

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

ANA JANETH MUÑOZ CASTRILLÓN

ANTEPROYECTO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN  
DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO

ASESOR

DIMARO ALEXIS AGUDELO MEJÍA

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO

MEDELLÍN

2019

## TABLA DE CONTENIDO

1. TITULO
2. INTRODUCCIÓN
3. OBJETIVOS
4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA
5. JUSTIFICACIÓN
6. PROPÓSITO
7. HIPÓTESIS
8. CAPITULO I
9. GLOSARIO
10. CONCLUSIONES
11. BIBLIOGRAFÍA

## 1. TÍTULO

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

## 2. INTRODUCCIÓN

Actualmente en Colombia el *nasciturus* puede ser abortado desde el momento de la concepción hasta el último mes de gestación, acogiéndose la mujer embarazada a cualquiera de las tres causales despenalizadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-355 de 2006, así lo dio a entender dicho Tribunal en providencia SU096-18 mediante la cual ratificó la decisión proferida por el Juzgado Treinta y Seis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá el día veintidós (22) de enero de dos mil dieciocho (2018), cual fuera confirmar la medida provisional adoptada de ordenar al representante legal de la EPS COMPENSAR, que en el término no superior a 24 horas corridas, proceda a realizar el procedimiento aspiración al vacío de útero para terminación del embarazo, en una mujer que tenía más de 24 semanas de gestación.

Las sentencias mencionadas no establecieron ningún lapso que delimitara la acción abortiva de la mujer frente al *nasciturus*, ni en ellas se realizó un estudio sensato que determine si es necesario o no disponer un término para practicar un aborto, además de advertir las posibles consecuencias que conllevaría para la mujer realizarse un aborto finalizando su embarazo, a más de tener en cuenta una realidad legal innegable que es indicarle a la mujer embarazada que ella no es la única que puede ejercer derechos de representación sobre el hijo concebido sino también el padre, pues así lo indica el art. 62 del C. C. cuando establece que la representación de los incapaces será ejercida por los padres quienes ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre sus hijos.

Para ejemplificar lo anterior, y en un escenario diferente al colombiano, véase como en EE. UU. el abogado Ryan Magers solicitó permiso al condado de Madison (Alabama) para representar al

feto que su novia abortó, por lo que un Juez de sucesiones le concedió esa petición, y le otorgó capacidad de demandar a su nombre, siendo la primera vez que en Estados Unidos se reconoce que un feto abortado tiene derechos legales. Alabama enmendó su constitución para reconocer "los derechos de los niños no nacidos, incluido el derecho a la vida". La enmienda hizo de ese estado el primero en agregar lo que se denominó una "cláusula de personalidad fetal" a su constitución. ([www.eltribuno.com](http://www.eltribuno.com), s.f.).

Por lo tanto, con este trabajo de investigación se quiere establecer si con la normatividad existente en Colombia, el progenitor que no está de acuerdo con la decisión de aborto de su pareja puede defender el derecho a la vida de su hijo mediante la acción de tutela.

### 3. OBJETIVOS

#### OBJETIVO GENERAL

Determinar la procedibilidad de la acción de tutela en defensa de la vida del concebido ante la decisión de aborto de uno de sus progenitores.

#### OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- I. Establecer si el concebido es sujeto de protección especial en el cual radica el derecho fundamental a la vida.
- II. Determinarse el progenitor que no comparte la decisión de aborto, puede mediante el ejercicio de la acción de tutela proteger la vida del hijo por nacer.

#### 4. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La vida es un derecho fundamental inherente al ser humano, es un atributo que le es protegido al individuo en cualquier etapa de su desarrollo, especialmente desde la concepción. Nuestra legislación, partiendo de la Constitución de 1991, ha protegido el derecho de la vida del concebido, en el art. 11 de la Carta Constitucional se establece que “El derecho a la vida es inviolable...”, encontrándose ubicado como el primer derecho fundamental, y en el art. 44 establece que la vida es un derecho fundamental de los niños. Por su parte la Ley 1098 de 2006 en su art. 17 indica que “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente. La calidad de vida es esencial para su desarrollo integral acorde con la dignidad de ser humano. Este derecho supone la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección (...)” (subraya intencional).

A su vez el Código Civil Colombiano en el art. 91 señala que “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará”. Y el Código General del Proceso en el numeral 3 del art. 53 le otorga al concebido la capacidad para ser parte en la defensa de sus derechos; seguidamente determina que éste comparecerá por medio de quienes ejercerían su representación si ya hubiese nacido.

Y precisamente, una de las acciones que atenta contra la vida del concebido es el aborto, aun en los tres casos en los cuales nuestra Corte Constitucional mediante sentencia C-355 de 2006 lo despenalizó, pues sea o no delito, innegablemente vulnera el derecho a la vida del niño que está por nacer.

Para proteger los derechos de los niños, tanto la madre como el padre tienen responsabilidad solidaria y compartida, el Código de Infancia y Adolescencia lo llama responsabilidad parental, que conlleva a la obligación de cuidado y satisfacción de los derechos de los niños por parte de sus padres. Por tanto, si uno de estos pretende el aborto del hijo concebido, el progenitor que no comparte dicha elección está en la obligación legal de proteger la vida de su hijo acudiendo a todos los medios legales que contempla nuestra legislación.

Por lo tanto, considerando que la acción de tutela está instituida para proteger derechos fundamentales, se analizará los presupuestos de esta para establecer si procede interponerla en defensa de la vida del concebido ante la decisión de aborto de uno de sus progenitores.

Por su parte, los organismos internacionales han reconocido la jerarquía de dicho derecho y lo han plasmado en varios instrumentos internacionales de derechos humanos. Es así como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su art. 1º establece que “Todo ser humano tiene derecho a la vida...”; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) en su art. 4º señala que “1. 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.” Y el numeral segundo del art. 1º aclara que “Para los efectos de esta Convención,



persona es todo ser humano”; por su parte la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, desde su preámbulo enuncia que "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento", y en su art. 1º define como ha de entenderse el concepto de niño, “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.”; continúa en su art. 6 indicando “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.”

