reconocimiento de la existencia de la persona, en quien se fundamenta la existencia del universo jurídico. Y llevando esta lógica específicamente a la condición del ser humano por nacer, quien científicamente que se puede constatar que pertenece a la misma especie de quienes provino, es decir, a la especie humana (aun cuando siga diferentes etapas de desarrollo y no siempre tenga forma o apariencia humana), se tiene que, siendo por ello persona humana, entonces deber ser reconocido por el derecho como persona jurídica, puesto que no puede existir un ser intrínsecamente

humano que no sea individualmente una persona o que, siéndolo, no sea reconocida jurídicamente como tal.

De acuerdo con lo anterior, entonces, la inviolabilidad de la vida radica principalmente en el hecho de que ésta es la base de los otros derechos y, al mismo tiempo, en que su transgresión, además de ser irreversible, hace que desaparezca el sujeto titular de los derechos y, así, el fundamento y objeto de cualquier otro derecho. Y en este sentido, la protección que se otorga a la vida debería ser absoluta⁵, en tanto no admite ponderación alguna, porque respecto a cada individuo en particular lo cierto es que o se protege la vida en su totalidad o se suprime definitivamente, sin que sea posible optimizarla cediendo en algo respecto a otros derechos. En pocas palabras, no se puede tener ningún derecho cuando no se tiene o, peor, se ha sido despojado del derecho a la vida.

De esta forma y en concordancia con otras normas del Pacto de San José como es el caso del artículo específico de los artículos 1.2. y 4.1., es forzoso concluir que el *nasciturus* o el ser humano pertenece a la especie humana —verdad científica y biológicamente incontestable— y, por tanto, debe reconocerse como persona en términos jurídicos —esto es, titular de derechos y, por supuesto, de aquellos derechos denominados humanos— de donde ha de entenderse que su vida se protege o debe proteger al igual que la de la madre gestante⁶, en tanto que:

"El mandato de proteger la vida desde la concepción se basa en el entendido de que el derecho a la vida ya existe al momento de la concepción, pues de otro modo no habría nada que proteger en dicho instante. Además, debe recordarse

⁵ De hecho, no debe olvidarse que el artículo 11 constitucional señala expresamente que "*el derecho a la vida es inviolable*", de donde ha de entenderse, a la luz de las normas aquí invocadas y analizadas de la CADH, que el derecho a la vida de *toda persona*, es decir de *todo ser humano*, es inviolable, y lo es, en general, desde la concepción.

⁶ En efecto, como bien lo expuso la Alliance Defense Fund, Centre for Legal Studies at C-FAM y Americans United for Life, en su escrito de *Amicus Curiae*, presentado dentro del Caso 12.363 de Gretel Araya Marillo y otros contra el Estado de Costa Rica, y que esta Jefatura comparte plenamente: "*[u]na norma es la establecida en el artículo 4.5, que prohíbe la aplicación de la pena capital a mujeres embarazadas, pues esta regla no fue establecida en beneficio de la madre (cuyos derechos más básicos son llevados a término al aplicarse tal pena), sino que en favor del niño en desarrollo*".

*que la segunda oración del artículo 4.1 obtiene de la primera oración la idea del derecho a la vida del no nacido, y esta primera oración declara que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Esto revela que la Convención no sólo declara que el niño no nacido tiene el derecho a la vida, sino que también reconoce su calidad de persona*⁷.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que de acuerdo a otros tratados de derechos humanos como, por ejemplo la Declaración de los Derechos del Niño (Preámbulo), el hecho de que los no nacidos no puedan disfrutar de todos los derechos contenidos en la Convención Americana no es en forma alguna muestra o evidencia de su falta de personalidad jurídica⁸ sino, únicamente, de su incapacidad para ejercerlos; condición que incluso se predica de los niños ya nacidos, además de que es evidente que existen ciertos derechos establecidos únicamente para algunas categorías de personas sin que ello implique que las demás no lo sean⁹.

