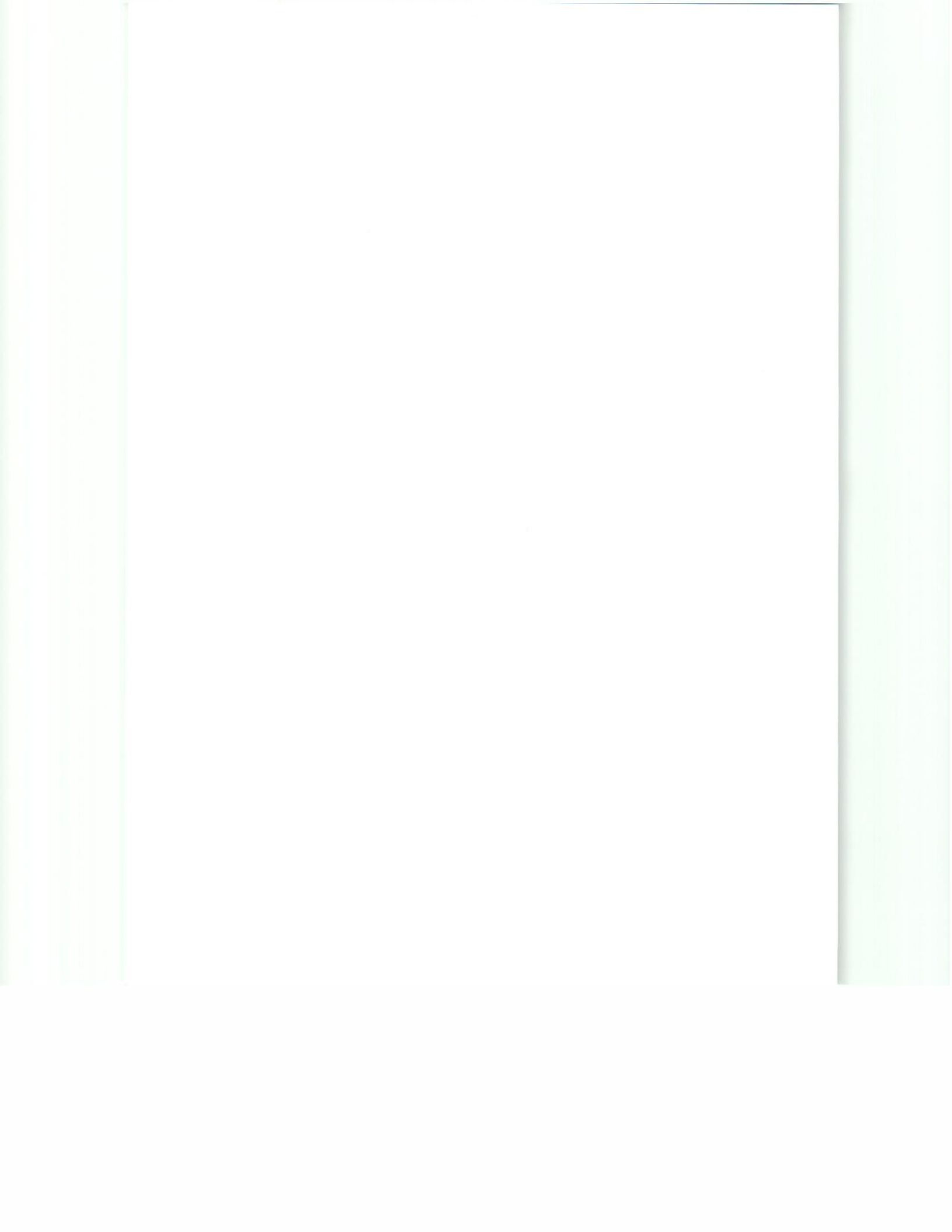


Derechos que se adquieren con el  
nacimiento de la persona humana

Rocío Serrano Gómez



# Derechos que se adquieren con el nacimiento de la persona humana

Rocío Serrano Gómez

DERECHOS QUE SE ADQUIEREN CON EL NACIMIENTO DE LA PERSONA HUMANA

AUTOR: ROCÍO SERRANO GÓMEZ

DIRECCIÓN: Escuela de Derecho UIS

FECHA DE RECEPCIÓN: septiembre 23 de 2005

**DESCRIPTORES:** nasciturus/existencia legal/existencia biológica/personalidad jurídica/capacidad de goce/capacidad jurídica/derechos subjetivos/persona/atributos de la personalidad.

