

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

---

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Y CIENCIAS SOCIALES

**DEL PRINCIPIO Y FIN DE LA  
EXISTENCIA DE LAS PERSONAS**

TRABAJO DE GRADUACION PRESENTADO POR

**SALVADOR SAGASTIZADO REYES**

PREVIA A LA OPCION DEL TITULO DE

DOCTOR  
LICENCIADO EN

**Ciencias Jurídicas**

Diciembre de 1981



T  
346.012  
S129d

TRIBUNAL CALIFICADOR  
DEL TRABAJO DE GRADUACION

PRESIDENTE: Dr. Román Gilberto Zúniga Velis.

1er.Vocal: Dr. Enrique Argumedo.

2do.Vocal: Dr. Carlos Amílcar Amaya.

ASESOR:

Dr. Ismael Castillo Panameño.

DEDICO EL PRESENTE TRABAJO DE GRADUACION:

A mis abnegados padres:

SALVADOR SAGSTIZADO MANZANO,

EVA REYES DE SAGASTIZADO.

A mis queridos hijos:

MARIO ENRIQUE,

YESSENIA,

FRANCISCO SALVADOR,

YAKELLINE,

YESSICA ESMERALDA.

INDICEPágina

PROLOGO,	1
TITULO I.- CONCEPTO DE PERSONA,	4
TITULO II.-- ELEMENTO FORMAL DE PERSONA,	6
TITULO III.-- SUSTRATO MATERIAL DE PERSONA,	11
TITULO IV.-- CONDICION JURIDICA DE LA CRIATURA QUE ESTA POR NACER,	17
TITULO V.-- MEDIDAS DE SEGURIDAD DEL CONCEBIDO Y SUS ESPECTATIVAS DE DERECHO,	25
TITULO VI.- CONDICION DE VITALIDAD Y VIABILIDAD DEL RECIEN NACIDO,	41
TITULO VII.- PRESUNCION DE DERECHO DE LA CONCEPCION,	46 →
TITULO VIII.- PRESUNCION LEGAL EN LOS PARTOS MULTIPLES Y EN LA MUERTE DE DOS O MAS PERSONAS EN SI-- NIESTROS U OTROS ACONTECIMIENTOS,	50
TITULO IX.- EFECTOS JURIDICOS DE LA MUERTE DE LAS PERSONAS,	56 →
TITULO X.- CONCLUSION,	57

## PROLOGO

Analizar la vida y muerte de las personas en esta época tienen tanta importancia, que ya no sólo se puede referir a las personas individuales, sino que actualmente El Salvador, como país que se debate por sobrevivir con una nueva fisonomía con la proyección de una nación dinámica, progresista y segura, en el camino que ha de elegir, para ya no regresar a época tan oscura, tan llena de sufrimiento y de total estancamiento en que nos encontramos.

Trataré esos temas con el punto señalado, para optar a la carrera de Licenciado en Ciencias Jurídicas que se me ha señalado, que es el principio y fin de la existencia de las personas.

Comprende los artículos siguientes:

### DEL PRINCIPIO DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS

Art. 72.--La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

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

Art. 73.--La Ley protege la vida del que está por nacer. El Juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

Art.74.--De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento.

Art.75.--Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 72, inciso 2o. pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

Art.76.--Cuando de un parto nacieren dos personas y no pudiere saberse cuál de ellas nació primero, se procederá como si ambas hubiesen nacido a un tiempo.

#### DEL FIN DE LAS EXISTENCIAS DE LAS PERSONAS

Art.77.--La persona termina en la muerte natural.

Art.78.--Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento, como en un naufragio, incendio, ruina o batalla o por otra causa cualquiera, no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá de todos casos como si

dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras.

Han de tratarse también sobre el nacimiento Biológico y el nacimiento Jurídico de las personas, sus coincidencias y sus diferencias, resaltando siempre que la persona es el componente de la familia, de la sociedad y de la patria no en el campo egoísta de las individualidades sino que en conjunción con el grupo social o estado en que vive; como soporte jurídico de los derechos y obligaciones establecidos en las leyes y como realizador del derecho que el mismo ha creado, de acuerdo al tema señalado.