En este sentido, la expresión *en general*, incluida dentro del invocado artículo 4.1. de la Convención, no debe llevar a fundamentar interpretaciones equivocadas, pues ésta no implica una negación del efectivo deber de los Estado de proteger la vida y adecuar sus ordenamientos internos de tal forma que se cumpla con tal obligación (artículo 2 CADH), sino que, especialmente, debe entenderse siguiendo también las reglas

⁷ Alliance Defense Fund, Centre for Legal Studies at C-FAM y Americans United for life, Escrito de Amicus Curiae, dentro del Caso 12.361 de Gretel Artavia Murillo y otros contra el Estado de Costa Rica

⁸ Muy por el contrario, sea pertinente señalar que el artículo 14 superior, por ejemplo, establece claramente que *"toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica"*, lo que, leído en armonía con lo dispuesto en el artículo 1.2. de la CADH, significa que *toda ser humano* tiene este derecho.

⁹ Siguiendo una vez la misma fuente, puede agregarse en este sentido que *"la Convención Americana no es el único tratado de derechos humanos que hace una declaración expresa referida al no nacido, ya que el noveno párrafo del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño también lo hace. En efecto, éste declara —citando la Declaración de los Derechos del Niño— 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'. Se ha sugerido que la incapacidad del no nacido de gozar de todos los derechos establecidos en la Convención es una muestra de su falta de personalidad. Sin embargo, existen derechos en el Pacto de San José que no pueden siquiera ser ejercitados por adultos, especialmente cuando ellos se encuentran en situaciones fuera de lo común, como sucede con personas en estado vegetal. Asimismo, hay muchos derechos que no pueden ser ejercidos plenamente por niños ya nacidos, especialmente durante sus primeros años. Además, varios derechos fueron establecidos sólo para algunas categorías de personas, como sucede con los derechos de los ciudadanos y de los menores. Por tanto, la imposibilidad de que una persona ejerza ciertos derechos asegurados en un tratado de derechos humanos no le impide ejercitar los derechos restantes, ni menos le hace perder su calidad de persona"*, Alliance Defense Fund, Centre for Legal Studies at C-FAM y Americans United for life, Escrito de Amicus Curiae, dentro del Caso 12.361 de Gretel Artavia Murillo y otros contra el Estado de Costa Rica.

interpretativas del artículo 29 de la CADH, esto es, de tal forma que se asegure el máximo nivel de protección de la persona humana (eje y razón de ser del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos) que, para efectos de la Convención, se reitera, es sinónimo de ser humano¹⁰.

De acuerdo con lo anterior, esta vista fiscal concluye, además, que es indispensable que la interpretación del término *en general* contenido en el artículo 4° de la CADH se efectúe de acuerdo con los cánones constitucionales y estándares de protección la Constitución Política y el sistema jurídico colombianos, en donde se instituye un Estado cimentado sobre la base de la dignidad humana y los derechos inalienables de la persona, que se compromete con el respeto y reconoce la inviolabilidad del derecho a la vida.

Tan es así, que el Preámbulo de la Constitución preceptúa que asegurar la vida es uno de los fines del Estado; mientras el artículo 1° superior contiene la cláusula fundamental del Estado Social de Derecho en donde el fundamento es el respeto de la dignidad humana, es decir, del valor intrínseco de la persona humana; el artículo 2° establece que *"las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida"*; en el artículo 5° *"el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona"*; y de acuerdo con el artículo 11 *"el derecho a la vida es inviolable"*. Esto al mismo tiempo que, de conformidad con el artículo 44 superior, la vida se entiende específicamente como un derecho fundamental de los niños y en el artículo 95 constitucional se indica que es un deber de la persona y del ciudadano *"obrar conforme al principio de solidaridad social,*

¹⁰ En este sentido, no debe perderse de vista que la razón de ser los sistema regionales de protección de derechos humanos, como el interamericano es la protección de un mínimo de derechos inalienables y pertenecientes a cualquier persona por el solo hecho ser humano, de allí que en el Preámbulo de la CADH se afirma claramente como su fundamento o motivación lo siguiente: *"Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos"* (negritas fuera del texto)

respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas¹¹, entre otras-

De hecho, en esta misma línea en la Sentencia C-133¹² de 1994 y en otras muchas sentencias anteriores la Corte Constitucional

"[A]dopt[ó] una jurisprudencia favorable (a) la protección de la vida humana desde el momento de la fecundación sin ninguna discriminación, (ii) el reconocimiento de la personalidad jurídica y la protección de los derechos del no-nacido (privilegiando el derecho a la vida), (iii) el amparo jurídico del nasciturus, así como a la defensa de su vida como fundamento de la protección especial de la mujer en estado de embarazo, y en general, favorable (iv) al reconocimiento de los derechos fundamentales del no-nacido"¹³.