**RESUMEN:** El código civil señala en su artículo 93 un hecho fundamental en la vida del sujeto: el comienzo de su existencia legal. A partir de haber sobrevivido "un instante siquiera" al nacimiento, se es "persona" y sujeto de derechos. ¿Cuáles son esos derechos que se reconocen por el hecho de existir? Este ensayo busca enunciar y explicar cada uno de ellos sin perder de vista la protección constitucional a los derechos del nasciturus, insistiendo que el derecho público y el privado se complementan para alcanzar la total protección a los derechos del no nacido.

**KEY WORDS:** legal existence, biological existence, legal personality, capacity of enjoyment, legal standing, subjective rights, person, attributes of the personality

**ABSTRACT:** The civil code indicates in its article 93 a fundamental fact in the life of the subject: the beginning of its legal existence. From having survived "a moment at least" the birth, she is "subject person" and of rights. Which are those rights that are recognized by the fact to exist? This test looks for to enunciate and to explain each one of them without losing of Vista the constitutional protection to the rights of nasciturus, insisting that the public right and the prevailed one are complemented to reach the total protection to the rights of not been born.

**E**l código civil señala en su artículo 93 un hecho fundamental en la vida del sujeto: el comienzo de su existencia legal. A partir de haber sobrevivido "un instante siquiera" al nacimiento, se es "persona" y sujeto de derechos. ¿Cuáles son esos derechos que se reconocen por el hecho de existir? Este ensayo busca enunciar y explicar cada uno de ellos sin perder de vista la protección constitucional a los derechos del nasciturus, insistiendo que el derecho público y el privado se complementan para alcanzar la total protección a los derechos del no nacido.

## 1. Implicaciones jurídicas de la existencia del nasciturus

Nuestra legislación no hace ninguna consideración al nascituros no concebido, llamado por la legislación italiana *conceptuari*.<sup>1</sup> Acorde con la idea de que la existencia legal comienza con el nacimiento, no existe consideración jurídica para quien no tiene ni siquiera existencia biológica. La existencia natural de los no nacidos tiene delimitadas consecuencias jurídicas, como se verá en este ensayo.

Uno de ellas es la titularidad de la herencia de los no nacidos para quienes existe una personalidad anticipada según lo enuncia el artículo 93 del código. La ley dice que los titulares de derecho de herencia deben “existir naturalmente” al momento de abrirse la sucesión es decir, al momento en que es deferida la herencia, o sea, al momento de la muerte del *de cuius*. (Arts. 1019 y 783 c.c). Si quien está en el vientre muere antes de ser separado de la madre o no alcanza a respirar un instante siquiera, los derechos que ya tenía según las normas posteriores que hemos mencionado, se extinguirán y se considerará que la criatura “no ha existido jamás”. El derecho de sucesiones considera que entre el momento de la muerte del *de cuius* y aquel en que se obtiene la posesión efectiva y material de los bienes herenciales hay “posesión legal” de los mismos, que es una situación bastante curiosa donde el sujeto tiene el *animus* y no el *corpus*<sup>2</sup>. Con razón se ha dicho por la doctrina que es “una posesión ficticia que imagina el código (...) que puede ser desconocida por el posible heredero, si es que en últimas no acepta el llamamiento en cuestión”<sup>3</sup>.

Como vemos, no existe derecho herencial para el *conceptuari* lo que en nuestros días ya es un vacío legal teniendo en cuenta los avances científicos como la crío conservación de embriones en laboratorios con el ánimo de ser introducidos en el útero femenino en tiempos futuros, o la congelación del elemento masculino y femenino para una postrera inseminación. Aparte de la absoluta desprotección jurídica para estos embriones debería contemplarse por el derecho civil colombiano la posibilidad de una existencia “natural” fuera del vientre materno con consecuencias hereditarias.

