

**EFFECTOS PROCESALES Y LOS AMPAROS DE LOS DERECHOS DEL
NASCITURUS COMO SUJETO DE DERECHO INDEPENDIENTE A LA MUJER
GESTANTE.**

JULIANA DE LOS RÍOS CARDONA

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
FACULTAD DE DERECHO**

**MEDELLÍN, ANTIOQUIA
2020.**



**EFFECTOS PROCESALES Y LOS AMPAROS DE LOS DERECHOS DEL
NASCITURUS COMO SUJETO DE DERECHO INDEPENDIENTE A LA MUJER
GESTANTE.**

**POR
JULIANA DE LOS RÍOS CARDONA**

Trabajo de grado para optar al título de abogado

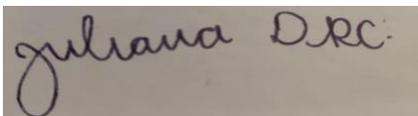
**Asesor
Luis Felipe Vivares Porras
(Abogado)**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
FACULTAD DE DERECHO
MEDELLÍN
2020.**

Declaración de originalidad

09 de Noviembre de 2020-11-09

Yo Juliana De los Ríos Cardona, en mi calidad de autor del artículo titulado Efectos procesales y los amparos de los derechos del nasciturus como sujeto de derecho independiente a la mujer gestante, presentado como requisito de grado en la Maestría en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado para optar a un título, ya en igual forma o con variaciones, en esta u otra universidad. Asimismo, declaro que he reconocido el crédito debido a las ideas citadas y que no he incurrido en plagio en elaboración del trabajo de grado.

A rectangular box containing a handwritten signature in dark ink. The signature appears to read "Juliana DRC." in a cursive script.

Juliana De los Ríos Cardona
C.C 1.017.260.077

RESUMEN

A partir de la sentencia 355 de 2006, se permitió a la mujer gestante interrumpir el desarrollo de la vida del feto, lo cual acarreó como consecuencia el desconocimiento a la protección del derecho a la vida que tiene el concebido no nacido.

Es por eso, que este trabajo investigativo pretende que se reconozca la protección del concebido no nacido como la primera etapa de la infancia, para que, de esta manera en un ejercicio de ponderación entre 2 sujetos de derecho, se priorice al sujeto nasciturus como infante.

Palabras clave: IVE, sujeto de derecho, persona, nasciturus, infante,

TABLA DE CONTENIDO

<u>INTRODUCCIÓN.....</u>	6
CAPITULO I: SUJETOS DE DERECHOS: CONCEPTO Y ESPECIES.....	10
CAPITULO II: RECONOCIMIENTO ESTATAL DEL NASCITURUS COMO UNA ETAPA DE LA INFANCIA	12
CAPITULO III: Derechos de la mujer VS Derechos del nasciturus como infante.....	14
Referencias.....	17

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo parte de la premisa que el nasciturus es un sujeto titular de derechos económicos, procesales, de salud (entre otros), por lo que se opina que no debería permitirse bajo ninguna circunstancia que la mujer gestante pueda jurídicamente vulnerarle esos derechos. Igualmente, se parte de la premisa que el no nacido es un sujeto de derecho independiente de la madre, por lo que se considera que sus derechos no pueden estar sujetos a la voluntad exclusiva de la misma. Igualmente, se parte de la premisa, según la redacción legal del Código de Infancia y Adolescencia, la vida del nasciturus como la concepción, como la primera etapa de la infancia, por lo que se considera que tanto el legislador como las altas cortes, le deberían dar la protección constitucional del infante.

Asimismo, se parte de la premisa que el legislador ha establecido que para el caso en que la parte no pueda darse a entender físicamente, lo podrá hacer por medio de un representante legal, siempre que el ejercicio y reclamo de dichos derechos no entre en conflicto con los del representante, como ocurre con la mujer gestante, y es por esta razón que también se considera que al haber un conflicto de intereses ella no podrá representar al nasciturus, puesto que su voluntad es detener el desarrollo de la vida que se está llevando a cabo en su vientre.

El Estado colombiano, al ser un Estado Social de Derecho, debe garantizar el cumplimiento y protección de los derechos fundamentales a los colombianos, especialmente el de la Vida; en este caso, se considera que tiene la obligación de establecer un sistema para proteger efectivamente la vida del infante desde la concepción, formación y desarrollo, impidiendo cualquier posibilidad que provoque la muerte de un no nacido, puesto que al proteger la vida del nasciturus se protege la vida del infante, por su estado de indefensión. Lo anterior, permitiría que tanto el legislador como las altas cortes, lo hicieran merecedor de especial protección por

parte del Estado, aplicando a su favor las normas establecidas por la Constitución Política y el Código de Infancia y Adolescencia.