Mientras que, muy por el contrario, en la Sentencia C-355 de 2006 (M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández), incluso basando en parte su argumentación en el artículo 90 del Código Civil hoy demandado, esa misma corporación consideró:

"(a) Que el Estado tiene el deber de proteger la vida en gestación, pues la vida se protege en la Constitución tanto como derecho como valor fundamental del ordenamiento jurídico nacional (preámbulo, artículos 21, 11 y 49 de la Carta Política);

[...]

(c) Que 'no es desproporcionado que el legislador opte por proteger la vida en gestación por medio de disposiciones penales'; [pero]

(d) Que 'a pesar de su relevancia constitucional[,] la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderado con los otros valores, principios y derechos constitucionales';

(e) Que 'dentro del ordenamiento constitucional la vida tiene diferentes tratamientos normativos, pudiendo distinguirse el derecho a la vida consagrado en el artículo 11 constitucional, de la vida como bien jurídico protegido por la Constitución';

(f) Que la determinación del momento exacto a partir de la cual se inicia la vida humana es una cuestión que ha sido abordada desde diversas perspectivas y diversos criterios 'cuya evaluación no le corresponde a la Corte Constitucional';

[y]

(g) Que 'la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos

¹¹ M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹² Hoyos Castañeda Iba Myriam, Procuradora Delegada para la Infancia, la Adolescencia y la Familia. Informe de Vigilancia a la Sentencia C-355 de 2006 de la Procuraduría General de la Nación. IEMP Ediciones, Bogotá D.C., diciembre de 2010, pág. 21.

*fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todos luces inconstitucional*¹².

Aunque, aun así, en esa sentencia la Corte Constitucional en todo caso fue clara en advertir 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 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 formación, 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"*¹³.

Ahora bien, haciendo caso omiso de las críticas que quepan tanto a ese cambio de postura como a las incoherencias casi evidentes en esta última decisión —en donde terminó utilizando como parámetro para establecer nada menos que el momento desde el cuál se es persona y sujeto del derecho a la vida, una norma legal del siglo XIX en lugar de la propia CADH y el bloque de constitucionalidad, y en donde también se pretendió permitir o legitimar darle muerte a algunos seres humanos “más allá de la discusión” de si son personas o no— es pertinente destacar aquí que la protección al no nacido no se da únicamente a nivel convencional y constitucional¹⁴. Esto último, pues en el plano legal también se protege al que está por nacer como persona individualmente considerada, al mismo tiempo que se protegen los derechos de la mujer embarazada, como por ejemplo se desprende de algunos

¹² Ibidem, pág. 24-25.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-355 de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁴ Sin perder de vista lo anterior, cabe señalar que si bien hay un punto de encuentro en la protección del nasciturus a nivel de la jurisprudencia constitucional e interamericana hay algunas diferencias. Por un lado la Corte Constitucional ha señalado que no es competente ni tiene los elementos para determinar cuándo inicia la vida humana (C-355 de 2006); mientras que la Corte Interamericana ha sostenido que sí tiene competencia para afirmar cuándo comienza la vida humana (porque la CADH lo hizo en el artículo 4 estableciendo que se es persona desde la concepción). Por otra parte, la Corte Constitucional ha afirmado que la Constitución Política en varios sentidos pro-vida y protege la vida del que está por nacer porque la considera en sí misma valiosa y eso justifica la existencia de medidas como la protección a la maternidad; mientras que la Corte Interamericana ha sostenido que la protección al no nacido se fundamenta especialmente en la protección de los derechos de la mujer, de allí que sólo tenga sentido proteger la vida humana desde la concepción entendida ésta como anidación.

