

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA DE OCCIDENTE
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS



TRABAJO DE GRADO

**DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONCEBIDO NO NACIDO Y SU TUTELA
EFECTIVA POR PARTE DEL ESTADO SALVADOREÑO**

**PARA OPTAR AL GRADO DE
LICENCIADO(A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR

JOHN AMILCAR LIMA GONZÁLEZ
TIFFANY LIZETH MORÁN RODRÍGUEZ
JENNIFER ESMERALDA SANDOVAL RODRÍGUEZ
KARLA LILIANA VELÁSQUEZ CASTILLO
ADÁN ENMANUEL VELÁSQUEZ DOMÍNGUEZ

DOCENTE ASESOR

LICENCIADO WILFREDO EFRAÍN RIVERA TRINIDAD

JULIO, 2019

SANTA ANA, EL SALVADOR, CENTROAMÉRICA

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

AUTORIDADES



M.Sc. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO

RECTOR

DR. MANUEL DE JESÚS JOYA ÁBREGO

VICERRECTOR ACADÉMICO

ING. NELSON BERNABÉ GRANADOS ALVARADO

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICDO. CRISTOBAL HERNÁN RIOS BENÍTEZ

SECRETARIO GENERAL

M.Sc. CLAUDIA MARÍA MELGAR DE ZAMBRANA
DEFENSORA DE LOS DERECHOS UNIVERSITARIOS

LICDO. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN

FISCAL GENERAL

FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA DE OCCIDENTE

AUTORIDADES



DR. RAÚL ERNESTO AZCÚNAGA LÓPEZ

DECANO

M.Ed. ROBERTO CARLOS SIGÜENZA CAMPOS

VICEDECANO

M.Sc. DAVID ALFONSO MATA ALDANA

SECRETARIO

M.Ed. MIRNA ELIZABETH CHIGÜILA DE MACALL ZOMETA

JEFA DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS

A DIOS, PRIMERAMENTE

Que me dio las fuerzas necesarias para lograr culminar mi carrera Universitaria, iluminando mi camino y apartando todos los obstáculos que se me presentaban; así mismo, me dio la paciencia, la sabiduría que me permitieron alcanzar este éxito en mi vida, obteniendo mi formación profesional.

A MI MADRE

Sandra Carolina González, quien ha sido un pilar muy importante en mi vida, para la realización de mi formación profesional, que, con sus consejos idóneos, con su amor y apoyo incondicional me motivo y me ha enseñado a creer en mis sueños y a luchar por ellos, por lo que, esta tesis después de Dios se la dedico a ella especialmente, quien con su sabiduría me ha guiado en la vida, cultivando en mis valores de respeto, confianza, perseverancia, y responsabilidad.

A MI PADRE

Noel Lima Nájera, por el apoyo que me brindo día a día, por sus consejos y por darme ánimos cuando más los necesite y nunca dejo que me rindiera a pesar de los obstáculos que se me presentaban en el camino.

A MIS HERMANAS

Jeni Carolina Lima González y Teresa Ofelia Lima González quienes fueron pilares importantes en mi vida, les agradezco sus importantes e invaluable consejos que me dieron cuando más los necesité, por su apoyo incondicional, el cual me inspiran a esforzarme y dar lo mejor de mí.

A LOS LECTORES

Esperamos que cuando consulten nuestro de grado les sea de mucha utilidad.

A MIS COMPAÑEROS DE TESIS

Por ser buenos compañeros y amigos, ya que juntos pasamos momentos de felicidad, risas, preocupaciones, enojos y triunfos, personas únicas que dios puso en mi camino para enseñarme a trabajar en equipo siendo responsables y humildes, sobre todo.

A MIS ASESORES.

Wilfredo Efraín Rivera Trinidad y Walter Antonio Fagoaga, por ser unos profesionales idóneos que nos brindarnos su ayuda, para el desarrollo de nuestro trabajo de la mejor manera posible, brindando sus consejos y conocimientos, así como toda la disponibilidad de tiempo para trabajar a nuestro lado.

A LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Especialmente a la Facultad Multidisciplinaria de Occidente, por ser una segunda casa a lo largo de mi carrera y darme toda la sabiduría, por tener excelentes profesionales como docentes y al mejor Departamento de Ciencias Jurídicas, ya que desempeñan una gran labor formando nuevos profesionales.

JHON AMILCAR LIMA GONZALEZ.

AGRADECIMIENTOS A DIOS: Por brindarme fortaleza y sabiduría a lo largo de la carrera bendiciéndome de una manera grande y especial en la cual me permite culminar exitosamente una etapa muy importante de mi vida.

A MIS PADRES.

GLORIA DE JESUS RODRIGUEZ DE MORAN Y JOSE ANTONIO MORAN CALIDONIO: Por ser un ejemplo a seguir y ser los pilares fundamentales en mi vida por creer, confiar y brindarme su apoyo incondicional sus palabras constantes de ánimos y lucha en el trayecto de la carrera, mi trabajo de grado y anhelar lo mejor para mí, sin ellos esto no sería posible doy gracias a Dios por darme la dicha de bendecirme al tenerlos como padres

MI SOBRINO BRYAN STANLEY RIVERA MORAN: Por ser un ejemplo a seguir y demostrarme que hay que ser fuertes y actuar con fortaleza ante las situaciones más difíciles por apoyarme, animarme y mostrar su amor, gratitud y admiración hacia mi persona, este logro lo comparto contigo hasta el Cielo.

HERMANOS: Por apoyarme, ayudarme, aconsejarme y celebrar mis logros.

JOSE VALLECILLO: Por ser parte fundamental en este proceso de aprendizaje por su ayuda, cariño, consejos y palabras de motivación para que yo culminara esta hermosa etapa de mi vida.

COMPAÑEROS DE TESIS: Por ser excelentes compañeros y amigos con los cuales compartimos buenos y malos momentos superando cualquier tipo de obstáculos para llegar y cumplir el objetivo en común, brindando su máximo esfuerzo para que este trabajo de grado se llevara a cabo y terminarlo de manera satisfactoria.

A NUESTROS ASESORES.

WILFREDO EFRAIN RIVERA TRINIDAD Y WALTER ANTONIO FAGOAGA: Por su profesionalismo, ayuda, apoyo, tiempo y orientación desde el inicio de este trabajo de grado hasta su finalización

A LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR: Por ser la cuna para iniciar mi formación como profesional y brindarme una gama de conocimientos a través de los docentes pertenecientes a la facultad de Ciencia Jurídicas.

TIFFANY LIZETH MORAN RODRIGUEZ.

A DIOS TODO PODEROSO

Por permitirme llegar a esta etapa de mi vida y culminar mis estudios universitarios brindándome salud, sabiduría y paciencia a lo largo de la carrera, enseñándome a luchar por mis sueños ya que, de la mano de él, su hijo Jesucristo y la virgencita María todo se puede lograr, sin importar las dificultades que se presenten en el camino, y sobre todo aprendí que los tiempos de Dios son perfectos y que las cosas pasaran cuando sea su voluntad no la mía.

A MIS PADRES

Nury Elizabeth Rodríguez de Sandoval y Pedro Antonio Sandoval Cabrera por darme la vida y educarme con los valores que hoy en día forman parte de mi persona, por sacrificarse por pagar mis estudios brindándome su apoyo incondicional en todo momento y enseñarme el valor de trabajar duro por conseguir lo que quiero, y ser valiente en el camino de la vida, no olvidando que si caigo en algún momento, lo importante es levantarme con la frente en alto y seguirlo intentando hasta obtener los resultados que quiero, gracias infinitas por todos sus consejos ya que sin ustedes no lo hubiese logrado.

A MI HERMANA

Katherinne Lissette Sandoval Rodríguez por aguantarme en todos mis momentos de estrés a lo largo de mi carrera y por darme ánimos a salir adelante cuando más lo necesitaba.

A MI NOVIO

José Leonel Ruano Moreno, quien ha sido un apoyo incondicional en mi carrera, estando presente y ayudándome cuando más lo necesitaba, siempre tiene una palabra de aliento y de consuelo en los momentos difíciles dándome fuerza para salir adelante y enfrentar todos los problemas que se me presentan, impulsándome a ser mejor cada día.

A MIS TIOS Y PRIMA

Coralia Rendón, José Eduardo Rendón, Claudia Molina y Linda Eisenberg, quienes han sido un apoyo incondicional en todo momento brindándome sus consejos y palabras de aliento y siempre estando presentes cuando más los necesitaba.

A MIS COMPAÑEROS DE TESIS

Por ser buenos compañeros y amigos, ya que juntos pasamos momentos de felicidad, risas, preocupaciones, enojos y triunfos, personas únicas que dios puso en mi camino para enseñarme a trabajar en equipo siendo responsables y humildes, sobre todo.

A MIS AMIGOS

Que siempre me brindaron sus palabras de aliento para seguir adelante y su ayuda incondicional.

A MIS ASESORES.

Wilfredo Efraín Rivera Trinidad y Walter Antonio Fagoaga, por ser unos excelentes profesionales y brindarnos su ayuda, para desarrollar nuestro trabajo de la mejor manera posible, brindando sus consejos y conocimientos, así como toda la disponibilidad de tiempo para trabajar a nuestro lado.

A LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Especialmente a la Facultad Multidisciplinaria de Occidente, por ser una segunda casa a lo largo de mi carrera y darme toda la sabiduría que como alma mater nos regala, por tener excelentes profesionales como docentes y al mejor Departamento de Ciencias Jurídicas, ya que desempeñan una gran labor forjando nuevos profesionales.

JENNIFFER ESMERALDA SANDOVAL RODRIGUEZ

A DIOS: Por sus infinitas bendiciones y por ayudarme a llegar hasta aquí, por mostrarme su amor en cada una de las etapas de mi carrera y darme las fuerzas para culminar éxito.

A MI FAMILIA: Por su apoyo incondicional, por ayudarme siempre a salir adelante y dar lo mejor de mí.

A MI TIA VILMA VELASQUEZ: Por haber sido un ángel que me ayudo cuando yo más lo necesite, le agradezco gran parte de mi carrera, sus palabras de motivación que me sirvieron para no rendirme y así llegar hasta el final.

A MI NOVIO: Por sus palabras que me confortaban cuando yo las necesitaba, por su ayuda incondicional, por llevarme a muchas reuniones con mis compañeros para finalizar este proceso.

KARLA LILIANA VELÁSQUEZ CASTILLO.

Gracias a DIOS por la vida de mis padres, gracias porque cada día me bendice con la oportunidad de poder disfrutar estar al lado de las personas que más amo y me aman.

El amor recibido, la paciencia por la que cada día se preocupaban mis padres por el avance y desarrollo en este trabajo de grado, es simplemente único y refleja su amor hacia mí.

Gracias a mis PADRES, Rosa Marina Domínguez de Grande y Adán Velásquez García por ser los principales promotores de mis sueños, gracia a ellos por confiar, por en creer en mí y en mis expectativas, gracias a mi madre por acompañarme en cada momento de este trabajo; gracias a mi padre por siempre desear y anhelar lo mejor para mi vida, agradecido con mi hermana Karla Marina Velásquez Domínguez, que me ha servido de inspiración y fuerza, gracias por cada consejo y por cada una de sus palabras que me han guiado.

Gracias a la VIDA por este nuevo triunfo, gracias a todas las personas, entre familiares y amigos que me apoyaron y creyeron siempre en la realización de este trabajo de grado.

Agradecido grandemente con Wilfredo Efraín Rivera Trinidad y Walter Antonio Fagoaga, asesores, quienes guiaron con profesionalismo y entrega, al grupo y a mí a la realización de este trabajo de grado para poder culminarlo de la mejor manera posible, gracias por ayudar a mi formación como profesional.

A mis COMPAÑEROS de trabajo de grado, quienes además son mis amigos, personas con las cuales superamos pruebas y obstáculos inimaginables, encontré en ellos apoyo y ayuda, gracias por ser parte de mi formación amigos.

A la Universidad de El Salvador, por ser el primer peldaño en mi vida como profesional, por ser la institución educativa que ha fomentado y contribuido a mi formación integral brindándome las herramientas necesarias para culminar mis estudios universitarios como Licenciado en Ciencias Jurídicas.

ADÁN ENMANUEL VELÁSQUEZ DOMINGUEZ.

Índice

Introducción.....	xviii
Capítulo I.....	20
1. Marco descriptivo.....	21
1.1 Situación problemática.	21
1.2 Enunciado del problema.	23
1.3 Planteamiento del problema.	23
1.4 Justificación.....	25
1.5 Objetivos.....	26
1.5.1 Objetivo General.....	26
1.5.2 Objetivos específicos.....	26
1.6 Categorías de análisis.....	27
1.7 Preguntas de Investigación.....	28
1.8 Consideraciones éticas.....	29
Capítulo II.....	31
2. Marco conceptual, marco histórico, marco teórico, marco legal.....	32
2.1 Marco conceptual.....	32
2.1.1 Neoconstitucionalismo.....	32
2.1.2 Derechos Fundamentales.....	32
2.1.3 Nasciturus.....	32
2.1.4 Embrión.....	33
2.1.5 Feto.....	33
2.1.6 Concebido.....	33
2.1.7 Concepción.....	33
2.1.8 Persona.....	34
2.2 El derecho a la vida.....	35
2.3 Naturaleza jurídica de la protección del Nasciturus.....	35

2.4	Efectos favorables para el concebido no nacido.....	36
2.5	Generalidades.....	36
2.6	Etimología.....	37
2.7	Principio de la existencia de la persona humana.....	38
2.8	Marco Histórico.....	39
	2.8.1 Neoconstitucionalismo.....	39
	2.8.1.1 El Modelo de Estado Constitucional de Derecho.....	42
	2.8.1.2 El Neoconstitucionalismo como Teoría del Derecho.....	46
	2.8.1.3 La ponderación y los conflictos constitucionales.....	49
2.9	Marco Teórico.....	50
	2.9.1 Derechos Fundamentales (DDFF).....	50
	2.9.2 Características.....	50
	2.9.3 Algunos de los derechos Fundamentales.....	52
	2.9.4 Naturaleza.....	53
	2.9.5 Clases de Derechos Fundamentales.....	53
	2.9.6 Teorías de los derechos fundamentales.....	54
	A) Modelo historicista.....	54
	B) Modelo individualista.....	55
	C) Modelo Estatalista.....	56
	2.9.7 Teorías constitucionales de los derechos fundamentales.....	57
	A) Teoría liberal.....	58
	B) Teoría de los valores.....	58
	C) Teoría institucional.....	60
	D) Teoría sistémica.....	63
	E) Teoría multifuncional.....	63
	F) Teoría democrático-funcional.....	64
	G) Teoría jurídico-social.....	65
	H) Teoría de la garantía procesal.....	67
	2.9.8 Derecho comparado con El Salvador.....	69

2.9.9	Fundamento de los derechos humanos.....	70
2.9.10	Características.....	70
2.9.11	Clasificación.....	71
2.9.12	Fundamentación ético-jurídica o ius-filosófica.....	71
2.9.13	Fundamento último inmediato indirecto.....	72
2.9.14	Fundamento próximo inmediato o directo..... de los Derechos Humanos.	76
2.9.15	Fundamento jurídico-positivo.....	76
2.9.16	Fundamento jurisprudencial.....	76
2.9.17	Fundamento legal.....	79
2.10	El concebido no nacido.....	80
2.10.1	Teorías sobre la existencia e inicio de la personalidad jurídica en la persona.....	82
A)	Teoría de la concepción.....	83
B)	Teoría médica.....	84
C)	Teoría de la anidación.....	84
D)	Teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central.....	85
E)	Teoría de Inscripción en el Registro Civil.....	86
F)	Teoría de la fecundación o de la formación del genotipo.....	87
G)	Teoría del nacimiento con vida.....	88
H)	Teoría de la vitalidad.....	89
I)	Teoría de la viabilidad.....	91
2.11	Marco jurídico.....	93
2.11.1	Momento que se considera al no nacido como persona humana Constitucionalmente y la Teoría que se sigue en el estado salvadoreño.....	93
2.11.2	Reconocimiento Constitucional del no nacido como persona humana desde el instante de la concepción.....	94

en El Salvador.

2.11.2.1 Constitución de la República de El Salvador de 1983.....	94
2.11.2.2 Reforma Constitucional del artículo 1 del 30 de abril de 1997.....	95
2.11.2.3 Teoría que se sigue en El Salvador al momento de reconocerlo como persona humana.....	96
A) Teoría de la Vitalidad.....	96
B) Teoría de la Viabilidad.....	97
C) Teoría de la Fecundación o de la formación. del genotipo.....	97
2.11.3 Jurisprudencia constitucional de reconocimiento como persona humana.....	98
2.11.3.1 Sentencia 22-2011.....	98
2.11.4 El “no nacido” como sujeto de Derechos.....	99
2.11.5 Personalidad Jurídica del Nasciturus.....	101
2.11.6 Derechos fundamentales del concebido no nacido.....	104
A) Derecho a ser reconocido como ser humano desde la fecundación.....	106
B) Derecho a ser reconocido como persona humana.....	106
C) Derecho a ser reconocido como sujeto de derechos humanos.....	107
D) Derecho a Nacer.....	107
E) Derecho al acceso a una vida digna.....	108
F) Derecho a la protección de su integridad corporal.....	108
G) Derecho a la no discriminación.....	109
H) Derecho a un trato igual.....	109
I) Derecho a la protección de su ADN (protección del genoma humano).....	109

J) Derecho a no ser objeto de manipulación médico-científica que no constituya un beneficio para sí mismo.....	110
K) Derecho a una identidad.....	110
L) Derecho a vivir en un ambiente sano.....	110
2.11.7 Otorgamiento de derechos al nasciturus en el Código Civil.....	110
2.11.8 Conflicto de derechos entre la madre y el no nacido.....	111
2.11.9 Derechos de la madre en relación al no nacido.....	114
A) Derecho a la integridad personal.....	116
B) Salud sexual y reproductiva.....	117
C) Derecho a la no violencia de género.....	118
2.11.10 El derecho a la vida en la legislación salvadoreña como protección estatal a la persona humana desde el instante de la concepción.....	119
2.11.10.1 La Constitución como fundamento legal de protección a los derechos del concebido no nacido en marco al derecho a la vida.....	122
2.11.10.2 Tratados internacionales en el marco del derecho a la vida.....	123
2.11.10.3 Convención americana sobre derechos humanos.....	125
2.11.10.4 Convención sobre los Derechos del niño.....	126
2.11.10.5 Leyes secundarias.....	127
2.11.10.5.1 Ley de protección integral de la niñez y adolescencia.....	127
2.11.10.5.2 Código penal de El Salvador.....	130
2.11.10.5.3 Código de familia de El Salvador.....	132
2.11.10.5.4 Código Civil de El Salvador.....	133
2.11.10.5.5 Código procesal civil y mercantil de El Salvador.....	136

2.11.11 Instituciones estatales que brindan protección a los derechos del no nacido.....	136
A) Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.....	137
B) El Órgano Judicial.....	138
C) Procuraduría General de la República.....	141
D) Fiscalía General de la Republica.....	142
E) Secretaría nacional de la familia.....	142
F) Procuraduría para la defensa de los derechos humanos.....	144
Capítulo III.....	148
3. Metodología de la investigación.....	149
3.1 Investigación Cualitativa.....	149
3.2 Enfoque Fenomenológico.....	150
3.3 Tipo de Estudio.....	150
3.4 Población de Estudio.....	151
3.5 Muestra.....	152
3.6 Determinación de las Unidades de Análisis.....	153
3.7 Determinación de las categorías de análisis.....	153
3.8 Técnicas e instrumentos de Investigación.....	155
3.9 Técnicas para la Recolección de Datos.....	156
3.10 Procesamiento de Datos.....	157
3.11 Análisis de la Información.....	157
3.12 Triangulación de Datos.....	158
3.12.1 Conclusión grupal de la triangulación de datos.....	159
Conclusiones.....	161
Recomendaciones.....	164
Bibliografía.....	166
Anexos.....	168

Introducción.

Con el presente trabajo de investigación titulado “Derechos fundamentales del concebido no nacido y su tutela efectiva por parte del Estado Salvadoreño”, se trata de dar a conocer qué derechos fundamentales tiene el Nasciturus, así como los mecanismos jurídicos que existen para tutelar proteger y garantizar que se cumplan los mismos, siendo el Estado, el principal ente garantizador, obligado a proteger desde el momento de la concepción al concebido no nacido, lo anterior establecido por mandato constitucional en el artículo uno inciso segundo del mismo cuerpo legal.

Se debe de tener en claro que ¿Qué son los derechos fundamentales?, ¿Cuál es la diferencia entre Derechos Fundamentales y Derechos Humanos? ¿Quiénes son titulares de los Derechos Fundamentales?, ¿Qué se entiende por concebido no nacido?, ¿Qué Derechos Fundamentales posee el Nasciturus?, ¿Cómo protege el Estado Salvadoreño al Concebido no nacido?, ¿Cómo se califica la tutela del concebido no nacido por parte del estado salvadoreño?

Un derecho fundamental es una facultad o poder reconocido a una persona por ley suprema vigente que le permita realizar o no ciertos actos, hacen referencia a los derechos de las personas, reconocidos legalmente y protegidos procesalmente.

Los derechos fundamentales son las mismas garantías individuales, a diferencia de los derechos humanos que son universales. Se considera generales a las garantías individuales en virtud de que estas tienen una vigencia y aplicación práctica a partir del texto constitucional que los consagra, es decir, tienen un ámbito de aplicación en el territorio nacional en tanto que los derechos humanos tienen un alcance universal, no están sujetos al ámbito de validez de la norma que cada país tiene, sino que son válidos de forma universal.

El titular de los derechos fundamentales según el artículo uno de la constitución de la república es la persona humana, ya que en ellos radica el origen y el fin de la actividad del estado por lo tanto tienen la titularidad de los derechos consagrados en la misma carta magna.

Se entiende por concebido no nacido el ser humano en el periodo de su vida que va desde el momento de la concepción hasta el momento del nacimiento, y se desarrolla en las diferenciadas etapas de embrión y de feto; Es así como la constitución regula y protege desde el instante de la concepción y se hace titular de Derechos Fundamentales, teniendo como el derecho base la vida, ya que a partir de este derecho nacen otros, de los cuales se hablará en la

investigación, siendo estos derechos suspensivos hasta que el concebido no nacido ejerza su derecho a la vida.

El Estado salvadoreño por ser garante de los Derechos Fundamentales en este caso del Nasciturus, ha creado organismos e instituciones encargadas de velar por el fiel cumplimiento de los mismos, principalmente en la norma constitucional, en caso de violación a estos existen mecanismos para exigir el cumplimiento de ellos, pero si dicha violación es inminente las consecuencias a estas situaciones están reguladas por el mismo Estado en la Ley secundaria como el Código Penal.

Así mismo es importante tener una perspectiva o criterio establecido en cuanto a la tutela que brinda el Estado respecto a los derechos fundamentales del concebido no nacido, en el sentido de comprobar si es suficiente el ordenamiento jurídico estipulado para la protección del nasciturus o si falta crear nuevas leyes que tengan mayor efectividad para garantizar y proteger al mismo.

Dentro de la investigación se colige la problemática social sobre el conflicto de intereses que existe entre los derechos que posee la madre, así como los derechos del concebido no nacido, ya que genera una gran controversia en situaciones específicas predominan más sobre los derechos del otro, ya que se estaría dando de cualquier manera una vulneración de derechos, y lo que se busca es tratar de encontrar una solución idónea que sea conforme a la ley, tratando de proteger la vida y los derechos de ambos.

Por todo lo anterior, se espera que la presente investigación resuelva las interrogantes planteadas por parte del lector, y cumplir de esa forma con los objetivos planteados dentro de la investigación.



CAPÍTULO I



1. Marco descriptivo.

1.1 Situación problemática.

El Estado en su rol de cumplir con los cometidos y funciones que se le han atribuido al considera como origen y fin de toda la actividad estatal a la familia y a quienes la conforman, así como también busca darle protección a la persona humana y garantizar el goce de sus derechos y que cumplan sus obligaciones que por ley le son atribuidos; en razón de darle cumplimiento a estas funciones el Estado crea instrumentos, instituciones y organismos necesarios para que hagan cumplir con dicha protección hacia la familia y a la persona humana.

Al momento de sustanciar dicha protección el Estado se encuentra con una serie de obstáculos o tropiezos, ya que la labor de brindar protección y garantizar el cumplimiento de los derechos que posee la persona, se puede llegar a considerar como compleja y quizá hasta imposible de cumplir de manera plena, ya que influyen factores que entorpecen la protección estatal que la persona necesita.

El Estado a pesar de encontrar problemas para cumplir con todo lo que le corresponde crea en base a la necesidad los instrumentos jurídicos que considere necesarios para garantizar que la persona desde el momento de su concepción goza de todos y cada uno de los Derechos que el Estado le atribuye; Dichos instrumentos nacen a la vida con fundamento en hacer cumplir lo que la Constitución establece, lo cual es garantizar el goce integro de la esfera jurídica de protección que poseen.

La protección que se menciona es nada más la corriente que han seguido los legisladores en la creación y la estructura del marco legal salvadoreño, que se ha visto influenciado por llegar a ser un Estado de derecho, el cual tiene por objetivo principal el absoluto respeto a los derechos fundamentales, ya que toda decisión que toman los órganos de gobierno en razón de hacer cumplir sus funciones está sujeta estrictamente a realizar lo escrito y establecido en la ley.

Uno de los principales desafíos que presenta la investigación es identificar desde sus antecedentes más próximos, la transformación progresiva que ha tenido el Estado y en especial los legisladores al momento de la creación o adecuación de leyes, que sigan las corrientes primeramente internacionales que ven con supremacía a los derechos humanos, ya que se ha tratado de armonizar el sistema de gobierno y las legislaciones en base a lo que manda la



constitución, la diversidad de tratados o convenios internacionales que sirven como guía y margen de actuación para los países en su objeto de tutelar primariamente los derechos humanos.

Tratar la manera de ver como las instituciones creadas por el Estado para vigilar y garantizar el disfrute de los derechos humanos cumpliendo su función, pero especialmente visto y enfocado en la protección desde la concepción del no nacido, ya que según la Constitución es el instante en que se reconoce como persona humana y sujeto de derechos; enfocando el estudio en espacio o territorio salvadoreño específico.

La situación social ha influido para la realización de este tipo de investigación y más si es para tratar la problemática de los derechos que posee el no nacido y desde que instante goza de los mismos, pero habrá que descubrir que tan viable o factible es la aplicación de la legislación a un ser que está por nacer, ya que no solo es el hecho de proteger y garantizar su vida, sino también la de la madre, es una tarea difícil y complicada que tiene el Estado y los órganos que ha creado para que hagan cumplir lo establecido en la ley.

Todo el marco jurídico internacional que aplique a la protección de Derechos Humanos y Derechos de la niñez de la cual El Salvador puede hacer uso para la formulación de toda la legislación con que trabajan las instituciones ya sean del área administrativa, judicial, médica y cualquier otra que vele por el bienestar de una vida que está por nacer, identificar con que problemas se enfrentan para cumplir con la finalidad para la que fueron creadas, además determinar el grado de accesibilidad que las personas tienen para hacer uso de los servicios que brindan estas instituciones.

La investigación radica en determinar qué Derechos Fundamentales le son protegidos de manera sustancial a los no nacidos, enfocado en determinar a cuáles se les da mayor prioridad, los que tienen dificultad para ser cumplidos y los que de alguna manera no se pueden proteger o cumplir, esto para lograr identificar la eficacia que tiene el Estado en hacer producir efectos jurídicos en cuanto a la protección de Derechos Humanos y especialmente del no nacido o *nasciturus*, siguiendo la corriente de Estado de derecho que influencia el sistema jurídico Salvadoreño.

Se debe de observar detenidamente el marco o régimen jurídico que el Estado ha creado en cuanto al área de la protección de derechos fundamentales enfocado principalmente a los no



nacidos, identificar que leyes secundarias se han derivado de la Constitución y tratados internacionales que tratan sobre esta temática, calcular el nivel de amplitud que tienen dichas leyes para darle tutela a los derechos ya mencionados y así evitar su posible violación.

El grado de influencia social y jurídico que han tenido algunas consideraciones en cuanto al debate de derechos que posee la madre y su hijo que está por nacer, cuando este embarazo ha sido producto de algún delito, o cuando corre riesgo la vida o la salud de cualquiera de los dos, ya que la sociedad se encuentra dividida en cuanto a esta problemática, diferentes sectores de la sociedad se inclinan sobre la protección de derechos de la madre o a favor de los derechos del no nacido, es un factor importante que impulsa una problemática de este tipo.

1.2 Enunciado del problema.

¿Cuál es la eficacia que representa el Estado salvadoreño al momento de formular y hacer cumplir la protección de derechos fundamentales del concebido no nacido, considerando la complejidad de las posiciones jurídicas y sociales entorno al problema?

1.3 Planteamiento del problema.

El Salvador es un país en vías de desarrollo donde existe diversidad de problemas que afectan a la población y que son ocasionados por distintos factores: económicos, políticos, culturales y religiosos que afectan gradualmente al colectivo social en diferentes formas, entre los cuales se menciona la vulneración de los Derechos Fundamentales del concebido no nacido o la persona que está por nacer, siendo este uno de los problemas con mayor auge en la actualidad y que debe de ser tutelado por parte de nuestra legislación.

La temática Derechos fundamentales del concebido no nacido y su tutela efectiva por parte del Estado Salvadoreño trata sobre la protección de los derechos que cada uno de los seres humanos posee desde el instante de su concepción; por lo tanto con este tema de investigación se pretende indagar y analizar sobre los principales e importantes derechos humanos que posee y la capacidad que tiene el Estado para hacerlos efectivos y brindarles la mejor tutela posible con la creación y uso de instrumentos que facilite realizar esta función, tales como: leyes, normas, instituciones u organismos que velen por el fiel cumplimiento de dicha función.

Otra de las problemáticas importantes a investigar es, cuando entran en controversia los derechos de la madre contra los derechos de la persona que está por nacer o *nasciturus*, reconocido jurídicamente como conflicto de derechos.



Es importante estudiar el alcance de cada una de las instituciones jurídicas u organismos creados por el Estado salvadoreño que se encargan de velar y proteger tanto los derechos de la madre y del niño/a que está por nacer, la función que cumplen dentro del marco legal, la factibilidad que tienen para el logro de sus objetivos y accesibilidad de las personas que se abocan para hacer uso de sus servicios y puedan recibir apoyo por parte de los mismos.

Se pretende identificar los diferentes derechos fundamentales que posee la persona humana desde el momento de su concepción independientemente en la situación en la que se encuentre, de igual forma se persigue que no sea vulnerado ningún derecho ya que de estos se derivan muchos factores importantes que pueden intervenir en la vida o en la salud del no nacido y por consiguiente en la afectación de algún otro derecho que de estos se derive.

En la investigación se estudiarán los diferentes factores influyentes en la creación del marco legal que existe en el país en cuanto a esta problemática, tanto nacional como internacional, ya que existe una variedad de normas que se centran en darle protección a un ser que está por nacer, así como a la madre, se deberá identificar el grado de alcance que tiene el Estado para hacer valer los derechos por medio del cumplimiento de las leyes que ya existen e identificar si existe la necesidad de más regulación legal para una mejor garantía y protección del no nacido.

Identificar que corriente científica utilizó el legislador para determinar en qué momento se da la concepción de un ser para considerarse como persona humana digna de derechos, ya que existe una gran variedad de teorías o corrientes que definen la concepción de una persona en diferentes momentos dentro del proceso de embarazo, será importante identificar los factores que sirvieron como base para que el legislador se diera a la tarea de crear normas en el área de protección de un ser humano que está por nacer.

Es de suma importancia analizar dicha problemática sobre los derechos fundamentales del concebido no nacido y la eficacia en la protección que tiene el Estado para tutelarlos y garantizarlos, específicamente en el Departamento de Santa Ana, en lo que respecta del año dos mil diecisiete y así lograr una mejor efectividad en la investigación de dicha temática para obtener un aprovechamiento de información y así poder exponer los diferentes resultados o conclusiones en cuanto a la investigación realizada.



1.4 Justificación.

Lo que se proyecta obtener con la investigación de los derechos fundamentales del concebido no nacido y su tutela efectiva por parte del Estado Salvadoreño es, recopilar material teórico, jurídico y social que tenga relevancia y utilidad en relación a la temática derechos fundamentales del concebido no nacido, en cuanto a la postura que tiene el Estado en lo que respecta a la protección que puede brindar como garante de dichos derechos que son reconocidos legalmente.

De igual forma realizar una investigación que sea de utilidad ante la sociedad salvadoreña con respecto a enriquecer el conocimiento jurídico, así mismo establecer la importancia que tienen los concebidos no nacidos en el marco legal, en relación a los derechos fundamentales que puedan tener; establecer y especificar cuáles son dichos derechos partiendo desde el punto de vista de la Constitución Salvadoreña y deslindándose a otras leyes secundarias como el código de familia, código civil, código penal y la ley de protección integral de la niñez y adolescencia, entre otras.

Aunado a ello establecer el momento en el cual el *nasciturus* se considera como una vida, basándose en las diferentes teorías y corrientes ya existentes, ya que cada una posee diferentes momentos o periodos en el cual se determina que un no nacido adquiere vida y por lo tanto es sujeto de derechos; pretendiendo encontrar cual es la teoría más factible y que más se relaciona a la legislación salvadoreña actual, considerándolo como el punto de partida idóneo para realizar la investigación.

Se pretende obtener la información relevante mediante el estudio de este fenómeno de investigación debido a que en los últimos años ha tomado auge en cuanto a conflictos se refiere, ya que existen en este país distintos puntos de vista y opiniones de la sociedad que no se logran unificar para formar un frente unido en cuanto al tema se refiere y de cómo lograr que se garanticen, protejan y que no se violenten los derechos fundamentales del concebido no nacido y de terceras personas tratando de que haya un balance oportuno entre todos los sujetos relacionados.

Una de las problemáticas más importantes que es necesario debatir es el momento en que entran en controversia los derechos de la madre y los derechos del concebido no nacido algo que se considera jurídicamente como conflicto de derechos, partiendo que la constitución establece



que serán protegidos desde el momento de su concepción, ya que el Estado en su función de darle protección a la esfera jurídica de cada ser se le complica tutelar y garantizar plenamente los derechos de la madre y su futuro hijo en estos casos.

Esta problemática radica en cómo se determinará el supuesto en que la vida de uno corra peligro y se tenga que salvaguardar ya sea la vida de la madre o la del niño, cual es la decisión a tomar en esos casos, los cuales son muy discutidos hoy en día ya que la legislación salvadoreña se encuentra en oposición a la figura del aborto y cualquier otra actividad que se le parezca o se le derive, por lo mismo es penado por la ley dichas prácticas en contra de la vida del no nacido.

Debido a ese planteamiento intervienen muchos factores a considerar como lo político, religioso, social, económico y moral; es ahí cuando la problemática se vuelve mayor, debido a que el derecho no logra cubrir todas las variantes o posturas que cada sector posee, y no puede darle prioridad a un solo factor y dejar en desamparo o en descuido a los demás sectores, ya que tiene la obligación de fomentar y mantener un equilibrio efectivo para cumplir sus cometidos y actuar de forma dinámica adecuándose a las necesidades que la población demanda.

Por ello se necesita realizar una investigación amplia tomando todos los aspectos, factores y posiciones distintas, en cuando al manejo de los derechos fundamentales del concebido no nacido, así como las afectaciones que puedan surgir a terceras personas, por lo mismo se pretende obtener resultados positivos que sirvan de base para la solución de dichos conflictos.

1.5 Objetivos.

1.5.1 Objetivo general:

- Analizar la eficacia que representa el Estado salvadoreño al momento de formular y hacer cumplir la protección de derechos fundamentales del concebido no nacido, considerando la complejidad de las posiciones jurídicas y sociales entorno al problema.

1.5.2 Objetivos específicos:

- Evaluar el cumplimiento de las funciones por parte del Estado salvadoreño en cuanto a sus acciones para proteger, y garantizar el cumplimiento de los derechos del concebido no nacido en la zona occidental, departamento de Santa Ana.



- Determinar las consecuencias y efectos jurídicos que pueden darse, al ser violentados los derechos fundamentales del concebido no nacido, descubrir que grado de eficacia posee el Estado en cuanto a la tutela jurídica que pretende brindar.

- Identificar la necesidad de crear leyes nacionales y adoptar leyes internacionales que ostenten la legitimación, defensa y la efectiva protección de los derechos que posee el concebido no nacido.

1.6 Categorías de Análisis.

Derechos Fundamentales del Concebido no nacido.

- a) Titular de derechos fundamentales.
- b) Derechos fundamentales del concebido no nacido.
 - Teorías.
- c) Funciones del estado.
 - Proteger.
 - Garantizar.
- d) Tutela por parte del Estado.
 - Medios para brindar tutela.
 - Acciones del Estado.
- e) Consecuencias.
 - Vulneración de derechos fundamentales.
- f) Cuerpo normativo del concebido no nacido.

a) Titular de derechos fundamentales: La Constitución de la República de El Salvador, establece a la persona como el origen y fin de la actividad estatal; en ese contexto el art. 2 del cuerpo normativo constitucional relacionado, establece el derecho de toda persona a la vida; debemos entender esa circunstancia, en sentido amplio, sin ningún tipo de restricción, de manera tan amplia que va desde el ser que está por nacer, por lo tanto se debe reconocer con derechos y garantías al embrión como una persona como tal, ya que los derechos humanos así lo han establecido, esto para de alguna manera respetar la vida como principal derecho que puede ser violentado, así como los demás derechos que el no



nacido posee, se debe de fomentar por medio de la legislación el fortalecimiento de la figura del no nacido, como persona propiamente dicha.

- b) **Derechos fundamentales:** Son aquellos que hacen referencia a los derechos de las personas, reconocidos legalmente y protegidos procesalmente. Gozan de un derecho fundamental las personas individuales o colectivas y dentro de ello se encuentra el concebido no nacido por ser sujeto y titular de derechos fundamentales.
- c) **Funciones del Estado:** con respecto al concebido no nacido el Estado salvadoreño está obligado a velar por la protección de los derechos fundamentales, así como dar una garantía efectiva para los mismo, haciéndolo por medio de la creación de instituciones, así como los distintos cuerpos normativos que sirven como base para la protección del concebido no nacido tales como la constitución, leyes secundarias y tratados internacionales.
- d) **Tutela por parte del Estado:** El Estado está obligado a velar por el concebido no nacido brindándole la protección y las garantías necesarias para hacer valer sus derechos como sujeto titular de los mismos, es el encargado de crear y utilizar los medios idóneos, así como realizar las acciones necesarias para el bienestar del concebido no nacido.
- e) **Consecuencias:** Toda aquella persona que atente contra los derechos fundamentales del concebido no nacido tendrá que someterse ante las instancias correspondientes y enfrentar las consecuencias de sus acciones que atentan directa o indirectamente contra el *nasciturus* provocando con ello la vulneración de sus derechos.
- f) **Cuerpo normativo del concebido no nacido:** Existen diversas leyes y normas creadas para la tutela del concebido no nacido que sirven como base para la protección y garantía de los mismos, El Salvador cuenta con diversas, partiendo desde la Constitución de la Republica, así como leyes secundarias, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia –LEPINA-, Código de Familia, Código penal, Código civil, etc., así mismo se cuenta con convenios y tratados internacionales.

1.7 Preguntas de investigación.

¿Cumplen las instituciones encargadas por parte del Estado que no se dé la violación de los derechos fundamentales del concebido no nacido?



¿Qué efectos jurídicos podrá generar el incumplimiento de los derechos fundamentales por parte del Estado salvadoreño en relación al concebido no nacido, siendo obligación de este garantizar y proteger el cumplimiento de los mismos?

¿Se le dará cumplimiento a las leyes que amparan el derecho a la vida del ser humano, siendo obligación del Estado proteger los derechos fundamentales, tal como lo reconoce taxativamente la constitución como ley suprema y constituir su garantía ante cualquier violación?

¿Cuáles son las consecuencias que ocasiona la problemática del aborto en cuanto a la violación de los derechos fundamentales, siendo el derecho a la vida el principal en torno al concebido no nacido en su calidad de sujeto de derecho?

1.8 Consideraciones éticas.

Si bien es cierto que para realizar una buena investigación se debe de seguir una serie de reglas o aspectos importantes en cuanto al fondo y la forma del estudio, pero es esencial mencionar que existen en el marco de las consideraciones éticas, una serie de derechos y principios que se deben cumplir para respetar al máximo al investigado, entre los que se pueden mencionar:

Respeto a la intimidad, toda persona participante en la investigación se le tiene que respetar el derecho a su intimidad, por lo cual toda pregunta la cual vulnere este principio puede ser revocado o no asumido por la persona participante.

Beneficencia, a todo participante se le debe mencionar que aspectos son los que puede generar algún beneficio en la investigación, como también aquello lo cual no podría darse como tal.

Autonomía, es decir, que las personas pueden participar en la investigación si así lo estiman conveniente y en caso de no, pues pueden dirimir de ésta en cualquier momento.

Consentimiento informado, toda persona participante se le debe informar oportunamente de la investigación, como también de cada una de las implicaciones de ésta para los efectos correspondiente a la misma.

La finalidad del consentimiento informado es asegurar que los individuos participen en la investigación propuesta solo cuando esta sea compatible con sus valores,



intereses y preferencias; y que lo hacen por propia voluntad con el conocimiento suficiente para decidir con responsabilidad sobre si mismos (*Gonzalez Avila, 2002,pag.101*).

Las consideraciones éticas mencionadas tienen su fundamento en instrumentos jurídicos internacionales como lo son los tratados de Vancouver y normas de la UNESCO, además de acuerdos internacionales como el acuerdo de Belmont, el código de Helsinki y el código de Nuremberg.



CAPÍTULO II



2. Marco conceptual, marco teórico, marco legal.

2.1 Marco-conceptual.

En razón de facilitar la comprensión de la investigación, se ha tomado a bien elaborar un apartado con los conceptos o definiciones que son más relevantes en la temática, para ello ha sido necesario hacer uso de las fuentes bibliográficas más idóneas para dar un mejor enfoque a esta sección y así volver viable su lectura y posterior análisis.

2.1.1 Neoconstitucionalismo.

Es la teoría jurídica que describe, explica, comprende las consecuencias y alienta el proceso de transformación del ordenamiento jurídico. Es una toma de conciencia, una reflexión e intento de conceptualización de las transformaciones jurídicas que se advierten, dándose un cambio importante en el concepto de derecho (*Santiago, 2013 párr.5*).

2.1.2 Derechos Fundamentales.

Son aquellos que hacen referencia a los derechos de las personas, reconocidos legalmente y protegidos procesalmente. Gozan de un derecho fundamental las personas individuales o colectivas; "un derecho fundamental está protegido por medios jurisdiccionales respecto del Poder público del Estado y de las demás personas" (*Apuntes Juridicos, 2017 párr.1*).

2.1.3 *Nasciturus*.

Su significado más acertado sería "el que va a nacer" o "el destinado a nacer". Indica la próxima aparición entre los hombres de una realidad aun no materializada y que, sin embargo, se presume existente.