Así las cosas, el código civil de Andrés Bello solo considera un efecto patrimonial hereditario para quien está en el vientre supeditado a que alcance la calidad de “persona”. El hecho jurídico del nacimiento ocasionará la calidad de “persona”, y la adquisición de la *personalidad jurídica*, que es la que reconoce la posibilidad de ser sujeto de derechos y titular de obligaciones. Al mismo tiempo, adquiere el recién nacido *capacidad de goce* o “capacidad jurídica”, que es la concreción de la personalidad jurídica ya que permite que derechos pendientes de constitución o los que se adquieran en el futuro ( y hasta la muerte) se radiquen en la cabeza de la persona. Solo a medida que madura la capacidad intelectual del sujeto adquirirá *capacidad de ejercicio o negocial*, por medio de la cual podrá poner en movimiento el mismo, sin representación alguna, aquellos bienes de los que ya era titular (por la capacidad de goce) y los que adquiera después de cumplir los 18 años.

Adicionalmente, el artículo 91 del código protege “la vida” del que está por nacer. Esta norma tiene su basamento en el derecho romano, donde también se protegía la vida del feto como una consideración especial a la vida que

llevaba la mujer en sus vísceras. Por eso se hizo referencia a la *parts viscerum matris* como elemento de protección.

En algunos textos del *Digesto* se puede observar que el nasciturus no era extraño para el derecho Romano, porque se reputa, según Justiniano, *in rerum naturam esset*, es decir, como si ya estuviera vivo, un elemento de la naturaleza, consideración de la que se desprende la ficción jurídica de considerar al no nacido como vivo para todas las cosas que le sean favorables. Así pues, la protección del artículo 91 es a la vida, -existencia natural-, que es el mayor peligro que puede correr el no nacido, como una consideración jurídica a la futura existencia legal que se adquirirá al nacimiento.

## 2. Quienes mueren en el vientre materno no son personas

La existencia legal es diferente a la existencia natural. El código civil considera que solo el que nace es sujeto de derechos y como tal tiene personalidad jurídica. Los seres que no sobreviven al nacimiento un instante siquiera están condenados a volver a la nada, no existe para ellos ninguna consideración legal, al punto que "se reputarán no haber existido jamás" <sup>4</sup>. Acorde con esto, el Decreto 1260 de 1970 niega la posibilidad del registro al que nace muerto indicando, como asunto casual, el que deba solicitarse permiso a las autoridades de higiene para su defunción.<sup>5</sup>

Como sabemos, registrar a alguien es **reconocer** su personalidad jurídica, aquella que había adquirido por el solo hecho de sobrevivir al nacimiento. Con esto quiero insistir en que la personalidad jurídica, es decir, el hecho de ser considerado sujeto de derechos, se adquiere por el nacimiento y no por el registro, que es una diligencia posterior de mero reconocimiento de un derecho preexistente. Teniendo en cuenta los principalísimos derechos que se desprenden de este reconocimiento -tales como el nombre, la filiación y la nacionalidad-, la Constitución Nacional enuncia el derecho al reconocimiento de la personalidad como fundamental de todo ser humano y como tal un particular podría demandar en tutela la negación del registro civil<sup>6</sup>.

## 3. Capacidad de goce o capacidad jurídica

Al momento de respirar un instante siquiera el ser humano adquiere personalidad jurídica y capacidad de goce. El hecho de que juntas impliquen "la aptitud de un sujeto de ser titular de derechos o de deberes, o más genéricamente, de situaciones jurídicas subjetivas" <sup>7</sup> hace que se equiparen y que tengan iguales efectos.

Ese reconocimiento le da la posibilidad de ser sujeto de derechos subjetivos, de tipo patrimonial o extramatrimonial. En el primer caso, si tenía derechos herenciales pendientes de materializarse bajo la condición de existir, los recibirá de acuerdo a lo prometido por el artículo 93 c.c., lo mismo otros derechos patrimoniales que puedan radicarse en su cabeza como hijo póstumo, tal sería por ejemplo, la asignación de un seguro del cual fuera beneficiario, o de una pensión de sobrevivientes de su padre o madre muertos.

