C-669-14

Sentencia C-669/14

Referencia: Expediente D-10127

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 134 del Código Penal

Actor:

Ángela María Anduquia Sarmiento

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D. C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, profiere la presente sentencia con fundamento en los siguientes

I. ANTECEDENTES

1. La demanda de inconstitucionalidad

En ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, la ciudadana Ángela María Anduquia demandó: (i) los artículos 3 y 29 (parcial) de la Ley 1098 de 2006, el artículo 134 (parcial) de la Ley 599 de 2000, el artículo 2 (parcial) del Decreto 1546 de 1998, y el Decreto 4444 de 2006; (ii) las disposiciones legales o con fuerza de ley emanadas de cualquier autoridad, que transgredan o desconozcan los derechos fundamentales del nasciturus, su interés superior, o el deber estatal de brindarles una protección reforzada; (iii) la sentencia C-355 de 2006.

1.1. Contenido de las disposiciones demandadas

A continuación se transcriben las disposiciones impugnadas[1]:

“Ley 1098 de 2006

(noviembre 8)

Diario Oficial Nro. 46.446

Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA

(…)

“ARTÍCULO 3. SUJETOS TITULARES DE DERECHOS. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años”

ARTÍCULO 29. DERECHO AL DESARROLLO INTEGRAL EN LA PRIMERA INFANCIA. La primera infancia es la etapa del ciclo vital en la que se establecen las bases para el desarrollo cognitivo, emocional y social del ser humanos. Comprende la franja poblacional que va de los cero (0) a los seis (6) años de edad. Desde la primera infancia, los niños y las niñas son sujetos titulares de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en este Código. Son derecho impostergable de la primera infancia, la atención en salud y nutrición, el esquema completo de vacunación, la protección contra los peligros físicos y la educación inicial. En el primer mes de vida deberá garantizarse el registro civil de todos los niños y las niñas”.

“Ley 599 de 2000

(julio 24)

Diario Oficial Nro. 44.097

Por la cual se expide el Código Penal

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA

(…)

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

"Decreto 1546 de 1998

(agosto 4)

Por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 9ª de 1979, y 73 de 1998, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en los seres humanos, y se adoptan condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA

(…)

ARTÍCULO 2. Para efectos del presente decreto adóptanse las siguientes definiciones: (…) Donante de gametos o preembriones. Es la persona que por voluntad propia dona sus gametos o preembriones para que sean utilizados con fines terapéuticos o investigativos. (…)".

1.2. Solicitud

La demanda contiene dos tipos de requerimientos:

Por un lado, se solicita la declaratoria de inexequibilidad o la orden de dejar sin efectos los siguientes instrumentos normativos: (i) los artículos 3 y (parcial) y 29 (parcial) de la Ley

1098 de 2006, 134 (parcial) de la Ley 599 de 2000 y 2 (parcial) del Decreto 1546 de 1998, así como del Decreto 4444 de 2006 en su integridad; (ii) las disposiciones legales o con fuerza de ley emanadas de cualquier autoridad, que transgredan o desconozcan los derechos fundamentales del nasciturus, su interés superior, o el deber estatal de brindarles una protección reforzada; (iii) la sentencia C-355 de 2006.

Y por otro lado, se solicita un exhorto a las autoridades públicas competentes, con los siguientes propósitos: (i) para que se adopten las medidas necesarias, inclusive de orden normativo, dirigidas a contrarrestar los efectos nocivos y contrarios a la Constitución, de la aplicación de las normas impugnadas; (ii) para que se reglamente e impulse la adopción de niños en sus etapas pre-embrionarias y embrionarias que se encuentran en los bancos de laboratorio y en otros lugares análogos o equivalente, y de este modo se haga efectivo su derecho a gozar de una familia; (iii) para que se regule y limite la fecundación de seres humanos en laboratorios, así como la donación de gametos sexuales para la procreación; (iv) para que diseñen e implementen políticas públicas de promoción de los derechos de los seres humanos no nacidos que han sido menoscabados en virtud de la aplicación de las normas demandadas, y para que por esta vía sean reconocidos como personas, sujetos de derechos fundamentales y niños que gozan de especial protección del Estado.

1.3. Fundamentos de la demanda

La solicitud de la accionante se apoya en dos tipos de premisas: por un lado, en la concepción de los seres humanos no nacidos como sujetos de derecho, y por otro lado, en la tesis sobre la insuficiencia de las disposiciones legales y cuerpos normativos demandados para garantizar los derechos inherentes a tales individuos.

Con respecto al primero de estos supuestos, la peticionaria ilustra el debate jurídico que se ha dado en torno al status de los nasciturus, para posteriormente fijar su postura y concluir que son personas, titulares de derechos constitucionales. A partir de esta consideración, la actora analiza las disposiciones acusadas, concluyendo que por no proteger adecuadamente los derechos de tales sujetos, deben ser retiradas del ordenamiento jurídico.

Así, en la primera parte del escrito de acusación, se reconstruye el debate jurisprudencial en Colombia acerca de la condición jurídica de los seres humano no nacidos, identificando

las dos grandes posiciones que la Corte Constitucional ha adoptado en esta materia: una según la cual no son personas ni titulares del derecho fundamental a la vida sino tan solo un valor jurídico[2]; y otra, para la cual para la cual sí son personas, y por consiguiente, sujetos de derechos fundamentales prevalentes, comprendidos dentro del espectro del interés superior del menor y del deber estatal de protección especial por indefensión[3].

A juicio de la peticionaria, como de manera invariable la jurisprudencia constitucional ha hecho depender la condición de persona humana de la individualidad, y como los adelantos científicos han demostrado que el no nacido cuenta con esta individualidad desde la fecundación, tal como se ha evidenciado con la fecundación in vitro extra corpórea, la clonación, el cultivo de embriones para células madre, la maternidad subrogada y el alquiler de vientres, pues en todos estos procedimientos se evidencia que la individualidad no está atada ni subordinada a la gestación en el útero materno, la forzosa conclusión es que el nasciturus es una persona, y que por tanto, debe gozar de todos los atributos y derechos inherentes a este status, independientemente de que sea generado en virtud de la asistencia científica, o de que haya sido procreado naturalmente.

A la luz de este supuesto, la actora evalúa la constitucionalidad de la preceptiva demanda, concluyendo que la misma no satisface los estándares mínimos de los derechos constitucionales a la vida, a la integridad personal, a la salud, a no ser víctima de tratos inhumanos o degradantes, a la igualdad, a la personalidad jurídica, a tener una familia y a tener una protección reforzada, y que por consiguiente, debe ser retirada del sistema jurídico.

2. Trámite procesal

2.1. Auto inadmisorio y de rechazo de la demanda

Mediante auto del 14 de marzo de 2014, el magistrado sustanciador adoptó las siguientes decisiones: (i) inadmitir la demanda en contra de los artículos 3 y 29 (parcial) de la Ley 1098 de 2006 y del articulo 134 (parcial) de la Ley 599 de 2000, por estimar que los cargos correspondientes no cumplían los requisitos para la estructuración de un juicio de constitucionalidad; (ii) rechazar la demanda presentada contra normas indeterminadas, contra la sentencia C-355 de 2006 de esta Corporación, y contra el Decreto 4444 de 2005, así como en relación con los exhortos.

2.2. Escrito de corrección de la demanda

El día 20 de marzo de 2014, la accionante presentó escrito de corrección de la demanda en relación con el artículo 134 de la Ley 599 del 2000, siguiendo la misma línea argumentativa del escrito de acusación. De este modo, a partir del mismo esquema conceptual señalado en el acápite anterior, la peticionaria fundamenta la solicitud de declaratoria de inexequibilidad con las siguientes acusaciones: (i) vulneración del derecho a la vida previsto en el artículo 11 de la Carta Política, en la medida en que el aparte normativo acusado permite, por la vía de la no penalización, que el nasciturus sea destruido para extraer sus componentes anatómicos y destinarlos a la investigación o a tratamientos terapéuticos de otros individuos, lo que inevitablemente lo conduce a la muerte; esta infracción es aún más patente si se tiene en cuenta que según la Carta Política y el Código de la Infancia y la Adolescencia, los derechos del niño, incluidos los de los no nacidos, prevalecen dentro del orden jurídico; (ii) desconocimiento de la prohibición de las torturas o penas crueles, inhumanas o degradantes establecida en el artículo 12 superior, en cuanto, por un lado, la norma impugnada avala la instrumentalización del no nacido en función de objetivos distintos a su propio bienestar, y en beneficio de sujetos distintos a él mismo, y en cuanto, por otro lado, admite su maltrato a pesar de encontrarse en una situación de total indefensión; (iii) violación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 13 de la Constitución Política, toda vez que el precepto demandado la norma justifica los tratos vejatorios en contra de los nasciturus destinados a la experimentación y al tratamiento médico de otras personas, eludiendo el deber de brindarles una protección especial en razón de su situación de indefensión y del trato discriminatorio que históricamente han sufrido; (iv) violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, previsto en el artículo 14 superior, en cuanto el precepto impugnado tácitamente “ignora la calidad de persona del nasciturus (…) generado con la asistencia científica”, pese a que es un ser humano, una persona, un niño y un sujeto de derechos titular de derechos fundamentales prevalentes; (v) desconocimiento de la prohibición constitucional de la esclavitud y la trata de seres humanos en todas sus formas, contenida en el artículo 17 de la Carta Política; la razón de ello es que la disposición permite la captación, el traslado y la receptación de estos seres aprovechando su situación de indefensión, con fines de explotación como la extracción de órganos y la utilización de su organismo en beneficio de terceros; (vi) vulneración del derecho de los niños a la familia y el carácter prevalente de sus derechos, contenido en el artículo 44 de la Carta Política,

porque al permitir la utilización de los nasciturus para la investigación y los tratamientos terapéuticos, se supeditan sus derechos a la vida, a la salud y a la integridad, a la satisfacción de los deseos e intereses de terceras personas, y se permite su abandono por sus padres, que en virtud de su libertad reproductiva, ya lo han procreado y deben asumir las consecuencias de ello; (vii) finalmente, el precepto acusado vulnera el derecho a la salud del niño, en la medida en que permite la ejecución de procedimientos cuyo resultado directo es el detrimento de la integridad física de tales individuos.

2.3. Admisión

Mediante auto del 8 de abril de 2014, el magistrado sustanciador admitió la demanda y ordenó:

– Correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación, para la presentación del correspondiente concepto.

– Fijar en lista la ley acusada para las respectivas intervenciones ciudadanas.

– Comunicar la iniciación del proceso a la Presidencia de la República, al Congreso de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y a la Defensoría del Pueblo.

– Invitar a participar a: (i) los decanos de las facultades de derecho de las universidades Externado de Colombia, Rosario, de los Andes y Sabana; (ii) los decanos de las facultades de medicina de las universidades Javeriana, Rosario y Nacional de Colombia; (iii) Academia Colombiana de Jurisprudencia; (iv) Instituto de Derecho Penal y Ciencias Criminalísticas "José Vicente Concha" de la Universidad Sergio Arboleda; (v) Instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Javeriana e Instituto Colombiano de Educación en Bioética.

3. Intervenciones[4]

3.1. Intervenciones que solicitan un fallo inhibitorio (Ministerio de Justicia y del Derecho y Defensoría del Pueblo[5])

Los intervinientes señalados solicitan un fallo inhibitorio, en atención a las siguientes

circunstancias:

En primer lugar, el accionante habría fallado al individualizar las disposiciones demandadas, pues el aparte normativo acusado carece de sentido regulador autónomo, en tanto no tiene la estructura de una disposición jurídica integrada por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Por este motivo, ni siquiera apelando a la figura de la integración normativa sería posible solventar esta deficiencia, porque para ello se requiere previamente que el fragmento impugnado tenga algún significado, y este no es el caso[6].

En segundo lugar, los cargos de la demanda parten del supuesto injustificado y sin respaldo en el ordenamiento jurídico, de que la existencia de las personas comienza con la fecundación, cuando la propia legislación contiene una solución distinta, en el sentido de que "la existencia legal de toda persona principia al nacer", según lo determina el Código Civil. Examinada la norma atacada a la luz de esta definición no cabría ninguno de los cuestionamientos planteados por la actora, y por tanto, no es viable un fallo de fondo[7].

En tercer lugar, como en últimas las acusaciones apuntan a cuestionar las disposiciones del derecho positivo que establecen como punto de partida de las personas el nacimiento, la actora ha debido controvertir estas disposiciones e integrarlas con aquella que demanda. En particular, los artículos 90 y 93 del Código Civil disponen expresamente que "la existencia legal de toda persona principia al nacer", que "la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar complemente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás", y que "el nacimiento constituye un principio de existencia". Así las cosas, como la disposición atacada vendría a ser una derivación de estos otros preceptos, no bastaba con demandar esa sola norma sino que también han debido impugnarse aquellas otras que le sirven de fundamento[8].

En cuarto lugar, se advierte que los cargos de la demanda parten de atribuir al precepto impugnado un alcance del que realmente carece, pues la excepción a la prohibición general de fecundar óvulos con fines distintos a la procreación se presenta únicamente cuando la investigación, el diagnóstico y el tratamiento con fines terapéuticos se predica de una persona determinada en cuyo beneficio se efectúa la fecundación y se utiliza el embrión. Es

decir, la peticionaria habría estructurado sus argumentos a partir del falso supuesto de que la norma atacada permite fecundar óvulos humanos con un propósito genérico e indeterminado como el progreso científico o la salud de las personas, cuando en realidad la excepción tiene un alcance más restringido[9].

Finalmente, se afirma que los reproches de la peticionaria sobre el abuso de poder y sobre la utilización de seres en situación de vulnerabilidad e indefensión con fines de explotación, a través de prácticas como la extracción de órganos y la utilización de su organismo en favor de terceros, en realidad no controvierten el precepto acusado, sino, de ser el caso, otros tipos penales como el tráfico de cigotos y embriones[10].

3.2. Intervenciones en favor de la declaratoria de exequibilidad (Colciencias, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Defensoría del Pueblo[11], Universidad Externado de Colombia, Universidad del Rosario, Instituto Colombiano de Estudios Bioéticos, Departamento Administrativo para la Prosperidad Social)

Los intervinientes señalados solicitan la declaratoria de exequibilidad simple del precepto impugnado. A su juicio, la apreciación de la peticionaria sobre la inconstitucionalidad de la medida se origina en una comprensión errada del ordenamiento superior, al suponer que éste le atribuye al nasctiturs la condición jurídica de persona, y por ende, titular de los derechos fundamentales, cuando en realidad, la vida humana en estos esta fase primigenia es solo un bien jurídico objeto de una protección relativa. Y evaluada la disposición desde este nuevo enfoque, la conclusión necesaria e indefectible es que no transgrede ninguno de los preceptos constitucionales que se estimaron violados en la demanda[12].

