

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

Marco neurojurídico de protección y fundamentos embriológicos del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia

Neurolegal framework of protection and embryological foundations of the fundamental right to voluntary interruption of pregnancy in Colombia

David Ernesto Díaz-Navarro¹, Dayanna Valentina Díaz-Navarro²

¹ Investigador y monitor académico de investigación en las áreas de derecho procesal constitucional, derecho internacional humanitario, derecho supranacional y filosofía del derecho en la Universidad la Gran Colombia, sede Bogotá D.C. Miembro del Grupo de Investigación Teoría del Derecho, de la Justicia y de la Política (reconocido y categorizado en A por el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación – Minciencias), del Semillero de Investigación Ciro Angarita Barón: Estudios Constitucionales y Procesales, y del Semillero de Investigación Dignitatis Humanae, adscrito al Observatorio de Derechos Humanos de la misma institución.

² Miembro fundador del Centro de Investigación para la reconstrucción de la Memoria y la Violencia Histórica en Colombia (CIR), y del Grupo de Estudio e Investigación en Políticas Públicas y Acción Política. Experta en investigación periodística enfocada en asuntos de género, actividades legislativas, asuntos de paz y lucha contra la corrupción. Politóloga de la Universidad el Bosque (Bogotá D.C.).

Forma de citar: Díaz-Navarro, David Ernesto y Díaz-Navarro, Dayanna Valentina. “Marco neurojurídico de protección y fundamentos embriológicos del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia”. En: *Revista CES Derecho*. Vol. 16. No. 1, enero a abril de 2025. pp. 126-146. <https://dx.doi.org/10.21615/cesder.7670>

Resumen

Con base en una metodología embriológica y neuro-jurídica, el propósito del presente artículo es identificar los fundamentos biológicos, en virtud de los cuales una mujer gestante, a propósito del aborto, puede invocar y ejercer su derecho reproductivo fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo. El problema central es que en la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, el nonato, si bien es considerado un ser humano durante el período gestacional, no posee estatus de persona jurídica hasta su nacimiento y por ello no ostenta un amparo legal integral. Es decir, no posee derechos fundamentales, sino valores constitucionales. Son resultados del presente los siguientes: embriológicamente, la despenalización del aborto en Colombia debió configurarse hasta la semana vigesimoprimera y no la vigésimo cuarta de gestación del feto; y neurojurídicamente, la mujer gestante posee cinco neuroderechos fundamentales que potencian sus derechos sexuales y reproductivos: la consciencia, la conciencia, la identidad, la autonomía y la privacidad psicosomáticas.

Palabras claves: aborto; derechos sexuales; derechos reproductivos; mujer gestante; neuroderechos.

Abstract

Based on an embryological and neuro-legal methodology, the purpose of this paper is to identify the biological foundations, by virtue of which a pregnant woman, regarding abortion, can invoke and exercise her fundamental reproductive right to the voluntary interruption of pregnancy. The central problem is that in the recent jurisprudence of the Colombian Constitutional Court, the unborn, although considered a human being during the gestational period, doesn't possess a legal personality until its birth and, therefore, doesn't have comprehensive legal protection. That is, the fetus doesn't have a fundamental rights, but rather constitutional values. Results: embryologically, the decriminalization of abortion in Colombia should have been set up until the twenty-first week and not until the twenty-fourth week of gestation; and from a neurolaw point of view, the pregnant woman has five fundamental neurorights that enhance her sexual and reproductive rights: consciousness, conscience, identity, autonomy and privacy.

Fecha correspondencia:

Recibido: 15 de abril de 2024.

Revisado: 30 de octubre de 2024.

Aceptado: 30 de octubre de 2024.

DOI: 10.21615/cesder.7670

ISSNe: 2145-7719

<https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho>



Keywords: abortion; sexual rights; reproductive rights; pregnant woman; neurorights.

Introducción

El concepto de dignidad humana ha sido elevado, tanto en el marco de la ética como en el marco del derecho, a valor constitucional con estructura de principio y con alcance de derecho fundamental en Colombia. De un lado, será valor constitucional dada su naturaleza fundacional dentro de un Estado social de derecho y, de otro, será derecho fundamental en tanto que su vulneración puede ser susceptible de reclamo, ya para la prevención de un daño, ya para la reparación de un daño ocasionado. La dignidad humana está caracterizada esencialmente por su naturaleza transversal a todas las dimensiones culturales y naturales (dicotomía humano-natura) de las cuales es partícipe la persona humana. Ello supone que la cualidad de la dignidad humana no es netamente social, sino natural, debido a que emerge del hecho mismo de ser miembro de la especie humana. La cuestión sería si ese hecho puede ser objeto de una restricción, según la cual un ser humano no sea considerado una persona por su ordenamiento jurídico.

En primera instancia, se parte del siguiente teorema: el principio de la dignidad humana tiene un alcance no *diferencial*, sino estructural en la integridad del sistema social en que se manifiestan los fines que confieren un doble estatuto a la *dignidad humana*, en tanto *valor constitucional* y en tanto *derecho fundamental*: (1) la autonomía, (2) el bienestar físico y (3) el bienestar mental (Corte Constitucional, Sentencia T-881 de 2002). La finalidad será comprobar si este teorema es o no correcto, es decir, si el principio de la dignidad humana confiere la misma dimensión del peso que posee un *derecho constitucional* a un *valor constitucional*. En segunda instancia, los tres corolarios ulteriormente enunciados determinarían cuándo se ejerce el derecho a la dignidad humana o, dicho en el mismo sentido, cuándo se está en procura de su cumplimiento.

Los corolarios establecen tres criterios para identificar si el alcance estructural de la dignidad se configura, en virtud del *ser humano* biológicamente considerado o de la *persona* jurídicamente reconocida. En el marco de las leyes y jurisprudencia del ordenamiento jurídico colombiano, se entenderá que un *ser humano* posee el *valor* a la dignidad humana cuando es considerado persona (nacida) y cuando es considerado no persona (nonato); que posee el *derecho* a la dignidad humana, únicamente cuando es considerado persona (nacida); y que el principio de la dignidad humana es un presupuesto estructural del sistema normativo, el cual tiene como propósito o finalidad hacer efectivos, tanto el valor como el derecho a la dignidad humana.

Para efectos de la materia, la temática central que se tratará corresponde a otro derecho fundamental en *Colombia*, cual es la interrupción voluntaria del embarazo (IVE). Así que, es imperioso examinar si solo un ser nacido biológicamente y con potencial de *conciencia* (*conscience*), esto es, que ha atravesado un proceso de socialización y que es capaz de ejercitar su *consciencia* (*consciousness*) es, en última instancia, idóneo para ejercitar su dignidad humana, sin perjuicio de la dignidad de sus congéneres; la conciencia moral sería relativa a la noción y/o auto-reconocimiento del derecho fundamental, mientras que, la consciencia moral atañe a la capacidad, autodeterminación y responsabilidad para ejercitar el derecho fundamental (Díaz-Navarro, 2023; Torres y Díaz-Navarro, 2024). De este problema deriva la pregunta que orienta el curso argumentativo del ensayo: ¿cuáles son los estatutos axiológico, epistémico, deontológico y ontológico, relativos a la dignidad humana, por los cuales un ser humano-persona puede ejercer el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en Colombia?

De tal suerte, que el problema de investigación halle una resolución satisfactoria, el siguiente objetivo general es planteado sobre la base de la pregunta de investigación formulada: analizar el estatuto de validez ético y normativo del principio jurídico de la dignidad humana, el cual pueden reclamar los seres humanos en tanto sistemas biológicos autopoieticos. Es decir, en tanto sistemas cuyo nacimiento, proceso de socialización y autonomía adquiridas les permiten ejercitar actos y decisiones morales y responsabilizarse ética y jurídicamente por los mismos.

Con fines de claridad, el punto de partida examina a los seres humanos considerados personas y a los seres

humanos que no son considerados personas en el orden jurídico. Es decir, a la mujer gestante en cuanto a ser humano con estatus jurídico (persona) y al nonato en tanto ser humano sin estatus jurídico (no persona). La importancia del análisis destaca que la dignidad humana corresponde a la piedra angular de todos los demás derechos fundamentales, por lo que es preciso advertir los problemas que devienen del hecho de considerar que un ser humano a nivel celular (como lo es el cigoto) o a nivel pluricelular (como lo es el embrión y el feto) no es una *persona con pleno estatus jurídico* (personalidad jurídica).

En esa conformidad, se estaría frente a un evento en el que a los seres humanos unicelulares y pluricelulares no nacidos, de hecho, no se les ha extendido un reconocimiento de derechos fundamentales (como a los seres humanos pluricelulares nacidos vivos), sino únicamente una serie de valores constitucionales, cuyo rango es inferior al de un derecho humano. De este modo, es preciso identificar cuál es el alcance que tiene, tanto el nacimiento como el potencial de nacimiento de cualquier organismo biológico de la especie *homo sapiens sapiens*, frente a la invocación de su reconocimiento como persona natural por parte del ordenamiento jurídico como ante la invocación del reconocimiento al derecho reproductivo, relativo a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE de ahora en adelante) que está en cabeza de la mujer gestante.

Delimitación metodológica

La delimitación que el presente empleará debe tener su punto de partida en cuatro estatutos principales: uno ontológico, uno axiológico, uno epistémico y uno deontológico (dentro de la ética). Ello, en vista de que la temática en torno al *aborto* suele ser abordada, esencialmente, desde el primer y cuarto estatutos, a veces ignorando las posibles convergencias y otra vez desconociendo los aportes del segundo y tercer estatutos. El primer estatuto se tratará en el presente, a partir de la noción de *existencia material, física y/o natural* de los organismos vivos denominados seres humanos. El segundo estatuto enunciará el valor que posee cualquier miembro de la especie humana desde su fecundación. El tercer estatuto examinará las cualidades ejecutivas inferiores y superiores que poseen los seres humanos, precisamente, por pertenecer a esa especie. Por último, el cuarto estatuto evaluará el estatuto de un ser humano cuya condición jurídica ha sido reconocida, es decir, analizará su *personalidad jurídica*.

El estatuto ontológico será relativo al estatuto físico y/o material que poseen los individuos que pertenecen a la especie humana, por lo cual la dimensión biológica del *ser* establecerá el fundamento de este estatuto. Es decir, que si un ser humano existe (cualidad *existencia*), entonces puede cambiar (cualidad *mutabilidad*) (Bunge, 2017). El énfasis de la *existencia* y de la *mutabilidad* del ser humano en tanto organismo vivo se refuerza particularmente, a través del proceso ontogenético y/o morfogenético, según el cual desde la fecundación existe una unidad con *identidad genética* denominada cigoto que atravesará una serie de períodos de desarrollo embrionario hasta su nacimiento.

El estatuto axiológico implica que los seres humanos poseen valor moral, aunque no debido a su potencial biológico y sociopolítico de nacimiento. El *valor moral* supone, por su parte, sopesar a los miembros de la especie humana en la misma balanza *valorativa*, de tal suerte, que la sola identidad genética constituya un factor suficiente para *valorar* al *ser* en cuanto *ser moral*. Es decir, que dentro de este estatuto se evalúa cómo las *cualidades* de existencia y mutabilidad se ven configuradas desde la *fecundación* misma y no desde el nacimiento como potencia ni desde el nacimiento como acto, a fin de reconocer la *condición y dignidad* del *ser humano*.

