

El principio de la protección legal de la vida y la salud del *nasciturus* y la acción popular en el modelo de Andrés Bello

(Códigos civiles de Chile, Ecuador, El Salvador, Colombia, Panamá, Honduras y Nicaragua)

VERÓNICA PÍA DELGADO SCHNEIDER

SUMARIO: I. *La condición del nasciturus y el principio de la protección legal de su vida y salud en el Derecho latinoamericano.* - II. *La acción popular de protección de la vida y la salud del nasciturus en el Derecho latinoamericano.*

En el presente trabajo se pretende alcanzar objetivos dos:

1. Constatar la existencia en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, especialmente en los códigos civiles, de un principio compartido de protección legal de la vida y la salud del *nasciturus*.

2. Resaltar a continuación cómo para esta tutela el Código Civil de Chile de 1855 (redactado por Andrés Bello y modelo para tantos códigos andinos y centroamericanos¹) contempló –entre otros instrumentos– una original acción popular, cuyo contenido y alcance se presenta especialmente trascendente frente al estado actual del desarrollo social y científico.

1 Para un estudio detallado del proceso de elaboración de los códigos dependientes del código Civil de Chile o influidos por él, es indispensable A. GUZMÁN. *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Editorial Jurídica de Chile, 2000. Corresponden al Código chileno casi literalmente los vigentes códigos de Ecuador, Colombia, El Salvador, Honduras, Panamá y Nicaragua, y el mismo influyó fuertemente además en el Código uruguayo.

I. LA CONDICIÓN DEL *NASCITURUS* Y EL PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN LEGAL DE SU VIDA Y SALUD EN EL DERECHO LATINOAMERICANO

A. Es frecuente en el Derecho civil la discusión acerca de la condición jurídica del *nasciturus* como "persona", "sujeto de derecho" o titular de "capacidad jurídica" para así reconocerle o no, desde la concepción, el derecho a adquirir bienes, a ser representado, a ser reconocido por los padres, etc. Y no obstante que en principio las soluciones ofrecidas por los códigos civiles son diversas, se estima que la protección del *nasciturus* desde su concepción es un "elemento de unidad y de originalidad"² del Derecho latinoamericano. Así, por un lado los códigos civiles de Argentina³, Paraguay⁴ y Perú⁵ reconocen expresamente que el *nasciturus* es una

- 2 S. SCHIPANI. *Principios para un "código-tipo" de Derecho de las personas para América latina. (Apuntes para una investigación sobre la unidad de la categoría persona-hombre)*, en *La persona en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, 19. En el mismo sentido P. CATALANO, *Osservazioni sulla "persona" dei nascituri alla luce del diritto romano (Da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, en *Diritto e Persona*, 1, Giappichelli, Torino, 1990, 195 a 215, antes publicado en *Rassegna di diritto civile*, 1988, 1, 45-65; también en *La persona en el sistema jurídico latinoamericano*, cit., 137 ss.; y en forma más breve en *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Lima, 1986, 229 ss.; y J. CASTÁN, *La recepción en las codificaciones americanas de la tradición romana justiniana sobre el comienzo de la existencia humana*, en *La persona en el sistema jurídico latinoamericano*, cit., 167-184.
- 3 Art. 70 C. C. Argentina/1869: "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre". Son personas por nacer «las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno» (art. 63). "No son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre" (nota art. 63).
- 4 Art. 28 C C.Paraguay/1985: "La persona física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado./ La irrevocabilidad de la adquisición está subordinada a la condición de que nazca con vida, aunque fuere por instantes después de estar separada del seno materno". Se les llama personas por nacer en los artículos 31, 37 y 40. La adquisición "será irrevocable" si nace con vida (art. 28).
- 5 Art. 1 C C.Perú/1984: "La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo". De esta manera los derechos extrapatrimoniales son actuales. En noviembre de 1994, cumplidos diez años de la vigencia del Código Civil, mediante la Ley 26.394 modificada por la Ley 26.673 de octubre de 1996, se dispuso la constitución de una comisión encargada de elaborar un anteproyecto de ley de reforma del Código Civil. La comisión está integrada por cinco representantes del Poder Legislativo y ocho representantes del Poder Ejecutivo. Esta comisión aprobó el 27 de noviembre de 1997 los siguientes artículos: art. 1: "1.- La vida humana empieza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho. Goza de manera actual de todos sus derechos. 2.- Los derechos personales se extinguen si el concebido muere. Tratándose de los derechos patrimoniales los readquiere el titular original o, en su caso, sus sucesores"; art. 3.º: "El ser humano es persona natural desde su nacimiento", y art. 5 a: "Los embriones o fetos humanos, sus células, tejidos u órganos no podrán ser cedidos, manipulados o destruidos.

"persona por nacer" o "sujeto de derecho" que puede, desde la concepción, adquirir derechos y contraer obligaciones. A su favor existe un elenco amplísimo o infinito de derechos inmediatos que obviamente no se limita sólo a la adquisición de bienes o al derecho de hacerse representar sino que alcanza «todos los supuestos posibles que se han planteado en la práctica, o aunque no sea más que en la imaginación de los autores»⁶. Así pues se estima que tendría derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la salud, a la dignidad, a demandar (especialmente en caso de daños y perjuicios por hechos ilícitos⁷), a alimentos, a adquirir la nacionalidad⁸, a la posibilidad de ser reconocido por los padres⁹, a investigar la paternidad y a impugnarla, a ser beneficiario de las estipulaciones de un seguro de vida, a los derechos emergentes de las leyes del trabajo¹⁰ y a ciertos derechos accesorios¹¹.