## TITULO PRIMERO

### CONCEPTO DE PERSONAS

Inicialmente podemos decir que son todos los entes que pueden adquirir derechos y contraer obligaciones; para ello tienen que existir en el mundo de la realidad, que en el derecho se clasifican en personas naturales y personas jurídicas.

El hombre como una existencia real conlleva su condición de persona, distinguiéndose de los otros seres vivientes. Su condición de persona le dá categoría en la naturaleza como al ser superior con sus características de su inteligencia, de su raciocinio, de su memoria, de sus propias manifestaciones sociales.

Dentro del concepto de personas también se aplica a entes que aparentemente no tienen una existencia real en la naturaleza, y se les ha llamado personas ficticias porque son creadas por la ley, se les ha llamado personas civiles, personas jurídicas, o personas morales, aunque no tienen una existencia como la del hombre, son entes, asociaciones, corporaciones, fundaciones o sociedades que pueden ser sujetos de derechos y obligaciones.

En el Estado moderno, manejan gran parte de la producción industrial agrícola y ganadera, la comercialización de los productos. Manejan los bancos, casas financieras, empresas de construcción, etc., de tal manera que tienen gran influencia económica y son determinantes en gran medida, en la transformación de un país o regiones enteras.

## ORIGEN DE LA PALABRA

Remontándonos a su significado original de la palabra persona, entre los latinos fué, el de máscara "larva histrionalis" que era una careta que cubría la faz del actor cuando recitaba en escena con el fin de hacer su voz más vibrante y sonora. Después la misma palabra persona significaba el mismo actor enmascarado, el personaje.

También en el lenguaje teatral se usaba para indicar la representación de alguien. Este lenguaje escénico luego se aplicó a la vida de las personas, que representa, ya sea por sus funciones, por sus cualidades o por su posición en la sociedad de entonces. Por un desarrollo lingüístico persona se aplicó al hombre en términos generales como género aplicado a la especie humana. (Cita 48-Pág.36-37-Vol.3-I-Spota).

Se les llamaba personas a los romanos, para distinguirlos de los esclavos. Estos según el derecho romano eran cosas. No eran sujetos de derechos.

Es aspiración en estos nuevos tiempos reconocer la condición de persona a todos los hombres, sin distinción de edad, sexo, religión, nacionalidad, pensamiento político, en todas sus dimensiones.

TITULO SEGUNDO

ELEMENTO FORMAL DE PERSONA

CAPITULO I

PERSONAS NATURALES

El derecho implica deberes y poderes jurídicos. El sujeto de derecho es el que tiene aptitud, posibilidad jurídica de adquirir derechos y contraer obligaciones se trate o no de un hombre. No sólo el hombre puede ser sujeto de deberes y derechos sino que también las personas jurídicas. Por tal motivo a las personas individuales o a las personas jurídicas las concebimos como soportes, titulares de poderes, con facultades y deberes jurídicos. No se trata de meras normas que tenga un centro común que se personifique. Se está ante quien posee la voluntad jurídica de disponer de esos poderes jurídicos para alcanzar las satisfacciones de intereses propios de la sociedad organizada en Estado de derecho.

La persona está dotada de la aptitud de tener tales derechos subjetivos en el sentido de ser titular de esos poderes jurídicos atribuidos a su voluntad. E igualmente los deberes jurídicos recaen sobre las personas.

No siempre la aptitud de adquirir derechos, conlleva la capacidad de obrar.

Toda persona como regla general tiene aptitud de adquirir derechos y obligaciones. No distingue la ley si es menor de edad a-

alienado, declarado interdicto. Desde el momento que se encuentra en el mundo de la naturaleza, ya nace con derechos, y los puede ampliar en la vida, restringirlos a su voluntad. Distinto en la capacidad de obrar o sea que por sí pueda ejercer y accionar los derechos que tiene la persona. En este sentido hay limitaciones tomando en cuenta la protección de los intereses de la persona, ya sea por su edad, su inexperiencia, por sus limitadas condiciones mentales.