A diferencia del estatuto previo, el estatuto epistémico se determina sobre la base de las cualidades mentales de sociabilidad que experimenta el ser humano, a partir del nacimiento. El énfasis compuesto ya no especifica a un *ser humano moral*, sino a una *persona natural (humana) social y moral*. En efecto, una identidad genética como las enunciadas por los estatutos ontológico y axiológico contrasta con la *identidad* de una experiencia consciente que un niño tiene durante su desarrollo cognitivo al interior de una familia o de la sociedad misma, pues aquélla determina cómo se moldea el *sentido de pertenencia* y la *personalidad* del ser humano (Habermas, 1987). Es decir, la *personalidad* cobra relevancia en el estatuto epistémico, puesto que, la autonomía constituye el factor por el cual el niño propende hacia el *mundo de la vida* y confiere forma a la *conciencia* de su propia

persona individual, la cual sería capaz de ejercer actos de *consciencia social y moral*, ya sea en la forma de juicios valorativos o de juicios normativos.

Mientras que, las cualidades de *existencia* y de *mutabilidad* son para los dos primeros estatutos (ontológico y axiológico) comprendidos desde la fecundación de un *ser humano*, tales cualidades son delimitadas desde el nacimiento por el tercer estatuto (epistémico). El argumento compuesto de cada uno de los estatutos es que, si bien el cigoto posee *identidad genética*, empero, no posee ni *identidad* ni *personalidad* sociales en formación, lo cual sugiere la ausencia de una verdadera autonomía psicosomática (intencionalidad y teoría de la mente como individuo) semejante a la que posee un bebé nacido. Sobre esa base metodológica, el estatuto deontológico establece que un *cigoto* a diferencia de un *bebé nacido* o acaso un *niño pequeño* no está atravesando por experiencias sociales que le permitan reconocer sus derechos y algunos deberes relativos como *ser social y moral*.

Dentro del aparato de la ética normativa, la lógica deóntica configura tres nociones de *deber ser* que ilustran este presupuesto: la permisión, la prohibición y la obligación (Von Wright, 1998; Bulygin, 2018). Estas nociones son indispensables al momento de identificar hasta qué punto un *feto* y un *bebé*, pueden ser susceptibles de recibir y acatar mandatos imperativos de hacer, no hacer o dar. A pesar de que la visión clásica de la *personalidad jurídica*, relativa a la capacidad, tanto para ser sujeto de derechos como para contraer obligaciones resulta, muchas veces en una restricción, aún es ilustrativa para entender el motivo por el cual algunos ordenamientos jurídicos no se aventuran a reconocer a un *feto* como persona con estatus jurídico.

En efecto, puesto que, tanto los aspectos atinentes al desarrollo cognoscitivo como otros símbolos y conductas culturalmente transmitidos resultan de vital importancia para dilucidar cómo el *nacimiento* marca un antes y un después en el reconocimiento y ejercicio de derechos y deberes en cabeza propia. En otras palabras, el *derecho* en tanto sistema de normas de conducta se compone, en función de las dinámicas y acciones sociales en que se ve envuelto un ser humano y dentro de ese entramado sociojurídico denominado *mundo de la vida* entendido “como un acervo de patrones de interpretación transmitidos culturalmente y organizados lingüísticamente” (Habermas, 1987, p. 176), el sujeto humano moldea su *conducta social*, configura sus *esquemas cognitivos* y compone juicios valorativos y normativos. Con todo lo cual se establece una diferencia significativa entre un *nonato* y un ser humano *nacido*.

Ahora bien, es preciso advertir la interacción sistémica que guardan estas cuatro dimensiones del mundo del derecho, en lo que atañe al estatuto integral que posee un *nonato* frente al ordenamiento jurídico colombiano. El propósito de esta visión holística será hallar un cuadro teórico que concilie los cuatro estatutos, en cuanto a determinar el estatus jurídico, tanto de los derechos del *nonato* como del derecho a la IVE de la mujer gestante en Colombia. Por ese motivo, la metodología del presente artículo será embriológica, dado que, el examen que se realizará en torno a los cuatro estatutos enunciados tendrá un núcleo biológico, gracias a los períodos gestacionales del *nonato*; y neuro-jurídico, debido a los cinco neuroderechos que posee la *mujer gestante* por el hecho biológico de ser *mujer* (la conciencia, la consciencia, la identidad, la autonomía y la privacidad psicosomáticas) y los cuales se pondrán de manifiesto como intensificadores o potenciadores de sus derechos sexuales y reproductivos, con exactitud, del derecho a la IVE.

Debido a que uno de los enfoques metodológicos pertenece al universo de las *ciencias naturales* resulta imperioso traer a colación estudios recientes sobre el estatuto psicobiológico de los *nonatos*, a fin de subsumir tales recuentos científicos en el falsacionismo metodológico sofisticado de la *filosofía de la ciencia*. Este proceder en particular será ilustrativo en cuanto a examinar siete fórmulas metodológicas que podrían ser adoptadas como posturas y/o puntos de vista bioéticos y neurojurídico por parte de investigadores, juristas, especialistas de la medicina o el público en general. El falsacionismo permite configurar estas formulaciones:

- (1) (1ªP.M) premisa metodológica: si el *nonato* es un ser humano nacido vivo, entonces es una persona con

estatus jurídico¹.

(2) (2ªP.M) premisa metodológica: si el nonato es un ser humano nacido vivo o no nacido, entonces es una persona con estatus jurídico².

(3) (3ªP.M) premisa metodológica: si el nonato no es un ser humano nacido vivo, entonces no es una persona con estatus jurídico³.

(4) (4ªP.M) premisa metodológica: si el nonato es un ser humano no nacido (nacido muerto) con nueve semanas de gestación en adelante, entonces es una persona con estatus jurídico⁴.

(5) (5ªP.M) premisa metodológica: si el nonato es un ser humano nacido vivo o no nacido con veintidós semanas en adelante, entonces es una persona con estatus jurídico⁵.

(6) (6ªP.M) premisa metodológica: si el nonato es un ser humano no nacido, pero que hubiese podido nacer vivo, entonces no es una persona con estatus jurídico⁶.

(7) (7ªP.M) premisa metodológica: si el nonato es un ser humano no nacido, pero que hubiese podido nacer vivo, entonces es una persona con estatus jurídico⁷.

Con motivo de esclarecer la formulación ulterior resulta prudente enunciar un *compromiso biojurídico y bioético*, a fin de esclarecer el carácter integral de las premisas metodológicas: si pretendo demostrar el estatuto personal del nonato, entonces debo demostrar su estatuto humano; pero, en sentido contrario: si pretendo desvirtuar su estatuto personal, entonces debo desvirtuar su estatuto humano. En efecto, determinar el estatuto existencial del nonato dentro de un sistema social implica hacerlo desde un punto de vista *biológico* y desde un punto de vista *jurídico*, debido a que estos niveles existenciales no son excluyentes, sino complementarios entre sí cuando se refieren a la especie humana. Dicho de otra manera, todo ser humano es por antonomasia una persona con estatus jurídico, salvo que en realidad sea un *Dios encarnado* o un cadáver.

La idea previamente enunciada deviene en un problema hermenéutico difícil de resolver, a través del consenso mayoritario o del diálogo privatizado, puesto que, la premisa metodológica tercera, precisamente, contraría la fraseología: *todo ser humano es por antonomasia una persona con estatus jurídico*. La cuestión metodológica es la siguiente: ¿cuándo, dónde y por qué un ser humano no sería considerado persona con estatus jurídico? O, para mayor dificultad, ¿cuándo, dónde y por qué un ser no humano sí sería considerado una persona con estatus jurídico? Se infiere de partida que los adverbios interrogativos *cuándo* (circunstancia temporal de la sociedad colombiana), *dónde* (en el ordenamiento jurídico de Colombia) y *por qué* (postura hermenéutica de la Corte Constitucional colombiana) dependerán no de la *lógica* de las premisas metodológicas, sino de otros factores, relativos a que, aunque el nonato sea humano no necesariamente es persona; que el número de semanas será determinante para definir la viabilidad de nacimiento del ser humano como persona; y que, por ello, a pesar de que un nonato nazca pero sin vida, no podría ser considerado persona.

Cabe advertir que el marco metodológico expuesto no ha de conducir a un problema de la filosofía del lenguaje, sino a un problema de hermenéutica jurídica en sentido estricto. Sin embargo, antes de invocar una resolución, el presente trabajo empleará los enfoques metodológicos puestos de manifiesto y analizará socio-jurídica y holísticamente los datos que ha aportado la embriología y la biología molecular de los últimos veinte años. Ello contribuirá a dilucidar cómo el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo de las mujeres se relaciona con la tripartición del derecho a la vida que hipotéticamente puede o no estar en cabeza del nonato desde tal o cual

¹ Esta premisa es prevalente en muchos ordenamientos jurídicos y, para efectos del presente, en el sistema jurídico colombiano.

² Esta premisa suele ser adoptado por aquellos que contemplan en el nonato a un ser con personalidad jurídica.

³ Corresponde a la premisa metodológica primera, pero en su sentido inverso y/o negativo.

⁴ La defunción fetal a las nueve semanas tiene una tasa del 100%, es decir, es un nacimiento inviable. Como pronto se relatará, los fetos con nueve semanas en adelante son considerados *pacientes* desde un punto de vista bioético y biomédico.

⁵ A partir de la semana 22 el feto puede nacer con vida, pero debe ser sometido inmediatamente a cuidados intensivos, como pronto se relatará. Es decir, es un nacimiento viable desde la semana bajo mención y muy excepcionalmente lo es desde la semana 21.

⁶ Como pronto se advertirá, este argumento es una comprensión integral de los argumentos primero y tercero, y corresponde a la línea de razonamiento hermenéutico que adopta la Corte Constitucional colombiana.

⁷ Esta premisa metodológica será decisiva al momento de evaluar los diferentes argumentos esgrimidos en torno a la cuestión de la semana desde la cual se debe conceder permisión jurídica a la IVE y será el punto de inflexión para obtener una conclusión que concilie los cuatro estatutos filosóficos examinados.

semana de gestación: (1) el derecho a nacer, (2) el derecho a la vida digna y (3) el derecho a morir.

De este modo, el falsacionismo epistemológico⁸, a través del compromiso bio-jurídico sugerido, contribuirá a determinar si el nonato es o no un ser humano y, por consiguiente, si debe ser o no reconocido como una persona con estatus jurídico por el ordenamiento jurídico colombiano; o cuándo, por qué y dónde se configura una excepción respecto de esta equivalencia *ser humano y persona*. En razón de todo lo anterior es indispensable evitar, en la medida de lo posible, interrogantes tales como: ¿por qué o para qué el nonato debe ser una persona jurídica? O, ¿por qué o para qué el nonato no debe ser una persona jurídica? En otras palabras, no será una orientación del presente el adoptar posturas, relativas a la provida o al proaborto, de tal suerte, que el proceder metodológico y científico del presente no se vea permeado por sesgos, doxas o ideologías de tinte personal, religioso o político.

¿Cuál es el estatuto existencial del nonato según la embriología moderna?

La cuestión que dentro de esta dimensión es usual formular implica determinar si el *nonato* es ser humano y desde cuándo lo es. Esta determinación establece un límite demarcatorio para *saber* cuándo se aborta a un ser humano y cuándo a un organismo vivo, multicelular y que aún no goza de ese estatus existencial a nivel biológico. El énfasis de esta dimensión es de naturaleza ontogénica, pues su explicación remite a los períodos del desarrollo humano: “Es habitual dividir el desarrollo humano en los períodos prenatal (antes del nacimiento) y posnatal (después del nacimiento). El desarrollo de un ser humano, desde el cigoto hasta el nacimiento, se divide en dos períodos principales, embrionario y fetal” (Moore, Persaud y Torchia, 2020, p. 1).