Este trabajo de investigación, pretende comprender en qué sentido la interpretación dada por la Corte Constitucional en la sentencia C – 355 transgrede los derechos del nasciturus, teniendo como punto preferente la protección normativa de la Constitución Política de Colombia en su artículo 44 y el artículo 17 del Código de Infancia y Adolescencia, por lo cual, en primer lugar, se pretende interpretar la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se ha encargado de analizar y desarrollar el derecho de la mujer gestante a la interrupción voluntaria del embarazo y su oposición a los derechos de los nasciturus, desde el año 2006, en segundo lugar, se pretende demostrar la independencia del nasciturus de la mujer gestante, para que de esta manera, los derechos fundamentales del concebido no nacido prevalezcan sobre los derechos de la mujer, finalmente, se pretende demostrar que jurídicamente la concepción y la gestación constituyen una etapa de la infancia, atendiendo a la interpretación del Código de Infancia y Adolescencia, el Código General del Proceso, y la Jurisprudencia emitida por las Altas Cortes.

El principal aporte de esta investigación consiste en que el Estado colombiano reconozca la concepción como la primera etapa de la infancia, según la redacción literal de los distintos artículos del Código de Infancia y Adolescencia, y en virtud de dicho reconocimiento, el nasciturus (concebido no nacido) sea objeto de especial protección, aplicando en defensa de sus derechos, las normas especiales consagradas en la Constitución Política y el Código de Infancia y Adolescencia.

Esta investigación se ha basado en este tema, debido a que la consideración de la Corte Constitucional proferida en sentencia C-355 de 2006, ha generado graves vulneraciones a los derechos del nasciturus, el cual, queda en una posición de desventaja frente a la madre, pues, en dicha sentencia, se reconoce el derecho a la mujer gestante de interrumpir voluntariamente el embarazo, en 3 hipótesis:

- i. Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico,
- ii. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.
- iii. Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Se opina que vulnera gravemente los derechos del nasciturus, debido a que, al permitir el “aborto legal” en estas condiciones, se atenta contra el derecho fundamental más importante del concebido como lo es la vida, el cual, es reconocido constitucionalmente, sin hacer distinción alguna sobre qué tipo de vida, es decir, no establece que éste lo tienen únicamente las personas y por esta razón, esta investigación se centra en proteger al concebido no nacido, pues, si se reconociera como una etapa de la infancia, los derechos establecidos en el Código de Infancia y Adolescencia, estarían sobre los de cualquier otra persona y de esta manera, se evitaría que la mujer pudiera ejercer su derecho a IVE y acabar así con la vida del concebido.

Adicionalmente, en esta investigación, se analizará la sentencia C – 327/16 de la Corte Constitucional, en la cual se pronuncian distintas entidades respecto al momento en que se considera existe una persona, atendiendo a normativas nacionales e internacionales, que consagran la protección de la vida como un deber del Estado, algunas estableciendo que será desde el nacimiento y otras desde la concepción.

Finalmente, con esta tesis se pretende a mediano plazo, concientizar a la sociedad respecto al tema objeto de investigación, puesto que, actualmente existen múltiples

movimientos feministas que consideran que el derecho a la mujer decidir, es principal sobre los del nasciturus, pues afirman que éste no es un ser vivo, sino que es un “feto” que está en desarrollo, sin embargo, se busca que este trabajo genere un impacto positivo, ya que de reconocerse el nasciturus como un infante, no podría afirmarse que no es un ser vivo. A largo plazo, se pretende que tanto las altas cortes y el legislador, reconozcan los derechos del concebido no nacido como los que protegen a los infantes y que, aplicando la disposición constitucional, se protejan los derechos de estos sobre los de cualquier persona.

CAPITULO I: Sujetos de derechos: concepto y especies

Para el desarrollo y análisis del presente escrito, es necesario tener claridad sobre las definiciones de las principales instituciones aquí mencionadas, pues para entrar a analizar la posibilidad de considerar el nasciturus como infante, debemos tener claro todo lo referente al tema, partiendo desde el aspecto más general hacia el más particular.

Según la Real Academia Española, son sujetos de derecho:

“Persona física, colectividad o entidad a la que se le atribuye legalmente capacidad jurídica” (Real Academia Española, 2020)

Acorde con este concepto son titulares de derechos y obligaciones las personas naturales, personas jurídicas, patrimonios autónomos y cualquier otra cosa o grupo de personas a las cuales el estado le quiera reconocer derechos y atribuirles obligaciones.