Claramente se desprende de lo anterior que todo ser humano es titular del derecho a la vida. Sin embargo, cabe realizarse una pregunta: ¿El concebido es un ser humano? Y la respuesta es obvia; solo que el concebido se encuentra en una etapa inicial de desarrollo, pues no puede afirmarse que en la vida del concebido haya algo que no sea humano. Entonces el concebido es un ser humano que tiene derecho a la vida. Esta prerrogativa le está dada no por tener existencia legal o personería jurídica, sino por tener existencia natural, pues en ninguna de las normas presentadas anteriormente, ni en nuestra Constitución, se limita dicho derecho a condición alguna, realidad que ya desde el derecho romano contaba con protección con la regla que se aplicaba: “El concebido se tiene por nacido para todo lo que le sea favorable”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Regla que el Código Civil español consagra en su art. 29.

## JUSTIFICACIÓN

Cuando nuestra Corte Constitucional le abrió el camino al aborto considerándolo un “derecho” de la mujer, así mismo con la ayuda de los medios de comunicación la opinión pública cree que este asunto ya está zanjado; podría parecer inoportuno o incluso aburrido que un proyecto investigativo desarrolle un tema que trate de argumentar lo contrario, pues pocos se atreven a generar un debate académico que exprese que el aborto no es la mejor solución a la mujer que ha quedado embarazada y pretende suprimir su embarazo a través de dicha práctica; pues es muy fácil llevar la discusión a un plano religioso o moral que a muchos disgusta y que invalida para aquellos los argumentos intelectuales de los estudiosos que piensan lo contrario.

Por lo tanto, con la presente investigación se pretende aportar elementos desde el punto de vista jurídico que lleven a emplear la acción de tutela como mecanismo para la protección del derecho a la vida del concebido por parte del progenitor que además de querer proteger la vida de su hijo quiere ejercer todos los derechos que le otorga la progeneritura.

La investigación se torna novedosa y de importancia para el derecho procesal, toda vez que consultado el índice temático de relatoría de la página de la Corte Constitucional no se encontró que la acción constitucional haya sido interpuesta para solucionar caso parecido. Además, se realizó una búsqueda en los repositorios de UNIANDES, Universidad de Medellín, Universidad de Antioquia, EAFIT, y Universidad Pontificia Bolivariana; y no se encontró investigación que tenga como objetivos los planteados en esta.

Resulta entonces pertinente, ya que pretende aportar elementos nuevos que lleven a emplear la acción de tutela en protección del derecho a la vida del concebido por parte del progenitor que no está de acuerdo con la decisión de aborto, y esto ciertamente generará nuevos pronunciamientos de la Corte Constitucional los cuales deberán tener en cuenta la perspectiva del padre o madre que ejerce válidamente los derechos y responsabilidades que la progenitura le otorga en defensa de la vida de su hijo.

## HIPÓTESIS

La prevalencia de los derechos de los niños está consagrada en la ley 1098 de 2006, la misma normatividad en su art. 17 dispone que aquellos se les deben generar condiciones que les aseguren el derecho a la vida y a la calidad de vida desde la concepción, lo anterior nos lleva a reflexionar que, cuando se encuentra enfrentado el derecho a la vida del concebido frente a derechos de la madre, deberán prevalecer los derechos de los niños que están por nacer, aun cuando la madre haya elegido suprimir voluntariamente su embarazo. Razonable resulta deducir que el progenitor que no está de acuerdo con dicha determinación, o un tercero autorizado por la ley, puede proteger el derecho a la vida del nasciturus a través de la acción de tutela.

Con mayor razón, en el caso que la madre esté siendo presionada por su pareja a abortar, esta puede proteger ambos derechos mediante la acción constitucional.

## PROPÓSITO

El propósito de este proyecto de investigación es demostrar que la acción de tutela procede y puede ser ejercida para defender el derecho a la vida del concebido cuando uno de sus progenitores pretende el aborto, por parte del padre o madre que queriendo proteger la vida de su hijo también quiere ejercer todos los derechos que le otorga la progeneritura.

En este sentido, la investigación quiere servir para que sea una realidad la igualdad de derechos que tienen los hombres y las mujeres de que trata el art. 43 de la Constitución Nacional, más aún la igualdad que tienen como padres a elegir libre y responsablemente el número de hijos que quieren tener.

## CAPITULO I

### EL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO CONFORME AL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

El concebido, nasciturus, feto o el niño que está por nacer, es un alguien, es un ser humano en desarrollo, un desarrollo que no culmina con el nacimiento sino que continúa a lo largo de su vida. Es la misma vida de ese ser que deberá atravesar por varias etapas como por ejemplo: in útero y nacimiento, primera infancia (0-5 años), infancia (6 - 11 años), adolescencia (12-18 años), juventud (14 - 26 años), adultez (27 - 59 años) y vejez (60 años y más), y en todas esas etapas lo esencial que se debe procurar es la protección del derecho a la vida<sup>2</sup>.

La Doctora Ilva Miryam Hoyos se apoya en un argumento de la sentencia del 25 de febrero 1975 del Tribunal Alemán (BVerfGE, 39,1) para que no se excluya al feto de la protección al derecho a la vida:

El proceso de desarrollo (...) es un proceso continuo que no muestra ninguna demarcación pronunciada y que no permite ninguna división precisa de las distintas etapas de desarrollo de la vida humana. El proceso no finaliza ni siquiera con el nacimiento. Por lo tanto, la protección (...) de la Ley Fundamental no puede limitarse ni al ser humano “realizado” después del nacimiento ni al niño a punto de nacer que es capaz de vivir independientemente (...ni) puede efectuarse aquí ninguna distinción entre

---

<sup>2</sup><https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Paginas/cicloVida.aspx>

las diversas fases antes del nacimiento de esta vida que se desarrolla a sí misma.(HOYOS, 2005)<sup>3</sup>

La Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado en varias oportunidades frente al concepto y protección que se debe al *nasciturus* y estas disposiciones permanecen vigentes en la actualidad, pues las circunstancias que llevaron a la despenalización del aborto en los tres casos señalados en la sentencia C355 de 2006 a saber (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; no han abolido la protección jurídica que el Estado, las instituciones, la sociedad, y los padres deben al niño que está por nacer.

