

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 1 de 11

EFECTOS Y ALCANCES DE LA PROTECCIÓN CIVIL DEL *NASCITURUS*

Daniela Toro Restrepo
E-mail: danyst_04@hotmail.com

Alexandra Vargas Pérez
E-mail: alexandravargasperez@gmail.com

Juan Camilo Mejía Puerta
E-mail: camilomejia03@hotmail.com

Institución Universitaria de Envigado
2017

Resumen: En este artículo se tiene por objeto principal analizar los principales efectos y alcances de la protección civil del nasciturus, como temática complementaria al estudio interpretativo del “concebido” como parte del proceso en el marco del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) en Colombia; para ello se hace un abordaje del artículo 90 del Código Civil colombiano señalando que muchos aspectos de la personalidad están íntimamente unidos al momento de la concepción, por lo que la consideración de existencia legal debe darse usando un punto objetivo y preciso como lo es el nacimiento; por tanto, es necesario estudiar al nasciturus como nacido, aunque se trate de una ficción legal, diferenciando para ello la existencia natural o biológica y la existencia legal.

Palabras claves: *protección civil, nasciturus, concebido, personalidad, concepción, existencia legal, existencia natural o biológica.*

Abstract: The main purpose of this article is to analyze the main effects and scope of the civil protection of the nasciturus, as a complementary theme to the interpretive study of the "conceived" as part of the process under the General Process Code (Law 1564 of 2012) in Colombia; for this purpose, an approach is made to article 90 of the Colombian Civil Code, pointing out that many aspects of personality are intimately linked to the moment of conception, so that the consideration of legal existence must be given using an objective and precise point such as birth ; therefore, it is necessary to study the nasciturus as born, even if it is a legal fiction, differentiating for it the natural or biological existence and legal existence.

Keywords: *civil protection, nasciturus, conceived, personality, conception, legal existence, natural or biological existence.*

INTRODUCCIÓN

Los debates acerca del inicio de la vida son múltiples y se hacen mucho mas numerosos cuando se les añade una consideración legal; en su mayoría se

acuerda en que existe diferencia entre la existencia biológica y la legal y en muchos casos, hay quienes sostienen que la concepción *per se* no es objeto ni justificación para la adquisición de derechos y menos aún de personalidad jurídica.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 2 de 11</p>

En este artículo se realizará un estudio enfocado principalmente hacia el derecho, en el que se analizarán las posibilidades reales que tiene el no-nacido en nuestro ordenamiento en cuanto a protección y derechos se refiere y el resultado que se obtiene cuando se yuxtaponen las ópticas civil y constitucional.

De este modo, cuando se habla de derechos personales, así como de patrimonios autónomos, se hace referencia directa al ser humano nacido; al respecto, el nacimiento, es comúnmente considerado como el principio de la existencia tanto legal como biológica. Al respecto, el artículo 90 del Código Civil preceptúa que “la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”; a través de la Sentencia C-327 de 2016,

aunque se declaró la exequibilidad del texto subrayado, estableció que la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.

Muchas han sido las opiniones encontradas alrededor del tema (a continuación serán explicados los más relevantes); sin embargo, todas han conducido a la aceptación rotunda de algún grado de protección para el concebido. En nuestro ordenamiento jurídico, es plausible, abarcar el tema desde la óptica civil y constitucional, de manera que serán estas dos herramientas las que en su mayoría, conducirán este escrito.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 3 de 11

Por lo dicho, en el presente artículo se analizan los efectos y alcances de la protección civil del *nasciturus*, tema este sobre el cual se ha discutido desde diferentes vertientes doctrinales, pero que para el ámbito colombiano adquiere un nuevo matiz en virtud de la posibilidad de que se le considere parte dentro del proceso, según lo ha establecido por el numeral 3 del artículo 53 de la Ley 1564 de 2012, para lo cual se propone un abordaje cualitativo que interprete la norma y la doctrina a partir de fuentes secundarias. Este es un artículo, por tanto, que complementa la investigación desarrollada en torno a los alcances de la norma en comento, y en el cual se tienen presente lo que se ha dicho al respecto desde una perspectiva doctrinal y jurisprudencial.

