



Capítulo II

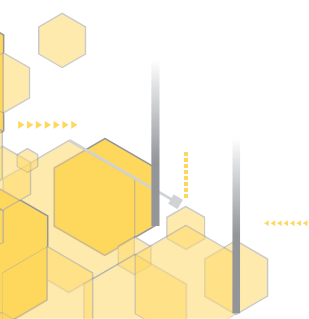
El inicio de la persona humana Una nueva visión en el ordenamiento jurídico colombiano del siglo XXI¹

Ana Elizabeth Quintero-Castellanos²

¹ Capítulo de libro resultado del proyecto de investigación Protección jurídica de la familia y las personas en Colombia, adscrito al grupo de investigación Hugo Grocio de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Internacionales de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos de Tunja, iniciado en el año 2017.

² Docente investigadora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Internacionales de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos, adscrita al grupo de investigación Hugo Grocio. Doctoranda en Derecho Procesal Contemporáneo, Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Procesal. Especialista en Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Comercial y Derecho Procesal Civil. Abogada de la Universidad del Rosario. Email: aequintero@jdc.edu.co ORCID: 0000-0002-2834-2307.

* DOI: <https://doi.org/10.38017.9789588966465.02>





Introducción

El Código Civil colombiano fue expedido mediante la Ley 153 de 1887. En sus artículos 74, 90, 91 y 93, se ocupa de analizar lo relacionado con el concepto de persona, su inicio, la protección del que está por nacer y sus derechos, estas normas continúan vigentes desde esa época. Pero, en el siglo XXI, como consecuencia de la expedición de algunos preceptos, como el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, artículos 53 y 54, y la jurisprudencia de las Altas Cortes en relación con estos temas, se hace necesario replantear el concepto tradicional de persona, su inicio y protección, para actualizarlo al nuevo orden jurídico existente a partir de la Constitución Política de 1991.

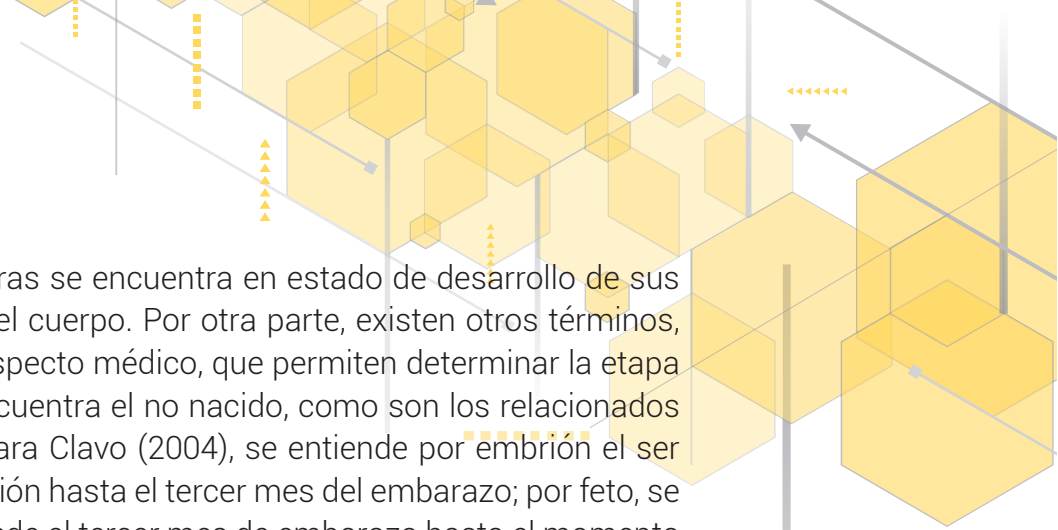
En este acápite, se abordan estos temas en el siguiente orden: en primer lugar, se estudia el concepto del *nasciturus* y su naturaleza jurídica; en segundo lugar, su protección en Colombia; en tercer lugar, el concepto de la persona humana y su protección; y, en cuarto lugar, se expone la necesidad de formular un nuevo concepto jurídico de la persona humana, planteando la necesidad de reformar el Código Civil de Colombia en estos temas.



El concepto del *nasciturus* y su naturaleza jurídica

El concepto del *nasciturus*

La vida de los seres humanos no comienza al nacer, sino que inicia algún tiempo antes. Para el Derecho, ha sido uno de los interrogantes básicos determinar ¿desde cuándo se inicia la vida humana? Se han dado diversas respuestas, sin embargo, desde el punto de vista jurídico, se ha dicho que la vida de un nuevo ser humano comienza con la concepción, como lo afirma Medina (2011), precisar el momento en que empieza la vida humana es "*imprescindible para determinar el momento en que la sociedad empieza a protegerla*" (p. 467). En relación con el concepto de *nasciturus*, se precisa que es más un concepto jurídico, que se entiende, desde la perspectiva de Calvo (2004), como todo ser humano concebido que aún no ha nacido, o sea, es la situación en la que se encuentra el ser humano desde la concepción

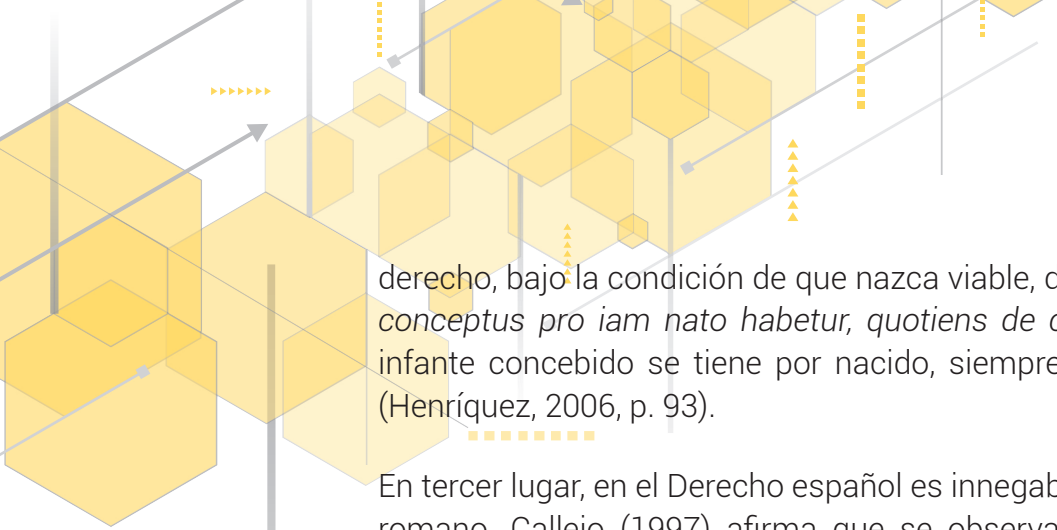


hasta el nacimiento, mientras se encuentra en estado de desarrollo de sus órganos y demás partes del cuerpo. Por otra parte, existen otros términos, más relacionados con el aspecto médico, que permiten determinar la etapa de desarrollo en que se encuentra el no nacido, como son los relacionados con el embrión y el feto; para Clavo (2004), se entiende por embrión el ser humano desde la fecundación hasta el tercer mes del embarazo; por feto, se entiende el ser humano desde el tercer mes de embarazo hasta el momento del parto.

Para iniciar, se define al *nasciturus* desde el punto de vista etimológico; posteriormente, se hace referencia a algunos antecedentes históricos en el Derecho romano y en el Derecho español; finalmente, se determina su noción en el ordenamiento jurídico colombiano. A continuación, se pasa a desarrollar estos temas.

En primer lugar, desde el punto de vista etimológico, según afirma Ospina (2014), la palabra *nasciturus* proviene del latín, “es un participio futuro del verbo Nascor (Nacer), el sufijo –urus– en latín indica inminencia o destino”; por consiguiente, la traducción más acertada es “el que va a nacer” o “el destinado a nacer”, en otras palabras “indica la próxima aparición entre los hombres de una realidad aun no materializada y que sin embargo, se intuye existente.” (Ospina, 2014, p.1). Por otra parte, el Diccionario Jurídico de la Real Academia Española dice que *nasciturus* es el “Concebido pero no nacido, como fase de la vida humana interna o en formación”.