delitos tipificados en el Código Penal (Ley 599 de 2000)¹⁶, como es el caso del genocidio¹⁷, el aborto preterintencional¹⁸, el aborto¹⁹, el aborto sin consentimiento²⁰, las lesiones al feto²¹, las lesiones culposas al feto²² y la fecundación y tráfico de embriones humanos²³. Y como también se evidencia a partir de la protección laboral y en seguridad social que la legislación le otorga a la mujer en estado de gestación, como por ejemplo, con todo lo

¹⁶ Ha de tenerse en cuenta que "cuando la dogmática penal se refiere al bien jurídico tutelado en el delito de aborto, ha preferido señalar que este tipo penal salvaguarda la vida humana dependiente, es decir, la vida humana prenatal. Por esta razón, el tipo penal en comento se encuentra ubicado dentro del capítulo de los delitos contra la vida y la integridad personal. Sin embargo, no se busca proteger con él cualquier vida humana, pues para ello ya existe en el Código Penal el tipo penal de homicidio (art. 103) en sus diferentes modalidades, así como tampoco el cuerpo de la mujer embarazada o siquiera el cuerpo físico del feto o nasciturus, pues para ello existen a su vez, los tipos penales de lesiones (art. 111) y de lesiones al feto (art. 125), en sus modalidades dolosa y culposa; sino que por el contrario, lo que se busca proteger es la vida del mismo nasciturus, es decir, la vida humana dependiente". Castro Cuenca Carlos G. y Balcazar Gonzalez Andrés. *Delitos Contra la vida humana dependiente*. En: Manual de Derecho Penal, Ed. Temis., Parte Especial, Tomo I, Pág. 147.

¹⁷ Proscrito por el artículo 101 de la Ley 599 de 2000, de acuerdo con el cual es delito "tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo" para acabar parcial o totalmente con él, en razón a su pertenencia a ese grupo.

¹⁸ Artículo 118: "si a causa de la lesión inferida a una mujer, sobreviniere parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o de la criatura, o sobreviniere el aborto, las penas impondrán según los artículos precedentes, se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

¹⁹ Artículo 122: "si a causa de la lesión inferida a una mujer, sobreviniere parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o de la criatura, o sobreviniere el aborto, las penas impondrán según los artículos precedentes, se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

²⁰ Artículo 123: "el que causare el aborto sin consentimiento de la mujer incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses".

²¹ Artículo 125: "el que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses.

Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término".

²² Artículo 126: "si la conducta descrita en el artículo anterior se realizare por culpa, la pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

Si fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término".

²³ Artículo 134: "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, cigotas o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título".

relativo a la atención materno infantil²⁴, el descanso remunerado en la época del parto²⁵ y el fuero de maternidad²⁶, entre otras²⁷.

En conclusión, la expresión “*en general*” con la que se califica el deber de proteger la vida desde el momento de la concepción el artículo 4.1. de la CADH, en todo caso deben ser interpretadas a partir del marco jurídico colombiano que lo convierte en un garantista que protege la vida de todos los seres humanos, así como de acuerdo con el principio *pro homine*.

3.4. Sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*”) contra Costa Rica:

Acerca del artículo 4.1 de la CADH —invocado como norma superior vulnerado por los accionantes— ha habido un único pronunciamiento por parte de la Corte IDH en ejercicio de su función contenciosa, el Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación *in vitro*”) Vs. Costa Rica, sobre el cual es de trascendental importancia determinar aquí cuál es el papel que ocupa a la hora de ejercer el control de convencionalidad sobre la disposición de derecho interno demandada, para lo cual a continuación se expondrá, en primer lugar el contenido de la sentencia y, posteriormente, cómo debería ser apreciada ésta dentro del presente proceso de control abstracto de constitucionalidad.

²⁴ Artículo 166 de la Ley 100 de 1993: “el Plan Obligatorio de Salud para las mujeres en estado de embarazo cubre: los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del postparto, y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la luz propia.

Además del Plan Obligatorio de Salud, las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario en la forma como lo determinen los planes y programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y con cargo a éste”.

²⁵ Artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo: “toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso”.

²⁶ Artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo: “ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia”.

²⁷ Sólo por citar un ejemplo, puede señalarse que en Colombia los bebés gestantes pueden tener medicina prepagada y, es más, debe pagarse por ellos para estos efectos, so pena de que ese particular seguro de salud no cubra las enfermedades congénitas.