Es el concebido aún no nacido (...), es el ser humano en el periodo de su vida que va desde el momento de la concepción hasta el momento del nacimiento, y se desarrolla en las diferenciadas etapas de embrión y de feto (*Valcarcel, 2001, pág. 6*).

"El *nasciturus* no es una expectativa de persona, sino una con características propias, que lo hacen diferente al cuerpo de la madre" (*Hernandez Hernandez & Melgar Escobar, 2013, pág. 29*).



Uno de los aspectos más importantes de este concepto, es que se individualiza la vida de la madre y la del nuevo ser que está en formación, pero de alguna manera se hablan de los dos como uno mismo, ya que el no nacido, aun depende completamente de la madre, quien es la que le proporciona los nutrientes necesarios para el pleno desarrollo durante la etapa del embarazo.

2.1.4 **Embrión.**

"Debe entenderse desde la fecundación hasta el tercer mes de embarazo" (*Meijide, 2004, pág. 291*); Ovulo en proceso de fecundación o sometido a otro procedimiento capaz de producir un embrión.

2.1.5 **Feto.**

"Se entiende el ser humano desde el tercer mes de embarazo hasta el momento del parto" (*Meijide, 2004, pág. 291*); "Producto de la concepción humana, desde fines del tercer mes del embarazo, en que deja de ser embrión, hasta el parto" (Enciclopedia Juridica, 2014).

2.1.6 **Concebido.**

Como establece Valcarcel(2001),

El óvulo fecundado de la mujer.

El ser humano desde la concepción al aborto, nacimiento o muerte de la embarazada. (...) en el Derecho, y para lo favorable, el concebido se tiene por nacido, siempre que nazca con vida, y, además, en algunas legislaciones censuradas, sea viable o lo demuestre con la mínima supervivencia de 24 horas (pág. 6).

2.1.7 **Concepción.**

Acción y efecto de concebir, de quedar preñada, la hembra. Jurídicamente que sirve para determinar la condición de legítimos o de extramatrimoniales de los hijos, y porque, desde el momento de la concepción, el hijo concebido es sujeto de determinados derechos, especialmente de orden sucesorio (*Valcarcel, 2001, pág. 6*).

Para varios cuerpos normativos en diferentes países se determina que el ser humano es considerado como tal desde el instante mismo de la concepción, así como lo determina la Constitución de la Republica de El Salvador, momento en el cual le atribuyen, derechos,



garantías, todas ellas reguladas en la ley, se le reconoce como sujeto de derechos, calidad que es atribuida desde que se considera el principio de la vida de alguna manera individual.

2.1.8 Persona.

Ser o entidad capaz de derechos y obligaciones, aunque no tenga existencia individual física, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones. Esta definición coincide con la que expresa el Código Civil argentino, al decir que son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones (...) se dice que persona es el ente al que se reconoce capacidad para ser sujeto de Derecho.

Bien se advierte que el concepto de todas esas definiciones resulta sumamente amplio, porque no se circunscribe a las personas como individuos de la especie humana, sino que incluye también las entidades que sin tener esa condición pueden estar afectadas de obligaciones y derechos; las primeras son llamadas personas físicas, naturales o de existencia visible; en tanto que las segundas, llamadas jurídicas y también morales e ideales, son las que se encuentran formadas por determinación de la ley.

Queda una tercera categoría, que es la que se refiere a las denominadas personas por nacer; o sea, a aquellas que están concebidas en el seno materno, pero que todavía no han sido alumbradas. El tema de si la existencia de las personas se inicia en el momento de la fecundación o en el del nacimiento es muy discutido en la doctrina, pues mientras algunos autores estiman que la persona (siempre que tenga condiciones de viabilidad) surge en el parto o, mejor dicho, en el instante en que el feto es separado del claustro materno, otros sostienen que la existencia de la persona se inicia desde que se produce la concepción.

Criterio que se basa en el hecho de que desde ese mismo momento, el ser concebido adquiere derechos, especialmente relacionados con las donaciones y las sucesiones, aunque queden supeditados al nacimiento con viabilidad, e incluso reciben una protección penal, por cuanto la destrucción del feto configura el delito de aborto(...)se afirma que el error de quienes mantienen la segunda arranca del equívoco de



asimilar vida humana a persona humana, la que solo existe desde el nacimiento (*Valcarcel, 2001, pág. 5*).

Personalidad se alude a la persona desde el punto de vista jurídico, cuando se afirma que esta es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones, es decir, la personalidad es la idoneidad de ser persona de derecho.

2.2 El derecho a la vida.

El derecho a la vida es el principal derecho que toda persona tiene, y por lo mismo se protege desde el momento de la concepción como lo regula la Constitución de la Republica, por lo tanto, en este párrafo el autor detalla lo siguiente:

Según Luis González Morán, el derecho a la vida se incorporó a las grandes declaraciones de derechos, aunque bastante tardía, posiblemente porque se trataba de algo cuya realidad se imponía como evidente; aparece por primera vez recogido en el I Principio de la Declaración de Derechos de Virginia (12 de junio de 1776) y viene incluido en el elenco de aquellos derechos innatos de los hombres, de los que cuando entran en estado de sociedad no se pueden privar o desposeer a ellos y a su posteridad por ningún pacto, y son el goce de la vida y el goce de la libertad, a los que se añaden los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad (*Kluwer, s.f, Párr. 3*).

Cabe hacer notar que la persona humana tiene derecho a la vida desde el momento de su concepcion y se le sigue protegiendo dicho derecho hasta el momento de su deceso, es por esa razon a partir de este derecho se desprenden los demas ya que es la base fundamental.

2.3 Naturaleza jurídica de la protección del *nasciturus*.

Diversas teorías han sido las que pretenden determinar la naturaleza jurídica de la protección, que el derecho siempre ha ofrecido al concebido y todavía no nacido, dentro de las cuales pueden citarse la teoría de la personalidad desde la concepción, teoría de la ficción jurídica, teoría del derecho subjetivo sin sujeto o la teoría de la capacidad limitada del concebido.



No obstante, dentro de todas ellas, se acoge mayoritariamente por la doctrina la teoría de la situación de dependencia, por la cual, si bien es cierto al concebido no se le concede personalidad, en cuanto que la misma se adquiere por el nacimiento, no es menos cierto que durante esa situación de dependencia, y hasta que se produzca el nacimiento, se le tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables. Por lo tanto, el *nasciturus* se perfecciona con su nacimiento de igual forma adquiere personalidad y dependencia adquiriendo con ello los demás derechos consagrados en la Constitución..

2.4 Efectos favorables para el concebido no nacido.

El Código Civil regula expresamente dos efectos favorables, los cuales son:

1. Donaciones hechas a concebidos no nacidos.
2. Sucesión mortis causa a la cual es llamado también el *nasciturus* o concebido y no nacido, y que necesariamente conllevará la suspensión de la partición de la herencia, hasta que se produzca el nacimiento.

En último lugar, se hace preciso reseñar que asimismo podrá el concebido ser nombrado beneficiario de un legado.

2.5 Generalidades.

En el devenir del tiempo se ha podido observar la evolución del no nacido en el ámbito social y jurídico, en un primer momento considerándolo parte del cuerpo de la madre y con esa línea doctrinaria se alimentaba la idea de que la madre podía decidir el futuro del no nacido, dejando desarrollarse al *nasciturus* en su claustro materno o interrumpir su embarazo, y esto sin tener una repercusión jurídica, como por ejemplo que dicha conducta este tipificada como un ilícito penal (*Hernandez Hernandez & Melgar Escobar, 2013, Pág. 88*).

Através del tiempo han existido muchos puntos de vista en cuanto a este tema, en el párrafo anterior se consideraba el *nasciturus* como parte del cuerpo de la madre por lo tanto ella podía decidir el futuro del no nacido.



Se adopta la idea que él no nacido es parte del cuerpo de la madre, pero también parte de la sociedad, y esto debido a que si una sociedad poseía más habitantes tenía una mayor capacidad económica, por ende si una mujer atentaba contra la vida del no nacido, atentaba contra la comunidad, y esta hace lo tendiente para normar de una manera concreta la tutela del no nacido en el ordenamiento jurídico, estableciendo que él no nacido se tendrá como ya nacido en todo lo que le favorezca a él, pero en ningún momento podrá beneficiar a un tercero, lo cual fue adoptado por nuestro ordenamiento jurídico en el art. 72 del Código Civil, en el sentido que si no se suscita el nacimiento con vida, los derechos pasaran a otras personas como que si él no nacido jamás hubiera existido. (*Decreto Legislativo N° 768, de fecha de 23 de junio de 2011, Diario Oficial N° 136, Tomo 392, de fecha 20 de julio de 2011*).

En este párrafo el autor detalla que existió otro punto de vista, encaminado a que el no nacido es parte de la madre y parte de la sociedad también, ya que así podría generar más ingresos a la sociedad, tomando en cuenta que entre más habitantes existan mejor es la capacidad económica de la sociedad. Con el desarrollo de los métodos científicos específicamente con los llamados niños de probeta, siendo esta una técnica de fecundación de los ovocitos por los espermatozoides, se realiza fuera del cuerpo de la madre, dejando en evidencia que él no nacido puede poseer vida fuera del claustro materno y con ello establecer la vida independiente de éste, desde el instante de la concepción, lo cual ha sido inmerso en el Art. 1 inc. 2° de la Constitución, adoptando la teoría de la concepción (*Hernandez Hernandez & Melgar Escobar, 2013, Pág.89*). (Decreto Legislativo N° 38, de fecha de 15 de diciembre de 1983, Diario Oficial N° 234, Tomo 281, de fecha 16 de diciembre de 1983).

En este párrafo se trata de independizar al *nasciturus* y dejar al descubierto que según estos métodos científicos se podía poseer la vida del no nacido fuera del claustro materno, desde el instante de la concepción.

2.6 Etimología.

A la persona que se está desarrollando en el claustro materno de la madre y que ha de nacer se le ha dado el nombre de “*nasciturus*”, vocablo de origen latino, que deriva a su vez del latín “naceré”, denominación de *nasciturus* identifica “al que va a nacer” o “al por nacer”, esto



es, al engendrado, no nacido aún.

El *nasciturus* es el concebido aún no nacido “nondum natus”¹, es el ser humano en el periodo de su vida que va desde el momento de la concepción hasta el momento del nacimiento, y se desarrolla en las diferenciadas etapas de embrión y de feto. Por embrión debe entenderse 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 (*Hernandez Hernandez & Melgar Escobar, 2013, Pág. 89*).

Dentro del periodo embrionario se habla de distintas fases, en las cuales se encuentran un ser humano en las primeras fases de su existir, en el cual no hay saltos cualitativos, pues es siempre el mismo cuerpo biológico, aunque su morfología no coincida todavía con la del hombre adulto.

El *nasciturus* es, pues un nuevo ser humano distinto de sus padres, con su propio código genético y su propio sistema inmunológico, identidad del embrión, si bien precisa de un entorno necesario para su vida y desarrollo, lo que no le niega su individualidad y su condición de ser humano. El desarrollo del cigoto, del embrión y del feto se produce por la capacidad intrínseca del propio nuevo ser, unida a la relación necesaria con el medio en que, en cada momento de su vida, se desenvuelve; es, por tanto, un nuevo ser humano, revestido de toda su dignidad y de todos los derechos que al hombre le corresponden como tal (*Hernandez Hernandez & Melgar Escobar, 2013, Pág. 92*).

2.7 Principio de la existencia de la persona humana.

Las ciencias biomédicas en relación al no nacido, han reconocido varios estudios biológicos diferenciados; estos marcan etapas importantes desde que el óvulo y el espermatozoide se unen, hasta el nacimiento de la nueva criatura. Estas etapas pueden sintetizarse en las siguientes:

- La fase de formación del pre cigoto, que es aquella que va desde la penetración del

¹ Es un término jurídico, empleado en derecho civil, que hace referencia a aquellas personas que aún no han sido concebidas.



ovocito hasta la formación del cigoto de una sola célula.

- Etapa previa a la implantación del embrión, o etapa pre-implantatoria, o del pre-embrión, que comprende la fase del desarrollo embriológico que se extiende desde que se ha producido la fecundación del óvulo, 14/16 días más tarde, cuando se forma la línea primitiva o cresta neuronal esbozo del sistema nervioso, coincidiendo con la implantación definitiva en el útero de la madre, incluye la evolución del cigoto de una sola célula y de dos células; mórula; blastocito.
- Fase post implantatoria o etapa del embrión propiamente dicho, llamado así desde la implantación o anidación del embrión en la mucosa uterina, hasta aproximadamente el tercer mes del comienzo de la última menstruación de la mujer; es la fase de la organogénesis, origen de los órganos, puesto que, a partir de la línea primitiva o cresta neuronal, comenzarán a desarrollarse los órganos corporales, al menos los más importantes, que continuarán su evolución, maduración en la fase fetal.
- Etapa fetal, o fase de formación del feto, que comprende el desarrollo del ser humano desde aproximadamente el tercer mes de gestación hasta el parto, caracterizándose por una maduración progresiva de los órganos, sistemas y funciones de los mismos (*Hernandez Hernandez & Melgar Escobar, 2013, Pág. 106*).

De lo anterior se puede concluir que el óvulo y el espermatozoide se unen, formando así una vida dentro del vientre de la madre siendo dependiente totalmente de la misma, y haciendo notar que el *nascitutus* se encuentra en un proceso de formación que una vez culminado los nueve meses de gestación se produce el parto y con ello, el nacimiento de la nueva criatura quedando la certeza que desde el momento de la concepción el no nacido es protegido por la ley.

2.8 Marco Histórico.

2.8.1 Neoconstitucionalismo.

Neoconstitucionalismo se puede definir como una nueva teoría jurídica, que busca transformar el Estado de Derecho en Estado Constitucional de Derecho, con la finalidad de implementar mayor intervención de principios y garantías constitucionales, para darle una mayor protección a los derechos fundamentales de las personas, así evitar la vulneración de los mismos.



Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o a veces llamado también, constitucionalismo a secas son expresiones o rúbricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica, son tres las acepciones principales (*Prieto Sanchís, 2013 párr.1*).

1. En primer lugar el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política.

2. En segundo término el constitucionalismo es también una teoría del Derecho, más concretamente aquella teoría apta para explicar las características de dicho modelo.

3. Por constitucionalismo cabe entender también la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada.

El neoconstitucionalismo como ideología presenta diferentes niveles o proyecciones; El primero y aquí menos problemático es el que puede identificarse con aquella filosofía política que considera que el Estado constitucional de Derecho representa la mejor o más justa forma de organización política. Naturalmente que sea aquí el menos problemático no significa que carezca de problemas, todo lo contrario presentar el constitucionalismo como la mejor forma de gobierno ha de hacer frente a una objeción importante, que es la objeción democrática o de supremacía del legislador: a más Constitución y a mayores garantías judiciales, inevitablemente se reducen las esferas de decisión de las mayorías parlamentarias, y ocasión tendremos de comprobar que ésta es una de las consecuencias de la ponderación judicial (*Prieto Sanchis, 2013, párr.2*).

Una segunda dimensión del constitucionalismo como ideología es aquella que pretende ofrecer consecuencias metodológicas o conceptuales y que puede resumirse así: dado que el constitucionalismo es el modelo óptimo de Estado de Derecho, al menos allí donde existe cabe sostener una vinculación necesaria entre el Derecho, la moral y postular por tanto alguna forma de obligación de obediencia al Derecho (*Prieto Sanchis, 2013 párr.3*).



Por último, la tercera versión del constitucionalismo ideológico que suele ir unida a la anterior y que tal vez podría denominarse constitucionalismo dogmático, representa una nueva visión de la actitud interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teoría del Derecho, propugnando bien la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del jurista, bien una labor crítica y no sólo descriptiva por parte del científico del Derecho (*Prieto Sanchis, 2013 párr.3*).

De lo anterior se puede establecer que el Derecho Constitucional tiene un rol de gran importancia en cuanto a la interpretación para la resolución de conflictos, implica la defensa de derechos fundamentales, los cuales tiene una jerarquía especial. Al hablar sobre derechos fundamentales hay un alto grado de exigencia por profundizar de forma argumentativa, tanto en la norma jurídica como en la norma moral, de esta manera son los caracteres de la interpretación sobre el denominado Estado neoconstitucional, que es el que da a conocer instrumentos interpretativos y amplios sujetos a nuevos valores, principios por oposición a la aplicación de la Ley.

La interpretación en el Estado neoconstitucional, asume un contexto diverso al de la justicia común. Se exige en sede de derechos fundamentales, una motivación de contenidos más profundos de discernimiento de supra valores en relación a los derechos esenciales de las personas y se busca como fin supremo, la compatibilidad entre los principios, valores y directrices que emanan de la Constitución y los conflictos que atañen a las personas.

En ese modo la interpretación constitucional marca una clara diferencia con la tradicional interpretación del Derecho que se manejan en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, en los cuales la observancia del Principio de Legalidad, la prevalencia de la ley y el acatamiento del principio de congruencia, representan otro modo de discernir los conflictos jurídicos, modalidad que en rigor no es tampoco ajena al Derecho Constitucional pues esta última disciplina aborda tanto normas, reglas y principios.

El neoconstitucionalismo es el resultado de la pretensión normativa del derecho constitucional(...) el neoconstitucionalismo exige activamente la fuerza normativa de la constitución, como punto de conexión entre el derecho internacional de los derechos



humanos y los ordenamientos jurídicos positivos nacionales, imagina la constitución como el depósito cultural en movimiento no sólo de reglas jurídicas, sino también de principios e incluso valores constitucionalizados que tienden el puente entre moralidad y derecho a la hora de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico o a la hora de decidir políticas del derecho (*Medici ,s.f,párr 8*).

El autor establece la pretensión que juega el neoconstitucionalismo en cuanto a su interés de la aplicación normativa por parte de la Constitución la cual debe estar basada en valores y principios en el momento que se interprete y se dé la aplicación de una Ley.

De ahí que exija el filtrado constitucional de todas las decisiones legislativas, gubernamentales, administrativas y judiciales para lograr la eficacia de los derechos fundamentales que hacen a la dignidad y libertad de las personas (*Medici,s.f,párr 8*).

El neoconstitucionalismo claramente refleja su pretencion al enfocarse en que se de el debido cumplimiento normativo, es decir que esta sea respetada y aplicada por todos aquellos titulares que cumplen con funciones publicas, los cuales estan obligados a tomar decisiones apegadas a derecho, tomando en cuenta principios y valores que sean de gran relevancia para la resolución de conflictos y validés de los derechos fundamentales consagrados en la Constitucion.

2.8.1.1 El Modelo de Estado Constitucional de Derecho.

En la primera acepción como tipo de Estado de Derecho, cabe decir que el neoconstitucionalismo es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han caminado separadas: la primera que concibe la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertinentes en cada momento histórico (*Prieto Sanchís, 2013 párr.4*).

En líneas generales, esta es la tradición norteamericana originaria cuya contribución básica se cifra en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente



garantía jurisdiccional: dado su carácter de regla de juego y por tanto de norma lógicamente superior a quienes participan en ese juego la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más «neutro» de los poderes a aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir al poder judicial (*Prieto Sanchis, 2013 párr.4*).

Este autor hace referencia a la supremacía que posee la Constitución por ser la ley por excelencia, encargada de brindar que se dé el cumplimiento a las distintas garantías jurisdiccionales, siendo el tribunal de justicia el encargado como máximo tribunal jurisdiccional, el cual ejerce e imparte justicia conforme a mandato Constitucional tomando en cuenta normas y valores por las cuales se rige su ordenamiento jurídico.

La idea del poder constituyente del pueblo se traduce aquí en una limitación del poder político y en especial del más amenazador de los poderes el legislativo mediante la cristalización jurídica de su forma de proceder y de las barreras que no puede traspasar en ningún caso. En este esquema, es verdad que el constitucionalismo se resuelve en judicialismo, pero con independencia ahora de cuál haya sido la evolución del Tribunal Supremo norteamericano, se trata en principio de un judicialismo estrictamente limitado a vigilar el respeto hacia las reglas básicas de la organización política (*Prieto Sanchis, 2013 párr.4*).

La segunda tradición en cambio concibe la Constitución como la encarnación de un proyecto político bastante bien articulado generalmente como el programa directivo de una empresa de transformación social y política. Se puede decirse así, en esta segunda tradición la Constitución no se limita a fijar las reglas de juego, sino que pretende participar directamente en el mismo, condicionando con mayor o menor detalle las futuras decisiones colectivas a propósito del modelo económico de la acción del Estado en la esfera de la educación de la sanidad, de las relaciones laborales (*Prieto Sanchis, 2013 párr.5*).

También en líneas generales, cabe decir que esta es la concepción del constitucionalismo nacido de la revolución francesa, cuyo programa transformador quería



tomar cuerpo en un texto jurídico supremo. Sin embargo aquí la idea de poder constituyente no quiere agotarse en los estrechos confines de un documento jurídico que sirva de límite a la acción política posterior, sino que pretende perpetuarse en su ejercicio por parte de quien resulta ser su titular indiscutible el pueblo pero, como quiera que ese pueblo actúa a través de sus representantes, a la postre será el legislativo quien termine encarnando la rousseauiana voluntad general que como es bien conocido tiende a concebirse como ilimitada (*Prieto Sanchis, 2013 párr.5*).

Por esta y por otras razones que no es del caso comentar, pero entre las que se encuentra la propia disolución de la soberanía del pueblo en la soberanía del Estado, tanto en Francia como en el resto de Europa a lo largo del siglo XIX y de parte del XX, la Constitución tropezó con dificultades prácticamente insalvables para asegurar su fuerza normativa frente a los poderes constituidos, singularmente frente al legislador y frente al gobierno (*Prieto Sanchis, 2013 párr.5*).

De modo que este constitucionalismo se resuelve más bien en legalismo: es el poder político de cada momento, la mayoría en un sistema democrático quien se encarga de hacer realidad o muchas veces de frustrar cuanto aparece «prometido» en la Constitución (*Prieto Sanchis, 2013 párr.5*).

Sin duda la presentación de estas dos tradiciones resulta esquemática y necesariamente simplificada. Será erróneo pensar por ejemplo que en el primer modelo la Constitución se compone sólo de reglas formales y procedimentales, aunque sólo sea porque la definición de las reglas de juego reclama también normas sustantivas relativas a la protección de ciertos derechos fundamentales (*Prieto Sanchis, 2013 párr.6*).

Como también sería erróneo suponer que en la tradición europea todo son Constituciones revolucionarias, prolijas en su afán reformador y carente de cualquier fórmula de garantía frente a los poderes constituidos. Pero como aproximación general, se cree que sí es cierto que en el primer caso la Constitución pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo manda y en parte también hasta dónde puede mandar; mientras que en el segundo caso la Constitución quiere condicionar también en



gran medida qué debe mandarse, es decir cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias (*Prieto Sanchis, 2013 párr.6*).

Aunque eso sí como contrapartida la fórmula más modesta parece haber gozado de una supremacía normativa y de una garantía jurisdiccional mucho más vigorosa que la exhibida por la versión más ambiciosa (*Prieto Sanchis, 2013 párr. 6*).

El neoconstitucionalismo reúne elementos de estas dos tradiciones: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. De la primera de esas tradiciones se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador; cabe decir que la noción de poder constituyente propia del neo constitucionalismo es más liberal que democrática, de manera que se traduce en la existencia de límites frente a las decisiones de la mayoría, no en el apoderamiento de esa mayoría a fin de que quede siempre abierto el ejercicio de la soberanía popular a través del legislador (*Prieto Sanchis, 2013 párr.7*).

Al citarse al neoconstitucionalismo como mas liberal que democrático hace referencia a que este por medio de una Constitución política la cual es la ley suprema y posee poder radical, cumple el rol de subordinar a todos los actos emanados de los poderes que conforman al Estado. Estos actos deberían ir encaminados a la protección del individuo siendo el Estado mismo el encargado de brindar la protección garantía y el cumplimiento de los derechos.

De la segunda tradición se hereda sin embargo un ambicioso programa normativo que va bastante más allá de lo que exigiría la mera organización del poder mediante el establecimiento de las reglas de juego. En pocas palabras el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces (*Prieto Sanchis, 2013 párr.7*).

Los documentos jurídicos adscribirle al neoconstitucionalismo se caracterizan, efectivamente porque están repletos de normas que les indican a los poderes públicos y con ciertas matizaciones también a los particulares, qué no pueden hacer y muchas veces también qué deben hacer. Y dado que se trata de normas y más concretamente de normas



supremas, su eficacia ya no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa, sino que es directa e inmediata (*Prieto Sanchis, 2013 párr.9*).

En este sentido se considera que el neocostitucionalismo esta integrado por una serie de elementos materiales los cuales son utilizados como parametros de control tanto para regular el poder que posee el Estado y de igual forma controlar relaciones sociales, las cuales son materializadas mediante la aplicación del derecho. Al hacer referencia a una aplicación directa e inmediata se establece de esta forma por ser derivada de un mandado constitucional.

A su vez el carácter garantizado de la Constitución supone que sus preceptos pueden hacerse valer a través de los procedimientos jurisdiccionales existentes para la protección de los derechos: la existencia de un Tribunal Constitucional no es desde luego incompatible con el neoconstitucionalismo, pero si representa un residuo de otra época y de otra concepción(kelseniana) que hurtaba el conocimiento de la Constitución a los jueces ordinarios justamente por considerar que aquélla no era una verdadera fuente del Derecho, sino una fuente de las fuentes cuyos conflictos habían de dirimirse ante un órgano especialísimo con un rostro mitad político y mitad judicial (*Prieto Sanchis, 2013 párr.9*).

Pero si la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más diversas esferas de relación jurídica, su conocimiento no puede quedar cercenado para la jurisdicción ordinaria por más que la existencia de un Tribunal Constitucional imponga complejas y tensas fórmulas de armonización (*Prieto Sanchis, 2013 párr.9*).

2.8.1.2 El Neoconstitucionalismo como Teoría del Derecho.

El Estado constitucional de Derecho que acaba de ser descrito parece reclamar una nueva teoría del Derecho una nueva explicación que en buena medida se aleja de los esquemas del llamado positivismo teórico. Hay algo bastante obvio: la crisis de la ley, una crisis que no responde sólo a la existencia de una norma superior sino también a otros fenómenos más o menos conexos al constitucionalismo, como el proceso de unidad europea el desarrollo de las autonomías territoriales, la revitalización de las fuentes



sociales del Derecho, la pérdida o deterioro de las propias condiciones de racionalidad legislativa como la generalidad y la abstracción (*Prieto Sanchis, 2013 párr.13*).

La ley ha dejado de ser la única suprema y racional fuente del Derecho que pretendió ser en otra época y tal vez éste sea el síntoma más visible de la crisis de la teoría del Derecho positivista, forjada en torno a los dogmas de la estatalidad y de la legalidad del Derecho. Pero seguramente la exigencia de renovación es más profunda de manera que el constitucionalismo esté impulsando una nueva teoría del Derecho cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución (*Prieto Sanchis, 2013 párr.13*).

Más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario y por último coexistencia de una constelación plural de valores a veces tendencialmente contradictorios en lugar de homogeneidad en torno a un puñado de principios coherentes entre si y entorno sobre todo a las sucesivas opciones legislativas (*Prieto Sanchis, 2013 párr.13*).

El neoconstitucionalismo enmarca la defensa y exigencia sobre las actuaciones de los legisladores, en que estos deben garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, tomando en cuenta la necesidad de aplicar el derecho y la moral a través de principios constitucionales, los cuales influirán en la toma de cualquier decisión judicial en función a la protección de los derechos fundamentales de las personas.

La omnipresencia de la Constitución como se ha dicho ofrece un denso contenido material compuesto de valores, principios, derechos fundamentales, directrices a los poderes públicos etc., de manera que es difícil concebir un problema jurídico medianamente serio que no encuentre alguna orientación y lo que es más preocupante en ocasiones distintas orientaciones en el texto constitucional: libertad, igualdad –formal, pero también sustancial– seguridad jurídica, propiedad privada, cláusula del Estado social



y así una infinidad de criterios normativos que siempre tendrán alguna relevancia (*Prieto Sanchis, 2013 párr.14*).

Es más, cabe decir que detrás de cada precepto legal se adivina siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice. Por ejemplo, la mayor parte de los artículos del Código civil protegen bien la autonomía de la voluntad, bien el sacrosanto derecho de propiedad y ambos encuentran sin duda respaldo constitucional. Pero frente a ellos militan siempre otras consideraciones también constitucionales, como lo que la Constitución española llama «función social» de la propiedad, la exigencia de protección del medio ambiente de promoción del bienestar general, el derecho a la vivienda o a la educación y otros muchos principios o derechos que eventualmente pueden requerir una limitación de la propiedad o de la autonomía de la voluntad (*Prieto Sanchis, 2013 párr.14*).

Es lo que se ha llamado a veces el efecto «impregnación» o «irradiación» del texto constitucional; de alguna manera todo deviene Derecho constitucional y en esa misma medida la ley deja de ser el referente supremo para la solución de los casos (*Prieto Sanchis, 2013 párr.14*).

Porque la Constitución es una norma y una norma que está presente en todo tipo de conflictos, el constitucionalismo desemboca en la omnipotencia judicial. Esto no ocurriría si la Constitución tuviese como único objeto la regulación de las fuentes del Derecho o a lo sumo estableciese unos pocos y precisos derechos fundamentales, pues en tal caso la normativa constitucional y, por consiguiente, sus garantías judiciales sólo entrarían en juego cuando se violase alguna condición de la producción normativa o se restringiera alguna de las áreas de inmunidad garantizada (*Prieto Sanchis, 2013 párr.15*).

Según lo que establece el autor la norma Constitucional estará presente en los diversos tipos de conflictos, por ser la ley suprema con poder absoluto manteniendo un control y equilibrio en la resolución de conflictos, estableciendo derechos y garantías fundamentales para sus habitantes y regir la estructuras de los organos que conforman el Estado.



2.8.1.3 La ponderación y los conflictos constitucionales.

Neoconstitucionalismo se puede definir como moderna teoría jurídica, que busca transformar el Estado de Derecho en Estado constitucional de derecho, con la finalidad de implementar mayor intervención de principios y garantías constitucionales, para darle un mayor auge y protección a los derechos fundamentales de la persona; y así evitar cualquier tipo de vulneración de los mismos.

En la ponderación, en efecto, hay siempre razones en pugna, intereses o bienes en conflicto, en suma, normas que nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión. Ciertamente, en el mundo del Derecho el resultado de la ponderación no ha de ser necesariamente el equilibrio entre tales intereses, razones o normas; al contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto.

En cambio, donde sí ha de existir equilibrio, es en el plano abstracto: en principio, han de ser todos del mismo valor, pues, de otro modo, no habría nada que ponderar; sencillamente, en caso de conflicto se impondría el de más valor. Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificadoras conflictivas y del mismo valor (*Prieto Sanchis, 2013, págs. 11-12*).

La ponderación es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas. Desde luego, no de todas: no de aquellas que puedan resolverse mediante alguno de los criterios al uso, jerárquico, cronológico o de especialidad.

Prieto Sanchis (2013) afirma:

Los conflictos constitucionales susceptibles de ponderación no responden a un modelo homogéneo, como tampoco lo hacen los principios. De un lado, en efecto, se cree que se llama principios a las normas que carecen o que presentan de un modo fragmentario el supuesto de hecho o condición de aplicación, como sucede con la igualdad o con los derechos fundamentales. No puede en tales supuestos observarse el criterio de especialidad porque éste requiere que la descripción de la condición de aplicación aparezca explícita.



Pero, de otra parte, son principios también las llamadas directrices o mandatos de optimización, que se caracterizan no por la nota de la incondicionalidad, sino por la particular fisonomía del deber que incorporan, consistente en seguir una cierta conducta que puede ser realizada en distinta medida. Aquí la ponderación es necesaria porque la determinación de la medida o grado de cumplimiento del principio que resulta exigible en cada caso depende de distintas circunstancias y, en particular, de la presencia de otros principios en pugna (pág.13).

2.9 Marco Teórico.

2.9.1 Derechos Fundamentales (DDFF).

Los derechos fundamentales de una persona son aquellos inherentes al ser humano, cualquiera que sea su raza, condición, sexo o religión y tienen como finalidad prioritaria garantizar la dignidad, la libertad, igualdad u otro cualquier aspecto fundamental que atente contra la integridad de una persona. A los derechos fundamentales no los crea el poder político, ni la Constitución; estos se imponen al Estado y la Constitución los propugna.

Son aquellos que hacen referencia a los derechos de las personas, reconocidos legalmente y protegidos procesalmente, es decir, son los derechos humanos. El concepto apareció en Francia en 1770, en el movimiento político que condujo a la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y más tarde alcanzó especial relieve en países como Alemania donde, bajo el manto de los Grundrechte (en alemán: derechos fundamentales), se articuló el sistema de relaciones que median entre el individuo y el Estado. Su construcción teórica tiene mucho que ver con Jellinek y su famosa Teoría de los Estados y los derechos públicos subjetivos (*General, 2017*).

Haciendo énfasis dentro del territorio salvadoreño todas personas gozan de derechos fundamentales los cuales están amparados en la Constitución de la Republica, por lo tanto, es deber del Estado proteger y velar por el cumplimiento de los mismos.

2.9.2 Características. (*Amnistia Internacional, s.f.*)

- Son imprescriptibles: significa que no les afecta la prescripción.

De lo anterior se colige que el paso del tiempo no hará variar sus características y por lo tanto su exigibilidad, ya que cuando se vean lesionados se podrá realizar la reclamación por el



mismo derecho infringido; de tal manera que carece de relevancia jurídica la fecha de comisión del daño producido al derecho fundamental protegido por la norma jurídica.

- Inalienables: no son transferibles a otra persona.

Todos sabemos que la persona humana es, por naturaleza, un ser social que necesita para su desarrollo y para su progreso la convivencia con sus semejantes; es en esta convivencia donde el hombre y la mujer ejercen su sentido de libertad y de responsabilidad, sus derechos y deberes naturales y sociales, los cuales son inviolables e inalienables porque son fundamentales a toda persona humana, sin distinción de raza, condición, sexo, nacionalidad, religión, etc. (*Alzate Monroy, 2010, párr. 6*).

En ese sentido los derechos fundamentales son inherentes al propio individuo de forma concreta y unitaria por ello no se pueden traspasar de una persona a otra.

- Son irrenunciables: significa que el sujeto no puede renunciar a ellos.

Los titulares de un derecho fundamental no pueden renunciar a ellos ni por su propia voluntad, convirtiéndose en un límite de la autonomía de cada individuo y persistirán con independencia de dicha autonomía de la voluntad; ya que son esenciales dentro de toda estructura familiar y social, de ahí la importancia de que sean protegidos y garantizados para cada persona.

- Universales: En el sentido que son poseídos por todos los hombres. "Estos derechos fundamentales de la persona humana son la clave para el respeto a todos los seres humanos individual y socialmente considerados por eso son universales" (*Alzate Monroy, 2010 párr. 7*).

Ya que pertenecen al género humano y son poseídos por todo individuo lo que impide que se cuestione la titularidad del derecho, así como el ejercicio del mismo, debiendo el Estado respetarlos sin distinción alguna ya que está íntimamente ligada a la prohibición de la discriminación.

- Indivisibles: Ningún derecho puede disfrutarse a costa de otro derecho, no puede prescindirse de ninguno.



Por ser derechos fundamentales la violación de uno de ellos desencadena afectación en los demás derechos, es decir actúa una reacción en cadena y por ello no se puede disfrutar de un derecho infringiendo el derecho de otra persona ya que todos somos iguales ante la ley siendo que el derecho de una persona llega hasta el comienzo del derecho de la otra persona.

2.9.3 Algunos de los derechos Fundamentales.

- Derecho a la vida.
- Derecho a la salud.
- Derecho al trabajo.
- Derecho a la defensa.
- Derecho a la dignidad.
- Derecho a la libertad.
- Derecho a la libertad de expresión.
- Derecho a tener una vivienda.

Se llaman derechos fundamentales por corresponder a la persona respecto al Estado, sirven para poner límite material al imperio del Estado. Los sujetos o titulares de estos derechos son los seres humanos y los sujetos del deber jurídico son los Estados y las organizaciones internacionales; Esto quiere decir, que la finalidad de estos derechos es impedir los abusos del poder por parte de los titulares de las funciones estatales, estos derechos se establecen generalmente en las partes dogmáticas de las Constituciones.

El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos además de garantizar a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos.

Si bien es cierto la categoría de Derechos Humanos es mucho más amplia que la de los Derechos Fundamentales, es de hacer notar que estos últimos están reconocidos en las Constituciones Políticas de los Estados, ya sea de forma expresa o tácita , sin embargo un Derecho Fundamental siempre será un Derecho Humano y es a consecuencia de la coyuntura propia de cada estado que se ha obligado a su reconocimiento y aunque no estén reconocidos por la Constitución, si lo están por tratados y organizaciones internacionales a los cuales están suscritos diferentes estados y aunado a ello por costumbre del derecho internacional público se



sabe que también puede ser exigido en aquellos países en los cuales sus constituciones no lo expresen.

2.9.4 Naturaleza.

Según Machicado (2017) Existen tres escuelas:

- Escuela naturalista. Consideran que los derechos fundamentales son atributos innatos del ser humano, es decir preexisten con anterioridad al Estado.
- Escuela historicista. Consideran que los derechos fundamentales son conquistas humanas adquiridas a través del tiempo o adquiridos por la historia.
- Escuela ética. Considera que los derechos humanos, son el reconocimiento que hace el Estado por un carácter moral. Esta es la más aceptada (*pag.1*).

2.9.5 Clases de Derechos Fundamentales.

- Civiles: La persona se encuentra afectada directamente, un ejemplo de ellos derecho a la vida, a la integridad física.

Son aquellos que se enmarcan dentro del ámbito de cada persona referente a lo más íntimo de estos; como lo es el derecho a la vida, la libertad, integridad física dignidad entre otros.

Dentro de los derechos civiles se encuentran derechos humanos.

- Primera generación: Se dio en el siglo XVIII, surge con la declaración de los derechos humanos; son derecho a la vida, soberanía, libertad, igualdad.
- Segunda generación: Surge a partir de la segunda revolución industrial. Derechos económicos, sociales y culturales, tienen como objetivo garantizar el bienestar económico.
- Tercera generación: Surge en el siglo XX después de la segunda guerra mundial, con la declaración universal de los derechos humanos. Son derecho a la paz, a la libre determinación de los pueblos etc.
- Políticos: Son aquellos cuando el ciudadano interviene en la vida pública, ejemplo derecho a la libertad de expresión, al sufragio.



Son aquellos que se enmarcan en la actividad del ser humano en la vida pública y social, como ejemplo derecho a la libertad de expresión y de información a la libertad de libre asociación y reunión, al sufragio, entre otros.

Económicos y Sociales: se enmarcan en el derecho de los individuos a aspirar al acceso de la cultura, al trabajo digno y justamente remunerado, a la huelga, a la seguridad e higiene etc.

2.9.6 Teorías de los derechos fundamentales.

La idea de los derechos fundamentales vinculada a la noción de Estado se puede fundamentar en el plano teórico-doctrinal, *siguiendo a Fioravanti, (2016)* "En tres modelos que se integran parcialmente: historicista, individualista y estatalista" (pag 1). De esta manera, "tenemos una doctrina individualista y estatalista de las libertades, construida en clave anti-historicista (en la revolución francesa); una doctrina individualista e historicista, construida en clave anti-estatalista (en la revolución americana); y, finalmente, una doctrina historicista y estatalista, construida en clave anti-individualista (en los juristas del Estado de derecho del siglo XIX)".

A) Modelo historicista.

La perspectiva histórica encuentra sus raíces en la etapa de construcción del Estado moderno, sobre todo en Inglaterra, donde se desarrolla la tradición europea medieval más clara de la limitación del poder político de imperio. Por eso, se privilegian las libertades civiles negativas que emanaban de la costumbre y de la naturaleza de las cosas, en virtud de lo cual se entendían como capacidades de actuar sin impedimentos del poder político. Libertades que se tomaban las personas sin ningún miedo a ser sometidos ni limitados por el poder político de ese entonces tomándose como un privilegio el poder actuar libremente (*Landa , 2017, s.p.*).

Por eso, se ha señalado que en la época medieval se condensan las raíces profundas de la Antigüedad y del primer cristianismo, que desarrollaron la idea de la libertad como autonomía y seguridad.

De ahí que se entienda inclusive que: "la nueva sociedad liberal es en ese sentido nada menos que la generalización, oportunamente corregida y mejorada, de la antigua autonomía medieval de los derechos y libertades" (*Landa , 2017, s.p.*). Sin embargo, es del caso recordar



que, los derechos y libertades civiles no eran del hombre como persona individual, sino en tanto miembro de una organización corporativa, que definía su estatus jurídico.

El orden natural de las cosas asignaba a cada persona sus derechos civiles desde su nacimiento; en tanto que no se concebía la existencia de derechos políticos, en razón a que la ley estaba en función del equilibrio y control del gobierno; en todo caso sometida a la tutela jurisprudencial y consuetudinaria de tales derechos, como en Inglaterra. En tal entendido, la profunda contradicción con el orden liberal de los derechos, es que éste no se somete a un "orden natural" dado, sino que es esencial la autonomía de la libertad para construir un orden diferente, donde la persona sea el centro de decisión y no objeto del *status quo*².

B) Modelo individualista.

Este modelo se basa en una mentalidad y cultura individual, propia del Estado liberal, que se opone al orden estamental medieval, en tanto la persona está diluida en las organizaciones corporativas; se afirma en un iusnaturalismo que se expresa revolucionariamente como eliminación de los privilegios estamentales y en la afirmación de un conjunto de derechos y libertades del hombre; un modelo en el cual el hombre goce de pensamiento propio sin que tenga que ser regido por un poder estatal y se convierte en un estado liberal predominando los derechos del hombre (*Landa , 2017, s.p*).

En ese sentido, Francia se constituye en el modelo del derecho moderno, basado en el individuo como sujeto de derechos y obligaciones, como quedó manifestado en la declaración de derechos y en el Código de Napoleón.

Pero el esquema individualista de derechos como no pudo ser incorporado progresivamente en la sociedad, como aconteció en el proceso social inglés; por ello, requirió partir de una ficción jurídica-política; donde el contrato o pacto social fue el instrumento de articulación unánime de los hombres en una sociedad civil, para mejor asegurar los derechos y libertades innatos de todas las personas. Sobre la base del pacto social principio de la soberanía

2 La expresión latina *statu quo* significa, según el DRAE, 'estado de cosas en un determinado momento'...

Relacionada con ella es *status quo ante*, que significa 'el estado en que', aunque su validez se ha cuestionado.



popular y del poder constituyente, que otorgaron legitimidad a la creación de una Constitución, como un instrumento de protección o garantía de los derechos inalienables del hombre.

En efecto, la presunción de libertad del hombre frente al Estado y la presunción de actuación limitada del Estado frente a la libertad suponía que las autoridades judiciales, policiales y administrativas, antes de limitar o restringir la libertad de las personas, requerían de una ley y un mandato judicial.

En ese sentido, el liberalismo entenderá que los derechos civiles no eran creados por el Estado sino tan sólo reconocidos; lo cual suponía que los derechos y libertades existían previamente al Estado y que éste era sólo un instrumento garantizador de los mismos (*Landa , 2017, párra 17*).