En segundo lugar, en el Derecho romano, como afirma González (2017), el *nasciturus* no era, en ningún caso, una persona, era común referirse al mismo como “lo que se lleva en el vientre” (González, 2017, p. 103) o como animal y agrega que, como enseña Carlos D. Vieyra Sedano (citado por González, 2017), los romanos establecieron que el ser humano alcanzaría la capacidad jurídica y, por ende, la personalidad natural o física, hasta el momento de su nacimiento vivo y con forma humana, antes del parto, se consideraba al embrión como parte del cuerpo y de las entrañas de la mujer. Henríquez (2006) afirma que la regla de la ventaja o *commodum*, según la cual al concebido se le tiene por nacido para todo lo que le favorezca, se atribuye a los romanistas del período clásico. Es así como, los romanos admitieron que el infante, simplemente concebido, pero no nacido, es decir, el *nasciturus*, podrá prevalerse de un derecho a su favor, para el efecto debe ser considerado provisionalmente como vivo y debe reservársele su

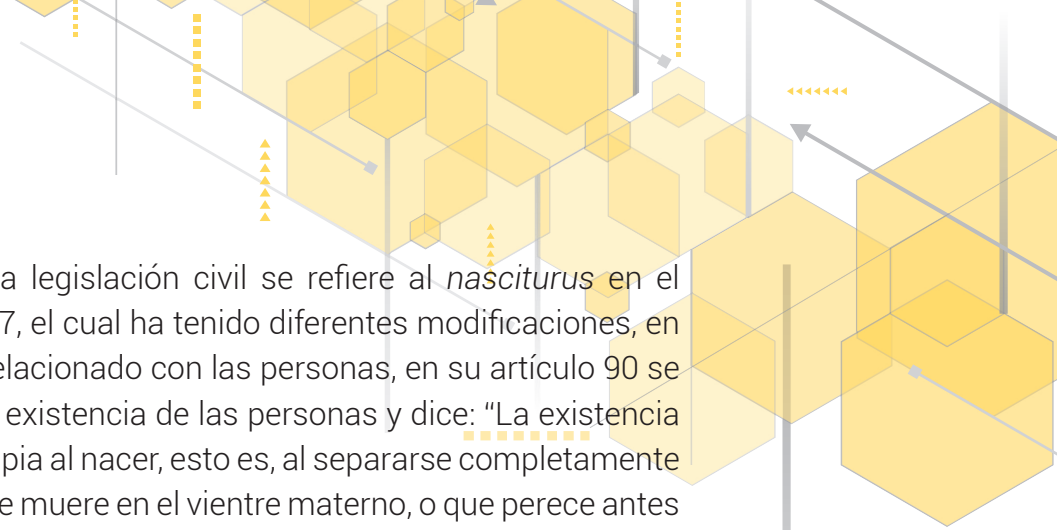


derecho, bajo la condición de que nazca viable, de aquí la sentencia: "*infans conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* – el infante concebido se tiene por nacido, siempre que sea en su beneficio" (Henríquez, 2006, p. 93).

En tercer lugar, en el Derecho español es innegable la influencia del Derecho romano. Callejo (1997) afirma que se observa este influjo en Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, al establecer la teoría de la condición del *nasciturus*, en la Ley 3ª, título 23, de la Partida 4ª, que consagra a su favor una protección de carácter general. También, Pérez (1992) dice que, en Las Siete partidas, se recoge numerosos preceptos del Digesto que protegen al concebido, pero no nacido, como los siguientes:

Así: el que el concebido se tenga por nacido en todo lo que le favorezca de Part. 4.23.2 tiene su fuente en D. 1 S.7; la prohibición de aplicar la pena de muerte a la mujer encinta de Part. 4.23.3 y 7.3 1.10 en D. 1.5.18; la defensa contra los posibles ataques a la libertad de Part. 4.23.3 en D.1.5.22; «La defensa de los intereses del «nasciturus» pueden verse en dos instituciones, tomadas también, en su esencia y hasta en detalles, del derecho romano: en la suspensión de la adquisición de la herencia en las sucesiones «ab intestato», cuando quedare embarazada la mujer del causante, y en la invalidez del testamento del padre, en que hubiese sido preterido un hijo póstumo» (Part. 6.6.16- 17 tienen como fuente D.29.2.30.1 y D.25.4.1.10); en Partidas 6.1.20 se recoge la doble significación romana de «posthumus» (D.28.3.3 y C.6.12.2), es decir, el hijo nacido después de la muerte del padre y el que nació antes de que éste muriera, pero después de haber hecho su último testamento; los privilegios procesales del *nasciturus* de Part. 3.22.7 tienen como fuente D.37.9(8). 1.14- 15; la tutela del «curator ventris» del D.26.2.1 se recoge en Partidas 6.16.3; la determinación de cuándo el *nasciturus* deja de ser *nasciturus* y se considera nacido, contenida en Partidas 6.6.16; 7.33.8; 4.23.5; 4.23.4, tiene su fuente en D.1.5.14; D.50.16.135 y D.1.5.12; lo mismo vale para precisar en caso de parto doble quién tiene la primogenitura, de Part. 7.33.12 que tiene su fuente en D.34.5.10(11) (Pérez, 1992, p. 233).

El Código Civil de España que se encuentra vigente es el Real Decreto de 24 de julio de 1889, que, en su Libro primero, regula lo relacionado con las personas, y en el artículo 29 consagra: "El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente", y el artículo 30 reza: "La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno".



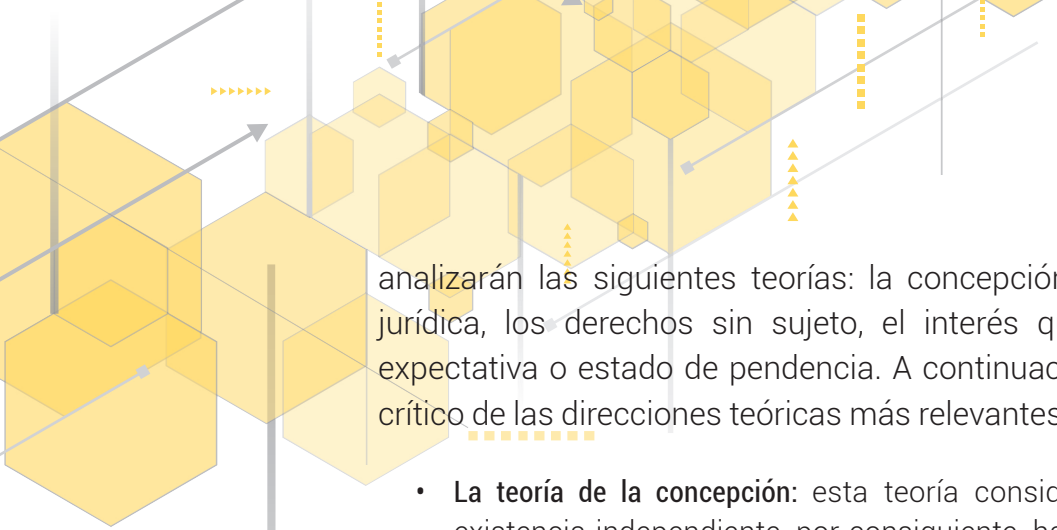
Por último, en Colombia, la legislación civil se refiere al *nasciturus* en el Código Civil, Ley 57 de 1887, el cual ha tenido diferentes modificaciones, en el Libro primero regula lo relacionado con las personas, en su artículo 90 se menciona el principio de la existencia de las personas y dice: "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás", el artículo 91 se relaciona con la protección al no nacido y establece: "La ley protege la vida del que está por nacer", y el artículo 93 alude a los derechos del no nacido.

En síntesis, es importante precisar desde cuándo inicia la persona humana, no solo para poder protegerla, sino también para poder determinar desde cuándo se puede considerar como sujeto de derechos. Es de anotar que, a lo largo de la historia, ha habido variación en el tema, así en el Derecho romano se hacía referencia al mismo, aunque no se le consideró persona, pero se le protegía al considerar al infante concebido como nacido, para lo que le benefició; en el Derecho civil español, siguiendo el Derecho romano, también se consagran normas relacionadas con el *nasciturus*; y, en el Derecho colombiano, igualmente la legislación civil se refiere al principio de la existencia de las personas humanas, la protección al no nacido y sus derechos.