Para respaldar la aserción sobre la vida del nasciturus como un bien jurídico y no como un derecho, los intervinientes se apoyan en dos tipos de instrumentos: por una parte, documentos jurídicos que dan cuenta del entendimiento dominante en la comunidad jurídica en esta materia, y en especial, sentencias de la Corte Constitucional e instrumentos de los órganos sistemas mundial y regionales de derechos humanos, a la luz de los cuales el ser humano no nacido no podría ser asimilado en su condición jurídica a los seres humanos ya nacidos, y en cuya virtud, el deber de protección de su vida es tan solo relativo[13]; y por otro lado, se cita la legislación común, y en especial los artículos 90, 91 y 93 del

Código Civil, que establecen que el nasciturus no es una persona y que sus derechos se encuentran suspensos hasta el nacimiento.

En este marco en el que la vida humana en sus primeros estadios no constituye un derecho que deba ser protegido de manera absoluta, la solución legislativa contenida en el artículo 134 del Código Penal no adolece ninguno de los vicios atribuidos por el actor, por las siguientes razones:

Primero, la disposición atiende a finalidades constitucionalmente admisibles, como los que se indican a continuación: (i) la investigación científica[14], pues "si en Colombia se penalizara la fecundación con fines científicos, rigurosamente científicos, como debe ser toda ciencia, quedaríamos como un país retrasado, relegado culturalmente más de lo que muestran las pruebas PISA entre otras y toda labor investigativa quedarían sin invitados al cultivo de la ciencia"[15]; (ii) la de preservar la salud de quienes aportan el óvulo o el espermatozoide[16], la de otras personas que requieren de los componentes anatómicos que sólo pueden ser extraídos de embriones humanos[17], y la del propio ser humano creado mediante la fecundació; en este último caso, la intervención en el pre embrión o embrión tiene por objeto identificar, y eventualmente tratar enfermedades de carácter hereditario, de modo que al criminalizar este tipo de investigación se impediría el "acceso a procedimientos que traen beneficios al hijo por nacer (…) como amniocentesis diagnóstica o terapéutica, amnioinfusión, biopsia de vellosidades coriales, cordocentesis, drenaje de cavidades fetales, transfusión fetal intrauterina y cirugía por malformaciones"[18].

Por otro lado, no debe perderse de vista que el aparte normativo acusado constituye tan solo una excepción a la prohibición general de fecundar óvulos con propósitos distintos a la procreación, y que además, esta hipótesis exceptiva a la penalización general no obsta para que jurídicamente se fijen reglas y límites específicos para el ejercicio de la investigación científica en esta materia, y para que por estas vías alternativas se asegure que sea desplegada en el marco de la ética.

Finalmente, la medida se encuadra dentro del margen de configuración que detenta el órgano parlamentario para definir el repertorio de conductas criminalizadas, teniendo en cuenta la gravedad de las mismas, su impacto en los bienes jurídicos tutelados en la ley penal, el grado de culpabilidad, entre otros. En este caso, la despenalización de la

fecundación de óvulos humanos con propósitos científicos, o para el tratamiento o diagnóstico con finalidad terapéutica con respecto al ser humano de investigación se inserta dentro de esta dinámica, y constituye una fórmula legislativa legítima que pretende compatibilizar el deber de protección de la vida humana, con los imperativos asociados al desarrollo científico y médico[19].

3.3. Intervenciones que solicitan un exhorto (Departamento para la Prosperidad Social e Instituto Colombiano de Estudios Bioéticos)

Los intervinientes señalados anteriormente solicitan a esta Corte un exhorto al Congreso, para que éste regule de manera integral y sistemática los procesos de experimentación e investigación científica, así como las técnicas de reproducción humana asistida. La necesidad de esta regulación se explica porque la disposición demandada, a la vez que prohíbe de manera general la fecundación con fines distintos a la procreación, establece una salvedad en términos tan amplios, que sin una regulación precisa, termina por perder su carácter excepcional y por desproteger los embriones, y porque además, la legislación existente en la materia resulta insuficiente para proteger la vida humana en sus primeras etapas.

3.4. Intervenciones que solicitan una sentencia de constitucionalidad condicionada (Carlos Corsi Otálora).

Mediante escrito presentado a esta Corporación el día 27 de junio de 2014, el ciudadano Carlos Corsi Otálora solicita a esta Corporación declarar la constitucionalidad condicionada del aparte normativo acusado, en el sentido de que la excepción a la prohibición general de fecundar óvulos con fines distintos a la procreación opera únicamente cuando la investigación, el diagnóstico y el tratamiento sobre el embrión tenga por objeto identificar o tratar afecciones de salud del propio individuo concreto de la especie humana en estado pre embrionario o embrionario creado mediante la fecundación extracorpórea.

A juicio del ciudadano, esta interpretación es la única que se ajusta al imperativo constitucional de protección de la vida, y la que además, resulta consistente con la voluntad del órgano de representación democrática que expidió la norma demandada, teniendo en cuenta los antecedentes y el proceso de aprobación parlamentaria que antecedió a la expedición de la disposición impugnada.

En este sentido, el actor sostiene que como la vida humana es un fin en sí mismo y no puede ser instrumentalizada en ninguna de sus etapas, la intervención en embriones sólo se justifica cuando persiguen el beneficio de éste mismo, y que por tanto, la disposición impugnada debe ser entendida en el sentido señalado.

Justamente, la necesidad de respetar la vida humana fue la que llevó al Congreso de la República a reconsiderar su postura inicial de dar una gran apertura a la investigación científica en embriones, teniendo en cuenta las objeciones presidenciales. En este sentido, el interviniente da cuenta de los antecedentes parlamentarios, señalando la transformación del tipo penal aprobado en su momento por el Congreso, el contenido de las objeciones presidenciales, y el texto finalmente aprobado.

Así, el artículo aprobado inicialmente establecía el delito de fecundación y tráfico de óvulos y embriones humanos en los siguientes términos: "El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana o a la investigación científica en los términos señalados en el artículo 132 incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años".

Con fundamento en distintas sentencias de la Corte Constitucional sobre el principio de dignidad humana, el derecho a la vida y la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, el Presidente de la República objetó tal disposición por razones de inconstitucionalidad, argumentando que no resultaba admisible utilizar seres humanos en beneficio exclusivo de terceros, incluso cuando las finalidades perseguidas fuesen altruistas, y sugirió entonces la alteración del texto legal, para que únicamente se permitiese la fecundación extracorpórea en el contexto de la reproducción asistida.

Hecha esta objeción, el Congreso de la República reconsideró su posición y optó por acoger la posición del gobierno nacional, en los términos del actual artículo 134 del Código Penal.

No obstante, como a juicio del interviniente existe una confusión sobre el alcance de la disposición, la Corte debe dilucidarlo en los términos señalados anteriormente.

3.5. Intervenciones que suministran criterios técnicos (Hernán Alejandro Olano García, Instituto Colombiano de Estudios Bioéticos, Universidad del Rosario)

3.5.1. El ciudadano Hernán Alejandro Olano García, la Universidad del Rosario y el Instituto Colombiano de Estudios Bioéticos (ICEB) intervinieron para suministrar criterios técnicos a esta Corporación, en tres temáticas específicas: el proceso de desarrollo de la vida humana dependiente, los criterios que confieren la individualidad al ser humano, y los objetivos y el alcance de las investigaciones médicas y científicas con células estaminales no embrionarias.

3.5.2. Con respecto al primero de estos tópicos, la Universidad del Rosario y el Instituto Colombiano de Estudios Bioéticos ofrecieron una descripción del proceso de desarrollo humano a partir de la concepción.

En este sentido, la Universidad del Rosario indicó que antes del nacimiento, el ser humano atraviesa un largo y complejo proceso evolutivo en el que se pueden distinguir tres fases: la etapa pre-embrionaria, que se presenta antes de la implantación, la etapa embrionaria que ocurre con la implantación en la 3ª semana del embarazo y que se extiende hasta la 8ª semana desde la fecundación, y la etapa fetal, a partir de ese momento y hasta su viabilidad, que se ubica en la semana 22 del embarazo. Antes de la implantación son frecuentes las pérdidas naturales de cigotos, así como las denominadas "quimeras post cigóticas", que se producen cuando dos pre embriones se fusionan y dan lugar a un único embrión. Y en todo caso, las especificidades de cada individuo se adquieren de manera sólo cuando el material genético entra en contacto con información extra cromosómica que proviene de la madre, después de la implantación.

3.5.3. Por su parte, el Instituto Colombiano de Estudios Bioéticos advierte que no existe un punto de partida de la vida, porque ésta "no se inicia sino que se transmite o se continúa", y porque en general, "los seres vivos son un conjunto de células que provienen de otras células". Por este motivo, la pregunta por el punto de partida de la vida por principio es una cuestión irresoluble, porque parte del falso supuesto de que existe un inicio de la vida. Sin perjuicio de lo anterior, dentro de los procesos vitales de transformación de la vida humana antes del nacimiento, se pueden distinguir tres fases: (i) período pre-embrionario, desde el momento de la concepción hasta el final de la segunda semana siguiente; aunque en esta etapa no existe aún una siombiosis o intercambio con la madre con la cual termina de adquirir su individualidad, en todo caso sí tiene "un status moral respetable"; (ii) periodo embrionario, que inicia con la implantación, y hasta el final de la octava semana; (iii)

periodo fetal temprano, intermedio y tardío.

3.5.4. En cuanto a los criterios para determinar el momento en el que se adquiere la individualidad, la Universidad del Rosario explica que ésta se encuentra en función de la unicidad y la unidad, entendiendo por aquella “la propiedad de ser único e irrepetible desde el punto de vista genético”, y por esta última, “la propiedad de ser una sola cosa”.

Con respecto a la unidad, se advierte que ésta no se adquiere antes de que finalice la anidación, hacia el día catorce a partir de la fecundación, pues antes de ello es posible que se fusionen dos óvulos fecundados que contienen informaciones genéticas distintas, y den lugar a un individuo con nuevas particularidades, o que se fusionen dos embriones cuando aún no se ha formado su sistema nervioso. Y con respecto a la unicidad, se aclara que ésta solo se obtiene cuando comienza a formarse el sistema nervioso, hacia el día catorce a partir de la fecundación, porque antes de ese momento el embrión puede dividirse y dar lugar a dos o más individuos.

A partir de estas apreciaciones, se concluye que “desde el punto de vista genético, la unicidad y la unidad no quedan definidos hasta el día decimocuarto a partir de la fecundación. A los catorce días se cuenta con las propiedades de unicidad y unidad que definen la individualidad”.

3.5.5. Finalmente, el escrito del ciudadano Hernán Alejandro Olano García da cuenta de las ventajas de la utilización de células estaminales no embrionarias, frente a las que provienen de los embriones. En este sentido, se afirma que en general, las células estaminales o “células madre”, son “células maestras que tienen la capacidad de transformarse en otros tipos de cédulas, incluidas las del cerebro, el corazón, los huesos, los músculos y la piel”, por lo que, al ser implantadas en pacientes enfermos, podrían tener un efecto terapéutico en enfermedades como la diabetes, el mal de Alzheimer, los accidentes cerebrovasculares, la esclerosis múltiple, enfermedades en la sangre, huesos o médula ósea, entre otras.

Así las cosas, como la extracción de las células estaminales embrionarias provoca la muerte del embrión, y como éstas células estaminales pueden ser obtenidas a partir de otras fuentes, como el cordón umbilical, la médula ósea y otras partes de niños y adultos, éstas últimas constituyen un recurso científico y terapéutico significativo que debe ser tenido en cuenta y valorado.

4. Concepto del Ministerio Público

4.1. Mediante concepto rendido el día 6 de junio de 2014, la Procuraduría General de la Nación solicita a esta Corporación declarar la inexequibilidad del aparte normativo demandado, así como exhortar al Congreso de la República para que, mediante una ley estatutaria, regule de manera integral y sistemática la fertilización artificial y la concepción humana asistida.

4.2. Con respecto al primero de los requerimientos, la Vista Fiscal sostiene que la excepción a la penalización de la fecundación con fines distintos a la procreación es contraria al ordenamiento superior, por las siguientes razones:

4.2.1. En primer lugar, independientemente del status jurídico que se asigne al nasciturus, la medida es abiertamente contraria a las disposiciones constitucionales que reclaman el respeto y la protección de la vida humana.

Por ello, incluso si se entiende que los seres humanos no nacidos no son sujetos de derechos y que su vida constituye únicamente un bien jurídico, la disposición acusada resulta incompatible con el reconocimiento del valor de la vida humana, porque mientras a la luz de esta directriz sólo en situaciones extremas y excepcionales puede admitirse y avalarse jurídicamente la supresión de la vida humana, el precepto acusado retira la protección penal de la vida cuando la fertilización persigue fines investigativos, o cuando atiende a fines diagnósticos o terapéuticos.

En el primer caso, cuando la fecundación se orienta a la investigación, se antepone una finalidad abstracta, que no se relaciona con ningún derecho de ninguna persona en particular, a la vida del nasciturus. Y en el segundo caso, cuando la fecundación persigue fines diagnósticos o terapéuticos, pese a que existe un potencial destinatario concreto y específico, la medida carece de justificación porque el beneficio es incierto y eventual, y en todo caso, el no nacido no es responsable ni produce la afectación de la salud de la persona que requiere el tratamiento.

Y con mayor razón, si se acoge la tesis de que los seres humanos no nacidos son personas, la disposición impugnada resulta claramente contraria al ordenamiento superior. Esta línea interpretativa no solo es la más consistente con los adelantos científicos y tecnológicos que

han demostrado que la vida humana no tiene como punto de partida el nacimiento, sino también con el texto constitucional y los instrumentos internacionales de derechos humanos, que no solo vinculan la personalidad jurídica a la condición de ser humano[20], sino que además, reconocen que toda persona tiene derechos inherentes e inalienables más allá de su consagración positiva[21], e imponen la obligación de protegerla en todas sus fases[22].

4.2.2. En segundo lugar, la Vista Fiscal sostiene que el precepto impugnado infringe el principio de igualdad, pues mientras el artículo 11 del texto constitucional considera que todos tienen derecho a la vida, para el artículo en comento existen seres humanos que tienen una condición jurídica inferior, que son asimilados a objetos que pueden ser instrumentalizados libremente en beneficio de otros, o en beneficio de bienes abstractos.

4.3. En cuanto al exhorto, la entidad afirma que existe un vacío normativo en las materias señaladas, que no solo es fuente de incertidumbre jurídica, sino también de vulneración de derechos.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De acuerdo con el artículo 241.4 de la Constitución Política, este tribunal es componente para resolver el presente asunto.

2. Asuntos a resolver

De acuerdo con los antecedentes expuestos, la Corte estima necesario abordar las siguientes cuestiones:

En primer lugar, dado que a juicio del Ministerio de Justicia y de la Defensoría del Pueblo los cargos de la demanda no satisfacen las condiciones para un pronunciamiento de fondo, se debe establecer si los términos en que se formuló la acusación y el debate jurídico en el proceso judicial admiten la estructuración de un juicio de constitucionalidad, o si, por el contrario, hay lugar a un fallo inhibitorio.