Es así como la Corte en sentencia SU491-93 manifestó que el *nasciturus* tiene derechos fundamentales:

No obstante lo anterior, podría aducirse que la Constitución reconoce derechos fundamentales a los menores de edad mas no a los que están por nacer, razón por la que no sería posible invocar la protección de los derechos del niño ante la

---

<sup>3</sup> El pronunciamiento del Tribunal Federal Alemán puede consultarse en:  
[https://www.kas.de/c/document\\_library/get\\_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038](https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038)

eventualidad que encara la petente. En dirección contraria, esta Corte ha reconocido la titularidad de derechos fundamentales del *nasciturus* con fundamento en la ley y los tratados internacionales sobre la materia:

Constitucionalmente la protección del no nacido se encuentra en el Preámbulo y en el artículo 11 (del derecho a la vida), por vía directa y por vía indirecta en el artículo 43 con la protección de la mujer en estado de embarazo. Además, el artículo 44 de la Carta establece como primer derecho fundamental de los niños el derecho a la vida. Si la pareja -como lo determina el artículo 42-, tiene derecho a decidir libre y responsablemente el momento en que desea tener un hijo, debe asumir esa decisión como la de mayor trascendencia en la vida, pues la determinación implica la proyección hacia el futuro del hijo. El cuidado, sostenimiento, educación y cariño que reciba de sus padres se reflejará en un niño sano y en un adulto capaz de desarrollar plenamente su libre personalidad. La obligación de velar por la vida del *nasciturus* no responde a una simple obligación alimentaria, pues la madre requiere de los cuidados permanentes, de una constante vigilancia médica que le garanticen en forma mínima la atención del parto y los primeros cuidados del niño. (...). La Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 20 de noviembre de 1989, y aprobada en Colombia mediante la Ley 12 de enero 22 de 1991, establece en el Preámbulo que: Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "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 (negritas fuera de texto).(…).

El Decreto 2732 de 1989 (Código del menor), protege la vida del *nasciturus*, cuando en el artículo 4º establece que "todo menor tiene el derecho intrínseco a la vida y es obligación del Estado garantizar su supervivencia y desarrollo" y en el artículo 5º de esa misma norma consagra que: "todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social: estos derechos se reconocen desde la concepción.

Bajo la anterior perspectiva, sería incorrecto afirmar que los hijos de la petente no gozan de protección constitucional antes de su nacimiento, porque la Constitución no sólo reconoce derechos fundamentales a los niños sino que también lo hace con respecto a éstos desde su concepción<sup>4</sup>. La asistencia y protección de la maternidad, establecida como obligación estatal en el artículo 43 de la Carta, busca no sólo velar por el bienestar de la madre sino también servir de salvaguarda respecto de los derechos fundamentales del nasciturus, los cuales la Constitución reconoce al hacer remisión a lo que disponen los tratados internacionales sobre derechos humanos y protección de los niños” (SU491-93).

En Sentencia T-179/93 la Corte indicó categóricamente que:

La constitución política no aborda el punto acerca de cuándo se empieza a ser persona, ¿desde la concepción?, ¿desde el nacimiento? la Carta remite a la ley

---

<sup>4</sup>Subraya intencional

civil. Sin embargo, es posible afirmar al menos que por reenvío constitucional al derecho internacional, por las normas internacionales vigentes, por la legislación interna y, sobre todo, por la filosofía humanista del Estado social de derecho, es preciso deducir, como lo hace aquí la Corte, que SE TIENEN DERECHOS DESDE LA CONCEPCIÓN (mayúsculas originales).

Por lo mismo, en Colombia es aplicable lo manifestado por el Tribunal Constitucional español en la providencia 53 de fecha 11 de abril de 1.985 al considerar que:

si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para su vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida *delnasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental -vida humana-, garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional.”

El Tribunal Constitucional en la anterior decisión utiliza incluso mayúscula sostenida para dejar claro que se tienen derechos desde la concepción, no obstante en la Sentencia C355-2006, sin realizar una carga argumentativa satisfactoria, la Corte cambió su posición, contraviniendo sus reglas de acatamiento a su propio precedente, pues a pesar de que no ha definido al concebido como persona, sí ha advertido que posee los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales y que le son aplicables los derechos de los niños.

En Sentencia C-133 de 1994 mediante la cual declaró exequible el art. 343 del Decreto 100 de 1980<sup>5</sup>, dicha Corporación sostuvo como razones de su decisión que

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

Argumentos ratificados en las Sentencias C-013 y C-213 ambas de 1997, en la primera de ellas la Corte agrega que “en gracia de discusión que la prohibición legal del aborto en los eventos descritos implica agravio a la dignidad de la mujer, este derecho no podrá jamás entenderse como prevalente sobre el de la vida del que está por nacer”<sup>6</sup>.

Reafirma nuevamente el Magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa que el *nasciturus* es sujeto de protección de derechos fundamentales, al entrar a protegerle el derecho a la seguridad social:

---

<sup>5</sup> ARTICULO 343. ABORTO. <Decreto derogado por la Ley 599 de 2000> La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno a tres años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice el hecho previsto en el inciso anterior.

<sup>6</sup> *Ibíd.*

El grupo, los llamados *nasciturus*, se encuentra protegido por el espectro de privilegios que la Carta Fundamental reserva para los niños. La tradición jurídica más acendrada, que se compagina con la filosofía del estado social de derecho, ha reconocido que el *nasciturus* es sujeto de derechos en cuanto es un individuo de la especie humana. Los innumerables tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, así como el preámbulo de la Constitución Política, cuando asegura que el Estado tiene la obligación de garantizar la vida de sus integrantes; el artículo 43, al referirse a la protección de la mujer embarazada, y el artículo 44, cuando le garantiza a los niños el derecho a la vida, no hacen otra cosa que fortalecer la premisa de que los individuos que aún no han nacido, por la simple calidad de ser humanos, tienen garantizada desde el momento mismo de la concepción la protección de sus derechos fundamentales. La Constitución busca preservar al no nacido en aquello que le es connatural y esencial: la vida, la salud, la integridad física, etc.(Sentencia T-223/98)

Claramente la Corte también expresó que al concebido se le puede amparar sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela:

La jurisprudencia constitucional ha considerado que el *nasciturus* “se encuentra protegido por el espectro de privilegios que la Carta Fundamental reserva para los niños”, por lo que es titular de derechos fundamentales que pueden ser amparados a través de la acción de tutela<sup>7</sup>. En este orden de ideas, la peticionaria acierta cuando interpone esta acción en búsqueda de la protección al derecho a la salud del bebé que espera, pues como se deduce

---

<sup>7</sup>Resalto intencional

de la hermenéutica del artículo 44 superior, este es un derecho fundamental expreso que también ampara al que está por nacer(Sentencia T-171/99).