La naturaleza jurídica de la protección al *nasciturus*

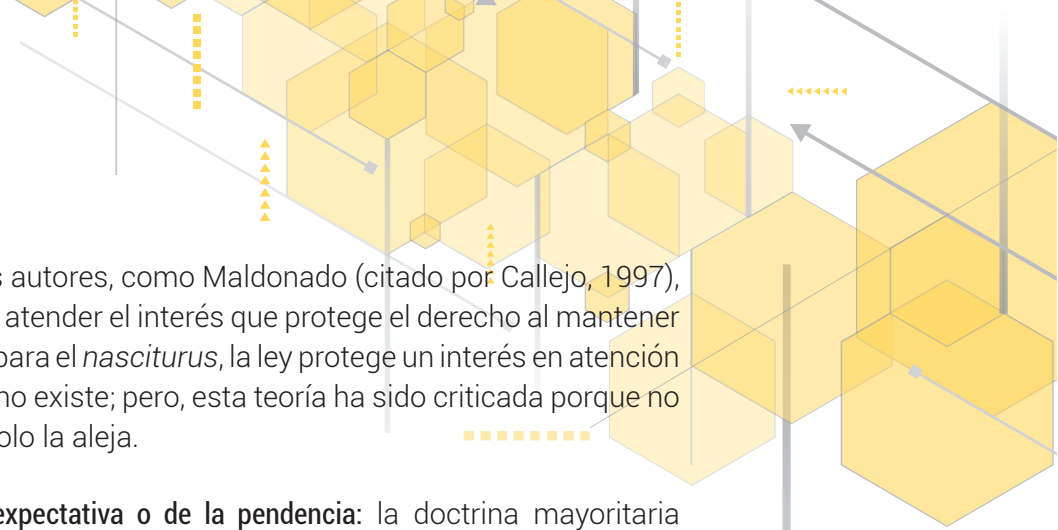
Uno de los aspectos más controvertidos dentro de la doctrina, relacionado con el estudio del concebido, es el relativo a su naturaleza jurídica, y como dice Hung (2009), adoptar una postura en cuanto a este importante extremo posee, además de su alcance teórico, una proyección normativa que se traduce directamente en la protección conferida por los ordenamientos jurídicos al concebido no nacido (p. 91).

Como afirma Callejo (1997), son muy diversas y numerosas las teorías relacionadas con la naturaleza jurídica de la protección al concebido, ya que implica la aplicación de diferentes conceptos propios del derecho civil como son persona, patrimonio y derecho subjetivo. Con esta precisión, se



analizarán las siguientes teorías: la concepción, el nacimiento, la ficción jurídica, los derechos sin sujeto, el interés que protege el derecho, la expectativa o estado de pendencia. A continuación, se realiza un recuento crítico de las direcciones teóricas más relevantes sobre el aspecto debatido.

- **La teoría de la concepción:** esta teoría considera que el concebido tiene existencia independiente, por consiguiente, ha de ser tenido como posible sujeto de derechos aún antes de nacer, esta teoría considera que el *nasciturus* es persona, ya que la personalidad jurídica se adquiere con la concepción. Ha sido defendida por civilistas como Comas y Aramburo, Storch de Gracia, Llambias, Gastperi, y, como dice Callejo (1997). El inconveniente de esta teoría es determinar el tiempo de la concepción. En la práctica esta teoría no ha sido consagrada en el Derecho Positivo, especialmente, por la gran dificultad que existe para determinar y probar el momento de la concepción (pp. 16, 17).
- **La teoría de la personalidad relativa y condicional:** otro sector de la doctrina habla de la capacidad relativa y condicional, dentro de ellos se encuentran Josserand (1950) y Bonnacase (1945), que estiman que está dotado de una cierta personalidad de carácter excepcional. Para Enneccerus (1953), se debe "considerar como sujeto actual al concebido no nacido para el caso de que nazca posteriormente, o sea, que está dotado de una capacidad jurídica limitada para el caso de nacer" (p. 322). Esta teoría ha recibido críticas de la doctrina, verbigracia Lete del Río (1986) afirma que no convence esta postura porque el concebido no es persona, por lo tanto, no tiene personalidad, y no es correcto hablar de una atribución anticipada o provisional, "ya que los efectos jurídicos son únicamente los favorables, y, además, se encuentra sometido a la *conditio iuris* del nacimiento con los requisitos legales" (p. 42).
- **La teoría de la ficción jurídica:** para otro sector de la doctrina, la protección al no nacido supone una ficción jurídica como sostiene Callejo (1997), y dentro de los autores que la han sostenido se cita a Savigny, quien considera que el concebido no tiene capacidad alguna y su protección se trata de una ficción, esta teoría ha sido criticada por no solucionar el problema de la condición jurídica del concebido.
- **La teoría de los derechos sin sujeto:** otra corriente doctrinal sostiene que se está frente a un caso de derechos sin sujeto, porque si la personalidad viene determinada por el nacimiento, entre la concepción y el nacimiento, los bienes y derechos que puedan llegar a adquirir el concebido carecen de sujeto, así lo explica Callejo (1997). Esta teoría está hoy prácticamente abandonada.

- 
- **La teoría del interés:** otros autores, como Maldonado (citado por Callejo, 1997), consideran que se debe atender el interés que protege el derecho al mantener el principio beneficioso para el *nasciturus*, la ley protege un interés en atención a un titular que todavía no existe; pero, esta teoría ha sido criticada porque no soluciona la cuestión, solo la aleja.
 - **Teoría del estado de la expectativa o de la pendencia:** la doctrina mayoritaria entiende que la protección del concebido supone una indeterminación del sujeto, y hablan de expectativa o estado de pendencia, porque consideran al *nasciturus* como una esperanza de vida, "una expectativa de derecho que dará lugar a un derecho definitivo cuando ocurra el nacimiento", como explica Callejo (1997), y se agrega que en esta línea Von Tuhr, Lehmann y Branca consideran que, a favor del concebido, existe una expectativa que dará lugar a un derecho con el nacimiento; sin embargo, se agrega que los derechos atribuidos al *nasciturus* no son simples expectativas, sino que constituyen un caso de los llamados derechos en estado de pendencia.

Esta teoría de la pendencia, a veces atenuada o complementada, ha predominado desde los tiempos de Roma. Dentro de estas teorías se pueden distinguir, a su vez, otras dos: en primer lugar, la teoría de la vitalidad, la cual solo exige que el feto nazca vivo para reconocerle personalidad, esta es, entre todas las teorías del nacimiento, la que predomina desde los tiempos de Justiniano; en segundo lugar, la teoría de la viabilidad, sobre el particular, Medina (2011) dice que las legislaciones que han adoptado la teoría de la viabilidad consideran únicamente personas "a las criaturas aptas para superar la etapa del nacimiento; de modo que, cuando no lo son, no reciben derechos ni, consecuentemente, los transmiten a terceros" (Medina, 2011, p. 460). En relación con esta teoría, se afirma que la expresión "nacido vivo" ha sido acogida internacionalmente por la Asamblea Mundial de la Salud y recomendada por las Naciones Unidas, que acogen la teoría de la vitalidad, la cual ofrece ventajas sobre las teorías de la viabilidad en cuanto es más simple y más fácil de aplicar.

La protección del *nasciturus* en Colombia

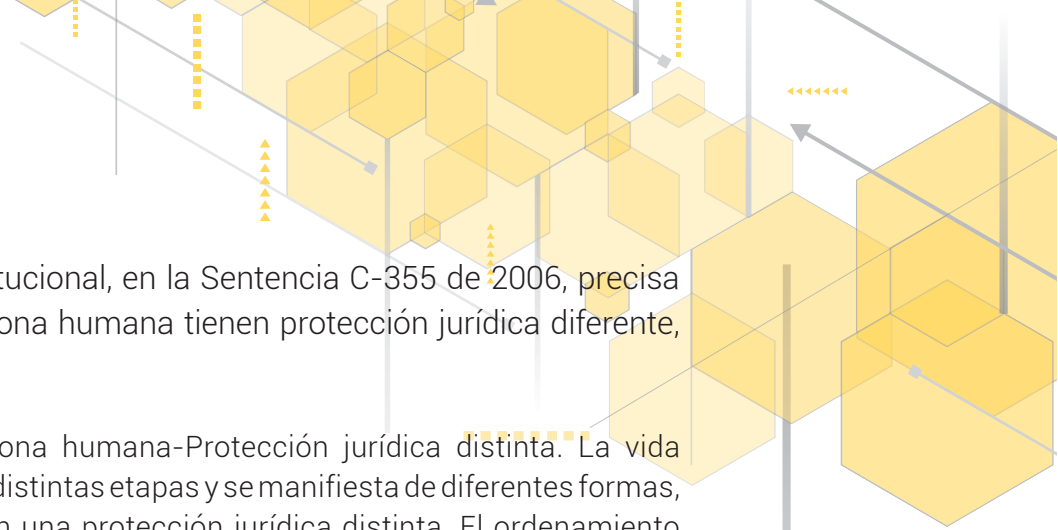
La protección constitucional del *nasciturus*

En Colombia, se protege el derecho a la vida, es así como el artículo 11 de la Constitución Política dice: "el derecho a la vida es inviolable". Sin embargo, la Corte Constitucional ha entendido este precepto constitucional como un mandato que es de carácter relativo, puesto que sus titulares son solamente las personas humanas, en concordancia con el artículo 90 del Código Civil que considera persona al que ha nacido vivo, y ha sobrevivido aunque sea un momento a la separación completa de la madre; mientras que al concebido y no nacido se le protege la vida, como valor, pero no como derecho, ya que, al no ser persona, no lo considera titular de derechos, su protección se ha considerado relativa, en especial cuando entra en tensión con los derechos de las personas, como sucede con el caso de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

Así, la Corte Constitucional en la Sentencia C-327 de 2016, al declarar exequible la expresión "principia al nacer" contenida en el artículo 90 del Código Civil, afirma:

(...) La expresión "principia al nacer" del artículo 90 del Código Civil no viola la protección del derecho a la vida establecido por el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos como parte del bloque de constitucionalidad, por vía del artículo 93 de la Constitución.