En segundo lugar, en caso de responder afirmativamente al interrogante anterior, se

examinarán y evaluarán las acusaciones de la accionante, determinando si la excepción a la penalización de la fecundación con propósitos distintos a la procreación contenida en el artículo 134 del Código Penal, desconoce el derecho a la vida y el deber de protección de la vida en sus etapas más tempranas, el principio de igualdad, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a salud, el interés superior del niño, y el derecho de los menores a tener una familia.

3. Procedencia de un fallo de fondo

3.1. Cuestionamientos a la aptitud de la demanda

Tal como se expresó en los acápites anteriores, en el auto admisorio de la demanda el magistrado sustanciador efectuó una valoración provisional del escrito de acusación, concluyendo que, en principio, los cargos formulados en contra del artículo 134 del Código Penal admitían un pronunciamiento de fondo. Posteriormente, sin embargo, tanto el Ministerio de Justicia como la Defensoría del Pueblo consideraron que había lugar a un fallo inhibitorio, por ineptitud sustantiva de la demanda. En este contexto, la Corte deberá determinar la viabilidad del juicio de constitucionalidad propuesto por la peticionaria, a partir de los cuestionamientos de los intervinientes.

Los reparos al escrito de acusación son de tres tipos.

En primer lugar, la Defensoría del Pueblo afirma que existe una carencia absoluta de cargos, porque todas las reflexiones y consideraciones de la demanda recaen sobre conductas previstas, no en el artículo 134 del Código Penal, sino en otros tipos penales como el tráfico de cigotos y embriones. En efecto, lo que a juicio de la peticionaria resulta reprochable y contrario a la Carta Política, es la utilización del cuerpo del embrión en beneficio de terceros, aprovechando su condición de vulnerabilidad. No obstante, la norma impugnada sanciona, no esta conducta orientada a la destrucción de los embriones, sino la fecundación con fines distintos a la procreación, salvo cuando se orienta al tratamiento médico de una persona determinada. Y como los cargos no guardan ninguna correspondencia con el contenido del precepto, no habría lugar a un pronunciamiento por parte de esta Corporación.

En segundo lugar, a juicio del Ministerio de Justicia y del Derecho, la individualización de las disposiciones demandadas tendría una doble deficiencia, así: (i) de una parte, como el aparte normativo impugnado carece de la estructura típica de una norma jurídica integrada por una hipótesis de hecho y una consecuencia jurídica, y por tanto se encuentra privado de un significado propio, frente a este segmento no sería posible determinar su constitucionalidad, porque recaería sobre un texto que en sí mismo carece de sentido[23]; así las cosas, la accionante ha debido demandar la totalidad del artículo 134 del Código Penal, y no solo una fracción de éste, que en sí mismo considerado carece de una prescripción susceptible de valoración y enjuiciamiento; (ii) adicionalmente, como el precepto censurado tienen un claro fundamento en el derecho positivo, particularmente en las disposiciones de la legislación civil que difieren el reconocimiento de la personalidad jurídica al nacimiento (art. 90 y 93 del Código Civil.), todas estas normas han debido ser impugnadas en el escrito de acusación, y se ha debido conformar con todas ellas la unidad normativa.

Y finalmente, la Defensoría del Pueblo sostiene que la acusación parte de una comprensión inadecuada, tanto de la preceptiva legal objeto de la impugnación, como de las normas que sirven como parámetro del juicio de constitucionalidad.

En efecto, la demandante habría asumido erróneamente que el artículo 134 del Código Penal admite la fecundación orientada a la investigación científica o al tratamiento médico de personas, cuando en realidad la excepción se refiere exclusivamente a las hipótesis en las que el embrión es utilizado en beneficio de una persona específica que sería la potencial beneficiaria del diagnóstico y tratamiento previsto en la norma. Y dado que todas las acusaciones se sustentaron en esta falsa premisa, la Corte no podría entrar a valorarlas, porque su pronunciamiento recaería sobre un contenido normativo inexistente.

Y con respecto a lo segundo, la entidad advierte que los cargos de la demanda parten de una interpretación inaceptable de la Carta Política, al asumir que el nasciturus tienen la condición de persona, y que en este entendido, tienen un derecho a la vida que debe ser salvaguardado normativamente. No obstante, ni el texto constitucional ni los instrumentos internacionales de derechos humanos tienen este alcance, y por el contrario, de manera uniforme y reiterada los operadores jurídicos han entendido que la vida del nasciturus constituye tan solo un bien jurídico, y no un derecho que deba ser garantizado de manera

incondicional. Así pues, en la medida en que las acusaciones de la accionante se amparan en un entendimiento inadmisible del ordenamiento superior, la Corte debe abstenerse de valorarlas.

Pasa entonces la Corte a evaluar estas críticas, y a determinar la viabilidad de un fallo de fondo.

3.2. La presunta falta de correspondencia entre las acusaciones de la demanda y el contenido de los preceptos impugnados

3.2.1. Según la Defensoría del Pueblo, el escrito de acusación cuestiona un contenido normativo que no corresponde al texto impugnado. En efecto, la accionante argumenta que la utilización del cuerpo del nasciturus aprovechando su estado de indefensión para extraer sus órganos o sus tejidos en beneficio de terceros, vulnera una amplia gama de preceptos constitucionales; no obstante, como quiera que el fragmento normativo demandado establece una excepción, no a esta conducta, sino a la de la fecundación, en estricto sentido los cargos no guardan ninguna correspondencia con el precepto impugnado, y así, éste último no fue objeto de ningún reproche o cuestionamiento específico.

3.2.2. Frente a este cuestionamiento, la Corte encuentra que la legislación prevé distintos tipos penales cuya realización podría recaer sobre la vida humana en sus primeras etapas. Es así como el capítulo VIII del Título I del Libro II del Código Penal establece tres tipos penales: el delito de manipulación genética (art. 132 C.P.), que se configura cuando se manipulan genes humanos alterando el genotipo, con una finalidad distinta al tratamiento, diagnóstico o la investigación científica en los campos de la biología, la genética y la medicina, orientados a mejorar la salud humana; el delito de repetibilidad del ser humano (art. 133 C.P.), que se configura cuando se producen seres humanos idénticos por clonación o por un procedimiento equivalente; y el de fecundación y tráfico de embriones humanos (art. 134 C.P.), que se configura cuando se fecundan óvulos humanos con finalidad distinta a la procreación humana, con excepción de “la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de investigación”, y cuando se trafica con gametos, cigotos o embriones humanos.

Dado el vínculo material entre estas conductas, las acusaciones en contra de una de las disposiciones que tipifican estos delitos, podrían ser aplicables a otro tipo penal, cuando en

uno y otro caso el origen de la vulneración al ordenamiento constitucional es el mismo.

Esto es justamente lo que ocurre con los cuestionamientos de la actora al fragmento del artículo 134 del Código Penal, que establece una serie de excepciones al delito de fecundación con fines distintos a la procreación, cuando ésta se orienta a la investigación científica, tratamiento o diagnóstico con fines terapéuticos. Según la peticionaria, la creación de vidas humanas para su posterior instrumentalización en beneficio de terceras personas desconoce los derechos a la vida y a la integridad personal, a la salud, a la igualdad y a no ser objeto de tratos crueles e inhumanos, y en principio, esta misma razón podría ser utilizada para controvertir las excepciones a los demás tipos penales que protegen la vida humana en formación. Sin embargo, como quiera que en todo caso las acusaciones de la demanda sí guardan correspondencia con el precepto demandado, la circunstancia manifestada por la Defensoría del Pueblo no da lugar a un fallo inhibitorio.

3.3. La presunta existencia de una proposición jurídica incompleta

3.3.1. Otro de los cuestionamientos, formulado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, se refiere a la inadecuada individualización de los preceptos demandados, por no haberse impugnado la totalidad del artículo 134 del Código Penal sino únicamente el fragmento según el cual "sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación", y que a juicio del interviniente, es una proposición jurídica incompleta porque considerado aisladamente, carece de un contenido regulativo propio.

3.3.2. La Corte difiere de este planteamiento, ya que aunque el juicio de constitucionalidad sólo es viable frente disposiciones o frente a fragmentos de las mismas que tienen un contenido regulativo autónomo, este contenido no se determina en abstracto, sino a partir del contexto normativo en el que se inscribe el texto controvertido.

De hecho, con frecuencia esta Corporación efectúa el control constitucional sobre apartes normativos cuyo significado y cuyo contenido regulativo no se puede determinar en abstracto, sino enmarcándolos dentro del precepto en el que se encuentran insertados.

Por tan solo mencionar algunos ejemplos a título ilustrativo, en la sentencia C-910 de 2012[24], este tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad de la expresión "la

personalidad", contenida en el artículo 27.2 de la Ley 1142 de 2007. Pese a que este vocablo en sí mismo carece de un contenido regulativo que pudiese ser contrario a la Corte Política, el juicio de constitucionalidad se efectuó a partir del significado que esta locución adquiere en el contexto del artículo 27 de la Ley 1141 de 207, según el cual la sustitución de la detención preventiva por la del lugar de la residencia puede concederse cuando el imputado o acusado es mayor de 65 años, y su personalidad y la naturaleza y modalidad del delito haga aconsejable el beneficio. Así las cosas, la Corte examinó si a la luz del derecho al debido proceso y a la luz de las libertades públicas, la personalidad puede ser tenida en cuenta como criterio para conceder la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, por la del lugar de la residencia.

Con la misma lógica, en la sentencia C-105 de 2013[25] este tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad de las expresiones "previo concurso público de méritos que realizará la Procuraduría General de la Nación" y "la Procuraduría General de la Nación", contenidas en el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012. Nuevamente, aunque estos vacablos no contienen ninguna prescripción que pueda resultar lesiva del ordenamiento superior, el control constitucional versó sobre el significado que las mismas obtienen en el escenario específico del artículo 35 de la referida ley, según el cual, los personeros municipales y distritales son elegidos por los concejos municipales, previa realización de un concurso público dirigido y organizado por la Procuraduría General de la Nación. En este orden de ideas, en la mencionada providencia se examinó si a la luz del principio de autonomía de las entidades territoriales, de las competencias constitucionales de los concejos municipales y distritales y del derecho a la igualdad, resultaba admisible la intervención de la Procuraduría en la elección de los personeros efectuando el correspondiente concurso de méritos.

De manera análoga, en la sentencia C-303 de 2013[26] la Corte examinó la constitucionalidad de la expresión "si se declara inocente o culpable" contenida en el artículo 367 de la Ley 906 de 2004. Al igual que en las hipótesis señaladas anteriormente, aunque esta locución no contiene ninguna regla que pueda ser contraria al ordenamiento superior, la Corte evaluó su validez a partir del sentido que tiene en el referido precepto legal, a la luz del cual, en la alegación inicial del juicio oral en los procesos penales, se debe conceder el uso de la palabra al acusado para que se declare inocente o culpable. En este entendido, el tribunal analizó si la imposibilidad del acusado de aceptar condicionalmente la acusación del fiscal resultaba lesiva del derecho de defensa, concluyendo que tal limitación

no vulneraba la mencionada prerrogativa constitucional.

Incluso, la Corte ha evaluado la exequibilidad de conjunciones gramaticales como “y”, o “o”, cuando en el marco de una disposición jurídica contienen un enunciado normativo susceptible de vulnerar el ordenamiento superior. Este es el caso de la sentencia C-966 de 2012[27], en la que se declaró la exequibilidad de la expresión “y” prevista en el artículo 69 de la Ley 44 de 1993. Dentro de la referida disposición, la conjunción “y” sugería que los derechos patrimoniales por la reproducción al público de fonogramas, debían repartirse por partes iguales entre los artistas, intérpretes y ejecutantes, por una parte, y el productor, por otra. Así las cosas, la Corte examinó en esta oportunidad si la referida distribución del aporte patrimonial mencionado, determinado por la conjunción “y”, resultaba lesivo del principio de igualdad, concluyendo que como este no era el caso, se debía declarar su exequibilidad.

Sólo cuando el texto controvertido carece de este contenido normativo propio en el marco de la disposición de la que hace parte, y cuando en razón de lo anterior su retiro del ordenamiento mediante la declaratoria de inexequibilidad torna ininteligible la disposición en su integridad, se está en presencia de una proposición jurídica incompleta. Así se evidenció, por ejemplo, en la sentencia C-503 de 2013[28], cuando se demandó la expresión “ley” contenida en el artículo 413 del Código Penal, que tipifica el delito de prevaricato por acción; en esta oportunidad la Corte consideró que no había lugar a una decisión de fondo, “porque la expresión `ley’, única sobre la cual recae la demanda (…) carece de un alcance regulador propio y autónomo que permita llevar a cabo un examen de constitucionalidad. Lo anterior resulta claro si se considera que, de llegar a ser retirada del ordenamiento la sola palabra ‘ley’, el tenor literal del tipo penal de prevaricato por acción resultaría carente de sentido lógico alguno(…)”.

De igual modo, en la sentencia C-784 de 2007[29] la Corte se inhibió de pronunciarse sobre la expresión “el juez no admitirá más de cuatro”, contenida en el artículo 53 del Código Procesal del Trabajo, que limita a cuatro (4) el número de testigos para cada hecho. En esta oportunidad la Corte sostuvo que el texto acusado no tenía sentido en sí mismo, y que para ello “harían falta otras expresiones complementarias que delimiten de manera clara la situación de hecho en que se daría la aplicación a la disposición acusada”, y que además, en caso de declararse la inexequibilidad de tal enunciado, el texto subsistente se tornaría

ininteligible por carecer de sujeto y predicado.

3.3.3. Por esta razón, pese a que la expresión “sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación”, considerada aisladamente carece de un contenido regulador autónomo que pueda resultar lesivo de la Carta Política, cuando la Corte avoca el control del texto normativo, lo hace a partir del sentido que tiene dentro del artículo 134 del Código Penal. Y una vez contextualizada la expresión, el aparte demandado sí adquiere este contenido regulador, estableciendo una excepción a la penalización de la fecundación con fines distintos a la procreación, cuando se orienta a la investigación científica, tratamiento o diagnóstico con finalidad terapéutica. En otras palabras, aunque en abstracto el fragmento demandado resulta ininteligible, insertado en el artículo 134 del Código Penal, adquiere un sentido normativo determinado, frente al cual es viable un pronunciamiento de fondo.

3.3.5. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la acotación normativa de la demanda, en el sentido de que únicamente se controvierte la expresión “sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnostico que tenga una finalidad terapéutica con respecto al ser humano de la investigación” y no el artículo 134 del Código Penal en su integridad, es plenamente consistente con la pretensión de la actora de que la fecundación con finalidad distinta a la procreación humana sea penalizada sin excepciones. Una impugnación de la totalidad del artículo 134 del Código Penal, como lo pretende el Ministerio de Justicia y del Derecho, se orientaría a todo lo contrario, vale decir, a la despenalización plena de esta conducta, que es justamente todo lo contrario de lo pretendido por la peticionaria. En otras palabras, como lo que la accionante pretende es que se declare la inconstitucionalidad de las excepciones al tipo de penal de “fecundación y tráfico de embriones”, pero no del delito como tal, mal podría exigirse o pretenderse que se demande todo el precepto que tipifica el hecho punible, y no el aparte normativo que contiene la excepción que ella pretende atacar.