Inicialmente, es imprescindible interrogar: ¿qué hace a un feto un ser humano: sus genes, sus órganos, su anatomía, su capacidad mental o su potencial de nacimiento? Este interrogante suele ser resuelto, tanto en virtud de la *viabilidad de los fetos*, es decir, su capacidad de supervivencia extrauterina (posparto) como en función de su desarrollo como feto desde la novena semana hasta el nacimiento. El período de gestación de nueve meses se divide por regla general en tres trimestres (3 meses cada uno)⁹ y, a partir de la semana novena el embrión se convierte en un *feto*; esto significa que en el primer trimestre, particularmente, entre el segundo y el tercer mes de gestación se le considera en cuanto tal (Schoenwolf, Bleyl, Brauer y Francis-West, 2019). En este punto el interrogante hace una mutabilidad y conduce a una reelaboración más específica: ¿qué hace a un feto un ser humano: la superación de su período embrionario o su nacimiento efectivo?

Según los estudios embriológicos más recientes, un feto puede sobrevivir extrauterinamente, a partir de la vigésima segunda semana¹⁰, lo cual corresponde a un parto de feto prematuro o pretérmino; no obstante, que debido a un desarrollo inmaduro del sistema respiratorio puede fallecer, aunque se encuentre en cuidados intensivos (Moore, Persaud y Torchia, 2020; Schoenwolf, Bleyl, Brauer y Francis-West, 2022). Del mismo modo, el dolor que pudiera sentir un feto se predica desde la semana vigésima, en la cual el sistema nervioso se ha formado casi por completo (Kizer y Vanegas, 2016; Flores, 2014; Cabanyes, 2014). No obstante, esa postura no tiene en su favor pruebas concluyentes; por el contrario, según Bellieni y Buonocore (2012), la evidencia fuerte sugiere que la experimentación de dolor fetal se registra en la semana 28 de gestación con toda certeza. Con base en lo anterior es procedente afirmar que:

(...) antes de las 23 semanas de gestación no es apropiado intervenir; además se deberá discutir con los padres la provisión de una intervención activa versus una paliativa de acuerdo a las circunstancias del caso. En tanto que, a partir de las 24 semanas de gestación, se ha de proceder con la intervención activa y cuidados intensivos, a no ser que las condiciones del recién nacido sean de muy mal pronóstico (Lozano-González, Flores-Tamez, Castro-Mejía y Lozano-Flores, 2013, p. 80).

⁸ Se busca un marco embriológico y neurojurídico para fundamentar y conciliar los argumentos en torno al derecho fundamental a la IVE y los derechos fundamentales de los nonatos.

⁹ El primer trimestre abarca desde la primera semana hasta la décimo tercera semana.

¹⁰ En casos muy excepcionales se ha reportado algún caso de nacimiento durante la vigésimo primera semana de gestación.

Esto sugiere que, inclusive si un feto nace en ese período de gestación sería considerado un paciente, puesto que, aún es posible intervenir médicamente en la preservación de su vida y vida digna. Desde un punto de vista *bioético y biomédico*, la humanidad del feto se evalúa conforme a su potencia como paciente. En otras palabras, no es el nacimiento *per se* el que determina su estatus existencial como ser humano, sino su desarrollo embrionario y fetal y su determinación natal. Este sería el caso de los nacimientos pretérmino (PPT), los cuales tienen un origen de tipo multifactorial muchas veces externos a la voluntad de la mujer gestante (Huertas, 2018).

Por ello, la lógica de este presupuesto supone sopesar en la misma balanza el nacimiento con la semana 22 en adelante, pero si se sopesa el nacimiento con la semana novena (2 meses), a partir de la cual el feto es considerado, tanto ser humano como paciente, entonces es preciso advertir que la tasa de supervivencia del feto de 22 semanas es del 15% y será del 90% en las 28 semanas (Schoenwolf, Bleyl, Brauer y Francis-West, 2022). Por consiguiente, la tasa de supervivencia de un feto de nueve semanas es lógicamente nula, lo que no restringe, empero, su estatus como paciente. En efecto, algunas tendencias pondrían de manifiesto que, a pesar de ello, no se restringe el estatuto humano del feto, pues este no está dado merced a la potencia del nacimiento, sino al hecho de superar el período embrionario. Es decir, que desde la semana novena el feto es efectivamente un ser humano y un paciente:

La primera etapa de una semana es el período de preimplantación y el feto se llama blastocito. Al implantarse en la pared uterina, el blastocito recibe el nombre de embrión. El embrión genéticamente se define como un germen de un ser vivo (...) En esta segunda etapa de unos 2 meses el embrión forma los órganos del feto, al cabo de 2 o 3 meses el ser humano tiene ya una forma humana (...) Este embrión ya es llamado simplemente feto (...) La cuarta etapa del desarrollo fetal comienza alrededor de los 5 meses. El feto ya viable: es decir puede vivir fuera del útero (Cruz-Coke, 1980, p. 123).

De este modo, para la línea teórica analizada el feto es un ser humano desde la novena semana del desarrollo gestacional, debido a que desde ese preciso momento se advierte la formación, tanto de la corteza cerebral como del sistema nervioso, con lo cual se infiere que el feto está desarrollando integralmente sus estructuras y funciones neurológicas y anatómicas. De otra parte, en “este grupo existen diversos criterios respecto al momento que se considere la existencia de un ser humano. Así para algunos sería a las doce semanas, para otros cuando el cerebro está desarrollado y por último cuando nace” (Uzcátegui, 2013, p. 77).

No obstante, existe una postura, según la cual el embrión es un ser humano desde la fecundación misma y no desde la superación del período embrionario. Esta postura sugiere que desde la fecundación, el embrión no es un *algo*, sino un *alguien*, es decir, que no existe una etapa pre-humana que deslinde y determine de manera potencial el momento en el que el cigoto transita a un estadio plenamente humano. A diferencia de las tesis anteriores, no es el potencial humano (de las nueve semanas) o la formación humana definida (de las veintidós semanas) las que constituyen la identidad del feto, sino su concepción genética en sí misma.

Así que, si el embrión posee su propia información genética y es posible diferenciarlo de la mujer gestante, a través del ADN, entonces se establece que es el *cigoto* en tanto célula primaria la que constituye la información que le concede identidad propia a un organismo multicelular denominado *embrión*. Dado que el embrión superviene del cigoto, la última tesis se cuestiona cómo este último sería considerado un ser pre-humano y aquél (embrión) un ser humano desde tal o cual semana o desde el nacimiento (Zurriarán, 2015; Uzcátegui, 2013). En este sentido, el embrión es parte de la madre a nivel biológico, pero a nivel genético no debe ser considerado una existencia autónoma o capaz en sentido cognitivo, sino una existencia con identidad propia, tan solo porque puede ser diferenciado de la mujer, más allá de su dependencia gestacional.

En cuanto a capacidad cognitiva se refiere, las habilidades cognitivas superiores de los seres humanos – como la memoria, el lenguaje o las denominadas *funciones ejecutivas* y que les permiten participar de procesos de sociabilidad – merecen ser atendidas de manera puntual, especialmente si se pretende examinar el desarrollo uterino o extrauterino de tales habilidades. Este proceder obedece a los argumentos que observan en la

capacidad cognitiva del feto una razón para considerarlo un ser humano, cuya personalidad jurídica no debe ser reconocida, en vista de que aún no posee *capacidad mental ni somática* para participar en procesos de sociabilidad.

En materia lingüística, las teorías nativistas, las teorías cognitivistas y las teorías constructivistas han intentado resolver en las últimas décadas cómo se *adquiere el lenguaje*. De un lado, en el nativismo lingüístico el concepto de *dispositivo innato de adquisición del lenguaje* juega un papel central, puesto que, sugiere que existe un conjunto de reglas sintácticas, producto de la evolución biológica, programadas en el cerebro de la especie humana (incluso antes del nacimiento) (Chomsky, 2004, 1999). De otro, en el cognitivismo lingüístico se predica una interacción fundamental entre la manera en que los procesos mentales se organizan, en virtud de la participación del *niño* con su entorno ambiental (socio-cultural), es decir, que el *niño* aprende el lenguaje, con base en su experiencia social, por lo que dentro de la teoría de las etapas de desarrollo cognitivo se trata de una habilidad superior *posnatal* (Piaget, 1982; Piaget e Inhelder, 1997).

Por último, en las teorías constructivistas se redefine la función que cumple el desarrollo cognitivo (interno) del niño, en cuanto que se concede un lugar predilecto al *medio social* del que participa aquél. Es decir, que el lenguaje no es llanamente un producto de las etapas cognitivas del desarrollo, sino que es una herramienta cultural formada por códigos, acciones y situaciones que le permiten al ser humano *comunicarse* (darle forma al pensamiento consciente y darle forma a la intención comunicativa). En síntesis, tanto en las teorías cognitivas como en las teorías constructivistas del *lenguaje* como habilidad cerebral superior, el factor posnatal constituye el aspecto central de sus postulados; mientras que, en las teorías nativistas, continuamente criticadas y actualmente desestimadas casi en su totalidad¹¹, el factor prenatal, aunque no sugiera que un *feto puede hablar*, halla su sustento en el concepto de innatismo, cuya ambigüedad y confusiones prejuiciosas, tales como el *feto posee habilidades innatas que lo vuelven equivalente a un bebé nacido*, pueden dar lugar a restringir el tema de investigación.

A pesar de lo anterior, la claridad de las teorías es indispensable, debido a que, si un *feto* es capaz de entablar relaciones sociales desde alguna etapa gestacional, gracias a sus funciones cognitivas, en consecuencia, los argumentos relativos a que el nacimiento demarca el punto de partida de la sociabilidad se debilitarían; si bien, se tratarían de vínculos por intermedio de la *mujer gestante* y ni siquiera con una autonomía psicósomática relativa (característica del niño), el hecho es que el feto puede tener experiencias de aprendizaje uterinas. En efecto, aunque las teorías cognitivistas y constructivistas hagan énfasis en el aprendizaje del lenguaje posnatal, ello no significa que el *aprendizaje* no sea experimentado durante los períodos gestacionales (Hepper, 2012).

Todo se resume a que, a pesar de que, las habilidades cerebrales superiores que fundamentan la capacidad de sociabilidad (desarrollo cognitivo y experiencias ambientales) no sean innatas, ello no significa que el período gestacional en su integridad no tenga impactos positivos o negativos en su progresión. Por el contrario, en lo atinente a la *memoria* cabe aclarar que esta función superior está presente en los nonatos, con exactitud, en los fetos de entre 29 a 40 semanas de gestación y en casos excepcionales en fetos cuya edad gestacional está comprendida entre las 22 y 23 semanas (Dirix, Nijhuis, Jongsma y Hornstra, 2009). Mientras la *memoria a corto plazo* del feto podría estar presente desde la semana vigésimo segunda de gestación, por su parte, la *memoria a largo plazo* estaría presente desde la trigésima semana gestacional. En los estudios en la materia, la estimulación predilecta obedeció a las funciones auditivas del feto, más que a otras de tipo cognitivas o motoras; en este caso, la respuesta a estímulos vibroacústicos aún estaría en el límite de las 23 semanas: “However, it is not clearly known when the beneficial effect of fetal sound stimulation starts and thus optimal timing for such intervention in clinical practice cannot be determined” (Movalled, Sani, Nikniaz, y Ghojzadeh, 2023, p. 11).