A partir de entonces, los derechos políticos, como el derecho de sufragio, constituirán la base que otorga un nuevo elemento constitutivo a los derechos civiles; formando una sociedad de individuos políticamente activos, que orientan la actuación de los poderes públicos. De modo que, en adelante son los representantes electos por los propios ciudadanos los que se encargarán de configurar los derechos y libertades de los hombres a través de la ley, así como también establecer sus limitaciones de manera taxativa y restringida.

El modelo individualista, a diferencia del historicismo que sostuvo la concepción de los derechos como una manifestación del orden establecido, edificará formalmente los derechos y libertades de manera concreta, condicionando la actuación de la autoridad a los posibles excesos de los poderes constituidos. En este último sentido *Landa (2017)* “establece que el individualismo retomará la doctrina de la libertad como seguridad, para sus bienes y su propia persona” (*párr.19*).

C) Modelo Estatalista.

Se basa en la idea de que el Estado total es la condición y soporte necesario para la creación y tutela de los derechos y libertades. Por ello:

En la lógica estatalista, sostener que el estado de naturaleza es guerra de todos contra todos; significa necesariamente sostener que no existe ninguna libertad y ningún derecho individual anterior al Estado, antes de la fuerza imperativa y autoritativa de las



normas del Estado, únicas capaces de ordenar la sociedad y de fijar las posiciones jurídicas subjetivas de cada uno (*Landa , 2017, s.p*).

En este sentido, no existe más distinción entre el pacto social y la declaración de derechos en que se funda, ya que los derechos nacen con el Estado. En esta lógica, no se concibe un poder constituyente autónomo como expresión de las voluntades individuales de la sociedad, sino como manifestación de la decisión política, en tanto está alejada de los cálculos individuales de la descompuesta y desesperada conveniencia de los sujetos. Tales voluntades encuentran en la autoridad del Estado que los representa, el sentido de su unidad y orden político, convirtiéndose a partir de entonces en pueblo o nación, sin diferenciar si la autoridad se trata de un gobernante o asamblea autocrática o democrática.

El modelo estatalista, en consecuencia, concibe a los derechos políticos como funciones del poder soberano, en tanto que la diferencia entre la libertad y el poder desaparece a favor de este último; asimismo, la autoridad estatal no se encuentra sometida ni a la Constitución ni a la costumbre, sino a la voluntad de la autoridad; en la medida que la necesidad de estabilidad y de unidad cumplen un rol que legitima transitoriamente al modelo estatalista, sobre todo en etapas de crisis social. Por ello se ha dicho que "puede ser justo temer el arbitrio del soberano, pero no se debe por ello olvidar jamás que sin soberano se está destinado fatalmente a sucumbir a la ley del más fuerte" (*Landa , 2017, s.p*).

Estas corrientes historicistas, individualista y estatalista han tenido una clara expresión histórica desde el desarrollo del primer gran ciclo histórico de los derechos fundamentales, con las revoluciones burguesas del siglo XVIII y hasta la Segunda Guerra Mundial. Pero, a partir de la renovación democrática de los Estados constitucionales, durante la postguerra se ha iniciado una segunda gran fase en la historia de los derechos fundamentales, caracterizada por la cultura de la supremacía constitucional.

2.9.7 Teorías constitucionales de los derechos fundamentales

A partir de que la Constitución dejó de ser entendida como un sistema de garantías, para convertirse en un sistema de valores fundamentales, con principios de justicia social y derechos económicos y sociales, se dio lugar al desarrollo de una rica jurisprudencia de los tribunales constitucionales europeos y en particular el alemán, sobre



el contenido concreto de los derechos fundamentales; el cual ha estado alimentado por viejas y nuevas teorías constitucionales, que han incidido en el fortalecimiento del Estado constitucional. (Universidad Nacional Autónoma de México (*UNAM*, 2016 párr. 25).

En tal sentido, se pueden identificar a las principales teorías de los derechos fundamentales en seis grupos.

a. Teoría liberal.

Los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado; es decir, se concibe a los derechos y libertades como derechos de defensa. En este sentido clásico de los derechos fundamentales, no se permite forma alguna de restricción de la libertad personal; en la medida en que, como reza el artículo 4o. de la Declaración de los Derechos del Ciudadano:

La libertad consiste en hacer todo lo que no perturbe a los otros: en consecuencia, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre sólo tiene los límites que aseguren a los otros miembros de la sociedad, el disfrute de los mismos derechos. Esos límites no pueden estar determinados en la ley, el derecho de una persona acaba cuando inicia el derecho de la otra persona, no se puede exigir nuestros derechos tratando de atropellar los derechos de las demás personas (*Landa , 2017 s.p*).

b. Teoría de los valores.

La teoría axiológica de los derechos fundamentales tiene su origen en la teoría de la integración de la entre guerra; para la cual los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución (...) este es el pilar en que debe apoyarse toda interpretación de los derechos fundamentales (*Landa , 2017, párra 31*).

El Estado se desarrolla en un proceso dinámico de integración nacional de una comunidad cultural de valores. Por ello, los derechos fundamentales están condicionados históricamente y otorgan legitimidad al ordenamiento jurídico positivo. En este sentido, se busca evitar los formalismos del positivismo jurídico, prescindiendo del texto literal de la norma jurídica en favor del contenido material, es decir que se busca el sentido esencial del derecho fundamental en cuestión, y se relaciona o integra el derecho fundamental con



la totalidad del orden de vida y los valores constitucionales vigentes se complementan unos a otros para formar un solo cuerpo (*Landa , 2017, párra 32*).

Esta concepción de los derechos se relanza con la ética material de los valores; donde los derechos fundamentales, asumiendo sus contenidos axiológicos como emanación de la comunidad estatal, se manifiestan a través de decisiones valorativas. En tal entendido, “ los derechos fundamentales son concebidos como normas éticas objetivas, fiel expresión del orden valorativo de la sociedad que se va expresando en normas legales y sentencias” (*Landa , 2017, párra 33*).

Esto basado en los valores que atañen a las personas como un pueblo que toma sus propias decisiones basadas en los mismo lo que ha permitido que se creen normas con contenido basado en la ética y valores atinentes a todo ser humano enfocándose en el deber ser.

La teoría de los valores subordina el método jurídico a los contenidos axiológicos de la sociedad sobre los derechos fundamentales; dejando abierta la pregunta acerca de cómo identificar los valores supremos o superiores de la comunidad. Al parecer, corresponde aplicar el método de las ciencias del espíritu para conocer la jerarquía de la conciencia valorativa de la comunidad; que es alcanzable como una evidencia preferentemente intuitiva, o mediante el juicio de valor cultural y moral del momento, que no está exento de un juicio de valor superior frente a otro inferior.

Someter los derechos fundamentales a la valoración intuitiva o al estado de conciencia social, en etapas de rápidas transformaciones y cambios, permite suponer el cambio o la afectación de los valores supremos y eternos de una sociedad, de donde el carácter preexistente y vinculante de los principios y valores que dan sentido a la unidad de una comunidad, no permanezcan estables o inmodificables. En este sentido, los derechos fundamentales se relativizan a su tiempo y espacio, revaluándose o devaluándose según las circunstancias del estado de conciencia o del espíritu del momento.

Es por ello que el Estado valora las situaciones que se dan según el momento, encontrándose la norma en constante cambio, en el sentido a que debe apegarse a las situaciones y necesidades que se dan en el pueblo y que son de vital importancia regular para un mejor proveer de justicia.



Es evidente que la perspectiva de la teoría del valor tiende a uniformizar, en torno a determinados valores supremos objetivos, a los valores minoritarios; pero en la práctica de las sociedades tradicionales, la dialéctica del conflicto entre los valores sociales no termina integrándose, sino que "en la jerarquía de valores contrariamente valen otras relaciones, que se justifican en que el valor destruye al antivalor y el valor más alto trata como inferior al valor menor" (*Landa , 2017, párra 36*).

Por ello, los derechos fundamentales, en un sentido objetivo valorativo como subjetivo liberal, terminan tiranizando a aquellos sectores minoritarios o desvinculándose de las mayorías sociales; lo que abre paso a replantear la teoría de los derechos fundamentales a partir de la teoría institucional.

A) Teoría institucional.

Los derechos fundamentales entendidos como derechos objetivos absolutos o como derechos subjetivos individualistas, resultan ser una concepción insuficiente que no responde a las demandas del desarrollo jurídico-social; de ahí que la teoría de la institución, provea el marco teórico de una renovada y compleja comprensión de los derechos fundamentales, acorde con los cambios económicos y políticos del Estado constitucional.

En tal sentido, se debe partir comprendiendo que, para Hauriou, como se citó en *Landa , (2017)*.

Los derechos fundamentales tienen un doble carácter constitucional: como derechos de la persona y como un orden institucional; de modo que "los derechos individuales son a la vez instituciones jurídicas objetivas y derechos subjetivos". Pero es precisamente mediante la actuación estatal de las mayorías parlamentarias transitorias como derechos objetivos, que los derechos pueden ser desconocidos, desvirtuados o vaciados de contenido.

Por eso, Schmitt trazó una divisoria entre los derechos de libertad y la garantía institucional, con el fin de evitar la vulneración de las libertades en manos del legislador; sin embargo, "la garantía institucional no es un derecho fundamental en sentido auténtico, pero significa una protección constitucional contra la supresión legislativa, según esa característica de la garantía institucional".



Se puede decir, entonces, que, a la luz del pensamiento institucional de los derechos fundamentales, es posible identificar el contenido esencial de los mismos, a partir de la idea de la libertad como instituto, es decir como un dato objetivo que se realiza y despliega en la sociedad abierta; pero que encuentra en los conceptos jurídicos diversos elementos que inciden directa o indirectamente en la formación, proceso y resultado de la norma constitucional. En ese sentido, "el contenido y los límites de los derechos fundamentales deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace en su esencia, referencia todo derecho fundamental" (*Landa , 2017, párra 40*).

Es decir que el Estado una vez trabajando bajo la incidencia de los valores debe de apegarse a ellos fijando los límites de los derechos fundamentales, plasmándolos como normas que además de garantizar dichos derechos puedan también ser deberes a cumplir por parte del pueblo, ya que, de producirse una violación a estos, acarrea consecuencias que se materializará una vez seguido el proceso idóneo para tal causa.

Por ello, se puede hablar de una teoría absoluta que indaga sobre el mínimo intangible de un derecho fundamental, y de una teoría relativa que busca otros valores y bienes constitucionales que justifiquen limitar los derechos fundamentales. En esa tarea de integración propia del desarrollo dinámico de los derechos fundamentales se trata de ponderar diversos bienes jurídicos, en el marco de la totalidad de los valores y bienes jurídicos constitucionales.

La realización práctica del sistema de derechos fundamentales supone el reconocimiento de un status *activus processualis*³ que permite la tutela jurisdiccional de los derechos ciudadanos. En ese sentido, los derechos fundamentales son vinculantes, en tanto se les concibe como categorías jurídico-positivas; lo cual alcanza a las cláusulas sociales y económicas del Estado constitucional. Sin embargo, "la Constitución no puede resolver por sí sola la cuestión social, sino solamente aparecer como un marco de una

³ Relación entre derechos, procedimientos y legitimación del Estado Constitucional, dicho de otro modo, la integración debida y exenta de perfiles problemáticos de la teoría jellinekiana de los Estados a través del llamado Status Activus Processualis.



determinada realidad y de un programa *social res publica semper reformanda*"⁴ (**Landa , 2017, párra 41**).

Esto significa que el ejercicio de los derechos fundamentales sólo adquiere vicios de realidad como libertades sociales y de las necesidades del mismo pueblo ya que es el bien común el que aclama la acción concreta por parte del Estado. En ese sentido:

Los derechos fundamentales además de ser, organizados, institucionales, y de tal modo objetivado como status; son justamente consecuencia del obrar humano partiendo de la realidad vital, y como tal se entiende el derecho como género.

Los derechos fundamentales no son únicamente algo dado, organizado, institucional, y de tal modo objetivado como status; sino que ellos, en cuanto institutos, justamente a consecuencia del obrar humano devienen en realidad vital, y como tal se entiende el derecho como género.

Por ello, la ley ya no se presenta como limitación a la intervención del legislador en la libertad dada, sino más bien como la función legislativa de promoción y realización de la libertad instituida; esto permite dejar atrás la clásica noción de reserva de ley del Estado liberal minimalista y asumir un concepto de ley; que también puede conformar y determinar el contenido esencial de un derecho fundamental cuando la Constitución no lo haya previsto jurídicamente, pero respetando la última barrera del contenido institucional de la libertad .

De lo anterior se colige que puede haber derechos fundamentales que aun el Estado no ha regulado y por ende no se encuentran en la Constitución

De aquí, la importancia de establecer una teoría de los límites inmanentes directos o indirectos del legislador que hagan inmunes el contenido esencial de los derechos fundamentales de las mayorías parlamentarias transitorias, en la medida que los derechos se encuentran vinculados a la sociedad.

En consecuencia, la ley en el sentido institucional está orientada concretamente a la realización del objetivo de la libertad como instituto; es decir, que la garantía institucional de la libertad tiende a penetrar en la realidad que se halla detrás del concepto jurídico de libertad. En este sentido, "los derechos fundamentales son institutos, sólo cuando pueden ser efectivamente reivindicados por los titulares, cambiar el hecho por la norma, es decir cuando son regla" (**Landa , 2017 párr. 45**).

⁴ Libro publicado el 4 de octubre de 2007.



El rico desarrollo de la doctrina institucional de los derechos fundamentales ha dado lugar a dos sub-teorías institucionales que a continuación se desarrollan.

B) Teoría sistémica.

Parte de una interpretación propia del derecho en el marco de la teoría del sistema social y del método estructural-funcionalista. En ese sentido, "los derechos fundamentales de libertad y dignidad tienen una importante función de proteger dicha esfera social contra las decisiones de una intromisión Estatal, la cual podría paralizar el potencial expresivo (simbólico-comunicativo) de la personalidad" (*Landa , 2017, parrá 47*).

Lo anterior permite dimensionar la importancia del derecho a la libertad y a la dignidad humana ya que teniendo la libertad de poder aclamar por nuestros derechos y exigir al Estado las garantías constitucionales atinentes al ser humano como tal, es imperativo que el mismo Estado plasme sus deberes como garante de derechos y con ello hacer valer la dignidad que se tiene como persona y denunciar cualquier mala decisión por parte del Estado que se encuentre en contra de lo que el pueblo considere justo y en contra de los ideales de una sociedad.

Pero es de destacar que el análisis sistémico de los derechos fundamentales también incorpora la variable social compleja; es decir, que el ejercicio de los derechos y libertades se encuentra en correspondencia con el sistema jurídico, que depende del sistema social existente, moderno o tradicional. En este sentido, "los derechos fundamentales quedan así relegados a la condición de meros subsistemas cuya función prioritaria reside en posibilitar la conservación y estabilidad del sistema social, perdiendo, de este modo, su dimensión emancipatoria y reivindicativa de exigencias y necesidades individuales y colectivas" (*Landa , 2017,parrá 48*).

C) Teoría multifuncional.

Busca superar la unilateralidad de las distintas teorías sobre los derechos fundamentales, dada la pluralidad de fines y de intereses sociales que abarca el Estado constitucional. Así, las demandas para democratizar la sociedad sobre la base de la participación ciudadana, así como para cumplir con los objetivos del Estado social del derecho, delimitando la libertad con las fronteras de la igualdad, son factibles de realizar mediante la articulación práctica de las distintas funciones de los derechos fundamentales. Así, se puede decir que la diversidad de funciones



constitucionales de los derechos fundamentales está en relación directa con las funciones de la propia Constitución que la doctrina constitucional ha aportado al desarrollo constitucional.

En este sentido, se puede señalar que no sólo la Constitución, sino también los derechos fundamentales participan de las funciones: racionalizadora, ordenadora, estabilizadora, unificadora, contralora del poder; así como del aseguramiento de la libertad, la autodeterminación y la protección jurídica de la persona, el establecimiento de la estructura organizativa básica del Estado y del desarrollo de los contenidos materiales básicos del Estado (*Landa , 2017, párr.50*).

Con esta teoría se busca que los derechos fundamentales estén basados en varias teorías destacando lo mejor de cada una de ellas apegadas a la situación que atraviesa la sociedad, tomando como base la participación ciudadana y la democracia para llegar a un bien común, en el cual exista la igualdad, dignidad y la libertad, teniendo el Estado y las instituciones las funciones a cumplir para garantizar los derechos de las sociedades, así como los ciudadanos los derechos y deberes a cumplir.

D) Teoría democrático-funcional

Se parte de concebir a los derechos de la persona en función de los objetivos o funciones públicas y del Estado constitucional, en el marco de una democracia deliberativa; de allí que "no hay legitimidad del derecho sin democracia y no hay democracia sin legitimidad del derecho. Es decir, que se pondera el carácter cívico de los derechos fundamentales como elementos constitutivos y participantes de la democracia estatal" (*Landa , 2017, párrá 51*).

De ahí la importancia de la participación ciudadana ya que con esta se podrá dar la legitimación de los derechos como una de las funciones y objetivos que el Estado tiene en torno a la sociedad.

Desde esta perspectiva social y ciudadana, se puede plantear que hay derechos fundamentales, pero también deberes y obligaciones fundamentales con el Estado democrático-constitucional. En este último sentido, los derechos fundamentales no son bienes jurídicos de libre disposición, sino que presentan límites, en tanto los ciudadanos de una comunidad democrática tienen los límites y el deber de fomentar el interés público.



La idea de que los derechos fundamentales deben asegurar el fortalecimiento del Estado constitucional se ha visto expresada en el desarrollo de los derechos a la libertad de opinión, libertad de prensa y libertad de reunión y asociación, como bases necesarias para el funcionamiento de la democracia. Aquí se percibe la clara influencia de la teoría de la integración, que ubica al hombre como ser político en relación directa con el Estado como expresión del derecho político.

En tal sentido, el punto de partida, orientación y límites de los derechos fundamentales se encuentra en el proceso político democrático, que se convierte en el valor constituyente del contenido, del ejercicio y de los contenidos de los derechos de la persona.

En consecuencia, lo políticamente correcto se convierte en el parámetro de validez de los derechos humanos, tarea que ya no queda delimitada en cada caso por el titular del derecho, sino por un consenso social que representa una posición intermedia o intersubjetivista, entre las tesis individualistas y colectivistas de los derechos fundamentales (*Landa , 2017 párr.53*).

Sin embargo, esta tesis de la democracia-funcional de los derechos fundamentales no deja de presentar interrogantes acerca de la posible presión social contra la aparición de nuevos derechos que se originan en los valores periféricos del consenso democrático existente.

Es por ello que el Estado debe estar consciente de la realidad social que se vive para que tenga accesibilidad que permita a los ciudadanos proponer derechos que se consideren necesarios para llegar a un bien común.

Es el caso de libertad de expresión o derecho electoral, entendidos como derechos fundamentales absolutos que pueden dar lugar a la transmisión de ideas y programas políticos, cuestionables desde una posición democrática -no funcionalista, ni valorativa-; lo cual abre un debate acerca de los límites y diferencias de los derechos fundamentales, sobre todo cuando aportan una carga político-social (*Landa , 2017 párr. 53*).

E) Teoría jurídico-social

El punto de partida de esta teoría de los derechos fundamentales es la insuficiencia no sólo de la deshumanizada teoría individualista de los derechos, sino también la insuficiencia de una concepción meramente positivista de los derechos económicos y sociales, entendida como la



norma programática sujeta a la reserva de ley, o abstracta delimitación de la libertad por la igualdad y la justicia. Por esto, es sólo con el desarrollo jurídico contemporáneo del Estado social que se asienta una concepción propia de los derechos económicos y sociales como derechos subjetivos de realización mediata para el particular y como derechos objetivos vinculantes para el Estado: sólo así se puede hablar de derechos normativos; sobre todo gracias a los aportes de la dogmática de la constitución económica.

En esta perspectiva subyacen dos cosas: "de un lado, la obligación del Estado derivada de los singulares derechos fundamentales de procurar los presupuestos sociales necesarios para la realización de la libertad de los derechos fundamentales, una especie de posición de garante para la aplicación de la libertad en la realidad constitucional, y del otro, la procuración de pretensiones de derechos fundamental a tales prestaciones estatales, o, en su caso, a la participación en instituciones estatales o procuradas por el Estado que sirven a la realización de la libertad de los derechos fundamentales".

En tal sentido, los presupuestos sociales de esta concepción de los derechos económicos y sociales son constituyentes del carácter jurídico de los mismos, en la medida que el origen y el fin de su carácter normativo reposa en el concreto ambiente económico y social necesario para su eficacia social, sin perjuicio del rol orientador y de fomento del Estado hacia una sociedad económica basada en la justicia distributiva (*Landa , 2017 párr. 56*).

En consecuencia, el desarrollo económico y social es una premisa necesaria, aunque no suficiente de la legitimidad de los derechos socio-económicos, debido a que los derechos sociales podrán cumplir su función social, sólo en la medida que su proyección normativa sepa desarrollar los elementos jurídico-sociales, que no dejen vacía o sin realización a la norma constitucional de los derechos sociales.

El problema de esta teoría radica en la dependencia de la vigencia de los derechos sociales de la situación de bienestar económico del Estado, por ello si bien los derechos sociales son norma de cumplimiento obligatorio diferido del Estado, la exigencia judicial de la aplicación de las mismas sólo es factible de realizarse en la medida en que el legislativo y el gobierno hayan presupuestado el cumplimiento de las mismas.



La eficacia de los derechos sociales previstos en la Constitución, queda reducida a la decisión política del gobierno y en el mejor de los casos a la negociación del gobierno con la oposición; pero, sin llegar a cerrar la nueva brecha entre los derechos jurídicos y derechos reales, que caracterizó desde una perspectiva individualista al divorcio entre la libertad jurídica y la libertad real (*Landa , 2017, párra 57*).

Sin duda alguna el poder lo tiene el Estado ya que de sus decisiones las que den el rumbo a los derechos sociales ya que si no existe ninguna negociación con este sus decisiones podrían llegar hasta ser tiranas y en pro de sus beneficios ya sean económicos o políticos, es por ello que debe de haber un justo equilibrio entre todos los derechos en los cuales el Estado además de ser garante de ellos pueda guiarse por la opinión ciudadana.

F) Teoría de la garantía procesal.

La teoría según la cual los derechos fundamentales son garantías procesales, proviene del interés de otorgar eficacia en la aplicación y protección concreta de los derechos humanos; pero, profundizando y avanzando más allá del *status activus processualis*⁵. Partiendo, desde una perspectiva práctica, los derechos fundamentales son valiosos e importantes siempre que se tomen como garantías procesales, que permiten accionar no sólo ante los tribunales, sino también ante la administración (*Landa , 2017, párra 58*).

Cabe recordar que los derechos son garantías procesales que sirven como herramienta para llevar una vida plena con seguridad y dignidad como sociedad y cuando exista una vulneración de los mismos se cuente con las armas pertinentes para defenderse en cualquier tipo de proceso.

La tutela de los derechos fundamentales a través de procesos, conduce necesariamente a dos cosas: primero, que se asegure la tutela judicial efectiva de los ciudadanos y, segundo, que se garantice el debido proceso material y formal.

De esta manera, la tutela judicial y el debido proceso se incorporan al contenido esencial de los derechos fundamentales como elementos del núcleo duro de los mismos. Permitiendo de

⁵ Relación entre derechos, procedimientos y legitimación del Estado Constitucional, dicho de otro modo, la integración debida y exenta de perfiles problemáticos de la teoría jellinekiana de los Estados a través del llamado Status Activus Processualis.



esta manera que a un derecho corresponda siempre una acción y que una acción suponga siempre un derecho. En consecuencia:

Las garantías de los derechos fundamentales dan la oportunidad material de ejercer el derecho contra el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, no sólo en un sentido formal. En tal entendido, los derechos fundamentales como garantías procesales están vinculados con una amplia concepción del proceso (*Landa, 2017 párr. 60*).

En efecto, plantearse los derechos fundamentales como garantías procesales materiales o sustantivas, supone actualizar las garantías procesales con el fin de proteger los propios derechos fundamentales; sin embargo, esto no supone crear una estructura organizacional determinada, en tanto que ya existe el Tribunal Constitucional, los tribunales ordinarios y hasta los tribunales administrativos, que también cautelan parcelas de los derechos fundamentales, sino traspasar adecuadamente institutos, elementos y principios del derecho procesal a los procesos constitucionales. En tal sentido, los derechos fundamentales como garantías procesales, se convierten tanto en derechos subjetivos como en derechos objetivos fundamentales.

Pero la teoría de la garantía procesal no se reduce a los procesos constitucionales, judiciales y administrativos; sino que también se extiende al proceso parlamentario. Si bien la seguridad procesal de las partes y del proceso son valores fundamentales en la protección de los derechos humanos, éstas adquirirán toda su potencialidad en la elaboración de las propias normas procesales del legislador democrático, quien en el proceso parlamentario también debe respetarla, incorporándola a la práctica parlamentaria, como una garantía procesal y como una garantía democrática de los derechos fundamentales de la participación de las minorías políticas y de la oposición parlamentaria.

En conclusión, las diversas teorías de los derechos fundamentales constituyen aportes adecuados para el desarrollo de los derechos de libertad en sus realidades, como también resultan insuficientes para resolver por sí solas los problemas contemporáneos de la falta de realización de los derechos fundamentales en todas las regiones con culturas diferentes. Por eso, hay que recordar que, junto a las teorías de los derechos fundamentales, se encuentran diversas concepciones jurídicas culturales de Estado, sociedad, economía y naturaleza, que deben poner en relación de interdependencia a los derechos fundamentales con las variables culturales de



cada Estado constitucional, para afrontar integralmente la teoría y la práctica de los derechos fundamentales.

En este entendido, la realidad constitucional latinoamericana está caracterizada básicamente por la necesidad de desarrollar o de ajustar la dogmática de los derechos fundamentales a las demandas y desafíos contemporáneos; proceso en el cual, el perfeccionamiento de la jurisdicción de la libertad con base a la realidad y también a la dogmática europea, ayudará a la recuperación del sentido de la teoría y de la práctica de los derechos fundamentales para el fortalecimiento del Estado democrático constitucional. De lo contrario, los derechos fundamentales quedarán reducidos a un ejercicio semántico de los mismos y sometidos a los poderes fácticos de turno, experiencia propia de los Estados neoliberales en América Latina.

2.9.8 Derecho comparado con El Salvador.

La libertad es garantizada sin condición material alguna, es decir no está sometida al cumplimiento de determinados objetivos o funciones del poder, porque la autonomía de la voluntad no es objeto de normativa, sino en la medida que sea compatible con el marco general, abstracto y formal de la ley; por ello se han dado garantías tales como: "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (*Constitución salvadoreña Artículo 8*).

Aquí se puede establecer que es compatible con la Constitución Salvadoreña ya que sigue los mismos criterios con respecto a la ley frente al ciudadano.

“En ese sentido, se puede decir que la defensa de la libertad humana se convierte en el fin supremo de la sociedad y del Estado; actuando como principio delimitador de los derechos fundamentales, así como soporte del modelo constitucional liberal” (*Landa , 2017 párr. 28*).

En virtud de ello, los derechos fundamentales producen efectos privados de defensa de la persona y efectos públicos de contención de la autoridad; pero, en caso de colisión no siempre se resuelve con el *indubio por libertate*⁶, sino a través del principio de proporcionalidad de los

⁶ Es un relevante criterio interpretativo que establece que toda autoridad perteneciente al poder judicial, legislativo o ejecutivo, debe aplicar la norma, o la interpretación, más favorable a la persona o a la comunidad, en toda emisión de actos, resoluciones o normas que traten o en que se considere la protección o la limitación de Derechos Humanos.



derechos fundamentales, que supone integrar la libertad y la autoridad, sin afectar el núcleo duro de los derechos fundamentales, mediante el principio de armonización y proporcionalidad.

Un aspecto relevante de esta concepción liberal de los derechos fundamentales en cuanto derecho subjetivo, es la vinculación negativa del legislador a los mismos; entendido como un mandato estatal de dejar hacer en el sentido anotado, descartando el sentido positivo de asegurar la realización de la libertad mediante obligaciones de hacer del Estado.

De ello, se desprende la noción de límite de la injerencia de la ley sobre la libertad, descuidando los presupuestos sociales y valorativos que dan lugar a la realización de los derechos fundamentales, en la medida que "los derechos fundamentales garantizan la protección del estado real de la libertad socialmente ya existente o en formación". Esto sólo es posible a partir de una concepción ética de los derechos fundamentales (*Landa , 2017, párra 30*).

2.9.9 Fundamento de los derechos humanos.

La realidad o realidades, de carácter social o intersubjetivo, que proporcionan a los Derechos Humanos la consistencia necesaria para que puedan reconocerse, respetarse promoverse en su conjunto, de forma indivisible e interdependiente, y puedan proyectarse hacia un desarrollo siempre abierto y perfectible. Esa realidad es el valor social fundamental de la dignidad de la persona humana.

2.9.10 Características.

- Es un fundamento estable o permanente. La dignidad es el centro de la gravedad o referencia que da sentido de unidad y permanencia a los mismos.
- Tiene carácter histórico, de tal manera que cambia de significado y sentido según las distintas épocas o culturas que se materializan. Su fundamento es de estructura estable, pero de contenido variable.
- Existe un concepto formal, universalmente aceptado, acerca del fundamento de los derechos, que es la dignidad de la persona humana, pero su significado y contenido varía de unas culturas a otras y de unas épocas a otras.
- Es un concepto que se va enriqueciendo históricamente. Es decir, las conquistas y logros para la dignidad de la persona humana se convierten en cada época en el mínimo



imprescindible para épocas futuras. Por tanto, es un concepto que se amplía y llena de contenido a lo largo de la historia.

- Determina en una doble dirección, la base, el sustento y el engarce tanto de los derechos humanos, como de sus correlativos deberes básicos, y a su vez de los derechos fundamentales y de sus correlativos deberes jurídicos fundamentales.

- El fundamento de los Derechos Humanos tiene naturaleza valorativa: es un valor social fundamental que está en estrecha relación de un doble plano social: las necesidades básicas, que constituyen el objeto de los Derechos Humanos, y con los demás valores sociales fundamentales: justicia, igualdad, paz, vida, seguridad y felicidad.

2.9.11 Clasificación.

Los derechos humanos son una realidad compleja de la naturaleza ético-jurídica y política, con diversos tipos o clases de fundamentación:

- Fundamentación ético-jurídica o ius-filosófica, se estudia por la filosofía del derecho.
- Fundamentación jurídico-positiva, su estudio corresponde a la ciencia jurídico.
- Fundamentación jurídico-política. Estudio propio de la filosofía política.
- Fundamentación ético-religiosa, las diversas religiones ocupan de ella. En el pensamiento cristiano la teología moral.

2.9.12 Fundamentación ético-jurídica o ius-filosófica.

Doble vía en la historia del pensamiento filosófico-jurídico:

- Iusnaturalismo
- Iuspositivismo

Corriente Iusnaturalista:

Comprende una gran cantidad de escuelas: tomista, escuela de derecho natural racionalista, neotomismo, marxismo, humanista, etc.

Tiene carácter metafísico y afirma la naturaleza jurídica de los derechos humanos.

El fundamento del derecho positivo y consiguientemente de los derechos fundamentales se encuentra en los derechos humanos en cuanto a que son derechos que corresponden, "per se" y de naturaleza humana. De ahí que ese fundamento se encuentre en lo único de la naturaleza



humana respecto a los demás seres su especial dignidad. Pero dado que por dignidad se entiende la condición por la que se merece algo para evitar caer en una definición circular el iusnaturalismo afirma que aquello por lo que el hombre se hace merecedor de todos estos derechos es libertad, que supone racionalidad, posibilidad de autodomínio, comunicación, amor y solidaridad.

Dentro de la fundamentación iusnaturalista, puede hablarse de un doble fundamento:

2.9.13 **Fundamento último inmediato indirecto.**

El fundamento último de los derechos humanos está en la dignidad de la persona humana. Para el iusnaturalismo medieval, el carácter personal era lo que hacía que el hombre fuera imagen y semejanza de Dios. Para el iusnaturalismo moderno, este carácter se da (como dato objetivo, real, como hecho social) en la existencia misma del hombre como ser racional, con posibilidad de realizarse igualitaria, libre y solidariamente junto a los demás seres humanos. Por tanto, ser persona no es sólo disponer de sí mismo, sino disponer de sí mismo junto a otros, que también tienen el derecho y el deber de disponer de sí.

La dignidad humana tiene una doble perspectiva: o una perspectiva negativa: la persona no puede ser objeto de ofensas y humillaciones o una perspectiva positiva: la afirmación de la dignidad humana significa el pleno desarrollo de la personalidad y la sociabilidad.

El pleno desarrollo de la personalidad implica, a su vez dos dimensiones: o el reconocimiento del total auto disponibilidad, sin interferencias e impedimentos externos, de las posibilidades de actuación propias de cada hombre. O la autodeterminación que surge de la libre proyección histórica de la razón humana.

El pleno desarrollo de la sociabilidad implica la participación consciente, crítica y responsable en la toma de decisiones de los diferentes colectivos o comunidades de los que el sujeto forma parte naturalmente familia, pueblo o por libre elección, sindicato, partido político, etc.

La concepción actual del concepto de dignidad humana, se debe a Emmanuel Kant.

Sus obras "fundamentación de la metafísica de las costumbres" "principios metafísicos del derecho" utilizan, como soporte de la dignidad.

Los seres cuya existencia no descansa en la voluntad, sino en la naturaleza, tienen, cuando se tratan de seres irracionales, un valor puramente relativo como medios y por eso se



llaman cosas; en cambio, los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado como medio y por tanto limita en ese sentido todo capricho y es objeto de respeto estos son fines objetivos esto es realidades cuya existencia en sí misma un fin.

Ese elemento teológico no puramente negativo consustancial a la dignidad de la persona humana es la que permite afirmarlo como sujeto; la dignidad significa para **Manuel Kant, (1985)** "Que la persona no tiene precio sino dignidad: aquello que constituye la condición para que algo sea un fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio sino un valor intrínseco, esto es dignidad" (*párr. 117*).

En el siglo XX buena parte del pensamiento neokantiano y de inspiración kantiana se expresa en la misma dirección: Von Stein y H.Henkel como se citó en (Hidalgo Murillo, pág. 8) piensan lo siguiente:

- Von Stein dice que persona es aquello que se determina por sí mismo frente a la cosa, a la naturaleza, que no puede determinarse por sí misma.
- H. Henkel dice que los derechos humanos en cuanto a que son derechos de auto disposición implican la prohibición de que se haga al hombre objeto de la disposición de otros: esto es, que prohíbe que se le inserte en una relación medio-fin completamente.

De ello sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por él como persona y a no ser perjudicado en su existencia.

Por esto, cuando se clasifican los Derechos Fundamentales en relación a la realización de un valor en derechos civiles y políticos en relación al valor libertad, los derechos económicos sociales y culturales en relación al valor igualdad y los derechos de los pueblos en relación al valor solidaridad se trata de un criterio puramente teórico de clasificación, que también estaría justificado históricamente por las diferentes interpretaciones ideológicas que el transcurso de la historia de los Derechos Humanos se realizó de los mismos (**Kant, 1985**).

Hay que tener en cuenta que los valores que fundamentan junto con la dignidad humana a los derechos fundamentales no constituyen categorías axiológicas cerradas y estáticas, sino que se hayan abiertos a las continuas y sucesivas necesidades que los hombres experimentan en el



devenir de la historia. De ahí que los distintos derechos fundamentales singulares suponen otras tantas especificaciones espacio-temporales de los valores básicos citados, y de ahí también la intrínseca unión existente entre el objeto de los derechos fundamentales y el fundamento de los mismos.

La justicia en cierto modo encierra el significado de todos los demás valores en cuanto a que supone que todas y cada una de las personas les sea atribuido y garantizado lo que le corresponde lo suyo, lo que le corresponde por su especial dignidad:

- Su reconocimiento como potencia (poder).
- El reconocimiento de su esfera de poder social.
- El reconocimiento de su ámbito de autodeterminación como ser libre (manifestación del poder social de coordinación).
- El reconocimiento de su titularidad del poder soberano
- El reconocimiento de su plena titularidad a la hora de crear normas jurídicas dentro y fuera de la estructura del estado reconocedoras y amparadoras de sus derechos
- El reconocimiento de la plena licitud de cualquier instrumento que pueda garantizar desde la idea de sistema de derechos fundamentales el ejercicio efectivo de esas formas de poder social que son los Derechos Humanos.

Si el valor de la dignidad derivábamos del valor justicia y del valor justicia podemos a su vez inferir otros cinco valores pues si la dimensión clásica de justicia connota "dar a cada cual lo que le pertenece" y en ello cinco dimensiones que son "lo suyo" para toda persona humana son:

1. La vida: es el valor que muestra la interdependencia entre el poder físico y el poder social ya que en el poder físico se incluyen a muchos otros vivientes, y en el poder social solo a los humanos y puede ser definida como aquello que hace que un ente, puede realizar tanto, movimientos inmanentes como naturalmente auto-perfectivos y en armonía con el medio; se habla de movimientos inmanentes porque son aquellos que comienzan y concluyen en el propio sujeto que los realiza a diferencia de los movimientos transitivos que terminan en el objeto; son naturalmente auto perfectivos, porque a diferencia de las computadoras estos seres pueden recuperar un equilibrio perdido y crecer desde su concepción, esto supone una organización creciente; y por último se habla de armonía



con el medio porque mantiene su propia temperatura y organización a partir de las posibilidades y dificultades que le ofrece el medio.

2. El valor libertad es quizá sobre el que más se ha insistido por parte de los filósofos, poetas, profetas y políticos, puede ser definida en términos muy amplios como la exención de una necesidad para el cumplimiento de un fin. Puede ser contemplada según expone Isaías Berlín en su obra dos conceptos de libertad publicada en Oxford en 1958: desde una perspectiva negativa consiste en la ausencia de la de coacción supone la existencia de un ámbito para poder actuar sin que exista en el mismo la interferencia ni de otros sujetos ni del estado. Y desde dimensión positiva significa la posibilidad de participación racional y libre de una vida social.
3. El valor de la igualdad tiene su antivalor en la discriminación y es el principio inspirador de todos los derechos económicos sociales y culturales, suele ser considerado, como una "meta norma"⁷ a una norma que establece un criterio por el que todas las demás normas se relacionen con los sujetos del derecho.

Sintéticamente podría formularse así: para toda persona si reúne las condiciones de aplicabilidad de una norma, debe aplicarse ésta siempre de idéntica manera, salvo que circunstancias relevantes justifiquen un tratamiento normativo diferente, en beneficio del sujeto afectado por tales circunstancias.

El valor solidaridad no debe confundirse con una concepción secularizada de la caridad ni tampoco con la filantropía puede encontrar en ella sus antecedentes. Denota ante todo la ampliación del sentido del nosotros, lo cual tiene una doble perspectiva:

- Ser una virtud ética.
- Ser principio orientador de la dinámica política, en el sentido de integrar dentro de la acción del reconocimiento y garantías de los derechos humanos a los más desposeídos, a los que no ven reconocida su categoría de ciudadano o de persona.

⁷ Es una norma para cumplir otra norma. El término meta norma fue popularizado por el científico Robert Axelrod como propuesta de mecanismo para promover la cooperación entre individuos egoístas.



2.9.14 **Fundamento próximo inmediato o directo de los Derechos Humanos.**

Está en el valor seguridad y por tanto en la necesidad de garantizar para poder respetar la dignidad de la persona humana y los valores que de ella derivan, los derechos fundamentales en cuanto que poseen dimensiones en la justicia, vida, libertad y solidaridad.

2.9.15 **Fundamento jurídico-positivo.**

La fundamentación jurídica positiva no puede estar sino en los valores y en los principios que derivan de ellos, que las constituciones reconocen bien de forma explícita o de forma implícita. Según *Pérez Luño(2007)* Los valores constitucionales poseen una triple dimensión: Fundamentadora en el plano estático del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como del ordenamiento jurídico en su conjunto. Por ello la doctrina germana los concibe como valores fundamentales y nuestra constitución como derechos fundamentales para acentuar su significación de núcleo básico y conformador de todo el sistema jurídico-político.

Orientadora: en sentido dinámico del orden jurídico-político hacia unas metas o fines predeterminados que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos y obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional

Crítica: en cuanto a que su función como la de cualquier otro valor reside en su idoneidad para servir de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas, de forma que es posible un control jurisdiccional de todas las restantes normas del ordenamiento en lo que puedan entrañar de valor o desvalor por su conformidad o infracción a los valores constitucionales (*pag.85*).

2.9.16 **Fundamento jurisprudencial.**

Cuando se encuentran en riesgo derechos fundamentales de la persona humana, el Estado está en el deber de brindar las garantías y proteger dichos derechos, pese cualquier circunstancia en que se encuentre debido a que todas las personas desde el momento de la concepción deben ser protegidas constitucionalmente y un derecho de una persona no prevalecerá sobre el derecho de otra persona en ese sentido.

La Sala de lo Constitucional por su parte, ha reconocido en su jurisprudencia el carácter esencial e imprescindible de la vida humana. (*Amparo 166-2009, de 21 de septiembre de 2012*).



Al respecto ha manifestado que: "En el ordenamiento jurídico, la vida constituye un derecho inherente a toda persona, sin excepción alguna, cuyo ámbito de protección se extiende incluso hasta el momento de la concepción.

“La jurisprudencia constitucional ha señalado que del derecho a la vida depende el ejercicio y goce de los demás derechos contemplados en la Constitución, y ha afirmado que el Estado es el principal obligado a procurar a los habitantes su conservación y tutela. (*Amparos números 674-2006 de 17 de diciembre de 2007, y 348-99 de 4 de abril de 2001*).

Para la Sala de lo Constitucional, "el contenido específico del derecho a la vida comprende dos aspectos fundamentales: el primero, referido al derecho a evitar la muerte lo cual implica la prohibición dirigida a los órganos estatales y a los particulares de disponer, obstaculizar, vulnerar o interrumpir el proceso vital de las personas; y el segundo, relacionado al derecho de estas a tener acceso a los medios, circunstancias o condiciones que les permitan vivir de forma digna, por lo que corresponde al Estado realizar las acciones positivas pertinentes para mejorar la calidad de vida de las personas.

“Derecho a la salud. La Constitución de la República establece que la salud de los habitantes es un bien público que el Estado está obligado a velar por su conservación y defensa. (art.65 Cn.) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas y el ordenamiento jurídico de El Salvador, reconoce el fundamental derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud, y establece una serie de obligaciones a los Estados a fin de garantizarla efectivamente.

Entre tales obligaciones se contempla que los Estados deben garantizar la prevención y tratamiento de las enfermedades y asegurar toda la asistencia médica y los servicios médicos en casos de enfermedad (art.12).

La jurisprudencia de la Sala también se ha referido al fundamental derecho a la salud, y en ese sentido ha expresado que tal derecho constituye "un estado de completo bienestar físico y mental de la persona, cuyo disfrute posibilita a los individuos el contar con una de las condiciones necesarias para poder vivir dignamente. Dicha condición no se reduce a un simple objetivo o fin a alcanzar por el Estado, sino que, además, se perfila como un derecho fundamental que posee toda persona a acceder a los mecanismos que han sido dispuestos para



asegurar la prevención, asistencia y recuperación de la salud, en los términos previstos en los artículos 2 y 65 de la Constitución.