(...) 67. La determinación de la existencia legal de la persona desde el nacimiento no viola el deber de protección de la vida desde la concepción, establecido en el artículo 4.1. de la Convención Americana, ya que la vida como valor es un bien constitucionalmente relevante, pero no tiene el mismo grado de protección que el derecho a la vida. La expresión acusada del artículo 90 del Código Civil tiene en cuenta esta realidad, la cual a su vez protege otros derechos en juego. Por lo tanto, una lectura sistemática del bloque de constitucionalidad indica que la vida prenatal no ostenta la titularidad del derecho a la vida y así la determinación de la existencia legal de la persona desde el nacimiento, no viola esta garantía por lo que se encuentra ajustada a los parámetros constitucionales (...). (Sentencia C-327, 2016)

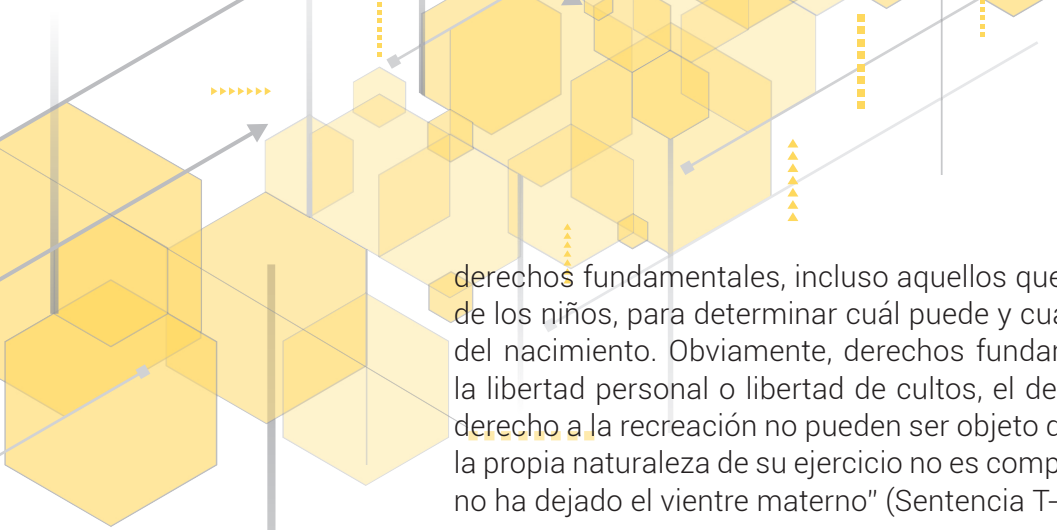


El máximo Tribunal Constitucional, en la Sentencia C-355 de 2006, precisa que el *nasciturus* y la persona humana tienen protección jurídica diferente, cuando afirma lo siguiente:

(...) *Nasciturus* y persona humana-Protección jurídica distinta. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta. De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres. (Sentencia C-355, 2006) (el subrayado es nuestro).

Además, la Corte Constitucional, en el año de 1998, sostuvo que este grupo, el de los *nasciturus*, también se encuentra protegido por los derechos fundamentales que la Constitución Política reserva para los niños; dice que son sujetos de derechos y que no todos los derechos fundamentales podían ser reconocidos al concebido, antes de su nacimiento. Así, en la sentencia T-223 de 1998, se afirma:

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



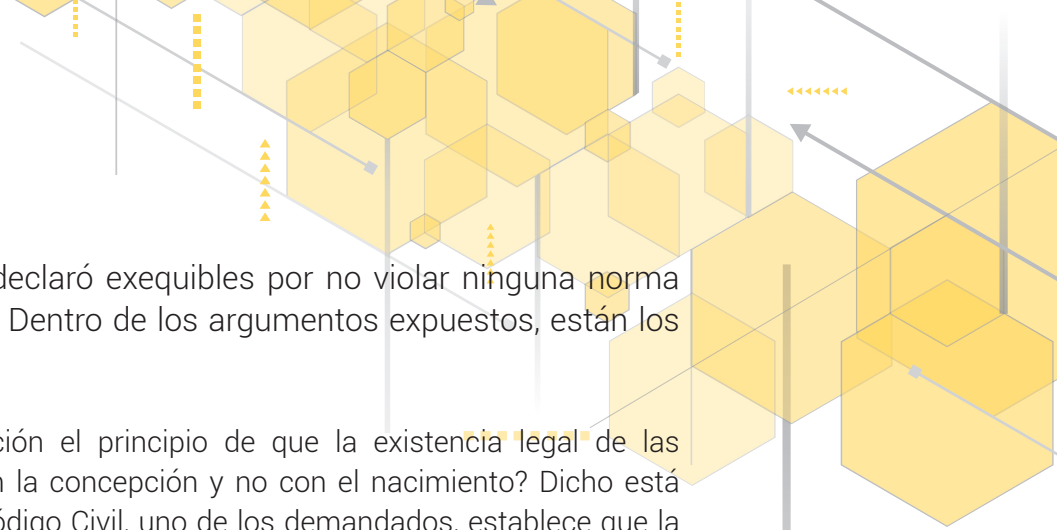
derechos fundamentales, incluso aquellos que se predicen exclusivamente de los niños, para determinar cuál puede y cuál no puede ser exigido antes del nacimiento. Obviamente, derechos fundamentales como el derecho a la libertad personal o libertad de cultos, el derecho al debido proceso o el derecho a la recreación no pueden ser objeto de protección prenatal porque la propia naturaleza de su ejercicio no es compatible con el ser que aun (sic) no ha dejado el vientre materno" (Sentencia T-223, 1998).

En la providencia antes citada, el Máximo Tribunal Constitucional afirma que algo similar sucede con los derechos de rango legal, derivados, no de "las condiciones inherentes a la naturaleza humana, sino de la ley positiva", y se dice:

Aunque de las normas señaladas podría deducirse la absoluta consagración del principio según el cual "el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto que le favorezca", lo cierto es que, en materia de derechos de origen meramente legal, la ley ha sometido su goce a la condición suspensiva de que la criatura nazca. Al decir del artículo 93 del Código Civil, los derechos se encuentran en suspenso hasta que se verifica el nacimiento. "Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron". Sólo en el caso de que la criatura muera dentro de la madre, perezca antes de estar completamente separada de ella o no sobreviva a la separación un momento siquiera, los derechos pasan a terceras personas como si el individuo jamás hubiese existido. Debe entenderse que el artículo 93 hace referencia a los derechos de rango legal, porque, como se ha dicho, los derechos fundamentales inherentes a la condición humana y compatible con la circunstancia de no haber nacido, no están suspendidos, sino en plena vigencia, mientras no ocurra el alumbramiento (Sentencia T-223, 1998).

La Corte Constitucional concluye que "los derechos patrimoniales de orden legal que penden sobre el *nasciturus*, se radican en cabeza suya desde la concepción, pero sólo pueden hacerse efectivos, sí y solo sí, acaece el nacimiento" y se agrega que, por el contrario, los derechos fundamentales, con las condiciones señaladas, "pueden ser exigibles desde el momento mismo que el individuo ha sido engendrado".

Del mismo modo, se pronunció la Corte Constitucional, en la Sentencia C-591 de 1995, cuando estudió la exequibilidad de los artículos 90, 91 y 93 del Código Civil, en relación con la existencia legal de las personas, comienzo



de la vida humana, y los declaró exequibles por no violar ninguna norma de la Constitución Política. Dentro de los argumentos expuestos, están los siguientes:

¿Consagra la Constitución el principio de que la existencia legal de las personas comience con la concepción y no con el nacimiento? Dicho está que el artículo 90 del Código Civil, uno de los demandados, establece que la existencia legal de las personas comienza en el momento del nacimiento, es decir, cuando la criatura sobrevive a la separación completa de la madre. Para que el razonamiento en que se funda la demanda fuera acertado, tendría que demostrarse que la Constitución, por el contrario, establece que la existencia legal principia con la concepción.