En el caso *Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") Vs. Costa Rica* la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el término concepción debe ser entendido como el momento de la implantación del óvulo fecundado en el útero materno, tal y como en su momento tuvo oportunidad de explicarlo esta vista fiscal en el Concepto No. 6039 del 12 de enero de 2016 (rendido dentro del Expediente D-11099), en donde se resumieron sus fundamentos de la siguiente forma:

- (i) Que el término concepción científicamente tiene dos acepciones, una de ellas referida al momento de unión de los gametos sexuales y la otra originada en la implantación;
- (ii) Que hay varias posturas sobre el momento desde el cual el embrión puede ser considerado como un ser humano; desde la existencia el cigoto, cuando éste se implanta y a partir de que se desarrolla el sistema nervioso;
- (iii) Que el inicio de la existencia del ser humano no es un tema consensuado, en tanto se aborda desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa; y
- (iv) Que existiendo tantas opciones posibles, a la CIDH le corresponde definir cómo se debe interpretar el término concepción de acuerdo con la Convención, tomando partido por el momento de la implantación²⁸.

²⁸ "[E]n el contexto científico actual se destacan dos lecturas diferentes del término 'concepción'. Una corriente entiende 'concepción' como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende 'concepción' como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno facilita la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno, que le permite acceder a todos los nutrientes y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión.
[...]

Ahora bien, además de estas dos posibles hipótesis sobre el momento en que se debe entender que sucede la 'concepción', las partes han planteado una discusión diferente respecto al momento en que se considera que el embrión ha alcanzado un grado de madurez tal como para ser considerado 'ser humano'. Algunas posturas indican que el inicio de la vida comienza con la fecundación, reconociendo al cigoto como la primera manifestación corporal del continuo proceso del desarrollo humano, mientras que otras consideran que el punto de partida del desarrollo del embrión y entonces de su vida humana es su implantación en el útero donde tiene la capacidad de sumar su potencial genético con el potencial materno. Asimismo, otras posturas resaltan que la vida comenzaría cuando se desarrolla el sistema nervioso.
[...]

Por otra parte, 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.
[...]

No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término 'concepción'. Al respecto, la Corte resulta que la prueba científica conlleva a diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Entendiendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un 'ser humano', lo

Adicionalmente, allí mismo la Corte IDH argumentó lo siguiente:

- (i) Que el derecho a la vida tiene dos obligaciones, una negativa para evitar toda privación arbitraria y otra positiva para lograr su protección y preservación, lo cual *"incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna"*²⁹;
- (ii) Que una interpretación literal de la frase *"en general a partir de la concepción"*, indica que *"la previsión de posibles excepciones a una regla particular. Los demás métodos de interpretación permitirán entender el sentido de una norma que contempla excepciones"*³⁰;
- (iii) Que la Defensa del no nacido se fundamenta en la protección a la mujer de acuerdo con el artículo 15.3.a del Protocolo de San Salvador y el artículo VII de la Declaración Americana, debido a que *"la concepción sólo ocurre dentro del cuerpo de la mujer"*³¹; y
- (iv) Que de acuerdo con una interpretación histórica y sistemática no es posible otorgarle estatus de persona al embrión, conclusión que no es posible desprender del *"artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 [...], ni de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana"*³².

Y todo lo anterior para concluir que:

"La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no pueda ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la 'concepción' en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras 'en general' que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye

cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca logra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro" Vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012).

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro" Vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.³³

Así, dentro del marco de acción permitido por la Convención, un contexto en cual *“los trabajos preparatorios indican que no prosperaron las propuestas de eliminar la expresión ‘y, en general, desde el momento de la concepción’, ni la de las delegaciones que pedían eliminar solo las palabras ‘en general’³⁴* —conclusión a la que arriva la misma Corte IDH luego de relatar que simultáneamente hubo posturas que consideraban que la vida no debería protegerse desde la concepción y otras posturas contrarias que sostenían que debería ser protegida desde ese momento como principio rector sin admitir ninguna excepción—, ese tribunal internacional sostuvo que en el sistema regional de protección de los derechos humanos lamentablemente al único acuerdo al que pudieron llegar los Estados signatarios fue el de otorgarle protección a la persona humana desde su concepción, aunque admitiendo excepciones. Siendo este, por ende, el espectro dentro del cual debe interpretarse la mencionada sentencia.