Está permitida la disposición para trasplantes de órganos y tejidos de embriones o fetos muertos. La fecundación de óvulos humanos puede efectuarse sólo para la procreación. No son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro. El parto determina la maternidad. Lo prescrito en este artículo será desarrollado por una ley especial». Todo en *Hacia la reforma del Código Civil peruano: 15 años después de la Comisión de reforma del Código Civil (reformas aprobadas preliminarmente)*, Laser Graf Alvarado, Lima, 1999.

- 6 G. GARBINO, J. LVALLE, A. PARDO y J. RIVERA, en *VV.AA. Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, EDUARDO ZANNONI, (COORD.), 4.ª ed., Buenos Aires, 1993, 64.
- 7 Ya sea porque se ha cometido un hecho ilícito contra una persona obligada a prestar alimentos al concebido o bien cuando él mismo sufre el daño. Cfr. GARBINO, J. VALLE, A. PARDO y RIVERA. *Código Civil y leyes complementarias*, cit., 64 y 65, con las citas correspondientes. Para el daño moral del nasciturus en el modelo de BELLO: en Chile, en 1981, "en una ocasión se indemnizó el daño moral sufrido por el hijo póstumo de la víctima fatal de un accidente de tránsito" informa J. DíEZ. *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Ed. Jurídica de Chile, 1997, 128. En el mismo sentido y para el mismo caso en Uruguay, fallado en 1982, cfr. G. ORDOQUI. *Daños y perjuicios causados al concebido aún no nacido (En la Jurisprudencia)*, en *Aequitas, Revista de Derecho y Ciencia Política*, 1, s. f. 37-68.
- 8 V. PÉREZ. *Existencia y capacidad de las personas*, en *ÍD Derecho Privado*, Publitéx, 1988, 52.
- 9 En Costa Rica, en 1956, la Sala de Casación decide que el concebido no puede investigar la paternidad pues de acuerdo al artículo 13 C. C. la persona principia al nacer y la posesión del estado civil, definida en la ley, sólo es posible respecto de los ya nacidos. En 1963 cambia de opinión "con apoyo de una sentencia argentina". Y esta orientación se traduce más tarde en el Código de Familia que permitió la investigación de la paternidad del hijo por nacer (art. 94) así como su reconocimiento (art. 84). Todo en PÉREZ. *Existencia y capacidad de las personas*, cit., 52.
- 10 Como ser incluido entre los beneficiarios de una indemnización (p. ej., por accidente de trabajo) o pensión de su padre.
- 11 Se afirma, por ejemplo, que si el concebido hubiese adquirido por cualquier medio apto una casa que se encontraba arrendada se hará titular del derecho a percibir el precio de la locación.

Esta situación contrasta con el Derecho europeo¹² en el que, de acuerdo con la criticada¹³ teoría de la ficción de Savigny, se atribuyen "determinados derechos al concebido pero no se afirma explícitamente su existencia como persona"¹⁴. Como «carece de capacidad, el Derecho sólo reservaría en su beneficio algunos derechos (en su mayoría patrimoniales) que [...] se hallarían así en pendencia, bajo condición suspensiva, a la espera de un sujeto, una vez producido el nacimiento. No obstante, estos mismos ordenamientos regulan, por ejemplo, la representación del concebido y sancionan penalmente el aborto intencional»¹⁵.

B. El Código Civil chileno de 1855 no escapó a esta influencia, toda vez que afirma que si bien «Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición» (art. 55), declara que «la existencia legal de toda persona» sólo «principia al nacer...» (art. 74 inc. 1.º). Por ello, «los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos como si hubiere existido al tiempo en que se le

- 12 Por ejemplo el artículo 1 C. C. Italia/1942 dispone: "La capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento. Los derechos que la ley reconoce en favor del concebido están subordinados al evento del nacimiento", y al mismo tiempo regula la adquisición de bienes del concebido por testamento o donación (arts. 462 y 784) y su reconocimiento como hijo natural por los padres (art. 254), con la asunción inmediata por parte de éstos de todos los deberes y derechos que derivan del reconocimiento (art. 1261). La misma situación se presenta, en general, en Portugal y Alemania. En cuanto al elenco de los derechos que se pueden reconoce al concebido, mientras Alemania nada dice al respecto, dejando a la labor interpretativa la determinación de la amplitud de éstos, Italia y Portugal, en cambio, señalan expresamente que son sólo aquellos que la ley reconoce. Finalmente el Código Civil francés no contiene disposición alguna sobre el inicio de la existencia de las personas pero regula sus derechos en materia sucesoria (art. 725) y de legitimación (art. 314).
- 13 A. TEIXEIRA DE FREITAS, en su *Esboço*, en los comentarios al artículo 221, dispone que la existencia de las personas comienza desde la concepción y con ello la adquisición de derechos, y es tajante en su crítica a la tesis de SAVIGNY pues "aquilo que é verdade se diz que é uma ficção"; J. LAMARTINE, *A teoria das pessoas no Esboço de Teixeira de Freitas, superação e permanência*, en *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, S. SCHIPANI (ed.), Padova, Cedam, 1988, 348, afirma: "Nega-se a personalidade ao nascituro; incoerentemente, reconhecem-se-lhe direitos". En el mismo sentido GARBINO, LAVALLE, PARDO y RIVERA. *Código Civil y leyes complementarias*, cit., 325, afirman que existe "una grave inconsecuencia pues se otorgan derechos sin que para ellos exista un sujeto"; ORDOQUI, *Daños y perjuicios causados al concebido aún no nacido* cit., 37-68, argumenta que el artículo 1 C. C. alemán dispone que sólo a partir del nacimiento comienza jurídicamente la persona y que "el propio cuerpo normativo se encarga de desvirtuar este principio al atribuir derechos al concebido".
- 14 F. BUSNELLI, *Profili del diritto latinoamericano delle persone*, en vv.AA, *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, S. SCHIPANI (ed.), Padova, Cedam, 1991, 250, al referirse a los códigos de NAPOLEÓN e italianos de 1865 y 1942.
- 15 C. FERNÁNDEZ, *Nuevas tendencias en el Derecho de las personas*, Lima, 1990, 61.