Para la Sala, el contenido esencial del derecho a la salud implica "la adopción de medidas para su conservación, puesto que la salud requiere tanto de una protección estatal activa que es obligación de los centros hospitalarios del Estado, como pasiva contra los riesgos exteriores que puedan ponerla en peligro, de ahí que se deba implementar medidas que desde el punto de vista positivo, tiendan a la prevención de cualquier situación que la lesione o bien restablezcan dicha condición y, desde el punto de vista negativo, eviten la comisión de cualquier acto que provoque su menoscabo; la asistencia médica, en cuanto debe garantizarse a toda persona la posibilidad de disponer y acceder al sistema o red de servicios de salud; y la vigilancia de los servicios de salud, lo cual implica la creación de las instituciones y los mecanismos que vigilen y controlen la seguridad e higiene de las actividades profesionales vinculadas a la salud (*Amparo 674-2006 de 17 de diciembre de 2007*).

Según jurisprudencia, este derecho fundamental por su propia connotación, exige que el tipo de asistencia médica que se ofrece en el sistema de salud pública del país asegure a la población no sólo las técnicas quirúrgicas, métodos terapéuticos, medicamentos, etc., sino también aquellos que surjan como nuevos aportes de las ciencias en la rama de la medicina, en cuanto representen una alternativa eficaz para el restablecimiento pleno de la salud o bien ofrezcan a la persona que se ve obligada a vivir con una enfermedad permanente la posibilidad de tener una mejor calidad de vida.

El derecho a la salud según la Sala, es un derecho fundamental, inherente a las personas, que encuentra su sentido más explícito en la exigencia a los poderes públicos de que "toda persona" reciba primordialmente la asistencia médica y el tratamiento terapéutico adecuado para aliviar sus afecciones físicas y/o mentales, en cuanto este representa una de las condiciones esenciales que posibilita a los sujetos tener una existencia física digna y, con ello, desarrollar plenamente su personalidad y sus potencialidades.



2.9.17 Fundamento legal.

Art.1.- El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común.

En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

Derechos individuales

Art. 2.- Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral.

Art. 3.- Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión. No se reconocen empleos ni privilegios hereditarios.

Art. 4.- Toda persona es libre en la República. No será esclavo el que entre en su territorio ni ciudadano el que trafique con esclavos. Nadie puede ser sometido a servidumbre ni a ninguna otra condición que menoscabe su dignidad.

Art. 5.- Toda persona tiene libertad de entrar, de permanecer en el territorio de la República y salir de éste, salvo las limitaciones que la ley establezca. Nadie puede ser obligado a cambiar de domicilio o residencia, sino por mandato de autoridad judicial, en los casos especiales y mediante los requisitos que la ley señale

Art. 6.- Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público, ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás. El ejercicio de este derecho no estará sujeto a previo examen, censura ni caución; pero los que haciendo uso de él infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan.

Se reconoce el derecho de respuesta como una protección a los derechos y garantías fundamentales de la persona.

Art. 7.- Los habitantes de El Salvador tienen derecho a asociarse libremente y a reunirse pacíficamente y sin armas para cualquier objeto lícito. (Constitucion de la Republica de El



Salvador, 1983, págs. 1-3). (Decreto Legislativo N°38, de fecha de 15 de diciembre de 1983, Diario Oficial N° 234, Tomo 281, de fecha 16 de diciembre de 1983).

2.10 El concebido no nacido.

Generalidades.

Si bien es cierto, la población necesita una actuación positiva por parte del Estado, esto quiere decir, no solamente se reconoce la obligación negativa por parte del Estado de no lesionar bajo ninguna circunstancia la esfera individual o institucional que protege los derechos fundamentales del no nacido, sino también en la obligación positiva de contribuir a que se dé la efectividad de tales derechos.

Tomando en cuenta la importancia que tiene para los tiempos modernos y para el derecho en El Salvador la figura del no nacido, la Legislación Salvadoreña se ve influenciada por corrientes de pensamiento que modifican y evolucionan el que hacer jurídico y los límites de protección de derechos, los cuales cada vez son más amplios y complejos. Es por ello que, por medio de un marco jurídico internacional, la Constitución y de leyes nacionales de menor jerarquía, buscan darle una mejor esfera de protección a los derechos fundamentales de las personas desde el momento más remoto de su existencia, el cual se podría considerar que es el instante de la concepción o incluso podría ser mucho tiempo antes.

La Legislación Salvadoreña pretende crear un marco jurídico eficaz que brinde la protección necesaria al no nacido para que pueda gozar íntegramente de sus derechos de manera plena, se ha creado disposiciones legales en diferentes áreas del derecho para proteger tanto la vida, como toda la gama de derechos de igual ponderación que este posee, además el Estado se preocupa por darle el reconocimiento legal que se merece, brindarle una personalidad jurídica y un reconocimiento como persona humana.

Agregado a ello se ha buscado satisfacer la necesidad de la situación social que se relaciona entorno a dicha temática del no nacido, ya que las circunstancias han cambiado en tiempo y en situación, teniendo la obligación el Estado de El Salvador de hacer, si es necesario, o actualizar las leyes y mecanismos que sirven para brindar una protección y garantía a los ya



mencionados derechos, pero antes de eso, se debe de identificar qué tipo, importancia y tutela merece el no nacido y su madre.

En el preciso instante de la unión de los gametos femenino y masculino, inicia la formación de un nuevo ser, individual y autónomo. Se debe descartar la posibilidad de un antes y un después, ya que no existe ninguna transformación esencial por la cual el cigoto, embrión o el feto se convierta en algo que no fue desde el momento de su concepción. Se es ser humano desde la concepción hasta la muerte (*García Fernández, 2009, p. 92*).

Desde tiempos remotos se ha considerado al *nasciturus* como parte dependiente en su totalidad del cuerpo de la madre, como lo mencionan algunas teorías, pero ahora con la evolución científica y el estudio más a profundidad que se tiene sobre la etapa del embarazo en una mujer y el desarrollo del nuevo ser en el claustro materno, se ha considerado, que el no nacido para algunas teorías no forma del todo parte del cuerpo de la madre, aunque toda actividad que realice la embarazada podría atentar contra la integridad del *nasciturus*, esto lleva a reglar en leyes hasta de tipo Penal toda actividad que conlleve una relación con el no nacido, para brindar protección a la nueva vida que está en proceso.

Tanto la personalidad jurídica, la garantía y protección de derechos, como el reconocimiento de una nueva persona humana, son aspectos que pretende el Estado Salvadoreño incluir en su eficacia de protección de derechos, todo por medio de la naturaleza Constitucional que posee y deriva a las demás leyes, tanto desde el artículo 1 de la Constitución en el cual se reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción, hasta el artículo 72 del Código Civil estableciendo que el nacimiento de una persona debe ser con vida para que goce de sus derechos plenamente y si es que no nace con vida, se tendrá como que esa persona nunca existió.

Dicha idea de tutela sigue corriente de pensamientos Constitucionales de carácter neoconstitucionales, en la cual se puede identificar como principal función brindarle, como objetivo básico, una protección a los derechos fundamentales de las personas en su aspecto más amplio y complejo, eso también incluye tutela de las personas desde el instante mismo de la concepción, momento o situación en el cual y para algunas teorías el inicio de la vida como tal, de una persona.



Por supuesto, no se trata de una mera cuestión de palabras, de pureza terminológica o de la simple voluntad del legislador, pues el reconocimiento constitucional de la existencia jurídica del *nasciturus* actualiza o pone de manifiesto una valoración social sobre la importancia de la vida humana y su mayor protección posible, siempre en concordancia con los derechos fundamentales de las demás personas.

El legislador en pro de realizar la función que le ha sido encomendada de la mejor manera, debe de saber identificar qué tipo de derechos ha de tutelar y prestar más importancia para brindar la protección necesaria, pero, siempre y cuando la esfera de protección no afecte algún otro u otros derechos de igual o de mayor importancia, ya que de lo contrario no se estaría cumpliendo con el rol de dar una protección de manera integral y eficaz.

2.10.1 Teorías sobre la existencia e inicio de la personalidad jurídica en la persona.

Todas las teorías que posteriormente se mencionan tiene más diferencias que similitudes, pero logran coincidir en la manera de cómo nace la personalidad jurídica en la persona humana y su respectivo nacimiento físico, así mismo poder determinar el momento en el cual la criatura adquiere una serie de atributos, entre los dos importantes están el patrimonio y la capacidad, por no mencionar más, la capacidad se divide en capacidad de goce y capacidad de obrar.

La capacidad de goce consiste en aquella actitud legal de una persona o un individuo para adquirir derechos y contraer obligaciones; y la capacidad de obrar es aquella actitud legal para poder ejercer esos mismos derechos ya atribuidos.

Como lo establece *Castros Barros (2012)*,

La capacidad de goce es la aptitud de una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones. La capacidad de ejercicio es la aptitud de una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones, y poder ejercerlos y cumplirlas, respectivamente, sin el ministerio o autorización de otra persona (*parrà.1*).

Patrimonio es todo aquello que se pueda estimar o cuantificar de manera monetaria, como lo pueden ser bienes, acciones, derechos, etc.

Cuando una persona goza de capacidad de goce y capacidad de obrar tiene el poder de adquirir derechos y obligaciones; una problemática que lleva siempre a conflictos en las



legislaciones es determinar con exactitud desde que momento la criatura goza de protección y se considerara una persona humana, disfrutando de derechos de tipo sucesorios que ya posea, es por ello de la importancia de determinar desde que momento ya goza de vida independiente fuera del vientre de su madre, así también atribuirle personalidad independiente y propia.

Se debe de tener muy en claro que las teorías buscan lograr determinar con la más cercana exactitud posible el momento en el cual a un nuevo ser se le brinda la calidad de persona y su propia personalidad jurídica, siguiendo el mismo sentido de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 6, en el cual establece que "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica". Es de entender que la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general constituye en manera abstracta la personalidad jurídica.

Se han considerado una gran cantidad de aspectos que a lo largo del tiempo han formado cada una de las teorías que se van a mencionar, cada una conlleva estudios de diferentes tipos para poderlas fundamentar, han sido estudios de tipo médicos, biológicos, embrionarios y todo aquel estudio o conocimiento que llene con la información necesaria lo que las teorías buscan dar a conocer.

Si bien es cierto, existen diferentes teorías que establecen una variedad de momentos en los cuales se da la concepción de un ser en el vientre materno, las teorías que se mencionan fundamentan su criterio siguiendo diferentes parámetros o factores que influyen para determinar dicho momento, es difícil decir, que la mayoría coinciden al establecer con exactitud cuándo dicho hecho pasa, no hay una posición que se acepte de manera generalizada, para así, poder determinar que es un mismo instante en que se da en todas las teorías, es por ello que cada una tiene distintos tiempo en que sucede. Y aquí algunas de ellas:

A) Teoría de la concepción.

La vida humana comienza específicamente en el momento que el espermatozoide logra fecundar el óvulo femenino, por esta razón la teoría de la concepción establece que la personalidad jurídica de un ser humano comienza en este preciso momento, es por ello que en artículo primero de la Constitución Salvadoreña se reconoce como persona humana a todo ser



humano desde el instante de la concepción. Dentro de esta teoría surge la necesidad de establecer desde que instante comienza a existir un ser humano, es por ello que se hace uso de estudios científicos para determinar con la mayor precisión y exactitud de esta manera,

La biología moderna nos enseña que los progenitores están unidos a su progenie por un eslabón material continuo, de modo que la fertilización de una célula femenina (el ovulo) por la célula masculina (el espermatozoide) surgirá un nuevo miembro de la especie. La vida tiene una historia muy larga, para cada individuo tiene un comienzo muy preciso, el momento de su concepción (Institucionalidad, 1994).

B) Teoría médica.

La mayoría de médicos y los estudios realizados, sostienen que la vida fetal comienza en el momento en que se ha complementado la organogénesis. Es decir, alrededor de la doceava semana de gestación; y que, en el período posterior que comprende desde la duodécima hasta la cuarentava semana de gestación, se da una manifestación de rápido crecimiento y desarrollo de las funciones en el feto. Quienes investigan sobre el fenómeno natural de lo que es la vida intrauterina, han demostrado que la existencia individual de un ser humano comienza desde el momento de la unión del óvulo con el espermatozoide pues desde ese momento se están dando los elementos vitales que constituyen al ser humano. Por ello, se sostiene que, desde ese momento, ese nuevo ser tiene el mismo derecho a la vida como lo tiene el nacido (*Lopez & Ramirez, 2012, pág. 7*).

Esta teoría toma como base solamente criterios y estudios meramente médicos, ha desarrollado una serie de investigaciones para alcanzar los enunciados que menciona y así fundamentar de manera fiable que la vida de una persona comienza alrededor desde un momento determinado, en el cual se caracteriza por la evidente evolución en desarrollo del feto.

C) Teoría de la anidación.

Esta teoría tiene como punto de partida la verificación de la anidación, esto para constatar de manera eficaz los signos del embarazo en el organismo, la mujer para poder realizar una afirmación de que se ha realizado la implantación del huevo fecundado en la mucosa uterina.



Existe vida humana hasta que el cigoto se fija en la pared del útero, lo que se realiza a los catorce días de la fecundación.

Se funda en dos argumentos: antes de esa fecha no existe individualidad que caracterice a la persona, ya que el embrión es susceptible de segmentación o desdoblamiento, como sucede con los gemelos monocigóticos; hasta este momento existe una relación entre la madre y el concebido.

D) Teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central.

El punto en el que se considera el inicio de la vida humana para esta teoría es cuando se da la traslación de la información genética correspondiente al sistema nervioso central; cuando finaliza el proceso de la anidación se inicia una etapa en el cual se forman las condiciones necesarias para que se forme la corteza cerebral y el futuro sistema nervioso.

El comienzo del desarrollo pleno del sistema nervioso central tiene lugar entre los días 15 a 40 de la evolución embrionaria, en donde se considera que en los primeros diez días se llevan a cabo los cambios más significativos, en muchos casos es en esta etapa en donde se da el hecho que el cuerpo de la madre rechaza o no reconoce al embrión que se está formando en su cuerpo y suelen ocurrir abortos espontáneos.

Las primeras actividades eléctricas del cerebro se llevan a cabo en la octava semana, hecho que fomenta la idea de algunos precursores que es en esta actividad cerebral que se oficializa la vida humana con los primeros impulsos eléctricos que recibe el cerebro, esto quiere decir que se niega toda calidad o personalidad que se le pueda dar a la criatura antes de esta etapa, se le estaría negando protección como humano por no cumplir con el tiempo y los requisitos para que se considere como un ser con vida propia.

Se considera que hasta el cuarto mes de gestación momento en el que se logra confirmar electroencefalográficamente la actividad óptima de un sistema nervioso central que muestra vital relación a lo que se le podría llamar conciencia.

La personalidad e individualidad se produce cuando principia el proceso de formación del sistema nervioso que comienza el día quince de la concepción y se completa a las ocho semanas.



De igual manera como lo menciona *Gamarra (2014)*,

Quienes adhieren a esta teoría, afirman que recién de los decimocuarto y decimosexto días de la fecundación, aparecen los rudimentos de la futura corteza cerebral y comienza la vida con la aparición de la cresta neural que constituye el primer paso para la constitución del tejido nervioso. A partir de este momento se marca la línea divisoria entre aquel embrión que devendrá hombre y aquel que nunca lo será, ya que el tejido neural permite suponer el posterior desarrollo del cerebro y la consiguiente humanización de hombre mediante el progreso de su capacidad intelectual (*pag. 13*).

E) Teoría de Inscripción en el Registro Civil.

Para *Quisbert (2010)* esta teoría establece que:

La personalidad no comienza con el nacimiento sino con la inscripción del nacido en el Registro Civil de las personas. Cuando nace es un ser humano, pero no puede hacerlo valer para ningún efecto, no puede reclamar herencia, ni alguna otra petición, etc., porque antes necesita un Certificado de Nacimiento (*pag.2*).

El principal precursor es Messineo quien determina que la personalidad de una persona no comienza específicamente con el nacimiento, sino más bien con la inscripción del nacido en el registro de las personas naturales. El hecho de nacer solamente le da la calidad de humano, pero esto no lo vuelve apto y capaz para hacerlo valer para ningún efecto, no puede reclamar como por ejemplo una herencia ya que aún no se encuentra asentado como una persona natural, porque para ello necesita de una partida de nacimiento, el único documento que le brinda la calidad y los derechos para establecer su existencia legal en un Estado.

Como todas las teorías anteriores esta no es la excepción ya que también posee requisitos, el principal es que se lleve a cabo su inscripción en el registro del estado familiar del lugar o ciudad donde le corresponde, dicha inscripción se debe de llevar a cabo cumpliendo lo que dice la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio⁸ en su artículo 25 en el cual establece los requisitos mínimos para llevar a cabo la

⁸ Art.25 Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, en el cual establece que en este registro se inscribirá todo nacimiento vivo, es decir



inscripción, de los cuales son, que sea de un nacimiento vivo, que luego de la expulsión el nuevo ser respire o muestre cualquier otro signos de vida. (Decreto Legislativo N° 241, de fecha de 8 de enero de 2010, Diario Oficial N° 25, tomo 386, de fecha 05 de febrero de 2010).

Las teorías antes mencionadas establecen requisitos diferentes para poder otorgar a un ser que está por nacer calidad de persona humana, derechos, personalidad jurídica, protección jurídica y exigencia legal. Si bien es cierto cada una de estas teorías establece diferentes parámetros que van desde determinar un lapso de tiempo mínimo que la criatura debe vivir luego del nacimiento, hasta crear una partida de nacimiento en el registro correspondiente; todas las teorías buscan que el no nacido adquiera y goce de derechos que por ley le pertenecen pero cada una de ellas tiene un tratamiento diferente para otorgarlos, las legislaciones en diferentes países no tienen una postura uniforme de cual teoría es la correcta o la más idónea para aplicar en la formulación de sus leyes, se basan en la necesidad y en la situación actual de la sociedad en la que viven.

F) Teoría de la fecundación o de la formación del genotipo.

Distintos autores sostienen que en esta teoría se basa que la existencia de la vida humana es digna absolutamente e intangible desde el momento de la concepción, rechazando toda actividad que implique la experimentación con embriones humanos y que conlleve su posterior destrucción, no importando cual sea su finalidad, dicha teoría rechaza de igual manera todo tipo de legislación que de alguna manera pueda permitir este tipo de actividades.

Diferentes precursores de esta teoría se inclinan a la idea que la ciencia de la biología que establece que desde el mismísimo instante de la concepción existe un ser humano en sí, dotado de un abundante patrimonio genético heredado de sus padres y que esto lo lleva a ser digno de defensa como cualquier persona natural. Se conoce que desde el instante en que se da la formación del cigoto empieza un proceso de transmisión de información genética que se considera

la expulsión o extracción completo del cuerpo de la madre prescindiendo de la duración del embarazo, del producto de la concepción que, después de tal expulsión o extracción, respire o manifieste cualquier otro signo de vida, tal como latido del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimiento efectivo de músculos voluntarios, si hubiere o no sido cortado el cordón umbilical y este o no unida la placenta.



necesaria para la evolución del nuevo ser, todo esto se lleva a cabo con éxito si es que dicho proceso no es interrumpido de ninguna manera.

Esta teoría se fundamenta en el hecho que desde el momento en que el espermatozoide penetra al óvulo se genera una nueva vida, completamente distinta a la de sus progenitores, dicha criatura se vuelve titular de un patrimonio genético complejo y único en su naturaleza sin la posibilidad de que exista alguna semejanza con otro ser humano, desde dicho instante se inicia un procedimiento evolutivo que solo el mismo embrión domina, todo esto para llegar a formarse como una persona humana como tal. Todo este hecho se le conoce con el nombre de teoría de la fecundación.

Para la teoría de la formación del genotipo que los principales frutos de la fecundación son:

- 1) Combinación de cromosomas de los padres, formulación de su propio ADN.
- 2) Determinación del sexo del nuevo ser, se da en el mismo instante de la fecundación.

Estos podrían considerarse los frutos más importantes que se dan luego o mientras se da la fecundación de una criatura pronta a convertirse en un ser humano.

Diferentes posturas son las que se generan con la discusión de esta teoría, ya que algunos sostienen que dicha criatura es una persona en potencia, ya que se encuentra en un proceso evolutivo, pero otro grupo de personas manifiesta que en síntesis ya es una persona y que es necesario que se desarrolle por medio de un proceso igualmente de evolutivos factores que él ya posee. Algunos critican que esta teoría se muestra como un instante lo que en realidad es un proceso complejo que conlleva muchas etapas para la formación completa de la criatura.

G) Teoría del nacimiento con vida.

Esta señala que el feto no es independiente mientras permanezca en el seno materno, ya que necesita de ella para su subsistencia y antes del nacimiento es una visera de la madre; Una vez que nace surge su personalidad e individualidad y las consecuencias jurídicas que éstas traen.



El nacimiento señala el comienzo de la personalidad en un nuevo ser humano, estudiosos de esta teoría establecen que el feto antes del nacimiento no es más que "*portio mulieris*"⁹ o una parte del cuerpo de la madre, se llega a esta conclusión porque durante la etapa del desarrollo del no nacido no es posible diferenciar con exactitud su cuerpo con el de su madre, es lógico pensar que lo mismo que le suceda a la madre le sucederá al hijo que lleva en su vientre, esto debido a que su pleno desarrollo depende de las sustancias y nutrientes que le trasmite su madre.

Las teorías del nacimiento vienen complementándose para ser lo que son desde el tiempo de Roma. Entre las más importantes podemos mencionar la teoría de la vitalidad, en la cual su principal requisito es que para reconocer la personalidad es necesario que la criatura nazca con vida; y la teoría de la viabilidad en la cual el ser que ha nacido debe permanecer con vida durante un lapso de tiempo determinado, así demostrar su aptitud de vivir y otorgarle su personalidad individual. Las cuales se desarrollan más a detalles a continuación:

H) Teoría de la vitalidad.

El punto medular de esta teoría es que considera que la personalidad íntegra del ser humano comienza con el nacimiento, pero nada más si cumple con estos requisitos:

1- Que la criatura sea separada de su madre, este hecho genera principalmente que la criatura empiece a gozar de derechos de manera independiente, no solamente derivados de la madre; además de ello ya se puede decir que es objeto de protección jurídica ya como ser humano. Es indistinto la forma en cómo se dio la expulsión y separación con la madre, ya si esta fue por parto natural, por operación cesárea o también expulsado de manera prematura; cualquiera pudo ser el método, pero ya se considera nacido y con determinación de personalidad.

2- Que la separación de la criatura sea completa, además de ser separado de su madre se debe de cortar el cordón umbilical que lo une con la madre especialmente al vientre de ella, el cual sirve durante todo el embarazo para nutrir al feto, se tiene que cortar el cordón para considerar al feto como nacido, por el contrario, si esto no se lleva a cabo no se cumple con el requisito y no podría gozar de personalidad, tampoco existiría para esta teoría.

⁹ Esta posición surge del Derecho Romano, en el cual el concebido era considerado como un órgano, parte o porción de la madre.



Dentro de esta teoría existe una serie de opiniones contrarias de diferentes autores en el cual se cuestiona o se inclinan en que si es necesario que el cordón umbilical este roto para considerar a la criatura como persona humana (separación completa), unos defienden esa teoría, pero otros la cuestionan al decir que no es necesario que el cordón este roto para que se note independientemente la vida de la criatura.

3- Que la criatura recién nacida haya sobrevivido un instante siquiera luego de la separación, una vez hecha la separación la criatura debe de vivir un instante, sin importar que tan pequeño sea ese lapso de tiempo, para así poder determinar que la criatura si logró vivir independientemente separada de su madre, pero en la situación que la criatura no logre vivir ni un instante si quiera, establece la doctrina que se deben de realizar una serie de pruebas médicas, para determinar con exactitud si logro vivir un lapso de tiempo, se llevan a cabo análisis para determinar dicha situación como lo es, el llanto de la criatura al momento de la expulsión de lo contrario se realizan las pruebas legales y médicas necesarias como lo son las huellas de la respiración, entre otras.

Uno de los principales métodos para determinar si una criatura vivió consiste en sumergir en un frasco con agua los pulmones y si estos flotan, es porque si logró respirar la criatura; pero si los pulmones por el contrario caen al fondo del frasco esto indicaría que la criatura no logro vivir un solo instante siquiera y se afirmará que nunca existió.

Un dato importante de esta teoría es la que usaban los Romanos, pero ellos además de los tres requisitos mencionados le agregaban que la criatura para otorgarle personalidad era necesario que la criatura fuera un ser humano, porque si la criatura nacía con alguna deformidad era considerado un monstruo; otras culturas a esta teoría le exigían un requisito aún más, el cual era que el nacido debía de ser presentado en la iglesia y ser bautizado para poder considerarlo con personalidad.

Esta es una de las teorías que más es utilizadas actualmente, el nacimiento con vida determina la condición de persona humana con personalidad y en consecuencia de ello ser objeto de derechos, para lograrlo, solo se condiciona que la criatura nazca, sea separada completamente de su madre y que logre vivir un instante siquiera, para así poder gozar de su condición de persona natural objeto de derechos.



Según una sentencia emitida que tiene similitud con esta teoría la sala de lo constitucional establece que:

Al reconocerle al *nasciturus* la condición de persona y la respectiva titularidad de ciertos derechos fundamentales, la Constitución sin duda, en forma simultánea, le está reconociendo existencia jurídica, de manera que es un contrasentido que la ley secundaria postergue y condicione la atribución de la “existencia legal” a la ocurrencia del nacimiento. Desde este enfoque, es aceptable la pretensión del demandante y deberá declararse la contradicción parcial o en este punto, entre los arts. 72 inc. 1º y 75 CC y el art. 1 inc. 2º Cn.

La mencionada sentencia reconoce la existencia jurídica de la persona desde el instante de la concepción, mientras algunas expresiones de los artículos que se estudiaron admiten dicha existencia hasta que ocurre el nacimiento.

Se tomaron en cuenta diferentes parámetros para formular la sentencia de dicha manera que no se contradiga lo que establece la Constitución en relación al instante mismo de la concepción, momento en el cual legalmente se establece el principio de la protección para el no nacido.

I) Teoría de la viabilidad.

Consiste que para ser persona es necesario que la criatura nazca, que sea separado completamente de su madre, y que viva como mínimo veinticuatro horas, es decir que después de haber sido separado del claustro materno el niño pueda continuar viviendo, para esta teoría no se requiere que la criatura viva un momento siquiera, sino que tenga aptitud para seguir viviendo después de la separación de su madre (*Barahona Rivas, 2010, pag.27*).

El aspecto más importante de esta teoría se puede considerar que es la separación del feto de la madre, dicha separación debe de ser de manera completa y que la criatura al menos logre vivir veinticuatro horas. Una característica esencial de esta teoría es que la criatura tenga y demuestre las actitudes necesarias para seguir viviendo luego de la separación con su madre. Se debe de mencionar también que existen casos en que la criatura puede lograr vivir ese lapso de tiempo, pero no ser viable; es criticable que se exija como mínimo dicho tiempo para considerar



la existencia de un ser y por qué debería de negársele la existencia legal cuando solo logra vivir doce o veinte horas por mencionar un par de ejemplos.

De manera parecida lo ejemplifica siempre *Barahona Rivas (2010)*,

Teoría de la Viabilidad que tiene como requisito vivir como mínimo veinticuatro horas, el nacido no sería persona si solo vive diez minutos debido que para esta Teoría sino cumple con los requisitos la criatura es como que nunca haya existido (*pág. 27*).

Se dice que existen varias hipótesis de cómo esta teoría determina la viabilidad de la nueva criatura que esta próxima a nacer, una de ellas y la más lógica es que debe de nacer vivo para que se considere con las condiciones mínimas para que sobreviva, salvo que se logre probar lo contrario; otra de las hipótesis es aquella que considera viable a todo niño que logra vivir veinticuatro horas luego de su nacimiento y que no es viable, si no logra vivir ese tiempo.

Es decir, si una criatura no logra vivir el tiempo mínimo que es veinticuatro horas no se puede ni siquiera considerar como persona humana para esta teoría, ya que no estaría cumpliendo con los requisitos básicos que ya establece y sería como que nunca existió. Principalmente se exige que nazca vivo y viable, es decir que esté preparado para vivir fuera del seno materno, ya que de no ser capaz no habría vida independiente. El inconveniente que presenta esta teoría es la manera difícil de determinar lo viable que es una criatura al momento de nacer, es difícil determinarlo nada más con un lapso de tiempo establecido. Son varias las legislaciones que adoptan esta teoría para utilizarla al momento de crear sus leyes, por mencionar una, dentro de la Legislación Civil Española se encuentra dicha teoría en sus disposiciones legales Civiles en donde establecen que, para los efectos civiles, sólo se considerara como nacido aquel feto que se separe completamente del cuerpo de la madre¹⁰.

Se debe de tener en claro que existen dos tipos de nacimientos, el nacimiento para efectos civiles o jurídicos, en el cual se tiene como exigencia que viva al menos veinticuatro horas y que tenga figura humana; y el nacimiento bilógico o natural, que sería el comienzo de la vida fuera del vientre de la madre, luego de haberse hecho la separación del feto del claustro materno.

¹⁰ Art.30 del Código Civil Español: La personalidad se adquiere al momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.



Según se establece en la legislación civil Salvadoreña el nacimiento se da luego de la separación de manera completa, esto es cuando el feto se encuentra desprendido del seno materno, todo esto luego del corte al cordón umbilical, en donde se establece la total independencia física de la criatura con funciones físicas de vitalidad propias y se pone fin a la discusión entre, si el nacimiento se da al momento de la separación de la criatura del claustro materno o en el instante del rompimiento del cordón umbilical.

2.11 Marco jurídico.

2.11.1 Momento que se considera al no nacido como persona humana Constitucionalmente y la Teoría que se sigue en el Estado Salvadoreño.

La Constitución de la República de El Salvador, tiene una base fundamental constitucionalmente hablando, un articulado, en el cual dan un respaldo y protección al concebido no nacido desde el instante de la concepción; Esto es, para evitar cualquier tipo de vulneración a los derechos fundamentales del que está por nacer y darle un mayor auge a los mismos dentro de la norma jurídica actual.

El legislador ha establecido la eficaz protección que hay que darles a los derechos fundamentales del *nasciturus* al momento de la concepción, el cual retoma “la vida” como el derecho básico, esencial y troncal dentro del ordenamiento jurídico constitucional, en cuanto es el supuesto ontológico, sin que los restantes no tendría existencia posible, y además entiende que el derecho a la vida, como el resto de los derechos fundamentales, no exigen solamente su respeto en cuanto a derecho subjetivo individual, sino que además requiere una aclaración positiva por parte del Estado; es decir, es obligación por parte del Estado salvaguardar, tutelar y brindarle una protección a la vida de la persona que está por nacer.

La Constitución en el artículo 1 inc. 2 determina el derecho a la vida del *nasciturus*, y así mismo establece que se tiene que reconocer a todo ser humano desde el instante de la concepción, por lo tanto, se le atribuye al feto el derecho a la vida desde el momento de su concepción, al reconocerle su existencia como persona el cual goza de derechos que el Estado está obligado a garantizarle desde antes de su nacimiento.



Así también en el artículo 2 de la Constitución de la República de El Salvador se reconoce el derecho a la vida de toda persona, ampliando a si el concepto de derecho a la vida del que está por nacer artículo 1 de la Cn. El legislador ha incluido al *nasciturus* el reconocimiento de persona, por lo que de una forma expresa se le reconoce también el derecho a la vida, para salvaguardar su respeto o castigar su vulneración en otras normas.

El objetivo principal brindar garantías y tutela primordialmente a la persona humana. Se puede interpretar que la Constitución Salvadoreña actual sigue criterios de protección de manera más amplia, ya que busca brindarle garantías y reconocimientos desde momentos bastante prematuros de la vida de una persona, como lo es desde el instante mismo de que se concibe una persona, pero todo ello gracias a corrientes de protección de derechos humanos, como lo es el neoconstitucionalismo.

2.11.2 Reconocimiento Constitucional del no nacido como persona humana desde el instante de la concepción en El Salvador.

2.11.2.1 Constitución de la República de El Salvador de 1983.

La vida humana desde su concepción, es un derecho reconocido y protegido en El Salvador. Así, la constitución de 1983 reconoce desde su inicio, en el art. 2, que “Toda persona tiene derecho a la vida, y a ser protegido en la conservación y defensa de la misma”. Este derecho se fortalece al reconocer la Constitución, en el art. 11 que, “ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes...”

El art. 3 Cn, reconoce la igualdad de todas las personas ante la ley, sin ninguna restricción o discriminación, con lo cual se puede interpretar que no debe de existir ninguna discriminación por el nacimiento, es decir, independientemente de que se haya nacido, o se esté por nacer; El art. 3 relacionado con el art. 2 de la Constitución establece que todo persona tiene derecho a la vida, al referirse a toda persona, abarca ampliamente tanto el ser nacido como el que está por nacer aplicando de esta forma, de una manera muy efectiva el principio de igualdad.

El art. 144 Cn. Reconoce que los tratados internacionales celebrados por El Salvador constituyen y se convierten en leyes positivas y vigentes de la República, una vez cumplidos los



requisitos respectivos, siendo éstos que hayan sido suscritos por el Órgano Ejecutivo y ratificados por la Asamblea Legislativa, y, a la vez, reconoce la superioridad jerárquica de dichos tratados sobre las leyes secundarias del país; asimismo, los art. 145 y 146 Cn. reconocen la superioridad jerárquica de la Constitución sobre los Tratados Internacionales, refiriéndose el segundo de dichos artículos de una manera expresa, a los derechos y garantías fundamentales de la persona humana. (Decreto Legislativo N° 38, de fecha de 15 de diciembre de 1983, Diario Oficial N° 234, tomo 281, de fecha 16 de diciembre de 1983).

Por lo tanto al establecer la Constitución que toda persona tiene derecho a la vida, no debe identificarse la expresión persona con su equivalente en materia Civil ya que esta norma secundaria considera que se es persona hasta el nacimiento pues tal equiparación como recurso interpretativo limitaría el alcance de la norma constitucional, ya que los derechos conferidos en esa área son de otra naturaleza, sino que la protección del derecho a la vida es conferido para todos, sin hacer distinción entre el nacido y el no nacido, puesto que los derechos fundamentales deben interpretarse amplia y extensivamente; ya que por la jerarquía Constitucional existente siempre prevalecerá la Carta Magna sobre cualquier Decreto, Tratado o Ley Secundaria. (Decreto Legislativo N° 768, de fecha de 23 de junio de 2011, Diario Oficial N° 136, tomo 392, de fecha 20 de julio de 2011).

2.11.2.2 **Reforma Constitucional del artículo 1 del 30 de abril de 1997.**

La enmienda aprobada, adiciona un inciso segundo al art. 1 de la Constitución de 1983, el cual expresa: “Así mismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”.

Esta reforma¹¹ fue ratificada por la legislatura del período 1997-2000 el día 3 de febrero de 1999 a petición del Comité para la Defensa de la Vida Humana y la Dignidad de la Persona, respaldado por miles de firmas de ciudadanos y organismos no gubernamentales mencionados con anterioridad. Al agregar al artículo uno de la constitución de la República de El Salvador el siguiente inciso: “Asimismo se reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la Concepción”; el objetivo

¹¹ Reforma Ratificada por la Asamblea Legislativa el 13 de febrero de 1999, mediante el Decreto Legislativo numero 541 publicado en el D.O. N°32, Tomo 242, del 16 de febrero de 1999.



fundamental es proteger el derecho a la vida desde el instante en que un nuevo ser humano es concebido en el útero materno, se considera al no nacido como persona humana, convirtiéndose en sujeto de derechos (*Montano Valdez, 2006, págs. 22-24*).

El artículo 1 de la Constitución, formó parte de los veinticuatro acuerdos de reformas Constitucional del treinta de abril de mil novecientos noventa y siete. Este acuerdo fue ratificado por la Asamblea Legislativa el 3 de Febrero de 1999 mediante el (Decreto Legislativo Numero 541, publicado en el Diario Oficial No 32, Tomo 342, del 16 de Febrero de 1999), y es a través de esta reforma que el Legislador Constitucional ha determinado claramente que persona humana es todo ser desde el instante de la concepción, lo cual afirma que la vida de la persona da inicio desde el instante biológico. (*Barahona Rivas, 2010, págs. 19-22*).

2.11.2.3 Teoría que se sigue en El Salvador al momento de reconocerlo como persona humana.

Antes de conocer la teoría que se sigue en El Salvador, para otorgar el reconocimiento de la personalidad a todo ser humano, es necesario aclarar dos puntos de vistas en cuanto a la legislación salvadoreña u ordenamiento jurídico actual, tanto en materia Civil, como en lo establecido en la Constitución, principalmente en el derecho a la vida del no nacido, desde tiempos antiguos hasta la fecha, se discuten dos posturas opuestas: La primera en la que se sostiene que la vida comienza desde la concepción, según lo establecido en la Constitución y la segunda que la vida nace con el nacimiento, que es una postura relacionada al código civil, lo cual está fundada en el Art. 72. Por lo tanto, en estos dos puntos de vistas o posturas; el que prevalecerá es el primero ya que la Constitución esta sobre encima de cualquier otra norma jurídica.

A) Teoría de la Vitalidad: Esta teoría considera que la personalidad del ser humano se inicia con el nacimiento y se entenderá nacido si cumple con tres requisitos:

Que la criatura sea separada de su madre, Que la separación de la criatura sea completa, Que la criatura haya sobrevivido a la separación a un momento siquiera.



B) Teoría de la Viabilidad: Consiste que para ser persona es necesario que la criatura nazca, que sea separado completamente de su madre y que viva como mínimo veinticuatro horas. “Es decir que después de haber sido separado del claustro materno el niño pueda continuar con vida”.

Las primeras teorías van enfocadas al Código Civil de nuestra Legislación, ya que según lo fundado en materia Civil en el art.72 que establece que la existencia Legal de toda persona principia al nacer, es decir al separarse completamente de su madre, asimismo en el Inc.2 funda que la criatura que muera en el vientre materno o que perece antes de estar separado completamente de la madre, que no haya sobrevivido, se reputara no haber existido jamás.

C) Teoría de la Fecundación o de la formación del genotipo.

Esta Teoría sostienen el pleno status del ser humano, para el embrión desde el inicio mismo de su proceso evolutivo, esta postura sostiene la existencia de vida humana digna de absoluta protección y por ende intangible, desde el momento mismo de concepción, repudiando toda maniobra que implique la experimentación con embriones humanos que concluyan con su destrucción, cualesquiera que sean sus fines y reivindicando consecuentemente la legislación represiva en tal sentido. Consideran que la Biología demuestra de manera incontrastable que desde el mismo instante de la concepción existe un ser humano, dotado de un patrimonio genético propio, tan digno de defensa como un niño nacido a término. (*Barahona Rivas, 2010, págs. 30-31*).

Esta teoría se enfoca en la Constitución de la Legislación Salvadoreña, por lo que esta Teoría hace cumplir lo establecido en el Art.1 Inc.2 de la constitución, en donde fundamenta “Asimismo se reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”, así mismo el Art.2 que establece que toda persona tiene derecho a la vida; al momento de fundamentar “TODA” es incluido al *nasciturus* como persona humana y por ende merecedor de derechos que el ordenamiento jurídico otorga a todas las personas; por lo tanto la Teoría de la Fecundación o de la formación del genotipo; es la que se sigue en El Salvador, porque la misma respecta y hace valer lo estipulado en la constitución aplicando así dicha normativa.



2.11.3 Jurisprudencia constitucional de reconocimiento como persona humana.

2.11.3.1 Sentencia 22-2011: Demandante: Víctor Cristóbal Díaz Espinal

Pretensión: que se declare la inconstitucionalidad del art. 72 inc. 1º del Código Civil –CC, por la supuesta contradicción del Art.1 Inc.2 de la constitución.

Inconstitucionalidad (2017) el demandante dijo que:

El art. 72 CC contradice al art. 1 inc. 2º Cn., porque aquel dispone que la existencia legal de toda persona principia al nacer, mientras que la Constitución reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción, “adquiriendo la capacidad de goce y por consecuencia tiene derecho a la protección que el Estado le brinda a todos sus ciudadanos”. (...) y que el art. 72 CC “hace referencia no solo a la condición o vinculación patrimonial del sujeto de derechos, sino que determina el nacimiento del titular del derecho de la persona física con lo cual, el surgimiento para él de sus derechos fundamentales y todos los atributos inherentes como titular de derechos(...) (*Decreto Legislativo N° 38, de fecha de 15 de diciembre de 1983, Diario Oficial N° 234, tomo 281, de fecha 16 de diciembre de 1983*).

Además dijo que: “al establecer nuestra norma suprema el principio de persona humana, desde el instante de la concepción en el art. 1 inc. 2º Cn., es desde ese momento que nacen y se reconocen sus derechos fundamentales, sus atributos de personalidad y los denominados derechos patrimoniales”, pero, a diferencia de ello, “el art. 72 CC, al establecer el principio de la existencia de las personas, a partir del momento de separarse completamente de su madre, se estaría volviendo imposible de reconocer y aun de amparar garantías fundamentales [...] violándose [...] los atributos de personalidad y los derechos patrimoniales” y de esta manera contradiciendo la norma suprema de la constitución (*pag.2*)

Resolución de la Sala de lo Constitucional.

Declaro la inconstitucionalidad de los Arts. 72 y 75 del Código Civil, ya que los mimos contradicen el art. 1 inc. 2º de la Constitución, en cuanto a que este reconoce la existencia jurídica de la persona desde el instante de la concepción, mientras algunas expresiones de los artículos examinados y discutidos admiten dicha existencia hasta que ocurre el nacimiento. Por ello, tal como lo ordena el art. 249 Cn., las expresiones de los arts. 72 y 75 del Código Civil que



condicionan la existencia legal al hecho del nacimiento y que de ese modo contienen la incompatibilidad mencionada, fueron derogadas por la entrada en vigencia de la reforma constitucional que agregó el actual inc. 2º al art. 1 de la Constitución (*Inconstitucionalidad, 2017, pág. 16*). (*Decreto Legislativo N° 768, de fecha de 23 de junio de 2011, Diario Oficial N° 136, tomo 392, de fecha 20 de julio de 2011*).

2.11.4 El “no nacido” como sujeto de Derechos.

La Constitución de la República de El Salvador, establece a la persona como el origen y fin de la actividad estatal; en ese contexto el art. 2 del cuerpo normativo constitucional relacionado, establece el derecho de toda persona a disfrutar de la vida; debemos entender esa circunstancia, en sentido amplio, sin ningún tipo de restricción, de manera tan amplia que va desde el ser nacido como el que está por nacer, demostrando así la importancia de lo que establece el artículo 1 de la Constitución en el cual se determina el derecho a la vida del no nacido, que se debe de reconocer desde el instante mismo de la concepción.