Sin embargo, más allá de que la Corte Interamericana haya empleado para llegar a esa conclusión argumentos como el de la dependencia vital de la madre —la cual no sobra destacar que incluso se prolonga durante los primeros años de vida— u otros aspectos, lo que está claramente determinado y esta jefatura pretende destacar es que en el Pacto de San José de Costa Rica expresamente se quiso reconocer, como ya se mencionó, que ser humano y persona son conceptos identificables (artículo 1.2.) y, así mismo, que existe una obligación de reconocer y garantizar por ley que todos los individuos de la especie humana, todas las personas, son titulares de derechos y, por regla general, del derecho a la vida desde el momento de la concepción (artículo 4.1).

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

Lo anterior pues, efectivamente, una lectura razonable de las disposiciones convencionales y específicamente del artículo 4.1. de la Convención, como fue la sostenida en su *Amicus curiae* por la *Alliance Defense Fund*, *Centre for Legal Studies at C-FAM* y *Americans United for life*, para el caso No. 12.361 de *Gretel Artavia Murillo* y otros, previamente citada, sugiere que si iniciar esa norma con la frase “*toda persona tiene derecho a la vida*”, se declara la existencia del derecho a la vida; que luego allí se refiere a este derecho cuando se dice que “*está protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción*”, imponiendo también al Estado la obligación correspondiente; y, finalmente, que así se explicita que, como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser privado arbitrariamente del derecho a la vida. Y es este sentido, es claro que el sujeto de la oración, redactada en forma pasiva, es el derecho al respeto de la vida, mientras que la acción es la obligación de protección y las expresiones *por la ley y a partir del momento de la concepción* son calificativos de la acción de protección, con lo que se persigue que el derecho a la vida tenga esas características e impedir que los Estados lo protejan de cualquier modo (debe ser por la ley) o que el legislador elija un momento del desarrollo humano distinto al de la concepción para empezar a otorgar esta protección como regla general.

Por lo tanto, esta es la voluntad de los Estados signatarios en su intención de reconocer y garantizar los derechos humanos en sus respectivos territorios, expresada con claridad y determinación, la cual debe ser respetada, acogida y aplicada.

3.5. Requisitos jurisprudenciales que deben reunir las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra otros Estados para que deban ser tenidas en cuenta por las autoridades nacionales

La Corte Interamericana ha desarrollado jurisprudencialmente lo que la doctrina ha llamado control de convencionalidad interno o difuso, para referirse a un juicio de adecuación que las autoridades nacionales deben

realizar entre las normas internas y la Convención Americana junto con la interpretación que de ésta ha hecho la Corte Interamericana³⁵.

No obstante, al margen de la discusión que al respecto se ha dado y seguirá dándose a nivel regional, lo cierto es que en el plano nacional la Corte Constitucional colombiana ya ha tomado una clara posición respecto del pretendido deber de aplicar sentencias de la Corte Interamericana contra otros Estados.

En efecto, esa corporación, en jurisprudencia reiterada y consistente, ha establecido ciertos requisitos o elementos que deben estar presentes en las sentencias de la Corte IDH para que puedan ser tenidas en cuenta dentro de un análisis de constitucionalidad de una disposición legal³⁶.

Así, a través de la Sentencia SU-712 de 2013, reiterada en la Sentencia T-516 de 2014, por ejemplo, la Corte Constitucional *"advirtió que los tratados deben ser interpretados de manera coherente y sistemática, no sólo con otros instrumentos internacionales sino con la propia Constitución"*, e instituyó como un criterio relevante las similitudes o diferencias de contexto fáctico y jurídico en el que se desarrolló el caso a la hora de emplear una sentencias de la Corte Interamericana como criterio hermenéutico. En sus propias palabras: *"la aplicación de la Convención Americana debe tener en cuenta la arquitectura institucional de cada Estado, esto es, del contexto en el que se inserta"*.