En vista de todo lo anterior, la dimensión ontológica desarrollada en esta sección permite deducir tres puntos de convergencia: (1) el argumento relativo a que el límite demarcatorio del estatuto humano del feto es

¹¹ Principalmente, debido a que no ha sido posible localizar cerebralmente, por ejemplo, cuáles funciones cognitivas son realmente *innatas* y cuáles sí serían socialmente aprendidas.

determinado por el *nacimiento*; (2) el argumento atinente a que tal límite está dado por las semanas del período gestacional del feto (según las semanas octava, novena, décima, undécima o duodécima); y (3) el argumento correspondiente a que desde la fecundación se determina el principio del estatus humano del feto. El presente no se detendrá a discernir cuál y por qué debería optarse por alguno de los argumentos o, por lo pronto, a buscar su convergencia. En sentido contrario, resulta necesario diseccionar cada uno de ellos, a fin de reconocer cuál es el alcance sociojurídico y filosófico que poseen dentro del ordenamiento jurídico colombiano:

(1) *El argumento habermasiano del nacimiento (los nacidos vivos y los nacidos vivos con defunción posterior)*: este argumento se configura, en función de las premisas metodológicas (1ªP.M) y (3ªP.M). Un número significativo de ordenamientos jurídicos del mundo del derecho establecen que: *si el nonato es un ser humano nacido vivo, entonces es una persona con estatus jurídico* y, en sentido inverso, *si el nonato es un ser humano no nacido vivo, entonces no es una persona con estatus jurídico*.

(2) *El argumento biomédico y bioético de las semanas (los no nacidos, los nacidos vivos y los nacidos vivos con defunción posterior: i) semanas 9-12 y ii) semanas 22-37)*: este argumento se configura estrictamente, en virtud de las premisas metodológicas (4ªP.M) y (5ªP.M). La variación tiene dos posibilidades, que el feto nazca y muera de manera prematura antes de las doce semanas (abortos ectópicos y abortos pretérmino, por ejemplo) o que el feto nazca de manera prematura entre la vigésima segunda (22ª) y trigésimo séptima (37ª) semana, pero sobreviva bajo cuidados intensivos o eventualmente fallezca.

(3) *El argumento principialista (kantiano) de la fecundación (todos los cigotos, embriones, fetos y neonatos vivos o con defunción posterior)*: este argumento se configura, con base en la premisa metodológica (2ªP.M). Para este argumento se cumple que, desde la fecundación el cigoto unicelular que superviene en el organismo multicelular denominado embrión y consiguientemente feto, el ser humano ostenta este estatus desde su génesis ontogenética.

El nonato: ser humano y no persona en el ordenamiento jurídico colombiano

Es indudable que la dicotomía entre *ser humano persona* y *ser humano no persona* encuentra su origen en el derecho civil. A pesar de que el artículo 74 del Código Civil colombiano precisa que será *persona natural* todo individuo de la especie humana (con independencia de su edad), empero, también enfatiza en su artículo 90 que dicho individuo debió nacer (Código Civil, 1873). A este propósito, Jürgen Habermas ha señalado que el nacimiento demarca el momento en que un ser humano obtiene la prerrogativa de la dignidad humana; en esa conformidad, la muerte determinaría cuándo la dignidad humana cesa (Habermas, 2004). Los dos límites demarcatorios para invocar (ejercitar y reclamar) este derecho fundamental vislumbran que el ser humano que *no es considerado persona* no es susceptible de tal prerrogativa.

Habermas (2004), también aduce que el nacimiento establece el inicio del proceso de socialización a que se ve sometido el ser humano, con motivo de que consume su *conciencia moral*; el proceso en mención se traduce en que, a través del curso de la vida social, el ser humano perfeccione una serie de facultades intelectivas y emotivas, relativas a la *conciencia moral*. Motivo por el cual, la noción mental acerca del yo y las facultades mentales del yo son imprescindibles para ejercitar la dignidad humana habermasiana. La visión kantiana sobre la dignidad humana se podría enmarcar, inicialmente, en este parámetro cognoscitivo de la persona humana (Michellini, 2010).

No obstante, con motivo de distinguir teóricamente los postulados centrales, tanto de Habermas como de Kant es imperioso advertir que en el primero es dable sostener la dicotomía *ser humano-persona* y *ser humano-no persona*; mientras que, por el contrario, en Kant (2002; 1989) esta diada no se configura, toda vez, que la clásica fraseología de contemplar al congénere en tanto *fin humano* y no *medio cosificado* establece un fundamento inamovible para la dignidad de que goza el cigoto, el embrión, el feto o el feto nacido. De este modo, se obtendría

que, para el primer autor, un *nonato* no goza de dignidad humana *en sentido estricto*, en tratándose de un *ser humano-no persona*; en cambio, para el segundo, el *nonato* ciertamente goza de esta prerrogativa constitucional por el simple hecho de *ser humano*.

En concepto del presente, por un lado, la postura kantiana no lograría justificar el hecho de que a un *nonato* sí se le puedan reconocer derechos, pero no asignarle obligaciones o acaso imputarle responsabilidad, en cuyo caso estaríamos frente a un sujeto de especial protección; y, por otro, la postura habermasiana no especifica desde cuándo puede nacer viablemente un feto y en todo caso reduce el nacimiento a la capacidad social del bebé, razón por la cual un niño con discapacidad mental tendría serias dificultades para adecuarse a la exigencia de esta visión.

Expuestas las visiones contrapuestas de estos filósofos es preciso elucidar cuál es la postura de la Corte Constitucional colombiana frente a este asunto, en particular, en el marco del test de ponderación, conforme al cual dos derechos fundamentales entran en disputa y uno de los cuales prevalece respecto del otro (Bernal, 2006). Cabe precisar que, dentro de la bifurcación de los derechos sexuales y reproductivos de las personas, el derecho a la IVE se configura dentro del espectro de los derechos reproductivos: autodeterminación de la progeneritura.

Del mismo modo, es necesario recordar en este punto que: (1) el delito de aborto no es equivalente (2) al derecho fundamental a la IVE. En primer lugar, debe establecerse que los derechos fundamentales no son absolutos, de ello que sean susceptibles de la ponderación constitucional. En segundo lugar, el derecho fundamental a la vida puede recomponerse a la manera de una tríada (nacer, vivir dignamente y morir), de tal suerte, que se determine si la visión de la Corte se aproxima, en mayor medida a la postura de Jürgen Habermas que a la postura de Immanuel Kant.

El derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo

El principio constitucional de la vida contempla en su estructura: el derecho a nacer, el derecho a la vida digna y el derecho a morir. La tríada ejemplifica con exactitud las tres visiones angulares que estructuran y configuran un esquema piramidal del *derecho fundamental a la vida*. Ahora debe identificarse si los *nonatos* ostentan los tres derechos en su integridad, en vista de la dicotomía *ser humano-persona* y *ser humano-no persona* en que se enmarca la discusión sobre la dignidad humana. La Corte Constitucional ha configurado el derecho a la IVE en tres sentencias principales: (1) C-355 de 2006¹²; (2) SU096 de 2018¹³ y (3) C-055 de 2022¹⁴.

Adviértase, a propósito, que la sentencia T-158 del año 2023 se aparta de este precedente (intento de overruling o modificación de la *ratio decidendi*) y, sin embargo, no constituye una sentencia hito, esto es, un cambio en la línea jurisprudencial en materia de IVE, debido a que contraría la cosa juzgada de la sentencia C-055 de 2022, esto es, la *ratio decidendi* que ampara el derecho a la IVE hasta las 24 semanas de gestación. En este evento, la nota de relatoría del alto tribunal precisa que: “Mediante Auto 2397 de 2023, la Sala Plena de la Corporación declaró la nulidad de la presente providencia dado que desconoció la cosa juzgada constitucional de la sentencia C-055 de 2022. En consecuencia, se adoptará una nueva providencia en su reemplazo” (Corte Constitucional, Sentencia T-158 del año 2023).

Valga aclarar, que el aborto es contemplado como un delito en el Código Penal colombiano (Código Penal, artículos 122, 123 y 124). No obstante, las tres sentencias enunciadas han reconocido de manera progresiva el derecho a la IVE cuando se configuren una serie de causales, relativas al derecho a la vida, a la salud y a los

¹² Sentencia fundadora de línea e hito (cuya *ratio decidendi* constituye precedente).

¹³ Sentencia confirmadora de línea. Corte Constitucional, SU096 del 17 de octubre del 2018. Se enuncia con mayor exactitud un *derecho fundamental* a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE).

¹⁴ Sentencia modificadora de línea e hito (nueva *ratio decidendi* que constituye precedente judicial). Corte Constitucional, Sentencia del 21 de febrero de C-055 de 2022. Esta sentencia no solo confirma el derecho fundamental a la IVE, sino que asimismo despenaliza el aborto hasta la vigésimo cuarta semana de gestación, con lo cual extiende un amparo de *información, accesibilidad y disponibilidad* de procedimientos para ejercer la IVE, en favor de la mujer gestante. Esta sentencia, pues, no solo configura una garantía mayor del derecho en cuestión, sino que optimiza su acceso y ejercicio socio-jurídico.

derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. En la primera sentencia, la corporación ha establecido tres causales principales, en virtud de las cuales es procedente la despenalización del aborto: (1) cuando exista peligro para la vida de la mujer, (2) cuando se presente malformación del feto que no sea compatible con la vida (digna) y (3) cuando el embarazo sea producto de abuso sexual o incesto (Corte Constitucional, Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006).

La sentencia SU096/2018 confirma dos de las reglas jurisprudenciales de la C-355/2006 sobre el ejercicio del derecho a la IVE. De un lado, la causal relativa a la salud no solo física, sino mental de la mujer gestante, es decir, el alcance jurisprudencial de la causal, en razón del derecho a la vida digna y el derecho a la salud. De otro, la causal sobre la malformación del feto, una condición que haría inviable su concepción (Corte Constitucional, SU096 del 17 de octubre del 2018).

En consonancia, la *Ratio Decidendi* de estas últimas sentencias ha sido objeto de una modificación por parte de la Sentencia C-055 de 2022, conforme a la cual el derecho a la IVE será despenalizado, tanto cuando concurren las tres causales enunciadas como cuando se ejerza antes de las 24 semanas de gestación. Esta modificación de la línea jurisprudencial tiene dos implicaciones importantes que se evaluarán a continuación: (1) que los derechos a la vida digna, a la salud y a la IVE de la mujer gozan de especial protección; y (2) que el feto no ostenta derechos constitucionales (entiéndase fundamentales), sino que el ordenamiento jurídico colombiano, únicamente, le reconoce una serie de valores constitucionales.

Hasta ahora, la claridad estriba en que ni la C-355 de 2006 o la SU096 de 2018, ni la C-055 de 2022 avizoraron en el feto a un *ser humano-persona* en sentido estricto, respecto del cual fuese imprescindible extender la prerrogativa de los derechos fundamentales a nacer, a vivir dignamente o a morir. Cada una de estas sentencias enfatizó que los *derechos* a la vida digna, a la salud y a la IVE de la mujer gestante era prevalente, respecto de los *valores* constitucionales a la vida y a la dignidad humana del nonato.