defirieron" Si muere, en cambio, se reputará no haber existido jamás y pasarán estos derechos a otras personas (art. 77).

Como vemos, en principio, en el modelo de BELLO sólo si el nacimiento constituye un principio de existencia entrará el recién nacido en el goce de todos sus derechos como si hubiere existido al tiempo en que se le defirieron. En cambio, allí donde el concebido es "persona por nacer", adquiere sus derechos desde la concepción. Y si nace muerto, estos derechos se extinguen¹⁶.

Esta inicial diversidad, sin embargo, se atenúa en relación al derecho a la vida y a la salud del concebido. Ello por cuanto dichos derechos –como pasamos a demostrar– gozan de una protección inmediata en el sistema del jurista venezolano.

En efecto, ya el artículo 75 del Código Civil chileno –vigente casi sin modificaciones¹⁷ en los códigos civiles de Ecuador (art. 61) y Colombia (art. 91) en la región andina, y en los códigos de El Salvador (art. 73), Honduras (art. 52), Nicaragua (art. 13) y Panamá (art. 43)¹⁸ en Centroamérica– consagra expresamente el principio¹⁹ de la protección legal de la vida y la salud del que está por nacer en los siguientes términos: "La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá". Y el inciso segundo agrega la conocida previsión romana²⁰: "Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.

16 El artículo 70 C. C. Ar precisa que los derechos adquiridos desde la concepción quedan «irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida» y el artículo 1 C. C. Perú prescribe: "La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo", a diferencia de los derechos extrapatrimoniales que por el contrario no dependen de condición alguna. La doctrina argentina y peruana ya citada sostiene que el concebido adquiere los derechos de modo actual, siempre que le sean favorables, bajo condición resolutoria pues si el concebido no nace con vida, los derechos ya adquiridos se resuelven, retro trayéndose sus efectos hasta el momento de la concepción. Ver especialmente FERNÁNDEZ. *Nuevas tendencias en el Derecho de las personas*, cit., 87 ss. y su artículo *El derecho de las personas en los códigos civiles de Argentina (1869) y Perú (1984) y la unidad del sistema jurídico latinoamericano*, en *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, cit., 272 ss.

17 En el inciso 1.º parte final, Nicaragua (art. 13) reemplaza la expresión "no nacido" por "el que está por nacer". En el inc. 2º Colombia (art. 91) reemplaza «castigo» por "sanción" y Panamá (art. 43) por «pena» mientras que en El Salvador (art. 73), Honduras (art. 52) y Nicaragua este inciso no existe. En Ecuador (art. 61) la norma es idéntica.

18 En Venezuela, correspondía sin modificaciones al art. 2 C. C. de 1862, que fue reemplazado prontamente por el código de 1867, donde se adopta el proyecto español, esquema que se mantiene en los posteriores códigos donde nuestra norma no existe. No fue adoptada en Uruguay, a pesar de que el código chileno fue una de las obras más influyentes.

19 L. CLARO, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, vol. I "De las personas" cit., 221.

20 Ulpiano D 1.5.18, 48, 19, 3.

El sujeto tutelado es «el que está por nacer», «la criatura que está por nacer», el «no nacido» o «criatura que tiene en su seno (la madre)», y que en sus *Principios del derecho romano según el orden de las Instituciones de Justiniano* llamaba Bello, en cambio, «niño» y «feto»²¹.

En la nota al art. 75 Andrés Bello cita como fuente dos leyes de la Partida Séptima que prohíben imponer tormentos y penas a una mujer embarazada pues el concebido no "merece" tales males. Se agrega que si a sabiendas se "ajusticia" a la mujer embarazada se recibirá la pena que corresponde al homicidio de cualquier otro²².

Cuando Bello redacta su norma introduce dos innovaciones importantes a las fuentes utilizadas. En primer lugar abandona esta casuística y la reemplaza por la consagración de un principio general, aun cuando mantiene la hipótesis de protección del *nasciturus* cuando su madre es condenada a un castigo que ponga en peligro su vida o su salud. Y en segundo lugar, consciente de estar regulando una materia inspirada en el interés público y el principio del *commodum* del *nasciturus*, obliga al juez a proceder de oficio y concede acción popular para que se tomen todas las providencias que se estimen convenientes para proteger su vida y salud, cuando de algún modo peligra. Se trata de una tutela amplísima «preventiva y represiva»²³ que se desarrolla por medio de disposiciones civiles, procesales y penales.