De igual forma, en la Sentencia C-500 de 2014 esa corporación, luego de establecer las siguientes condiciones para poder identificar cuándo una

³⁵ Al respecto puede consultarse: "Control de Convencionalidad y Autoprecedente Interamericano", Ingrid Suárez Osorio, Ed. Ibáñez y Universidad de La Sabana, 2015.

³⁶ Cfr. Sentencias C-228 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett); C-370 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabán, Álvaro Tafur Galvis y Cafara Inés Vargas Hernández); C-442 de 2011 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto); SU-712 de 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); C-269 de 2014 y C-500 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo); y T-516 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio); entre otras.

disposición de la CADH es parámetro de convencionalidad: "(i) es una disposición que hace parte de un tratado de derechos humanos; (ii) dicho tratado fue aprobado por el Congreso y ratificado por el Presidente de la República"; afirmó que en virtud de lo dispuesto en los artículos 67 y 68.1 de la CADH "los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo obligan al Estado colombiano cuando éste ha sido parte en el respectivo proceso"³⁷. Y, posteriormente, se preguntó si es posible que un asunto que ya fue fallado podría ser reabierto a partir de una interpretación sobreviniente de la Corte IDH como parte integrante del respectivo parámetro de convencionalidad, arribando a la conclusión de que ello sería posible, pero siempre y cuando:

"(i) [E]l parámetro de control del asunto previamente examinado haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (ii) los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan variado radicalmente y de forma clara, el sentido de tal norma; (iii) la nueva interpretación resulte compatible con la Constitución Política; (iv) ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución; (v) se integre a la ratio decidendi de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y (vi) sea uniforme y reiterada".

Así las cosas, esta vista fiscal desea destacar que, si bien la Corte Constitucional ha reconocido el valor hermenéutico de las sentencias de la Corte Interamericana, también ha señalado con claridad que para que tales sentencias tengan implicaciones reales en el control de constitucionalidad deben cumplirse ciertos requisitos, claramente explicados en la Sentencia C-500 de 2014. Y esto resulta pertinente para el proceso de constitucionalidad en curso, toda vez que se discute la aplicación de la Sentencia del caso Artavia Murillo contra Costa Rica, para esta jefatura es indudable que ésta no cumple con los parámetros jurisprudenciales para que pueda ser usada en el presente control de constitucionalidad.

³⁷ Cítese expresamente a la Corte Constitucional: "La Corte destaca, como premisa básica, que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo obligan al Estado colombiano cuando éste ha sido parte en el respectivo proceso. Esta conclusión, que reconoce el carácter definitivo e inapelable asignado por el artículo 67 de la Convención Americana de Derechos Humanos a los fallos de la Corte Interamericana, encuentra apoyo normativo directo en lo prescrito en el artículo 68.1 de la referida convención conforme al cual "los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes". Sentencia C-500 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

En efecto, la referida sentencia interamericana no cumple dos elementos que resultan fundamentales como es que, de una parte, lo allí decidido no es compatible con la Constitución Política de Colombia en la medida en que ésta protege la vida del ser humano por ser valiosa en sí misma y no por o exclusivamente para proteger a la mujer embarazada y, además protege al que está por nacer por el hecho de ser persona, reconociendo sus derechos inherentes e inalienables, sin perjuicio de su reconocimiento jurídico positivo³³ y sin fijar arbitrariamente momentos límites para ello como es el caso la implantación —como si lo hizo la Corte IDH en esta sentencia—; y por otra parte, la interpretación contenida en la sentencia contra Costa Rica citada evidentemente no es *uniforme y reiterada* como lo exige la jurisprudencia constitucional, pues es el único caso en el que la Corte IDH ha sostenido tal posición.

En consecuencia, esta vista fiscal considera que la Corte Constitucional no debe usar la referida sentencia interamericana como parámetro a la hora de realizar el control de constitucionalidad en este caso y, en lugar de ello, debe actuar de conformidad a su propio precedente judicial.