Los derechos extramatrimoniales hacen referencia a los atributos de la personalidad y algunos derechos fundamentales que aún no podían hacerse efectivos por la condición física del nascituro.<sup>8</sup> Todo esto sucede porque el nacido ya es persona, ya es sujeto de derechos, en otras palabras, ya tiene capacidad de goce (jurídica) y personalidad jurídica.

Tener radicados en su cabeza es ser titular de derechos subjetivos, así no los ejerza aún porque no tiene desarrollada su voluntad jurídica. El derecho subjetivo o *facultas agendi* se conoce como una facultad o poder de la persona y cuya función es la satisfacción de sus necesidades<sup>9</sup>

La subjetividad a que nos referimos implica que se posea una condición esencial: ser sujeto de voluntad, tener iniciativa para poner en movimiento los derechos reconocidos por las normas para satisfacer las necesidades humanas, o por lo menos, tener una capacidad en potencia o esperar tenerla, como es el caso del que nace pero no tiene aún los 18 años, hecho que determina la capacidad jurídica del sujeto. Una cosa es tener el derecho y otra ejercerlo: los menores de edad ejercerán sus derechos subjetivos a través de sus representantes legales, generalmente sus padres (artículo 62 c.c.) o por medio de sus curadores en los casos excepcionales en que ha existido emancipación total de la patria potestad en la minoría de edad, de manera que es necesario nombrar guardador al aún incapaz. (artículo ...)

No ejercer los derechos por si mismo no niega o contradice su titularidad! se trata de verdaderas relaciones jurídicas entre el sujeto y las cosas o entre él y las personas, en otras palabras, derechos reales o personales, de contenido patrimonial o extramatrimonial y como tal están protegidos por la ley. Cualquiera que vea violados los derechos que se radican en su cabeza puede llamar la atención del Estado para que los haga respetar o para que los haga restituir de quien los arrebató. Lo hará por medio de acciones judiciales o administrativas que ejercerán sus representantes legales, pero esto no implica un menor valor de las relaciones jurídicas tuteladas.

El menor de edad disfruta también de estados o situaciones jurídicas de los que se derivan derechos, como el parentesco, el estado civil, y ciertas

cualidades que lo distinguen como son los llamados **atributos de la personalidad**. Como derechos inherentes a su personalidad tiene los atributos por sí mismo, no necesita representación alguna en su ejercicio y no al no tener carga patrimonial se le reconocen al sujeto independientemente de si tiene plena capacidad volitiva o no<sup>10</sup>. Los tiene por el hecho de ser persona y como tal no pueden ser sometidos a transacción o renuncia alguna, según se desprende de los artículos 15 y 16 del código civil.

En Roma, algunos seres humanos no disfrutaban de personalidad jurídica ni de capacidad de goce. Piénsese en los esclavos o hijos de esclavos, quienes tenían categoría de cosas. La personalidad fue un privilegio reservado al *homo liber*, no al *homo servi*. Algunas personas que nacían libres podían perder su personalidad y con ello sus derechos civiles fundamentales si caían en esclavitud, momento en el cual operaba una *capitis deminutio* que disminuía o extinguía definitivamente los derechos según fuera *mínima o máxima*.<sup>11</sup> Hoy en día, los derechos que se adquieren con la adquisición de la personalidad jurídica y con la capacidad de goce que se adquiere por el hecho del nacimiento, se disfrutan hasta la muerte y no se alteran ni se pierden por motivo alguno; tampoco se afectan por la pérdida de las condiciones físicas o psicológicas, como sucedería por ejemplo si el sujeto es sometido a interdicción judicial por demencia o por disipación.

Esto nos lleva concluir una verdad inobjetable: que para el derecho civil, tanto los niños como los interdictos por cualquier causa son sujetos de derechos, es decir, disfrutan de personalidad jurídica y de capacidad de goce por el mero hecho de ser persona. En cuanto al ejercicio de tales derechos, podrá hacerse siempre que se recurra a los representantes legales.

Lo anterior, tiene que ver con la definición del artículo 74 del c.c. que dice: “son **personas** todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe<sup>12</sup> o **condición**”. En otras palabras, todos los humanos son personas y tienen personalidad jurídica y de goce cualquiera que sea su situación particular, pero para ser persona y tener estos derechos, es necesario alcanzar los requisitos de existencia señalados en el artículo 90 del c.c.