3.4. La presunta necesidad de una integración normativa

3.4.1. Según el Ministerio de Justicia y del Derecho, tampoco es viable un pronunciamiento de fondo porquee no se controvirtieron las disposiciones del Código Civil que condicionan el reconocimiento de la personalidad jurídica al nacimiento (arts. 90 y 93 del Código Civil), ni

se conformó con estas la unidad normativa a que había lugar[30].

3.4.2. Esta apreciación no es admisible, por las razones que se indican a continuación.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que en virtud de la facultad prevista en el artículo 6 del Decreto 2067 de 1991[31], en las sentencias de constitucionalidad abstracta la Corte se puede pronunciar no solo sobre las disposiciones jurídicas que fueron demandas por el peticionario en su escrito de acusación, sino también sobre todas aquellas con las que ésta conforma una unidad normativa. Así pues, aunque la integración normativa no constituye un imperativo para la Corte, y este tribunal podría abstenerse de hacerlo y expedir un fallo inhibitorio cuando por ejemplo, el precepto no demandado no fue objeto del debate constitucional en el proceso judicial y no existen suficientes elementos de juicio para determinar su compatibilidad con el ordenamiento superior[32], en cualquier caso, la circunstancia alegada por el interviniente, no conlleva automáticamente a una sentencia inhibitoria, porque el juez constitucional podría integrar oficiosamente la unidad normativa.

3.4.3. Además, en este caso no se estima pertinente la conformación de la unidad normativa.

En efecto, esta figura opera cuando en razón de la afinidad material entre la disposición demanda y otras que no lo fueron, se requiere que el juicio de constitucionalidad recaiga sobre todo el conjunto normativo, así[33]: (i) En primer lugar, cuando el vínculo material se presenta porque existe un contenido normativo coincidente entre las disposiciones demandadas y las no demandadas, es decir, cuando una misma prescripción se encuentra en dos o más cláusulas, una que fue demandada, y otras que no, la necesidad de la integración normativa se explica por la necesidad de asegurar la eficacia del fallo; así, si se declarara la inexequibilidad de la cláusula impugnada pero no la de la que no lo fue, ésta última subsistirá en el sistema jurídico, a pesar de haberse puesto en evidencia su incompatibilidad con el ordenamiento superior; y a la inversa, si se declarara la exequibilidad de la disposición controvertida, mas no la de la que no lo fue, ésta última podrá ser controvertida nuevamente en el escenario del control abstracto de constitucionalidad; como en cualquiera de estas dos hipótesis el fallo de la Corte perdería eficacia, en detrimento de la integridad de la Carta Política, esta Corporación se encuentra

facultada para conformar la unidad normativa; (ii) en segundo lugar, cuando el vínculo es tal que la disposición no acusada dota de inteligibilidad al precepto demandado o precisa su contenido, sentido y alcance, la integración normativa se torna indispensable para determinar la compatibilidad de una y otra norma legal con el ordenamiento superior, y por ende, para establecer su validez; (iii) finalmente, cuando existe un vínculo de complementariedad material entre los dos tipos de cláusulas, y los cargos de la demanda apuntan a dar cuenta de la inconstitucionalidad de los preceptos no impugnados, la integración normativa se explica por la necesidad de atender los cuestionamientos concretos y específicos del demandante frente a normas que no controvirtió expresamente.

En este caso, sin embargo, no se presenta el vínculo material que sirve de fundamento a la integración normativa entre el aparte normativo que establece una excepción al delito de fecundación de óvulos con propósito distinto a la procreación, cuando se orienta a la investigación, diagnóstico o tratamiento con fines terapéuticos con respecto al ser humano objeto de la investigación, y aquellas otras disposiciones del ordenamiento que establecen como punto de partida temporal de la personalidad jurídica en materia civil, el nacimiento.

En primer lugar, se trata de disposiciones con un contenido y unos efectos jurídicos distintos; así, mientras el artículo 134 del Código Penal tipifica el delito de fecundación y tráfico de embriones, con la salvedad objeto de la controversia, los artículos 90 y 93 del Código Civil difieren al nacimiento, para efectos civiles, el reconocimiento de la personalidad jurídica, sin perjuicio de la protección debida al ser humano no nacido.

En segundo lugar, en principio la definición de los artículos 90 y 93 del Código Civil no tiene proyección sino en los ámbitos de la propia legislación civil, y no puede ser extrapolada automáticamente a campos normativos distintos, como aquel que fija la política criminal del Estado.

En tercer lugar, en la medida en que el Código Civil el reconocimiento de la personalidad jurídica al nacimiento, hecho que sólo ocurre cuando nasciturus se encuentra en el útero materno, y en la medida en que el artículo 134 del Código Penal regula una hipótesis distinta, referida a la fecundación que se produce en escenarios distinto al de la producción

asistida, es decir, a fecundación que por principio no concluyen en la implantación en útero materno, y menos aún en el nacimiento, los preceptos regulan realidades y fenómenos distintos.

La confluencia de las anteriores circunstancias permite concluir que ninguna de las situaciones que da lugar a la conformación de la unidad normativa, se presenta en este caso: (i) de una parte, como el contenido de las cláusulas legales es distinto en uno y otro caso, y no existe una coincidencia material entre ambos, el pronunciamiento respecto del artículo 134 del Código Penal, y no sobre los artículos 90 y 93 del Código Civil, no pone en peligro la eficacia del fallo judicial; (ii) además, como quiera que la cláusula demandada constituye una unidad lingüística autónoma e independiente, y su contenido regulativo no está en función de la legislación civil, es posible adelantar el juicio de constitucionalidad sin necesidad de apelar a la integración normativa; (iii) y finalmente, dado que los preceptos en cuestión tienen un contenido y un alcance distinto, el análisis de su constitucionalidad es distinto, y obedece a variables de análisis diferentes; por este motivo, los cuestionamientos a la excepción de la penalización de la fecundación con propósito distinto a la fecundación por sí mismos no tienen la potencialidad de poner en entredicho la constitucionalidad de las normas de la legislación que difieren al nacimiento el reconocimiento de la personalidad jurídica, y a la inversa, la definición del Código Civil sobre el momento a partir de cual se despliegan los efectos civiles propios de la personalidad, no tiene repercusiones en la validez de los preceptos que establecen el catálogo de delitos contra la vida y la integridad personal, como el delito de fecundación con fines distintos a la procreación.

3.4.4. Por las razones anteriores, en esta oportunidad no hay lugar a un fallo inhibitorio por la presunta deficiencia alegada por el Ministerio de Justicia y del Derecho, ni tampoco a la conformación de la unidad normativa con los artículos 90 y 93 del Código Civil.

3.5. La presunta estructuración de los cargos a partir de una interpretación manifiestamente inadecuada de la disposición demandada

3.5.1. A juicio de la Defensoría del Pueblo, las acusaciones de la demanda se sustentan en un entendimiento manifiestamente inadecuado de la preceptiva legal impugnada, y tal circunstancia impide un pronunciamiento por parte de esta Corporación, porque el juicio de constitucionalidad recaería sobre un contenido normativo inexistente. Según la entidad, la

accionante partió del falso supuesto de que la norma demandada admite la fecundación de óvulos para objetivos globales como la investigación científica o el mejoramiento de la salud de la humanidad, cuando en realidad, la autorización legal se refiere a una hipótesis específica y concreta, relacionada exclusivamente con "la investigación sobre una persona claramente determinada, quien se ha de beneficiar con los resultados de la misma al poder contar con un diagnóstico o tratamiento que pueda ayudar a solucionar el problema de salud que le afecta".

3.5.2. Esta divergencia interpretativa advertida por la Defensoría del Pueblo pone de manifiesto a este tribunal dos dificultades para efectuar el examen de constitucionalidad propuesto por la peticionaria.

Por un lado, que exista una discrepancia interpretativa entre los sujetos procesales señalados no es una circunstancia fortuita, sino que, por el contrario, obedece a la propia la indeterminación lingüística[34] del precepto, y cuya superación requiere de elementos de juicio especiales que no fueron suministrados en el presente proceso. Por este motivo, el control constitucional se enfrenta a un primer obstáculo, derivado, en primer lugar, de la condición intrínseca de la cláusula controvertida, pues no es posible determinar su contenido y alcance de partir de los protocolos ordinarios de interpretación, y en segundo lugar, del hecho de que durante el proceso judicial, la indeterminación normativa no fue asumida como problema jurídico autónomo, y de que por ende, no se suministraron los insumos y los elementos de juicio para su superación.

Y justamente por las circunstancias anteriores, en el proceso no se logró configurar o trabar la litis constitucional, como quiera que los pronunciamientos de cada uno de los sujetos procesales se ampararon en interpretaciones sustancialmente distintas de la norma demandada, de modo tal que aun cuando nominalmente todos y cada uno se pronunciaron sobre la exequibilidad del artículo 134 del Código Penal, materialmente cada sujeto se refirió a realidades normativas distintas; en otras palabras, no se logró estructurar un verdadero debate constitucional, porque los sujetos del proceso "hablaron" de problemas diferentes, aunque utilizando las mismas expresiones lingüísticas.

Por ello, un eventual fallo sobre la validez de una disposición legal cuyo contenido no ha sido precisado, prescindiendo de la dificultad anterior, erosionaría el núcleo básico del

debido proceso constitucional. En un escenario como este, se dictaría sentencia sin que previamente se hubiese conformado la litis, sin que se hubiese definido la controversia objeto de la decisión judicial, y sin que se hubiesen aportado y tenido en cuenta los insumos suministrados los ciudadanos intervinientes, las autoridades públicas, las organizaciones privadas y los expertos en la problemática, que según la propia Constitución deben anteceder y servir de soporte al propio juicio de validez efectúa efectuar esta Corporación.

3.5.3. Una primera fuente de indeterminación se produce porque la cláusula en cuestión penaliza de manera general la fecundación de óvulos con finalidad diferente a la procreación humana, por lo que, al menos en principio, y a partir de una interpretación textual, la legislación sanciona tanto la fecundación corpórea como la extracorpórea, cuando atiende a un propósito distinto al señalado por la ley.

De entenderse en este sentido amplio el tipo penal, habría que concluir que se configura el delito cuando se deja embarazada a una mujer con un objeto distinto a la generación de una nueva vida humana. Sería el caso, por ejemplo, del embarazo con el propósito de utilizar posteriormente el pre-embrion, embrión o feto así obtenido, para fines comerciales o de cualquier otra naturaleza.

No obstante, la ubicación del tipo penal dentro del capítulo octavo del título I del Código Penal, que versa sobre la manipulación genética, sugiere que el legislador se refería exclusivamente a la fecundación extracorpórea, estableciendo que éste procedimiento sólo se admite cuando se produce en los escenarios de la reproducción asistida. La norma así entendida, sería consistente con la tendencia dominante en el derecho comparado, que en términos generales permite la fecundación extracorpórea únicamente en el contexto específico de la reproducción artificial. En este sentido, el artículo 160.2 del Código Penal establece que “serán castigados con pena de prisión de uno a cinco años inhabilitación para empleo o cargo público de seis a diez años, quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana”; en Alemania, el artículo 1 de la Ley de Protección al Embrión (Ley 745 de 1990) dispone que tendrán sanción de pena privativa de la libertad de hasta tres años, “quien fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo”; en Francia, los artículos 511.17 y 511.18 del Código Penal, modificado por la Ley 2004-800 del 6 de agosto

de 2004, determinan que toda fecundación in vitro o la constitución por clonación de embriones cuando persigue un fin distinto a la procreación, da lugar a una pena de prisión de 7 años y a una multa de 100.000 euros, no solo cuando tenga fines industriales o comerciales (art. 511.17), sino también cuando tenga fines investigativos, incluso de carácter terapéutico (art. 411.18).

3.5.4. La indeterminación que más dudas suscita, sin embargo, se refiere al alcance de la excepción al tipo penal.

A primera vista podría pensarse que la excepción del artículo 134 del Código Penal comprende las hipótesis en las que la intervención investigativa o terapéutica se produce en beneficio del propio preembrión, embrión o feto obtenido a través de la fecundación.

Este entendimiento del artículo 134 del Código Penal sería consistente con la tendencia dominante en el derecho comparado y en el derecho comunitario europeo, que admite la intervención en estas fases de la vida humana en el contexto de los procedimientos de reproducción asistida, con fines diagnósticos, para determinar la viabilidad del pre embrión e identificar enfermedades hereditarias que puedan ser atendidas según el actual estado de la técnica, a efectos de aconsejar o desaconsejar su implantación en el útero materno, y con fines terapéuticos, para tratar determinados tipos de enfermedades del propio pre-embrión.

Así por ejemplo, los artículos 12 y 13 de la Ley 14 de 2006 sobre reproducción asistida en España, señalan las condiciones bajo las cuales se pueden utilizar técnicas de diagnóstico preimplantacional y técnicas terapéuticas en el preembrión, determinando, entre otras cosas, que las primeras sólo deben ser usadas para la detección de enfermedades graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo posnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con el propósito de seleccionar el embrión que será transferido al útero materno, y para identificar aquellas alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión; por su parte, con respecto a las técnicas terapéuticas, se establece que éstas sólo pueden tener por objeto tratar enfermedades o impedir su transmisión, siempre que se trate de patologías graves y con posibilidades de mejoría o curación, y no se modifiquen los caracteres hereditarios. En un sentido análogo, el artículo 17 de la Ley 26862 de Argentina prohíbe expresamente el uso de los embriones

para la experimentación, salvo cuando la intervención tenga por objeto “obtener un diagnóstico genético preimplantario, a los fines de determinar la viabilidad del embrión a implantar”.

Asimismo, esta interpretación podría tener apoyo en el proceso de aprobación parlamentaria. En efecto, cuando el Congreso aprobó el delito de “fecundación y tráfico de embriones humanos”, hizo la salvedad en la hipótesis en la que ésta tuviese como objeto “la investigación científica en los términos señalados en el artículo 132”, es decir, cuando se despliegue “en el campo de la biología, la genética y la medicina orientadas a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y la humanidad”. No obstante, el Presidente de la República se abstuvo de sancionar la ley y objetó el proyecto de articulado por razones de inconstitucionalidad, argumentando que la norma en cuestión resultaba lesiva de la dignidad y del derecho a la vida, al permitir la instrumentalización de la vida humana, considerando a los seres obtenidos a través de la fecundación extracorpórea como “meros objetos para los investigadores [o] de convertirla en objeto de explotación para beneficio de otros, así sean altruistas las finalidades perseguidas”. A juicio del gobierno, como el ordenamiento superior prohíbe instrumentalizar la vida humana, es decir, utilizarla en beneficio de terceros, la penalización del artículo 134 del Código Penal no podía tener excepciones como la aprobada por el Congreso.