Una persona en el pleno goce de sus derechos, por ejemplo en nuestro país, quien haya cumplido veintiún años de edad, tiene el goce pleno de sus derechos, por sí puede comparecer ante cualquier tribunal a reclamar sus derechos, puede ser demandado, se puede comprometer a cumplir obligaciones. En cambio los menores de edad, alienados y otros con deficiencias mentales, no pueden actuar en sí, necesitan un representante tutor o representante legal que proteja sus intereses y defienda sus derechos, y para contraer obligaciones hasta necesitan la autorización del juez, con conocimiento de causa.

No podemos hablar de incapacidad absoluta del hombre, puede haber una incapacidad relativa porque no hay un ser humano que sea totalmente incapacitado. Y si tiene limitaciones puede ser representada su voluntad por otra persona, de acuerdo a las leyes, por ejemplo, los padres representan a sus menores hijos, un curador - representa a los interdictos o a menores en casos especiales, quien

protege los intereses de su pupilo y comparece por él en los tribunales u oficinas administrativas.

No podemos pensar que un ser humano por más limitaciones físicas y mentales que tenga deje de ser persona y como dijimos, es siempre sujeto de derechos y obligaciones.

La ley regula la representación con el fin de no entorpecer el tráfico normal de los negocios, del comercio, evitar que se aproveche esta situación en fraude de acreedores, para el caso que un alienado o menor que herede gran fortuna, en el cual haya también obligaciones que cumplir. No se va a alegar el estado de -- alienación o de menor de edad del heredero, para no pagar las -- obligaciones. Que los acreedores no queden burlados en su derecho, que contrajo el causante. No de otra manera podría configurarse -- la aspiración de justicia que busca el hombre en sociedad.

## CAPITULO II

### PERSONAS JURIDICAS

El concepto de persona, se aplica tanto al hombre, como ente material como también a las personas que le llamamos jurídicas, morales, ficticias de existencia ídel por haber sido creada por el hombre, pero tanto la persona natural como la persona natural como la persona jurídica, son titulares de derechos y obligaciones, son sujetos de derechos y obligaciones. Una persona natural como una persona jurídica pueden ser propietarias de bienes muebles e inmuebles, pueden ejercer el comercio interno y el comercio internacional, y la firma de la persona individual y la firma de la persona jurídica valen en tráfico del comercio. Pueden dedicarse a los mismos negocios productivos, a la industria, a explotación agrícola y ganadera. En las instituciones bancarias adquieren créditos hipotecarios prendarios, hay una serie de actividades que en igualdad de condiciones participan las personas individuales y personas jurídicas y en muchos casos, para efectos de créditos e impuestos, favorecen más a las personas jurídicas nuestras leyes.

Entre la existencia natural del hombre y la existencia de las personas jurídicas hay sus diferencias por su origen, formación, finalidades que no son objeto de este trabajo.

No hay persona sin capacidad de derecho por más numerosas que fueren las prohibiciones del Código. La capacidad de derecho

involucra siempre una idea relativa a cada persona, dada puesto que todas las personas son capaces de derechos respecto de lo que no les prohíbe la ley e incapaces de derecho al mismo relativo a lo que se les prohíbe.

Ya que la capacidad jurídica es el grado de aptitud de cada clase de persona para adquirir derechos y ejercer por sí o por medio de otra persona, actos que no les sean prohibidos comprende los dos aspectos del derecho; la capacidad jurídica para ser titular de un derecho, y la capacidad de obrar o sea el ejercicio por sí o por medio de otra persona. Cuando pueda ejercer los derechos por sí, está plenamente identificado con su aptitud para adquirir derechos y obligaciones. Cuando tenga necesidad de representación el incapaz de obrar, puede adquirir los derechos, mas no por sí, sino por medio de la representación necesaria que el ordenamiento jurídico le otorga.

No basta el mero reconocimiento del derecho que son personas en el concepto jurídico. No es sólo un conjunto de normas jurídicas referida a un ente ya sea persona individual o ya sea persona jurídica, se necesita un soporte jurídico del derecho, y para completar este concepto pasamos a analizar el concepto material de persona.