Esta norma permite entonces afirmar pacíficamente que si bien los derechos regulados en la ley «están suspensos hasta que el nacimiento se efectúe», los derechos del concebido a la vida y la salud, en cambio, son actuales y deben ser protegidos por la ley y la justicia desde la concepción. Y si este principio, como en Chile, está consagrado a nivel constitucional ofrece la garantía, además, de que no podrá dictarse ley alguna que amenace o viole estos derechos.

C. Confirma además este principio el razonamiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, la cual, trabajando con las mismas normas del Código Civil chileno²⁴, ha precisado que «debe entenderse que el artículo 93

21 A. BELLO, *Derecho romano III. - Principios del Derecho romano según el orden de las Instituciones de Justiniano*, en *Obras completas de Andrés Bello*, XVII, 2.ª ed., 1981, 317.

22 Se trata de la ley 2 del título 30 («... Otrosi decimos que non deben meter a tormento a [...] ninguna mujer que fuese preñada [...] Esto es [...] por razón de la criatura que tiene en el vientre que no merece mal») y de la ley 11 del título 31 («... Otrosi decimos que si alguna mujer preñada hiciere algo por lo que debe morir, no la deben matar hasta que esté parida. Si el hijo que es nacido no debe recibir pena por el yerro del padre, mucho menos lo merece el que está en el vientre por el yerro de su madre. Y por esto, si alguno contra éste hiciere ajusticiar a sabiendas una mujer preñada, debe recibir una pena igual a la de aquel que a tuerto mata a otro»).

23 En Ecuador, comentando el artículo 61, J. LARREA, *Derecho civil del Ecuador*, 1ª Parte general y personas", 5.ª ed., Quito, Corporación de Estudios y publicaciones, s. f. 400.

24 El artículo 91 corresponde al artículo 77 C. C. Chile: «los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese estarán suspensos hasta

hace referencia sólo a los derechos de rango legal», de tal manera que mientras estos «derechos meramente legales» son «condicionales» hay otros (los «derechos fundamentales inherentes a la condición humana y compatibles con la circunstancia de no haber nacido») que son «puros» pues «no están suspendidos, sino en plena vigencia, mientras no ocurra el alumbramiento». Agrega la sentencia que «la Constitución busca preservar al no nacido en aquello que le es connatural y esencial: la vida, la salud, la integridad física, etc. Tanto así que en desarrollo de los preceptos constitucionales, la legislación penal castiga severamente las conductas que conducen al menoscabo de dichos intereses (CP. art. 343) y la civil concede facultades expresas al juez para custodiarlos (art. 91)»²⁵. Y LARREA en Ecuador, comentando idéntica norma, coincide en que «si bien la existencia legal comienza con el nacimiento, esto no significa que el Derecho desconozca los inviolables derechos de la persona humana antes de nacer»²⁶.

D. En Venezuela, donde no existe esta norma, también afirma SANOJO que el concebido «tiene derechos puros y condicionales. Tendrá derecho a alimentos pura y simplemente porque se trata de su bien, derecho actualmente necesario para su existencia y desarrollo y que por lo tanto no puede someterse a ninguna condición»²⁷. En el mismo sentido Ordoqui en Uruguay afirma que «es preciso deslindar con cuidado los aspectos patrimoniales de los personales. Pues [...] desde que existe un ser humano, con vida, en evolución, la tutela a su integridad es un derecho protegido por el ordenamiento jurídico. También al Derecho civil por imperio de normas constitucionales compete la tutela de los derechos de la personalidad y es en esta esfera donde el Derecho civil debe abrirse y aceptar la realidad tal cual la presentan los hombres de ciencia sin imponer limitaciones innecesarias e inconstitucionales»²⁸. Y en Costa Rica, VARGAS coincide en que «el derecho a la vida y a su integridad deben ser atribuidos al *nasciturus* en forma actual»²⁹.

que el nacimiento se efectúe...», y el artículo 93 corresponde al inciso 1.º del artículo 75 C. C. Chile que se acaba de transcribir en el cuerpo.

25 La sentencia T-223, del 18 de mayo de 1998 de la Corte Constitucional colombiana afirma: «De todo lo dicho puede concluirse 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, si y sólo si, acaece el nacimiento. Por el contrario, los derechos fundamentales, bajo las condiciones antedichas, pueden ser exigibles desde el momento mismo que el individuo ha sido engendrado». Transcrita en parte en los comentarios al artículo 91 C. C. Colombia en la edición Legis.

26 J. LARREA, *Derecho civil del Ecuador*, cit., 399. Además el artículo 12 del Código de Menores de 1992, aplicable según el artículo 3 a «todo ser humano desde su estado prenatal», prohíbe «someter a un menor, desde su concepción, a experimentación médica o científica».