EL NASCITURUS Y LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL QUE MERECE

Para la identificación del fundamento de la protección constitucional del *nasciturus*, es necesario acudir a la noción de persona desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La cuestión de la personalidad jurídica desarrollada por la jurisprudencia constitucional, a través de la Sentencia C-133 de 1994, lejos de ser unánime es altamente inconsistente y por lo general se identifican cuatro postulados principales: 1. El concebido no es persona, pero es titular del derecho a la vida; 2. El concebido no es persona ni titular de derechos; es titular de intereses; 3. El concebido es persona y es titular del derecho a la vida; 4. El concebido es objeto de protección jurídica.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 4 de 11

El primer que sostiene que el concebido no es persona, pero sí titular del derecho a la vida, se fundamenta principalmente al ser la vida el derecho mas importante este debe ser garantizado y reconocido a todos los individuos de la especie humana, sin importar que estos sean personas o no, posición que trató la Corte Constitucional en las Sentencias C-355 de 2006 y C-327 de 2016.

De esta manera, la Corte Constitucional, cuando sustenta dicho postulado, se refiere a lo siguiente:

Para evitar reconocerle el carácter de persona al concebido, acepta que, en razón del valor fundamental que encarna la vida, por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado, el concebido pero no-nacido sea titular del derecho a la vida (Hoyos, 2000, p. 52).

Juristas como Bascuñán (2004) y Figueroa (2007) se han declarado en contra de esta tesis, alegan que es simplemente contradictorio decir que es posible ser titular de derechos fundamentales sin ser persona.

Por su parte, Andorno (2004), señala lo siguiente:

Aunque no pueda «demostrarse» de modo fehaciente la personalidad del embrión humano, existen importantes razones para atribuirle el respeto que se debe a las personas. La razón es que de alguna manera somos un cuerpo viviente y este cuerpo ya comienza a existir en el estadio embrionario. Nuestra dimensión corporal, lejos de ser un mero «accidente» de nuestra existencia, o un objeto sin valor moral intrínseco, debe ser considerado como elemento constitutivo de nuestro ser personal (p. 29).

Bascuñán (2004) manifiesta que “lo particular del embrión es su potencialidad de llegar a ser un individuo de la especie humana bajo ciertas condiciones” (p. 51); mientras que Figueroa (2007) establece que

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 5 de 11

“el concepto de persona es equivalente a ser humano desde el momento de la concepción y, por ende, el ser humano desde la concepción es titular del derecho a la vida” (p. 95).

El segundo postulado que afirma que el concebido no es persona, ni titular de derechos sino de intereses, usa como argumento principal la diferencia entre la protección a la vida y el derecho fundamental a ella. Por lo dicho, al derecho fundamental a la vida solo puede ser titular la persona humana nacida mientras que “el Estado tiene el poder de proteger la vida del feto de varias formas; y ello no significa que sea posible - ni imprescindible - considerarlo persona para efectos jurídicos” (Hoyos, 2000, p. 53).

De lo anterior se desprende que el Estado debe proteger los intereses del no-nacido

como son la alimentación, atención médica durante embarazo y parto, etc., según lo que indica la Ley 1098 de 2006 en el artículo 24; sin que para tal efecto se deba considerar al *nasciturus* como persona. Frente a ello, juristas como Hoyos (2000), respaldan esta creencia y agregan que el *nasciturus* no es una persona en sentido constitucional, pues esta en ningún momento lo hace sujeto de derechos.

En el momento en que esta acepción del *nasciturus* se procesó en la Corte a través de la Sentencia C-327 de 2016, la magistrada María Victoria Calle Correa, salva su voto alegando que reconocer derechos al *nasciturus* implicaría desconocer otros y propone que lo que se debe hacer es encontrar una armonía entre ellos.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 6 de 11

Decir que el concebido es persona y titular de derechos se basa, en su esencia, en la igualdad entre hombre y persona:

Todo ser humano, desde el principio y hasta el final de su existencia física tiene el derecho primordial e insustituible a la vida. De este derecho se es titular, por el solo hecho de existir. Los demás derechos requieren de la vida del sujeto para tener existencia y viabilidad (Hoyos, 2000, p. 56).

Frente al tercer postulado que afirma que el concebido es persona y es titular del derecho a la vida, lo que primordialmente se sostiene es que no se puede ser titular de derechos sin vida y ser titular de derechos, como ya hemos visto, significa expresamente, ser persona.

Por último, a través de la Sentencia C-591 de 1995 se sostiene que el concebido es objeto de protección jurídica es el cimiento fundamental para evitar complicarse con conceptos como personalidad jurídica y

existencia legal para declarar que el *nasciturus* es un organismo vivo y si bien no puede ser considerado plenamente como persona, es considerado como un objeto altamente valioso, por esto y por el simple hecho de estar vivo, debe necesariamente contar con protección jurídica.