El órgano parlamentario, entonces, reconsideró su postura inicial y, al menos en principio, acogió la objeción presidencial, fijando como excepción a la prohibición general de fecundar óvulos humanos con finalidad distinta a la procreación humana, aquella que se orienta a “la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de investigación”.

En este escenario, y como quiera que la ley no fue remitida a la Corte Constitucional para dirimir la controversia constitucional, habría que concluir que la salvedad de la norma impugnada se refiere a estas hipótesis orientadas a la intervención con fines diagnósticos o curativos de propio pre embrión, embrión o feto creado artificialmente, porque en cualquier otro caso se configuraría la instrumentalización que a juicio del Presidente de la República resultaba lesiva del ordenamiento superior.

Y finalmente, esta línea hermenéutica podría ser consistente con una interpretación textual

del artículo 134 del Código Penal, porque si se supone la investigación se efectúa en el propio pre embrión, embrión o feto obtenido a partir de la fecundación artificial, y si la misma norma establece que no se penaliza el tratamiento o diagnóstico con finalidad terapéutica "respecto al ser humano objeto de la investigación", la conclusión necesaria es que los procedimientos diagnósticos y curativos que se encuentran exceptuados de la penalización, son aquellos que se efectúan en el mismo pre embrión, embrión o feto, y no en una tercera persona.

3.5.5. Sin embargo, insertado el aparte normativo demandado en el artículo 134 del Código Penal, el entendimiento anterior pierde todo sentido, pues si el diagnóstico y el tratamiento apuntan al propio pre embrión, embrión o feto creado mediante la fecundación, ésta última estaría orientada a la procreación, y por tanto, la excepción estaría comprendida dentro de la prohibición general. Además, y tal como lo indicó la Vista Fiscal en su concepto, el "ser humano objeto de investigación" "no puede ser el mismo ser humano que es procreado, en tanto que antes de la fecundación de un óvulo no podría existir ser humano alguno que necesitara de diagnóstico y, mucho menos, de tratamiento terapéutico". En otras palabras, como a la luz de la línea interpretativa señalada, la prohibición penal de la fecundación con propósitos distintos a la procreación sería plena y no tendría ninguna excepción, esta entendimiento del artículo 134 del Código Penal anula totalmente la eficacia del fragmento demandado, en contravía del principio hermenéutico del efecto útil.

Es por ello que el tipo de prescripciones que fueron demandadas se suelen insertar, no en aquellas cláusulas que prohíben de manera genera la fecundación extracorpórea con propósitos distintos a la procreación, sino en aquellas otras que definen los alcances de la intervención en preembriones, embriones y fetos, normalmente obtenidos a través de las técnicas de reproducción asistida. En estos escenarios, en cambio, este tipo de reglas sí tienen sentido, como cuando se dispone que "toda intervención sobre el preembrión, vivo, in vitro, con fines diagnósticos, no podrá tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o desaconsejar su transferencia para procrear"[35] o cuando se prohíbe de manera general la comercialización de embriones y su utilización para experimentación, haciendo la salvedad cuando versa sobre "técnicas para obtener un diagnóstico genético preimplantario, a los fines de determinar la viabilidad del embrión a implantar"[36]. En definitiva, una fórmula semejante, orientada a limitar la utilización de preembriones y

embriones cuando es en su propio beneficio, sólo tiene sentido cuando se prohíbe de manera general la intervención en estos seres y se establece la referida salvedad, es decir, cuando la conducta sancionada es la intervención, y no cuando el verbo rector del hecho punible es la fecundación.

En definitiva, el sentido de las objeciones presidenciales al artículo 134 del Código Penal aparentemente acogidas por el Congreso, orientadas a impedir la creación de vida humana con propósitos investigativos y científicos, y a permitir la intervención en pre embriones únicamente para efectos diagnósticos y terapéuticos en relación con los mismos seres humanos obtenidos a través de la fecundación extracorpórea, quedó desvirtuado cuando se introdujo una regla relativa a la limitación de las intervenciones en pre embriones, en una norma sobre la fecundación.

3.5.6. Por este motivo, atendiendo al principio hermenéutico del efecto útil, habría que intentar un entendimiento alternativo de la disposición que no haga nugatorio el texto demandado. De acuerdo con esto, cabría entender que como la excepción a la prohibición general del artículo 134 del Código Penal no se refiere, ni podría referirse a la investigación, diagnóstico y tratamiento del propio ser obtenido a través de la fecundación, la norma permite la realización de la conducta típica cuando se oriente afines ajenos al propio pre embrión, o embrión creado artificialmente.

Esta postura, no obstante, resulta problemática porque pasaría por alto el hecho de que el Congreso manifestó su voluntad de acoger el sentido de las objeciones presidenciales al artículo 134 del Código Penal, que a su vez atendía a la necesidad de proteger en términos amplios la vida humana y de impedir su instrumentalización. Es decir, esta línea hermenéutica podría ser más consistente con el texto y letra del artículo 134 del Código Penal, más no con el sentido de las objeciones presidenciales que, al menos en apariencia, fueron acogidas por el órgano parlamentario, ni tampoco con una línea garantista y protectora de la vida humana.

Cabría en todo caso superar la objeción anterior, argumentando que desde una perspectiva material, el Congreso no acogió plenamente las objeciones presidenciales, pese a lo cual tampoco envió el proyecto a la Corte Constitucional para la definición de la controversia constitucional.

3.5.7. Solventado este inconveniente, subsisten aún otras dificultades.

En efecto, el artículo 134 del Código Penal contiene una ambigüedad sintáctica, pues no resulta claro si la exigencia de la finalidad terapéutica que se exige para exceptuar el tipo penal, se predica sólo del tratamiento o diagnóstico, o si también de la investigación científica. En el primer caso, de entenderse que el propósito terapéutico versa solo sobre tratamiento o diagnóstico del ser humano y no de la investigación científica, existiría una permisión abierta para fecundar óvulos con un objetivo abierto como el progreso científico. En el segundo caso, la investigación estaría supeditada a que estuviera en función de una finalidad terapéutica de un ser humano determinado, distinto al propio preembrión o embrión.

La primera de las alternativas, sin embargo, resulta problemática desde una interpretación textual, en la medida en que el verbo "tengan", en plural, y en la medida en que la inexistencia de una expresión "de corte" entre "científica" y "tratamiento" como ", y del", sugieren que el propósito terapéutico debe estar presente también en la investigación científica. De igual modo, este entendimiento de la proposición choca con un criterio finalista en el que las excepciones a la protección de la vida humana se orientan a satisfacer derechos, bienes e intereses concretos de sujetos determinados, y no ideales abiertos como el "progreso científico" o el "progreso de la humanidad".

Desde esta perspectiva, cabría entonces pensar que la ley penal admite la fecundación de óvulos para fines terapéuticos de una persona determinada. Pero este entendimiento no solo resulta inconsistente con el texto del artículo 134 del Código Penal, sino que además carece de un sentido y de una racionalidad que permita dar cuenta de la excepción a la prohibición general de la fecundación con propósito distinto a la procreación. En efecto, si se asume que la norma admite la fecundación de un óvulo en beneficio de la salud de una tercera persona, no se entiende cómo la misma norma establece que ese ser humano distinto del pre embrión o embrión, es objeto de investigación científica.

3.5.8. El análisis anterior da cuenta de la indeterminación de la disposición acusada, así como de la insuficiencia de los criterios ordinarios de interpretación para solventar esta dificultad. No solo el precepto puede ser entendido de diversas maneras, sino que además, a la luz de un mismo criterio hermenéutico se puede arribar a respuestas diametralmente

opuestas, y cada uno de estos criterios conducen a resultados distintos. Por este motivo, a partir de las herramientas de interpretación diseñadas para solventar las indeterminaciones lingüísticas del lenguaje jurídico, no es posible adjudicar un sentido al precepto demandado sobre el cual pueda recaer el juicio de constitucionalidad.

3.5.9. Como consecuencia inevitable de esta dificultad, dentro de este proceso constitucional los sujetos procesales asumieron posiciones interpretativas distintas, y con fundamento en estas, efectuaron el análisis constitucional del precepto impugnado. La Corte encuentra al menos cinco tipos de juicios de constitucionalidad.

En primer lugar, el Instituto de Estudios Bioéticos y el ciudadano Carlos Corsi Otálora se preguntaron si resultaba lesivo de los principios y derechos constitucionales alegados por la demandante, que no se penalice la fecundación de óvulos humanos con propósito distinto a la procreación, cuando la intervención en el óvulo fecundado tiene por objeto el diagnóstico o el tratamiento del mismo pre-embrión, embrión o feto.

Así, el Instituto Colombiano de Estudios Bioéticos sostuvo que pese a la complejidad de los problemas que rodean la intervención en la vida humana en sus primeras etapas, la hipótesis contemplada en el artículo 134 del Código Penal como no punible, se encuentra justificada por estar orientada al bienestar del propio ser creado mediante la fecundación, como cuando en el marco de las técnicas de reproducción asistida se requiere valorar al blastocito para determinar su viabilidad, efectuar un diagnóstico del mismo antes de proceder a su implantación en el útero, o incluso efectuar ciertos procedimientos médicos para tratar eventuales afecciones del embrión o del feto mediante procedimientos como la transfusión fetal intrauterina o la cirugía por malformaciones. Así, en el escrito presentado por esta organización se afirma que la investigación a la que alude el precepto demandado, es aquella orientada a la “intervención en la línea germinal humana con fines terapéuticos, tales como las técnicas de reproducción asistida, la valoración de la apariencia fisiológica del blastocito y el diagnóstico genético pre-implantacional, entre otros”, y que la sanción penal de tales conductas impediría diagnosticar el estado de salud del pre-embrión o embrión, y tratarlo adecuadamente en caso de requerirlo; en este sentido, se sostiene que “al criminalizar este tipo de investigación, como lo propone la demandante, se privaría a quienes tienen posibilidad científica de procrear mediante este tipo de intervenciones o atender el querer de la madre gestante al acceso de procedimientos que traigan beneficios

a su hijo por nacer, entre otros, tales como: amniocentesis diagnóstica o terapéutica, amnio-infusión, biopsia de vellosidades coriales, cordocentesis, drenaje de cavidades fetales, transfusión fetal intrauterina y cirugía por malformaciones, propios de la llamada medicina fetal y que se practican en la actualidad, no solo en Colombia". Partiendo entonces de este entendimiento del artículo 134 del Código Penal, se solicita la declaratoria de exequibilidad de la norma.

Por su parte, el ciudadano Carlos Corsi Otálora sostuvo que la disposición demandada es compatible con la preceptiva constitucional, siempre que se entienda que la excepción a la penalización de la fecundación con fines distintos a la procreación, se refiere exclusivamente a las hipótesis en las que la intervención investigativa, diagnóstica o terapéutica recae en el pre embrión, embrión o feto.

A su juicio, así entendido el artículo 134 del Código Penal, resulta compatible con los preceptos constitucionales que reconocen el valor intrínseco de la vida humana, y con proceso de aprobación parlamentaria que dio lugar a la norma impugnada. Sobre este último aspecto, el ciudadano reconstruyó y analizó el trámite legislativo que antecedió a la expedición de la norma, concluyendo que con la modificación introducida a la cláusula legal con ocasión de la objeción presidencial, el Congreso optó por proteger la vida del nasciturus impidiendo su instrumentalización, por lo que el entendimiento señalado es el único consistente con la voluntad del legislador.

Un segundo grupo de intervinientes respondió un interrogante distinto, referido a la constitucionalidad de la excepción a la penalización de la fecundación de óvulos con propósitos distintos a la procreación, cuando ésta se orienta a la curación de una tercera persona, claramente determinada e individualizada. Esta es la pregunta que se planteó la Defensoría del Pueblo y el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

La primera de estas entidades sostuvo que la acusación de la actora se sustenta en una comprensión inadecuada de la preceptiva legal, ya que la excepción prevista en el artículo 134 del Código Penal se refiere exclusivamente al caso en que la intervención en el nasciturus tiene un fin terapéutico respecto de un ser humano específico y concreto: "la demandante dejó de lado la consideración de un elemento determinante en la conducta excluida de sanción penal contenido en la norma acusada: el hecho de que solo se admite

la fecundación de óvulos humanos (…) en relación con la investigación sobre una persona claramente determinada, quien se ha de beneficiar con los resultados de la misma al poder contar un diagnóstico o tratamiento que pueda ayudar a solucionar el problema de salud que le afecta". A juicio de la Defensoría, el aparte normativo cuestionado por la peticionaria es compatible con el ordenamiento superior, toda vez que los embriones carecen del status de persona, y por ende, no son titulares de los derechos constitucionales, por lo que su vida puede ser limitada en función de objetivos como la salud de terceras personas. Dentro de esta misma línea hermenéutica y argumentativa, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social sostuvo que la previsión normativa demandada se justifica porque persigue el noble interés de salvar una vida humana o de mejorar las condiciones de vida de individuos que requieren los componentes anatómicos que sólo pueden ser obtenidos de embriones humanos.

En tercer lugar, la Academia Colombiana de Jurisprudencia efectuó un juicio de constitucionalidad distinto, porque para ésta la excepción contemplada en la norma demandada versa sobre dos hipótesis claramente diferenciables: por un lado, la investigación científica, y por otro, la curación de los donantes del óvulo y del espermatozoide quedan lugar a la nueva vida: "el artículo 134 excluye del tipo penal las conductas que se realicen: i) con fines de investigación científica y ii) con fines de tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de investigación. Desde ahora cabe precisar que el fin terapéutico es respecto de quien aporta y también el espermatozoide y no de un tercero, como lo plantea la demandante".

A partir de este entendimiento se realizó el análisis constitucional del precepto impugnado, concluyendo que la disposición demandada no es contraria al ordenamiento superior, en tanto, por un lado, de no permitirse la investigación científica "quedaríamos como un país retrasado, relegado culturalmente más de lo que muestran las pruebas PISA entre otras y toda labor investigativa quedaría sin invitados al cultivo de la ciencia"; y por otro lado, porque "toda la humanidad necesita que se de esa interrupción en aras de lograr altísimos fines para preservar la salud y el bienestar de las personas".

En cuarto lugar, la accionante y Procuraduría General de la Nación, en cambio, asumen que el aparte normativo acusado prevé dos hipótesis diferenciables y autónomas, referidas a la

finalidad investigativa, y a la finalidad curativa respecto de cualquier sujeto distinto al propio preembrión, embrión o feto obtenido mediante la fecundación de óvulos, y a partir de esta interpretación se evalúa la constitucionalidad del texto demandado.

En este sentido, en el escrito de corrección de la demanda se afirma que "lo que permite el artículo 134 del Código Penal colombiano es destinar a ese ser humano para la investigación o tratamientos terapéuticos a realizar en otros individuos (…) y donarlo como muestra de laboratorio u objeto de tratamientos investigativos o terapéuticos", y sobre esta base, se concluye que la norma impugnada es contraria al ordenamiento superior porque desconoce los derechos de los que es titular el nasciturus, en su condición de ser humano, persona y niño cuyos derechos son prevalentes.