TITULO TERCERO

SUSTRATO MATERIAL DE LAS PERSONAS

El derecho ha sido creado para aplicarlo al hombre, para realizarlo en la sociedad, para lograr la convivencia, y la justicia indispensable para las relaciones entre los seres humanos, entre la familia, y con respecto al Estado. Se necesita en consecuencia elemento material que son el hombre y las personas jurídicas. Para su ejercicio alguien es el titular, alguien es el obligado y lo realiza.

Refiriéndose a las personas jurídicas, G. Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual, el Tomo III, Pág. 289, resumen sobre las personas jurídicas, que son tanto el Estado, las provincias y los municipios, como la Iglesia y las distintas congregaciones, toda suerte de sociedades mercantiles y civiles, asociaciones de cualquier índole, desde los sindicatos a los clubes deportivos y cuantos núcleos ofrecen pluralidad de hombres unidos con algún propósito, determinados medios y cierta organización jurídica externa, y distinta de la mera suma de individuos integrantes.

Y el hombre en la tierra, no importa sus limitaciones físicas o mentales, el derecho se realiza con él sin distingos de sexo, raza, credos políticos y religión.

A pesar de que es indiscutible la identificación del hombre

con el concepto de persona encontramos en la historia instituciones que perduraron por siglos en contra de lo afirmado, y aún en estos tiempos observamos situaciones en que se le desconoce su calidad de persona.

CAPITULO I

EL ESCLAVO

En el Derecho Romano, no eran personas los esclavos, ellos - eran semovientes que servían como elementos de trabajo, de carga y arado, pero que no llegaban a la categoría de personas, y el amo tenía derecho absoluto en ellos, hasta alegaban que no tenían alma. No eran seres iguales a los señores, aunque cuando lograban su libertad sí, se le reconocían sus derechos como persona. Se da ba el caso entonces, que existía la persona física, primero y pos teriormente, o nunca nacía para el derecho, condicionado si lo graba su libertad, se le reconocía su condición de persona.

Observamos que el nacimiento físico no coincidía con el na cimiento jurídico del hombre para ser sujetos de derechos y obli gaciones.

CAPITULO II

LA MUERTE CIVIL

También en el derecho antiguo encontramos sanciones tan graves como la muerte civil, que la persona existía físicamente pero no para el derecho, se desenvolvía como humano en la satisfacción de sus necesidades elementales, pero no se le reconocía derechos ni obligaciones en sus relaciones de familia, ni patrimoniales.

Ya no era padre de los hijos, el grupo familiar aceptaba herencia. Y ya no era cónyuge de su esposa, desaparecían como en la muerte natural los vínculos de familia y los bienes pasaban también a los herederos, a la vista del dueño real quien perdía todo el derecho de propiedades de sus bienes. Era considerado civilmente fallecido, se abría la sucesión, el matrimonio quedaba disuelto y ya no gozaba de titularidad de derechos.

Y en el derecho germánico antiguo, quien era condenado a la muerte civil era tratado como una bestia salvaje, el juez pronunciaba esta dramática sentencia:

"Tú quedarás fuera del derecho. Viuda es tu mujer, sin padres tus hijos; tu cuerpo y tus carnes son consagradas a las fieras del bosque, a los pájaros del aire, a los peces del agua. Los cuatro caminos del mundo se abren ante tí, para que vayas errante - por ellos, donde todos tienen paz. Tú no la tendrás."

El condenado a tan ingrata sanción sólo vivía físicamente pero no jurídicamente. Quedaba con incapacidad jurídica para recibir bienes, ni podía transmitirlos. No podía ser designado tutor o testigo ni comparecer ante la justicia a reclamar derecho alguno. (Pág. 57-58. Vol. 3-I-Tratado de Derecho Civil Spota).

### CAPITULO III

#### CONSIDERACIONES SOBRE EL NACIMIENTO FISICO DEL SER HUMANO, CON RELACION AL NACIMIENTO DE LA PERSONA JURIDICA

No siempre el nacimiento del hombre en este planeta, le concedió la categoría por el solo hecho del nacimiento como en los casos antes relacionados, Instituciones que han quedado en la historia, para ejemplo del egoísmo que ha campeado en la humanidad por siglos.