La sentencia que dio un giro respecto a la protección que debía otorgársele al concebido fue la C-355 de 2006, ya citada, mediante la cual se despenalizó el aborto en tres casos específicos ya mencionados, la Corte propone una tesis en la cual expresa que frente a los diferentes tratamientos normativos se distingue que la vida ha sido tratada como derecho y como bien jurídico, que como derecho se debe suponer una titularidad para su ejercicio, la cual está restringida a la persona humana, y que la protección al bien jurídico se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esa condición(subraya intencional).

Parece inverosímil que la Corte aluda al concepto de persona humana, para dar a entender que el concebido no lo es, confunde dicho concepto con el de existencia legal traído a colación en el artículo 90 del Código Civil, pues el concebido es persona humana según la definición que trae el art. 74 ibíd. que establece “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.” Es decir, para nuestra legislación solo se requiere ser de la especie humana para ser persona, sucede entonces que la calidad de persona está dada por la existencia natural, por pertenecer a la especie humana como establece nuestro Código Civil o por ser un ser humano conforme a los instrumentos internacionales.

Lamentablemente la jurisprudencia de la Corte ha divagado en este aspecto, pues no ha llamado persona al concebido, lo que ha llevado a algunos a considerar que el *nasciturus* no es titular de derechos. No obstante, el Alto Tribunal en las sentencias de constitucionalidad de antaño ya

mencionadas, ha sido claro también en explicar que la vida humana del *nasciturus* no está protegida constitucionalmente, toda vez que si el valor esencial protegido por el ordenamiento es la vida humana, necesariamente debe deducirse que en donde haya vida debe existir el consecuente amparo, por lo que no se entiende de donde se apoya la Sentencia C 355/06 para cambiar las nociones frente a la protección de derechos fundamentales del concebido, sin realizar la correspondiente carga argumentativa de donde se infiera lo contrario.

Continúa la sentencia C-355 de 2006 expresando que la vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. Que la vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. Que si bien es cierto el ordenamiento jurídico le otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. “Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta”.

Aquí se ve como la Corte erradamente plasma una diferencia entre *nasciturus* y persona humana, sin acoger la definición dada por el art. 74 del C.C. y menos puntualizando las razones de por qué no debe tenerse al concebido como persona que tiene una existencia natural.

Igualmente desacierta cuando en dicha sentencia arguye que el bien jurídico tutelado no es el mismo en el aborto, infanticidio u homicidio por tener un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta. No se comparte ese razonamiento realizado por la Corte, pues el bien

jurídico tutelado en dichos casos es idéntico “La Vida”, nótese que la Ley 599/2000 en su libro II título I, desarrolla una serie de delitos que atentan contra el bien jurídico Vida, los cuales parten del genocidio, homicidio, aborto; que tengan penas diferentes no quiere decir que el bien jurídico tutelado no es idéntico como lo expresó la Corte, sino que el legislador quiso según las circunstancias de agravación, atenuación o condiciones del sujeto pasivo aplicar una pena diferenciada.

La vida como valor tiene la misma dignidad, pues no se puede afirmar que la vida es valiosa dependiendo de la etapa del desarrollo en que se encuentre el ser humano, la muerte de un adulto no es más valiosa que la del *nasciturus*, un niño nacido, un joven o un anciano; en dichos casos todos tienen derecho a la vida, y su vida tiene la misma dignidad, solo que penalmente atendiendo a valoraciones específicas de debilidad de la víctima o las circunstancias del victimario la pena impuesta es diferente. Como indica Hoyos (2005):

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

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

Otro reparo que ha de realizarse a la sentencia C-355/2006 es que tratando de derechos fundamentales, no analizó íntegramente los derechos contrapuestos de las partes afectadas con la decisión de aborto, pues se están perjudicando los derechos de la mujer madre, del padre y del hijo que se está gestando. La abogada CLAUDIA HELENA FORERO<sup>8</sup>, intervino en la acción de inconstitucionalidad frente al artículo 122 de la ley 599 de 2000, presentando escrito<sup>9</sup> ante la Corte Constitucional en la cual le explicó a dicho tribunal que entre un eventual conflicto entre derechos fundamentales entre la madre y el no nacido se puede resolver acudiendo a alguno de los métodos que la doctrina y la jurisprudencia han apelado en casos de conflicto de derechos fundamentales. Estos métodos son jerarquización, ponderación y test de proporcionalidad. Teniendo en cuenta que, los derechos enfrentados son:

Concebido → derecho a la vida

Madre → autonomía reproductiva de la mujer, libertad, salud, y vida de la mujer.

---

<sup>8</sup> Abogada de la Universidad de la Sabana y profesora de su Facultad de Derecho,

<sup>9</sup> Escrito incorporado en el libro LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS FALACIAS de ILVA MYRIAM HOYOS



La abogada empleando cada uno de los métodos razonó que no hay derecho fundamental que supere el derecho a la vida del *nasciturus*; utilizando el método de jerarquización demostró, basada en la jurisprudencia constitucional, que cuando colisionan los derechos de la vida del no nacido, y la libertad, la vida y salud de la madre, prevalece el derecho a la vida del *nasciturus*, toda vez que dicha protección comprende el proceso de formación y desarrollo del concebido, por ser condición para la viabilidad del nacimiento<sup>10</sup>; la vida humana, como presupuesto necesario de todo derecho, goza de jerarquía superior en cuya virtud prevalece frente a otros derechos, de tal manera que se impone sobre ellos situaciones de conflicto insalvable. En eso consiste la **inviolabilidad** que expresamente le reconoce el precepto constitucional...<sup>11</sup>, asimismo hay que tener en cuenta que el derecho a la libertad contenida en el art. 16 de la constitución está limitada a los derechos de los demás y a los que imponen el orden jurídico, por lo tanto el derecho a la libertad de la mujer en cuanto a sus demás derechos no son absolutos pues encuentran un límite constitucional, no así el derecho a la vida que es inviolable. En consecuencia, si la Corte hubiera optado por analizar los derechos enfrentados entre el *nasciturus* y la mujer madre, confrontándolos con su propio precedente constitucional, obligatoriamente la conclusión sería la prevalencia de los derechos del *nasciturus* sobre los derechos de la madre, y en el caso en que el conflicto sea vida-vida, la cual puede evitarse con base en los desarrollos científicos, si la muerte del niño en aras de salvaguardar la vida de la madre se produjera, no se configuraría responsabilidad penal por el aborto por falta de culpa.