En últimas, la concepción de Andrés Bello estuvo muy cercana a la protección Romana de la vida del nasciturus. El legislador no contempló la existencia natural para nada distinto a la anticipación de la personalidad en la posesión legal de la herencia, sin embargo una vez nacido, la persona que visualiza el código es un individuo dotado de derechos patrimoniales y extramatrimoniales cuya única limitación es el ejercicio propio de los mismos.

Por fortuna, la interpretación sistemática de la norma civil permite relacionarla los tratados internacionales, la Constitución Nacional y otros ordenamientos internos, reglamentación que complementa perfectamente la existencia legal del sujeto con su existencia natural.

La protección constitucional a la vida del nasciturus y la categoría civilista de "persona".

Contrario a lo que opinan los doctrinantes del derecho natural, creo que el código civil de Bello al seguir tan de cerca la legislación Romana de la *partio mulieris* no considera al nasciturus un sujeto independiente de la madre, un individuo con todos los atributos del derecho privado entre ellos la de ser persona. Desde mi punto de vista, el nasciturus no es persona sencillamente porque para nuestro código esta consideración de ser sujeto de derechos depende del nacimiento.

En otras palabras, si el término "persona" es meramente un tecnicismo legal, no es requisito ostentar esta categoría para ser susceptible de protección por el derecho. En mi sentir, la discusión que se ha dado para justificar el aborto porque "el nasciturus no es persona" no tiene sentido, como tampoco lo tiene aquel argumento de que el aborto es punible porque "hay persona desde la concepción". La protección a la *existencia natural* otorgada por la doctrina constitucional Colombiana es un alegato jurídico lo suficientemente fuerte como para defenderse por sí solo: hay vida desde la concepción y la vida es un derecho fundamental de todo ser humano que debe ser defendido por las autoridades del Estado. Para mí, es un empecinamiento estéril tratar de basar la protección a la vida del nasciturus en las escasas normas del código civil: tan romanista como lo hemos visto y tan categórico en su posición sobre la existencia jurídica del sujeto. Al fin y al cabo, la personalidad jurídica que se desprende del nacimiento otorga derechos subjetivos, pero no son los únicos porque sencillamente el código civil no es el único que los contempla! Una visión sistemática del derecho ayudaría a quienes ven en el código civil el único panorama posible para su defensa.

En efecto, en la sentencia C-133 de 1994 que resolvió la constitucionalidad del artículo 343 del Código Penal<sup>13</sup> estableció que la protección al nasciturus era una manifestación de la defensa al derecho fundamental a la vida, tan sagrado para cualquiera que inclusive puede anteponerse a los derechos del libre desarrollo de la personalidad de la madre, quien bajo esta idea no puede decidir sobre la vida del nasciturus según su deseo. Acorde con lo dicho en este ensayo, la sentencia de constitucionalidad afirma que la defensa a la vida inicia con la concepción y que el nasciturus encarna un valor fundamental "por la esperanza de su existencia como persona y por su estado de indefensión".



Las normas que defienden la vida de todas las personas, consagradas en los artículos 2 y 5 de la Constitución, se le aplican a la vida de quien está en el vientre, pero no por esto reconoce la norma suprema que exista "persona" en el concepto civilista que hemos analizado.

Igual posición asume el alto tribunal cuando despacha tutelas que protegen los derechos de la mujer embarazada que trabaja <sup>14</sup> así como en sentencias de constitucionalidad que resuelven el problema jurídico de la pretendida personalidad jurídica del nasciturus, mas específicamente la sentencia número 591 de 1995 que resolvió la constitucionalidad de los artículos 90, 91 y 93 del código civil con varios argumentos, entre ellos que la existencia legal no es una categoría constitucional sino meramente civil, ya que no existe ni una sola norma en la constitución que reconozca que la existencia legal de la persona comienza en la concepción, lo que hace incomprensible el ataque de inexecutableidad de las normas en mención. Para la Corte "persona" es aquel que tiene personalidad jurídica, siendo "hombre" o "ser humano" conceptos mucho mas amplios, relacionados con la protección constitucional a la vida, que empieza desde la concepción.