Es factible, a partir de ello advertir que, cuando la C-055/22 confirma el derecho a la IVE, al mismo tiempo, ponga de manifiesto un vacío legal y jurisprudencial frente a la ponderación del derecho del nasciturus y el derecho de la mujer gestante. La cuestión es la siguiente: si el feto fuese considerado un ser humano-persona, el test de ponderación, seguramente conllevaría a precedentes judiciales muy diferentes a los obtenidos hasta el momento en materia de la dignidad humana del feto y los límites del derecho a la IVE, sin perjuicio de la importancia de esta última prerrogativa constitucional. Pero la cuestión sería y se elucidará en el curso de los siguientes apartados: ¿cuáles son las verdaderas implicaciones de ponderar los derechos de la mujer gestante con los hipotéticos derechos del feto?

El argumento jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana

Este argumento se configura, en conformidad con la premisa metodológica (6ªP.M), según la cual, aunque un feto pueda nacer vivo y de manera prematura desde la semana 22 con un 15% de posibilidad en su tasa de supervivencia y sienta dolor desde la semana 28 de desarrollo, en Colombia desde el año 2022 (Sentencia C-055/22), la mujer gestante puede interrumpir voluntariamente su embarazo hasta la semana 24. La cuestión ahora es sopesar si el término es en verdad plausible o si existe una desmesura jurisprudencial sobre la base de (1) la posibilidad de supervivencia (viabilidad) del feto de 24 semanas y (2) la viabilidad de intervención médica y la sintiencia del feto de 24 semanas.

Esta postura y proceder hermenéuticos configurados por la Corte Constitucional colombiana implicarían que – a pesar de su adscripción al *argumento habermasiano del nacimiento* y parcialmente al *argumento biomédico de las semanas* – ha desconocido que el feto puede nacer y ser intervenido médicamente desde la semana 22ª. No obstante, dicha postura y proceder también supondrían que un feto – cuya certeza de dolor se registra hasta la semana 28ª de gestación – puede ser sometido a la IVE sin comprometer su sintiencia. Según lo han reportado Carlo Bellieni y Giuseppe Buonocore (2012) en lo atinente al dolor de los fetos de veinte semanas, las pruebas embriológicas revelan que:

In favor of a 2nd trimester perception of pain is the early development of spino-thalamic pathways (approximately from the 20th week), and the connections of the thalamus with the subplate (approximately from the 23rd week) (p. 1).

Conforme lo han advertido los mismos autores, puesto que, la corteza cerebral de los fetos en la semana vigésima aún no se encuentra totalmente desarrollada, otras posturas sugieren que el estado de sueño continuo y la ausencia de conciencia del nonato contrarían esta posibilidad. El recuento de casos es concluyente en cuanto a determinar que el feto siente dolor desde el tercer trimestre del desarrollo gestacional, esto es, desde la semana 28 de gestación; por lo que, sobre si el feto experimenta dolor desde el segundo trimestre (semana 20 en adelante) no existe una certeza definitiva, aunque no se descarta la posibilidad.

A partir de aquí se precisará que, si el ser humano puede nacer vivo, aunque con un estado de salud comprometido, empero, aún tiene posibilidades de supervivencia, según la biomedicina y los informes embriológicos disponibles; bioética y biomédicamente su nacimiento es viable. En la práctica jurídica y a fin de reconocer el *derecho a la IVE*, los argumentos del nacimiento y de las semanas son sin duda los más plausibles para los Tribunales Constitucionales, como lo han dejado en evidencia durante las últimas dos décadas.

El feto es una persona con estatus jurídico desde la vigésimo segunda semana de gestación

En conformidad con el recuento previo, se enunciará el error metodológico en que incurre la sentencia C-055 del año 2022 proferida por la Corte Constitucional colombiana. Este error se configura, toda vez que, no se justifica embriológicamente por qué la semana 24 es el término para ejercitar la IVE. Este vacío metodológico deviene en una delgada línea, respecto de la posibilidad de discernir entre el *aborto* y el derecho a la IVE. Se cuestiona por qué el Alto Tribunal ha restringido la posibilidad de que fetos de 22, 23 y 24 semanas puedan nacer, aun cuando respecto de ellos se reportan tasas de supervivencia posparto.

En la medida que existe un vestigio de supervivencia (de nacer vivo) resulta indudable pensar que la tripartición de un hipotético derecho a la vida habría sido vulnerado a los nonatos que se encuentran en ese lapso gestacional: (1) el derecho a nacer, (2) el derecho a la vida digna y (3) el derecho a morir. Para la Corte Constitucional, el feto no es un sujeto de derechos, porque no es considerado una *persona* con estatus jurídico y, no obstante, sí es reconocido como un ser humano. En esa conformidad, se cumple la premisa metodológica (6ªP.M): *si el nonato es un ser humano no nacido, pero que hubiese podido nacer vivo, entonces no es una persona con estatus jurídico*. Este vacío jurídico vulnera en parecer del presente un necesario (pero no reconocido) derecho a nacer por parte del feto e incurre en un enfoque reduccionista que corresponde al argumento habermasiano del nacimiento.

En sentido contrario, por tratarse de seres humanos con 22 semanas de gestación debería predicarse de ellos su estatus jurídico, esto es, su existencia como personas con derechos fundamentales. Es decir, deberían ser personas jurídicas a las cuales se les reconoce su derecho humano, debido a su potencial de nacer vivos, sin perjuicio del derecho a la IVE que sería ejercido hasta la vigésimo primera semana de gestación. El límite demarcatorio, pues, se establecería en virtud del *argumento biomédico de las semanas (los no nacidos, los nacidos vivos y los nacidos vivos con defunción posterior: i) semanas 9-12, ii) semanas 12-22 y iii) semanas 22-37)*. Con este argumento se determina que los cigotos, si bien son seres humanos desde su fecundación – según la diferenciación genética que poseen frente a la mujer gestante –, por su parte, los fetos serían pacientes desde la semana 9ª – en vista de su desarrollo anatómico, neurológico y fisiológico –.

Sin embargo, el *nonato* solo debería ser considerado persona jurídica desde la semana 22ª, en virtud de (1) su potencial de nacimiento vivo, (2) su posible sintiencia y (3) su aprendizaje fetal, mas, no debido a su nacimiento *per se*. Es decir, que este potencial de nacimiento tiene un fundamento embriológico suficientemente fuerte para que se invoque el derecho a nacer por parte del nonato. El supuesto de que el feto nazca vivo denota el elemento que estaría llamado a configurar y estipular el límite demarcatorio de su estatus jurídico como sujeto

de derechos, conforme se contempló con la 7ª P.M. premisa metodológica. Motivo por el cual, la despenalización del delito de aborto en el Estado de Colombia debió configurarse hasta la vigésimo primera semana de gestación y no hasta una semana respecto de la cual se debió predicar un derecho a *nacer* que está en cabeza del feto¹⁵. De ello se obtiene el punto de inflexión de los argumentos y la tesis central de la investigación y es que el feto *debería ser* considerado un ser humano con personalidad jurídica desde la semana vigesimosegunda de gestación y que, por lo tanto, desde esa semana poseería la tripartición del derecho a la vida: (1) el derecho a nacer, (2) el derecho a la vida digna y (3) el derecho a morir.

Esta línea argumental podría llevarse más lejos, de manera sucinta aunque sin intención de darle profundidad, tras sugerir que el aborto de un feto de 24 semanas vulnera no solo el hipotético derecho a nacer del nonato, sino a su vez su posible derecho a una muerte digna. Otra línea argumental probable implicaría extender el derecho a la IVE de manera indefinida hasta cualquier semana gestacional, pero al mismo tiempo considerar al nonato una persona sujeto de derechos desde la 22ª semana de desarrollo embrionario. Ello le permitiría al juez constitucional ponderar los derechos fundamentales de la mujer gestante (la IVE) frente a los del nonato (el nacer vivo y el morir dignamente) y a la Corte Constitucional establecer un nuevo precedente judicial en torno a este asunto, a fin de elucidar según cada circunstancia los factores que deben considerarse en pos de emitir fallos que se adecuen a un Estado social, democrático y constitucional de derecho¹⁶.

El test de ponderación y la interrupción voluntaria del embarazo

Con fines ilustrativos, es preciso evocar una disputa *hipotética* entre el *derecho a la interrupción voluntaria del embarazo* (IVE) que poseen las mujeres y el *derecho a la vida* (nacer, vida digna y muerte digna) que está en cabeza de los no nacidos. Debido a que, en ocasiones, se suele invocar el test de proporcionalidad, pero su aplicación específica no se efectúa a modo didáctico resulta prudente ponderar, en un marco hipotético, entre el reconocido *derecho a la IVE* (P.IVE) de la mujer gestante y el hipotético *derecho tripartito a la vida* (P.VID) del nonato, a fin de identificar el alcance de este método para los efectos.

Los elementos de la fórmula del peso se resumen en tres según Bernal Pulido (2006):

- (1) Grado de no satisfacción o satisfacción (importancia de satisfacer el principio), el cual puede ser *leve* (1), *medio* (2) o *alto-grave* (4);
- (2) Peso abstracto, el cual podrá ser *leve* (1), *medio* (2) y *alto* (4).
- (3) Apreciación empírica: cierto (1), plausible (2) y no evidentemente falso (4).

De manera sucinta, tanto en P.IVE como en P.VID, la importancia del principio es alta (para un resultado de cuatro puntos en cada caso); el peso abstracto es medio en P.IVE y alto en P.VID (para un resultado de dos puntos en el primer derecho y de cuatro puntos en el segundo) y la apreciación empírica sobre la importancia del principio es cierta en cada caso (para un resultado análogo de 1).

$$P.VID, IVE = \frac{P.VID: 4 \cdot 4 \cdot 1}{P.IVE: 4 \cdot 2 \cdot 1}$$

Evidentemente, la importancia de satisfacción de los principios es alta; en particular, para P.IVE lo es dados los

¹⁵ Con base en la integridad de este recuento es inevitable advertir que el argumento biomédico y bioético de las semanas está llamado a converger y a configurarse holísticamente, tanto con el argumento habermasiano del nacimiento como con el argumento principialista (kantiano) de la fecundación, de tal suerte, que el razonamiento conduzca a un resultado equilibrado para las partes.

¹⁶ Esta línea argumental resulta ser la más novedosa, pero al mismo tiempo, tal vez la más radical o al menos la más compleja, debido a que supone ponderar el derecho sexual y reproductivo, frente al derecho a nacer y morir dignamente en cada circunstancia y por ese motivo no sería la mujer gestante quien ejercería el derecho a la IVE de manera autónoma y personal, sino que estaría sometida obligatoriamente a las decisiones de los jueces constitucionales, aunque fuese después de la vigésima cuarta semana de gestación. En su defecto, se trata de un argumento que no se adecúa a los avances en materia de derechos sexuales y reproductivos, y al marco neurojurídico de protección del derecho fundamental a la IVE que en el siguiente capítulo se describirá, pues podría conducir a un desbalance significativo de la cuestión.

casos de abuso sexual, abandono, maltrato, feminicidios u otros tratos a que están sometidas las mujeres. El reconocimiento de este derecho está en boga con la autodeterminación de la *mujer* y el ejercicio de prerrogativas integrales que los Estados progresivamente han promovido para su amparo. Por su parte, el peso abstracto es mayor en el caso de P.VID por tratarse de un principio desde el cual se deducen integralmente un gran acervo de derechos fundamentales; el peso abstracto de P.IVE, porque no corresponde a un derecho primario, sino derivado de otros como los sexuales y reproductivos, frente a P.VID no posee un peso tan alto en consideración (sin perjuicio de su significativa importancia).

$$\begin{array}{rcl} \text{P.VID:} & 4 \cdot 4 \cdot 1 & 16 \\ & \hline & & \\ \text{P.IVE} & 4 \cdot 2 \cdot 1 & 8 \end{array} =$$

Frente a un posible empate en el resultado a que hubiese dado lugar la fórmula concreta del peso de los principios, la resolución habría sido conceder prevalencia al *derecho a la vida* y no al *derecho a la IVE*. No siendo ese el caso, con esta fórmula el derecho a la vida por *regla general* es objeto de amparo. Si se intentara el test, con base en el derecho a la muerte digna del feto frente al derecho a la concepción de la mujer gestante (es decir, en sentido inverso al ejemplo anterior), el resultado obedecería a la salud del nonato; motivo por el cual, si el feto es viable y además es sano se deduce que su derecho a nacer y a la vida digna se pondrían sobre la balanza del test, sin que haya necesidad de invocar el derecho a la concepción de la mujer gestante.