Lo anterior implica conocer los efectos de la noción de “persona” como ente por el derecho o ante el mismo, tanto desde la perspectiva de la Carta Política como de los tratados internacionales.

Así, al entrar a analizar mucho mas a fondo el tema de la persona en el ámbito constitucional, se deben considerar dos posturas: la primera que afirma que la persona en sentido jurídico es un ser por el derecho, y la segunda que sostiene que la

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 7 de 11

persona en sentido jurídico es un ser ante el derecho.

De la primera se puede decir que “persona en sentido jurídico, es una creación legal; la legislación positiva es la que determina quien es persona, cuales son los requisitos legales para que se le otorgue a un determinado ser dimensión jurídica” (Hoyos, 2000, p. 57), esta postura se encarga de defender, que si bien ya se sabe que una persona es un sujeto de derecho, solo se es tal por el nacimiento, por lo cual vale reiterar, que el no-nacido, aunque sujeto del derecho a la protección a la vida, no es persona en sentido jurídico; en palabras del jurista, Jorge Arango: “el hombre solo es persona en sentido jurídico en cuanto es titular de los derechos y obligaciones correlativas, cuya realización dentro del orden y la justicia es el fin del

derecho objetivo de la norma” (Arango, 1991, p. 95).

En este punto, se puede ver que si bien para la Corte Constitucional hombre y persona son dos conceptos totalmente distintos, terminan equiparándose en cuanto a la protección legal del nasciturus se refiere.

Pasando a un plano mucho más textual de la Constitución Política de 1991 se encuentra que, si bien es posible identificar normas expresamente creadas para la protección del no-nacido, algunas de ellas (incluidos derechos fundamentales) la garantizan indirectamente (derecho a la vida, a la dignidad humana, etc.). Desde esta óptica no hay duda alguna acerca de la protección que ofrece la Constitución al nasciturus y cómo en su mayoría está definida por derechos humanos.

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 8 de 11</p>

La teoría que refuta la anterior posición, es decir la que sostiene que “la persona no es un ser creado por el derecho: es preexistente a él y, en cuanto tal, es un ser ante el derecho” (Hoyos, 2000, p. 65), permite inferir que del derecho a la vida se es titular solo con el hecho de existir; y aunque la constitución no le dé textualmente al nasciturus la calidad de persona, este es tal pues se es persona desde el momento mismo de la concepción.

Lo anterior encuentra respaldo en el Art. 1,2 de la Convención Americana sobre DDHH (Todo ser humano es persona) y el Art. 93 del C.C.; entendida la cuestión de esta forma, es valido afirmar que los derechos del no-nacido pasan entonces (por ser derechos del niño) a prevalecer, en especial en caso de conflicto.

Al respecto, señala Myriam Hoyos:

Las precedentes consideraciones permiten afirmar que, en el ordenamiento jurídico colombiano, se adopta la tendencia unitaria entre los términos vida humana, hombre y persona. El concebido, sea embrión in-vitro o in-útero, es persona en sentido filosófico y en sentido jurídico. Esto significa que, desde el momento de la fecundación o concepción, el ser humano, en la condición en la que se encuentre, es titular de derechos, entre otros, del derecho a la vida, a la identidad genética y al nacer (Hoyos, 2000, p. 71).

Estas líneas son quizás las que mejor interpretan lo prescrito por la legislación nacional (consagrado en el Código Civil).

En este sentido, la Corte Cosntitucional en Sentencia C-013 de 1997 es clara en afirmar que la vida es el más importante de los derechos y, que por su significado intrínseco y por estar consagrado en la Constitución y en diversos tratados internacionales, tiene carácter de inviolable.

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 9 de 11

De igual forma, la sentencia reconoce que los derechos del *nasciturus* y de la madre son merecedores de tutela por parte del Estado, dentro de los que se encuentran el derecho a la vida, al respeto por su dignidad, etc. Como el Estado busca, como su primer fin, el de garantizar la vida, esta debe protegerse desde su estado primigenio:

Desde la formación del cigoto hay vida. Una vida que, obviamente, necesita de un proceso biológico natural que culmina con la plena formación del mismo, pero vida, al fin y al cabo, que no es inferior ni menos importante que la posterior al parto. Su naturaleza humana no se adquiere de un momento a otro mediante la ruptura del cordón umbilical sino que acompaña al fruto de la concepción desde el principio. Resultaría artificial y carente de todo respaldo científico la teoría que sostuviera que, con antelación al nacimiento, aquella que se desarrollaba en el interior de la matriz no era vida o que no correspondía a un ser humano. De lo cual se desprende que siempre, desde la fecundación, fue y sigue siendo digna de respeto y tutela jurídica (Corte Constitucional, 1997, C-013).