A juicio de la Corte, la Constitución no establece que la existencia legal de la persona principie en el momento de la concepción. No existe una sola norma de la cual pueda sacarse tal conclusión. Posiblemente por esto, la demanda se funda en la supuesta violación de normas que no se refieren ni siquiera indirectamente al tema: el preámbulo, el artículo 1o., el 2o., el 5o., el 11, el 12, el 13, el 14, el 94. (Se subraya) (Sentencia C- 591, 1995)

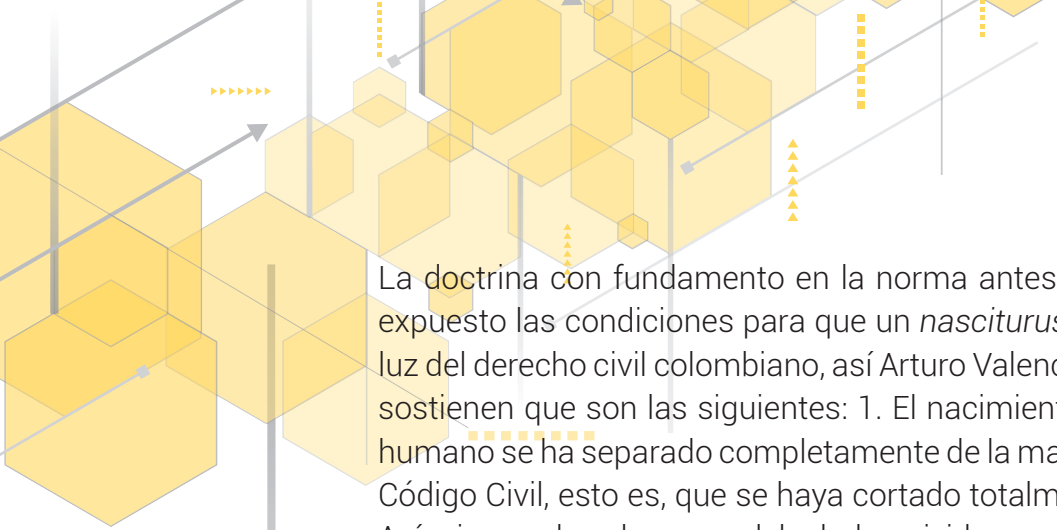
Es decir, que en Colombia la jurisprudencia de la Corte Constitucional sostiene que el concebido y no nacido es titular de derechos constitucionales, pero no son de carácter absoluto sino relativos, puesto que prevalecen los derechos de las personas y no tienen todos los derechos constitucionales, exigibles desde la concepción; además, se ha afirmado que el *nasciturus* tiene derechos patrimoniales de orden legal que penden sobre él y se radican en cabeza suya desde la concepción, pero solo pueden hacerse efectivos, sí y solo sí, acaece el nacimiento.

La protección legal del *nasciturus* en materia civil

Por otra parte, en la normativa sustancial civil, se encuentra el artículo 90 del Código Civil, que dice:

La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás (Código Civil de Colombia, 2019).

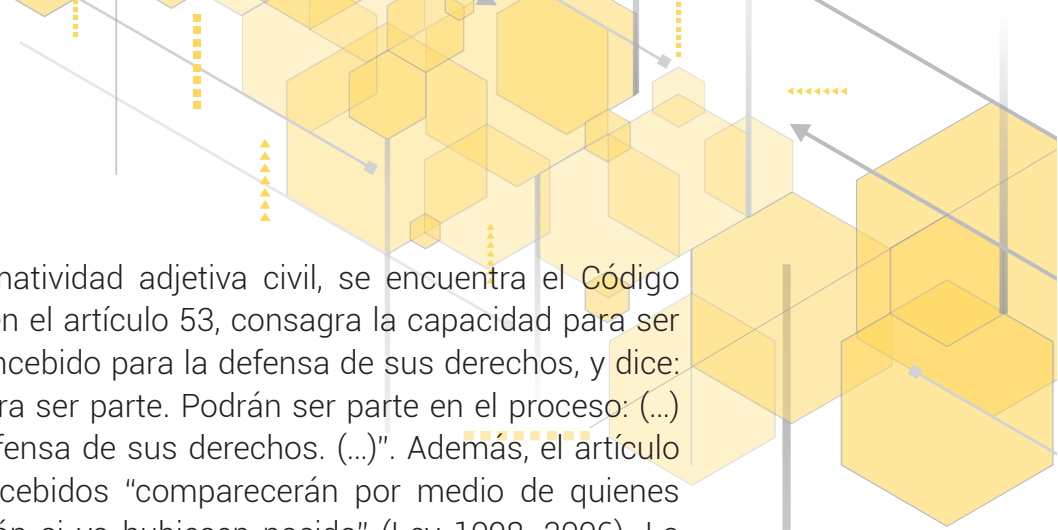


La doctrina con fundamento en la norma antes citada del Código Civil, ha expuesto las condiciones para que un *nasciturus* se considere persona a la luz del derecho civil colombiano, así Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz (2000) sostienen que son las siguientes: 1. El nacimiento se verifica cuando el ser humano se ha separado completamente de la madre, según el artículo 90 del Código Civil, esto es, que se haya cortado totalmente el cordón umbilical; 2. Así mismo, el ser humano debe haber vivido, una vez realizada la separación completa del vientre materno, un momento siquiera; 3. Finalmente, se exige que el nacido con vida sea un ser humano.

También, el artículo 91 del Código Civil preceptúa que la Ley protege la vida del que está por nacer, y prevé que: “El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá”.

Además, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 93 del Código Civil, los derechos de la criatura que está en el vientre materno estarán suspensos, hasta que el nacimiento se efectúe y el artículo 1019 establece que el no nacido tiene derecho a heredar por testamento o abintestato, derecho que se consolida si nace vivo, y que se reputará no haber tenido si muere antes de separarse completamente de la madre. Además, el concebido tiene derecho a alimentos, en virtud del artículo 24 de la Ley 1098 de 2006, que dispone: “La mujer grávida podrá reclamar alimentos a favor del hijo que está por nacer, respecto del padre legítimo o del extramatrimonial que haya reconocido la paternidad”. Es de resaltar que, los alimentos no son exclusivamente para la madre, sino que también lo son para el que está por nacer; según afirman Ariza *et al.* (2019), debido a la relación que existe entre la madre y el feto, es de gran importancia la alimentación materna para el adecuado desarrollo embrionario y fetal, el cual depende de los hábitos nutricionales saludables de la madre.

Así mismo, se encuentra que las normas sustantivas civiles no le reconocen la personalidad jurídica a los concebidos, debido a que se condiciona su reconocimiento al hecho del nacimiento y que haya sobrevivido un momento siquiera a la separación de la madre. A pesar de lo anterior, el legislador consideró que sus derechos civiles quedan pendientes hasta su nacimiento, y en algunos casos, como sucede con los alimentos, se pueden reclamar antes de su nacimiento.




Por otra parte, en la normatividad adjetiva civil, se encuentra el Código General del Proceso que, en el artículo 53, consagra la capacidad para ser parte en el proceso del concebido para la defensa de sus derechos, y dice: "Artículo 54. Capacidad para ser parte. Podrán ser parte en el proceso: (...) 3. El concebido para la defensa de sus derechos. (...)". Además, el artículo 54 establece que los concebidos "comparecerán por medio de quienes ejercerían su representación si ya hubiesen nacido" (Ley 1098, 2006). La doctrina procesal moderna distingue entre las nociones de parte procesal y la de capacidad para ser parte. Quintero y Prieto (2008, p. 419) precisan que la diferencia entre la capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer al proceso, es la misma que existe en el derecho civil entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

Entonces, en Colombia, con el artículo 53 del Código General del Proceso, se le reconoce al concebido la capacidad para ser parte en un proceso, para la defensa de sus derechos, sin que se haga referencia al tema de las obligaciones; y el artículo 54 consagra que los concebidos comparecerán por medio de quienes ejercerían su representación, si ya hubiesen nacido. Es decir, que en la norma procesal se ha hecho un avance al permitir que el *nasciturus* tenga capacidad para ser parte y capacidad para comparecer en el proceso, a pesar de no haberlos reconocido expresamente como personas, esto es un avance en la protección de sus derechos de carácter patrimonial en Colombia.

Si bien las normas antes citadas del Código General del Proceso son un adelanto desde el punto de vista legislativo, no se puede desconocer que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil ya había estudiado este tema en diferentes providencias como en la Sentencia 091 de 2001, con ponencia del Magistrado José Fernando Ramírez Gómez, proferida en el expediente Nro. 5708, cuando se sostuvo en relación con el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte del *nasciturus*, lo siguiente:

(...) 1. A partir de asimilar el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte al sustancial de la capacidad de goce, el inciso 1º del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, atribuye la primera a "Toda persona natural o jurídica", por el hecho de serlo... Con todo, como de tiempo atrás lo tienen averiguado la doctrina y la jurisprudencia, la aptitud para ser sujeto de la relación jurídico-procesal, se admite, así no cuenten con personalidad propia, del *nasciturus* para hacer valer los derechos que



a él le corresponderían y de los patrimonios autónomos, tales como la herencia, la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, la comunidad, entre otros". (Se subraya) (Sentencia 091, 2001)

En síntesis, de lo antes expuesto se puede afirmar que, en Colombia, las normas sustanciales civiles no le reconocen la personalidad jurídica a los concebidos, y le condicionan sus derechos al hecho del nacimiento y a que haya sobrevivido un momento siquiera a la separación de la madre, es decir, quedan pendientes estos derechos, y, en algunos casos, como sucede con los alimentos, se pueden reclamar antes de su nacimiento, lo que constituye además una protección para la madre.