En otros eventos, si el feto en cuestión fuese inviable o insano, la muerte digna podría prosperar. En cada caso, resulta inevitable advertir que los *derechos* del nonato poseen tal impacto que, a fin de tutelarlos, no es necesario ponderarlos con los *derechos* de la mujer gestante. Si bien, el ejercicio se realiza, el hipotético interés superior del nonato siempre sería invocado. El problema que salta a la vista entonces se esclarece y revela ser mucho más complejo. Enunciado dictaría que existen *derechos posibles* que no pueden ser reconocidos y no pueden ser ponderados, debido a que el conflicto de fondo o la colisión con otros derechos no es *hermenéutico* per se, sino que tiene un matiz personal y cultural que trascienden no al derecho, sino a un test que por obvias razones revela limitaciones importantes.

La realidad es que el *hipotético* derecho tripartito a la vida del feto desde el principio impondría una carga insoportable para el derecho a la *IVE*, de tal suerte, que impediría que la mujer gestante ejerza la titularidad de su derecho con plena autonomía. Por lo tanto, la reflexión obtenida es que, primero, ningún operador judicial debería arrebatar la decisión que por derecho pertenece a la mujer gestante; y segundo, que si se reconociera el derecho a la vida al nonato desde su concepción (momento de la fecundación), en su defecto, se estaría suprimiendo el derecho a la *IVE* y, en cuyo caso, se ejercería el aborto bajo mandato judicial en aquellos casos en que se invoque la muerte digna del nonato. Puesto que, la vida es un derecho inamovible en el artículo 11º de la Carta Política colombiana y no procede la pena de muerte, los eventos permiten prever que autorizar la *IVE* dentro de este marco situacional hipotético sería una medida inconstitucional, salvo que no fuese como derecho, sino en la forma del *aborto* cuando su propósito fuese amparar el interés superior del no nacido.

Este ejercicio hipotético obedece no a la necesidad de hallar una *única respuesta correcta*, sino a la necesidad de avizorar los límites metodológicos y epistémicos del test de ponderación. En primer lugar, metodológicamente la ponderación se realiza sobre la base del *derecho*, porque se predica la relatividad de los derechos fundamentales y su posibilidad de pugna. En segundo lugar, epistémicamente la ponderación incurre en un *compromiso ontológico*, conforme al cual, al menos en este caso, no existe un parámetro para que la Corte Constitucional pondere los derechos de un ser humano que no ha sido reconocido como persona natural por parte del ordenamiento. Ello implica que el *derecho fundamental* del feto ineludiblemente prevalecería en si no la mayoría entonces en todas las circunstancias.

En otras palabras, la ponderación también procede para con los titulares de los derechos sometidos al test de proporcionalidad, lo cual influye significativamente en su resultado, dado que, la condición es precisamente ser

reconocido en cuanto tal. Con todo, se obtiene que el argumento de las semanas (propuesto en la sección anterior) es bioética, biomédica y neurojurídicamente el más adecuado a nivel legal, jurisprudencial y humano, ya que predica la promoción del derecho a la IVE y, de la misma manera, acude y se sustenta en una serie de fundamentos embriológicos que responden a la cuestión de hasta cuándo debe estar legalmente permitido ejercitar esta prerrogativa sociojurídica sin la necesidad de acudir a un test de ponderación u otro método de valoración de derechos fundamentales.

El marco neurojurídico de protección del derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo

Dentro de la dualidad ética del *nacimiento* y el *no nacimiento*, adviértase la inconsistencia entre el *derecho civil* y el *derecho penal* colombiano, en lo que respecta a la edad para ejercitar determinados derechos y contraer obligaciones jurídicas. En primera instancia, según el derecho civil, desde los 14 años las personas poseen la capacidad jurídica plena para contraer matrimonio. En segunda instancia, según el derecho penal, una persona que tenga 14 años debe ser juzgada, en función del *sistema de responsabilidad penal para adolescentes*, es decir, que no será juzgado como una persona con capacidad jurídica plena (personas de 18 años).

No se pretende examinar la dogmática detrás de esta inconsistencia tan evidente, en cambio, se está en procura de ilustrar que en la sentencia C-055 del año 2022, la Corte Constitucional, si bien no define cuál es la edad que debe tener una niña, adolescente o mujer al momento de ejercer su derecho a la IVE, sí precisa que todas las mujeres gestantes pueden ejercitar este derecho antes de las 24 semanas referidas. Es decir, que no sería preciso remitirse ni al derecho civil o penal para resolver incógnitas correlativas a la edad de ejercicio del derecho. Ciertamente en tratándose de derechos fundamentales, cuyo rango es constitucional, la lógica de su ejercicio permitiría deducir que cualquier mujer – sin perjuicio de su edad psicológica y somática – puede invocar la IVE en cualquier circunstancia antes de las 24 semanas de gestación.

Desafortunadamente, determinados factores provenientes del derecho civil alentarían discusiones en torno a que una menor de edad no podría de manera libre y privada ejercitar el derecho a la IVE, en vista de los derechos derivados de la patria potestad y que están en cabeza de sus padres. En este sentido, resulta imprescindible esclarecer que los derechos configurados, en fundamento de la patria potestad no están llamados a restringir o a determinar el funcionamiento de los *derechos fundamentales* de los hijos, más aún cuando su ejercicio tiene impactos psicológicos y fisiológicos graves para la niña o adolescente en cuestión.

En esa conformidad, debido a que los sistemas jurídicos no gozan ni de completitud ni de consistencia en sus conjuntos normativos, las lagunas y antinomias jurídicas a que conllevan las leyes y los precedentes jurisprudenciales son ineludibles, motivo por el cual se desencadenen problemas hermenéuticos que componen los siguientes interrogantes: (1) ¿el derecho fundamental está configurado, merced a un *neuroderecho* denominado libre albedrío?, (2) ¿quién y con base en cuál neuroderecho debe decidirse sobre el ejercicio del derecho fundamental a la IVE?, (3) ¿el ejercicio del derecho fundamental a la IVE goza de una protección dada por un marco de protección neurojurídico de los neuroderechos a la identidad, la autonomía y la privacidad psicosomáticas?

En la actualidad, el concepto de *neuroderechos* ha emergido como un compendio de derechos humanos de cuarta generación, cuyo propósito es proteger al ser humano de la implementación de las neurotecnologías en las sociedades modernas (Ienca y Andorno, 2017a; 217b). Los cinco neuroderechos elaborados, en virtud de la Declaración de Helsinki y el Informe Belmont, son los siguientes: (1) la identidad personal, (2) el libre albedrío, (3) la privacidad mental, (4) el acceso igualitario a la argumentación mental y (5) la protección de los sesgos algorítmicos (NeuroRights Initiative, 2021; Ienca, 2021). A efectos de ilustrar que los *neuroderechos* sirven como marco de amparo para potenciar otros derechos fundamentales, particularmente el derecho a la IVE, en esta sección, recibirán un tratamiento sobre la base de corroborar ese presupuesto.

Algunos autores sugieren serias dificultades al momento de reconocer el estatuto de *neuroderecho* del libre albedrío y sugieren que en su lugar el consentimiento informado se presente en reemplazo suyo (Muñoz, 2019). En parecer del presente, la noción de poseer un derecho fundamental en cabeza propia (conciencia moral) y la capacidad para ostentarlo con autodeterminación (consciencia moral) constituyen el punto de partida para configurar los demás neuroderechos, debido a la ambigüedad que se predica del *neuroderecho al libre albedrío*. En efecto, una mujer gestante con *conciencia moral* y *consciencia moral*, según la *axiología sistémica* de Díaz-Navarro (2023) no solo poseería conciencia sobre el derecho a la IVE, sino que, a su vez ostentaría la facultad para ejercitarlo y figurarse las implicaciones de su materialización. Así que, se prefiere el énfasis de *neuroderechos psicosomáticos* y no netamente *mentales*, con fines de precisión metodológica.

La *conciencia moral* en cuanto *neuroderecho* le permite a la mujer gestante sopesar en un nivel ético de autodeterminación los tres argumentos relativos al aborto y sus siete premisas metodológicas: (a) el argumento habermasiano del nacimiento (los nacidos vivos y los nacidos vivos con defunción posterior); (b) el argumento biomédico de las semanas (los no nacidos, los nacidos vivos y los nacidos vivos con defunción posterior); y (c) el argumento principalista de la fecundación (todos los cigotos, embriones, fetos y neonatos vivos o con defunción posterior). Por su parte, el *neuroderecho* relativo a la *consciencia moral* le permite invocar y ejercitar socio-jurídicamente cualquier derecho, de tal suerte, que se delimite quién y con base en cuál derecho humano una mujer gestante puede decidir sobre el acceso a la IVE.

Ahora bien, en tratándose de una mujer gestante, los *neuroderechos* a la *identidad*, la *autonomía* y la *privacidad* cobran especial relevancia, particularmente, porque poseen rango constitucional en la Carta Política colombiana de 1991. Mientras que, la *identidad* denota a la *persona humana* con estatus jurídico, la *autonomía* a las capacidades jurídicas que posee esa *persona humana*; por su parte, la *privacidad* se refiere a que el ejercicio de los derechos derivados de la personalidad jurídica deben ser protegidos con el velo de la intimidad y no someterse a una especie de escrutinio público (Constitución Política, 1991, artículos 14, 15 y 16). De este modo, los *neuroderechos* enunciados determinan el marco de *protección neurojurídico* de que goza el derecho fundamental a la IVE y su conexión imprescindible con el derecho a la dignidad humana como estructura, valor y derecho de un Estado social, constitucional y democrático de derecho.

En efecto: “la interrupción voluntaria del embarazo protege la autonomía y la libertad de decisión de la mujer que (...) resuelve poner fin al proceso de gestación humana” (Corte Constitucional, sentencia SU-096 de 2018). Por ello, piénsese ahora mismo en dos eventos hipotéticos: ¿en el caso de una mujer, cuyas facultades mentales están casi por completo menguadas, que ha sido accedida carnalmente y fecundada en el proceso, quién debe decidir si ejerce o no su derecho a la IVE? Y (2) ¿en el caso de una niña menor de catorce (14) años, ya sea que se encuentre en estado de gestación por motivos de relaciones sexuales consensuales o a causa de acceso carnal (esto es, de violación), quién debe decidir si ejerce o no su derecho a la IVE?