Para la legislación colombiana, acorde con el artículo 74 del Código Civil, se considera persona natural:

“Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.” (Código Civil, 1873)

Las personas naturales a su vez, se dividen en mayores y menores de 18 años, dentro de estas últimas, tenemos 2 clasificaciones, según lo dispuesto por el artículo 3º del Código de Infancia y Adolescencia, pues consagra que serán niño o niña las personas entre 0 y 12 años y adolescentes los que se encuentre entre los 12 y 18 años.

Nuestra legislación en el artículo 90 del Código Civil, establece un criterio para determinar la existencia de una persona natural, el cual consiste en el nacimiento y

considera que este se da, a partir de la separación total de la madre y la supervivencia a este momento.

Igualmente resulta importante advertir cómo el estado colombiano a través de su historia legislativa ha reconocido la existencia legal del nasciturus, muestra de ello, la constituyen los artículos: 91 (Protección al no nacido) y 93 (Derechos del no nacido) del Código Civil, en la Convención de Derechos del niño y en el Código de Infancia y Adolescencia, en los cuales se establece algunos derechos de los niños, desde la época de la concepción.

CAPITULO II: Reconocimiento estatal del nasciturus como una etapa de la infancia

A pesar de lo dispuesto por el artículo 90 del Código Civil, el artículo 74 de la misma normativa, establece que se debe considerar como persona natural a todo individuo de la especie humana y es bajo este criterio que debe mirarse el nasciturus como un miembro de la especie humana, pues, según la ciencia ya posee toda la carga genética necesaria para desarrollar su humanidad.

Acorde con el artículo 44 de la Constitución Política, el 9º del Código de Infancia y Adolescencia y el artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, los derechos del infante tienen una prelación sobre los derechos de los demás sujetos de derecho, reconocidos por el estado colombiano, por lo que, resulta fundamental para el desarrollo del presente trabajo establecer si el nasciturus es reconocido por Colombia a través de su ordenamiento jurídico como una de las etapas de los niños.

La Convención de los Derechos del niño de 1989 suscrita por Colombia y ratificada mediante Ley 12 de 1991 y el Código de Infancia y Adolescencia en el artículo 17, consagra al hablar de los derechos del infante que estos se extienden desde la época de la concepción, lo cual, está en armonía con el artículo 74 del Código Civil y los artículos 91 y 93 de la misma normativa, que reconocen legalmente su existencia.

Igualmente, el estado colombiano a través de su jurisprudencia ha considerado al nasciturus como 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. (Corte Constitucional, 1998)

Tomando como base las concepciones mencionadas, es importante recalcar que lo que se pretende proteger en el caso del nasciturus es su vida y no la simple expectativa de vida, pues, es evidente que no tiene independencia corporal de la mujer gestante, pero sus derechos sí deben serlo, ya que se debe velar por el desarrollo, integridad y vida del feto, protegiendo sus derechos de manera independiente como se debe hacer con los derechos de los infantes, pues como se vio, el estado colombiano a través de la ley y la jurisprudencia lo ha reconocido como un sujeto de derecho, como una etapa de la infancia y un individuo de la especie humana, pues, le ha otorgado derechos ciertos y exigibles en las normas legales citadas, y capacidad procesal para ser parte para la defensa de los mismos en la Ley 1564 del 2012 (Código General del Proceso), artículo 53 numeral 3.

CAPITULO III: Derechos de la mujer VS Derechos del nasciturus como infante

A pesar del estado colombiano haber reconocido legal y jurisprudencialmente al nasciturus como sujeto de derechos y otorgarle capacidad procesal para ser parte para la defensa de estos, como se expuso en el capítulo anterior, este no ha sido coherente en la defensa del máximo derecho del nasciturus como lo es su vida, pues, en las sentencias C-355 de 2006 y C-327 de 2016, se permitió a un sujeto de derecho llamado mujer la posibilidad de atentar contra su vida.

De un lado, la sentencia C-355 de 2006, fue pionera en reconocerle el derecho a la mujer a interrumpir voluntariamente el embarazo en tres hipótesis:

- i. Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico.
- ii. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico.
- iii. Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Por su parte la sentencia C-327 de 2016, vulnera los derechos del nasciturus, al considerar que la existencia de las personas principia al nacer y no desde la concepción, lo cual, como se expuso es reconocido por el estado colombiano tanto en su legislación como en su jurisprudencia.

Sin embargo, la Corte, no consideró al nasciturus como un sujeto de derecho y en consecuencia tampoco sus derechos, pues, lo que hizo fue ponderar los de la mujer (como sujeto de derecho) frente al valor vida.