Por lo tanto se determina que el derecho a la vida reconocido en el artículo 1 inciso 2 de la Constitución de la República de El Salvador en relación con el artículo 2 de la misma, es al derecho de la vida que el Estado le debe de dar más auge y supremacía frente a todos los derechos, ya que este derecho es la base fundamental esencial dentro del ordenamiento jurídico constitucional, en cuanto ese el supuesto ontológico, sin que los restantes derechos no tendrían existencia posible, y además entiende que el derecho a la vida, como el resto de los derechos fundamentales, no exigen solamente su respeto en cuanto a derecho subjetivo individual, sino que además, requieren una aclaración positiva por parte del Estado.

Calvo Mejide (2004) Establece que:

- 1- La calificación jurídica de los derechos del «*nasciturus*» exige una huida de la regulación jurídico-civil, para intentar penetrar en la naturaleza de esos derechos y en la trascendencia personal y social de los mismos, partiendo siempre de la consideración de persona del «*nasciturus*». (...) Considero que los derechos humanos son predicables de los «*nascituri*» como sujeto titular actual de los mismos con plenitud de efectos desde el momento de la concepción, sin condición de tipo alguno,



pues son derechos que surgen de la propia naturaleza humana (...). Si se reconoce que los «*nasciturus*» son seres humanos y por tanto personas se le han de reconocer y tutelar los derechos que al ser humano intrínsecamente le corresponden (p.294).

Así mismo el *nasciturus* tiene reconocimiento de Derechos subjetivos-positivos, de carácter positivo o civil, hay Derechos del no nacido que no le son predicables; tal como lo es el Derecho al voto, no es predicable en el sentido que por no reunir los requisitos que el ordenamiento jurídico exige, no lo puede ejercer, ni tampoco se puede delegar a otra persona; hablando de un derecho de carácter civil si son predicables del *nasciturus* como titular de los mismos, como lo puede ser la donación o la herencia, aunque su ejercicio deba de ser efectuado por otras personas, sus representantes legales para que este en su momento pueda hacer goce y uso de ellos.

- 2- El *nasciturus* como sujeto titular actual de los derechos humanos (...) se debe afirmar que el «*nasciturus*», en cuanto persona, es sujeto de los derechos subjetivos derivados del Derecho Natural: los derechos humanos. Éstos se pueden definir como las prerrogativas naturales del hombre, entendidas como facultad de hacer legítimamente lo que conduce a la realización de los fines de su vida y de hacer y exigir todo lo que el Derecho Natural establece en su favor, lo que hace surgir unas relaciones interpersonales y le permite imponer a los demás, un comportamiento concreto para su respeto, protección y tutela (*Calvo Meijide, 2004, pág. 295*).

La dignidad del hombre y sus derechos humanos son la base no sólo de nuestro Ordenamiento Jurídico, sino que también han sido acogidos por normas internacionales (...) Sin embargo, en muchos de esos ordenamientos, incluido el español, se incurre en una contradicción. La admisión legal del aborto, la posibilidad real de investigación con embriones y su consideración de material genético, son realidades que niegan la dignidad del ser humano y el derecho a la vida, la igualdad del *nasciturus* con otros seres humanos, su derecho a la integridad física y a la salud. Así, mientras se califica a los derechos fundamentales como principios generales con una eficacia jurídica directa y exigible, se le niegan al ser humano en los primeros momentos de su vida (*Calvo Meijide, 2004*).



- 3- El «*nasciturus*» como titular del derecho a la vida.- El derecho a la vida es el primero y más fundamental de los derechos humanos y, por ello, es el supuesto ontológico sin el cual los restantes derechos no tendrían existencia posible, lo que exige su respeto desde el inicio de la vida hasta su natural extinción (...) entre los derechos humanos, el que viene siendo objeto de una interpretación más restrictiva, cediendo frente a otros derechos de menor rango e incluso frente a ciertos legítimos deseos que no merecen el calificativo de derechos, como pueden ser los de la mujer a su propio cuerpo (que se antepone al derecho a la vida del hijo y así se justifica el aborto (*Calvo Mejjide, 2004, pág. 297*).

Así mismo establecida y reconocida la vida de toda persona, incluyendo al *nasciturus* que se le reconoce desde el instante de la concepción constitucionalmente en El Salvador; por lo tanto es obligación del Estado de tutelarla, protegerla y garantizarla a todas las personas sin hacer ninguna distinción o discriminación, dándole una seguridad jurídica en cuanto a la misma, haciendo eficaz el principio de igualdad establecido en el artículo 3 de la constitución de El Salvador, sancionándose en leyes secundarias su vulneración o atentado contra la vida humana.

En sentido contrario a nuestro Tribunal Constitucional, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica mantiene la postura de afirmar que la vida y la dignidad del ser humano son valores primordiales de la sociedad, cuyo respeto y protección da sentido a todos los demás derechos y libertades fundamentales en el Estado Democrático de Derecho (...) Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho. Que debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer, de donde deriva la ilegitimidad del aborto. El derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida no hay humanidad, y como todo derecho es exigible frente terceros (*Calvo Mejjide, 2004, pág. 298*).

2.11.5. **Personalidad Jurídica del Nasciturus.**

Se deben de tomar en cuenta distintos puntos sobre la personalidad jurídica del embrión humano sirviendo de guía al momento de armar argumentos a favor de la defensa de la vida humana prenatal.



Antes de citar estos pasos básicos ; es necesario hacer mención que el derecho a la vida es el derecho básico fundamental, esencial del ordenamiento jurídico constitucional, en cuanto que es el supuesto ontológico sin que los restantes derechos fundamentales no tendría existencia posible; por lo tanto, el Estado está obligado a garantizar la tutela y protección al derecho a la vida de toda persona, desde el instante de la concepción según lo establecido en su artículo 1 inciso 2 de la constitución; es decir una protección muy eficaz desde las primeras etapas o fases embrionarias hasta el nacimiento de la persona.

1. Sobre la personalidad jurídica del embrión humano. Al hablar de personalidad jurídica nos referimos a quién es y, en su caso, quién debe ser el ser humano en la fase embrionaria para la ley y el derecho en general.

2. Sobre la situación jurídica del embrión humano. Al analizar la situación jurídica de los niños y las niñas por nacer se debe tomar en cuenta si las leyes vigentes los protegen, de qué manera y sobre todo cómo deben hacerlo (*Mijangos, 2015 párr.1-2*).

3. La vida humana, personal y jurídica tiene el mismo inicio. El inicio de la vida biológica, personal y jurídica como sujetos de derechos humanos sitúa su inicio en un momento específico del desarrollo del ciclo vital: la fecundación.

4. La fecundación –no el nacimiento- determina la existencia de la persona. Si la vida humana inicia en la fecundación, el embrión humano es un ser vivo de la especie humana desde que fue concebido y, si el ser humano es persona y el embrión es un ser humano: el embrión es también un sujeto personal (*Mijangos 2015 párr.1-2*).

5. La persona humana es un ser jurídico. Toda persona humana es naturalmente capaz de tener derechos y obligaciones. Esta cualidad del ser humano no es otorgada por una norma jurídica pues frente al derecho somos personas y no gracias a él.

6. El ser humano –desde la fase embrionaria- es sujeto de derechos humanos. Se es titular de estos derechos en cuanto se es humano. De tal forma que



somos seres jurídicos al ser sujetos de derechos humanos desde la fecundación (*Mijangos, 2015 párr.3-4*).

7. Los derechos humanos involucran algo más que derechos. La titularidad y el goce de los derechos humanos necesariamente debe significar condiciones reales para alcanzar tanto una vida como una muerte propia de un ser con dignidad.

8. Sobre la vulnerabilidad del embrión humano. La edad temprana del niño o la niña por nacer y vivir dentro del cuerpo de la madre le visibiliza muchas de las veces agravando su estado de indefensión (*Mijangos, 2015 párr.3-4*).

9. Es necesaria la inclusión expresa en el texto Constitucional de la vida humana como un derecho humano fundamental desde la fecundación. Países como El Salvador, han logrado ya la inclusión en el texto constitucional no sólo del derecho a la vida, sino también el reconocimiento del ser humano en la fase prenatal como persona humana, muestra de que el reconocimiento del status personal a todo individuo humano por la legislación suprema de cada Estado es posible:

“Constitución de la República de El Salvador, artículo 1: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. Así mismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.” (*Mijangos, 2015, s.p*).

10. Una protección jurídica integral de la vida humana implica necesariamente la derogación de las excluyentes de responsabilidad penal del delito de aborto. Esto implica prohibir de manera expresa el aborto por violación; el aborto por inseminación indebida; el aborto “terapéutico”; el aborto “eugenésico”; y el aborto por razones económicas (*Mijangos, 2015 párr.5*).

El momento de mayor vulnerabilidad de todo ser humano se sitúa al inicio de su existencia. No tenemos voz para exigir respeto a nuestra vida puesto que nuestras cuerdas vocales –así como el resto de nuestro cuerpo- apenas se están desarrollando. A menos de



9 meses de vida nos resulta imposible defendernos de un tubo de succión con el que pueden desmembrar nuestro cuerpo y arrojarnos a la basura; de un envenenamiento por solución salina o del médico que, con sólo unos fórceps, podría quebrar fácilmente nuestro cuerpo para extraerlo del útero (*Mijangos, 2015*).

2.11.6 Derechos fundamentales del concebido no nacido.

Constitucionalmente se obliga al Estado a reconocer una gama de derechos fundamentales al no nacido, por el hecho que se considera una vida desde el instante mismo de la concepción, desde ese momento al nasciturus se le atribuyen la protección por parte del Estado, otorgándole una esfera de tutela a sus derechos principales y de mayor jerarquía, persiguiendo siempre la dignidad de la persona desde el instante más remoto de su existencia, a lo largo de la historia se ha ido evolucionando en la función de brindar una garantía para reconocer al no nacido con personalidad jurídica, como persona humana y una calidad como sujeto de derechos.

El derecho a la vida en la legislación salvadoreña.

En la Republica de El Salvador fue la constitución de 1841 que reconoció por primera vez el derecho de toda persona a la vida, al establecer en el art 68 que prescribe. “Todos los habitantes de El Salvador tienen derechos incontestables para conservar y defender su vida, su libertad: para adquirir, poseer y disponer de sus bienes y procurar su felicidad sin daño a terceros”.

La constitución de 1939 establecía en su art 25. “Todos los habitantes de El Salvador, tienen derecho a conservar y defender su vida, su honor, su libertad y su propiedad y a disponer libremente de sus bienes”.

La constitución de 1983 en el Art: 2 de la Constitución de la República de El Salvador, reconoce que: “la persona humana tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.”

Siendo hasta en este momento donde surge el debate en cuanto a que si la vida debía protegerse desde el nacimiento o la concepción. Siendo así que el derecho a la vida ha sufrido una gran transformación, esto debido a que a inicios de 1,999 se generó una



coyuntura política que provoco cambios en el momento en que se inicia la vida y en consecuencia su protección (*Montalvo Valdez, 2006*).

Se considera una de las discusiones mas problematicas que a dado lugar esta tematica, ya que se debe de determinar fundamentadamente desde que punto de partida se le daria protección al ser humano, ya sea desde la concepción o desde el nacimiento, se tenian criterios separados, para poder identificar que momento era el más idoneo para garantizar los derechos del no nacido.

Es asi que se reconoce que la persona humana es todo ser humano desde el instante de la concepcion. Art 1 inc 2 Cn. “Toda persona desde el instante de la concepcion por el hecho de ser persona tiene derecho a la vida y a que se le proteja, por lo que el Estado lo ha regulado en la Legislacion de forma integral mediante diversas ramas del derecho” (*Lopez Martinez & Ramirez Guillen, 2012 p. 46*).

En la historia del holocausto, los oficiales nazis, para respaldar el asesinato de personas judías se escudaban diciendo que estos “no son personas”, ya que eran una raza tan inferior que no se consideraban como tales, que hacían daño a su sociedad y que por eso, se merecían el trato diferente que se les dio. Siendo está una excusa perfecta al racismo desarrollado por los nazis, a los fundamentos para ellos lógicos y a la infraestructura creada por ellos en una moral distorsionada, se cometió uno de los más grandes genocidios conocidos en la historia de la humanidad (*Montalvo Valdez, 2006,p.14*).

En la actualidad las personas, como en la segunda guerra mundial, se excusan perfectamente en sus razones lógicamente bien construidas, pero distorsionadas en esencia. Tal vez persiguiendo razones económicas o ideológicas, pisoteando la dignidad de la otra persona, a la que dijimos debíamos cuidar su vida y sobrepasando sus derechos fundamentales (*Montalvo Valdez, 2006*).

En El Salvador, está restringido legalmente el aborto, también se quita la vida ilegalmente con esta forma racista, egoísta y hedonista de ir en contra de los derechos humanos fundamentales para una sociedad. Algunos luchan por hacerlo legal y tener derecho a quitarle la vida a una persona, quizás para tener una retribución por ello, crear un negocio de ello. Pero la



vida, es valiosa en su naturaleza, maravillosa por su existencia, fascinante en su experiencia. Hay que vivirla, y dejarla vivir, cuidarla y saberla respetar, desde el principio, como reza el Artículo 1 de la Constitución de la República que “reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción” (*Mijangos, 2015*).

Antes de enumerar los derechos fundamentales del embrión humano, se debe responder:

¿Quién es el embrión humano? Recibe el nombre de embrión humano todo ser humano al inicio de su vida biológica y personal, es decir, toda persona humana desde el momento de la fecundación y en los subsiguientes primeros estados del desarrollo de su ciclo vital [0-2meses]. No existe distinción en la condición humana del embrión in vitro respecto a la del concebido mediante la reproducción natural: ambos son seres humanos cuya vida merece respeto y requiere protección (*Mijangos, 2015*).

Al derecho le toca reconocer la dimensión jurídica de todo ser humano, en virtud de la cual por el simple hecho de ser personas, se nos puede identificar como sujetos de derechos humanos en todo momento y lugar.

Se entiende por derechos fundamentales a aquellos que son inherentes al ser humano cualquiera que sea su raza, condición, sexo, o religión. A los derechos fundamentales no los crea el poder político, ni la Constitución; estos se imponen al Estado y la Constitución los propugna. Los derechos fundamentales tienen como finalidad prioritaria garantizar la dignidad, la libertad, la igualdad, u otro cualquier aspecto fundamental que atente a la integridad de la persona. Es por ello que se dan a conocer una gama de derechos que son los derechos fundamentales que posee el concebido no nacido:

A) Derecho a ser reconocido como ser humano desde la fecundación.

Ya que este tiene derecho al reconocimiento judicial desde que se encuentra en el vientre de la madre, es decir desde que esta se encuentra en estado de embarazo.

B) Derecho a ser reconocido como persona humana.

La vida humana desde su concepción es un derecho reconocido y protegido en El Salvador. Es así como la Constitución de 1983 reconoce desde su nacimiento, en el art. 2 que “Toda persona tiene derecho a la vida y a ser protegido en la conservación y defensa de la misma”. Este



derecho se fortalece al reconocer la Constitución, en el art. 11 que “ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oído y vencido en juicio con arreglo a las leyes (...)” concediendo de esta manera a toda persona el derecho de audiencia. Estos son derechos y principios generales, por lo que cualquier excepción a los mismos, para conservar la armonía de las normas jurídicas tiene que estar expresamente contemplado en la misma.

C) Derecho a ser reconocido como sujeto de Derechos Humanos.

Estos tres primeros derechos corresponden al reconocimiento de la identidad humana del embrión al inicio de su vida y que, a resumidas cuentas, implica que el embrión debe ser tratado como ser vivo de la especie humana, persona y sujeto, nunca como objeto de derechos humanos (*Mijangos, 2015*).

Se entiende que, se debe reconocer con derechos y garantías al embrión, como una persona como tal, ya que los derechos humanos así lo han establecido, esto para de alguna manera respetar la vida como principal derecho que puede ser violentado, así como los demás derechos que el no nacido posee, se debe de fomentar por medio de la legislación el fortalecimiento de la figura del no nacido, como persona propiamente dicha.

D) Derecho a Nacer.

Es comúnmente llamado derecho a la vida, pero la vida (...). Es una realidad que requiere ser reconocida desde la fase embrionaria y protegida en todo momento. Ya que el aborto presupone la vida, impedir que otro ser humano nazca implica matarlo. Legalizar el aborto no es otra cosa que dar licencia a un individuo para matar a otro (*Mijangos, 2015*).

Sobre este planteamiento hay opiniones divididas ya que hay una buena cantidad de criterios que están a favor del aborto, siempre y cuando se realice bajo ciertos parámetros y en ciertas circunstancias donde se pueda determinar la viabilidad o no del embarazo y posterior nacimiento, la opinión contraria sostiene que bajo ninguna situación se debe de permitir y menos legalmente el aborto, entendido como el quitarle la vida a un ser que está en desarrollo y próximo



a nacer, no se considera actualmente en El Salvador una posibilidad el permitir este tipo de actos que atentan contra los derechos humanos de una persona.

El derecho a la vida es el derecho principal y la razón de ser de los demás derechos, ya que no tendría sentido garantizar otros derechos como de libre expresión, intimidad etc, si al sujeto a quien se le conceden estos derechos nace muerto.

Todo concebido tiene derecho a que se reconozca y respete en él, el valor supremo de la vida desde el momento de la concepción hasta su muerte natural y por lo mismo deberá ser respetado y cuidado este derecho, a lo largo de todo su proceso de vida en el seno materno y una vez nacido fuera de el, siendo el derecho a la vida el principal rector de quienes tienen la responsabilidad de velar por su desarrollo integral. Dicha responsabilidad recae en primer término en los padres y de manera subsidiaria en sus demás familiares, en la sociedad y en el Estado.

E) Derecho al acceso a una vida digna.

Es decir, vivir en un ambiente sano y con las condiciones necesarias para su desarrollo.

Mientras se trate de un ser humano, siempre saltarán a la vista todas aquellas necesidades que son de interés prioritario satisfacer, como lo es la salud y la alimentación.

De aquí que podamos desglosar otros dos derechos fundamentales: Derecho a la protección de la salud. Derecho a la alimentación [recordemos que él no-nacido se alimenta a través de la madre] (*Mijangos, 2015*).

F) Derecho a la protección de su integridad corporal.

Todo concebido dispondrá de las oportunidades y servicios dispensados por la ley y por otros medios, en condiciones de libertad y dignidad, para que pueda desarrollarse física, mental, espiritual y socialmente, en forma integral; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él, como a su madre cuidados especiales.

El Estado por medio de un marco legal correspondiente, es el obligado a crear las leyes, instituciones y todo aquel organismo que garantice la protección y tutela tanto de la madre como



la persona que está por nacer, debe de buscar los mecanismos que protejan íntegramente la vida y los demás derechos que le son atribuidos.

G) Derecho a la no discriminación.

Todo concebido deberá ser protegido de cualquier tipo de discriminación por motivo de raza, etnia, condición genética, sexo, origen social, situación económica de él o de sus progenitores.

H) Derecho a un trato igual.

Ni una enfermedad, el sexo, ni mucho menos la apariencia física del embrión justifica de modo alguno cualquier trato discriminatorio que menoscabe su integridad corporal. El embrión humano tiene la misma dignidad que aquél ser humano nacido y adulto, por lo cual la ley debe conferirle un trato igual -o incluso preferente- por tratarse de una vida humana en un estado de vulnerabilidad notable (*Mijangos, 2015*).

El art. 3 de la Constitución, reconoce la igualdad de todas las personas ante la ley, sin ninguna restricción o discriminación con lo cual se puede interpretar que no debe existir ninguna discriminación por el nacimiento, es decir independientemente de que se haya nacido o se esté por nacer.

I) Derecho a la protección de su ADN (protección del genoma humano).

Todo concebido tiene derecho a que se reconozca su individualidad, en tanto que su código genético es único e irrepetible y por lo mismo diferente al de sus progenitores.

Se debe de reconocer tanto las características, como el código genético únicos de cada persona, ya que es una de las maneras en que cada persona se vuelve diferente de otra, es utilizada como un mecanismo de identificación y reconocimiento en algunos casos, es por ello la importancia de un registro genético de cada persona.



J) Derecho a no ser objeto de manipulación médico-científica que no constituya un beneficio para sí mismo.

Como es el caso de los abortos clandestinos o provocados que se hacen con el objetivo de destruir al feto, situación que puede ser altamente peligroso tanto para el feto como para la madre.

K) Derecho a una identidad.

Todo concebido tienen derecho a una nacionalidad y el Estado deberá reconocer y proteger todos sus derechos.

L) Derecho a vivir en un ambiente sano.

Todo concebido para el pleno y armonioso desarrollo de su individualidad, deberá hacerlo bajo el amparo y responsabilidad de sus padres y en todo caso en un ambiente de afecto de seguridad. La mujer embarazada deberá contar con los cuidados propios y atenciones especiales de este periodo.

2.11.7 Otorgamiento de derechos al nasciturus en el Código Civil.

Ahora bien, así como constitucionalmente se le otorgan toda una gama de derechos fundamentales al nasciturus y de ellos se derivan otro grupo de derechos no menos importantes como los primero, el instrumento legal en el ámbito civil en El salvador le brinda así también una serie de derechos al no nacido que le son reconocidos tanto como sus derechos fundamentales. El Código Civil salvadoreño establece también su efectividad reglando en diferentes aspectos por medio de la tutela que realiza el estado hacia el nasciturus.

En materia constitucional para Estado Salvadoreño el *nasciturus* tiene personalidad antes de nacer, se le atribuyen consecuencias de derecho como lo son: capacidad para heredar, para recibir legados y donaciones. Además, para ser heredero, legatario o donatario se requiere gozar de personalidad jurídica, para tales calidades se adquieren derechos de carácter patrimonial. Si bien es cierto que se puede afirmar que el nasciturus goza de la representación por medio de sus padres, siempre y cuando se pueda comprobar la existencia del no nacido, por lo cual se hace el reconocimiento del nasciturus como persona humana en su expresión más pequeña pero valida y por supuesto como sujeto ya de derechos.



Es por ello que materia Civil le reconoce esta serie de derechos:

- Derecho a heredar y a recibir donaciones.
- Suspender la partición de la herencia.
- Modificar y detener las obligaciones alimentarias de la sucesión hasta su nacimiento.
- Derechos sucesorales.

La legislación civil salvadoreña reconoce al nasciturus aun en esa etapa como persona, no como una parte más del cuerpo de la madre y menos como un objeto, si no como sujeto de derechos, por gozar ya de dignidad como persona.

2.11.8 Conflicto de derechos entre la madre y el no nacido.

Como un preámbulo para que se hable sobre el ya mencionado conflicto que se supone que existe entre los derechos de la madre y el no nacido, se da con frecuencia esta situación bajo circunstancias que comúnmente tiene que ver cuando se está en riesgo derechos de carácter fundamentales que atenten contra la vida o la integridad de uno de los dos, o cuando el embarazo es producto de una violación.

Dentro de las consideraciones constitucionales que se tomaron en cuenta para la creación de un marco legal y de esta manera poder discutir tal situación, esta, que el nacimiento goza de una particular relevancia, pues el nasciturus pasa de una vida dependiente de la madre a una vida independiente aun dentro de la madre.

Para la legislación salvadoreña así como para muchas más, entre ellas la legislación española consideran como el principal derecho fundamental al derecho a la vida, es por tal razón que el tribunal constitucional español establece los márgenes dentro de la etapa de la vida del hombre en los cuales se garantizara la protección del ya mencionado derecho "la vida humana es un devenir que comienza con la gestación y finaliza con la muerte y que, por lo tanto, ya en la gestación hay un *tertium*¹² existencial distinto de la madre, aunque alojado en el seno de esta" (Cajigas, 2010, pág. 2).

¹²*Tertium*, de tertius-a-um, es un adjetivo de segunda declinación. Significa tercero.



La primera discusión que se hace en cuanto al conflicto de derechos se encuentra en ponderación el derecho fundamental por excelencia el cual es la vida, ya sea de la madre o del no nacido, tanto los legisladores y aplicadores de justicia tienen diferentes posturas en cuanto a esta discusión, ya que unos se inclinan a brindarle más protección a la vida de la madre o ya se a la vida del nuevo ser, posturas que se ven influenciadas comúnmente por factores sociales o de la evolución misma del derecho que va siempre tomada de la mano con el cambio del tiempo y las diferencias, siendo el derecho dinámico como un fruto de la sociedad.

Doctrinariamente se hace ya un reconocimiento del nasciturus a igual escala que la madre, se reconoce a este como vida humana, aunque este en formación, es por ello que es merecedor de la tutela constitucional por parte del estado, el cual sigue corrientes que respetan hasta sus más mínimos extremos a la dignidad humana desde el principio de la vida, pero la protección que brinda al nasciturus tiene que ir en concordancia con la protección que el estado brinda a la madre, derechos como la libertad, pleno desarrollo de la personalidad y la integridad física en la mujer como madre, en su etapa de embarazo y posteriormente.

Lo difícil de esta situación es mantener un equilibrio entre la tutela, garantía y protección de derechos que se le reconocen tanto a la mujer embarazada como a la criatura que está en su vientre, dicho equilibrio corre riesgo frente a situaciones específicas, como en los casos en que se considera necesario la práctica de un aborto, ya sea por causas que pongan en riesgo la vida de la madre durante el embarazo o cuando este es producto de una violación, son situaciones en las cuales se reconsidera la posición que se debe tomar para brindar una mejor solución y mantener el equilibrio necesario entre las dos vidas.

Actualmente grupos y movimientos sociales que defienden los derechos de las mujeres y en particular de la madre, están en la búsqueda de reformas a la constitución y a leyes penales para así lograr la despenalización del aborto en ciertas circunstancias específicas, de esta situación surge el conflicto, se debe de ponderar los derechos de la madre y principalmente la vida del nasciturus ya que se pretende lograr la ausencia de garantías penales, debido a que no

Esta locución es usada, por lo tanto, para referirse a una tercera posibilidad distinta de las dos ordinarias o comunes.



solo se contempla desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*, se pretende tomar una posición imparcial y equilibrada.

Cuando existen circunstancias en las cuales se da un conflicto de derechos entre el *nasciturus* y la madre, la primera alternativa es buscar armonizar los derechos y como último de los casos brindándole una prevalencia a uno de ellos, manteniendo sobre todo la posición que se entiende así, ni la vida del no nacido puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía sobre la vida del no nacido.

Actualmente en nuestra legislación no se sigue la anterior postura, ya que se brinda una total y absoluta protección a la vida del no nacido, bajo cualquier circunstancia, sea esta que la vida de la madre corra peligro o que el embarazo sea resultado de una violación, a pesar de ello se mantiene la postura de brindarle y garantizar la vida del ser que aún está en el vientre, si bien es cierto, dicha posición es actualmente muy criticada ya que, no es una posición actual del tipo de sociedad que se tiene, además de ello, otros países ya contemplan en sus legislaciones la alternativa de realizar abortos ya sea de tipo terapéuticos o bajo las circunstancias ya mencionadas.

Por mencionar la actual posición de la legislación española en caso de conflicto de derechos,

En caso de peligro para la vida de la madre el órgano jurisdiccional entiende que no se debe penalizar a la mujer por defender su derecho a la vida, que es al menos tan importante como el derecho a la vida del no nacido. Igualmente, el Tribunal entiende que no se debe penalizar a la mujer por los mismos motivos en caso de grave riesgo para su salud pues afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física (*Cajigas, 2010, pág. 3*).

Las consideraciones que realizó el legislador en cuanto a la postura en la cual se inclinó al momento de creación de las leyes, evaluando la situación de conflicto que existe, cuando en el embarazo, el feto, mediante estudios médicos o clínicos, se comprueba que posee graves y evidentes deficiencias físicas y psíquicas, que dificultan el embarazo para la madre y el posterior desarrollo del niño luego del nacimiento y más aún cuando las posibilidades económicas de la



madre le dificultarían mantener a su hijo, considerando que el estado no preste eficientemente una ayuda para disminuir las dificultades de dicha situación, y que bajo ese contexto la legislación no permita la excusa de una sanción penal y así posibilitar la práctica de un aborto.

La posición que actualmente adopta la legislación penal salvadoreña en cuanto al embarazo como producto de una violación, es que aunque se considera la concepción de un ser como resultado de un hecho contrario a la voluntad de la mujer, que ha dañado su integridad física, intimidad personal y sexual, su moralidad, el honor y sobre todo su dignidad como mujer, no se considera la posibilidad de realizar un aborto, ni bajo estas circunstancias, que prevalece la posición de proteger a toda costa el principal derecho fundamental el cual es la vida.

Para ello se entiende que:

En caso de conflicto de dos voluntades autónomas como lo es la de la madre y la del embrión que se encuentra en su vientre, el Derecho hace prevalecer la autonomía de la madre con un valor autárquico, es decir, con un poder para “gobernarse” a sí misma (*García Fernández, 2009, p. 100*).

Se debe resaltar el goce de tutela efectiva que posee ya en no nacido, como sujeto de derechos, que goza de la protección del estado por el hecho de poseer dignidad humana por considerarse ya una persona en proceso de formación. Y que para Dora *García Fernández (2009)* se considera que:

Aunque el embrión se encuentre en el vientre de su madre, ella no debe pasar por encima de su autonomía y tomar decisiones, con respecto a ese embrión, que no le corresponden, ya que el embrión humano representa una vida biológica distinta de la madre, única e irrepetible (*pág. 100*).

2.11.9 Derechos de la madre en relación al no nacido.

Teniendo presente el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación de la vida, es importante la búsqueda de mecanismos que aseguren la



protección de ella por medio de una gama de derechos que velen por la dignidad humana de la mujer en estado de embarazo.

Desde el plano nacional e internacional se hace un reconocimiento de ciertos derechos principales que la mujer embarazada goza en la etapa de maternidad, entre los que se pueden mencionar están los derechos, a la integridad, la seguridad, a gozar de una plena salud sexual y reproductiva, y a unas condiciones dignas y salubres para la sana evolución de su estado, la atención del parto y el proceso de recuperación o de posparto.

La eficacia de la protección y garantía de los derechos de la mujer y de la mujer embarazada dependen rotundamente del nivel de compromiso que demuestren los países, las sociedades y los gobiernos específicamente. Algunos de estos derechos en El Salvador han sido plasmados en leyes, códigos y en normas de obligatorio cumplimiento, esto como muestra de la labor que cumple el Estado para brindar su suprema protección, existen organismos internacionales que velan porque los Estados cumplan con los requisitos mínimos de tutela a la madre en estado de gravidez, entre dichas organizaciones están la Organización de las Naciones Unidas, entre otras.

Los derechos de la madre nunca deben de ir en contra de los derechos de su hijo, bajo ninguna perspectiva se deben delimitar los derechos fundamentales de ella por brindarle una defensa a los derechos del concebido. Se debe de mantener siempre el parámetro de reconocer los derechos de la mujer como embarazada, futura madre, esposa y cualquier otro título que ella merezca. El Estado es garante y deberá brindar protección a la embarazada durante el tiempo que dura dicha etapa y mantener durante toda la vida misma de la mujer una protección permanente e integral para ella.

La legislación salvadoreña debe de ir encaminada a crear todo el mecanismo legislativo para garantizar una tutela a la mujer embarazada y a su hijo, proteger sus derechos fundamentales de tal manera que no puedan ser violentados. La mujer en estado de gravidez debe de gozar de todos y aún más derechos de los que ya se le reconocen por el hecho mismo de la dignidad humana que posee, se le atribuyen derechos cuando está embarazada, porque se garantiza la protección de ella y de la vida que lleva en su vientre.



Entre los derechos que más se ven violentados en la etapa de gravidez de una mujer, está el derecho a gozar de un descanso remunerado antes y después del parto, y a la conservación del empleo, plasmado en el artículo 42 inciso 1° de la Constitución del a república, una mujer embarazada goza del ya referido derecho que se considera como inalienable por su estado de maternidad.

La sala de lo Constitucional en reiteradas ocasiones ha emitido su criterio en cuanto al derecho que se menciona anteriormente, aun cuando existan causas legales para despedir a una mujer embarazada, esta debe conservar su trabajo o empleo hasta que finalice el periodo de descanso que le corresponde después del parto, pues es hasta finalizado dicho período que se podrá hacer efectiva la separación de su cargo, respetándole indiscutiblemente su derecho de audiencia, siempre que este sea un requisito previo a la destitución del cargo.

A) Derecho a la integridad personal.

También conocido este derecho como incolumidad, se entiende que es “un conjunto de condiciones físicas, psíquicas y morales que le permiten al ser humano su existencia, sin sufrir ningún tipo de menoscabo¹³ en cualquiera de esas tres dimensiones” (*Afanador, 2002, pág. 147*).

Este derecho enfocado en la mujer puede entenderse en diferentes perspectivas, ya que manifiesta su eficacia protegiendo una esfera bastante amplia, tiene relación estrecha con otros derechos, como con el derecho a la vida, derecho a la salud, ambos de rango superior, que pueden verse afectados cuando se lesiona la integridad personal de la mujer.

Este derecho busca proteger el derecho a la vida, pero no en su máxima expresión, sino que, con limitantes, ya que protege otros ámbitos visto desde el punto de vista subjetivos, como lo es el aspecto psíquico de la mujer, todo para que no sufra ningún tipo de menoscabo, bajo ninguna circunstancia, se puede relacionar a la etapa de gravidez que atraviesa la mujer, que debe de protegerse tanto ella como la criatura que está por nacer.

¹³ La noción del menoscabo es frecuente en el ámbito del Derecho, ya que define el daño como menoscabo, perjuicio o detrimento que sufre un sujeto como consecuencia de la acción u omisión de otro y que afecta sus derechos, bienes o intereses.



B) Salud sexual y reproductiva.

Se puede comprender este derecho como lo explica *Ada Alfonso Rodríguez (2006)*,

La defensa del derecho de las personas a tomar decisiones libres e informadas en relación con el número de hijos y su espaciamiento, el papel del Estado en asegurar la información y acceso a métodos de control de la fecundidad, el derecho de las mujeres a la integridad física y a decidir por su cuerpo, la necesidad de que las decisiones reproductivas se tomaran considerando las necesidades de los futuros hijos y las responsabilidades de las personas y las parejas con su comunidad, y por último, la salud de la mujer fue puesta en el contexto de su bienestar integral íntimamente relacionado con su participación plena y equitativa de la vida social, cultural, económica y política a nivel, nacional, regional e internacional (*pàrr.5*).

Lo que este derecho pretende es ampliar la esfera de protección no solo a una área en específico para la mujer, si no que llevar a cuenta la protección de derecho sexuales y reproductivos de la mano con otros derechos que poseen intima relación, así como también un reconocimiento como derechos humanos de las mujeres. Persige lograr una equidad de género y una integración de los derechos de la mujer con una actitud más activa en la sociedad.

En los últimos años El Salvador ha creado mecanismos eficaces para tutelar de mejor manera los derechos de la mujer, siguiendo modelos e instrumentos legales internacionales que protegen a la mujer, ha creado una gama de leyes enfocadas a mejorar la tutela de sus derechos, así como también el nacimiento de instituciones tanto gubernamentales como sociales, que facilitan el acercamiento de la mujer a la garantía y protección de sus derechos.

Entre las instituciones creadas esta Ciudad mujer, que ha nacido como idea del gobierno del ex presidente Mauricio Funes Cartagena para los años posteriores al 2009, institución que se encarga de fomentar el empoderamiento de la mujer en diferentes áreas, así como de facilitarle los mecanismos de protección de sus derechos, a la fecha se han creado varias sedes a lo largo del país, para que las mujeres puedan acercarse y hacer uso de los servicios que presta, se enfocan en la protección plena de derechos de la mujer encaminados en darle una vida digna, siguiendo el compromiso de mejorar la calidad de vida de las mujeres salvadoreñas.



También se ha creado una unidad especializada para delitos contra la mujer en la Fiscalía General de la República, dicha unidad es la encargada de procesar todas aquellas causas en las que se violenten derechos contra la mujer, delitos de tipo sexuales, que afecten la integridad física, psíquica y moral.

En general lo que pretende el Estado de El Salvador es la efectividad positiva en la protección de la esfera de derechos que posee la mujer, dicha protección abarca las diferentes áreas en las que ella se encuentra, como lo es la etapa del embarazo y post embarazo, se le reconoce una serie de derechos específicos del momento que atraviesa, derechos que abarcan a ella como al no nacido.

C) Derecho a la no violencia de género.

Se entiende por violencia de género a “la coacción física o psíquica ejercida sobre una persona para viciar su voluntad y obligarla a ejecutar un acto determinado” (*Esposito , 2011, pág. 20*). El principal producto de este fenómeno es la muestra de desigualdad entre las personas, principalmente se da entre un hombre hacia una mujer, es un problema social que ha ido evolucionando a lo largo del tiempo y que se puede demostrar de diferentes aspectos tanto físicos, psicológicos, verbal, social, sexual y económico.

Así también lo menciona *Rico (1996)*,

Se entiende por violencia de género el ejercicio de la violencia que refleja la asimetría existente en las relaciones de poder entre varones y mujeres, y que perpetúa la subordinación y desvalorización de lo femenino frente a lo masculino. Ésta se caracteriza por responder al patriarcado como sistema simbólico que determina un conjunto de prácticas cotidianas concretas, que niegan los derechos de las mujeres y reproducen el desequilibrio y la inequidad existentes entre los sexos. La diferencia entre este tipo de violencia y otras formas de agresión y coerción estriba en que en este caso el factor de riesgo o de vulnerabilidad es el solo hecho de ser mujer (*Rico, 1996, pag. 8*).

El hombre que demuestra dicha conducta presenta diferentes características muy particulares en su carácter, como lo son, el ser agresivo, ira descontrolada y falta de reconocimiento de valores hacia la mujer. Lo que el hombre busca es demostrar superioridad y



control sobre la mujer, en la mayoría de situaciones en las que se discuten las capacidades de los dos géneros. El hombre ve el ambiente necesario para practicar dicha conducta desde muy temprana edad, la sociedad actualmente aún sigue modelos machistas y de superioridad de parte del hombre hacia la mujer.

Este es un fenómeno que demuestra la cultura que tienen muchos países latinoamericanos ya que tiene como fruto la sumisión y el control de un sexo sobre el otro, sigue ideales que consideran al hombre como cabeza de la familia y a la mujer totalmente dependiente de la figura masculina de la sociedad, en la actualidad los estados buscan eliminar este flagelo creando y fomentando sistemas legales y jurídicos que protejan de mejor manera a la mujer en la sociedad.

Este hecho se ve reflejado también en la etapa del embarazo de la mujer, que ya el hombre busca denigrarla de manera recurrente, viéndola muchas veces como un objeto, desde el punto de vista sexual y reproductivo, la mujer que vive este fenómeno se ve muchas veces afectada desde la familia hasta en el área laboral y social, ya que no es más que un reflejo de la realidad que muchas veces se vive en la sociedad.

El Estado se ha planteado objetivos para fomentar la lucha contra esta situación promoviendo el empoderamiento e igualdad de la mujer en la sociedad, pretende eliminar este tipo de situaciones creando el ambiente necesario para que la mujer se desarrolle al mismo nivel que el hombre, es por ello que se siguen modelos de legislaciones que velen por el protección y el fomento de la situación de la mujer en la sociedad, por medio de la evolución de ella en el área familiar, social, económica, académica, etcétera.

2.11.10 El derecho a la vida en la legislación salvadoreña como protección estatal a la persona humana desde el instante de la concepción.

En la república, fue la Constitución de 1841 que reconoció por primera vez el derecho de toda persona a la vida, al establecer en el art. 68, que prescribe: "Todos los habitantes de El Salvador tienen derechos incontestables para conservar y defender su vida y su libertad: para adquirir, poseer y disponer de sus bienes y para procurar su felicidad sin daño a tercero."

Consignando en razón de la misma la garantía de audiencia, determinando: "Que ninguna persona puede ser privada de su vida... sin juicio previo". Posteriormente en las constituciones



promulgadas (1864 art. 77, 1871 art. 99, 1872 art. 18, 1880 art. 15, 1883 art. 11 y 1886 art. 1) se protegió el derecho a la vida en igual forma.

La Constitución de 1939, establecía en su art. 25 "Todos los habitantes de El Salvador, tienen derecho a conservar y defender su vida, su honor, su libertad y su propiedad y a disponer libremente de sus bienes".

La Constitución de 1945 en el art. 5 retoma lo establecido en la Constitución de 1950, en el art. 176 disponía: "Todos los habitantes de El Salvador tienen derecho a ser protegidos en la conservación y defensa de su vida, honor, libertad, trabajo, propiedad y posesión." Así mismo se establecía en la Constitución promulgada en 1969, art. 163.

En la Constitución de 1983, el art. 2 estableció, toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión y a ser protegido en la conservación y defensa de los mismos..." siendo hasta en este momento donde surge el debate en cuanto a que si la vida debía protegerse desde el nacimiento o la concepción.

Art. 1 inciso segundo: "Así mismo reconoce a la persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción."

Art. 2 inciso primero: "Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos."

Art. 3 inciso primero: "Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión." El derecho a la vida, a partir de la reforma constitucional del Art. 1 inciso 2°.

En El Salvador la regulación del derecho a la vida ha sufrido una gran transformación, esto debido a que a inicio de 1999 se generó una coyuntura política que provocó cambios en el momento en que inicia la vida y en consecuencia su protección.

Dicha situación se origina desde el momento en que la Asamblea Legislativa discutía la despenalización del aborto (en sus formas: terapéutico, ético y eugenésico), a raíz de la discusión del proyecto de reforma del Código Penal.



Esa situación motivó a que ciertas instituciones y organismos no gubernamentales se abocarán realizando peticiones y manifestaciones públicas frente a este órgano del Estado con el propósito de evitar tal despenalización, propugnando por la garantía del derecho a la vida desde el instante de la concepción.

Entre las instituciones u organismos que llevaron a cabo tales acciones se puede mencionar:

- La Fundación Sí a la Vida,
- El Comité para la Defensa de la Vida Humana y la Dignidad de la Persona,
- La Iglesia Católica, a través de la Conferencia Episcopal de El Salvador (CEDES).

Siendo que el Comité para la Defensa de la Vida Humana y la Dignidad de la Persona presentó a la Asamblea Legislativa una enmienda de reforma constitucional del art. 1 donde solicitaba se estableciera un inciso segundo en el que se reconociera a todo individuo de la especie humana desde el momento de la concepción hasta su muerte natural como persona.

De ahí que la Asamblea Legislativa (periodo 1994-1997), realizara en la última Sesión Plenaria del 30 de abril de 1997 a iniciativa de los Diputados de ARENA y sin un estudio exhaustivo y sin mayor discusión, aprobara la reforma al art. 1 de la Constitución.

La enmienda aprobada, adiciona un inciso segundo al art. 1 de la Constitución de 1983 antes aludido, la cual expresa- "Así mismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción."

Esta reforma fue ratificada por la legislatura del periodo 1997 - 2000 el día 3 de febrero de 1999 a petición del Comité para la defensa de la vida humana y la dignidad de la persona, respaldado por miles de firmas de ciudadanos y organismos no gubernamentales mencionados con anterioridad. Dicha reforma constitucional se aprobó a raíz de la iniciativa de los Diputados de ARENA.