En conformidad con todo lo anterior, se obtiene a manera de respuesta que el derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) debe ser ejercitado por un sistema psicosomático (unidad cuerpo-cerebro) y autopoietico (autodeterminación personal) denominado *mujer*. Este componente sistémico de los *neuroderechos* elucida que la *consciencia* de la mujer gestante sobre sus derechos sexuales y reproductivos; el *reconocimiento* social y estatal del marco de protección neurojurídico en que aquéllos se configuran; la *invocación* del amparo social para garantizar sus prerrogativas constitucionales y el *ejercicio* de la facultad jurídica que materializa el derecho a la IVE definen la importancia, tanto de la *conciencia moral* como de la *consciencia moral* como capacidades morales del agente para decidir sobre su estado gestacional o para acudir ante el aparato jurisdiccional vigente y otras vías biomédicas de protección, a fin de amparar su determinación en relación con dicho estado.

En consecuencia, frente a los dos eventos propuestos, las respuestas iniciales que sugieren que los padres, los hermanos o los curadores están llamados a ejercitar en nombre de la *mujer gestante* su derecho fundamental a la IVE – dentro del marco neurojurídico de los *neuroderechos* a la identidad, la autonomía y la privacidad

psicosomáticas – no se adecúan al recuento neurojurídico previo. O es la misma mujer o es la jurisdicción estatal con el debido acompañamiento médico a la mujer, las encargadas de determinar su amparo y materialización. Esta realidad neurojurídica se configura en aquellos eventos en que los padres, familiares o curadores invoquen los derechos y obligaciones que se desprenden de la patria potestad, ya sobre una hija con discapacidad grave, ya sobre una hija cuya edad es inferior a los dieciocho años e inclusive inferior a los catorce años. En el primer caso, sería inadmisibles que la jurisdicción no examine el caso en particular con un cuidado prudente y en el segundo que la menor de edad no puede bajo su propia determinación o con asesoría especializada decidir sobre su estado gestacional.

Resultados

La dicotomía de orden ontológico formulada entre *ser humano*, ¿persona o no persona?, permite clarificar que jurídicamente, la dignidad humana en cuanto a derecho no inicia con la noción ontogénica de la fecundación, sino, en fundamento del nacimiento y proceso de desarrollo cívico de un agente social en Colombia. Así que, en sus precedentes judiciales, la Corte Constitucional no pondera los derechos fundamentales del *no nacido*, respecto de los derechos de la mujer gestante, toda vez, que aquél no los posee por el hecho de ser un *ser humano-no persona*. En cuyo caso, se obtiene que los derechos de la mujer gozan de prevalencia por el hecho de ser, precisamente, un *ser humano-persona*.

Con todo, ello pone de manifiesto que el proceder metodológico que emplea la Corte Constitucional en la sentencia C-055 de 2022 para sopesar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo es incorrecto, toda vez, que si el feto no es una persona jurídica, ¿cómo, pues, pondera los derechos de la mujer gestante y de aquél en una balanza jurídica justa? Este interrogante ha sido sugerente con el hecho de que en la actualidad los operadores y juristas confían sobremanera en el test de ponderación de derechos, pero aún no disponen de un método *epistemológico y nomológico* para determinar la existencia de derechos fundamentales, más allá de predicar su universalidad, a través de una metafísica racional de orden naturalista, sin detenerse a identificar un método definitivo para decidir qué es y qué no es un derecho fundamental, sobre la base de las necesidades y contingencias sociales más inmediatas.

A manera de ilustración, las causales de la C-355/06 y de la SU096/18 son razonadas y proporcionales para con el derecho a la IVE, pero una lectura cuidadosa y prudente de las semanas que establece la C-055/22 sugiere una desproporción jurídica, en el marco de un ámbito médico y científico que excede la competencia del juez constitucional. Con exactitud, demuestra que el nasciturus se encuentra en un punto de quiebre, respecto de ser persona y no serlo. En este parecer, la discusión jurídica debería ceder ante las dimensiones éticas y biomédicas, en la medida, que la dignidad humana, si bien es de partida un valor, de igual manera, su positivación estructural (sobre la base misma de la fecundación y la gestación) y no diferencial (sobre la base del nacimiento) podría clarificar con más viabilidad el estatuto de la dignidad humana de los fetos, en lo que a derecho fundamental se refiere.

De esta manera, es indispensable aclarar que este resultado no pretende ser ni pro-aborto ni pro-vida, puesto que estas líneas discursivas connotan, tanto ideologías políticas como sesgos idiosincráticos que restringen las consideraciones jurídicas, relativas al principio de progresividad de los derechos y del respeto de la dignidad humana. Con motivo de sopesar los derechos fundamentales del nasciturus y de la mujer gestante – en función del test de proporcionalidad – lo que sí se pretende es elucidar la importancia de que la Corte Constitucional, o bien, reconozca que el feto es un *ser humano-persona* desde la semana vigésimo segunda (lo cual constituye un resultado imprescindible y bioética, biomédica y neurojurídicamente admisible) o que, en su lugar, opte por emplear otro método hermenéutico para considerar la prevalencia del derecho a la IVE frente al valor constitucional de la vida del feto, lo cual es un proceder que en consideración del presente no es suficiente para resolver el asunto cuestionado.

De otro modo, la ponderación se advierte desde su génesis contradictoria y desbalanceada, toda vez, que el teorema, según el cual los *derechos* no son iguales no es idéntico al teorema, conforme al cual los *derechos de*

dos personas no son iguales: el primer teorema es constitucional, pero el segundo no lo es necesariamente. La prevalencia del derecho de la mujer gestante está dado, merced a que siendo persona la balanza está en su favor; en sentido contrario, dado que el nasciturus no es persona, el primer teorema no es configurable y si hipotéticamente se aplicara el segundo, en consecuencia, se suscitaría una verdadera pugna entre derechos fundamentales (volviendo al primer teorema), porque en tratándose de dos personas, en primera medida, ninguno tendría prevalencia hasta tanto no se realice un ejercicio hermenéutico que determine cuál derecho (en cabeza de tal o cual) es susceptible, en mayor medida, de protección constitucional.

Por lo tanto, el alcance de la dignidad humana así elucidado pone de manifiesto que la noción de poseer un derecho fundamental en cabeza propia (conciencia) y la capacidad para ostentarlo con autodeterminación (consciencia) marcan los límites jurídicos para ser considerado *persona* y que, inclusive, siendo *ser humano* la garantía de la dignidad humana es susceptible de una diferenciación razonada, merced al test de proporcionalidad de la Corte Constitucional. Lo que deviene en un resultado y es que el ostentar el estatuto de *ser humano* no es suficiente para materializar tal prerrogativa, puesto que, es imperioso en correspondencia *ser* reconocido como persona por el ordenamiento jurídico vigente.

Conclusión

Corolario del análisis desarrollado anteriormente, valga establecer, a partir de la sentencia C-055 del año 2022 que: (1) en un esquema axiológico, tanto el feto como la mujer ostentan *valores constitucionales* idénticos, tales como la dignidad humana o la vida; (2) en un esquema epistemológico, la mujer ostenta conciencia y consciencia de su dignidad humana (noción y capacidad, respectivamente, para ejercitar derechos fundamentales), mientras que, el nonato las ostenta potencialmente; (3) en un esquema deontológico, solamente la mujer gestante ostenta el derecho a la dignidad humana y no el feto; y, (4) por último, en un esquema ontológico, el nonato es un ser humano-no persona y la mujer un ser humano-persona.

Es preciso dilucidar cada uno de los esquemas de manera sucinta pero sustancial, sobre la base de una advertencia y es que no se ha invocado un esquema *metafísico*, en virtud del cual se persiga configurar la *universalidad* de los derechos fundamentales. Por el contrario, inclusive la *metafísica racional* es una tendencia cartesiana en la ciencia jurídica que el presente no ha adoptado en ninguna ocasión, puesto que, los *derechos humanos o fundamentales* no son universales, más bien son contingencias sociales que devienen en necesidades sociales y que son designadas bajo la noción de *derecho y/o prerrogativa sustantiva*. Sobre ese supuesto se persigue esclarecer los siguientes esquemas:

(1) El esquema axiológico: el valor potencial que poseen los seres humanos desde la fecundación hasta su muerte configura este esquema, en la medida, que no existe una diferenciación marcada entre fecundación, semanas gestacionales y nacimiento como puntos demarcatorios del estatuto de la *humanidad* del organismo biológico en cuestión. Dentro de este esquema, pues, el cigoto, el embrión y el feto son seres humanos como lo es un bebé nacido y una mujer gestante, particularmente, porque poseen un registro genético (ADN) propio desde el momento en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide.

(2) El esquema epistémico: la capacidad moral que poseen los seres humanos suele deslindarse, con base en su sociabilidad, esto es, en un contexto lingüístico dentro del cual se aprende y se ejerce la toma de decisiones morales. Así que, un cigoto no sería configurado en este esquema, mientras que, el embrión y el feto lo serían de manera potencial.

Estos últimos en tanto que desde la novena semana de gestación inicia la formación de la corteza cerebral, del sistema nervioso y la anatomía humana del organismo; al cabo de la vigésimo octava semana y dando inicio a la trigésima, el feto se ha desarrollado de manera integral, por lo que su nacimiento, aunque prematuro, tendría tasas de supervivencia muy altas.

No obstante, inclusive desde la semana vigésimo segunda, el feto aún podría nacer y sobrevivir con compromisos

considerables en su salud y bienestar a largo plazo, lo cual está sujeto a cada circunstancia en particular. Dentro de este esquema resulta embriológicamente admisible evaluar el potencial de capacidad moral del feto, a partir de la semana vigesimosegunda o de la semana vigésimo octava de desarrollo gestacional, frente a una capacidad moral de la mujer gestante plenamente reconocida y desarrollada experimentalmente.

(3) El esquema deóntico: la personalidad jurídica que evoca este esquema se desprende, esencialmente, del esquema epistemológico, en vista de que hace énfasis en la importancia que tiene, tanto el *nacimiento* como la *capacidad de sociabilidad* del feto y de la mujer gestante. Dentro de este esquema, a diferencia de los demás, se configuran con mayor exhaustividad los tres argumentos examinados (el habermasiano, de las semanas y el principialista), debido a que implica reconocer (a) el valor moral, (b) la capacidad moral y (c) la existencia psicosomática (nacimiento vivo) del organismo biológico respecto del cual se predicará la *personalidad jurídica* y su consiguiente estatus de persona moral y legal: un ser humano capaz de ser consciente de sus derechos y sus deberes, de tomar decisiones y de responsabilizarse por los efectos a que ellas conlleven.

(4) El esquema ontológico: la existencia psicosomática del ser humano está dada merced a los tres esquemas anteriores, razón por la cual en este esquema cobra relevancia (a) el *valor moral*, (b) la *capacidad moral* y (c) la *personalidad moral y legal*, tanto del feto como de la mujer gestante. A pesar de ello, este esquema recibe una configuración indispensable de parte del esquema axiológico, toda vez, que este es el único esquema que no sopesa el factor *potencial* del feto o de la madre. De hecho, pone de manifiesto que el *valor moral* deviene del hecho de que son miembros de la misma especie y cuya información genética es propia, esto es, diferenciable entre agentes: su humanidad.