La profesora FORERO empleando el método de la ponderación, y utilizando la fórmula proporcionada por Robert Alexy en su “teoría de los derechos fundamentales” el cual parte de

---

<sup>10</sup> Sentencia C-133 de 1994 M.P. Barrera Carbonell

<sup>11</sup> Sentencia C-13 de 1997 M.P. Hernández Galindo

tres elementos: “la afectación del principio en concreto (IPiC), el peso abstracto del principio (GPiA) y la seguridad de las premisas empíricas relativas a la afectación (SPiC)”, y la asignación de valores entre el supuesto pretendido en relación con la otra pretensión alegada; la cual es ejemplificada con la siguiente “formula del peso”, el peso del principio Pi en relación con Pj; dadas las circunstancias concretas, es el cuociente entre el producto de la afectación en concreto de Pi, el peso abstracto de Pi y la seguridad o certeza de la premisa empírica de Pi, de un lado; y del otro, el producto de la afectación en concreto de Pj, el peso abstracto de Pj y la seguridad o certeza de la premisa empírica de Pj. A su vez, se hallará de la misma forma el peso del principio Pj en relación con Pi, invirtiendo el cuociente, para luego comparar cuál de los principios tiene asignado el mayor valor en el caso en concreto. Los valores a dichos datos son 1 para leve, 2 para medio y 4 para intenso partiendo de la afectación en concreto para cada principio y el peso abstracto de ambos. En relación con la seguridad de las premisas empíricas corresponde 1 para seguro,  $\frac{1}{2}$  para plausible y  $\frac{1}{4}$  para no evidentemente falso.

La asignación de valor a la afectación en concreto del principio corresponde al criterio de magnitud del ámbito normativo del derecho fundamental afectado, es decir, que en cuanto la afectación en concreto se ubique en mayor magnitud en lo normativamente (norma constitucional y jurisprudencial) reconocido como el ejercicio de tal derecho, mayor será la afectación (amenaza o vulneración).

La asignación de valor al peso abstracto corresponde a la importancia que la norma constitucional ha dado al principio, no solo a partir de la disposición y la norma directamente estatuida, sino también teniendo en cuenta la norma adscrita por el Tribunal Constitucional que la haya interpretado y de conformidad con todo el ordenamiento jurídico vigente, pero sin referencia al caso concreto, pues se trata de un peso abstracto.

La asignación de la seguridad de las premisas empíricas en el caso concreto, corresponde a la eficacia o probabilidad de que se dificulte el ejercicio del derecho presuntamente afectado, con la protección del derecho que se le enfrenta. Es decir, que a mayor eficacia de la medida protectora en contra del derecho afectado, mayor seguridad de la premisa empírica” (HOYOS, 2005).

Partiendo de los anteriores supuestos la profesora FORERO procedió a la ponderación de los patrones facticos que se argumentaron en la demanda de inconstitucionalidad que dio como resultado la sentencia C-355 de 2006, de los cuales solo se tomará a manera de ejemplo el ejercicio mediante el cual se ponderó el supuesto de hecho donde se enfrentan los derechos de igual rango constitucional.

“A) Ponderación en el supuesto de hecho del embarazo de alto riesgo

En el patrón fáctico ii de embarazo de alto riesgo, los derechos que se enfrentan son de un lado, la vida de la mujer (Pi), y del otro, la vida del no nacido (Pj).

Para la asignación de valores en la ponderación, hay que decir: (i) que la vida de la mujer se afectaría en grado medio (2) ya que el derecho de la mujer solo está en riesgo. (ii) Que el peso abstracto del derecho es intenso (4), pues este derecho corresponde plenamente al derecho fundamental por excelencia, no solo en virtud de su jerarquía normativa, sino de ser el presupuesto de cualquier otro derecho. (iii) Que la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación o certeza de las premisas es no evidentemente falsa ( $\frac{1}{4}$ ), pues no es segura ni plausible, dado su carácter de “amenaza” y no de “vulneración” efectiva, por las situaciones actuales de avances médicos y científicos que permiten salvar ambas vidas. Con esto se tendría

que el peso del derecho a la vida de la madre es el producto 2, dadas las circunstancias enunciadas.

De otro lado, hay que decir: (i) que la vida del no nacido se afectaría en grado intenso (4), por cuanto la vida se anula de forma total. (ii) Que el peso abstracto del derecho es intenso (4) pues la vida como derecho resulta indispensable para el ejercicio de cualquier otro derecho. (iii) que la certeza de la premisa empírica es segura (1) pues la decisión de la mujer anularía de modo certero y eficaz la vida del no nacido. Así, el peso del derecho a la vida del no nacido en estas circunstancias sería 16, que es el producto de los anteriores valores.

Entonces: El peso (G<sub>Pi,jC</sub>) de la vida de la madre en relación con la del no nacido sería de 0,125 y el peso (G<sub>Pj,iC</sub>) de la vida del no nacido en relación con la vida de la madre sería de 8, dadas las circunstancias del caso en concreto.

$$\mathbf{G_{Pi,Jc}} = \frac{\mathbf{2 \cdot 4 \cdot \frac{1}{4}}}{\mathbf{4 \cdot 4 \cdot 1}} = \frac{\mathbf{2}}{\mathbf{16}} = \mathbf{0,125}$$

$$\mathbf{G_{Pj,Ic}} = \frac{\mathbf{4 \cdot 4 \cdot 1}}{\mathbf{2 \cdot 4 \cdot \frac{1}{4}}} = \frac{\mathbf{16}}{\mathbf{2}} = \mathbf{8}$$

De esta asignación de pesos en concreto, bajo este supuesto de hecho, el derecho a la vida del no nacido tiene mayor peso, lo que significa que debe prevalecer sobre la amenaza al derecho a la vida de la mujer, pues este último es protegible mediante cuidados especiales que se derivan de la misma obligación del Estado, por ejemplo, consagradas constitucionalmente en los artículos 43 (especial asistencia a la mujer embarazada), 48 (seguridad social), 49 (servicios de salud),

entre otros. De acuerdo con esto, el derecho a abortar de la mujer, que pretende ser adscrito respecto al derecho a la vida suya, no resultaría legítimo”.

Como conclusión de este método de ponderación, la profesora FORERO dijo que *“en ningún caso, tiene mayor valor la decisión de la mujer respecto al derecho a la vida del no nacido, sino que éste reviste siempre mayor valía, dada la circunstancia, especialmente, de negación directa, certera y eficaz de su derecho, en comparación con amenazas o circunstancias que podrían restablecer la situación de la mujer en todos los eventos de los patrones facticos descritos”*.