De haber tenido presente que el nasciturus era un sujeto de derechos y especialmente que era un infante en su etapa de concepción, al hacer la ponderación de estos derechos con los de la mujer, necesariamente, hubiese concluido sobre la prelación constitucional de aquellos sobre los de esta, y no haber concluido con la autorización de condenar a muerte al nasciturus para proteger la dignidad de la mujer.

Conclusión

Teniendo en cuenta las disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano (Constitución Política y legislación), logra concluirse que el infante en su primera etapa se llama nasciturus, es decir, el nasciturus es un infante.

Al ser considerado infante, la jurisprudencia no puede seguir desconociendo la protección que le debe otorgar, pues se trata de una protección especialísima como infante, cómo sujeto de derecho según la Constitución Política con prelación frente a los derechos de los demás sujetos de derecho en Colombia.

Por tal razón, la jurisprudencia debe reconsiderar el derecho que le concede a las mujeres para interrumpir voluntariamente el embarazo en las 3 causales que ya se han mencionado, teniendo como punto de partida, la ponderación de derechos de 2 sujetos, en el que el nasciturus (infante) debe prevalecer sobre la mujer.

Referencias.

Normas.

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*.
Bogotá.

Congreso de la República. (1873). *Código Civil*.
Bogotá.

Congreso de la República. (2012). *Código General del Proceso*.
Bogotá.

Congreso de la República. (2000). *Código Penal*.
Bogotá.

Sentencias.

Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-355. Colombia. Magistrados ponentes:
Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernandez.

Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-591. Colombia. Magistrado ponente:
Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-327. Colombia. Magistrada ponente:
Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional. (1998). Sentencia T-223. Colombia. Magistrado ponente:
Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. (1994). Sentencia C-133. Colombia. Magistrado ponente:
Antonio Barrera Carbonell.

Artículos.

- Velásquez, O. P. (08 de Junio de 2006). Constitucional y legalmente, el nasciturus es persona y titular del derecho a la vida. *Persona y Bioética*.
- Calvo, A. M. (s.f.). *civilista, El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista* -. Universidad San Pablo CEU, Facultad de ciencias económicas y empresariales, Madrid.
- La Verde, S. A., López, D. F., & Suarez, C. A. (2018). *La protección del derecho del nasciturus en Colombia en la perspectiva de la teoría egológica del derecho de Carlos Cossio*. Universidad Libre, Facultad de Derecho , Bogotá.
- Arbeláez, A. A. (2007). *La protección constitucional del derecho a la vida en Colombia. Y la gobernabilidad democrática como estrategia política y ciudadana para su fortalecimiento*. Universidad de Valencia, Departamento de derecho constitucional y ciencias políticas.
- Villa, M. D. (s.f.). El concebido no nacido en el orden jurídico.
- Garzón, R. J. (2015). *El derecho a la vida del nasciturus*. Universidad de Castilla, La Mancha.
- Guillem, D., & Tatay, P. (2014). *La protección del nasciturus en el biderecho español* . Universidad Católica de Valencia.
- Erazo, S. E. (2011). *El aborto y sus efectos socio-jurídicos a través de la historia hasta la actualidad*. Universidad Nacional de Educación a distancia.
- Pulido, F. E. (s.f.). *Análisis de la interpretación y construcción del derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional colombiana*.
- Guerrero, F. C., & Maquiud, Y. V. (s.f.). *La constitucionalización del derecho fundamental a la IVE, hacia lo que la interpretación aclara y lo que oscurece de la internalización del derecho a nacer*. Universidad Santo Tomás.
- UNICEF. (2005). ¿Qué es la infancia?
- Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica.

Artículos de internet.

Avendaño, J. R., Vanegas, D. L., Valencia, P. R., & Barrientos, J. J. (2010). Obtenido de Derecho Civil I - Personas: <http://edaza03.blogspot.com/2010/05/proteccion-al-no-nacido-exposicion.html>

Artículos de periódicos.

Restrepo, M. M. (27 de Enero de 2020). La despenalización del aborto. *El Colombiano*.

Acosta, J. (22 de Febrero de 2020). Aborto, Corte y Congreso: cómo salirnos de la trampa. *El Tiempo*.

Ortíz, M. I. (2020 de Enero de 30). Las razones con las que piden a la Corte volver a penalizar el aborto. *El Tiempo*.

Durán, D. N. (17 de Febrero de 2020). No hay sustento jurídico para afirmar que el aborto es derecho fundamental. *El Espectador*.

Pardo, D. (12 de Febrero de 2020). Aborto en Colombia: El caso de interrupción de embarazo a los 7 meses de gestación que reavivó el debate en ese país. *BBC NEWS*.