En relación con las normas procesales civiles, el Código General del Proceso, en su artículo 53, encontramos que es un avance en el ordenamiento jurídico colombiano, en relación con los conceptos clásicos del Código Civil, ya que reconoce al concebido la capacidad para ser parte en un proceso, para la defensa de sus derechos, sin que se haga referencia al tema de las obligaciones; y el artículo 54 consagra que los concebidos comparecerán por medio de quienes ejercerían su representación si ya hubiesen nacido, esto es un avance en la protección del ejercicio de los derechos de carácter patrimonial para el concebido. Esta visión del ordenamiento procesal nacional de protección de los derechos del que está por nacer, se ajusta a los avances de la ciencia, en el siglo XXI.

●● El concepto de la persona humana y su protección

El concepto de la persona humana

Una vez precisado el concepto de *nasciturus* y el alcance de su protección en la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional y en las normas sustanciales y procesales civiles, se hace necesario determinar el concepto de persona y el alcance de su protección, para poder concluir si este tratamiento se ajusta a la época actual.

En primer lugar, el Diccionario de la Real Lengua Española precisa el origen etimológico de la palabra persona, dice que proviene del latín "*persona*", que significa máscara de actor, personaje teatral, y esta palabra a su vez proviene del etrusco "*phersu*", y a su vez del griego "*πρόσωπον πρόσῶρον*".

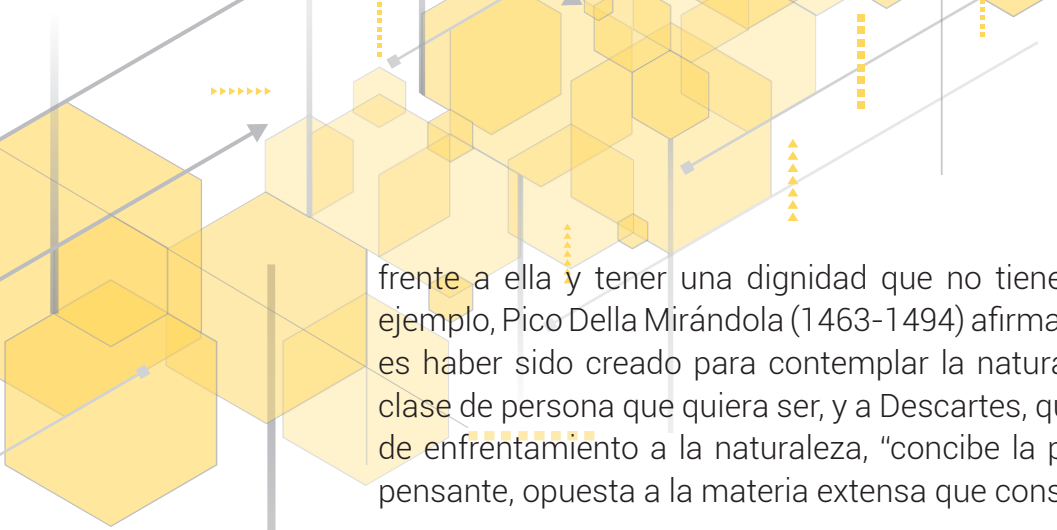


En relación con el significado etimológico de la palabra persona, el tratadista Lacalle (2013) sostiene que los filólogos han dado versiones distintas de su origen. Según la primera versión, se deriva del vocablo griego **prosopon**, que significaba cara, semblante, rostro, y afirma que la empleaban para nombrar las caretas o máscaras que utilizaban los actores en las representaciones teatrales, con el objeto de resaltar las características de los personajes y poder ser vistos desde lejos. Posteriormente, pasó de designar estas caretas, a significar a los personajes que las llevaban. Una segunda versión etimológica explica que la palabra persona proviene del término latino **persono**, que significa resonar o sonar mucho, y sostiene que la voz persona se utilizó para referirse a la máscara del actor porque, al declamar con ellas, su voz adquiriría una mayor resonancia, desde este significado se explica también el sentido de la palabra personaje de una tragedia o comedia, que igualmente tuvo persona para los latinos.

El doctrinante Álvarez (2010) afirma que, en el derecho romano, se llamó personas a los sujetos poseedores de derechos. "**Persona est homo statu civili praeditus**, Persona es el hombre dotado de un estado civil" (p. 21), para ello había de ser ciudadano romano, no extranjero, libre, no esclavo y padre de familia. Es decir, solo el varón romano padre de familia era considerado persona. Se agrega que parece ser que los griegos no tuvieron una idea de la persona en cuanto a la "personalidad humana", ya que dicha concepción se inicia en el cristianismo, elaborándose en un primer momento en términos teológicos, se dice que fueron los teólogos que elaboraron los dogmas del Primer Concilio de Nicea, en el año 325, los que inicialmente dan forma a este concepto. «La cuestión nuclear del debate fue la relación entre "naturaleza" y "persona" en Cristo. El Concilio se manifestó tanto contra los que atribuían a Cristo una sola "naturaleza", como contra los que le negaban una "naturaleza" humana. Se estableció que Cristo tiene una doble naturaleza, la divina y la humana, pero tiene sólo una persona, la cual es única e indivisible» (Álvarez, 2010, p. 22).

Además, se agrega que en la Edad Media los autores se ocuparon de estudiar la naturaleza racional individual de la persona, como San Anselmo (1035-1109) y Santo Tomás (1225-1274), el cual sostiene que "Persona designa el soporte individual racional" (Álvarez, 2010, p. 23).

Posteriormente, en el Renacimiento y la Modernidad, el hombre deja de contemplarse como parte de la naturaleza para ser considerado el dueño y señor de ella. Ser persona era estar por encima de la naturaleza, ser libre



frente a ella y tener una dignidad que no tienen los seres naturales, por ejemplo, Pico Della Mirándola (1463-1494) afirma que la dignidad del hombre es haber sido creado para contemplar la naturaleza y elegir libremente la clase de persona que quiera ser, y a Descartes, quien en una actitud dualista de enfrentamiento a la naturaleza, "concibe la persona como una materia pensante, opuesta a la materia extensa que constituye la naturaleza".

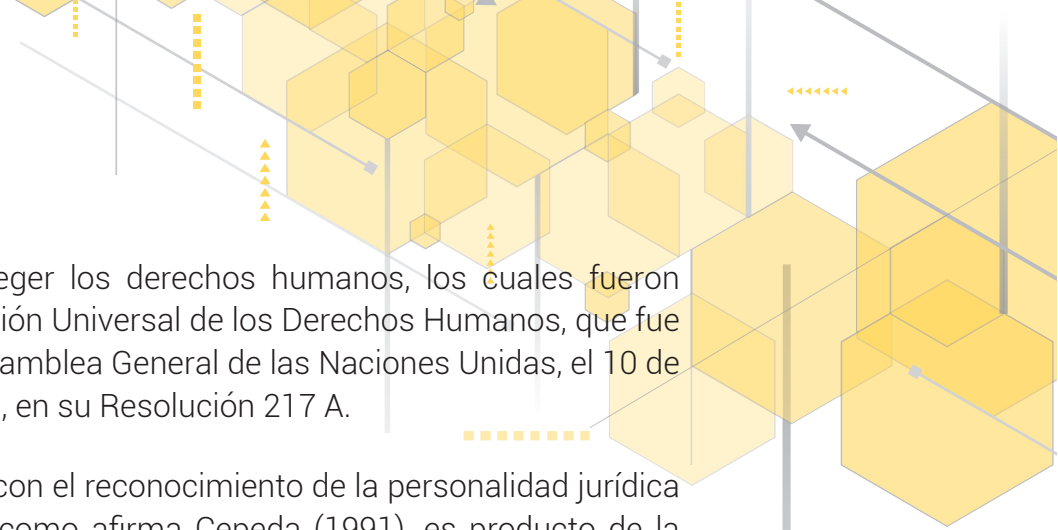
En el siglo XX, el concepto de persona ha tenido cambios trascendentales, como lo afirma el tratadista Juan Carlos Álvarez (2010), en especial en dos aspectos, el estructural y las actividades. En relación con la estructura, se ha abandonado progresivamente la concepción substancialista de la persona, se ha buscado hacer de ella un centro dinámico de actos y, respecto a sus actividades, se ha resaltado, además de las racionales, las volitivas y las emocionales.