Por su parte, la Vista Fiscal sostiene que el precepto impugnado autoriza que se fecunden óvulos humanos con una finalidad diferente a la procreación, como son, por un lado, la investigación científica, y por otro, el tratamiento o diagnóstico con finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación, "que, como es fácil de entender, no puede ser el mismo ser humano que es procreado, en tanto que antes de la fecundación de un óvulo no podría existir ser humano alguno que necesitara de diagnóstico y, mucho menos, de tratamiento terapéutico". Sobre esta base, la Procuraduría considera que la norma es inconstitucional, porque avala la instrumentalización de la vida humana en función de objetivos abstractos y globales como la investigación científica, o en función de beneficios inciertos y eventuales, como el tratamiento de enfermedades o padecimientos de terceras personas.

En quinto lugar, El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Universidad Externado de Colombia y la Universidad del Rosario efectúan el juicio de constitucionalidad sin hacer explícito el sentido que atribuyen a la disposición, seguramente por la consideración tácita de que la condición del nasciturus como bien jurídico y no como persona titular de derechos fundamentales, justifican las excepciones a la penalización de la fecundación con propósitos distintos a la procreación, independientemente de la extensión y el contenido de la salvedad.

Finalmente, el Ministerio de Salud se refiere a la necesidad de no sancionar penalmente el aborto, por razones de salud pública.

3.5.10. La revisión anterior demuestra que pese a las evidentes dificultades hermenéuticas subyacentes al precepto acusado, que podrían tener una repercusión en el juicio de constitucionalidad, la determinación de su significado no fue objeto de debate dentro del proceso judicial, y que por el contrario, la mayor parte de sujetos procesales optó por asumir una determinada línea interpretativa, sin dar cuenta de las razones que la amparan, e incluso, de manera inadvertida. Y dada la indiscutible ambigüedad del precepto, los sujetos efectuaron el análisis constitucional respecto contenidos normativos distintos.

Así las cosas, el control constitucional se enfrenta a dos obstáculos insalvables. Por un lado, la Corte carece de los elementos para identificar la regla sobre el cual debe recaer el juicio de validez. Y por otro lado, como dentro del proceso judicial no se logró conformar la litis ni se definió el objeto de la decisión judicial, tampoco se pudo concretar el proceso de deliberación democrática y el diálogo constitucional que según la Corte Política debe anteceder y dar soporte al pronunciamiento por parte de esta Corporación; aunque formalmente la accionante, los intervinientes y la Vista Fiscal afrontaron un mismo problema jurídico, en realidad cada uno de ellos se refirió a realidades normativas diferentes, y dio respuesta a problemas distintos. En uno escenario como este, un pronunciamiento judicial sobre la exequibilidad del precepto demandado envolvería una transgresión y una erosión del debido proceso constitucional.

3.6. El cuestionamiento a la aptitud de la demanda por la interpretación inadecuada de las disposiciones constitucionales

3.6.1. Aunque la conclusión anterior por sí sola descarta la viabilidad de un fallo de fondo, la Corte estima necesario valorar un último cuestionamiento a la aptitud de la demanda, formulado por la Defensoría del Pueblo. A juicio de esta entidad, las acusaciones de la peticionaria se amparan en un entendimiento manifiestamente inadecuado de la preceptiva constitucional, en tanto aquellas asignan al nasciturus la condición de persona, y por tanto la de titular de derechos fundamentales, cuando en realidad, este status solo se adquiere con el nacimiento, según lo disponen los artículos 90 y 93 del Código Civil. Así las cosas, mal podría suponerse que se violan los derechos de un ser que, propiamente hablando, no tiene ningún derecho.

3.6.2. La Corte encuentra que efectivamente, y con excepción de la Procuraduría General de la Nación, del Instituto Colombiano de Estudios Bioéticos y Hernán García Olano, a lo largo de este proceso judicial el problema jurídico se estructuró en función del interrogante sobre el status de los nasciturus, de modo tal que, de considerarse que es una persona, la norma demandada sería inexequible, y en caso contrario, de concluirse que no tiene esta condición, la disposición sería exequible.

Así propuso la controversia la accionante, cuando desde un principio dejó claro que la exequibilidad del artículo 134 del Código Penal dependía de la calificación jurídica del ser humano no nacido. Es así como la mayor parte de la demanda y del escrito de acusación se dedica a reconstruir la controversia que se ha suscitado en Colombia sobre la condición jurídica del ser humano no nacido, y a justificar su posición sobre la personalidad inherente de los pre embriones, embriones y fetos, para luego derivar de allí, a modo de corolario, que la disposición legal demandada es contraria al ordenamiento superior por no respetar el contenido básico de un amplio repertorio de derechos fundamentales.

Los intervinientes en el proceso plantearon la controversia en los mismos términos el mismo dilema sobre el status del nasciturus, pero al responder en sentido contrario, concluyeron que la excepción a la penalización del delito de fecundación y tráfico de embriones, no contraviene la preceptiva constitucional. En este sentido resulta paradigmática la intervención jurídica de la Universidad del Rosario, que dedica la mayor parte del texto a desvirtuar la tesis de que el ser humano no nacidos es una persona, para luego concluir que las disposiciones jurídicas que limitan la protección de la vida de los seres humanos no nacidos en atención a finalidades constitucionalmente admisibles, como el artículo 134 de la Carta Política, no resultan contrarias al ordenamiento superior.

De este modo, las dos posturas antagónicas comparten la misma estructura del razonamiento y la dinámica argumentativa.

3.6.3. Más allá de la respuesta que se haya dado a este interrogante y de la postura que se pueda adoptar frente a esta problemática, la Corte considera que este tipo de aproximación no permite determinar la exequibilidad del artículo 134 del Código Penal.

3.6.4. En primer lugar, la Corte toma nota de que el status jurídico del ser humano no nacido no se encuentra determinada directamente en el ordenamiento superior. La Constitución

colombiana, por ejemplo, consagra un muy amplio catálogo de derechos que atribuye a las personas, comenzando por el derecho a la vida, pero no establece el punto de partida de estas “personas”, ni desde cuándo la vida humana adquiere la condición de sujeto de derecho. Es así como el artículo 11 establece que “el derecho a la vida es inviolable” y que “no habrá pena de muerte”; y a continuación, se enuncian los derechos fundamentales, los derechos sociales, los derechos colectivos, así como algunos principios que orientan la interpretación y aplicación de los mismos.

Los tratados internacionales de derechos humanos tienen una aproximación semejante, pues antes que determinar si la personalidad se adquiere con y en razón del nacimiento o de otro hecho, señalan los derechos que deben ser protegidos y garantizados por los Estados, y en ocasiones, las prestaciones positivas y negativas que comprende cada uno de ellos. El artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ejemplo, dispone que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la le, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados deben garantizar sus derechos, entendiendo 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”.

Así pues, el planteamiento de la accionante y de los intervinientes envolvería una primera dificultad, en tanto hace depender la exequibilidad de una disposición jurídica, de definiciones que no están en el propio ordenamiento superior. Y un razonamiento semejante, que supedite la solución del caso a una calificación que se encuentra por fuera del sistema constitucional, desnaturaliza el tipo de examen que se efectúa en el escenario del control abstracto.

3.6.5. En el caso colombiano, como el interrogante no fue abordado en la Carta Política ni en los instrumentos internacionales de derechos humanos que sirven como referente del juicio de constitucionalidad, la discusión iusfundamental se trasladó al escenario de la legislación civil, que sí contiene algunas previsiones en esta materia. Es así como el Código Civil, por un lado, difiere el reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos contemplados en dicho cuerpo normativo al nacimiento, y por otro, aclara que la definición anterior opera sin perjuicio de la debida protección de la criatura no nacida. En este sentido,

el artículo 90 del Código Civil establece que “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 antes de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento si quiera, se reputará no haber existido jamás”; y el artículo 93, dispone que “los derecho 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 difirieron. En el caso del artículo 90 pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese existido jamás”. Por otro lado, se establece que la disposición anterior opera sin perjuicio de la protección a la existencia del nasciturus.

Esta transferencia conceptual y normativa, sin embargo, se enfrenta a tres dificultades que la Corte no puede perder de vista.

3.6.5.1. De una parte, mientras la definición de la legislación civil es de tipo estipulativo, y por tanto, sin pretensiones ontológicas, en este proceso judicial, y en el general en el constitucionalismo colombiano en general, de manera inadvertida el debate ha sufrido una mutación importante porque adquirió esta connotación de corte esencialista.

En efecto, en el escenario del derecho común la introducción de la noción de personalidad no pretendía dar cuenta de un rasgo inherente a la realidad, sino únicamente fijar el ámbito temporal de aplicación de la legislación civil; en este contexto, el legislador optó por acotar temporalmente el reconocimiento de los derechos, sometiéndolos a la condición resolutoria del nacimiento, en atención a la poca utilidad que tendría para una criatura que aún no ha nacido, ser titular de tales derechos, (derecho a celebrar contratos, derecho a adquirir bienes, etc.), si muere antes de nacer. Los artículos del Código Civil no pretendían, entonces, encontrar o dar cuenta de la esencia de la personalidad, ni dar una definición universalmente válida o intrínsecamente correcta, sino únicamente delimitar el ámbito de aplicación del correspondiente régimen normativo. Entre otras cosas, porque la personalidad no es algo inmanente a la realidad, sino únicamente una categoría conceptual o una construcción mental que, como todas las demás, tiene por objeto clasificar, comprender, aproximarse e intervenir la realidad, pero sin que sea inherente a ella misma.

Así como el agua en sí misma no es fría o caliente, sino que para efectos de determinar la temperatura apta para el contacto con la piel humana se conviene en que es caliente a partir de los 40ºC, y fría a los 25ºC, del mismo modo se convino la noción de personalidad, a efectos de determinar el momento a partir del cual se tiene la titularidad de los derechos previstos en el derecho común.

La demandante y los intervinientes, en cambio, trasladaron las categorías de la legislación civil a un escenario sustancialmente distinto, con el propósito de responder a un interrogante de una naturaleza diferente, relacionada con el status del ser humano no nacido. Esto explica, por ejemplo, que los argumentos en defensa de una posición sobre la calificación jurídica del nasciturus incorporen a la controversia complejas descripciones sobre el desarrollo intrauterino o sobre los avances en la ciencia médica, como si tales elementos empíricos pudiesen resolver cuestiones de orden nominal o valorativo, o como si fuesen decisivos en la determinación del contenido de una proposición meramente analítica. De hecho, la accionante sostiene que los nuevos desarrollos científicos demuestran que personalidad se adquiere desde la concepción, y a la inversa, quienes sostienen la tesis contraria, en el sentido de que la personalidad se obtiene a partir del nacimiento y que la vida del nasciturus tan solo es objeto de una protección relativa e incremental, suelen vincular a esta tesis razonamientos semejantes sobre el desarrollo embrionario y fetal. La incorporación al debate iusfundamental de tales elementos empíricos, sin embargo, no se ha traducido en un acuerdo o en una respuesta definitiva a la pregunta ontológica planteada por los accionantes y los intervinientes en el proceso.

Dentro de este tipo de aproximación, entonces, problemas como la constitucionalidad de la penalización del aborto, la experimentación con embriones o la fecundación extracorpórea con fines distintos a la procreación, se encuentran supeditadas a la resolución de un interrogante que, planteado en estos términos, es irresoluble. Por ello es probable que los juristas de la vertiente analítica del derecho tengan en mente este tipo de aproximaciones cuando sostienen que gran parte de las controversias jurídicas tienen origen en una falta de comprensión de la dinámica del lenguaje, cuando por ejemplo, se presentan seudo desacuerdos de hecho en torno a proposiciones analíticas o a tautologías, o en torno a discrepancias valorativas encubiertas[37].

3.6.5.2. Otra dificultad se refiere a que la noción de personalidad ha tenido una

proyección más allá de sus propios términos. Pese a que ésta se estableció en el marco de la legislación común con el objeto de acotar temporalmente la aplicación del régimen allí establecido, actualmente, como se considera que se trata de una definición sustantiva que da cuenta de una realidad, la definición se ha extrapolado y trasladado a otros campos, especialmente al ámbito del derecho constitucional. Ya no es que para efectos de la aplicación del régimen común se haya estipulado una concepto que permite diferir el reconocimiento de los derechos al momento del nacimiento, sino que, a la inversa, el alcance de los derechos fundamentales se fija en función de la determinaciones del Código Civil, establecidas en un escenario y en un contexto distinto al de los derechos fundamentales.

Por ello, gran parte del debate en este proceso judicial giró en torno al contenido, alcance y efectos jurídicos de los artículos 90 y 93 del Código Civil. Por una parte, la accionante afirma que tales disposiciones son incorrectas e inconstitucionales, en tanto los avances científicos demuestran que la personalidad comienza con la fecundación. Y por otro lado, quienes defienden la constitucionalidad del precepto demandado, afirman que como en razón del artículo 90 del Código Civil, la titularidad de los derechos comienza con el nacimiento, es posible limitar la protección de la vida humana en todas las fases anteriores. De hecho, el Ministerio de Justicia y del Derecho sostuvo que no es viable un pronunciamiento de fondo, como quiera que la actora ha debido demandar también las disposiciones que sirven de fundamento al precepto demandado, vale decir, los artículos 90 y 93 del Código Civil. Es decir, la cuestión constitucional sobre el alcance de la protección de la vida de los pre embriones, embriones y fetos, estaría inescindiblemente vinculada a la definición del Código Civil.

3.6.5.3. Finalmente, el traslado de la regulación civilista al discurso de los derechos fundamentales ha hecho que las categorías conceptuales de la legislación ordinaria sean utilizadas para abordar realidades que no fueron pensadas o concebidas originalmente. A la expresión “nasciturus”, en torno a la cual se estructuró el debate en este proceso judicial, subyace la idea de que se trata de un ser que ha sido, desde su inicio, concebido en el cuerpo de la mujer, y que está próximo al nacimiento. El artículo 134 del Código Penal, en cambio, fue diseñado para una realidad distinta, a saber, la de la fecundación extracorpórea no destinada a la procreación, es decir, la de la producción de óvulos fecundados en escenarios distintos a la reproducción asistida, y por tanto, no

destinados al nacimiento porque nunca serán implantados en el útero materno.

En definitiva, como la constitucionalidad del texto normativo impugnado se supeditó y se hizo depender de la calificación del ser humano no nacido, y como a su vez calificación que no encuentra definida en el ordenamiento superior, el debate constitucional que se surtió en este proceso judicial adoptó las categorías conceptuales y los lineamientos de la legislación civil, diseñada con unos propósitos y fines sustancialmente distintos.

3.6.6. A las circunstancias anteriores se suma un obstáculo adicional, porque la accionante y los intervinientes hicieron depender la constitucionalidad del artículo 134 del Código Penal de un interrogante que no solo no fue absuelto dentro del proceso, sino que además, en caso de serlo, en todo caso resultaría insuficiente para dar respuesta al problema jurídico envuelto en este caso.