27 Citado en AA.VV. *Código Civil de Venezuela*, J. MÉLICH (dir.), Caracas, 1982, Art. 17, 21.

28 ORDOQUI, *Daños y perjuicios causados al concebido aún no nacido*, cit., 47.

29 PÉREZ, *Existencia y capacidad de las personas*, cit., 53.

E. El principio de la protección legal de la vida y salud del concebido ha sido confirmado también en importantes textos internacionales y numerosas constituciones latinoamericanas. Así pues, reconocen el «derecho a la vida» en general la Declaración Universal y la Declaración Americana de los Derechos Humanos, así como lo aseguran las constituciones de Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, Venezuela, Uruguay, Nicaragua, El Salvador, Honduras, República Dominicana, Costa Rica, etc.³⁰.

Y especialmente se afirma nuestro principio cuando se ha previsto expresamente la tutela a la vida, a la salud y a la integridad física del *nasciturus*, como acontece en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959 en donde se prefirió precisar que a éste se le debe dar «la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento», así como en la Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica de 1969) que afirma: «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» (art. 4, 1). Y la misma tendencia se aprecia en varias constituciones latinoamericanas: en Ecuador, «El Estado asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción, a la integridad física y psíquica [...], a la salud integral y la nutrición» (art. 49)³¹. En Paraguay, «El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción [...]. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica» (art. 4), y «El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona» (art. 68)³². En El Salvador «Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral [...]. Así mismo se reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción» (nuevo art. 2). En Honduras, «Al que está por nacer se le considerará nacido para

30 Art. 7 en Bolivia; art. 5 en Brasil; art. 11 Colombia; art. 19 n.º 1 en Chile; art. 19 n.º 1 en Ecuador; art. 2 n.º 1 en Perú; art. 43 en Venezuela; art. 7 en Uruguay; art. 23 en Nicaragua; art. 2 en El Salvador; arts. 61 y 65 en Honduras; art. 8 en República Dominicana; art. 21 en Costa Rica. En Panamá las autoridades están obligadas a proteger la vida (art. 17). Varias de estas constituciones también protegen la maternidad. En Venezuela, «El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción» (art. 76). En Nicaragua, «El Estado otorga protección especial al proceso de reproducción humana. La mujer tendrá protección especial durante el embarazo» (art. 74). En Panamá, «El Estado protege el matrimonio, la maternidad y la familia» (art. 52). En Uruguay, «La maternidad, cualquiera sea la condición o estado de la mujer, tiene derecho a la protección de la sociedad y a su asistencia en caso de desamparo» (art. 42). En Brasil, «São direitos sociais as proteção à maternidade e à infância» (art. 6). En Cuba, «El Estado protege a la familia, la maternidad y el matrimonio» (art. 35). En Bolivia, «la maternidad está bajo la protección del Estado» (art. 193).

31 Además, el artículo 23 establece: «Se prohíben [...] la aplicación y utilización indebida de material genético humano».

32 Además el Código Sanitario (Ley 836 de 1980) contiene una primera sección «De las personas por nacer» donde en el artículo 15 señala que éstas «tienen derecho a ser protegidas por el Estado, en su vida y en su salud, desde su concepción».

todo lo que le favorezca dentro de los límites establecidos por la Ley» (art. 67), «el derecho a la vida es inviolable» (art. 65) y «toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral» (art. 68). En Perú, «Toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece» (art. 2) y «todos tienen derecho a la protección de su salud» (art. 7). En Chile, el artículo 19 dispone que «La Constitución asegura a todas las personas: 1.º El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer»³³.

Se consolida así como principio del Derecho común latinoamericano aquel de la protección legal de la vida (en sentido amplio, es decir, incluyendo la integridad) y la salud del concebido, el cual tiene su primer asidero, como hemos visto, en los propios códigos civiles, así como también en la doctrina y la jurisprudencia, siendo reafirmado recientemente en declaraciones internacionales y en textos constitucionales. Y en lo que respecta específicamente a los códigos civiles es interesante recalcar que la afirmación del aludido principio no sólo tiene lugar en aquellos códigos que consideran al *nasciturus* como una persona, sino también dentro del modelo de Bello, en el cual, pese a una aparente orientación divergente, se reconoce al que está por nacer un derecho «actual» a su vida y a su salud y se otorgan amplias facultades al juez y ciudadano para tutelarlos.

La existencia de un principio en tal sentido genera trascendentes repercusiones prácticas: se traduce, por ejemplo, en el derecho del concebido a ser alimentado³⁴ o a no ser lesionado durante su crecimiento intrauterino, y estará destinado a orientar—como se ha dicho—, «a falta de una disposición específica reglamentaria, la actividad de experimentación sobre los embriones»³⁵, así como constituirá «un

33 Que repite la primera parte del artículo 75 del C. C. Chile de 1855. Al redactar la norma constitucional, «Después de un largo debate, se dejó constancia en actas de que a través del precepto constitucional se está condenando el 'aborto', y no podría dictarse una ley que lo hiciera permisible, pero el legislador determinará si hay casos tan calificados, como el del aborto terapéutico, principalmente así que puedan no ser constitutivos de delitos (Sesión n. 90, pág. 20) [...] El comisionado señor JAIME GUZMÁN votó contra el precepto por estimar que después de consagrarse el derecho a la vida, debía seguirse en forma necesaria con la prohibición del aborto y la eutanasia (Sesión n. 90, pág. 20)». Todo en ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, *Tratado de Derecho civil. Partes preliminar y general*, 1, 1998, 199.