En el manejo del método de proporcionalidad la catedrática indicó que este test se ha utilizado para resolver conflictos de derechos, para verificar si existe exceso o defecto en las medidas legislativas en derecho penal, sancionatorio y disciplinario, y otro tipo de afectaciones en derechos fundamentales por actuaciones de distintos poderes públicos. Que dicho test de proporcionalidad se compone de tres sub-principios como juicios a saber; idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Que el juicio de **idoneidad** implica verificar dos aspectos: (i) si el fin inmediato es legítimo en relación con algún principio constitucional y (ii) si la medida legislativa o restricción es idónea para alcanzar tal fin inmediato.

Sobre el primer ítem la profesora indicó que existe una medida legislativa mediante la cual se impone una pena al que ejecute la conducta del aborto, que el fin inmediato que persiguió el legislador con dicha disposición es la prevención a los daños al bien jurídico “vida”, el cual está en sintonía con los principios constitucionales que protegen la vida a partir de las disposiciones del preámbulo, artículos 2, 5, 11 y 44 de la Constitución. Por su parte la doctrina constitucional

ya ha establecido la legitimidad de la titularidad de la vida del *nasciturus*<sup>12</sup>. En consecuencia, puede afirmarse que es legítimo el fin inmediato toda vez que está ordenado a cumplir un mandato constitucional.

Frente al segundo ítem desde la perspectiva general de la función del derecho penal que es el mantenimiento del orden social, la pena del aborto protege el bien jurídico vida con el fin de prevenir dicha conducta antijurídica, por lo tanto es idónea para alcanzar dicho fin inmediato<sup>13</sup>.

Frente al juicio de **necesidades** indispensable encontrar medios alternativos que sean aptos para lograr alcanzar la menor afectación a los derechos fundamentales confrontados. La profesora FORERO como alternativa a los patrones facticos de embarazo de alto riesgo y embarazo no deseado, por tener el concebido malformaciones incompatibles con la vida extrauterina indica que podría invocarse como medida alternativa a la penalización, la alimentación y medicación adecuada a las mujeres desde una edad temprana para evitar dichos riesgos que generalmente son producto de deficiencias alimenticias o malos manejos de enfermedades maternas previas. Para el supuesto de hecho de embarazo no deseado por la mujer cuyo acto generador cuenta con la aceptación de ella, la medida alternativa podría ser el ofrecimiento de una buena educación sexual, que evitara que la mujer quedara embarazada sin querer estarlo. Para el patrón factico de embarazo no deseado cuyo acto generador no contó con el consentimiento de la mujer, la medida alternativa sería la prevención de actos abusivos generadores de embarazos, mediante políticas penales del legislador.

---

<sup>12</sup> Sentencias C-133/94, C-13/97, C-591/95 entre otras ya traídas a colación.

<sup>13</sup> Cfr. Regla 26 sobre el juicio de idoneidad en C. Bernal, *El principio de proporcionalidad...*, pág. 718. "Una medida adoptada por una intervención legislativa en un derecho fundamental, no es idónea, cuando no contribuye de ningún modo a la obtención del fin inmediato". Regla en la cual se apoya la profesora CLAUDIA HELENA FORERO para argumentar el juicio de idoneidad.

De la comparación conjunta de las medidas alternativas con la medida cuestionada de inconstitucional (esto es la despenalización del aborto), la profesora FORERO indicó que la despenalización del aborto da lugar a la constitución de éste como “acto permitido” con lo que las medidas alternativas dirigidas a proteger el bien jurídico “vida” del *nasciturus* no tendrían eficacia; además dichas medidas alternativas son actualmente derechos de prestación por parte del Estado. Frente al juicio de necesidad, determina la profesora FORERO que, dado que las medidas alternativas propuestas no ostentan el mismo grado de idoneidad respecto a la penalización, ésta supera el juicio de necesidad para cada uno de los patrones fácticos especificados. Ahora bien, la medida alternativa que quizá protege con mayor benignidad el derecho a la vida del no nacido y que reviste mayor o igual idoneidad en la contribución de proteger la autonomía de la mujer es la adopción, pues resulta ser la más favorable con los derechos restringidos.

Frente al juicio de **proporcionalidad** en sentido estricto, señaló que se identifica con el método de ponderación, en el cual se dijo que el derecho a la vida reviste tal importancia respecto a los derechos aludidos de la madre, que es evidente que se justifica la intervención en la libertad de ésta, que es en últimas el derecho restringido, en aras de la consecución de la protección a la vida del no nacido. Así se cumple con la prohibición consistente en que “una afectación intensa de la libertad o de otro derecho fundamental sea correlativa tan solo a una protección mínima o leve de otro derecho o bien jurídico”<sup>14</sup>, pues la afectación a la libertad de la mujer siendo leve, es preferible por la protección intensa que se daría al derecho a la vida del no nacido. Expresa la

---

<sup>14</sup> Carlos Bernal, “El principio de proporcionalidad en la legislación penal” en El derecho de los derechos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pág. 136. Citado por la profesora CLAUDIA HELENA FORERO.

profesora FORERO que se deduce que el derecho fundamental que se protege con la medida reviste mayor valor que el derecho fundamental restringido, con lo cual se evidencia la posibilidad de restricción de este derecho, y por ende la necesaria no adscripción del “ejercicio del aborto” como parte legítima de los derechos de libertad de la mujer.

Pero los anteriores argumentos jurídicos no fueron tenidos en cuenta por la Corte Constitucional y menos, realizó una carga argumentativa jurídica ni filosófica que tengamayorpeso para solucionar un caso de tan compleja resolución, solo se limitó a tener en cuenta las ideas emotivas expuestas por la parte demandante, las cuales no están lejos de la realidad, pero que lo que se reprocha a la Corte es su falta de argumentación para acoger dicha tesis, pues como quedó demostrado por la profesora Forero, si hubiera tomado las líneas metodológicas de ponderación de derechos, no obtendría el resultado al cual se llegó, además de no exponer las otras caras de las personas afectadas con dicha determinación.

Obsérvese como en la aclaración de voto a la sentencia C-355 de 2006 el Magistrado Ponente JAIME ARAÚJO RENTERÍA, especifica que el *nasciturus* es un ser protegido por el Derecho pero que claramente no tiene personalidad jurídica, y aun así el Estado le debe dicha protección.