La Constitución de la República al reconocer que se es persona humana desde el instante de la concepción eleva a categoría de valor jurídico fundamental la dignidad humana, por ser esta inherente a la persona humana, la cual se manifiesta en la autodeterminación consciente y



responsable de la propia vida que lleva consigo la pretensión a ser respetada por las demás personas y el mismo Estado.

El Acuerdo de reforma constitucional número (1 del 30 de abril de 1997. Publicado en el Diario Oficial número 87 Tomo 335. San Salvador 15 de mayo 1997). Pág. 3.

Ratificación de la reforma Constitución del art. 1 (publicado en El Diario Oficial número 32 Tomo 342 Decreto 541. San Salvador 16 de febrero de 1999) Pág. 41.

De tal aseveración deriva el reconocimiento del valor de la persona humana como identidad independiente de la madre y además preexistente al ordenamiento jurídico mismo, ya que la persona por su dignidad ostenta derechos inviolables que le son inherentes por tal calidad.

2.11.10.1 La Constitución como fundamento legal de protección a los derechos del concebido no nacido en marco al derecho a la vida.

El derecho a la vida como garantía constitucional se encuentra regulada en el art. 2 de la Constitución, que literalmente dice: "Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión y a ser protegido en la conservación y defensa de los mismos...", de esta manera se encuentra reconocido en la Constitución desde 1983, a raíz de la reforma al artículo uno se le intercaló un segundo inciso que versa: "Así mismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción".

Este derecho se fortalece con lo prescrito en el art. 11 de la misma, "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes...", concediendo de esta forma el derecho de audiencia.

Además el art. 144 Cn, reconoce que los tratados internacionales celebrados por El Salvador constituyen y se convierten en leyes de la República una vez cumplidos los requisitos respectivos, siendo estos que hayan sido suscritos por el Órgano Ejecutivo y ratificados por el Órgano Legislativo y a la vez reconoce la superioridad jerárquica de la Constitución sobre los tratados internacionales, refiriéndose el segundo de dichos artículos de manera expresa a los derechos y garantías fundamentales de la persona humana.



El art. 246 Cn, establece que los principios, derechos y obligaciones establecidos por la Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio, asegurando categóricamente la supremacía jurídica de la Constitución sobre todas las leyes secundarias.

Ahora bien, al expresar la Constitución que toda persona tiene derecho a la vida, no debe identificarse la expresión persona con su equivalente en el Derecho Civil, en el cual se considera que se es persona hasta el nacimiento, pues tal equiparación como recurso interpretativo limitaría el alcance de la norma constitucional ya que los derechos concedidos en esa área son de otra naturaleza, sino que la protección del derecho a la vida es conferido para todo ser, sin distinción entre el nacido y el no nacido puesto que los derechos fundamentales deben de interpretarse amplia y extensivamente. (*Decreto Legislativo N° 38, de fecha de 15 de diciembre de 1983, Diario Oficial N° 234, tomo 281, de fecha 16 de diciembre de 1983*).

2.11.10.2 **Tratados internacionales en el marco del derecho a la vida.**

El país ha ratificado diversas declaraciones, tratados, pactos y convenios en los cuales en materia del derecho a la vida podemos mencionar seguidamente.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, expresa en los Artículos 2, 3 y 6 que:

Art. 2. "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen, nacionalidad, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición."

Art. 3. "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".

Art. 6. "Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica".

De los artículos antes descritos podemos observar que los Estados miembros se comprometen a asegurar en cooperación de la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, por ende, todo ser



humano posee todos los derechos proclamados en esta declaración sin distinción alguna de nacimiento es decir sin importar si ha nacido o aún no.

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

La cual fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, en el año de 1948,

Prescribe en su art. 1 que: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad de su persona".

- Declaración de los Derechos del Niño.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño el 20 de noviembre de 1959.

En su preámbulo y en el principio, reconoce que: "El niño es un ser humano que por su condición necesita la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento."

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 diciembre de 1966, la cual establece:

Art. 2.1 "Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, nacionalidad, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Art. 6. "El derecho a la vida es inherente a la persona humana, este derecho está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".

Art. 16. "Todo ser humano tiene en todas partes el reconocimiento de su personalidad jurídica".

Art. 24. "Todo niño tiene derecho sin discriminación alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas



de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de la familia como de la sociedad y del Estado."

Art. 26. "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derechos sin discriminación alguna, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier rechazo por motivos de raza... nacimiento o cualquier otra condición social."

Los artículos en mención comprometen a los Estados a respetar y garantizar el derecho a la vida por ser un derecho inherente al ser humano y del cual nadie puede ser privado arbitrariamente independientemente de haber nacido o no, en virtud de que todas las personas son iguales ante la ley, por ende, tienen los mismos derechos y protección de esta (*Decreto Legislativo N° 601, de fecha de 09 de enero de 2014, Diario Oficial N° 25, tomo 402, de fecha 07 de febrero de 2014*).

2.11.10.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Celebrada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la X Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en su Art. 1 prescribe: "Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeto a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Art. 2 Para los efectos de esta Convención, "persona es todo ser humano".

Art. 3 "Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica".

Art. 4.1. "Toda persona tiene derecho a que se le 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".



Artículo 19. Derechos del Niño.

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Esta Convención como se ha expresado reconoce que persona es todo ser humano, estableciendo; el derecho que toda persona posee a que se respete su vida a partir del momento de la concepción y que nadie puede ser privado arbitrariamente de su vida.

2.11.10.4 Convención sobre derechos del niño.

Adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, en noviembre de 1989. Se convierte en el instrumento jurídico más importante, de carácter universal de protección a los derechos del niño, que contiene los más relevantes derechos humanos de la niñez.

Al igual que la Declaración, el preámbulo de la presente Convención establece que: "El niño por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales, incluso, la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. (Párr.10)

La importancia de este enunciado es tal, que nuestra Asamblea Legislativa decidió introducirlo como considerando IV en la ratificación a dicha Convención de fecha 27 de abril de 1990.

Art. 1 establece que "Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que... haya alcanzado antes la mayoría de edad".

Art. 2 numeral 1 "Los Estados partes respetaran los derechos enunciados en la presente Convención y aseguraran su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de... el nacimiento o cualquier condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales".

Art. 2 numeral 2 "Los Estados partes tomarán todas las medidas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo, por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres o sus tutores o de sus familiares."



Art. 6.1 "Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida".

La presente Convención reconoce que todo niño (ser humano) posee el derecho intrínseco a la vida y los Estados partes se comprometen a respetar y garantizar el ejercicio efectivo de los derechos aquí reconocidos sin distinción alguna, es decir independientemente del nacimiento.

Todos los tratados mencionados con anterioridad han sido suscritos y ratificados por El Salvador, por tanto, son leyes de la República que regulan el derecho a la vida en su máxima expresión, desde el momento de la concepción, estableciendo que no existe diferencia alguna entre el nacido y el no nacido.

De lo anterior se colige que el derecho a la vida se garantiza desde el momento de la concepción a partir de la ratificación de las declaraciones y convenciones antes dichas, las cuales constituyen leyes de la República, por lo que la reforma al art. 2 de la Constitución, lo único que permite es dar el carácter de constitucional (expresamente) a un derecho jurídicamente tutelado en las disposiciones anteriores.

2.11.10.5 **Leyes secundarias.**

2.11.10.5.1 **Ley de protección integral de la niñez y adolescencia.**

Definición de niña, niño y adolescente.

Art.3 incisos primero y segundo: "Los derechos y garantías otorgados en la presente ley serán reconocidos a toda persona desde el instante de la concepción hasta los dieciocho años de edad."

"Para los efectos de esta ley, niña o niño es toda persona desde el instante mismo de la concepción, hasta los doce años cumplidos y adolescente es la comprendida desde los doce años cumplidos hasta que cumpla los dieciocho años de edad."

Derecho a la vida.

Art.16 "Se reconoce el derecho a la vida desde el instante de la concepción. La familia, el Estado y la sociedad tienen la obligación de asegurar a la niña, niño y adolescente su supervivencia, crecimiento óptimo y desarrollo integral en los ámbitos físico, mental, espiritual, psicológico y social en una forma compatible con la dignidad humana.



El Estado deberá crear políticas públicas y programas para la adecuada cobertura y atención prenatal, perinatal, neonatal y posnatal, así como realizar intervenciones que permitan reducir la morbilidad y mortalidad materno-infantil y de la niñez.

Toda persona tiene derecho a nacer en condiciones familiares, ambientales y de cualquier otra índole, que le permitan obtener su completo y normal desarrollo bio-psico-social.”

Derecho a la protección de las personas por nacer.

Art. 17: “La protección de las niñas o niños por nacer se ejercerá mediante la atención en salud y psicológica de la embarazada, desde el instante de la concepción hasta su nacimiento.

Con la finalidad de asegurar el derecho a la vida de las niñas y los niños, corresponde al Estado la atención gratuita de la mujer en las etapas prenatal, perinatal, neonatal y posnatal, para lo cual, en dichas etapas, se prestarán los servicios y tratamientos médicos especializados, dotación de medicamentos, consejería nutricional y apoyo alimentario para la madre y la hija o el hijo que se encuentren en condiciones especiales de salud o de pobreza.”

Medidas para la salvaguardar del derecho a la vida.

Art. 18.- Medidas para la salvaguarda del derecho a la vida Cuando una niña, un niño o adolescente deba ser tratado, intervenido quirúrgicamente u hospitalizado de emergencia por hallarse en peligro inminente de muerte o de sufrir daños irreparables en su salud física, se le prestará atención médica-quirúrgica en el centro público o privado de salud más cercano para estabilizar al paciente y luego remitirlo al centro de atención correspondiente; la atención médica se brindará, debiendo el profesional médico proceder como la ciencia lo indique y comunicar luego el procedimiento seguido al padre, la madre, el representante o responsable. Si la situación no es de emergencia, pero se pudieran derivar daños irreparables a la salud física del niño, niña o adolescente, el profesional médico solicitará al padre, la madre, representante o responsable la autorización para la hospitalización o intervención de la niña, niño o adolescente y en caso de ausencia u oposición de éstos, el profesional médico podrá solicitar la intervención del Procurador General de la República, quien deberá resolver en el plazo máximo de veinticuatro horas.



Prohibición de experimentación y prácticas que atenten contra la vida.

Art.19 “Se prohíbe cualquier tipo de actividad que atente contra la vida, dignidad o integridad física, psíquica o moral de las niñas, niños y adolescentes, tales como:

- a) Experimentación médica;
- b) Experimentación genética; y,
- c) Prácticas étnicas, culturales o sociales.

Cualquier persona que tenga conocimiento de la experimentación o prácticas a que hace referencia el inciso anterior, estará obligada a denunciarla conforme a la normativa penal.”

Derecho a un nivel de vida digno y adecuado.

Art.20 inciso primero: “Todas las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho de gozar de un nivel de vida adecuado en condiciones de dignidad y goce de sus derechos. El derecho a un nivel de vida digno y adecuado es esencial para un desarrollo integral desde la concepción.”

Obligación de atención médica de emergencia para niña, adolescente o mujer embarazada.

Art.23 “Cualquier niña, adolescente o mujer embarazada que se encuentre en peligro inminente de muerte o de sufrir daños irreparables para su salud o la del niño o niña por nacer y por ello requiera atención médica de emergencia, será atendida en la institución de salud pública o privada más cercana del lugar donde se encuentre, de acuerdo a lo establecido en el artículo anterior. La insolvencia del requirente o la falta de recursos de la institución requerida no eximirán la atención de la embarazada en trabajo de parto.”

Salud sexual y reproductiva.

Art.32 inciso segundo: “El Estado en los ramos correspondientes garantizará la existencia y el acceso a los servicios y programas de salud y educación sexual integral para la niñez y adolescencia, con el objeto de fortalecer su realización personal, prevenir infecciones de transmisión sexual, disminuir riesgos de abuso sexual y prepararlos para una maternidad y paternidad responsable en la adultez, sana y sin riesgos. Los servicios y programas implementados garantizarán y promoverán el respeto del derecho a la vida desde el instante de la



concepción (*Decreto Legislativo N° 839, de fecha de 26 de marzo de 2009, Diario Oficial N° 68, tomo 383, de fecha 16 de abril de 2009*).

2.11.10.5.2 Código penal de El Salvador.

El derecho a la vida del no nacido se encuentra tutelado en el Código Penal, Capítulo II, "De los delitos relativos a la vida del ser humano en formación", estableciendo el tipo penal del aborto y sus diferentes formas, tipificados así:

Art. 133 Aborto Consentido y propio

- "El que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer o la mujer que se provocare su propio aborto o consintiere que otra persona se lo practicare, serán sancionados con prisión de dos a ocho años."

Art. 134 Aborto sin consentimiento

- "El que provocare un aborto, sin el consentimiento de la mujer, será sancionado con prisión de cuatro a diez años. En la misma pena incurrirá el que practicare el aborto de la mujer habiendo logrado su consentimiento mediante violencia o engaño."

Art. 135 Aborto agravado

- "Si el aborto fuere cometido por médico, farmacéutico o personas que realizaren actividades auxiliares a las referidas profesiones, cuando se dedicaren a dicha práctica será sancionado con prisión de seis a doce años. Se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad por el mismo período."

Art. 136 Inducción o ayuda al aborto

- Inducción o ayuda al aborto: "Quién indujere a una mujer o le facilite los medios económicos o de otro tipo para que se practique un aborto, será sancionado con prisión de dos a cinco años. Si la persona que ayuda o induce al aborto es el progenitor, la sanción se aumentará una tercera parte de la pena máxima señalada en el inciso anterior."



Art. 137 Aborto culposo.

“El que culposamente provocare un aborto, será sancionado con prisión de seis meses a dos años. El aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada, y la tentativa de ésta no serán punibles.” (*Decreto Legislativo N° 347, de fecha de 21 de abril de 2016, Diario Oficial N° 81, tomo 411, de fecha 03 de mayo de 2016*).

Art. 138 Lesiones en el no nacido

“El que ocasionare en el no nacido una lesión o enfermedad que perjudicare gravemente su normal desarrollo o provocare en el mismo una grave tara física o psíquica, será sancionado con prisión de uno a diez años, según la gravedad de las mismas.”

Art. 139 Lesiones culposas en el no nacido

“El que culposamente ocasionare las lesiones descritas en el artículo anterior, será sancionado de cincuenta a cien días multa. La embarazada no será sancionada al tenor de este precepto.

Art. 140 Manipulación genética

“El que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulare genes humanos de manera que se altere el tipo constitucional vital, será sancionado con prisión de tres a seis años.

En la misma pena incurrirá el que experimentare o manipulare clonación con células humanas, con fines de reproducción humana.

La aplicación de la tecnología genética para determinar el sexo, sin consentimiento de los progenitores, será sancionada con prisión de seis meses a un año e inhabilitación especial de profesión u oficio de seis meses a dos años.”

Art. 141 Manipulación genética culposa

“El que realizare manipulaciones con genes humanos y culposamente ocasionare un daño en el tipo vital, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa.”



Con esta regulación se pretende proteger la vida del no nacido desde el momento de la concepción hasta su nacimiento, aunque no se establezca de manera expresa.

Además de las lesiones en el no nacido el legislador regula la manipulación genética ya que la comisión de dichos delitos pone en peligro la vida del que está por nacer, evitando cualquier tipo de daño, de ahí que podamos afirmar que la reforma al artículo 1 de la Constitución logra su aplicabilidad en las figuras delictivas anotadas con anterioridad.

Art. 373 Venta ilegal de abortivos

“El que ilegalmente vendiere o en cualquier forma suministrare a otro sustancias o productos que sirvan especialmente para provocar abortos, será sancionado con arresto de quince a veinticinco días de semana y de diez a treinta días multa.”

Art. 374 Anuncio de medios abortivos

“El que abierta o veladamente anunciare procedimientos, medicamentos, sustancias y objetos destinados a provocar abortos, será sancionado con diez a treinta días multa.”

De las causas que excluyen de la responsabilidad penal:

Art. 27. No es responsable penalmente:

3) “Quien actúa u omite por necesidad de salvaguardar un bien jurídico, propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que la conducta sea proporcional al peligro y que no se tenga el deber jurídico de afrontarlo.”

2.11.10.5.3 Código de familia de El Salvador

Reconocimiento del hijo no nacido y el hijo fallecido

Art.144 “El padre podrá reconocer al hijo concebido y al hijo fallecido, por cualquiera de los medios establecidos en este Código que fueren aplicables. El reconocimiento del hijo fallecido sólo aprovechará a su descendencia.”



Reconocimiento provocado

Art.146 inciso segundo: “La mujer embarazada también tendrá derecho a que el hombre a quien ha concebido sea citado ante el juez, a declarar si reconoce ser el padre de la criatura que está por nacer.”

Reconocimiento Judicial de Paternidad

Art.149 “La paternidad será declarada por el juez cuando resulte de la manifestación expresa o tácita del pretendido padre, de su relación sexual con la madre en el período de la concepción, de la posesión de estado del hijo, o de otros hechos análogos de los que se infiera inequívocamente la paternidad. Se presume la paternidad del hombre que hubiere convivido con la madre durante el período de la concepción, salvo la inexistencia de nexo biológico.”

Administración de los bienes del que está por nacer

Art. 238 “Los padres o la madre en su caso, administrarán los bienes que eventualmente pertenecerán al hijo que está por nacer, con las mismas facultades y restricciones impuestas en este capítulo, en lo que fuere aplicable.” Legislación Secundaria. (*Decreto Legislativo N° 754, de fecha de 17 de agosto de 2017, Diario Oficial N° 164, tomo 416, de fecha 05 de septiembre de 2017*).

2.11.10.5.4 Código civil de El Salvador.

El Código Civil frente a la reforma del art. 1 inciso 2° de la Constitución de la República.

El Código Civil a raíz de la reforma en mención sufrió cambios que para el desarrollo de nuestra investigación es de importancia referir, así encontramos que el Código Civil tal como se apuntó con anterioridad define a quién debe considerarse como persona, estableciendo el momento en que principia la vida y la protección de este derecho antes del nacimiento.

En este sentido el art. 963 de la misma señala como incapacidades para suceder el no tener existencia al momento de abrirse la sucesión por lo que a la luz de lo prescrito por el art. 73 Código Civil, es indispensable esta evidencia la aparente contradicción entre la carta magna y el mismo.



El Código Civil en el título II, denominado "El principio y el fin de la existencia de las personas", en su capítulo I, "Del principio de la existencia de las personas", establece en su art. 73, "La ley protege la vida del que está por nacer, el juez, en consecuencia tomará a petición de cualquier 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". (*Decreto Legislativo N° 768, de fecha de 23 de junio de 2011, Diario Oficial N° 136, tomo 392, de fecha 20 de julio de 2011*).

Surgiendo la interrogante en cuanto a considerar al no nacido como persona y a la vez incapaz de suceder, a este respecto el Código Civil afirma que: "Para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión, situación que tiene origen en el ya mencionado art. 74 código Civil, al prescribir que quien no tiene existencia no es persona y por ende si no es persona no se puede ser titular de derechos". (*Decreto Legislativo N° 768, de fecha de 23 de junio de 2011, Diario Oficial N° 136, tomo 392, de fecha 20 de julio de 2011*).

Situación que crea un conflicto de interpretación en razón a la reforma, el cual se soluciona con la aplicación lógica de la derogación tácita del Código Civil en todas las disposiciones que contraríe a la reforma constitucional, sin embargo, es importante hacer notar que esto genera un vacío legal que es preciso resolver.

Como se puede observar el Código Civil no obstante hacer una separación o diferenciación entre persona humana y no nacido pretende en todo momento asegurar la garantía en el respeto al derecho a la vida, sin embargo, el Código Civil se interesa en la protección de este derecho desde la perspectiva de la aptitud del ser humano para ser titular de derechos y obligaciones, a lo que Manuel Somarriva refiere:

"Como titular de un patrimonio toda persona mientras vive, tiene una serie de relaciones jurídicas y así será sujeto activo de derechos reales y personales y sujeto pasivo de diversas obligaciones. Al morir va a subsistir este conjunto de relaciones jurídicas en que la persona era sujeto activo o pasivo, es decir, va a dejar un patrimonio".



En este sentido y consecuentemente el patrimonio debe pasar a manos de los herederos del difunto, entonces; para este fin es condición indispensable determinar la existencia de las personas llamadas a suceder.

Es evidente la protección que el Código Civil hace del derecho a la vida, aun antes del nacimiento, a pesar que nuestro Código Civil data de 1860.

La vida humana es un bien jurídico por excelencia, de hecho, el más importante de todos, de ahí que por su naturaleza merezca el más efectivo amparo por parte del Estado.

Diversas legislaciones han querido dar una amplia protección a la vida humana tal como se describió con anterioridad.

Respecto al código civil podemos mencionar que no obstante haber sido promulgado en 1860, regula el derecho a la vida al establecer en el art. 72, Capítulo I, Título II, del Libro Primero, que: "La existencia legal de toda persona principia al nacer esto es al separarse completamente de su madre", da ahí que se establezca que el Código Civil adopta la Teoría de la Vitalidad, pues además continúa señalando. "La criatura que muere en el vientre materno o que perece antes de estar completamente separado de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás".

La vida como derecho encuentra protección en el art. 73 del mismo al disponer: "La ley protege la vida del que está por nacer. El juez en consecuencia tomara a petición de cualquier persona o de oficio todas las providencias que le parezcan convenientes para la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá".

En esta disposición se observa el interés del legislador por proteger la vida, aún más antes del nacimiento.

Art.486 "El curador de los bienes de una persona ausente, el curador de una herencia yacente, el curador de los derechos eventuales del que está por nacer, están sujetos en su administración a todas las trabas de los tutores o curadores y además se les prohíbe ejecutar otros actos administrativos que los de mera custodia, conservación y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas de sus respectivos representados."



Art.490 Inciso tercero: “La curaduría de los derechos eventuales del que está por nacer, cesa a consecuencia del parto.”

2.11.10.5.5 Código procesal civil y mercantil de El Salvador.

Art. 58 inciso primero y segundo establece “Son partes en el proceso el demandante, el demandado y quienes puedan sufrir los efectos materiales de la cosa juzgada.

En los procesos civiles y mercantiles podrán ser parte:

1°–Las personas físicas.

2° – El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables.”

Preámbulo primer y segundo párrafo y artículo1:

I) – Que la Constitución de la República establece que toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, así mismo, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos determina que toda persona tiene derecho a que se le 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,

II) – Que en los últimos años la práctica del aborto se ha generalizado por algunos miembros de la sociedad, carentes de ética profesional y falta de responsabilidad y sin ningún respeto a la protección de la vida humana que a través de esos actos ilícitos quitándole la vida a un ser humano, a tal extremo que existen clínicas dedicadas a esa función específica no obstante encontrándose esa figura como delito; que tal situación va en contra del principio más sagrado de todo ser humano como es la vida, por lo que es procedente decretar el día del derecho del que está por nacer.” (*Decreto Legislativo N°738, de fecha 8 de diciembre de 1993, Diario Oficial N° 7, tomo 322, de fecha 11 de enero de 1994*).

Art.1: “Declárese el 28 de diciembre de cada año el Día del Derecho de Nacer.” día del niño por nacer, decreto legislativo N° 738, de la asamblea legislativa del salvador, año 1993.

2.11.11 Instituciones estatales que brindan protección a los derechos del no nacido.

La Legislación Salvadoreña le ha proporcionado protección a los derechos de la familia a través de la Constitución de la República de 1983 ya que en su art. 32 establece



que la familia es la base fundamental de la sociedad, razón por la cual debe de gozar de la protección y asistencia del Estado a través de una legislación e instituciones y servicios especiales destinados a la familia, con la finalidad de que los grupos familiares logren su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico que les permita a tales grupos cumplir con sus fines esenciales como lo es proporcionar la crianza, educación, orientación y asistencia a sus hijos (*Lopez Martinez & Ramirez Guillen, 2012, pag.61*). Es de vital importancia la familia ya que es la base fundamental de la sociedad y su reconocimiento dentro del marco jurídico de la Constitución de la República, los derechos fundamentales y humanos están contemplados dentro de la misma por la calidad propia de ser personas.

Además, el Estado debe de fomentar en la mayor medida posible que las personas que deseen formar una familia se unan en matrimonio, ya que éste constituye el fundamento legal en el cual se basa la igualdad jurídica de los cónyuges sin embargo en las uniones no matrimoniales existe dicha igualdad de derechos ya que los convivientes o compañeros de vida a pesar de no estar unidos legalmente poseen derechos de familia. El resto de disposiciones constitucionales relativas a la familia en lo concerniente a los derechos de los hijos, están enmarcados en la legislación salvadoreña que protege los derechos del niño (*Lopez Martinez & Ramirez Guillen, 2012, pág. 61*). En este párrafo el autor detalla la importancia que existe de formar una familia, pero con las disposiciones legales que están dentro de un matrimonio para una mejor igualdad jurídica de los cónyuges, aunque en la actualidad existe también igualdad de derechos con las personas que tienen la calidad de convivientes o compañeros de vida a pesar de no estar unidos legalmente en matrimonio. Por lo tanto, ambos gozan de igualdad de derechos, no obstante, la familia se legaliza con el matrimonio.

A) Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.

De conformidad a lo establecido en el art. 65 de la Constitución de la República: “La salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento”.



El Código de Salud en el Título II, Del Ministerio de Salud y Asistencia Social en el artículo 40 establece: “El Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social es el Organismo encargado de determinar, planificar y ejecutar la política nacional en materia de Salud; dictar las normas pertinentes, organizar, coordinar y evaluar la ejecución de las actividades relacionadas con la Salud” (Lopez Martinez & Ramirez Guillen, 2012, pág. 61). Lo que se pretende en este artículo es de concientizar a los habitantes de la Republica que la salud es un bien público y que todas las personas están obligadas a velar por su conservación y su cumplimiento por parte del estado.

El Ministerio de Salud es el responsable de promover y ejecutar programas de salud, en especial en lo relacionado con las prácticas de riesgo que afectan a su salud.

B) El Órgano Judicial

El art. 172 de la Constitución de la República establece “exclusivamente al Órgano Judicial, la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia penal”. Este artículo se basa en lo concerniente a los casos de aborto cuando se tiene el fin de velar con la vida del no nacido y juzgar a la madre y a los partícipes de tal delito. Por lo tanto, se detallará una breve explicación:

Los casos de aborto que son promovidos por la Fiscalía General de la República, son litigados en los tribunales del Órgano Judicial, quienes están conformados por jueces sometidos a la Constitución y a las leyes secundarias para el cumplimiento de su función jurisdiccional, por lo cual, deberán proteger la vida del no nacido al juzgar a la madre a quien se le imputa la comisión de su aborto y a los partícipes de tal delito (*Lopez Martinez & Ramirez Guillen, 2012, pág. 63*).

Jurisprudencia **Sentencia 67-2010**: Demandantes: Víctor Hugo Mata Tobar y Otros

Pretensión: Se declare Inconstitucional por vicio de contenido del art. 133 del Código Penal.



Contenido.

El proceso de inconstitucionalidad versa sobre el artículo 133 del Código Penal respecto al aborto, a considerar los peticionarios que vulnera los derechos a los artículos 1, 3 y 246 de la Constitución de la República, en el sentido que la norma impugnada tiene un exceso de restricción al derecho a la libertad, vida, privacidad y la prohibición de infringir tratos crueles o degradantes a la mujer que aloja en su seno materno al embrión; debido a que el legislador en el artículo 1 de la Constitución de la República reconoce el derecho a la vida del embrión desde el instante de la concepción dotándole desde ese momento la calidad de persona, de donde se le derivan otros derechos que están sujetos a los límites que le impone la misma, en cuanto a su ejercicio e igualdad de disfrute; para proteger la vida del no nacido, prohíbe la norma jurídica en el artículo 133 del Código Penal, cualquier interrupción del embarazo provocado por la madre o por terceros; sin embargo consideran que el Estado ha ignorado a la madre al restringir de manera absoluta la interrupción del embarazo, manifestando que la mujer que sufre un atentado en contra de su vida o una invasión a su privacidad es protegida por la ley; pero si esta misma mujer sufre un atentado contra su libertad sexual produciéndole un embarazo, si se comprueba que el embrión padece de alguna malformación congénita o que la mujer corre peligro de muerte con el embarazo esta mujer no es protegida contraponiendo el derecho a la vida del no nacido por lo que se violenta el derecho de la igualdad cuando la ley no justifica excepciones al aborto en las situaciones mencionadas, no es congruente con el fin del Estado que a unas personas se trata diferente que a otras que están en la misma situación.

Los peticionarios alegan que si bien es cierto que toda persona tiene derechos fundamentales incluyendo el embrión no obstante la mujer tiene derechos que se le limitan o restringen por el hecho de proteger al no nacido. Existiendo en este caso conflicto entre dos bienes jurídicos de igual escala, la



vida del que está por nacer y la vida de la mujer embarazada sin que se resuelva tal situación (*Lopez Martinez & Ramirez Guillen, 2012, pág. 64*).

Resolución de la Sala de lo Constitucional.

La Sala afirmó que el legislador tiene un margen de elección entre diversas opciones de configuración normativa sea bajo el sistema de plazos el de indicaciones o el de sistema común de penalización cuyas excepciones se encuentran en la parte general del Código Penal. En la misma decisión mencionó que desde la norma se impone el deber de penalizar las diversas formas en que puede ocurrir un aborto voluntario doloso cometido por la propia madre o con asistencia de otros en la medida en que conforma un bien jurídico digno de tutela penal; pero por otro lado, también se impone el de regular jurídicamente las controversias surgidas del conflicto entre la vida humana intrauterina y los derechos constitucionales de la madre; por lo que la solución la encuentran regulada en el ámbito del estado de necesidad justificante y exculpante como elección del legislador Salvadoreño. Con respecto a la pretensión alegada por los demandantes, en el sentido que el artículo 133 C. Pn., se muestra incompleto al no regular el sistema de indicaciones en la descripción de la conducta típica y por tal motivo resulta contrario, tanto al principio de igualdad como al de proporcionalidad.

La penalización en materia de aborto es consecuente con las valoraciones político criminales y político sociales que rigen en un momento determinado en nuestro país y en El Salvador se ha optado por el sistema de penalización común con las excepciones generales. Tal tesis no puede prosperar en la medida que la solución para arbitrar tales conflictos existentes en el artículo 27 C. Pn., el cual puede ser fácticamente relacionado con el artículo 133 C. Pn., mediante el procedimiento interpretativo de la auto integración.

Por lo cual enjuiciar la inconstitucionalidad de la tipificación del delito de aborto como si se tratara de una restricción a los derechos de la mujer embarazada implicaría un análisis distinto a la necesidad de la pena en tanto



que respecto de esta siempre habrá medidas menos lesivas a considerar por el legislador. La Sala resolvió: Declarar improcedente la pretensión, por la supuesta violación a los artículos 1,3 y 246 Cn., y que los argumentos versan sobre la omisión de regular normativamente el sistema e indicaciones en materia de abortos que ya ha sido resuelta por el tribunal (*Lopez Martinez & Ramirez Guillen, 2012, pág. 66*).

C) Procuraduría General de la República.

La Procuraduría General de la República que en sus inicios se le conoció con el nombre de Procuraduría General de Pobres, se consolidó como institución estatal el día 20 de enero de 1939, supeditándose en ese momento al control directo del Ministerio de Justicia hasta la promulgación de la Constitución de El Salvador de 1950 ya que en dicha Constitución se creó el Ministerio Público separando a la Procuraduría General de la Republica de la dependencia del Ministerio de Justicia. (*Cruz, Cavaria Guevara, & Siguenza Chavez , 1993, pág. 20*). En este momento se da la separación entre la Procuraduría General de la dependencia del Ministerio de Justicia individualizando una de la otra.

En la Constitución de 1983 se decide modificar el nombre de la institución de Procuraduría General de Pobres por el de Procuraduría General de la República y al mismo tiempo se incluyó el derecho de familia dentro de las funciones de la Procuraduría, ampliándose así el marco de acción jurídica de dicha institución la cual tiene su base legal en el art194 de la Constitución la cual le asigna las funciones que debe realizar.

Específicamente la Procuraduría General de la República se encarga de velar por la defensa de la familia y de las personas de escasos recursos económicos, brindando los servicios de asistencia legal, psicológica y representación judicial en los procesos del área de familia, penal, civil y laboral. A simple vista se puede definir como una institución que vela por cumplimiento los derechos que les corresponden a todos los seres humanos



D) Fiscalía General de la República.

Es una institución facultada para defender los intereses del Estado y de la sociedad. (*Cruz, Cavarria Guevara, & Siguenza Chavez, 1993, pág. 20*). Señala cuales son los intereses que vela dicha institución encargada de la seguridad de la sociedad.

El art. 193 de la Constitución le asigna al Fiscal General de la República las siguientes atribuciones:

1-Dirigir de la investigación del delito con la colaboración de la Policía Nacional Civil en la forma que determina la ley.

2-Promover la acción penal de oficio o a petición de parte.

Lo cual se encuentra desarrollado en el artículo 83 del C Pr. Pn y el artículo 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

De lo expuesto la ley procesal penal determina que es el fiscal quien dirige, controla los actos de investigación, selecciona prueba, asume la acuñación formal, todo ello con el propósito de fundamentar, formular la imputación y probar con toda la certeza los hechos delictivos en el juicio. Los casos de aborto atendidos en los centros de salud, son comunicados en las sedes fiscales a través del aviso realizado por el personal que atiende a la paciente; es a partir de este aviso que el fiscal inicia la acción penal respectiva realizando las diligencias necesarias y presentando el requerimiento fiscal.

Los casos de delito de aborto son investigados por las unidades de delitos contra menores de edad y la mujer en su relación familiar y la unidad del menor infractor. En esta fase es donde los fiscales hacen parte en los tribunales para la defensa de los derechos del concebido no nacido cuando hay abortos atendidos en centros de salud y hacer cumplir a la madre una condena por haber atentado contra la vida de su hijo.

E) Secretaría nacional de la familia (actualmente llamada Secretaria de Inclusión Social).

Esta secretaria brinda programa de atención quirúrgica para niños, Campaña de Salud con el Hospital "Benjamín Bloom", Talleres de análisis de la Legislación Nacional de Protección al Menor, Promoción de la Defensoría de la Infancia, Programas de Asistencia para niños y adolescentes maltratados y de prevención sobre el uso de drogas, Foro Infantil "La Voz del



Niño", Prevención del maltrato infantil en publicaciones en medios de comunicación, Suscripciones con la SRN en favor del niño, Programa de paquetes escolares y refrigerio escolar y atención a los niños discapacitados. Así mismo ha pactado diferentes convenios para ejecutar programas alimenticios y de salud para los más necesitados y acuerdos de cooperación y apoyo de financiamiento con Organismos Internacionales con la Unidad de Asistencia al niño, Unidad de Asistencia al adolescente, Unidad de Asistencia a la mujer, Unidad de asistencia a la tercera edad, Unidad de Acción Comunitaria, Unidad de Asesoría legal” (*Cruz, Cavarria Guevara, & Siguenza Chavez, 1993, pág. 31*).

La Secretaría Nacional de la Familia organizó el foro denominado “Foro Sobre la Defensoría de la Infancia” en el cual participaron miembros de UNICEF, defensores de la infancia de Costa Rica y Guatemala y organismos no gubernamentales del país que velan por la protección de los derechos del niño.

La Secretaría Nacional de la Familia recientemente ha beneficiado a un buen número de niños pertenecientes a diferentes escuelas del país, proporcionando una buena cantidad de paquetes escolares a tales personas; y así como también realizó el programa denominado “Programa de Refrigerio Escolar” por medio del cual distribuyó ayuda alimenticia a los niños que asisten a escuelas de Morazán, La Unión, Usulután y San Miguel. (*Cruz, Cavarria Guevara, & Siguenza Chavez, 1993, pág. 32*).

Y es así como también en la actualidad se encuentra el proyecto relacionado con la creación del Consejo Nacional para la Atención al Menor con Discapacidad, el cual siendo impulsado por la Secretaría Nacional de la Familia conjuntamente con el UNICEF¹⁴ y el Ministerio de Educación. La Secretaria Nacional de la Familia es una institución creada para la protección de atención al niño beneficiando a escuelas con paquetes escolares para el beneficio de niños y de igual manera poder ayudar a niños con capacidades especiales para que puedan salir adelante y puedan valerse por sí mismo y no

¹⁴ Significado, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, y es un organismo de la Organización de las Naciones Unidas. UNICEF tiene como objetivo promover la defensa de los derechos de los niños, suplir sus necesidades básicas y contribuir a su desarrollo.



dependen en gran cantidad de nadie. Por lo que brinda una breve explicación de su pretensión.

Este pretende establecer una política con carácter dinámico en donde se implementará una serie de programas de atención al niño discapacitado tales como políticas de rehabilitación y educación especial, tratando de velar por la eficacia de estos programas los cuales permitan ampliar la cobertura y calidad de atención para el menor con este tipo de problemas. Además este proyecto busca extenderse en el área centroamericana, ya que la Secretaría Nacional de la Familia pretende que una vez más constituido el Consejo Nacional se integre el Consejo Centroamericano de atención al menor con discapacidad, para proporcionarle una atención más especializada a tales personas (*Cruz, Cavarria Guevara, & Siguenza Chavez, 1993, pág. 32*).

F) Procuraduría para la defensa de los derechos humanos.

Esta institución es la encargada de velar para que se del cumplimiento y respeto a los derechos a favor de la población infantil y personas en general, siendo gestora del proyecto de la creación del Primer Consejo Consultivo y estudios con Procuradurías de países extranjeros para la protección de los derechos del niño, encargada de la recepción de denuncia de violaciones de los derechos del Niño e investigaciones de tales violaciones, recomendaciones de protección de los derechos del niño,

Además la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos ha visitado a las Procuradurías de Derechos Humanos de México y Guatemala, con el objeto de realizar estudios y así en una forma conjunta se lucha por la defensa de los derechos fundamentales de los individuos en una forma general y particularmente por los derechos de la niñez en lo referente a la Procuraduría Adjunta para la Defensa de los derechos del niño (*Cruz, Cavarria Guevara, & Siguenza Chavez, 1993, pág. 35*). La institución ha tenido varias visitas a otros países con el fin de obtener más hipótesis de estudios y así poder seguir ayudando a la niñez de la legislación, dicha procuraduría se caracteriza por la protección de las personas que se detallara a continuación:



La procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos a través del Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y los procuradores adjuntos para la defensa de los derechos humanos, de los derechos del niño, de la mujer, de la tercera edad y el medio ambiente, por medio de todas sus recomendaciones y la recepción de todas las denuncias de violaciones de derechos humanos e investigaciones respectivas, pretende proteger a las personas de todos los abusos de autoridad de la administración pública y al mismo tiempo pretende velar por el respeto y garantía de los derechos fundamentales de las personas especialmente los de los niños.

En lo que se refiere a la Procuraduría Adjunta para la defensa de los derechos del niño, ya que teniendo como premisa que los niños son las personas más vulnerables por lo cual necesitan protección y cuidados especiales, debe de velar por el fiel cumplimiento de las normas relativas a la defensa del menor, para garantizar de esta manera, la protección de los derechos fundamentales de tales personas.

Sentencia 310-2013 Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador a las ocho horas con treinta minutos del día veintiocho de mayo de dos mil trece .El presente proceso de amparo ha sido promovido por los abogados Víctor Hugo Mata Tobar y Dennis Stanley Muñoz Rosa, en representación de una paciente del Hospital Nacional Especializado de Maternidad "Raúl Argüello Escolán Hospital Nacional de Maternidad"— a quien, por motivos de confidencialidad y en cumplimiento de lo prescrito en el art. 6 letra b) de la Ley de Acceso a la Información Pública, en el transcurso de este proceso se ha identificado como la señora "B.C.", en contra del Dr. Roberto Edmundo Sánchez Ochoa, director; Lic. Jorge Alberto Morán Funes, jefe de la Unidad Jurídica; y Dr. Guillermo Antonio Ortiz Avendaño, jefe del Servicio de Perinatología, todos del mencionado nosocomio, por la vulneración de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud. Han intervenido en este proceso la parte actora, las autoridades demandadas, el Fiscal General de la República y la Procuradora General de la República. Analizado el proceso y considerando:

Los demandantes manifestaron que la señora B.C. padece de lupus eritematoso sistémico con manifestaciones discoideas —en adelante, "LES"— agravado con nefritis lúdica y que, a la fecha de la presentación de la demanda, tenía aproximadamente 18 semanas de embarazo de un feto con anencefalia, siendo dicha anomalía incompatible con la vida extrauterina, según informe



del jefe del Servicio de Perinatología del Hospital Nacional de Maternidad. En esas condiciones —señalaron— es necesario interrumpir la gestación de manera inmediata, para evitar colocar a la peticionaria en peligro inminente de muerte; sin embargo, no se le ha practicado tal intervención, debido a que el jefe de la Unidad Jurídica del referido hospital ha requerido opinión sobre el caso a la Junta de la Protección de la Niñez y de la Adolescencia. Al respecto, aseveraron que el Director del mencionado nosocomio ha expresado que no puede "hacer nada hasta que el Ministerio Público, [o] cualquiera de sus tres instituciones (...) se pronuncien"; situación que, en su opinión, además de agravar la salud y poner en riesgo la vida de su representada, resulta innecesaria e irrelevante, pues en caso de que tal intervención se realice, los médicos, en atención a las particularidades del cuadro clínico de la señora B.C., estarían amparados en una eximente de responsabilidad penal. Y es que, según su criterio, si bien se trata de una confrontación de dos bienes jurídicos de igual valor, dado el pronóstico de no sobrevivencia extrauterina del feto, debe prevalecer el derecho a la vida de la madre. Alegaron que, en supuestos como el de la señora B.C., las autoridades de salud no pueden escudar su pasividad o inactividad en la falta de autorización del Ministerio Público, pues es su deber brindar asistencia e intervenir con urgencia cuando el caso que se presente lo amerite, aplicando los procedimientos médicos pertinentes. En ese contexto, argumentaron que no existe justificación para que las autoridades demandadas del hospital en cuestión omitan actuar aplicando el tratamiento idóneo a la señora B.C.; razón por la cual consideran que tal omisión vulnera sus derechos a la vida y a la salud, por el riesgo inminente de pérdida del primero y la afectación actual del segundo. Por resolución de 17-IV-2013 se admitió la demanda presentada respecto de las supuestas omisiones del director, del jefe de la Unidad Jurídica y del jefe del Servicio de Perinatología, todos del Hospital Nacional de Maternidad, de realizar las acciones positivas pertinentes para brindar a la paciente B.C., de manera inmediata y diligente, el tratamiento necesario para garantizar la preservación de sus derechos a la vida y a la salud. B. a. En la referida providencia, como medida cautelar se ordenó a las autoridades demandadas que prestaran a la señora B.C. el tratamiento médico idóneo para la protección de los derechos alegados y, además, que reservaran su identidad y la de su familia.



Resolución de la sala.