En efecto, los sujetos procesales parecen asumir que una vez resuelta la cuestión sobre el status del nasciturus, automáticamente se determina la exequibilidad del precepto acusado. La accionante considera, por ejemplo, que la consecuencia lógica de la personalidad inherente a los pre embriones, embriones y fetos, es la inconstitucionalidad de la previsión normativa contenida en el artículo 134 del Código Penal, que establece una excepción a la penalización de la fecundación con propósitos distintos a la procreación. Y a la inversa, intervinientes como la Universidad del Rosario o el Externado de Colombia, asumen que como los seres humanos no nacidos no tienen la condición jurídica de persona, las medidas que limitan la protección de su vida en atención a objetivos razonables, no transgreden la preceptiva constitucional.

La Corte estima, sin embargo, que se trata de una falsa disyuntiva que sobredimensiona la importancia de la distinción entre la vida como derecho y la vida como bien jurídico, y la noción de la personalidad jurídica. En la medida en que los derechos humanos no son objeto de un protección absoluta e incondicionada, en que tienen la misma jerarquía abstracta y son interdependientes entre sí, el derecho a la vida a la vida tampoco tiene un carácter absoluto, y por ello, el mismo ordenamiento jurídico admite y valida algunas limitaciones al mismo, en el marco de la libertad y la autonomía individual. En la sentencia C-239 de 1997[38], por ejemplo, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 326 del Código Penal de 1980 que tipificaba el delito de homicidio por piedad, advirtiendo que “en el caso de los

enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, pues la conducta está justificada", reconociendo con esta declaración que la defensa del derecho a la vida tiene fronteras en situaciones "límite", y que no opera incondicionalmente. Y la inversa, la consideración de la vida del nasciturus como un bien jurídico tampoco valida automáticamente las medidas que limitan su protección, como lo demuestra el hecho de que en aquellos ordenamientos jurídicos que no otorgan al ser humano no nacido el status de persona, en todo caso se ha considerado como un imperativo la protección de su vida en estas fases primigenias.

Pareciera ser, entonces, que la diferenciación aparentemente sustantiva o cualitativa entre derecho y bien jurídico tiene como efecto jurídico una diferencia tan solo cuantitativa o de grado, en el sentido de que los titulares del derecho a la vida tienen una protección plena, aunque no absoluta, mientras la vida como bien jurídico merece una protección más débil. Adicionalmente, como esta Corporación tampoco ha extraído las consecuencias de la calificación jurídica de la vida humana como derecho o como bien jurídico, ni las ha traducido en reglas o parámetros específicos para evaluar la constitucionalidad de las medidas restrictivas de la vida, la calificación jurídica de los pre embriones, embriones y fetos, tampoco resulta decisiva en este escenario.

Así pues, en el proceso judicial se planteó un dilema que, en caso de ser pertinente, y en caso de admitir una respuesta, en todo caso resulta insuficiente para definir la exequibilidad del artículo 134 del Código Penal, y en el mejor de los casos, es tan solo el punto de partida del análisis. Cuestiones como la viabilidad de la investigación científica con embriones supernumerarios, los beneficios y la utilidad de las células madre obntenidas material biológico de personas adultas, el tipo de investigaciones que se realizan en Colombia con embriones, por ejemplo, seguramente constituyen variables del juicio de constitucionalidad, que, sin embargo, no se encuentran presentes en el presente proceso.

Por este motivo, al no haberse abordado en este proceso judicial las variables fundamentales que podrían ser determinantes en el juicio de constitucionalidad, no es posible proceder al examen propuesto en el escrito de acusación.

4. Recapitulación

4.1. La ciudadana Ángela María Anduquia Sarmiento demandó la regla contenida en el

artículo 134 del Código Penal que establece una excepción al delito de fecundación de óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, cuando la conducta típica se realiza en el marco de “la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación”. A juicio de la accionante, como los seres humanos no nacidos son personas, sujetos de derechos fundamentales y niños que gozan de especial protección del Estado, la norma que autoriza su instrumentalización vulnera los derechos a la vida, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la salud de tales sujetos, así como el principio de igualdad, y las prohibiciones de tortura, de penas crueles, inhumanas y degradantes, de esclavitud, y la trata de seres humanos.

4.2. Pese a que en el auto admisorio de la demanda el magistrado sustanciador efectuó una valoración provisional del escrito de acusación, concluyendo que los cargos formulados en contra del precepto impugnado en principio admitían un pronunciamiento de fondo, los términos en que se estructuró el debate en el proceso judicial impiden la formulación del juicio de validez que se propuso a esta Corporación.

4.2.1. En primer lugar, la prescripción legal impugnada contiene una indeterminación lingüística cuya superación requería de protocolos hermenéuticos especiales que no fueron suministrados en el proceso. En efecto, los términos del artículo 134 del Código Penal abren los siguientes interrogantes: (i) si la penalización allí establecida se predica tanto de la fecundación corpórea como de la extracorpórea, o sólo de esta última; (ii) si la excepción al tipo penal se configura únicamente cuando la investigación, el tratamiento o el diagnóstico se orienta al propio preembrión, embrión o feto, o si la excepción trasciende este objetivo específico y se extiende a aquellos casos en que la investigación, el diagnóstico y el tratamiento persigue el beneficio de terceros o el beneficio general de la humanidad; (iii) si la finalidad terapéutica que se exige para exceptuar el tipo penal se predica sólo del tratamiento o diagnóstico, o también de la investigación científica. Ninguna de estas preguntas en torno al sentido y alcance de la excepción al delito de fecundación con fines distintos a la procreación, pueden ser resueltas mediante los criterios interpretativos ordinarios, porque una misma directriz conduce a respuestas divergentes, y porque además, las pautas hermenéuticas colisionan entre sí.

A pesar de la indeterminación inherente a la cláusula impugnada, esta dificultad no fue

planteada como problema jurídico autónomo dentro del proceso de constitucionalidad, y al contrario, la demandante, los intervinientes y la Procuraduría asumieron cada uno, de manera inadvertida, alguno de los múltiples entendimientos posibles de la disposición, sin suministrar los elementos de juicios que darían soporte a la línea hermenéutica adoptada. Así trabada la litis, cada uno de los sujetos evaluó la constitucionalidad de la regla que a su juicio se desprendía del artículo 134 del Código Penal, y cada uno se refirió a una realidad normativa distinta.

En este orden de ideas, como dentro del proceso judicial no se logró conformar la litis ni se definió el objeto de la decisión judicial, tampoco se pudo concretar el proceso de deliberación democrática y el diálogo constitucional que según la Corte Política debe anteceder y dar soporte al examen y al análisis que debe realizar esta Corporación. En uno escenario como este, un pronunciamiento judicial sobre la exequibilidad del precepto demandado envolvería una transgresión y una erosión del debido proceso constitucional.

4.2.2. Además, la forma en que fue planteada la controversia por la demandante y por los intervinientes impide responder la pregunta por la compatibilidad de la disposición impugnada con el ordenamiento superior. La razón de ello es que los sujetos procesales hicieron depender la constitucionalidad de la cláusula demandada de la respuesta a un interrogante que, al menos en principio, no tiene respuesta en la Carta Política ni en los demás instrumentos que sirven como parámetro de validez del ordenamiento jurídico, y que en todo caso, de ser resuelto, no ofrece una respuesta concluyente sobre la constitucionalidad de la medida legislativa impugnada.

En efecto, la accionante y los intervinientes vincularon la constitucionalidad de la norma con la pregunta sobre el status del ser humano no nacido, asumiendo que si éste tiene la condición de persona, sujeto de derechos fundamentales, la excepción al delito de fecundación sería inconstitucional, y que si su vida tan solo representa un bien jurídico, la excepción se encuentra justificada y no transgrede el ordenamiento superior. Este planteamiento, sin embargo, adolece de dos deficiencias insalvables: (i) Primero, este cuestionamiento no tiene una respuesta expresa en el ordenamiento superior sino tan solo en la legislación civil, que no solo no constituye un parámetro de constitucionalidad de las leyes, sino que además, contiene una definición del nasciturus de tipo estipulativo y sin pretensiones ontológicas, a efectos de determinar el ámbito temporal de aplicación del

régimen civil, y que por tanto, no puede ser trasladada automáticamente al escenario iusfundamental; (ii) además, la eventual respuesta a la cuestión anterior resulta insuficiente para determinar la exequibilidad de la norma demandada, dado que la diferenciación sustantiva entre derecho y bien jurídico tan solo marca una diferenciación "débil", cuantitativa o de grado en el nivel de protección que deben tener los sujetos de derechos y los bienes jurídicos en el sistema jurídico, y en todo caso, jurisprudencialmente no se han extraído las consecuencias de la calificación jurídica la vida humana como derecho o bien jurídico.

4.3. En definitiva, en el presente proceso no se constituyó adecuadamente la controversia jurídica, porque los sujetos que intervinieron en el mismo se refirieron a realidades normativas distintas y resolvieron problemas jurídicos diferentes, y se hizo depender la constitucionalidad de la cláusula impugnada de un interrogante que no tiene respuesta en el ordenamiento superior, y cuya definición tampoco es decisiva o determinante en el juicio de constitucionalidad. Por ello no es viable un pronunciamiento sobre la exequibilidad del artículo 134 de la Ley 599 de 2000.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia y en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución

RESUELVE

INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo en relación con la de la expresión "sin perjuicio de la investigación, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación" contenida en el artículo 134 de la Ley 599 de 2000, por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Presidente

Con aclaración del voto

Magistrada

Con aclaración del voto

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

Impedimento aceptado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Magistrada

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Y LOS MAGISTRADOS JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Y LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Referencia: Sentencia C-669 de 2014 (Expediente D-10127)

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Guerrero Pérez

Una “inhibición” des-inhibida

Suscribimos la decisión que sobre este caso adoptó la Sala Plena el 10 de septiembre de 2014, cuando se declaró inhibida para decidir sobre el fondo de la controversia planteada, por ineptitud sustancial de la demanda.

Los fundamentos de tal decisión, expresados en el Comunicado de Prensa No. 37 de la fecha, fueron los siguientes:

La demandante pretendía la inexequibilidad de las normas acusadas bajo el supuesto de que el nasciturus es sujeto de derecho, y la consideración según la cual, por no proteger adecuadamente los derechos de estos sujetos, aquellas serían contrarias a la Constitución.

Al volver sobre el análisis de la demanda, la Sala encontró que ésta no llenaba los requisitos mínimos necesarios para que la Corte pudiera decidir sobre ella, pues de una parte fallaba el criterio de certeza, al no aparecer evidente que las normas acusadas tengan el contenido que la actora les atribuye, y tampoco concurrir los criterios de pertinencia y especificidad, pues los cargos esbozados no lograron explicar por qué razón las normas acusadas serían

contrarias a la Constitución. Por estas razones no resultaba posible para la Corte adoptar una decisión de fondo sobre los cuestionamientos planteados, por lo que solo procedía una decisión inhibitoria.

Sin embargo, luego de leer el texto de la sentencia definitiva, sólo nos queda calificarla como un fallo inhibitorio desinhibido, toda vez que las consideraciones allí expresadas no sólo se apartan ostensiblemente de las razones por las cuales la Sala Plena de la Corte, por unanimidad, se declaró inhibida para conocer de esta demanda, sino que además desconocen la razón de ser de un fallo inhibitorio.

Por esto aclaramos nuestro voto, pues aunque compartimos la decisión contenida en la parte resolutiva de esta sentencia, disentimos casi por completo de lo dicho en sus consideraciones, según se expone a continuación.

1. La sentencia no consulta las justificaciones que sustentaron la decisión inhibitoria que adoptó la Sala Plena.

La demandante acusó la regla contenida en el artículo 134 del Código Penal, que establece una excepción al delito de fecundación de óvulos humanos con finalidad distinta a la procreación humana, cuando tal conducta se realiza en el marco de "la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación". El cargo se sustenta en dos premisas centrales: (i) los embriones humanos son personas, sujetos de derechos fundamentales y niños que gozan de especial protección del estado; (ii) la regla acusada, al autorizar su instrumentalización con fines investigativos y terapéuticos, vulnera los derechos a la vida, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la salud de tales sujetos, así como el principio de igualdad, y las prohibiciones de tortura, de penas crueles, inhumanas y degradantes, de esclavitud y la trata de seres humanos.

Aunque la acusación se dirigió contra el aparte específico del artículo 134 del Código Penal al que se hizo alusión, en su fondo planteaba una controversia de hondo calado, en torno a si los embriones humanos se consideran personas y, como tales, sujetos de derechos (entre ellos, derechos fundamentales). Sobre la respuesta afirmativa que la demandante propone dar a esta cuestión, se edifica su interpretación del contenido legal censurado y los demás argumentos de la censura, sintetizados en la premisa (ii).

La Sala Plena concluyó, de manera unánime, que el cargo así formulado no cumplía, en primer lugar, con el requisito de certeza. Apoyamos esta decisión por entender que la demanda no recaía sobre una proposición jurídica real y existente, sino por una deducida por la actora a partir de premisas contrarias a las que rigen la interpretación del contenido acusado.

Se afirma en la sentencia, con razón, que la cuestión sobre el momento en que inicia el reconocimiento de la personalidad jurídica no debe abordarse desde una perspectiva esencialista, sino sobre la base de reconocer que ello resulta de una convención, que da lugar a formular una regla constitutiva, según la cual "dado el hecho X, se entiende producido el resultado jurídico Y". En nuestro ordenamiento jurídico, los artículos 90 y 93 del Código Civil contienen las disposiciones en las que se expresa tal convención, según las cuales dado el hecho del nacimiento, se entiende que inicia la existencia legal de la persona y, con ella, comienza a ser titular de derechos y obligaciones.

Tal regla condiciona la interpretación de las restantes normas del ordenamiento jurídico, entre ellas, de las expresadas en el artículo 134 del Código Penal, demandado por la actora. Conforme a aquella, no cabe entender que los embriones humanos constituyan personas y, en cuanto tales, titulares de los derechos fundamentales cuya vulneración planteaba la demandante. Por tanto, la proposición normativa que la actora adscribe a la expresión demandada, según cual se autoriza la instrumentalización de personas con propósitos investigativos y terapéuticos, no corresponde a una proposición jurídica real y existente, sino a una deducida por la demandante actora, con lo cual su cargo carecía de certeza.

Y el que se emplee la regla constitutiva contenida en los artículos 90 a 93 del Código Civil como criterio para interpretar la excepción prevista en el artículo 134 del Código Penal no obedece, como lo sugiere la sentencia, a una aproximación esencialista al tema del comienzo de la existencia de las personas, sino a un imperativo de respeto al principio de legalidad, que exige atribuir significado a los textos normativos, especialmente a los que definen los delitos y las penas, a la luz de las convenciones legislativas que disciplinan la interpretación del Derecho.