Por otro lado, los tratados internacionales suscritos por Colombia reconocen protección a la vida desde la concepción. La sentencia T-179 de 1993 advierte que los derechos del nasciturus pueden ser defendidos vía tutela inclusive contra particulares, por violación directa a los derechos de quien está por nacer, como se presenta en el caso analizado en esa oportunidad de un padre que se negó a suministrar alimentos a la madre durante el embarazo y a suplir los gastos causados por el parto. Al resolver este asunto la revisión de la tutela relaciona los tratados internacionales que reconocen vida desde la concepción y menciona la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25 que consagra que "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales" y el Convenio número 03 de la OIT sobre protección jurídica a la mujer trabajadora antes y después del parto.

En conclusión, aunque el nasciturus no tiene una "existencia legal" si tiene una "existencia natural" protegida por el derecho por normas que protegen la vida del nasciturus como un derecho fundamental que le pertenece desde que es concebido. Sin duda, el bloque de constitucionalidad que conforman los tratados internacionales y la legislación interna serán un duro punto a debatir por quienes defienden la despenalización del aborto en nuestro país.

## BIBLIOGRAFÍA

BRECCIA HUMBERTO, Derecho civil. Tomo I Vol j. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1992

CALDERÓN RANGEL Avelino. Lecciones de Derecho Hereditario. Sucesión *ab-intestato*. UNAB, Bucaramanga, 2001.

SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de familia. TEMIS, Bogotá, 1981

VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Alvaro. Derecho Civil parte general y personas. Tomo I. TEMIS, Bogotá, 1997

Sentencia T-179 de 1993

Sentencia C-133 de 1994

Sentencia C-591 de 1995

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

<sup>1</sup> Según Humberto Breccia (1992) el código civil italiano en sus artículos 462, 784 y 643.1) contempla la posibilidad de que puedan recibir por testamento y por donación los hijos de una persona viva al momento de la muerte del testador o al momento de la donación, aun cuando no hayan sido todavía concebidos.

<sup>2</sup> Aunque el concebido no nacido o cualquiera que desconozca la muerte del de cujus no tendría ni siquiera el *ánimus domini*!

<sup>3</sup> CALDERÓN RANGEL Avelino. Lecciones de Derecho Hereditario. Sucesión *ab-intestato*. UNAB, Bucaramanga, 2001. Pág. 30

<sup>4</sup> Artículo 90 inciso final

<sup>5</sup> Artículos 48.2 y 78 del Decreto 1260 de 1970

<sup>6</sup> Artículo 14 de la Constitución Nacional.

<sup>7</sup> BRECCIA HUMBERTO. Derecho Civil. Tomo I-Vol I. Normas, Sujetos y relación jurídica. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995. Pág. 129

<sup>8</sup> Piénsese por ejemplo en el derecho a la libre locomoción, a la libertad de cultos y otros que si bien son inherentes al ser humano solo serán posibles después del nacimiento.

<sup>9</sup> VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Alvaro. Derecho civil. Parte general y personas. Vol 1, Décimo cuarta edición, Temis, Bogotá. 1997 Pág. 232

<sup>10</sup> La doctrina ha identificado como atributos de la personalidad: nombre, estado civil, nacionalidad, capacidad y domicilio. El patrimonio fue considerado como atributo por la teoría francesa pero hoy en día está cuestionado cada uno de sus argumentos a tal punto de considerar al patrimonio como lo que es, es decir, un conjunto de bienes y obligaciones pertenecientes a un sujeto, sin que sea un signo distintivo o individualizador de su persona.

<sup>11</sup> SUÁREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. TEMIS, Bogotá, 1981

<sup>12</sup> La "estirpe" hace referencia al linaje del sujeto. Es un término acuñado de acuerdo a la época en que se redactó el código civil, a mediados del siglo XIX época en que existía como un atributo del sujeto. Hoy en día no tiene ninguna justificación de acuerdo al principio de igualdad y dignidad del ser humano, reconocido por los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los Estados.

<sup>13</sup> Esta norma contemplaba una pena de 1 a 3 años para la mujer que se practicara un aborto y para la persona que la ayudara en dicho procedimiento.

<sup>14</sup> Ver sentencias T-040/01, T-075/01, T081/01, T1022/00, T-1023/00 y T-020/01.