POR TANTO: con base en las razones expuestas y en aplicación de los arts. 1, 2 y 65 de la Constitución, así como de los arts. 32, 33, 34 y 35 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, a nombre de la República, esta Sala FALLA: (a) Sin lugar la petición formulada por los señores Wilfredo Armando Alfaro y Elmer Humberto Castro Hernández, de autorizar su intervención como *amicus curiae*; (b) al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos como *amicus curiae* en este proceso; (c) Sobreseerse el presente proceso de amparo promovido en contra del Jefe de la Unidad Jurídica del Hospital Nacional Especializado de Maternidad "Dr. Raúl Argüello Escolán", de conformidad con lo expuesto en el Considerando II de esta sentencia; (d) Declárase que no ha lugar el amparo promovido por la señora "B.C.", en contra del Director y del Jefe del Servicio de Perinatología, ambos del mencionado centro hospitalario, por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, con las previsiones mencionadas en el Considerando VII 5 de esta decisión, es decir, que las autoridades de salud demandadas están obligadas a continuar monitoreando el estado de salud de la peticionaria y a brindarle el tratamiento que en cada momento resulte idóneo para su condición médica, así como a implementar los procedimientos que, según la ciencia médica, se estimen indispensables para atender las futuras complicaciones que se presenten; y (e) Notifíquese.

Esta sentencia es un instrumento que ejemplifica el tema en sí de los derechos fundamentales del concebido no nacido por ser parte de un proceso y encontrarse conflictos de intereses entre la vida de la madre y en no nacido teniendo que participar las diferentes instituciones ya mencionadas las cuales se auxiliaron del cuerpo legal ya existente, buscando las posibles salidas alternas en este proceso en el cual las partes intervinientes fueron aplicadores de la ley y no obstante fue necesario el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para dar una resolución al caso ya antes mencionado.



CAPÍTULO III



3. Metodología de la Investigación.

3.1. Investigación cualitativa.

Estudia los fenómenos, hechos, sucesos, experiencias personales o problemáticas que pueden ser percibidas sensorialmente por el investigador, desde las diversas concepciones de los sujetos implicados, cuyo propósito es la descripción de los objetos que estudia, la interpretación y la comprensión de los significados que un fenómeno o situación tiene para las personas, utilizando una diversidad de mecanismos para la recolección de información, como lo es, materiales bibliográficos, entrevistas, la observación de los fenómenos y cualquier otro método que facilite la obtención de información.

Estudia la realidad en su contexto natural, tal y como sucede, intentando sacar sentido, o interpretar los fenómenos de acuerdo con los significados que tienen para las personas implicadas. La investigación cualitativa implica la utilización y recogida de una gran variedad de materiales como la entrevista, experiencia personal, historias de vida, observaciones, textos históricos, imágenes, sonidos que describen la rutina y las situaciones problemáticas y los significados en la vida de las personas (*Rodriguez Gomez, Gil Flores, & Garcia Jimenez, 1996, pag.36*).

Se tomó a bien utilizar el método cualitativo, ya que este tiene como objetivo la descripción de las cualidades de un fenómeno; buscando un concepto que pueda abarcar una parte de la realidad, puesto que se trata de descubrir tantas cualidades como sea posible del problema; Centrando los derechos fundamentales del concebido no nacido como objeto de estudio, desde una tipología teórica-empírica, que podría estudiar el concepto de derechos fundamentales del *nasciturus*, cuáles son sus derechos, su evolución histórica, la respuesta jurídica que se le brinda por parte del Estado, la forma de garantía procesal y la regulación que tienen en los distintos cuerpos legales para brindarles protección, así también las instituciones que inciden o velan por la protección de los supra mencionados derechos.

Para el tipo de investigación que se realizó no fue posible darle un enfoque cuantitativo ya que la información que se obtuvo no fue posible cuantificarla en datos estadísticos o numéricos, en tal sentido que se valoran circunstancias sociales, información teórica documentada o conocimientos empíricos que no fue posible procesar de forma cuantificable, ya



que la investigación se basó en contextos estructurales y situacionales y no en variables de clase numérica.

3.2. Enfoque Fenomenológico.

La investigación tuvo un enfoque fenomenológico ya que buscó la comprensión y muestra de la esencia constitutiva, abordando la subjetividad del individuo, es decir, sentimientos, recuerdos, vivencias expresadas de manera oral, escrita o gráfica. Sostiene que para poder establecer relaciones entre fenómenos es indispensable múltiples observaciones y vivencias en forma profunda; Es de su interés el máximo conocimiento posible de todos los aspectos fundamentales y no esenciales de un proceso fenomenológico, requiere que se tengan los conocimientos bases y los fundamentos que den sentido a las acciones que se deben realizar para el abordaje de aquello que se investigó.

La investigación fenomenológica es la descripción de los significados vividos, existenciales. La fenomenología procura explicar los significados inmersos en la vida cotidiana, y no las relaciones estadísticas a partir de una serie de variables, el predominio de tales o cuales opiniones sociales, o la frecuencia de algunos comportamientos *(Rodriguez Gomez, Gil Flores, & Garcia Jimenez, 1996, pag. 40)*.

3.3 Tipo de estudio: Descriptivo.

Cuando se habla del tipo de estudio, se puede interpretar como la clasificación que se refiere a las categorías de estudio con las que se realizó el trabajo, en este caso es de carácter descriptivo ya que se trabajó sobre realidades de hecho, debido a que su carácter fundamental es la de presentar una interpretación correcta, llegando a conocer situaciones, costumbres y actitudes predominantes; sirve para analizar cómo es un fenómeno y cómo se manifiesta, detallando su estudio básicamente a través de la medición de uno o más de sus atributos. “Ellos son estudios observacionales, en los cuales no se interviene o manipula el factor de estudio, es decir se observa lo que ocurre con el fenómeno en estudio en condiciones naturales, en la realidad” *(Garcia Salinero, 2004, parr. 1)*.

Los estudios descriptivos están dirigidos a determinar cómo es, como está la situación en el estudio de una población, la presencia o ausencia de algo, la frecuencia con que ocurre un fenómeno, en quienes, donde y cuando se están presentando los mismos; trasladándose al tema a investigar siendo la temática los derechos fundamentales del concebido no nacido y su tutela



efectiva por parte del Estado Salvadoreño, y considerando todos los ámbitos en donde se puede evaluar la actividad estatal en cuanto a los derechos de los no nacidos, tomando en cuenta aspectos importantes y la interpretación que se le pueda dar a la información obtenida.

En el desarrollo de la investigación se consideró la técnica descriptiva para un mejor análisis y comprensión de la temática en estudio; tomando como parámetro la realidad del país, con el propósito de evaluar la eficacia por parte del Estado Salvadoreño al momento de garantizar el cumplimiento de los derechos antes mencionados.

3.4. Población de estudio.

Población: Es el conjunto de individuos, objetos o medidas que poseen algunas características comunes observables en un lugar y en un momento determinado. Cuando se vaya a llevar a cabo alguna investigación debe de tenerse en cuenta algunas características esenciales al seleccionar la población bajo estudio (*Jacqueline Wigodski, 2010, párr.2*).

Entre estas se tienen:

1-Homogeneidad: que todos los miembros de la población tengan las mismas características según las variables que se vayan a considerar en el estudio o investigación.

2-Tiempo: Se refiere al periodo de tiempo donde se ubicaría la población de interés. Determinar si el estudio es del momento presente o si se va a estudiar a una población de cinco años atrás o si se van a entrevistar personas de diferentes generaciones.

3-Espacio: Se refiere al lugar donde se ubica la población de interés. Un estudio no puede ser muy amplio en territorio por falta de tiempo y recursos hay que limitarlo a un área o comunidad en específico.

4-Cantidad: Se refiere al tamaño de la población. El tamaño de la población es sumamente importante porque ello determina o afecta el tamaño de la muestra que se vaya a seleccionar, además que la falta de recursos y tiempo también nos limita la extensión de la población que se vaya a investigar.

De lo anterior se puede establecer que población es el conjunto total no solo de individuos, sino también de eventos y objetos sobre los cuales se tiene interés, tomando en cuenta que poseen características comunes las cuales son requisitos básicos para que sean parte del objeto de estudio.



Es este caso la población que se utilizó fueron profesionales del derecho y toda aquella persona que tuvo experiencia y criterio amplio acerca del tema de investigación.

3.5 Muestra.

“Es un subconjunto fielmente representativo de la población, hay diferentes tipos de muestreo; El tipo de muestra que se seleccionó dependió de la calidad y cuan representativo se quiso que sea el estudio de la población” (*Jacqueline Wigodski, 2010, párr.7*).

En la investigación que se realizó, la muestra se determinó por un conjunto específico de personas las cuales fueron seleccionadas por cumplir con ciertas características, estableciendo de esta manera que para la investigación la muestra fue de tipo estratificada por seleccionarse un grupo determinado de personas, representantes de distintas instituciones, las cuales brindaron información necesaria para llevar a cabo esta investigación. Es necesario mencionar que al tenerse una muestra de informantes los datos varían por tener cada uno criterios distintos en cuanto a la problemática en estudio.

En cuanto al desarrollo de esta investigación denominada “Derechos fundamentales del concebido no nacido y su tutela efectiva por parte del estado salvadoreño”; los sujetos representantes de la muestra son aquellos a quienes se les realizó una entrevista semiestructurada, a fin de obtener la información con la cual se conoció la real materialización y manejo del tema.

Tamaño de la muestra: Se determinó el tamaño de la muestra la cual consiste en tres personas, en este caso, tres jueces de distintos juzgados pertenecientes al departamento de Santa Ana, como lo son:

En este caso el juez primero de menor funcionario perteneciente a la carrera judicial, investido con autoridad para juzgar cualquier situación o problemática en materia de menores.

Jueza del Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia, institución encargada de velar por la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya que tienen el derecho de vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tienen la protección del Estado.



Juez Primero de Familia, de la ciudad de Santa Ana funcionario perteneciente a la carrera judicial, investido con autoridad para juzgar cualquier situación o problemática en materia de familia.

3.6 Determinación de las Unidades de Análisis.

Todos los sujetos que formaron parte de la muestra fueron seleccionados por cumplir los siguientes criterios:

- 1-El rol que desempeñan en el ejercicio de sus funciones.
- 2-Experiencia profesional en relación con el tema de investigación.
- 3- Idoneidad, imparcialidad y excelencia concretadas en condiciones intelectuales, académicas, valores morales y personales.
- 4-Conocimiento, dominio y aplicación de la normativa jurídica.
- 5-Desempeño del cargo en la ciudad de Santa Ana.

3.7 Determinación de la Categorías de Análisis.

Para esta investigación se definieron las siguientes Determinaciones de Categorías de Análisis.

Categoría 1.

- a) Titular de derechos fundamentales. Con esta categoría se pretendió establecer de manera clara y en base a lo que cita la Constitución como ley Suprema la existencia del concebido no nacido siendo este reconocido por mandato Constitucional como titular de derechos desde el momento de la concepción.

Categoría 2.

- b) Derechos Fundamentales del Concebido no nacido. Con esta categoría se buscó dar a conocer cuáles son los derechos existentes del concebido no nacido, las leyes que hace valer su existencia, protección y garantía con el objetivo de darle cumplimiento al marco legal establecido en lo que respecta al ordenamiento jurídico existente en materia de derecho Constitucional, familia, materia penal, niñez y adolescencia, entre otras abarcando la ley primaria, leyes especiales y leyes secundarias.

Dentro de esta categoría se encuentra una subcategoría como:

- Teorías



Categoría 3.

c) Funciones del estado. Con esta categoría se pudo determinar cuál es la importancia del rol que cumple el Estado salvadoreño en función de garantizar y velar por la protección de los derechos fundamentales, y sancionar cualquier tipo de vulneración que se pueda darse ante dichos derechos.

Dentro de esta categoría se encuentran subcategorías como:

- Proteger
- Garantizar

Estas sub categoría van encaminadas a establecer que tanto el Estado Salvadoreño como ente encargado de proteger los derechos fundamentales del concebido no nacido cumple en un cien por ciento su obligación como ente garantista por mandato constitucional, siendo el encargado de crear instituciones correspondientes a las cuales las personas pueden abocarse , así mismo también llevar a cabo la creación de leyes que vayan en pro de la protección y garantía de los derechos fundamentales del que está por nacer.

Categoría 4.

d) Tutela por parte del Estado. Se puede establecer que el Estado según lo citado en la norma jurídica es el encargado y obligado a velar por el fiel cumplimiento de los derechos del concebido no nacido dándole protección por medio de instituciones, cuerpos normativos que amparan la protección y garantía de los mismos

Dentro de esta categoría se encuentran subcategorías como:

- Medios para brindar tutela
- Acciones del Estado.

Con estas sub categorías se da a conocer cuáles son el mecanismo que utiliza el Estado para garantizar y desarrollar una eficaz protección utilizando la gama de cuerpos legales con los que cuenta, enfocándose a realizar acciones necesarias para hacer valer y respetar los derechos que posee el no nacido.

Categoría 5.

e) Consecuencias. Con esta categoría se da a conocer que toda acción tiene una reacción y una consecuencia en este caso cuando hay una vulneración a los derechos fundamentales del concebido no nacido se incurre a consecuencias de carácter penal las cuales están reguladas en el



código penal de el Salvador. Se busca de igual manera comprender y dar a conocer las consecuencias y sanciones a la que una persona puede ser sometida por atentar contra el que está por nacer.

Dentro de esta categoría se encuentra la subcategoría:

- Vulneración de derechos fundamentales

Con esta sub categoría se buscó dar a conocer que el interés superior son los derechos fundamentales que posee el concebido no nacido como sujeto titular de derechos entre estos el derecho a la vida, desarrollo, derecho a la salud entre otros siendo así que la persona que atente por acción u omisión y transgreda alguno de los derechos se enfrentara a consecuencias penales por existir una regulación en la ley.

Categoría 6.

F) Cuerpo normativo del concebido no nacido. Con esta categoría se pretendió dar a conocer la gama de cuerpos normativos con el que cuenta el Estado, los cuales sustenta la protección y garantía de los derechos fundamentales que posee el concebido no nacido, regulados en materia Constitucional leyes especiales, leyes secundarias todas estas encaminadas a un mismo fin brindar y garantizar la protección de los mismo.

1.8 Técnicas e instrumentos de investigación.

La técnica es indispensable en este proceso de investigación ya que integra la estructura por medio del cual se organizó la investigación obteniendo a través de ella la ordenación de las etapas de la investigación, la aportación de instrumentos para mejorar la investigación llevando así un control de los datos y orientando la obtención de conocimientos; Según *Villabella(2015)* "Las técnicas son reglas, operaciones y procedimientos que es necesario observar para la aplicación adecuada de un método, para que brinde información confiable y valida; por lo tanto, su connotación es práctica y operacional"(pág. 935).

En la investigación de tipo bibliográfica se elaboro por medio de recolectar diferentes instrumentos teóricos provenientes de diferentes fuentes, ya sea estudios, artículos, publicaciones, libros todos fueron consultados para enriquecer el estudio que se realizo.

La entrevista se realizó de forma semi-estructurada, la cual consistió en una guía de preguntas con respuestas abiertas al criterio o valoración del entrevistado sobre el tema a



abordar, fue mediante una conversación con la que además de adquirir información acerca de lo que se investigó, se buscó establecer mediante el método fenomenológico los significados que tienen para los especialistas el tema en cuestión.

Se trató de una técnica de especial importancia para identificar analíticamente las interpretaciones o sentidos que las personas construyeron a partir de determinadas experiencias, conocimientos o vivencias de las mismas, se elaboraron las pautas para crear una conexión entre el entrevistador y el entrevistado, para obtener de este último la mayor disponibilidad posible para brindar la información.

La instrumentación que se utilizó consistió en el diseño de una guía con preguntas abiertas, el cual sirvió para agrupar la información según la categoría de cada participante que tengan conocimiento del tema en cuestión; se tomó a bien redactar preguntas que pudieron plantearse de manera directa, clara y concisa para facilitar al entrevistado que pueda entender fácilmente el cuestionamiento, para evitarse así posibles distorsiones que pudieron acontecer y retardar el proceso, es decir, que fue necesario asegurarse que la pregunta que se realizó permitiera una amplia recopilación de datos de parte del entrevistado, así también fue necesario que tanto el entrevistador y el entrevistado no estén jerarquizados para lograr dialogar de manera igualitaria ya que se necesita del conocimiento del otro para construir y comprender el objeto de estudio aprovechando así de todo el conocimiento de parte del entrevistado (ver anexo 1).

1.9 Técnica para la Recolección de datos.

Para realizar la recopilación de información se realizó por medio de la entrevista semi-estructurada utilizando como herramientas el uso de grabadoras, transcripciones en cuadernos o libretas, lapiceros, lapiz, de igual manera equipo informático como lo es la computadora. Dichos implementos fueron utilizados para una mejor y completa recolección de datos.

Para llevarse a cabo la recolección de datos en el desarrollo de la investigación, se elaboró una guía de preguntas con respuestas abiertas brindadas por los entrevistados, tomando como base sus conocimientos y experiencias en torno al tema en cuestión.



3.10 Procesamiento de datos.

Es la técnica que consiste en la recolección de los datos primarios de entrada, que son evaluados y ordenados para obtener información útil, que luego serán analizados por el investigador para que pueda tomar las decisiones o realizar las acciones que estime conveniente (*Márquez, 2012, párr.1*).

En la realización de la investigación para obtener la recolección de información se procedió a seleccionar a tres personas en base a su cargo y conocimiento adquirido del tema a investigar, los cuales brindaron información de gran relevancia para el desarrollo de la misma.

Para el procesamiento de datos se realizó de forma manual, ya que es el proceso más antiguo que involucra el uso de los recursos humanos, posteriormente se procedió a realizar la transcripción de cada entrevista ordenando y clasificando manualmente la información brindada por cada entrevistado (ver anexo 2) realizándose un cuadro matriz por cada pregunta hecha a los informantes claves.

3.11 Análisis de la información.

Es una técnica que permite reducir y sistematizar cualquier tipo de información acumulada (documentos escritos, films, grabaciones, etc.) en datos, respuestas o valores correspondientes a variables que investigan en función de un problema. El Análisis de la información, se puede definir como “una técnica de codificación, donde se reducen grandes respuestas verbales a preguntas esenciales” (*Chávez de Paz pág. 9*).

De esta definición se establece que el análisis de la información en el proceso de investigación detalla de manera clara el estudio de los datos obtenidos a través de la entrevista, girada esta, a la recopilación de la información a través de un audio en el cual se grabó la guía de preguntas realizadas a los entrevistados así como sus respectivas respuestas; Una vez obtenida esta información se procedió al vaciado de datos, siendo el resultado de las entrevistas que se realizaron a las personas que representan la muestra, es decir, información que brindaron los entrevistados, y posteriormente se procesó por medio de un cuadro matriz de análisis del cual está realizado por medio de un cuadro por pregunta (ver anexo 3), realizándose un cuadro matriz por cada pregunta hecha a los informantes claves.



En esta investigación se utilizó la técnica de triangulación de la información a partir de tres categorías, la doctrina, las respuestas de los informantes claves y el análisis grupal, confrontándose entre si, para obtener un solo resultado.

La triangulación de datos consiste en el empleo de distintas estrategias, entre sus principales objetivos se encuentra, verificar las tendencias destacadas en un determinado grupo, en este caso se analizó las respuestas de los entrevistados, posteriormente se categorizó y se realizó un análisis grupal de la respuesta del entrevistado, pero sin perder el enfoque de la realidad.

El concepto de triangulación en cuento a la ciencia social, implica que cuanto mayor sea la variedad de las metodologías, datos e investigadores empleados en el análisis de un problema específico, mayor será la fiabilidad de los resultados finales.

3.12 Triangulación de Datos.

La triangulación es una técnica en donde se usan tres o más perspectivas de diferentes observadores, o varias fuentes de datos al menos son tres entrevistados de acuerdo a la investigación, siendo una garantía de fiabilidad o robustez y así mismo sirve para reducir las replicaciones y también suprimir la incertidumbre de un solo método. (Avila Garcia, 2010, pág. 1)

En la investigación se optó por entrevistar a tres personas con diferentes criterios, cada uno de ellos de acuerdo al cargo o función que desempeñan, lo que permite ver el tema desde distintas perspectivas, aunado a ello se procedió a realizar un cruce de las fuentes o datos que proporcionaron los entrevistados para llevar a cabo la triangulación de datos y validar así los resultados obtenidos durante el trabajo de investigación de campo.

La importancia de ello radica que se tiene un alto grado de validez, esto debido a que son tres puntos de vista distintos, haciéndolo más efectivo que si proviniera de un solo criterio. Así mismo el cruce de los datos permite hacer una confrontación profunda de criterios con los cuales se puede llegar a una conclusión más efectiva, esto a través de un análisis grupal que permite reforzar el criterio de la investigación.



Con la triangulación de datos claramente se llegó a obtener un mejor resultado en el análisis grupal tomando como referencia parte de la doctrina utilizada, la cual se encuentra en el ordenamiento jurídico en referencia, permitiendo hacer una mejor comparación entre los puntos de vista de los diferentes informantes claves, los cuales son de gran importancia pudiendo diferir uno del otro y tener cierta incompatibilidad, centrándose en la controversia u orientación que cada uno de estos genera según los tipos de análisis brindados en las entrevistas, siendo así una ventaja para el entrevistador ya que estos exponen su manera de ver la realidad proporcionando así un mayor grado de confiabilidad y profundidad a la temática de investigación y enriqueciendo el estudio de esta.

3.12.1 Conclusión grupal de la triangulación de datos.

Se puede establecer que la temática de investigación es de gran importancia ya que comprende un amplio contenido, con la realización de los cuadros de análisis los cuales para procesar la información obtenida de los informantes claves se evidenció la situación planteada en la temática de estudio, de tal manera que en el primer cuadro de análisis, claramente se deja ver que se puede considerar al concebido no nacido como sujeto y titular de derechos fundamentales por un reconocimiento Constitucional, de igual forma quedó plasmado en el cuadro de análisis dos que, el Estado Constitucionalmente reconoce el derecho a la vida, el principal derecho fundamental del no nacido, sin dejar de lado la existencia de otros derechos fundamentales de igual importancia para su proceso de formación y desarrollo como persona humana, el Estado implementa sus funciones en programas sociales, creación de instituciones para que trabajen bajo las políticas y directrices planteadas para cumplir con la obligación de proteger y garantizar lo establecido en la ley, el Estado ejerce su calidad de garante y aplicador del cuerpo normativo existente y referente al no nacido, siendo esta la manera de tutelar efectivamente frente a la sociedad.

Teniendo presente que existen consecuencia de carácter penal que por mandato constitucional el Estado se obliga a la aplicación de la norma, teniendo a disposición de la población la intervención de este cuando sea necesario, de lo contrario al no hacerlo y violentar derechos fundamentales del concebido no nacido el Estado tiene el deber de rendir cuentas y



someterse ante las disposiciones de un organismo superior encargado de sancionar al mismo Estado al verse involucrado en este tipo de situaciones.

Pero si bien es cierto se cuenta con un amplio cuerpo legal el cual debe ser aplicado de la mejor manera, no obstante, no se descarta la necesidad de reformarlas o derogar parte de ellas, ya que se vive en una sociedad cambiante con nuevas exigencia y necesidades legales, de esta manera se puede establecer que el Estado si cumple en gran parte su rol garantista de derechos fundamentales.

Tal como se ha plasmado en los cuadros de análisis tres, cuatro, cinco, seis, siete, ocho y nueve, los cuales son parte fundamental en nuestra investigación, facilitándonos el procesamiento de la información contenida en la doctrina sobre la investigación, la cual ha servido de base para identificar las posiciones de los informantes claves respecto a la temática planteada, con esta información se deja en evidencia no solo lo que establecen los cuerpos normativos, conocer a profundidad el actuar social y medir la capacidad que posee el Estado para brindar protección y garantizar una justa y cumplida tutela efectiva a los derechos fundamentales que posee el concebido no nacido.



Conclusiones.

Habiendo finalizado la investigación y el alcance de los objetivos trazados, el equipo de investigación ha llegado a las siguientes conclusiones.

- Se considera al concebido no nacido como sujeto y titular de derechos fundamentales, teniendo como asidero legal la Constitución de la República de El Salvador, específicamente en su artículo uno inciso segundo, reconociendo así como persona humana desde el instante de la concepción, es decir, que el no nacido adquiere su capacidad de goce desde el momento de su concepción, la cual no se le puede suprimir, ya que basta la calidad de ser humano para que se le reconozca dicha capacidad y en consecuencia la personalidad jurídica, es por ello que obtiene titularidad de derechos volviéndose garante de ellos y siendo obligación del Estado proteger y garantizar los mismos; partiendo de lo anterior y basándose en la Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción, la cual plantea que el *nasciturus* adquiere capacidad de goce desde que es concebido por sus padres y que son ellos quienes tienen la facultad de representarlo legalmente en su calidad de progenitores en el cualquier ámbito procesal, ya que son sus ellos los únicos que pueden hacer valer los derechos del *nasciturus*.
- El Estado Salvadoreño ha procurado que se respete el derecho a la vida del no nacido, al reconocer a nivel constitucional a la persona humana desde el instante de la concepción, el derecho a la vida es el derecho base para el concebido no nacido, ya que se parte de este para abrirle paso a otros derechos que son fundamentales como lo son el derecho a la salud, derecho a la alimentación, a la seguridad jurídica, derecho a la dignidad, derecho a tener una vivienda; así también penalizando el aborto o cualquier otro delito que atente contra algunos de los derechos del *nasciturus*, esto como un mecanismo de tutela ante un posible peligro al bien jurídico vida del no nacido.
- La realización de esta investigación ha sido de gran utilidad porque se logró un enriquecimiento en conocimiento, teniendo certeza de la importancia que tiene el



concebido no nacido en el marco legal, en relación a los derechos fundamentales que este posee. Como resultados de la investigación se puede establecer que el Estado sin duda alguna busca proteger los derechos del *nasciturus* siendo el encargado de crear instituciones que velen, protejan y garanticen estos derechos, por medio de las normativas jurídicas, personal especializado perteneciente a las áreas correspondientes para brindar un mejor servicio en cuanto a las necesidades que demanda la sociedad, siendo obligación del Estado velar para que se dé una efectiva aplicabilidad de la ley y la creación, fomento y difusión de programas sociales, de igual manera la información que sea de carácter legal que vayan en pro de la defensa de los derechos que posee el no nacido.

- Se puede concluir que en cuanto a la tutela que brinda el Estado para garantizar los derechos fundamentales del que está por nacer, si cuenta con las leyes necesarias para la protección y garantía de los derechos fundamentales del concebido no nacido, no obstante, el Estado debe de mejorar la aplicación de la misma, posee un cuerpo legal amplio, pero hace falta mayor efectividad y voluntad de aplicación. El Estado a pesar de brindar una tutela efectiva, no ha logrado su objetivo en un cien por ciento, teniendo en cuenta que se vive en una sociedad cambiante con diversos tipos de exigencias, las cuales obligan al Estado a seguir creando y reformando leyes y a poner en práctica la aplicabilidad de las mismas; el Estado de El Salvador se puede catalogar como un Estado aun en vías de progreso para tutelar de manera integral lo referente al no nacido y sus derechos.
- En cuanto a las consecuencias y efectos jurídicos que pueden darse al ser violentados los derechos fundamentales del concebido no nacido, se concluye que, son consecuencias penales según el derecho jurídico tutelado; cuando se atenta contra la vida de la persona que está por nacer o se da la figura del conflicto de derechos, en esa ponderación prevalecen los derechos del *nasciturus*, que es una vida que está en proceso de desarrollo (proceso que es tutelado y protegido legalmente) y por lo tanto abarca la esfera de protección del derecho Penal.



Relacionado a lo anterior se concluye que, el Estado salvadoreño acarrea subjetivamente responsabilidad internacional ante una posición no garantista de derechos fundamentales del concebido no nacido; esto cuando el Estado violenta dichos derechos, no cumple con su obligación garantista y protectora o incumple lo establecido en las diferentes normas jurídicas aplicables, se puede denunciar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano Jurisdiccional sancionador competente.



Recomendaciones.

- Brindarle mayor relevancia y titularidad a la legislación internacional como lo son tratados y convenios. Tomar como ejemplo los sistemas jurídicos de otros países con mayor experiencia en torno al tema, esto en vista que se cuenta con leyes necesarias, pero se vuelve imperante la mejora en la implementación de las mismas para una mayor efectividad en torno a la tutela del concebido no nacido.
- El Estado Salvadoreño debería tener en el marco legal existente un apartado especialmente enfocado en el concebido no nacido, en el cual se establezcan sus derechos y garantías legales que como titular posee, la Constitución de la Republica de El Salvador se basa en torno al derecho a la vida y en lo relacionado a este, cuando el *nasciturus* tiene una gama más amplia de derechos en los cuales necesita tutela efectiva y no solamente enfocado al derecho a la vida.
- Las instituciones públicas, escuelas, hospitales por mencionar algunos deben de brindar información en temas de violencia, igualdad de género, salud sexual, entre otros, para que la población sea conocedora, consiente y así evitar embarazos no deseados o casos de violencia de género, teniendo en cuenta que la educación sexual inicia en los hogares, por lo que no solamente se debe de informar a los hijos sobre los métodos que existen para prevenir embarazos, sino también, inculcar valores de respeto y de responsabilidad para asumir las consecuencias de sus actos. Así mismo que las instituciones públicas trabajen de manera ágil y transparente unas con otras para evitar desgaste en el sistema judicial.
- Se cuenta con una amplia gama de leyes por lo que es necesario que el Estado se interese y este en disponibilidad en ofrecer una mejor aplicabilidad en cuanto a las leyes se refiere y en los casos en los cuales se dé una vulneración a derechos fundamentales, hacer una investigación exhaustiva de los hechos y aplicar la normativa de una manera idónea, por lo que el Estado Salvadoreño debe tener un grado de voluntad más alto para ejercer una mejor tutela en cuanto a derechos fundamentales se refiere y hacer un mejor uso de los cuerpos jurídicos ya existentes sin dejar a un lado la probabilidad y oportunidad de adoptar o crear leyes según la necesidades de la sociedad.



- En cuanto al Estado Salvadoreño se recomienda hacer una efectiva aplicación del ordenamiento jurídico actual ya que posee los requerimientos básicos para hacer cumplir su función, lo cual mejoraría en cuanto a identificar derechos y obligaciones, es como de esta manera se dará una mejor tutela, garantía y protección a los derechos fundamentales del concebido no nacido y de toda persona; evitando así y de gran manera, la vulneración de dichos derechos por la ineficiencia del aparato Estatal.



Bibliografía

- Afanador, M. (2002). El derecho a la integridad personal. Elementos para su análisis. Convergencia, Colombia. Obtenido de <http://www.redalyc.org/html/105/10503008/>
- Amnistia Internacional*. (s.f.). Obtenido de características de los derechos fundamentales: <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/dh-caracteristicas.html>
- Amparo , 310-2013 (Sala de lo Constitucional 28 de Mayo de 2013).
- Barahona Rivas, S. P. (2010). La protección jurídica del no nacido frente al uso de fármacos abortivos en El Salvador en mujeres de estado de embarazo de 18 a 25 años de edad. San Salvador, El Salvador.
- Cajigas, A. (Junio de 2010). *Junta de Andalucía*. Obtenido de http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/Boletin36/Articulos_36/salud_sexual.pdf
- Calvo Meijide, A. (2004). El naciurus como sujeto de Derecho, concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista.
- Cruz, J. M., Cavaria Guevara, L. A., & Siguenza Chavez , D. E. (1993). Derechos Humanos del niño en la legislación Salvadoreña . San Salvador , El Salvador .
- EnciclopeGdia Juridica*. (2014). Obtenido de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/feto/feto.htm>
- Esposito , F. (2011). Violencia de Genero. *Mente y cerebro*. Obtenido de <http://www.investigacionyciencia.es/files/7283.pdf>
- Garcia Fernandez, D. (2009). El embrión humano o nasciturus como sujeto de derechos. *USCS*.
- Hernandez Hernandez, J. A., & Melgar Escobar, M. G. (2013). Protección jurídica del no nacido en el derecho sucesorio a partir de la reforma del artículo uno inciso segundo de la Constitución de la república. San Salvador, El Salvador.
- Hidalgo Murillo, J. D. (s.f.). *Libertad de opcion de situacion como Derecho Humano*. Obtenido de <http://www.unis.edu.gt/ap/fetch/libertad-opcion-situacion-derecho-humano.pdf>
- Inconstitucionalidad , 67-2010 (Sala de lo Constitucional 13 de Abril de 2011).
- Inconstitucionalidad , 22-2011 (sala de lo constitucional 15 de febrero de 2017).
- Inconstitucionalidad, D-386 (Corte Constitucional de Colombia 17 de Marzo de 1994).
- Inconstitucionalidad, 22-2011 (Sala de lo Cosntitucional de la Corte Suprema de Justicia 15 de febrero de 2017).



- Kant, M. (1985). *Fundamentacion de la Metafísica de las costumbres. Sexta edicion*. Obtenido de http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/fundamentacion-de-la-metafisica-de-las-costumbres--0/html/dcb0941a-2dc6-11e2-b417-000475f5bda5_3.html
- Lopez , K., & Ramirez, N. (Mayo de 2012). *Nivel De Respeto Al Derecho A La Vida De La Persona No Nacida Por Parte Del Estado Salvadoreño A Partir Del Reconocimiento Constitucional De Su Existencia Desde El Instante De La Concepción*. San Salvador, El Salvador.
- Lopez Martinez, K. Y., & Ramirez Guillen, N. d. (Mayo de 2012). *Nivel de respeto al derecho a la vida de la persona no nacida por parte del estado salvadoreño a partir del reconocimiento constitucional de su existencia desde el instante de la concepcion*. San salvador , El Salvador .
- Meijide, A. C. (2004). *El nasciturus como sujeto de derechos. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista*. *cuat.bioet*.
- Mijangos, A. (02 de 01 de 2015). *VIDAS/V*. Obtenido de <https://vidasv.org>
- Montano Valdez , P. E. (06 de febrero de 2006). *Efectos juridicos producidos a raiz del reconociemiento de la persona humana a partir de la reforma dela aryiculo 1 de la constitucion y la modificacion taxativa de la doctrina de la vitalidad en el codigo civil*. San Salvador, El Salvador.
- Prieto Sanchis, L. (13 de Marzo de 2013). *Ponderacion Judicial*. Obtenido de Ponderacion Judicial: <http://edwinfigueroag.wordpress.com/2013/03/13/neoconstitucionalismo-y-ponderacion-judicial-articulo-luis-prieto-sanchis-españa>
- Sentencia de Inconstitucional , 22-2011 (15 de febrero de 2017). *Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Republica de El Salvador*. Obtenido de <http://observatoriojudicial.org.sv/images/documentos/noticias/sentencia de Inc. 22-2011 Nasciturus.pdf>
- Valcarcel, L. H. (noviembre de 2001). *proteccion juridica del nasciturus*. buenos aires, argentina.
- Villabella Armengol, C. M. (2015). *Los Metodos en la Investigacion Juridica*. Mexico. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/46.pdf>



ANEXO

Anexo 1: instrumento para elaboración de preguntas de entrevista.

Objetivo Especifico 1	Indicador	Preguntas
Objetivo General	Indicadores	Preguntas
<p>Analizar la eficacia que representa el estado Salvadoreño al momento de formular y hacer cumplir la protección de derechos fundamentales del concebido no nacido considerando la complejidad de las posiciones jurídicas y sociales entorno al problema.</p>	<p>✓ Derechos Fundamentales</p>	<p>1- Puede considerarse al concebido no nacido como sujeto y titular de derechos fundamentales. Si, No ¿Por qué?</p> <p>2- ¿Cuáles son los derechos fundamentales que el Estado Salvadoreño reconoce al concebido no nacido?</p>
	<p>✓ Tutela Efectiva</p>	<p>3- ¿Qué funciones tiene el Estado en lo que respecta a proteger y garantizar los derechos fundamentales del concebido no nacido?</p> <p>4- ¿Según su criterio como califica la tutela que brinda el Estado para garantizar los derechos fundamentales del concebido no nacido?</p> <p>5- ¿Cuáles son los medios que el estado utiliza para dar una tutela a los derechos fundamentales del concebido no nacido?</p>

<p>Evaluar el cumplimiento de las funciones por parte del estado Salvadoreño en cuanto a sus actuaciones para proteger y garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales del concebido no nacido.</p>	<p>✓ Evaluar el cumplimiento de las funciones del estado en virtud de proteger los derechos fundamentales del concebido no nacido</p>	<p>6- ¿Qué acciones impulsa el estado para proteger y garantizar los derechos fundamentales del concebido no nacido? ¿son suficientes?</p>
--	---	--

Objetivo Especifico 2	Indicador	Preguntas
<p>Determinar las consecuencias y efectos jurídicos que pueden darse al ser violentados los derechos fundamentales del concebido no nacido, descubrir que grado de eficacia posee el estado en cuanto a su tutela jurídica que pretende brindar.</p>	<p>✓ Consecuencias y efectos jurídicos al violentar derechos fundamentales del concebido no nacido</p>	<p>7- ¿Cuáles son las consecuencias que acarrea la vulneración de los derechos fundamentales del concebido no nacido?</p> <p>8- ¿Posee el Estado Salvadoreño responsabilidad ante una posición no garantista de Derechos Fundamentales del concebido no nacido?</p>

Objetivo Especifico 3	Indicador	Preguntas
Identificar la necesidad de crear leyes nacionales y adoptar leyes internacionales que ostenten la legitimación, defensa y la efectiva protección de los derechos que posee el concebido no nacido.	✓ Identificar la necesidad de crear y adoptar leyes	9- ¿Cuál es el cuerpo normativo en materia de protección de Derechos Fundamentales del concebido no nacido? ¿Es suficiente? ¿Podría reformarse?

Anexo 2: instrumento para vaciado de la información.

PREGUNTA	
INFORMANTE CLAVE 1	
INFORMANTE CLAVE 2	
INFORMANTE CLAVE 3	

Anexo 3: instrumento para el análisis de la información.

PREGUNTA 1	
DOCTRINA	
INFORMANTE CLAVE 1	
INFORMANTE CLAVE 2	
INFORMANTE CLAVE 3	
ANÁLISIS GRUPAL	

Vaciado de la información.

PREGUNTA 1	
Puede considerarse al concebido no nacido como sujeto y titular de derechos fundamentales. Si, No ¿Por qué?	
INFORMANTE CLAVE 1	Si, por que hay un reconocimiento expreso por la Constitución de la Republica en el cual el derecho a la vida, a partir del momento de la concepción el concebido no nacido adquiere derechos y garantías Constitucionales.
INFORMANTE CLAVE 2	Sí, porque nuestra Constitución no hace distinción, ya que la persona es considerada sujeto y por lo tanto titular de derechos desde el momento de la concepción, según la base fundamental de los artículos 1 y 2 de la Constitución y con un enfoque en derechos humanos que son transversales a toda ley.
INFORMANTE CLAVE 3	Según el art. 1 de la Constitución, se reconoce como persona a todo ser humano desde el instante de la concepción, desde antes de que nazca, para la ley representa alguien sujeto de derechos, con las limitaciones que esto implica, en concordancia con el art 72 CC, donde todo ser humano principia al nacer, no se puede pasar por alto el rango constitucional (...).

PREGUNTA 2	
¿Cuáles son los derechos fundamentales que el Estado Salvadoreño reconoce al concebido no nacido?	
INFORMANTE CLAVE 1	La vida siendo un derecho reconocido Constitucionalmente establecido en el Art. 2 de la misma. Seguidamente como derechos secundarios la salud, la alimentación que, si bien le nace el derecho a la madre, pero va incoado directamente al no nacido según lo establece el Art. 249 del Código de Familia el cual versa, que la mujer embarazada tiene el derecho de exigir alimentos al padre de la criatura.
INFORMANTE CLAVE 2	Para fines legales no puede hacer una distinción, no se puede categorizar al concebido no nacido para ver si se le atribuyen o no derechos, es persona, es sujeto de derechos desde la concepción y por lo tanto, a partir de esa regla general no se haría bien en categorizar,(...), los derechos fundamentales que reconoce el Estado, son todos, no podemos eliminar ninguno, el derecho a la vida, salud, a la educación; aun cuando no haya nacido se entiende que la persona está en formación, básicamente el Estado debe de procurarle la salud y todo lo que conlleve al desarrollo de la vida y que no atente contra la misma.

<p>INFORMANTE CLAVE 3</p>	<p>Principalmente el derecho a la vida, como primer derecho fundamental que tiene un no nacido, estos van implícitos en otra serie de derechos, parte de ellos se debe a la condición de la mujer por el hecho de estar embarazada, por lo que posee derecho a la salud, acceso a la atención médica, a los alimentos, entre otros.</p>
--------------------------------------	---

<p>PREGUNTA 3</p>	
<p>¿Qué funciones tiene el Estado en lo que respecta a proteger y garantizar los derechos fundamentales del concebido no nacido?</p>	
<p>INFORMANTE CLAVE 1</p>	<p>El Estado cumple un rol garantista y proteccionista, siendo este el principal obligado a garantizar y proteger derechos, así también está obligado a crear políticas e instituciones que cumplan con las necesidades y exigencias de la sociedad.</p>
<p>INFORMANTE CLAVE 2</p>	<p>Hay libertad de manera que el rol del Estado salvadoreño no ha sido restringir la concepción esa es una manera de garantizar y proteger, el estado ha creado diversos organismos, diversas instituciones básicamente en el área de salud, para la salud sexual y reproductiva a fin de garantizar tanto a la mujer en gestación como a la persona que está en desarrollo esto a través de las políticas públicas encaminadas a la protección como el control de niños sanos antes de nacer, en el área de salud hay muchos programas, planes para la atención de las mujeres embarazadas. El Estado tiene la función de implementar esos mecanismos a través de los organismos, leyes, programas y políticas.</p>
<p>INFORMANTE CLAVE 3</p>	<p>Radica mucho de esa protección en la Convención de los derechos del niño, pero el Estado debe proteger, y garantizar el cumplimiento de todos los derechos del niño, un ejemplo de ello podría ser garantizar alimentos a la mujer embarazada mediante el reconocimiento del padre que se encuentra regulado en el Código de familia, tanto alimentos como el reconocimiento son derechos en beneficio del no nacido, se busca el proteger la integridad del nasciturus por medio de los cuidados a la madre. También por medio de todos los programas que fomenta el gobierno para la protección de la madre. Prevalece el interés superior del niño.</p>

PREGUNTA 4

¿Según su criterio como califica la tutela que brinda el Estado para garantizar los derechos fundamentales del concebido no nacido?

INFORMANTE CLAVE 1	La tutela del Estado es garantista porque existe un reconocimiento expreso por parte de la Constitución y esta establece la prohibición del aborto, garantizando y protegiendo el derecho supremo vida. No obstante, para que el Estado cumpla al cien por ciento con la tutela efectiva debe de existir voluntad para darle una mayor aplicabilidad al cuerpo legal con el que se cuenta.
INFORMANTE CLAVE 2	Analizando de lo general a lo específico, el Estado de el salvador es un país todavía en progreso de garantía efectiva de los derechos humanos porque tenemos el catálogo legal y las instituciones, pero todavía falta efectividad, la población en si todavía demanda la efectividad. El Estado de El Salvador en la garantía de los derechos fundamentales del no nacido está en progreso, se cree que hemos dado pasos importantes a través de la reforma constitucional que abolió aquel otro principio que teníamos en el Código Civil con la teoría de la vitalidad y viabilidad eso quedo abolido sin hacer distinciones desde el momento de la concepción, se reconocen derechos, es un paso importante, pero del reconocimiento a la efectividad es donde todavía estamos en proceso.
INFORMANTE CLAVE 3	Por medio de la creación de programas sociales que brindan protección y garantizan los derechos tanto de la madre, del niño y del no nacido, si se brinda de alguna manera no plena, pero si una tutela por parte del estado a este sujeto de derechos.