Dentro de los doctrinantes contemporáneos se encuentra a María Lacalle Noriega, quien sostiene que "La persona humana es el individuo de naturaleza humana, la realización existencial de lo humano. Cada ser humano es persona, un ser singular, incomunicable, único, irrepetible e irremplazable" (Álvarez, 2010, p. 230).

La protección de la persona humana

La doctrina ha resaltado la importancia de la persona en el Derecho, es así como Lacalle (2013) afirma que "Sin persona no hay derecho. La persona es el fundamento del Derecho y de todo el orden jurídico" (p. 12). Sin que exista ninguna duda en relación con la importancia de la persona para el Derecho, es necesario precisar el concepto jurídico de la persona humana, natural o física, se determina que el estudio se hace en el ordenamiento jurídico colombiano. Para el efecto, se tendrá en cuenta la reglamentación constitucional, los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 Superior, y, por supuesto, la noción legal.

En primer lugar, la Constitución Política de 1991 en su artículo 5 reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona, sin discriminación alguna, también contempla su personalidad jurídica, en el artículo 14, y le garantiza a toda persona el derecho de libre asociación. En este contexto, la Constitución Nacional responde a las exigencias internacionales, en relación



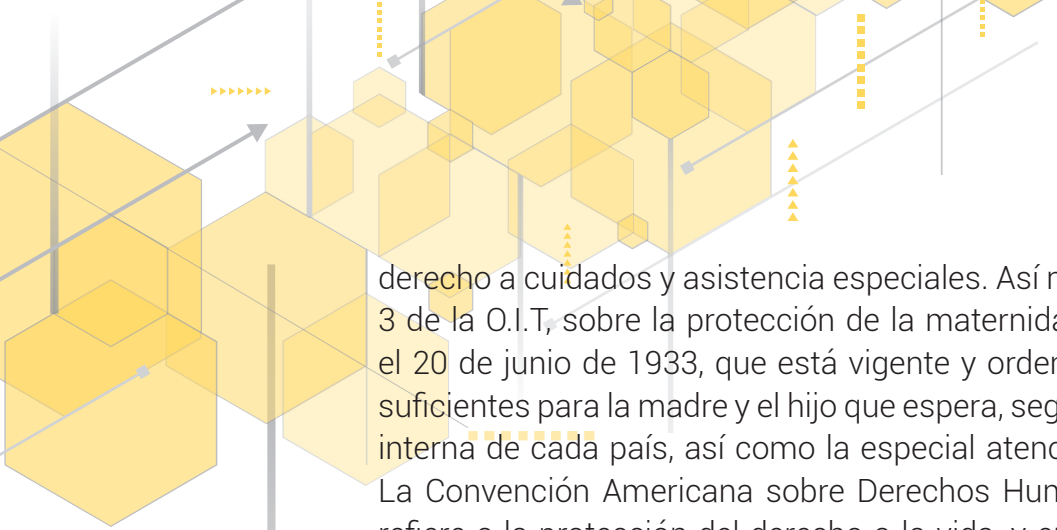
con la necesidad de proteger los derechos humanos, los cuales fueron reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que fue adoptada por la Tercera Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948 en París, en su Resolución 217 A.

Por otra parte, en relación con el reconocimiento de la personalidad jurídica en la Carta Fundamental, como afirma Cepeda (1991), es producto de la comunidad internacional “frente a los excesos y desmanes de la Alemania nazi que había privado en forma arbitraria y masiva a muchos individuos de su personalidad jurídica antes de someterlos a abusos en su integridad personal” (p. 110). Es así como se impone al Estado, el deber de concederle personalidad a todo ser humano por el solo hecho del nacimiento.

Por último, como sostiene Valencia y Ortiz (2002) con la protección constitucional de la persona humana, de una parte, se “concede a todo hombre la aptitud para ser titular de derechos y para gozar de la protección del Estado, cuando en ejercicio de la autonomía privada de su voluntad desee adquirir derechos y contraer obligaciones” (pp. 294-295), y de otra parte, el derecho de crear asociaciones, o de abstenerse de hacerlo, o si estas ya existen, el de ser parte integrante, “también lo faculta para ejercitar sus derechos, tanto en la misma asociación como frente a terceros y para desarrollar el objeto o actividad pretendida al asociarse” (pp. 294-295).

En relación con los tratados internacionales, se debe tener en cuenta, como punto de partida, la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, la cual en su artículo primero reconoce que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, y en su artículo segundo establece que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, Colombia ha suscrito gran cantidad de tratados internacionales que protegen a las personas en diferentes temas, pero se hace especial referencia a los tratados internacionales que protegen a la maternidad, empezando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual en el artículo 25 numeral 2 establece que la maternidad y la infancia tienen



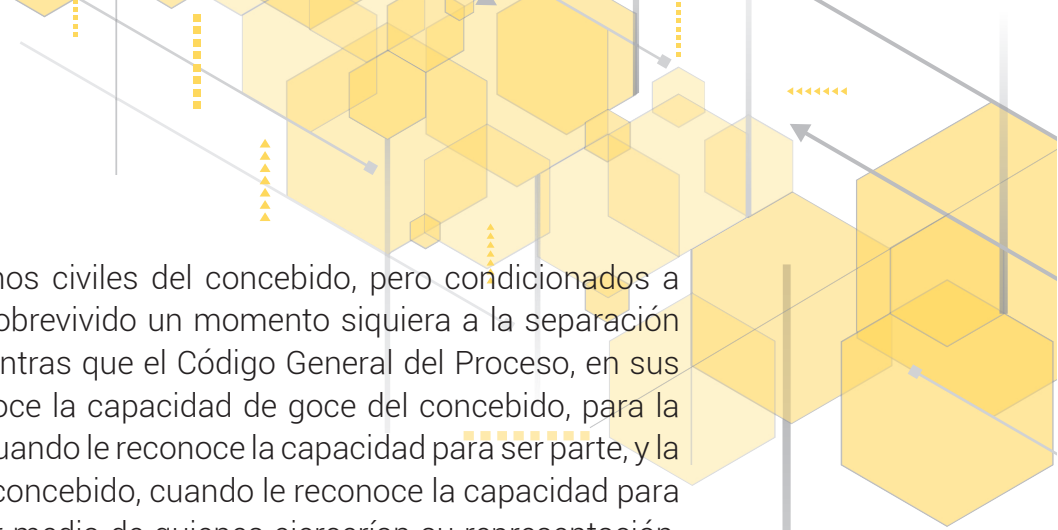
derecho a cuidados y asistencia especiales. Así mismo, el Convenio número 3 de la O.I.T, sobre la protección de la maternidad, ratificado por Colombia el 20 de junio de 1933, que está vigente y ordena el pago de prestaciones suficientes para la madre y el hijo que espera, según lo fijado por la autoridad interna de cada país, así como la especial atención del Estado en el parto. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 4, se refiere a la protección del derecho a la vida, y en su numeral primero dice: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

La Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por Colombia mediante la Ley número 12 de 1991, establece que el niño necesita la protección y los cuidados especiales tanto antes como después del nacimiento.

Por otra parte, en relación con protección de las personas físicas o naturales en la legislación nacional, en el artículo 74 del Código Civil señala: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estere o condición”.

En consecuencia, en Colombia se protege los derechos de las personas humanas por el Código Civil y la Constitución Política en sus artículos 5 y 14, la Declaración Universal de los Derechos Humanos que fue adoptada por la Tercera Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948 en París, en su Resolución 217 A, y el bloque de constitucionalidad, conformado por los tratados internacionales sobre diferentes temas relacionados con la protección de las personas físicas, *verbi gracia* el Convenio número 3 de la O.I.T, sobre la protección de la maternidad, la Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 4, la Convención sobre los derechos del niño del 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por Colombia mediante la Ley número 12 de 1991.

Por otra parte, también, en el país se amparan los derechos del *nasciturus*, aunque no en el mismo nivel que los derechos de las personas, es así como la Corte Constitucional ha sostenido que sus derechos constitucionales no son absolutos, sino relativos. El Código Civil en sus artículos 90 y 93, entre




otros, consagra los derechos civiles del concebido, pero condicionados a su nacimiento y a haber sobrevivido un momento siquiera a la separación completa de la madre; mientras que el Código General del Proceso, en sus artículos 53 y 54, le reconoce la capacidad de goce del concebido, para la defensa de sus derechos, cuando le reconoce la capacidad para ser parte, y la capacidad de ejercicio del concebido, cuando le reconoce la capacidad para comparecer al proceso por medio de quienes ejercerían su representación, siendo un avance en la legislación nacional en la protección de sus derechos patrimoniales.

La necesidad de un nuevo concepto jurídico de la persona humana

Desde el punto de vista legal, en Colombia, el Código Civil en su artículo 74 define a la persona natural y dice que "Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición"; es decir, se refiere a un sujeto reconocido expresamente con efectos legales, que es titular de derechos y de obligaciones, con capacidad de goce y capacidad de ejercicio, cuando llegue a la mayoría de edad. Así, el Derecho reconoce a las personas físicas que son los seres humanos o personas físicas.