34 Comentando el artículo en examen CODD y FABRES afirman: «De estos principios generales se infiere que la criatura no nacida tiene también derecho de alimentos, pues sin ellos peligra su vida o salud» cit., en F. VÉLEZ. *Estudio sobre el Derecho civil colombiano*, 2.ª ed., París, Imprenta París-América, s. f., I, 75.

35 U. BRECCIA, L. BIGLIAZZI-GERI, U. NATOLI y F. BUSNELLI. *Derecho civil*, F. Hinestrosa (trad.), I, I «Normas, sujetos y relación jurídica», Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992, 118, para quienes, «Por lo tanto, debe considerarse, sin más, ilícita toda experimentación con fines industriales (p. ej. en el sector de los cosméticos), igual que cualquiera intervención alteradora dirigida a cambiar el patrimonio genético del embrión o a desarrollar organismos humanos con hipertrofia anormal de algunos órganos; en tanto que la llamada experimentación

criterio interpretativo imprescindible para la aplicación de las normas dirigidas a introducir límites a tal tutela»³⁶.

II. LA ACCIÓN POPULAR DE PROTECCIÓN DE LA VIDA Y LA SALUD DEL *NASCITURUS* EN EL DERECHO LATINOAMERICANO

Andrés Bello, con una «perdurante modernidad»³⁷, no sólo incluyó el principio de la protección legal de la vida y la salud del *nasciturus* hace ya 150 años en su Código Civil sino que además lo rodeó de útiles instrumentos procesales e importantes garantías penales. Recordemos el artículo 75:

La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.

Se protege entonces la «vida» y la «salud» del concebido por tres medios. Cuando su vida «peligre de cualquier modo»:

- 1.º) Se concede acción popular;
- 2.º) Se obliga al juez a proceder de oficio.

En ambos casos con la finalidad de que se tomen todas las providencias que parezcan convenientes y,

3.º) Se difiere hasta después del nacimiento todo castigo de la madre, que ponga en peligro la vida o la salud del concebido.

En esta oportunidad dejaremos de lado los dos últimos aspectos, regulados generalmente en los códigos de procedimiento, penal, de menores, etc., para tratar de la mencionada acción popular.

Se trata de una tutela preventiva amplísima. Para iniciar el mecanismo de protección popular basta que el juez "crea" que la vida del concebido "peligrará", cualquiera sea el origen o el modo en que se manifieste la situación de peligro. Y se podrán solicitar al juez cualesquiera providencias, tales como internar a la mujer en una clínica u hospital, determinar una pensión alimenticia suficiente para que

terapéutica o la denominada científica pura [...] podrían ser consideradas lícitas sólo si no implican un peligro de daño irreparable para la salud del embrión —y siempre con la exigencia del consentimiento de los padres—».

36 BRECCIA, BIGLIAZZI-GERI, NATOLI y BUSNELLI. *Derecho civil* cit., 118.

37 F. BUSNELLI, *Considerazioni sulla "crisi" dei codici, con particolare riferimento al caso del codice civile cileno di ANDRÉS BELLO*, cit. en ANDRÉS BELLO y el *Derecho latinoamericano. Congreso Internacional. Roma 10/12 diciembre 1984*, La Casa de Bello, Caracas, 1987, 494.

la mujer mantenga su salud y la de la criatura³⁸ y, en general, el «prohibir someter a un menor, desde su concepción, a experimentación médica o científica»³⁹.

ANDRÉS BELLO concede acción a «cualquier persona» para pedir al juez todas las providencias que le parezcan convenientes con miras a proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará. Se trata de una acción popular pues la legitimación activa pertenece a «cualquiera» y no exclusivamente, como es habitual, a quien tenga o represente un interés personal en el asunto. Cualquiera «tiene legitimación para solicitar por sí mismo y en nombre propio el remedio ante la lesión de bienes comunes»⁴⁰.

El insigne jurista decide dar un régimen especial a la protección de la vida y la salud del hombre antes de nacer, y elige la acción popular como uno de sus instrumentos. Ya se ha comprobado⁴¹ que siguiendo el Derecho romano⁴² y la tradición española representada por las Siete Partidas, ANDRÉS BELLO en su código concede la acción a «cualquier persona del pueblo» en importantes casos en que existe amenaza o —como él mismo precisa— «daño público», es decir, amenaza o daño a intereses generales, sociales⁴³, difusos o colectivos, entendiendo estas expresiones como alusivas a aquellos intereses que pertenecen a todos y cada uno de los miembros de una colectividad⁴⁴. Acción popular —coincide ESCRICHE— «es

38 LARREA, *Derecho civil del Ecuador*, 1, cit., 401.

39 Esta forma concreta de protección corresponde al artículo 12 del Código de Menores de 1992. Ver además AA.VV., *Manual de Derecho civil ecuatoriano, vol. 1, "Personas y Familia"*, Universidad Técnica Particular de Loja, Ciencias Jurídicas, y Gráficas Hernández, Cuenca, Ecuador, 1999, 47-57, especialmente 54.

40 A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, 1, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, 193, al tratar de los interdictos populares en el Derecho romano.

41 V. DELGADO SCHNEIDER, *La protección del medio ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de ANDRÉS BELLO: un estudio histórico comparativo*, en AA.VV. *Sesquicentenario del Código Civil: Pasado, presente y futuro de la codificación*, Universidad de Chile, en prensa.