PREGUNTA 5

¿Cuáles son los medios que el Estado utiliza para dar una tutela a los derechos fundamentales del concebido no nacido?

INFORMANTE CLAVE 1	La tutela la ejerce por medio de mecanismos o cuerpos legales entre las cuales se hace mención de la Constitución como Ley Suprema, Ley de Protección Integral para la Niñez y Adolescencia LEPINA como ley secundaria, Código de Familia, Procesal de Familia, Código Penal, entre otros. Tratados Internacionales según lo establecido en el artículo 144 de la Constitución entre los cuales se pueden mencionar la Convención Sobre Derechos del Niño, Convención América sobre Derechos Humanos. Hace falta voluntad por parte del Estado para hacer cumplir las leyes con las cuales cuentan y no auxiliarse implementando más leyes las cuales si bien es cierto pueden ser creadas, no obstante, de nada sirve si no se hace el mayor esfuerzo en que estas sean cumplidas o aplicadas de la manera más idónea.
-------------------------------	---

<p>INFORMANTE CLAVE 2</p>	<p>Políticas, planes, programas, instituciones esos son los medios que tiene el Estado, crea políticas crea instituciones y un avance fundamental nuestro es el sistema nacional de protección a la niñez y adolescencia, muy pocos países cuentan con un sistema, la mayoría tienen jurisdicciones especializadas pero un sistema involucra no solo a la ley, a los órganos encargados de hacer cumplir la ley, sino a toda la política pública desde el ejecutivo, esa es la ventaja del sistema entonces cree que uno de los medios importantes que tenemos como estado es la instauración del sistema nacional de protección de la niñez y adolescencia porque involucra al órgano ejecutivo, legislativo y judicial.</p>
<p>INFORMANTE CLAVE 3</p>	<p>Es una obligación constitucional que el estado cumpla con la protección de los derechos por medio de la creación de programas e instituciones que se encargan de garantizar dicha protección ya que son sujetos de derechos.</p>

<p>PREGUNTA 6</p>	
<p>¿Qué acciones impulsa el Estado para proteger y garantizar los derechos fundamentales del concebido no nacido? ¿Son suficientes?</p>	
<p>INFORMANTE CLAVE 1</p>	<p>Creaciones y reformas de leyes e instituciones, las cuales no son suficientes por que se vive en una sociedad cambiante con diversos tipos de exigencias las cuales obligan al Estado a seguir creando leyes y a poner en práctica la aplicabilidad de las mismas.</p>
<p>INFORMANTE CLAVE 2</p>	<p>Nunca son suficientes porque la sociedad es cambiante y las demandas de hoy no son las mismas, y así deben de irse transformando las formas de abordaje de los estados; Dentro de las acciones que impulsa el Estado, primero hay que enmarcarlo en qué tipo de Estado, para el caso nuestro en un estado de derecho desde que la protección y garantía de los derechos fundamentales vienen de la ley que es lo que nos da la pauta y ver si esto que la ley está desarrollando es letra muerta o si realmente tiene efectividad. Si se ha hecho mucho, hay acciones que el estado ha impulsado como la ley de protección de la niñez y adolescencia y la LEIV, este tipo de leyes especializadas en protección de los más vulnerables, no es suficiente.</p>
<p>INFORMANTE CLAVE 3</p>	<p>Creación y aplicación de leyes que buscan la protección de las personas desde el instante de la concepción, así como programas y ministerios encargados para eso, pues el marco legal y las instituciones existen, pero muchas veces no cumplen a cabalidad con sus funciones y es ahí donde se descuida dicha protección.</p>

PREGUNTA 7

¿Cuáles son las consecuencias que acarrea la vulneración de los derechos fundamentales del concebido no nacido?

INFORMANTE CLAVE 1	Consecuencias penales según el derecho tutelado.
INFORMANTE CLAVE 2	Depende del derecho que se vulnere por ejemplo para el no nacido puede ser un atentado contra su vida o conflicto de derechos. En esa ponderación de derechos prevalecen los derechos de la persona que está en proceso de desarrollo, si abarca la esfera penal se va por delito, ejemplo si aquí en niñez y adolescencia viene la procuraduría un procedimiento abreviado de tipo médico que la mujer embarazada se niega a tomar las vitaminas prenatales es otra esfera de derechos mediante sentencia se le puede obligar a que se tomen sino incurre a desobediencia judicial incluye al área penal.
INFORMANTE CLAVE 3	Consecuencia más grave sería desde el punto de vista penal enfocado en el aborto cuando se atenta contra la vida del no nacido, saber qué tipo de agravante podría tener un delito de ese tipo, se atenta contra el derecho a la vida tanto de la madre como del no nacido.

PREGUNTA 8

¿Posee el Estado Salvadoreño responsabilidad ante una posición no garantista de Derechos Fundamentales del concebido no nacido?

INFORMANTE CLAVE 1	El Estado subjetivamente tiene responsabilidad internacional. Cuando el Estado violenta derechos la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el Órgano Jurisdiccional sancionador.
INFORMANTE CLAVE 2	Una responsabilidad declarada solo se puede imaginar subjetivamente las mujeres que pudieron haber estado embarazadas y que fallecieron en las masacres colectivas que se están llevando a juicio recientemente y de las que ya salió condenado el Estado salvadoreño, ejemplo la masacre del mozote que no se atinaba hombres, mujeres y niños, cuántas mujeres embarazadas no solo se atentó a las vidas de ellas si no a la del no nacido y hay responsabilidad del Estado.

INFORMANTE CLAVE 3	<p>Si poseen derechos fundamentales establecidos en la constitución y el hecho que el estado no garantice su protección o garantía, se tiene derecho de demandar al estado por su cumplimiento, se tendría que evaluar en la práctica si se da un cumplimiento de lo establecido en la ley, enfocado en la protección del no nacido y así también brindarle protección a la madre en su situación de embarazo cosa que difícilmente se da.</p>
-------------------------------	--

<p align="center">PREGUNTA 9</p> <p>¿Cuál es el cuerpo normativo en materia de protección de Derechos Fundamentales del concebido no nacido? ¿Es suficiente? ¿Podría reformarse?</p>	
INFORMANTE CLAVE 1	<p>Se cuenta con un cuerpo normativo bastante amplio y completo la Constitución como ley suprema, leyes especiales en materia de familia, y materia penal, leyes secundarias, leyes especiales, tratados, los cuales tienen indivisibilidad e interdependencia unos de otros. Sería improcedente establecer las no reformas ya que se vive en una sociedad cambiante por lo que el derecho al igual que la sociedad cambia y surge la necesidad de establecer cambios en algunos textos normativos.</p>
INFORMANTE CLAVE 2	<p>Se cuenta con un cuerpo normativo bastante amplio y completo la Constitución como ley suprema, leyes especiales en materia de familia, y materia penal, leyes secundarias, leyes especiales, tratados, los cuales tienen indivisibilidad e interdependencia unos de otros. Sería improcedente establecer las no reformas ya que se vive en una sociedad cambiante por lo que el derecho al igual que la sociedad cambia y surge la necesidad de establecer cambios en algunos textos normativos.</p>
INFORMANTE CLAVE 3	<p>Si existe cuerpo normativo tanto en materia penal como en materia de familia, en dicha área considero que no es suficiente, debería de existir un capítulo en la LEPINA o en el código de familia enfocado al no nacido.</p>

Triangulación de datos

PREGUNTA 1	Puede considerarse al concebido no nacido como sujeto y titular de derechos fundamentales. Si, No ¿Por qué?
DOCTRINA	La Constitución en el artículo 1 inc. 2 le atribuye al feto el derecho a la vida desde el momento de la concepción, al reconocerle su existencia como persona titular de derechos y, por lo tanto, el Estado está obligado a garantizar y proteger desde antes de su nacimiento.
INFORMANTE CLAVE 1	Si, por que hay un reconocimiento expreso por la Constitución de la Republica en el cual el derecho a la vida, a partir del momento de la concepción el concebido no nacido adquiere derechos y garantías Constitucionales.
INFORMANTE CLAVE 2	Sí, porque nuestra Constitución no hace distinción, ya que la persona es considerada sujeto y por lo tanto titular de derechos desde el momento de la concepción, según la base fundamental de los artículos 1 y 2 de la Constitución y con un enfoque en derechos humanos que son transversales a toda ley.
INFORMANTE CLAVE 3	Según el art. 1 de la Constitución, se reconoce como persona a todo ser humano desde el instante de la concepción, desde antes de que nazca, para la ley representa alguien sujeto de derechos, con las limitaciones que esto implica, en concordancia con el art 72 CC, donde todo ser humano principia al nacer, no se puede pasar por alto el rango constitucional (...).
ANÁLISIS GRUPAL	Tomando en consideración la doctrina utilizada junto con la información proporcionada por los informantes claves, se logra establecer que la base principal de la titularidad del nasciturus como sujeto de derechos se encuentra en la Constitución de la Republica como ley suprema del ordenamiento jurídico.

PREGUNTA 2	¿Cuáles son los derechos fundamentales que el Estado Salvadoreño reconoce al concebido no nacido?
DOCTRINA	La Constitución de El Salvador obliga al Estado a reconocer una gama de derechos fundamentales al no nacido, por el hecho que se considera una vida desde el instante mismo de la concepción, según el Art.1 inc.2 Cn, se establece un catálogo de derechos fundamentales que se reconocen, entre ellos se puede mencionar; el derecho a la vida, a la integridad física y moral, la libertad, seguridad, trabajo, a la propiedad y posesión y así mismo a ser protegido en la conservación y defensa de los mismos.

INFORMANTE CLAVE 1	La vida siendo un derecho reconocido Constitucionalmente establecido en el Art. 2 de la misma. Seguidamente como derechos secundarios la salud, la alimentación que, si bien le nace el derecho a la madre, pero va incoado directamente al no nacido según lo establece el Art. 249 del Código de Familia el cual versa, que la mujer embarazada tiene el derecho de exigir alimentos al padre de la criatura.
INFORMANTE CLAVE 2	Para fines legales no puede hacer una distinción, no se puede categorizar al concebido no nacido para ver si se le atribuyen o no derechos, es persona, es sujeto de derechos desde la concepción y por lo tanto, a partir de esa regla general no se haría bien en categorizar(...), los derechos fundamentales que reconoce el Estado, son todos, no podemos eliminar ninguno, el derecho a la vida, salud, a la educación; aun cuando no haya nacido se entiende que la persona está en formación, básicamente el Estado debe de procurarle la salud y todo lo que conlleve al desarrollo de la vida y que no atente contra la misma.
INFORMANTE CLAVE 3	Principalmente el derecho a la vida, como primer derecho fundamental que tiene un no nacido, estos van implícitos en otra serie de derechos, parte de ellos se debe a la condición de la mujer por el hecho de estar embarazada, por lo que posee derecho a la salud, acceso a la atención médica, a los alimentos, entre otros.
ANÁLISIS GRUPAL	Dentro del ordenamiento jurídico de El Salvador se encuentran reconocidos los derechos fundamentales que le son atribuidos a la persona humana, inclusive al concebido no nacido, con la diferencia que algunos de estos derechos se encuentran supeditados al momento del nacimiento del mismo para que pueda tener el uso y goce de los referidos derechos.

PREGUNTA 3	¿Qué funciones tiene el Estado en lo que respecta a proteger y garantizar los derechos fundamentales del concebido no nacido?
DOCTRINA	El Estado desempeña el rol de garante de los derechos fundamentales del concebido no nacido, determinados en el Art.1 inc.2 y 2 de la Cn, ya que es el principal obligado a crear programas y políticas en pro, así mismo; una aplicación de todo el ordenamiento jurídico nacional con toda la variedad de instrumentos legales aplicables al no nacido, tratados y convenios internacionales en lo referente a la temática y que por lo establecido en el Art.144 Cn “Reconoce que los tratados internacionales celebrados por El Salvador constituyen y se convierte en leyes de la República” se consideran instrumentos legales de gran importancia en relevancia a los Derechos Fundamentales.

INFORMANTE CLAVE 1	El Estado cumple un rol garantista y proteccionista, siendo este el principal obligado a garantizar y proteger derechos, así también está obligado a crear políticas e instituciones que cumplan con las necesidades y exigencias de la sociedad.
INFORMANTE CLAVE 2	Hay libertad de manera que el rol del Estado salvadoreño no ha sido restringir la concepción esa es una manera de garantizar y proteger, el estado ha creado diversos organismos, diversas instituciones básicamente en el área de salud, para la salud sexual y reproductiva a fin de garantizar tanto a la mujer en gestación como a la persona que está en desarrollo esto a través de las políticas públicas encaminadas a la protección como el control de niños sanos antes de nacer, en el área de salud hay muchos programas, planes para la atención de las mujeres embarazadas. El Estado tiene la función de implementar esos mecanismos a través de los organismos, leyes, programas y políticas.
INFORMANTE CLAVE 3	Radica mucho de esa protección en la Convención de los derechos del niño, pero el Estado debe proteger, y garantizar el cumplimiento de todos los derechos del niño, un ejemplo de ello podría ser garantizar alimentos a la mujer embarazada mediante el reconocimiento del padre que se encuentra regulado en el Código de familia, tanto alimentos como el reconocimiento son derechos en beneficio del no nacido, se busca el proteger la integridad del nasciturus por medio de los cuidados a la madre. También por medio de todos los programas que fomenta el gobierno para la protección de la madre. Prevalece el interés superior del niño.
ANÁLISIS GRUPAL	Es de vital importancia el rol que desempeña el Estado como ente garante de los Derechos fundamentales del concebido no nacido, en virtud que es el principal obligado a crear programas, políticas públicas, instituciones y leyes en beneficio al desarrollo pleno y efectivo del nasciturus. Y monitorear la actividad que desempeñan las instituciones creadas para proteger al no nacido. Siendo el encargado de sancionar al momento de producirse una vulneración a las garantías que le otorga el ordenamiento jurídico con el que cuenta el Estado Salvadoreño.

PREGUNTA 4	¿Según su criterio como califica la tutela que brinda el Estado para garantizar los derechos fundamentales del concebido no nacido?
DOCTRINA	Partiendo que todo el ordenamiento jurídico que tiene El Salvador y tomando en cuenta los convenios y tratados a los cuales se ha visto en la necesidad de suscribir y ratificar convirtiéndose en leyes de la república según el art. 144 Cn regulando la diversidad de derechos que posee el no nacido desde el momento de la concepción, estableciendo que no existe diferencia alguna entre el nacido y el no nacido en virtud que se vuelve titular derechos y por lo tanto se debe proteger y garantizar los mismos.

INFORMANTE CLAVE 1	La tutela del Estado es garantista porque existe un reconocimiento expreso por parte de la Constitución y esta establece la prohibición del aborto, garantizando y protegiendo el derecho supremo vida. No obstante, para que el Estado cumpla al cien por ciento con la tutela efectiva debe de existir voluntad para darle una mayor aplicabilidad al cuerpo legal con el que se cuenta.
INFORMANTE CLAVE 2	Analizando de lo general a lo específico, el Estado de El Salvador es un país todavía en progreso de garantía efectiva de los derechos humanos porque tenemos el catálogo legal y las instituciones, pero todavía falta efectividad, la población en si todavía demanda la efectividad. El Estado de El Salvador en la garantía de los derechos fundamentales del no nacido está en progreso, se cree que hemos dado pasos importantes a través de la reforma constitucional que abolió aquel otro principio que teníamos en el Código Civil con la teoría de la vitalidad y viabilidad eso quedo abolido sin hacer distinciones desde el momento de la concepción, se reconocen derechos, es un paso importante, pero del reconocimiento a la efectividad es donde todavía estamos en proceso.
INFORMANTE CLAVE 3	Por medio de la creación de programas sociales que brindan protección y garantizan los derechos tanto de la madre, del niño y del no nacido, si se brinda de alguna manera no plena, pero si una tutela por parte del estado a este sujeto de derechos.
ANÁLISIS GRUPAL	El Estado salvadoreño cuenta con un ordenamiento jurídico amplio que permite garantizar y proteger al nasciturus, así mismo ha creado instituciones y programas que tienen ese principal objetivo, sin embargo la efectividad de dicha tutela no es completa, por el hecho de ser una sociedad en constante cambio en ese sentido se necesita que se regulen situaciones que surgen en la actualidad para que la tutela por parte del Estado sea eficaz y tenga la efectividad necesaria para velar por los intereses del concebido no nacido.

PREGUNTA 5	¿Cuáles son los medios que el Estado utiliza para dar una tutela a los derechos fundamentales del concebido no nacido?
DOCTRINA	Según lo establecido en el art. 133 de la Cn, esta cita expresamente la facultad a quienes tiene iniciativa de ley. De igual forma en su art. 32 establece que la familia es la base fundamentas de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar, desarrollo social, cultural y económico. Siendo así que la Constitución le otorga la obligación al Estado para que este emplee todos los recursos que estén a su alcance para garantizar salud, educación y trabajo; entre otras necesidades para los habitantes de la república, incluyendo con ello al concebido no nacido.

<p>INFORMANTE CLAVE 1</p>	<p>La tutela la ejerce por medio de mecanismos o cuerpos legales entre las cuales se hace mención de la Constitución como Ley Suprema, Ley de Protección Integral para la Niñez y Adolescencia LEPINA como ley secundaria, Código de Familia, Ley Procesal de Familia, Código Penal, entre otros. Tratados Internacionales según lo establecido en el artículo 144 de la Constitución entre los cuales se pueden mencionar la Convención Sobre Derechos del Niño, Convención América sobre Derechos Humanos. Hace falta voluntad por parte del Estado para hacer cumplir las leyes con las cuales cuentan y no auxiliarse implementando más leyes las cuales si bien es cierto pueden ser creadas, no obstante, de nada sirve si no se hace el mayor esfuerzo en que estas sean cumplidas o aplicadas de la manera más idónea.</p>
<p>INFORMANTE CLAVE 2</p>	<p>Políticas, planes, programas, instituciones esos son los medios que tiene el estado crea políticas crea instituciones y un avance fundamental nuestro es el sistema nacional de protección a la niñez y adolescencia, muy pocos países cuentan con un sistema, la mayoría tienen jurisdicciones especializadas pero un sistema involucra no solo a la ley, a los órganos encargados de hacer cumplir la ley, sino a toda la política pública desde el ejecutivo, esa es la ventaja del sistema entonces cree que uno de los medios importantes que tenemos como estado es la instauración del sistema nacional de protección de la niñez y adolescencia porque involucra al órgano ejecutivo, legislativo y judicial.</p>
<p>INFORMANTE CLAVE 3</p>	<p>Es una obligación constitucional que el estado cumpla con la protección de los derechos por medio de la creación de programas e instituciones que se encargan de garantizar dicha protección ya que son sujetos de derechos.</p>
<p>ANÁLISIS GRUPAL</p>	<p>Según lo que establece la doctrina el Estado tiene el deber y la obligación que por mandato Constitucional se le otorga en cuanto a crear y derogar leyes y por medio de las instituciones se brindan los servicios necesarios encaminados a tutelar al no nacido; De igual manera se puede establecer la similitud entre las diferentes opiniones, las cuales coinciden, en que si bien es cierto que el Estado no cumple completamente una tutela efectiva, este si ha creado los medios para que puedan ejercer un control y actuar cuando se dé la vulneración de un derecho, por lo que el Estado busca la creación de mecanismos, como lo son programas educativos de inclusión social, políticas públicas, instituciones y cuerpos legales que puedan brindar cierto rango de protección a los derechos establecidos que posee el no nacido.</p>

PREGUNTA 6	¿Qué acciones impulsa el Estado para proteger y garantizar los derechos fundamentales del concebido no nacido? ¿Son suficientes?
DOCTRINA	La Constitución cita en el art. 32 "la familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico. Art. 62 Cn la salud de los habitantes de la Republica constituye un bien público. Art 144 Los tratados internaciones celebrados por El Salvador con otros organismos internacionales, constituyen leyes de la Republica. Art 192 el ministerio público será elegido por la asamblea Legislativa.
INFORMANTE CLAVE 1	Creaciones y reformas de leyes e instituciones, las cuales no son suficientes por que se vive en una sociedad cambiante con diversos tipos de exigencias las cuales obligan al Estado a seguir creando leyes y a poner en práctica la aplicabilidad de las mismas.
INFORMANTE CLAVE 2	Nunca son suficientes porque la sociedad es cambiante y las demandas de hoy no son las mismas, y así deben de irse transformando las formas de abordaje de los estados; Dentro de las acciones que impulsa el Estado, primero hay que enmarcarlo en qué tipo de Estado, para el caso nuestro en un estado de derecho desde que la protección y garantía de los derechos fundamentales vienen de la ley que es lo que nos da la pauta y ver si esto que la ley está desarrollando es letra muerta o si realmente tiene efectividad. Si se ha hecho mucho, hay acciones que el estado ha impulsado como la ley de protección de la niñez y adolescencia y la LEIV, este tipo de leyes especializadas en protección de los más vulnerables, no es suficiente.
INFORMANTE CLAVE 3	Creación y aplicación de leyes que buscan la protección de las personas desde el instante de la concepción, así como programas y ministerios encargados para eso, pues el marco legal y las instituciones existen, pero muchas veces no cumplen a cabalidad con sus funciones y es ahí donde se descuida dicha protección.
ANÁLISIS GRUPAL	Con la doctrina establecida se puede sustentar que el Estado es el encargado de la creación de leyes e instituciones que brinden protección, por lo que se puede establecer que es un Estado de derecho ya que se cuenta con una organización propia, regulada por un sistema constituido por leyes e instituciones, las cuales son los medios reguladores, sin embargo en la opinión del entrevistado tres, está en desacuerdo; si bien establece la existencia de leyes e instituciones, da a conocer que en ciertos casos estas no son aplicadas de la mejor manera, pierden la esencia por la que fueron creadas y por lo tanto la efectividad no es completa.

PREGUNTA 7	¿Cuáles son las consecuencias que acarrea la vulneración de los derechos fundamentales del concebido no nacido?
DOCTRINA	Según lo establecido en el art. 193 de la Cn. da la facultad al Fiscal General de la Republica para que actué en defensa de los intereses del Estado y de la sociedad teniendo la facultad de dirigir la investigación del delito y promover la acción penal tal como lo establece el código penal, el cual en sus diferentes art. establece el tipo de sanción que será aplicable cuando se vulneren derechos fundamentales al que está por nacer. De igual manera siendo nuestra ley suprema el fundamento legal de protección a los derechos de los concebidos no nacidos regulado en su art. 2 Cn el cual claramente cita que toda persona tiene derecho a la vida siendo el Estado el obligado a garantizar el ejercicio, el goce y la conservación en defensa de los mismos.
INFORMANTE CLAVE 1	Consecuencias penales según el derecho tutelado.
INFORMANTE CLAVE 2	Depende del derecho que se vulnere por ejemplo para el no nacido puede ser un atentado contra su vida o conflicto de derechos. En esa ponderación de derechos prevalecen los derechos de la persona que está en proceso de desarrollo, si abarca la esfera penal se va por delito, ejemplo si aquí en niñez y adolescencia viene la procuraduría un procedimiento abreviado de tipo médico que la mujer embarazada se niega a tomar las vitaminas prenatales es otra esfera de derechos mediante sentencia se le puede obligar a que se tomen sino incurre a desobediencia judicial incluye al área penal.
INFORMANTE CLAVE 3	Consecuencia más grave sería desde el punto de vista penal enfocado en el aborto cuando se atenta contra la vida del no nacido, saber qué tipo de agravante podría tener un delito de ese tipo, se atenta contra el derecho a la vida tanto de la madre como del no nacido.
ANÁLISIS GRUPAL	Teniendo como base lo que establece la doctrina citada la cual no solo posee fundamento legal y constitucional sino también internacional, el Estado tiene tanto el deber como la facultad de tutelar el derecho de la vida ante lesiones, amenazas o prácticas que pongan en peligro la vida del que está por nacer, encontrándose entre las disposiciones las que penalizan la violación de derechos, tal es el caso del aborto el cual se encuentra prohibido bajo cualquier supuesto como lo establece el código penal, por tenerse al concebido no nacido como titular de derechos, por lo que existe un interés superior del que está por nacer, por lo que está amparado a ley y claramente establece los tipos de sanciones en los que puede incurrir una persona, institución y hasta el propio Estado.

PREGUNTA 8	¿Posee el Estado Salvadoreño responsabilidad ante una posición no garantista de Derechos Fundamentales del concebido no nacido?
DOCTRINA	Existen determinados artículos que comprometen a los Estados a respetar y garantizar los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la vida por ser un derecho inherente al ser humano y del cual nadie puede ser privado, independientemente de haber nacido o no, en virtud de que todas las personas son iguales ante la ley, por ende tienen los mismos derechos; tomando en cuenta los tratados internacionales ratificados por El Salvador y siendo que los mismos se convierten en Ley de la Republica según el art. 144 Cn, en los casos en que los Estados se encuentren vulnerando derechos fundamentales, los organismos encargados de someter o castigar al Estado condenado es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consagrado en el art. 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
INFORMANTE CLAVE 1	El Estado subjetivamente tiene responsabilidad internacional. Cuando el Estado violenta derechos la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el Órgano Jurisdiccional sancionador.
INFORMANTE CLAVE 2	Una responsabilidad declarada solo se puede imaginar subjetivamente las mujeres que pudieron haber estado embarazadas y que fallecieron en las masacres colectivas que se están llevando a juicio recientemente y de las que ya salió condenado el Estado salvadoreño, ejemplo la masacra del mozote que no se atinaba hombres, mujeres y niños, cuántas mujeres embarazadas no solo se atentó a las vidas de ellas si no a la del no nacido y hay responsabilidad del Estado.
INFORMANTE CLAVE 3	Si poseen derechos fundamentales establecidos en la constitución y el hecho que el estado no garantice su protección o garantía, se tiene derecho de demandar al estado por su cumplimiento, se tendría que evaluar en la práctica si se da un cumplimiento de lo establecido en la ley, enfocado en la protección del no nacido y así también brindarle protección a la madre en su situación de embarazo cosa que difícilmente se da.
ANÁLISIS GRUPAL	En efecto el Estado tiene responsabilidad ante cualquier vulneración de derechos que este pueda cometer, en este caso el Estado da cuentas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que si bien es cierto puede correr con sanciones de carácter económico, así mismo puede dejar sin efectos las resoluciones que este pueda haber emitido según el derecho vulnerado; ante el pronunciamiento de la Corte, dado que es la máxima instancia judicial en materia de derechos humanos.

PREGUNTA 9	¿Cuál es el cuerpo normativo en materia de protección de Derechos Fundamentales del concebido no nacido? ¿Es suficiente? ¿Podría reformarse?
DOCTRINA	La Constitución de la República al reconocer que se es persona humana desde el instante de la concepción eleva a categoría de valor jurídico fundamental la dignidad humana, por ser esta inherente a la persona, la cual se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida que lleva consigo la pretensión a ser respetada por las demás personas y el mismo Estado. Aunado a ello se cuenta con las leyes secundarias, convenios y tratados internacionales ratificados por el salvador conformando un cuerpo normativo solido en cuanto a la protección de derechos fundamentales del concebido no nacido.
INFORMANTE CLAVE 1	Se cuenta con un cuerpo normativo bastante amplio y completo la Constitución como ley suprema, leyes especiales en materia de familia, y materia penal, leyes secundarias, leyes especiales, tratados, los cuales tienen indivisibilidad e interdependencia unos de otros. Seria improcedente establecer las no reformas ya que se vive en una sociedad cambiante por lo que el derecho al igual que la sociedad cambia y surge la necesidad de establecer cambios en algunos textos normativos.
INFORMANTE CLAVE 2	Se cuenta con un cuerpo normativo bastante amplio y completo la Constitución como ley suprema, leyes especiales en materia de familia, y materia penal, leyes secundarias, leyes especiales, tratados, los cuales tienen indivisibilidad e interdependencia unos de otros. Seria improcedente establecer las no reformas ya que se vive en una sociedad cambiante por lo que el derecho al igual que la sociedad cambia y surge la necesidad de establecer cambios en algunos textos normativos.
INFORMANTE CLAVE 3	Si existe cuerpo normativo tanto en materia penal como en materia de familia, en dicha área considero que no es suficiente, debería de existir un capítulo en la LEPINA o en el código de familia enfocado al no nacido.
ANÁLISIS GRUPAL	En cuanto al marco jurídico, existen varios cuerpos legales, ya sean nacionales e internacionales que se encargan de resguardar los derechos del concebido no nacido. El Estado como ente garante, debe velar por el cumplimiento y respeto de los derechos, se cuenta con un cuerpo normativo amplio, en los cuales se establecen garantías encaminadas a la protección de los mismos. Existiendo concordancia entre los informantes clave, así mismo se deja entrever que aunque exista un cuerpo normativo capaz de responder a las necesidades actuales del Estado, cabe mencionar que la sociedad es cambiante, por lo tanto surgen nuevas circunstancias que necesitan ser reguladas, con la posibilidad de hacer reformas a las ya existentes, así como implementando la creación de nuevas normas que puedan contener específicamente apartados para el concebido no nacido como titular de derechos, así como lo menciona el informante clave tres.

Glosario

Análisis: Examen detallado de una cosa para conocer sus características o cualidades, o su estado, y extraer conclusiones, que se realiza separando o las partes que la constituyen.

Adopción: Acto jurídico en virtud del cual un adulto toma como propio a un hijo ajeno, con el fin de establecer con él una relación paterno-filial con idénticos o análogos vínculos jurídicos que los que resultan de la procreación. La adopción es el vínculo filial creado por el derecho.

Axiología: Es la rama de la filosofía que estudia la naturaleza de los valores y juicios valorativos.

Auge: Crecimiento o desarrollo notables y progresivos de algo, en especial de un proceso o una actividad.

Capacidad: La capacidad de goce, que es la actitud para tener derechos y obligaciones y la capacidad de ejercicio que es poder ejercer por sí mismo los propios derechos y contraer obligaciones.

Control: Mecanismo preventivo y correctivo adoptado por la administración de una dependencia o entidad que permite la oportuna detección y corrección de desviaciones, ineficiencias o incongruencias en el curso de la formulación, instrumentación, ejecución y evaluación de las acciones, con el propósito de procurar el cumplimiento de la normatividad que las rige, y las estrategias, políticas, objetivos, metas y asignación de recursos.

Concebido: El ser humano desde la concepción al aborto, nacimiento o muerte de la embarazada, en el Derecho, y para lo favorable, el concebido se tiene por nacido, siempre que nazca con vida, y, además, en algunas legislaciones censuradas, sea viable o lo demuestre con la mínima supervivencia de 24 horas.

Concepción: Acción y efecto de concebir, de quedar preñada, la hembra. Jurídicamente que sirve para determinar la condición de legítimos o de extramatrimoniales de los hijos, y porque, desde el momento de la concepción, el hijo concebido es sujeto de determinados derechos, especialmente de orden sucesorio.

Convención: Conjunto de estándares, reglas, normas o criterios que son de aceptación general para un determinado grupo social. Frecuentemente toman el nombre de criterios.

Ciudadano: Persona considerada como miembro de un estado titular de derechos civiles y políticos, sometido a sus leyes.

Creación: Se entiende por creación la acción y efecto de inventar, establecer constituir algo que anteriormente no existía ni posee antecedentes.

Cumplimiento: Significa ajustarse a una norma, como una especificación, política, norma o ley.

Cualitativo: Es la recogida de información basada en la observación de comportamientos naturales, discursos, respuestas abiertas para la posterior interpretación de significados.

Defensa: Es el derecho que tiene toda persona, contra la cual se ejercitó una acción, de repeler esta, demostrando su falta de fundamentos.

Descriptivo: Es uno de los métodos cualitativos que se usan en investigaciones que tienen como objetivo la evaluación de algunas características de una población o situación en particular.

Derecho: Conjunto de principios y normas, generalmente expresivos de una concepción de justicia y orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de forma coactiva por parte del Estado.

Derechos fundamentales: Son aquellos que hacen referencia a los derechos de las personas, reconocidos legalmente y protegidos procesalmente. Gozan de un derecho fundamental las personas individuales o colectivas; "un derecho fundamental está protegido por medios jurisdiccionales respecto del Poder público del Estado y de las demás personas

Discriminación: Es toda aquella acción u omisión realizada por personas, grupos o instituciones que produce y reproduce desigualdades en el acceso a recursos y oportunidades tan disímiles como comida, servicios de salud, educación o empleo, en favor o en contra de otras personas, grupos o instituciones.

Dignidad: Valor inherente al ser humano por el simple hecho de serlo, en cuanto ser racional, dotado de libertad

Embrión: "Debe entenderse desde la fecundación hasta el tercer mes de embarazo" Ovulo en proceso de fecundación o sometido a otro procedimiento capaz de producir un embrión.

Embarazo: Período que transcurre entre la implantación del cigoto en el útero, hasta el momento del parto, en cuanto a los significativos cambios fisiológicos, metabólicos e incluso morfológicos que se producen en la mujer encaminados a proteger, nutrir y permitir el desarrollo del feto, como la interrupción de los ciclos menstruales, o el aumento del tamaño de las mamas para preparar la lactancia.

Enfoque: Cuerpo de conocimiento preexistente, junto con una interpretación de problemas, un conjunto de objetivos y una colección de métodos.

Ética: Rama de la filosofía que estudia la conducta humana, lo correcto y lo incorrecto, lo bueno y lo malo, la moral, el buen vivir, a virtud, la felicidad y el deber.

Efectivo: Equilibrio entre eficacia y eficiencia, es decir, se es efectivo si se es eficaz y eficiente.

Equilibrio: Estado de inmovilidad de un cuerpo sometido a dos o más fuerzas de la misma intensidad que actúan en sentido opuesto, por lo que se contrarrestan o anulan

Estado: es una organización política constituida por instituciones burocráticas estables, a través de las cuales ejerce el monopolio del uso de la fuerza (soberanía) aplicada a una población dentro de unos límites territoriales establecidos.

Ejercicio: Práctica que sirve para adquirir unos conocimientos o desarrollar una habilidad

Extinción: Cese, cesación, término, conclusión, desaparición de una persona, cosa, situación o relación y, a veces de sus efectos y consecuencia

Feto: "Se entiende el ser humano desde el tercer mes de embarazo hasta el momento del parto" Es un vertebrado vivíparo en desarrollo, el cual transcurre desde el momento en que se ha

completado la etapa embrionaria hasta antes de que se produzca el nacimiento, convirtiéndose en un neonato.

Fecundación: Proceso por el cual dos gametos (masculino y femenino) se fusionan durante la reproducción sexual para crear un nuevo individuo con un genoma derivado de ambos progenitores.

Fenomenológico: Ciencia Filosófica que estudia todo lo relacionado con los acontecimientos que rodean a un objeto, su relación con el medio ambiente en el que se desarrollan los hechos y el cómo influye la cosa en el fenómeno.

Garante: Aquello que da seguridad para que algo ocurra. Por lo tanto, el garante de algo es la persona o la cosa que permite asegurar algo en algún sentido. Así, si pensamos en la policía esta institución actúa como garante del orden.

Genotipo: Información genética que posee un organismo en particular, en forma de ADN. Normalmente el genoma de una especie incluye numerosas variaciones o polimorfismos en muchos de sus genes.

Inconstitucionalidad: Es una herramienta jurídica a través de la cual, se pretende la declaración de inconstitucionalidad de una norma, alegando que atenta contra la ley fundamental de un Estado.

Interpretación: Hecho de que un contenido material, ya dado e independiente del intérprete, sea “comprendido” o “traducido” a una nueva forma de expresión.

Institución: Organismo público o privado creado para desempeñar una determinada labor cultural, científica, política o social.

Investigación: Considerada una actividad orientada a la obtención de nuevos conocimientos y su aplicación para la solución a problemas o interrogantes de carácter científico.

Infringir: No cumplir una ley, norma, pacto, etc., o actuar en contra de ellos.

Integridad: Totalidad de una persona, incluyendo su dimensión física, es decir, su cuerpo, y su dimensión moral, incluyendo su forma de ser y sus valores.

Información: Conjunto organizado de datos procesados, que constituyen un mensaje que cambia el estado de conocimiento del sujeto o sistema que recibe dicho mensaje.

Iusnaturalismo: Doctrina filosófica y del derecho a través de la cual se considera que las normas o derechos son propios de la naturaleza del ser humano y anteriores a cualquier derecho establecido.

Iuspositivismo: es una corriente de pensamiento jurídico, cuya principal tesis es la separación conceptual de moral y derecho, lo que supone un rechazo a una vinculación lógica o necesaria entre ambos.

Intrínseco: Es un término utilizado frecuentemente en Filosofía para designar lo que corresponde a un objeto por razón de su naturaleza y no por su relación con otro.

Igualdad: Condición o circunstancia de tener una misma naturaleza, cantidad, calidad, valor o forma, o de compartir alguna cualidad o característica.

Jerarquía: Organización de personas o cosas en una escala ordenada y subordinante según un criterio de mayor o menor importancia o relevancia dentro de la misma.

Ley: Es una norma jurídica dictada por el legislador, es decir: un precepto establecido por la autoridad competente, en que se manda o prohíbe algo en consonancia con la justicia cuyo incumplimiento conlleva a una sanción.

Legislador: Persona u órgano del cual provienen las leyes. Dependerá de la constitución de cada estado la asignación del poder legislativo a uno u otro órgano o persona.

Libertad: Es la capacidad de la conciencia para pensar y obrar según la propia voluntad de la persona.

Meta norma: Es una norma para cumplir otra norma.

Moral: Conjunto de normas, creencias, valores y costumbres que dirigen o guían la conducta de grupos de personas en la sociedad.

Muestra: Es un grupo de personas, eventos, sucesos, comunidades, etc., sobre el cual se habrán de recolectar los datos, sin que necesariamente sea representativo del universo o población que se estudia

Nacimiento: es el momento en que termina el proceso de gestación, y emerge un nuevo ser vivo a la tierra.

Nasciturus: Es el concebido aún no nacido, es el ser humano en el periodo de su vida que va desde el momento de la concepción hasta el momento del nacimiento, y se desarrolla en las diferenciadas etapas de embrión y de feto.

Neoconstitucionalismo: Es la teoría jurídica que describe, explica, comprende las consecuencias y alienta el proceso de transformación del ordenamiento jurídico. Es una toma de conciencia, una reflexión e intento de conceptualización de las transformaciones jurídicas que se advierten, dándose un cambio importante en el concepto de derecho

Norma Jurídica: Es una prescripción dirigida a la ordenación del comportamiento humano prescrita por una autoridad cuyo incumplimiento puede llevar a una sanción. Generalmente, impone deberes y confiere derechos.

Ontológico: Rama de la metafísica que estudia lo que hay, así como las relaciones entre los entes o la relación entre un acto y sus participantes.

Patrimonio: Conjunto de bienes y derechos, cargas y obligaciones, pertenecientes a una persona, física o jurídica.

Paternidad: hace referencia a la cualidad de padre o progenitor masculino o macho.

Persona: Ser o entidad capaz de derechos y obligaciones, aunque no tenga existencia individual física, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones.

Personalidad Jurídica: aquella por la que se reconoce a una persona, entidad, asociación o empresa, con capacidad suficiente para contraer obligaciones y realizar actividades que generan plena responsabilidad jurídica, frente a sí mismos y frente a terceros.

Ponderación: Es un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas.

Población: se refiere, tanto en geografía como en sociología, al grupo de seres humanos o personas que viven en un área o espacio geográfico determinado.

Protección: Acción y efecto de proteger (resguardar, defender o amparar algo o alguien). La protección es un cuidado preventivo ante un eventual riesgo o problema.

Régimen: Sistema político o social que rige un determinado territorio.

Soberanía: poder político supremo que corresponde a un Estado independiente, sin interferencias externas.

Sociedad: Conjunto de personas que se relacionan entre sí, de acuerdo a unas determinadas reglas de organización jurídicas y consuetudinarias, y que comparten una misma cultura o civilización en un espacio o un tiempo determinados.

Status: Posición que una persona ocupa en la sociedad o dentro de un grupo social.

Técnica: Conjunto de procedimientos o recursos que se usan en un arte, en una ciencia o en una actividad determinada, en especial cuando se adquieren por medio de su práctica y requieren habilidad.

Teoría: Conjunto de reglas, principios y conocimientos acerca de una ciencia, una doctrina o una actividad, prescindiendo de sus posibles aplicaciones prácticas.

Titular: Un titular es cada uno de los títulos de una publicación, generalmente para referirse a la prensa escrita.

Tutela: Es una institución jurídica cuyo objeto es la guarda de la persona y sus bienes, o solamente de los bienes o de la persona, de quien, no estando bajo la patria potestad, es incapaz de gobernarse por sí mismo por ser menor de edad o estar declarado como incapacitado.

Valor: Es una cualidad de un sujeto u objeto. Los valores son agregados a las características físicas o psicológicas, tangibles del objeto; es decir, son atribuidos al objeto por un individuo o un grupo social, modificando -a partir de esa atribución- su comportamiento y actitudes hacia el objeto en cuestión.

Vida: es el principal derecho que toda persona tiene, y por lo mismo se protege desde el momento de la concepción como lo regula la Constitución de la Republica.

Cronograma de actividades

FECHA ACTIVIDAD	FEB. 2017				MARZO 2017				ABRIL 2017				MAYO 2017				JUNIO 2017				JULIO 2017				AGOSTO 2017				SEPT. 2017			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Elección del Tema de Investigación	■																															
Situación Problemática		■	■																													
Enunciado del Problema				■	■	■	■																									
Planteamiento del Problema								■	■	■	■	■	■	■	■	■																
Justificación																■																
Formulación de Objetivos																	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■		
Consideraciones éticas																													■	■	■	■

FECHA ACTIVIDAD	OCT.2017				NOV.2017				DIC. 2017				ENERO 2018				FEBRERO 2018				MARZO 2018				ABRIL 2018				MAYO 2018							
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4				
Preguntas de Investigación (Finalización del Capítulo I)	■	■																																		
Elaboración del Marco Conceptual		■	■																																	
Elaboración del Marco Histórico				■	■	■																														
Elaboración del Marco Teórico						■	■	■	■																											
Elaboración del Marco Jurídico										■	■	■	■	■	■	■	■																			

FECHA ACTIVIDAD	JUNIO 2018				JULIO 2018				AGOSTO 2018				SEPT. 2018				OCTUBRE 2018			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Estrategias de Recolección de Información	■	■	■	■																
Entrega de Anteproyecto					■															
Revisión						■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■	■

FECHA ACTIVIDAD	NOV. 2018				DIC. 2018				ENERO 2019				FEBRERO 2019				MARZO 2019			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Subsanación de Observaciones																				
Revisión																				
Subsanación de Observaciones																				
Revisión																				

FECHA ACTIVIDAD	ABRIL 2019				MAYO 2019			
	1	2	3	4	1	2	3	4
Subsanación de Observaciones								
Entrega de Tesis Completa								