Pero, a estos seres humanos, el Derecho colombiano los considera personas solamente cuando han nacido. Así, el artículo 90 del Código Civil precisa desde cuándo se considera que principia la persona humana, y dice que "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás". Así, el *nasciturus* no se considera persona, no se le reconoce el derecho a su personalidad jurídica, mientras no nazca vivo y sobreviva un momento siquiera a la separación de su madre. Solamente se le reconoce una protección legal de carácter patrimonial para algunos efectos, como poder recibir herencias, pero supeditado a que nazca vivo, como lo establecen los artículos 93 y 1019 del Código Civil; además, el concebido tiene derecho a alimentos, en virtud del artículo 24 de la Ley 1098 de 2006. Por otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, antes analizada, el concebido tiene derechos fundamentales, pero no de carácter absoluto, sino relativos, por las razones ya precisadas.



La regulación de la personalidad jurídica del Código Civil colombiano, antes descrita, si bien es cierto fue un gran adelanto para la época de su expedición, en el año de 1887, en la época actual, siglo XXI, se encuentra que la ciencia y la tecnología han desbordado al Derecho, y, como consecuencia, no se ajusta a las necesidades actuales. Es necesario replantear estas teorías y permitir que se reconozca la personalidad jurídica a los seres humanos desde la concepción. El legislador del siglo XIX no pudo imaginar las implicaciones que traería los avances científicos y tecnológicos del siglo XXI, al Derecho, especialmente en relación con el tema de la personalidad humana, cuando ya empieza a plantearse otras realidades como la personalidad de la inteligencia artificial, los derechos de otras especies vivientes, entre otras.

Actualmente, es urgente que el legislador tenga en cuenta los avances de la ciencia y la técnica, en temas como células madres, fecundación in vitro, investigación con pre-embryones y embryones, clonación, entre otros. Dichos avances tienen relación directa y/o indirecta con el comienzo de la vida humana. Es importante establecer el estatuto jurídico del pre-embrión y del embrión humano, que le aseguren su dignidad humana, puesto que ha dejado de estar protegido naturalmente por el vientre materno, para pasar a estar expuesto en un tubo de ensayo de laboratorio.

Por otra parte, en el siguiente capítulo se aborda el tema del derecho a ser intentado, descorriendo las fronteras entre la vida y la muerte, está dedicado al estudio de la regulación jurídica del fin de la personalidad, pero desde una nueva perspectiva que cuestiona la noción tradicional de fin de la existencia de las personas naturales contenido en el artículo 94 del Código Civil, que constituye otro tema de gran debate y actualidad.



Referencias

Álvarez, J. C. (2010). *Ser Humano, persona y dignidad*. Editorial Desclée De Brouwer. <https://ebookcentral.proquest.com/lib/bibliojdmsp/reader.action?docID=3196875&ppg=26>

Ariza, C., De la Rosa, Z., Gutiérrez, M., y Puertas, A. (2019). Alimentación materna y desarrollo fetal. *Revista Lat. Perinatal*, 22(2), 76-84. http://www.revperinatologia.com/images/2_alimentacion_materna_Dr._Puertas.pdf

Bonnet, J. (1945). *Elementos de derecho civil*. Editorial Cajicá.

Calvo, A. (2004). El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista. *Cuadernos de bioética*, (2), 283-297.

Callejo, R. C. (1997). *Aspectos civiles de la protección al concebido no nacido*. Monografía. Editorial Mc Graw-Hill/Interamericana de España, S.A.U.

Cepeda, M. J. (1992). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Temis.

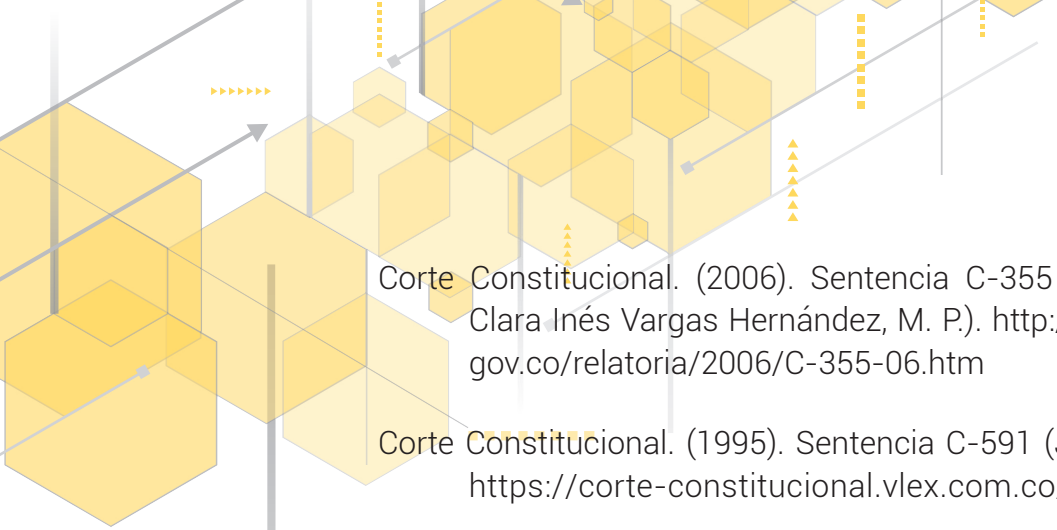
Código Civil de Colombia. (2019). Editorial Legis.

Código Civil de España. (1889). <https://boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

Constitución Política de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente 6 de julio de 1991).

Corte Constitucional. (2001). Sentencia 091 (José Fernando Ramírez Gómez, M. P.). [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csjscc_s-091-2001_\[5708\]_2001.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csjscc_s-091-2001_[5708]_2001.htm)

Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-327 (Gloria Stella Ortiz Delgado, M. P.). <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-327-16.htm>



Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-355 (Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, M. P.). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>

Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-591 (Jorge Arango Mejía, M. P.). <https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43559351?ga=2.269>

25119.381721657.1560126047-320264500.1559915220

Sentencia T-223. (1998). *Corte Constitucional. Magistrado Ponente doctor Vladimiro naranjo Mesa*. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-223-98.htm>

Enneccerus, L. (1953). *Derecho civil. Volumen I, 13ª revisión por Hans Karl Nipperdey, traducción a la 39ª ed. Alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por Pérez González y Alguer (2.ª ed.)*. Bosch.

González, P. (2017). La concepción del feto en la legislación romana: entre la esperanza y la herencia. *Gerión Revista de Historia Antigua, Ediciones Complutense*, 35(1), 101-118. ISSN: 0213-0181. <https://revistas.ucm.es/index.php/GERI/article/view/56957>

Henríquez, I. (2006). La regla de la ventaja para el concebido y el aforismo "infans conceptus pro iam nato habetur" en el derecho civil chileno. *Revista de Derecho*, 1(27), 87-113. <https://www.redalyc.org/pdf/1736/173620058004.pdf>

Hung, F. (2009). Una aproximación crítica al estatuto jurídico del concebido no nacido. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (23), 87-112. <https://www.redalyc.org/pdf/2932/293222963005.pdf>

Josserand, L. (1950). *Derecho Civil. Tomo I, vol. I, revisado y completado por André Bruin, de Cunchillos y Manterola*. Bosch y cía.

Lacalle, N. M. (2013). *La persona como sujeto de derecho*. Editorial DYKINSON.

Lete Del Río, J. M. (1986). *Derecho de las personas*. Tecnos.

Ley 1098 (Congreso de La República 8 de noviembre de 2006).



Medina, P. J. (2011). *Derecho civil aproximación al Derecho, Derecho de persona*. Editorial Universidad del Rosario.

Ospina, D. (2014). *Revista Cultura y Ocio. El Nasciturus*. <https://diegozpy.wordpress.com/2014/04/13/el-nasciturus/>

Pérez, A. (1992). Fuentes romanas en Las Partidas. *Glossae Revista de Historia del Derecho Europeo*, (4), 215-246. <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/27869/1/04-%20Fuentes%20romanas%20en%20las%20Partidas.pdf>

Quintero, B., y Prieto, E. (2008). *Teoría general del Derecho Procesal* (4.ª ed.). Editorial Temis.

RAE. (2018). Nasciturus. *En Diccionario del español jurídico. Real Academia Española*. Consultado el 30 de junio de 2020. <https://dej.rae.es/lema/nasciturus>

Unicef. (2006). Convención sobre los derechos del niño. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Valencia, Z. A., y Ortiz, M. Á. (2000). *Derecho Civil parte general y personas. Tomo I. Editorial. Temis S.A.*