Así pues, es dable afirmar que, en la tríada esquemática axiológica – epistemología – ontología (T.AEO) se pone énfasis en el *valor moral y capacidad potencial del ser humano*, mientras que, en la tríada esquemática epistemología – deontología – ontología (T.DEO), el énfasis central es el *ser humano con capacidad y personalidad jurídica*. Como resulta evidente, los factores que son atinentes al *valor moral* y a la *personalidad jurídica* definen como están constituidas las dos tríadas esquemáticas. A diferencia de los esquemas epistémico y ontológico que se predicen *objetivos* desde el principio – en la medida, que la capacidad moral y la existencia psicosomática dependen de factores biológicos en sentido estricto –, los esquemas axiológico y deontológico son sopesados subjetivamente, de tal manera, que es jurídicamente posible asignar un *valor* y una *personalidad moral y legal* a otras entidades o seres diferentes a los seres humanos, tales como la naturaleza, los animales, las organizaciones empresariales o los Estados-Nación, entre otros.

Sin embargo, en materia del asunto, aunque el *valor moral* determine la *existencia psicosomática* del feto, no define de igual manera su *capacidad moral*. La existencia psicosomática sin capacidad moral del esquema T.AEO no sería, pues, suficiente para reconocer una capacidad legal, cuyo advenimiento está dado, merced al reconocimiento de la *personalidad jurídica*. En este sentido, la *capacidad moral* representa un tránsito entre el ser humano y la persona jurídica, en la medida, que le reconoce derechos, deberes y responsabilidad legales. Mientras el feto, respecto del cual se predique humanidad derivado de su valor moral, no atraviese dicha transición, en su defecto el esquema T.DEO no le reconocería su estatus jurídico, independientemente de que se reconozca su existencia psicosomática.

Todo ello exige retroceder hasta el esquema piramidal que se propuso en torno al derecho a la vida, el cual puede contribuir a dilucidar los límites de la dignidad humana del *nasciturus*. En retrospectiva, el esquema T.DEO es el que fundamenta la línea jurisprudencial reciente de la Corte Constitucional colombiana. Esta línea se establece sobre el supuesto de pensar si el *nonato* posee el derecho a nacer, el derecho a la vida digna y el derecho a morir. Debido a que la respuesta es negativa – axiológicamente tiene el valor de la dignidad humana, epistemológicamente su dignidad humana es restringida, puesto que, no ha nacido (ausencia de procesos de socialización) y deontológicamente no es reconocido como ser humano-persona – se tiene que la balanza del test de ponderación no sopesa los derechos del feto y de la mujer gestante bajo el presupuesto de la igualdad,

en la medida, que el primero no posee *stricto sensu* tales derechos, sino *valores fundamentales* que no ostentan la misma dimensión del peso de un *derecho fundamental*.

Por último, a fin de evitar el test de ponderación y otros métodos correlativos, la convergencia sistémica entre los cuatro esquemas (T.ADEO) y, por consiguiente, la conciliación entre los argumentos habermasiano del nacimiento, bioético y biomédico de las semanas y principialista kantiano vislumbra que: el feto *debería ser* considerado un ser humano con personalidad jurídica desde la semana vigésimo segunda de gestación y que, por lo tanto, desde esa semana poseería la tripartición del derecho a la vida: (1) el derecho a nacer, (2) el derecho a la vida digna y (3) el derecho a morir, sin perjuicio del derecho a la IVE que está en cabeza de la mujer gestante y el cual sería ejercido por ella hasta la vigésimo primera semana de gestación.

Referencias

- Bellieni, Carlo Valerio y Buonocore, Giuseppe. (2012). "Is fetal pain a real evidence?" *En: The Journal of Maternal-Fetal & Neonatal Medicine*. Vol. 25, No. 8. Versión digital disponible en: <https://doi.org/10.3109/14767058.2011.632040>
- Bernal, Carlos. (2006). "La racionalidad de la ponderación". *Revista española de derecho constitucional*. *En: Revista española de derecho constitucional*. No. 77. Versión digital disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/48220>
- Bulygin, Eugenio. (2018). *Lógica deóntica, normas y proposiciones normativas*. Madrid: Marcial Pons.
- Bunge, Mario. (2017). "Modos de existencia". *En: Revista Científica Estudios E Investigaciones*, Vol. 6, No. 1. Versión digital disponible en: <https://doi.org/10.26885/rcei.6.1.88>
- Cabanyes Truffino, Javier. (2014). "El comportamiento fetal: una ventana al neurodesarrollo y al diagnóstico temprano". *En: Pediatría Atención Primaria*. Vol. 16, No. 63. Versión digital disponible en: <https://pap.es/articulo/12028/el-comportamiento-fetal-una-ventana-al-neurodesarrollo-y-al-diagnostico-temprano>
- Código Civil [CV]. Ley 84 de 1873. 26 de mayo de 1873 (Colombia).
- Código Penal Colombiano [CP]. Ley 599 de 2000. 24 de julio de 2000 (Colombia).
- Constitución Política de Colombia [Const]. 7 de julio de 1991 (Colombia).
- Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002. Expedientes T-542.060 y T-602.073. (17 de octubre de 2002). M.P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. Expedientes D-6.122, 61.123 y 61.124. (10 de mayo de 2006). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D.C., 2006.
- Corte Constitucional. Sentencia SU096 de 2018. Expediente T-6.612.909. (17 de octubre de 2018). M.P. José Fernando Reyes Cuatras. Bogotá D.C., 2018.
- Corte Constitucional. Sentencia C-055 de 2022. Expediente D-13.956. (21 de febrero de 2022). M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y Alberto Rojas Ríos. Bogotá D.C., 2022.
- Corte Constitucional. Sentencia T-158 de 2023. Expediente T-8.857.733. (15 de octubre de 2023). M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Bogotá D.C., 2023.
- Chomsky, Noam. (1999). *Aspectos de la teoría de la sintaxis*. Barcelona: Gedisa.
- Chomsky, Noam. (2004). *Estructuras sintácticas*. México: Siglo Veintiuno Editores.
- Cruz-Coke, Ricardo. (1980). "Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana". *En: Revista chilena de pediatría*. Vol. 51, No. 2. Versión digital disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0370-41061980000200006>
- Díaz-Navarro, David Ernesto. (2023). "Axiología sistémica: cibernética, semiótica y neuroética del valor". *En: Revista Colombiana de Filosofía de la Ciencia*. Vol. 23, No. 46. Versión digital disponible en: <https://doi.org/10.18270/rcfc.v23i46.3982>
- Dirix, Chantal; Nijhuis, Jan; Jongsma, Henk y Hornstra, Gerard. (2009). "Aspects of fetal learning and memory". *En: Child Development*. Vol. 80, No. 4. Versión digital disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1467-8624.2009.01329.x>
- Flores Muñoz, María Antonieta. (2014). "Las intervenciones en el feto, el dolor y sus dilemas bioéticos". *En: Perinatología y Reproducción Humana*. Vol. 28, No. 2. Versión digital disponible en: <https://www.medigraphic.com/cgi-bin/new/resumen.cgi?IDARTICULO=53299>
- Habermas, Jürgen. (1987). *Teoría de la acción comunicativa, II. Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Taurus.
- Habermas, Jürgen. (2004). *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?* Buenos Aires: Paidós.
- Hepper, Peter. (2012). "An examination of fetal learning before and after birth". *En: The Irish Journal of Psychology*. Vol. 12, No. 2. Versión digital disponible

- en:
<https://doi.org/10.1080/03033910.1991.10557830>
- Huertas Tacchino, Erasmo. (2018). "Parto pretérmino: causas y medidas de prevención". En: *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*. Vol. 64, No. 3. Versión digital disponible en: <http://51.222.106.123/index.php/RPGO/article/view/2104>
- Ienca, Marcello, and Andorno, Roberto. (2017a). "Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology". En: *Life Sciences, Society and Policy*. Vol. 13, No. 5. Versión digital disponible en: <https://doi.org/10.1186/s40504-017-0050-1>
- Ienca, Marcello, and Andorno, Roberto. (2017b). *A New Category of Human Rights: Neurorights*. Research in Progress. Biomedcentral. Versión digital disponible en: <https://blogs.biomedcentral.com/bmcblog/2017/04/26/new-category-human-rights-neurorights/>
- Ienca, Marcello. (2021). "On neurorights". En: *Frontiers in Human Neuroscience*. Vol. 15. Versión digital disponible en: <https://doi.org/10.3389/fnhum.2021.701258>
- Kant, Immanuel. (1989). *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos.
- Kant, Immanuel. (2002). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza Editorial.
- Kizer, Saúl, y Vanegas, Horacio. (2016). "¿Siente dolor el feto?" En: *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*. Vol. 76, No. 2. Versión digital disponible en: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0048-77322016000200008&lng=es&tlng=es
- Lozano-González, Carlos Humberto; Flores-Tamez, María Estela; Castro-Mejía, Sandra y Lozano-Flores, Jorge Alfredo. (2013). "Límites de la viabilidad neonatal". En: *Perinatología y reproducción humana*. Vol. 27, No. 2, 79-85. Versión digital disponible en: <https://www.medigraphic.com/cgi-bin/new/resumen.cgi?IDARTICULO=43039>
- Michellini, Dorando. (2010). "Dignidad humana en Kant y Habermas". En: *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*. Vol. 12, No. 1. Versión digital disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-94902010000100003&lng=es&tlng=es
- Moore, Keith L.; Persaud, Trivedi Vidhya y Torchia, Mark (2020). *Embriología clínica*. Ámsterdam: Elsevier.
- Movallied, Kobra; Sani, Anis; Nikniaz, Leila y Ghojzadeh, Morteza. (2023). "The impact of sound stimulations during pregnancy on fetal learning: a systematic review". En: *BMC pediatrics*. Vol. 23. Versión digital disponible en: <https://doi.org/10.1186/s12887-023-03990-7>
- Muñoz, José. (2019). "Chile—right to free will needs definition". En: *Nature*. Vol. 574, No. 634. Versión digital disponible en: <https://doi.org/10.1038/d41586-019-03295-9>
- NeuroRights Initiative (2021). "The Five Ethical NeuroRights". Versión digital disponible en: <https://neurorights-initiative.site.drupaldisstest.cc.columbia.edu/sites/default/files/content/The%20Five%20Ethical%20NeuroRights%20updated%20pdf%200.pdf>
- Piaget, Jean. (1982). *El nacimiento de la inteligencia*. Madrid: Aguilar.
- Piaget, Jean e Inhelder, Bärbel (1997). *Psicología del niño*. Madrid: Morata.
- Schoenwolf, Gary; Bleyl, Steven; Brauer, Philip y Francis-West, Philippa. (2022). *Larsen. Embriología humana*. Ámsterdam: Elsevier.
- Torres Vásquez, Henry y Díaz-Navarro, David Ernesto. (2024). "Deontología y Axiología de la Cognición Moral: Los Fundamentos Éticos de la Norma Jurídica". En: *Derecho Global. Estudios Sobre Derecho y Justicia*. Vol. 9, No. 26. Versión digital disponible en: <https://doi.org/10.32870/dgedj.v9i26.723>
- Uzcátegui U, Ofelia. (2013). "Derechos del no nacido". En: *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*. Vol. 73, No. 2. Versión digital disponible en: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0048-77322013000200001&lng=es&tlng=es
- Von Wright, Georg Henrik. (1998). *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*. México: Universidad Autónoma de México.
- Zurriarán Roberto Germán. (2015). La cuestión de fondo sobre el tema del aborto. En: *Persona y Bioética*. Vol. 19, No. 1. Versión digital disponible en: <https://doi.org/10.5294/PEBI.2015.19.1.9>