Como puede verse, se trata de una obligación del Estado de proteger y garantizar los derechos del no-nacido.

Una fuerte crítica a lo anterior lo hace uno de los magistrados que salva su voto argumentando que si bien no puede negarse que el *nasciturus* sea organismo viviente individual, y que es humano en el sentido de que pertenece a la especie animal *Homo-Sapiens*, de ello no se sigue que el feto tenga derechos e intereses del tipo que el Estado esta en el deber de proteger respecto de las personas (Corte Constitucional, 1997, C-013, Salvamento de voto).

Muchas de las decisiones de la Corte con respecto a los derechos del no-nacido están estrechamente ligadas a concepciones morales y religiosas que tergiversan el sentido del sistema.

Finalmente, la Sentencia C-133 de 1994, además de reiterar puntos importantes mencionados, añade una apreciación que resulta apropiado resaltar: “la vida del *nasciturus* encarna un valor fundamental, por

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</p> <p>Ciencia, educación y desarrollo</p>	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 10 de 11

la esperanza de su existencia como persona que representa y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado” (Corte Constitucional, 1994, C-133).

CONCLUSIONES

Así pues, se ha podido analizar desde los planos civil, constitucional y jurisprudencial los derechos expresos del nasciturus.

Se puede concluir que es innegable el derecho a la protección a la vida y aunque por regla general, el ordenamiento jurídico colombiano le reconoce, en suspenso, otros derechos, no dejan de presentarse argumentos en contra de este precepto.

Por ahora, es claro que el no-nacido goza de unos derechos que lo protegen y lo

legitiman, no se descarta sin embargo la posibilidad de que la situación se pueda invertir pues como queda claro, “el Derecho es, sin lugar a dudas, una ciencia en constante cambio y evolución, tan dialéctica como el hombre mismo” (Zuluaga, 2013, p. 94).

REFERENCIAS

- Andorno, R. (2004). La dimensión biológica de la personalidad humana: el debate sobre el estatuto del embrión. *Cuadernos de bioética*, 15(53), 29-36.
- Angarita G., J. (1994). *Lecciones de Derecho Civil*. Bogotá: Temis.
- Arango M., J. (1991). *Derecho civil: personas*. Bogotá: Editorial Universidad Nacional de Colombia.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Temis.
- Bascuñán, A. (2004) La píldora del día después ante la jurisprudencia. *Estudios Públicos, Centro de Estudios Públicos*, 95, 43-89.
- Congreso de Colombia. (26 de mayo de 1873). *Ley 57, Código Civil*. [Ley 57 de 1887].

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 11 de 11

- Corte Constitucional. (17 de marzo de 1994). *Sentencia C-133*. [MP Antonio Barrera Carbonell]. Especial referencia al Código de Familia de Nicaragua. *Revista IUS*, 9(36), 235-247.
- Corte Constitucional. (1 de febrero de 1995). *Sentencia C-059*. [MP Jorge Arango Mejía]. López B., H. (2013). *Las partes en el Código General del Proceso*. Medellín: XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal.
- Corte Constitucional. (7 de diciembre de 1995). *Sentencia C-591*. [MP Jorge Arango Mejía]. Ochoa G. O. (2006). *Derecho civil I: personas*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Corte Constitucional. (23 de enero de 1997). *Sentencia C-013*. [MP José Gregorio Hernández]. Zuluaga O., J. (2013). *Curso de derecho, civil general y personas*. Pereira: Fundación Universitaria del Área Andina.
- Corte Constitucional. (10 de mayo de 2006). *Sentencia C-355*. [MP Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández].
- CURRICULUM VITAE**
- Corte Constitucional. (22 de junio de 2016). *Sentencia C-327*. [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]. **Daniela Toro Restrepo**: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado.
- De Verda y B., J. (2016). La protección jurídica del concebido en el derecho español. *Revista boliviana de derecho*, (22), 16-33. **Alexandra Vargas Pérez**: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado.
- Figueroa G., R. (2007). Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto. *Revista de Derecho*, 20(2), 95-130. **Juan Camilo Mejía Puerta**: Estudiante de derecho de la Institución Universitaria de Envigado.
- Hoyos C., I. (2000). *La Persona y sus Derechos Consideraciones Bioético-Jurídicas*. Bogotá: Temis.
- Hung G., F. (2015). Apuntes sobre el reconocimiento filiatorio a favor del concebido no nacido en sede notarial.