Así mismo, en los salvamentos de voto de los magistrados **MARCO GERARDO MONROY CABRA** y **RODRIGO ESCOBAR GIL**, estos consideraron que

Es constitucionalmente inaceptable la distinción planteada en la Sentencia, según la cual la vida del ser humano no nacido es tan sólo un “bien jurídico”, al paso que la vida de las personas capaces de vida independiente sí constituye un derecho



subjetivo fundamental. A nuestro parecer, la vida humana que aparece en el momento mismo de la concepción constituye desde entonces y hasta la muerte un derecho subjetivo de rango fundamental en cabeza del ser humano que la porta, y en ningún momento del proceso vital puede ser tenida solamente como un “bien jurídico”, al cual pueda oponerse el mejor derecho a la vida o a la libertad de otro ser humano”.

En el mismo sentido estos magistrados indicaron que el *nasciturus* es titular del derecho a la vida conforme el art. 6 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos; pues dicha norma señala con precisión que

una vez que aparece la vida humana en cabeza de un ser biológicamente individualizado, como según la ciencia lo es el *nasciturus*, en él se radica la personalidad jurídica, es decir, la efectiva titularidad de derechos fundamentales, entre ellos el primero y principal, la vida, así como la aptitud para ser titular de otra categoría de derechos. En el mismo orden de ideas, el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (Pacto de San José de Costa Rica) señala 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”, en una clara alusión a que todo ser humano es titular de los derechos humanos que reconoce el Derecho Internacional. Con más claridad aún, el numeral 2° del artículo 1° de esta misma Convención dice así: 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano. Por lo anterior, estiman los suscritos que conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no cabía duda respecto a que el ser humano que está por nacer tiene derecho a ser reconocido como

persona, y en tal virtud es titular del derecho a la vida, por lo cual los artículos de la Constitución Política relativos a este derecho debieron ser interpretados a la luz de esta premisa fundamental.

Además, argumentan como las recomendaciones dadas por los organismos internacionales no integran el bloque de constitucionalidad, pues no tienen efecto vinculante conforme la propia jurisprudencia de la Corte.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional en dicha Sentencia C-355 de 2006 consideró que la vida del *nasciturus* es un bien constitucionalmente protegido y que como tal han de adoptarse medidas para su protección legal, (consideración 5 de la sentencia) los jueces deben adoptar medidas para la protección a la vida del *nasciturus* y así deberán actuar, y las acciones que deba tomar el Derecho, el Estado, las instituciones para proteger las garantías constitucionales y fundamentales de todo ser humano desde la etapa de la concepción conviene que sean de carácter positivo, reconociendo que se están valorando los derechos de dos personas que son iguales frente a la ley y que su existencia le es reconocida por el mero hecho de ser un igual. Además, teniendo en cuenta que la Corte ha reconocido que el concebido tiene derechos fundamentales que pueden ser amparados mediante la acción de tutela, la vida como derecho esencial para que puedan preservarse otros derechos, merece toda la atención, buscando la resolución positiva que edifique la dignidad como personas del concebido y de la mujer.

## LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela fue incorporada en el art. 86 de la Constitución Política Colombiana que consagra:

Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y

directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Aunque se haya establecido la informalidad de la acción de tutela, el ejercicio de la misma depende del cumplimiento de unos requisitos mínimos de procedibilidad, los cuales son desarrollados en el decreto 2591 de 1991, aparte de cumplir las exigencias generales para el caso en concreto se debe verificar los siguientes: (i) legitimación en la causa por activa, (ii) legitimación en la causa por pasiva, (iii) amenaza del derecho fundamental, (iv) No hay otro medio de defensa judicial.

#### (i) Legitimación En La Causa Por Activa

El artículo 10 del mencionado decreto establece la legitimidad e interés que debe tener el accionante: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. ...” (resalto intencional). En consecuencia, esta acción puede ser interpuesta por el concebido representado por el progenitor que pretende defender la vida de su hijo por estar legalmente legitimado para ello, apoyándose además en el art. 53 del Código General del Proceso que directamente le otorgó capacidad para ser parte al concebido.

#### (ii) Legitimación Por Pasiva

El art. 86 de la Constitución indica que “La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya

conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión” (resalto intencional.) Por su parte el art. 5 del decreto 2591/91 indica que también procede contra acciones u omisiones de particulares. Y el numeral 9 del art. 42 dice que “Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela.” (resalto intencional)

La indefensión ha sido referida como una situación esencialmente relacional que implica la dependencia de una persona respecto a otra. La sentencia T-1236/2000 expone que “cuando el demandante sea incapaz de repeler física o jurídicamente las agresiones de las cuales viene siendo objeto por parte de un particular, las cuales ponen en peligro sus derechos fundamentales. Lo anterior, ha de ir de la mano de las circunstancias particulares que rodean al afectado, y que deben ser objeto de análisis por parte del Juez de tutela, para así determinar el grado de indefensión que hace procedente la acción”.

Se deriva de lo anterior que se presume que el nasciturus se encuentra en situación de indefensión frente a sus padres, frente a los cuales está en la incapacidad de resistir física o jurídicamente los actos, omisiones u amenazas que estos pretendan realizar en su contra y que vulnerarían su derecho fundamental a la vida., resulta entonces que el sujeto pasivo de la acción sería quien amenace la vida del nasciturus; como el progenitor que decida abortar, o tercero que obligue o presione dicho acto.

(iii) Amenaza del derecho fundamental

La tutela esta instituida para defender los derechos fundamentales de acciones, omisiones u amenazas. Resulta pertinente entonces, señalar que en principio al nasciturus se le estaría amenazando su derecho fundamental a la vida, pues la decisión de abortar implica que se ejecutaran a cabo acciones en dicho sentido, en la sentencia T349/93 se precisa dicho concepto:

Sin embargo, no puede perderse de vista que la Constitución Política, en su artículo 86, al consagrar los motivos por los cuales puede ejercerse acción de tutela, no se limita a prever hechos que impliquen violación de los derechos fundamentales, sino que contempla la amenaza de los mismos como posibilidad cierta e inminente de un daño futuro susceptible de evitarse mediante la protección judicial.

Hallarse amenazado un derecho no es lo mismo que ser violado. La amenaza es una violación potencial que se presenta como inminente y próxima. Respecto de ella la función protectora del juez consiste en evitarla.