En Roma el esclavo era instrumento de trabajo para las minas, la agricultura, para la navegación; el trabajo era propio de los esclavos, los romanos eran guerreros y políticos, y para ellos el trabajo era una deshonra. Condiciones que en la edad media se prolongaron en menor grado con los siervos de la gleba, quienes estaban unidos para siempre a la tierra que laboraban, de los grandes señores feudales, y en consecuencia las tierras se vendían con todos sus colonos, eran parte del inmueble.

La edad media, aún se ha prolongado en pleno Siglo Veinte, en muchas partes, las condiciones inhumanas observadas en el trabajo agrícola y en empresas industriales, de los obreros.

Entonces no es determinante sólo un conjunto de disposiciones jurídicas, Constituciones Políticas y Códigos; no es suficiente que exista el hombre. También se requiere una voluntad común, una fiel observancia, en la defensa de los más elementales principios y derechos de éste, para que el concepto de persona tenga una realidad.

TITULO CUARTO

CONDICION JURIDICA DE LA CRIATURA QUE ESTA POR NACER

Ya dijimos que la idea de personas encierra y comprende la aptitud de ser titular de derechos y facultades y en la capacidad jurídica de asumir deberes y obligaciones.

El reconocimiento de esa aptitud corresponde el derecho objetivo, el que determina y regula en cuanto a la existencia y nacimiento de la persona sobre la base de un sustrato material ya sea persona individual o persona jurídica.

Es una premisa, que no hay derecho subjetivo sin sujeto de derecho. A todo deber jurídico corresponde un sujeto al cual pertenece ese deber. Y es así que tanto derechos como obligaciones corresponden a un sujeto. Reclama el titular de un derecho contra otro que realizará la obligación contra quien se puede impetrar las acciones respectivas, o en su caso esas obligaciones están afectos al patrimonio, son cargas del mismo, también se refiere a las relaciones extra patrimoniales o sean relaciones familiares, los hijos tienen derechos por ejemplo de alimentos con respecto a los padres y éstos la obligación de proporcionarlos, y los deberes de la cónyuge en nuestro Código de seguir siempre el domicilio del hombre y éste con el derecho de reclamar que la cónyuge lo siga.

Todo el derecho va dirigido a una o varias personas, son el sustrato material del derecho, se pueden concretizar.

Pero la criatura que está por nacer es sustrato material de

CAPITULO I

LEGISLACION ARGENTINA

La Legislación de Argentina lo considera como persona, basándose en que no puede haber derechos subjetivos sin sujetos de derechos. El nasciturus que es el concebido puede ser titular de derechos y basan tal reconocimiento en que no hay tales expectativas de derechos, esperando el nacimiento porque los derechos ya están concedidos. No hay una anticipación de la personalidad, porque el derecho objetivo ya le concedió la personalidad jurídica.

Según el Código Argentino y sus comentadores Alberto G. Spenta, la personalidad jurídica humana comienza desde la concepción. Y cuando el legislador lo considera solamente por ficción, que el concebido es mulieris portio es negar el sustrato material del nasciturus y la define indicando que son las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.

En síntesis expresan es persona el concebido o sea tiene existencia desde la concepción en seno materno, en cuanto a partir de ese momento tiene capacidad jurídica, o sea que tiene aptitud jurídica para la titularidad de algunos derechos que se adquieren irrevocablemente si nace con vida, o se resuelve si tal nacimiento se produce, en cuyo supuesto se considera como si nunca hubiera existido.

Agrega que a la capacidad jurídica limitada de las personas

por nacer se reconoce su incapacidad absoluta de obrar, ello hace necesario regular y establecer para las personas que están por nacer que se les provea de un representante legal. Los padres son sus representantes legales naturales. La madre lo es del hijo natural y el padre por incapacidad de ésta, por incapacidad de ambos se le debe nombrar un curador.

El curador de la madre incapaz es el curador de la persona por nacer.

Expresan que la patria potestad implica una función a llevar de los padres sobre las personas y bienes de los hijos desde la concepción de éstos y en tanto sean menores de edad y no sean emancipados, implica un poder de representación. (Pág.12-13 Vol.3-2 Spota).