Pero además de no ser cierta, la acusación se dirigía, ante todo, contra normas que no fueron objeto de censura por la demandante. Su pretensión se orientaba, en primer lugar, a

cuestionar la convención que define el momento del nacimiento como aquél en el que inicia el reconocimiento de la personalidad jurídica y la titularidad de derechos fundamentales. A través de esta acción pública, se pretendía así resolver una cuestión previa y distinta a la que versa sobre la constitucionalidad de la excepción contemplada en el artículo 134 del Código Penal, pues la controversia se refiere, ante todo, a la constitucionalidad de las reglas contenidas en los artículos 90 y 93 del Código Civil, que no fueron objeto de demanda. De ahí que la Corte Constitucional careciera de competencia para pronunciarse sobre una demanda que le instaba a decidir respecto de contenidos legales que, por no haber sido acusados, no fueron objeto del debate ciudadano que propicia la acción pública de inconstitucionalidad.

Bien distintas son las razones que se expresan en la sentencia para fundamentar la decisión inhibitoria. En lugar de expresar, conforme a lo decidido en Sala Plena, por qué la demanda carecía de certeza, pertinencia y especificidad, la argumentación se encamina a desvirtuar (i) "la presunta falta de correspondencia entre las acusaciones de la demanda y el contenido de los preceptos impugnados" (3.2); (ii) "la presunta existencia de una proposición jurídica incompleta" (3.3) y (iii) "la presunta necesidad de una integración normativa" (3.4). Tras defender la aptitud de la acusación frente a estas objeciones, la sentencia explora si en realidad la demanda partía de una interpretación manifiestamente inadecuada de la disposición demandada (3.5) y de las disposiciones constitucionales (3.6). En este punto, se pone de manifiesto que la actora y los demás intervinientes en realidad atribuyeron significados divergentes a la expresión acusada, lo que impidió conformar la litis y definir cuál era el objeto de la decisión judicial, por lo que, concluye la sentencia, se imponía proferir un fallo inhibitorio.

Esta línea de fundamentación, deja de lado el estudio de los requisitos de admisibilidad empleados de manera pacífica y reiterada por la jurisprudencia de esta Corporación, y que fueron utilizados por la Sala Plena cuando se adoptó la decisión inhibitoria. Pero además lo hace para encaminarse por un sendero argumentativo poco ortodoxo, que le permite al ponente asomarse de manera sutil al fondo de la controversia. Dos ejemplos dan cuenta de ello:

Primero. Entre las páginas 24 a 30 de la sentencia, con el fin de poner de manifiesto las dificultades hermenéuticas del precepto acusado, se emprende un estudio de las posibles

interpretaciones del texto para concluir que la excepción establecida en el aparte normativo acusado “se refiere a estas hipótesis orientadas a la intervención con fines diagnósticos o curativos de propio pre embrión, embrión o feto creado artificialmente”[39]. En apoyo de esta lectura se afirma que, además de ser consistente con una interpretación textual del precepto, tal es el único sentido que evita la instrumentalización de la vida humana, y por tanto, es el único compatible con el sentido de las objeciones en su momento formuladas por el Presidente de la República y acogidas por el Congreso.

Segundo. En el capítulo 3.6, la sentencia plantea que la aplicación de las reglas previstas en los artículos 90 y 93 del Código Civil se circunscribe a la definición del ámbito temporal de aplicación de la legislación civil, y sugiere que su extensión a la interpretación de quiénes son titulares de derechos fundamentales, supone extrapolarla a terrenos en los que tales reglas no resultan aplicables.

Ninguna de estas afirmaciones, harto controvertibles, por cierto, fueron aprobadas en Sala Plena como fundamento de la decisión inhibitoria ni eran, en modo alguno, necesarias para fundamentar tal resolución. Antes bien, introducirlas en el texto de la sentencia contradice el sentido de un fallo inhibitorio.

2. Inhibirse es abstenerse de conocer el fondo de una causa. Las consideraciones de esta sentencia hacen justamente lo contrario.

El carácter rogado del control de constitucionalidad de las leyes constituye un límite importante al poder conferido a este Tribunal para retirar del ordenamiento aquellas normas legales que, si bien fueron aprobadas en democracia, desconocieron los parámetros de validez prescritos en la Constitución. Salvo las hipótesis de control automático establecidas por el propio constituyente, la competencia de la Corte para examinar la constitucionalidad sólo se activa si media una demanda apta interpuesta por un ciudadano.

La necesidad de que exista una demanda como presupuesto para activar la competencia de este Tribunal tiene una importante razón de ser en un estado constitucional, erigido sobre la idea de fijar límites jurídicos al poder, por cuanto condiciona la entrada en escena del juez constitucional a que los ciudadanos tomen la iniciativa para abrir un debate público sobre la validez de las normas aprobadas por el legislador. De este modo, a la vez que se activa una instancia de control al ejercicio del poder legislativo, se restringe el poder de la

Corte Constitucional para pronunciarse sólo respecto de los cargos propuestos por los ciudadanos.

Como lo establece el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991[40], no cualquier escrito de acusación activa la competencia de la Corte para pronunciarse sobre el fondo de una controversia de constitucionalidad. Es necesario que, al exponer las razones por las cuales se estima que una norma viola la Constitución, el ciudadano formule al menos un cargo apto, lo cual, según jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación, requiere que la acusación cumpla con los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia. [41]

La razón de ser de estas exigencias es hacer efectivo el carácter rogado del control constitucional, pues si la Corte pudiera pronunciarse de fondo sobre una demanda que no cumple con estos requisitos, estaría facultada para suplir los vacíos del demandante en orden a construir el cargo que le otorga competencia y luego proceder a decidir de fondo sobre el mismo. Esto le implicaría actuar no sólo como juez sino, a la vez, como parte demandante.

Por eso cuando, en ausencia de estos requisitos, la Corte profiere una sentencia inhibitoria, reconoce que, debido a la ineptitud sustantiva de la demanda, no le asiste competencia para asomarse al fondo de la controversia. De este modo, deja abierta la cuestión para que en el futuro sean los ciudadanos quienes, en ejercicio del derecho de acción pública, presenten argumentos aptos para activar, y a la vez delimitar, el poder del juez constitucional. Y dejar abierta la cuestión supone para este Tribunal el deber de abstenerse de presentar, como razones para la inhibición, argumentos que en realidad versan sobre el fondo de la controversia, cuando precisamente se ha reconocido que no existe un caso que habilite a la Corte para entrar en ella.

La sentencia que motiva esta aclaración de voto incumple este deber. Como quedó expresado en los dos ejemplos anteriores, la línea argumentativa que allí se desarrolla incorpora premisas relativas (i) al sentido en el que debe ser interpretada la excepción prevista en la norma acusada; (ii) a la dudosa aplicabilidad de las reglas establecidas en los artículos 90 y 93 del Código Civil para definir la titularidad de derechos fundamentales. De este modo, la sentencia pretende dejar, como extensos “dichos al pasar”, elementos que

podrían ser entendidos por un lector no versado en los criterios que rigen la interpretación del derecho jurisprudencial, como definiciones vinculantes susceptibles de orientar la decisión de esta controversia, si en el futuro ella vuelve a plantearse ante este Tribunal.

Por lo expuesto, estas y otras premisas incluidas en la sentencia, en las que el ponente se asoma al fondo de la cuestión, no tienen por supuesto el valor de ratione decidendi. Ni siquiera el de obiter dicta, pues estas han de ser premisas secundarias que prestan apoyo a las premisas centrales de la fundamentación. Y la decisión adoptada en Sala Plena, no sólo no descansó en tales consideraciones, sino que además de manera expresa se propuso no darles cabida, pues ello habría significado, en lugar de inhibirse, decidir de fondo.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] Se omite la transcripción de cuerpos normativos completos como el Decreto 4444 de 2006 o de la sentencia C-355 de 2006 (M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández).

[2] De esta vertiente se señalan como fallos emblemáticos las sentencias C-133 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) y C-355 de 2006 (M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández).

[3] De esta vertiente se señalan como fallos emblemáticas las sentencias C-013 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández), T-223 de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y T-179 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

[4] Dada la gran cantidad de intervenciones y la multiplicidad de explicaciones coincidentes, la Corte estima necesario sistematizar las solicitudes y argumentos

contenidos en el expediente, sin perjuicio de señalar la autoría de las reflexiones que se señalan en este acápite.

[5] Como pretensión principal.

[6] Argumento del Ministerio de Justicia y del Derecho.

[7] Argumento del Ministerio de Justicia y del Derecho y de la Defensoría del Pueblo.

[8] Argumento del Ministerio de Justicia y del Derecho.

[9] Argumento de la Defensoría del Pueblo.

[10] Argumento de la Defensoría del Pueblo.

[11] Como pretensión subsidiaria.

[12] Argumento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, la Universidad Externado de Colombia, la Universidad del Rosario, y la Defensoría del Pueblo.

[13] En particular, se citan las sentencias C-355 de 2006 de la Corte Constitucional, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, y algunas decisiones del TEDH en las que se afirma que los Estados no tienen la obligación de brindar una protección absoluta a los seres humanos no nacidos.

[14] Argumento de Colciencias. Academia Colombiana de Jurisprudencia.

[15] Argumento de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

[16] Argumento de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

[17] Argumento de la Defensoría del Pueblo.

[18] Argumento del Instituto Colombiano de Estudios Bioéticos.

[19] Argumento de Colciencias.

[20] Según el artículo 1.2 de la CADH, “persona es todo ser humano”.

[21] Artículos 5 y 27 de la Carta Política.

[22] Artículo 11 de la Carta Política, 91 del Código Civil y 53 del Código General del Proceso.

[23] Como sustento de esta afirmación, la actora cita y transcribe las sentencias C-503 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), el Auto A104 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), C-930 de 2009 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), y C-634 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

[24] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[25] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[26] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[27] M.P. María Victoria Calle Correa.

[28] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[29] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[30] La sistematización de las reglas sobre la unidad normativa se encuentran en la sentencia C-105 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

El magistrado sustanciador tampoco admitirá la demanda cuando considere que ésta no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en si mismo no sea inocuo, y ordenará cumplir el trámite previsto en el inciso segundo de este artículo. La Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales.// Se rechazarán las demandas que recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiera hecho tránsito a cosa juzgada o respecto de las cuales sea manifiestamente incompetente. No obstante estas decisiones también podrán adoptarse en la sentencia.” (subrayado por fuera de texto).

[32] Este es el caso de la sentencia C-168 de 2014 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), en la que esta Corporación resolvió la solicitud de declaratoria de inexequibilidad del artículo 55.g de la Ley 1607 de 2012, por la presunta infracción de los principios de igualdad y equidad tributaria, así como del deber estatal de proteger la producción de alimentos. La Corte encontró que los cargos por la supuesta afectación de estos dos últimos preceptos requería la integración normativa con los parágrafos 1 y 2 del artículo 477 y con el parágrafo 1 del artículo 850 del Estatuto Tributario. Sin embargo, como el actor no formuló acusación en relación con tales normas, y como el debate constitucional no se estructuró en torno a tales disposiciones, se concluyó que no era viable la integración normativa porque implicaría desconocer los principios básicos que orientan el control constitucional, como la prohibición de la revisión oficiosa de la legislación, el carácter participativo de los procesos constitucionales, y el debido proceso. Con fundamento en tal consideración, la Corte se abstuvo de pronunciarse sobre los referidos cargos, y declaró la exequibilidad de la norma en relación con la acusación por la presunta lesión del principio de igualdad.

[33] La sistematización de las reglas sobre la unidad normativa se encuentra en la sentencia C-105 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[34] En términos generales, existen tres tipos de indeterminaciones: (i) las indeterminaciones lingüísticas, que son de dos tipos: semánticas, referidas al contenido o significado de una expresión lingüística aisladamente considerada, bien sea por razones de vaguedad, por la textura abierta del lenguaje o por ambigüedad; o sintácticas, referidas a la estructura gramatical como tal, normalmente por razones de ambigüedad; (ii) indeterminaciones lógicas¸ que se producen en el contexto de la interrelaciones de las disposiciones jurídicas, y que son de tres tipos: las contradicciones¸ que se presentan cuando dentro de un mismo sistema se atribuye a un mismo supuesto de hecho dos o más soluciones o consecuencias jurídicas excluyentes e incompatibles; los vacíos, que se presentan cuando el ordenamiento jurídico no prevé una solución para un supuesto de hecho determinado; y las redundancias¸ que se presentan cuando dentro de un mismo sistema jurídico se atribuye a un mismo supuesto de hecho, una misma solución contenida en dos o más disposiciones o preceptos jurídicos diferentes; (iii) las indeterminaciones pragmáticas o ilocucionarias¸ en las que la indefinición se refiere al uso o función de la disposición jurídico; dado que el lenguaje puede ser utilizado con distintos propósitos, dentro de los cuales se destacan el uso descriptivo, el uso directivo, el uso expresivo y el

uso operativo, en ocasiones puede no existir claridad en el objeto perseguido a través de la expresión lingüística, como cuando se utiliza una expresión con una forma gramatical descriptiva, pero con un propósito expresivo o directivo. Sobre las indeterminaciones en los lenguajes naturales y su impacto en el lenguaje jurídico, cfr. Genaro Carrió, Notas sobre derecho y lenguaje, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1994, pp. 17-48; y Carlos Santiago Nino, Fundamentos de derecho constitucional, Buenos Aires, Ed. Astrea, 19892, pp. 89-97.

[35] Artículo 12.1 de la Ley 35 de 1988 de España, derogada por la Ley 14 de 2006.

[36] Artículo 17 de la Ley 26.862 de Argentina.

[37] En este sentido, Genero Carrió afirma que existe un vínculo estrecho entre las controversias entre juristas y los problemas de lenguaje, y que, "sin pecar de exageración, la mayor parte de las agudas controversias que, sin mayor beneficio, agitan el campo de la teoría jurídica, deben su origen a ciertas particularidades del lenguaje y a nuestra falta de sensibilidad hacia ellos". Además de las seudo-disputas originadas en equívocos verbales y de las contiendas en torno a las clasificaciones o sobre la naturaleza jurídica de las instituciones, el autor menciona los "seudo desacuerdos de hecho en torno a proposiciones analíticas", y las "controversias generadas por un desacuerdo valorativo encubierto". En el primer caso, se suelen refutar o apoyar enunciados tautológicos apelando a argumentos de hecho, y en el segundo, se intenta cubrir con el ropaje de descripciones o definiciones, juicios de valor. Al respecto cfr., Genaro Carrió, Notas sobre derecho y lenguaje, Buenos Aires, Ed. Abeledo- Perrot, 1994, pp. 91-104.

[38] M.,P. Carlos Gaviria Díaz.

[39] Pág. 28.

[40] Dice la citada norma: "Artículo 2º. Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito, en duplicado, y contendrán: 1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas; 2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas; 3. Los razones por las cuales dichos textos se estiman violados; 4. Cuando fuera el caso, el señalamiento del trámite

impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y 5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda".

[41] La doctrina sobre los requisitos básicos para examinar la aptitud de la demanda, fue expuesta de manera canónica en la sentencia C-1052 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa), y desde entonces ha sido reiterada por la Corte de manera pacífica.