42 Para las acciones e interdictos populares en el Derecho romano, C. BRUNS, *Le azioni popolari romane*, V. SCIALOJA (trad. y prefacio), en *Archivio giuridico*, 1882, vol. 28, 166-279, y también en V. SCIALOJA, *Studi giuridici*, 1, 1933, 108-169, y C. FADDA, "L'azione popolare", en *Studio di diritto romano e attuale*, 1, Torino, 1894, 310 ss.

43 CLARO, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, 1, cit., 221.

44 La consagra en Chile (y fue recogida en tantos otros códigos civiles latinoamericanos), por ejemplo, para la tutela de los bienes cuyo uso pertenece a todos (art. 948), para garantizar la seguridad de caminar seguros por las calles (art. 2328), para el caso de daño contingente en general (art. 2334) y también para proteger la vida del concebido (art. 75). El Código Civil de BELLO contrasta aquí fuertemente con la mayoría de los demás códigos civiles que cerraron sus puertas a las acciones populares. Aprovecho aquí para intentar explicar brevemente el por qué de este contraste.

La popularidad en el Derecho romano se explicaba fácilmente en los conceptos de interés público y de pueblo. Si el *populus* correspondía a todos los miembros de la colectividad y el interés público durante la República era el de todos estos ciudadanos, en principio, cualquiera de ellos tenía legitimación para solicitar por sí mismo y en nombre propio el remedio ante la lesión de bienes comunes. Estos conceptos cambian totalmente con la formación de

la que se concede por la ley a cualquier vecino en los asuntos que interesan al pueblo»⁴⁵. También para SARMIENTO –en Colombia– esta acción «es el remedio procesal frente a los agravios y perjuicios públicos»⁴⁶.

En la tutela del concebido Escriche confirma que «Los hijos no nacen solo para sus padres, sino también para la república; y es que el estado de sus personas pertenece más bien al público que a sus padres mismos»⁴⁷, recordando las palabras de ULPIANO en D 37.9.1.15⁴⁸. Y en el mismo sentido opina la jurisprudencia de

los Estados nacionales pues en ellos todo lo “público” se transforma en “estatal”. El Estado moderno se transforma en una entidad abstracta, separada y distinta de los ciudadanos que lo constituyen. En lo público ya no puede operar la tutela privada del ciudadano sino exclusivamente la estatal. Y esta tajante separación que se creó entre el Derecho público y privado fue fundamental para rechazar a las acciones populares a la hora de redactar los códigos civiles de estos estados nacionales europeos en el siglo XIX. Para ejercer una acción civil se consideró indispensable invocar siempre un interés “privado”, “personal” o “particular”. En los códigos civiles no se consagraron acciones populares pues las antiguas hipótesis fueron reducidas a meras denuncias del ciudadano o simplemente desaparecieron. La doctrina dominante de los siglos XIX y XX, bajo la influencia de las categorías de la Pandectística, «desmanteló» la noción de las acciones populares (pues las consideró como aquellas en que el ciudadano actuaba sólo como un representante del Estado) y en definitiva no las acogió como Derecho vigente. Un valioso estudio del argumento en A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle “res in uso pubblico”. Linee di una indagine*, en *Diritto e processo nella esperienza romana (in onore a Provera)*, NAPOLI, 1994, 481-520, de donde hemos obtenido las palabras de IHERING. Y para el concepto de Estado a partir del Derecho romano, fundamental, CATALANO, *Diritti e persona, cómo Alle radici del problema delle persone giuridiche*, 163 ss., y R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Torino, 1968.

El gran jurista latinoamericano, en cambio, rechaza esta distinción tajante entre Derecho público y privado pues como romanista sabía que «dichos conceptos jamás se contraponen sino que sólo sirven para analizar puntos de vista diversos asumidos por las realidades jurídicas» (CATALANO, *Diritto e persona* cit., 187 ss.). Influida por el espíritu del Derecho romano republicano (directamente del *Corpus Iuris Civilis* o a través de Las Partidas de ALFONSO X El Sabio), acogió antiguas acciones populares o creó nuevas, como aquella a favor del concebido. Y dichas acciones, constituyendo ya una trascendente originalidad de las codificaciones civiles latinoamericanas, están destinadas a ser un útil instrumento para dar solución a muchos problemas que genera la sociedad actual, derivados –tantas veces– de un exagerado individualismo.

45 Voz *Acción pública o popular* en J. ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Edición notablemente corregida y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el Derecho americano por J. Guím, I, Editorial Temis, Colombia, 1977, 102.

46 Cit. por su alumna B. LONDOÑO, *Las acciones colectivas en defensa de los derechos de tercera generación*, en *Estudios Socio-Jurídicos, Revista de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario*, 2, Bogotá, mayo de 1999, 56 ss., donde se dedica especialmente a las acciones populares que tutelan el ambiente.

47 Voz *Nacimiento*, en ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, cit., IV, 153.

48 «Se favorece al concebido hasta que sea dado a luz, al niño hasta que sea introducido en la familia; el concebido debe ser alimentado porque no nace solamente para los padres... sino también para la *res publica*».