La amenaza a un derecho constitucional fundamental tiene múltiples expresiones: puede estar referida a las circunstancias específicas de una persona respecto al ejercicio de aquel; a la existencia de signos positivos e inequívocos sobre el designio adoptado por un sujeto capaz de ejecutar actos que configuren la violación del derecho; o estar representada en el desafío de alguien (tentativa), con repercusión directa sobre el derecho de que se trata; también puede estar constituida por actos no deliberados pero que, atendiendo a sus características, llevan al juez de tutela al convencimiento de que si él no actúa mediante una orden, impidiendo que tal comportamiento continúe, se producirá la violación del derecho;

igualmente pueden corresponder a una omisión de la autoridad cuya prolongación en el tiempo permite que aparezca o se acreciente un riesgo; también es factible que se configure por la existencia de una norma -autorización o mandato- contraria a la preceptiva constitucional, cuya aplicación efectiva en el caso concreto sería en sí misma un ataque o un desconocimiento de los derechos fundamentales. En este último evento, la utilización del artículo 86 de la Carta se cristaliza en la inaplicación del mandato o autorización inconstitucional en el caso particular, con arreglo al artículo 4º de la Carta, siempre y cuando se cumpla el requisito de la **incompatibilidad** entre los dos preceptos. (T-349/1993)

Con base en lo anterior, se tiene que se cumple a cabalidad los requisitos que la jurisprudencia estableció para que se configure la amenaza, pues la decisión de abortar implica una situación de vulneración cierta e inminente al derecho de la vida del concebido, los cuales el juez de tutela debe verificar que se cumplan. Al mismo tiempo que se cumple el requisito de incompatibilidad entre el derecho fundamental a la vida del concebido, con el “derecho de abortar” de la mujer<sup>15</sup>, el cual debe ser inaplicado como quedó establecido en la Sentencia C-013/97 que advirtió que no podía entenderse jamás los derechos de la mujer como prevalentes sobre la vida del que está por nacer.

(iv) No hay otro medio de defensa judicial.

El art. 86 de la Constitución Nacional establece que la acción constitucional solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice

---

<sup>15</sup>Se pone entre comillas el supuesto derecho de la mujer, pues surge la inquietud si de un delito que todavía está vigente en la legislación se puede derivar un derecho por decisión judicial, cuestión que no es posible abarcarla en este trabajo.

como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Es decir, este mecanismo es residual y subsidiario, y efectivamente si se revisa las acciones que puede interponer el concebido para proteger su derecho a la vida no hay ningún medio de defensa más eficaz que la acción de tutela, pues el nasciturus se encuentra en una situación de vida o muerte en la cual la orden de un juez puede exigir de forma inmediata cesar la amenaza y respetar el derecho a la vida del niño que está por nacer.

### MEDIDAS PROVISIONALES DE PROTECCIÓN

El art. 7 del decreto 2591/91 determinó que desde la presentación de la solicitud de tutela se puede solicitar medida provisional para la suspensión del acto que amenace o vulnere el derecho fundamental. La medida provisional pretende evitar que la amenaza se vuelva en violación que produzca un daño más gravoso que haga que la sentencia carezca de eficacia. El Juez está facultado para que de oficio decrete la medida cautelar que considere conveniente para la protección del derecho fundamental involucrado y evitar la consumación del daño. En consecuencia, decretar esta medida es imprescindible en el caso concreto, pues ante la inminente pérdida de la vida de un ser humano, el Juez debe actuar prontamente decretando la medida mientras emite el fallo de tutela, el cual es de obligatorio cumplimiento so pena de iniciar incidente de desacato que llevaría a sancionar al accionado por el no acatamiento de la orden.



## CONCLUSIONES

Existen instrumentos internacionales de derechos humanos que ordenan proteger la vida del ser humano desde antes del nacimiento, dichos instrumentos hacen parte integrante del bloque de constitucionalidad en sentido estricto por haber sido ratificados por Colombia mediante leyes aprobatorias que se encuentran vigentes. Así mismo, nuestra legislación contempla normas que definen al *nasciturus* como persona, que lo protegen y le otorgan capacidad para ser parte en los procesos en defensa de sus derechos, y la jurisprudencia de la Corte reconoce que se tiene el deber de protección de la vida del *nasciturus*, que es sujeto de protección de derechos fundamentales y puede hacerlos efectivos mediante el ejercicio de la acción de tutela. En consecuencia, lo que procede ahora es divulgar principalmente en la academia que es procedente interponer la acción de tutela para proteger el derecho a la vida del concebido, generando así inquietud por el tema, alentando a los nuevos abogados a incluir esta práctica y, a las instituciones médicas, para que informen que es posible que el progenitor que no esté de acuerdo tenga esta posibilidad.

El debate frente al aborto aún no tiene punto final, pues las decisiones tomadas al interior de la Corte Constitucional muestran desacuerdos importantes, que pueden llevar a que en casos particulares, valorando los derechos específicos del progenitor que quiere defender la vida de su hijo, y de ese hijo individualizado, lleven a dejar de ver al *nasciturus* como un sujeto sin rostro, y lo muestren como un alguien que es amado, que está en estado de indefensión y que necesita ser protegido. Además, porque en las sentencias C-355 de 2006 y SU096-18 no se analizaron los derechos de igual rango constitucional que tiene cada uno de los progenitores frente al otro.

De esta manera, erró la Corte en la sentencia C-355 de 2006, al no defender al nasciturus como individuo de la especie humana que tiene derecho a la vida; pues de la misma manera se ha equivocado la humanidad en otras ocasiones definiendo el concepto de persona, para el caso en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de E.U. en el caso Dred Scott vs. Sanford de 1857, en el cual se falló que la persona de raza “negra no es ser humano”.

## BIBLIOGRAFÍA

Garcia, J. S. (2002). *Diccionario Jurídico*. Medellín: Librería Jurídica Sanchez R. Ltda.

HOYOS, I. M. (2005). *La Constitucionalización de las Falacias*. Bogotá: Temis S.A.

Sentencia T-171/99, Sentencia T-171/99 (Corte Constitucional 17 de Marzo de 1999).

Sentencia T-223/98 -NASCITURUS-Protección de derechos fundamentales exigibles (Corte Constitucional 18 de Mayo de 1998).

SU491-93, SU491-93 (Corte Constitucional 28 de octubre de 1993).

T-349/1993, T-349/1993 (Corte Constitucional 27 de Agosto de 1993).