3.6. Inexequibilidad del artículo 90 del Código Civil

De acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos los Estados parte están obligados a proteger, a través de la ley y por regla general desde la concepción, el derecho a la vida de toda persona (artículo 4.1.), que, de acuerdo con su propio contenido, significa lo mismo que decir que el derecho a la vida todo ser humano (artículo 1.2.).

Sin embargo, esta jefatura considera que actualmente el Estado colombiano está incumpliendo este compromiso en tanto el Código Civil y, particularmente el artículo demandado, establece, como por regla general,

³³ Cfr. Artículos 5º y 94 constitucionales, entre otros.

que el Estado no concibe la existencia de la personalidad jurídica de todo ser humano —de la cual se desprenden todos sus derechos, iniciando por el de la vida—, sino que la protege únicamente en los casos en los que se produzca el nacimiento, es decir, parcial y condicionalmente.

Es más, podría decirse que si lo pretendido con la norma demandada fuera suspender los derechos o, mejor, algunos derechos de quien está por nacer, en vez de someter a una condición suspensiva la existencia de la personalidad jurídica de los seres humanos que aún no han nacido contraviniendo la Constitución Política por vía del artículo 93, lo que el legislador debería hacer es suspender ciertos derechos civiles, como es el caso del derecho a heredar. Y, en el mismo sentido, se podría también establecer una regulación diferenciada para el ejercicio de los derechos, como sucede por ejemplo con los menores de edad ya nacidos, quienes no tienen capacidad legal para obligarse por sí mismos pero, a pesar de ello, gozan del reconocimiento de su personería jurídica.

Es más, cabe señalar que incluso podría concluirse esta inexecutable e inconventionalidad de la norma demandada en caso de que se considerara que la sentencia del caso *Artavia Murillo* es aplicable en el presente caso (pese a lo sostenido en la propia jurisprudencia constitucional), pues también bajo la particular y restrictiva interpretación que allí hizo la Corte IDH del artículo 4.1. de la Convención Americana la calidad de persona humana habría de reconocerse desde la concepción (entendida ésta desde la anidación), lo que a todas luces es contrario a lo previsto en el norma demandada en donde se afirma, en cambio, que únicamente se persona a partir del nacimiento, entendido éste como el momento en que se separa completamente al bebé del cuerpo de su madre.

Por lo tanto, en aras de garantizarle el estatus de persona jurídica a quien aún no ha nacido, de conformidad con los artículos 1.2. y 4.1. de la CADH y el artículo 93 de la Constitución Política, ha de declararse la



Concepto 006057

inexequibilidad del enunciado "al nacer" contenida en el artículo 90 del Código Civil y en su lugar, sustituirla por las palabras "con la concepción", lo cual necesariamente implica la declaratoria de inexequibilidad de lo que preceptúa el artículo 90 a continuación (*"esto es, al separarse completamente de su madre (...) La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás"*).

Sin embargo, debe aclararse que esta solicitud de que se profiera una sentencia aditiva, no implica una transgresión por parte de ese alto tribunal al mandato constitucional contenido en el artículo 42, según el cual el estado civil debe ser regulado por el legislador, ya que el reconocimiento de la personalidad jurídica no impide que se señalen tratamientos diferenciados respecto a la capacidad de gozar y ejercer ciertos derechos por medio de la ley. De lo cual se desprende que, en lugar de usurpar las competencias propias del legislador al reemplazar la expresión "al nacer" -integrado al inciso siguiente- por la expresión "con la concepción, extraída directamente del Pacto de San José-, la Corte Constitucional únicamente estaría reafirmando la prevalencia de los tratados de derechos humanos suscritos por Colombia y cumpliría con su obligación de interpretar los derechos constitucionales de conformidad con estos instrumentos, así como con el principio *pro homine*.

Por estas razones, en mi calidad de Procurador General de la Nación, solicitaré a la Corte Constitucional que el artículo demandado quede en su integridad así: *"la existencia legal de toda persona principia con la concepción"*.

4. Solicitud

Por las razones expuestas, el jefe del ministerio público le solicita a la Corte Constitucional declarar INEXEQUIBLE el enunciado "[a]l nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás", contenida en el artículo 90 del Código Civil y SUSTITUIRLA por la expresión "con la concepción".

De los Señores Magistrados,



ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación

ABC/CCR/ISO