Costa Rica⁴⁹. Por ello, comentando este artículo 75, Claro Solar señala igualmente que «el interés social exige que se garantice la existencia de toda criatura desde el momento de su concepción. [...] Los delitos, así como todos los hechos indirectos que pudieran poner en peligro su existencia son castigados o prevenidos cuidadosamente»⁵⁰, a tal punto –agregamos– que cualquiera persona podrá solicitar una amplia tutela en caso de amenaza.

Como ya dijimos, la original acción popular de Andrés Bello para tutelar la vida del concebido está vigente en los códigos civiles de Chile⁵¹, Ecuador, El Salvador, Colombia, Honduras, Nicaragua y Panamá. Y en la última década

49 La Sala de Casación de Costa Rica, en 1957, precisó que hay un «interés público» en la regulación del estado y capacidad de las personas. La cita en PÉREZ, *Existencia y capacidad de las personas*, cit., 52.

50 CLARO, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, cit., 221.

51 Aunque se ha preferido utilizar el recurso de protección del artículo 20 de la Constitución, sin éxito porque se ha considerado que no es una acción «popular». Por ejemplo, en el año 2001, diferentes organizaciones presentaron recursos de protección en contra de la resolución del Instituto de Salud Pública que registró y autorizó la comercialización del anticonceptivo de emergencia Levonorgestrol 0,75 mg, conocido como «la píldora del día después», cuyo efecto es impedir que el óvulo fecundado anide en el endometrio eliminando las condiciones necesarias para que dicho anidamiento se produzca. Se solicitaba que la Corte de Apelaciones adoptara las providencias necesarias para asegurar el derecho a la vida del que está por nacer desde el momento de la concepción (art. 19 n.º 1), derecho que se estimaba amenazado. A nivel constitucional, las garantías fundamentales pueden defenderse con el recurso de protección en los términos del artículo 20: «El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1 [...] podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.» Se trata de un procedimiento breve y concentrado de gran éxito en mi país. Sin embargo, en este caso, la sentencia del 28 de mayo rechazó los recursos porque «en la especie, se ha recurrido por diferentes organizaciones, a favor de personas naturales, a nombre propio, de las entidades que representan, por los individuos por nacer que se encuentran concebidos y por sus padres, sujetos todos indefinidos y faltos de la concreción indispensable que la ley exige para ser titulares de la acción de protección de que se trata» (n.º 9) pues para su ejercicio «es preciso definir la persona del afectado en cuyo favor se recurre». (n.º 5). «La premisa básica de exigir como afectado a una persona o ente determinados, excluye la pretensión de que la acción de protección tenga el carácter de general o popular, que permita su ejercicio por cualquiera aun cuando no aparezca directamente perjudicado». (n.º 6). Sentencia del 28 de mayo de la Corte Suprema (Identificador n.º 23587 de Lexis Nexis).

distintas acciones populares han sido consagradas en Colombia⁵² y Paraguay⁵³ para la tutela de diversos derechos del concebido, y se propone en las directivas generales para la elaboración del proyecto de reforma del Código Civil de Puerto Rico⁵⁴.

- 52 En Colombia, el artículo 44 de la Constitución de 1991 establece en el inciso 1.º como derechos fundamentales de los niños la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, etc. En el inciso 4.º establece: «La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores».
- 53 En Paraguay, la Constitución de 1992 reconoce que «el derecho a la vida es inherente a la persona humana», y por lo mismo «garantiza la protección de la vida desde la concepción». Para esta protección el artículo 54 dispone que «La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores». Como vemos, «cualquier persona tiene la legitimación activa para exigir el cumplimiento de estas garantías, ante las autoridades competentes. Es muy interesante y novedosa esta afirmación», afirman M. ACEVEDO y E. KRISKOVICH. *Los menores por nacer y su personalidad en el sistema jurídico paraguayo*, en *Revista Universitas del Instituto Tomás Moro de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción*, año 1, 1, 1999. La norma agrega que los derechos del niño, «en caso de conflicto» (p. ej. aborto, con sus padres; manipulación, con otros particulares o con el Estado), tienen «carácter prevaleciente».
- 54 También se propone en el proceso de reforma del Código Civil de Puerto Rico. En las Directivas Generales de la Comisión Legislativa (Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico), creada mediante la Ley 85 del 16 de agosto de 1998, se afirma: «El Derecho de las Personas y de la Familia ha sido el que más se ha modificado en Puerto Rico y en otros países en el curso de las últimas décadas. El reclamo y parcial reconocimiento de los derechos de la mujer, la protección de los menores y de los envejecientes e incapaces, los adelantos científicos y la mayor participación de quienes antes eran formalmente dependientes del jefe del hogar han tenido como consecuencia reformas profundas, que en Puerto Rico se evidencian a partir de mediados de la década de los años 1970. Los cambios sociales, sin embargo, han superado a los jurídicos y hoy se requieren modificaciones adicionales que reconozcan reclamos legítimos y que den mayor coherencia a los logros obtenidos. En consecuencia: a) Debe evaluarse la conveniencia de incluir en el Código una relación de los derechos humanos fundamentales reconocidos. Como parte de éstos, debe estudiarse si corresponde legitimar al ciudadano a representar intereses colectivos reconocidos en el ordenamiento». El anteproyecto de código no ha sido aún terminado. El texto de las Directivas Generales fue conseguido en: <http://home.microjuris.com/comisioncodigocivil/Documentos/>