Tal doctrina y legislación estima persona al concebido, aún cuando considera a éste como si nunca hubiera existido si el nacimiento con vida no tiene lugar, variando del concepto y regulaciones de otras legislaciones y del nuestro que entiende que la persona individual sólo comienza a existir desde su nacimiento, o sea con la vida extrauterina. Se dan los elementos formal y material de tal manera que el Código Civil Argentino, siguiendo las corrientes jurídicas de autores juristas como FREYTTAS, establece la condición jurídica del concebido como persona. Y afirma que no es futura, ni una esperanza de hombre Spes hominis; que no es un hombre en formación infieri.

No aceptan las teorías que la criatura por nacer sea un so-

porte de derechos si queda sujeto a meras expectativas de derechos en espera que se cumpla la condición suspensiva del nacimiento con vida, retrotrayéndose los efectos de la adquisición al día de la concepción. No para tal legislación y doctrina, el nasciturus no está bajo condición suspensiva, ni resolutoria, porque el derecho puede ser condicional, mas no su soporte. Aunque reconoce como nuestro Código que quienes mueren antes de estar completamente separados del seno materno serán considerados como si no hubieran existido. (Pág. 45 al 48. Vol. 3-2 Spota.).

CAPITULO II

LEGISLACION Y DOCTRINA SALVADOREÑA

El Art.72 del Código Civil literalmente dice: "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás."

Como puede apreciarse a la existencia natural del concebido la ley no le reconoce personalidad jurídica sino que es requisito indispensable que nazca con vida, debiéndose observar los requisitos siguientes:

- 1o.--Que el niño sea separado de su madre.
- 2o.--Que la separación sea completa.
- 3o.--Que viva después de esta separación completa, un momento siquiera.

En el caso que el niño sea separado de su madre por los medios empleados para efectuar esta separación son indiferentes, y en el derecho no se distingue si tiene efectos diferentes que el nacimiento sea natural, o que se haya obtenido por una intervención quirúrgica.

Cuando decimos que la separación sea completa entendemos -

que se corta el cordón umbilical que une al niño con la madre - que el niño tenga vida independiente.

Y el último requisito establecido en el dicho artículo es que el niño viva después de la separación completa un momento -- siquiera, la criatura debe dar signos inequívocos de vida, el -- más frecuente es el grito de la criatura que se produce al penetrar el aire a los pulmones. La duración de la vida después de -- cortarse el cordón umbilical, no se requiere que viva horas, -- días, semanas o meses, basta que sobreviva un momento siquiera, o sea tiempo insignificante, hasta que dé signos de vida por los medios adecuados, aunque fallezca después. (Pág. 216-217. Tomo Primero Claros Solar).

Se conocen pruebas si el niño vivió siquiera algunos momentos, porque no bastan los movimientos reflejos del feto para afirmar que nació vivo.

Algunas de ellas es la docimasia hidrostática, que consiste en sumergir los pulmones del niño en un recipiente de agua, y si los pulmones flotan es que el niño ha respirado, ha tenido vida extrauterina, se nos prueba si el aire ha penetrado a los pulmones.

A esta prueba se le hace la observación que el aire bien -- puede hacerse penetrar a los pulmones del niño por medio de respiración artificial, de personas interesadas en que el niño haya nacido con vida, para efectos de reclamar derechos hereditarios

dado que el interés y el egoísmo humano resalta en gran medida, al tener que decidir sobre las perspectivas de adquirir bienes con relación a terceros.

Y para comprobar si hay elementos extraños en el pulmón del niño, para observar si fué expuesto a maniobras de respiración artificial se aplica la docimasia histológica en la búsqueda y en la observación microscópica de todas las variaciones que se manifiestan en el parenquima pulmonar a consecuencia de la activa penetración en los alveolos. Es prueba histológica. (Cita 173 Pág. 85-Vol. 3-2-Spota).

\*En resumen nuestras leyes no otorgan personalidad jurídica al feto, porque no tiene vida autónoma es *mulieris portio*, o sea que es parte físicamente integrante de la mujer. Y no habiendo un ser real, con su propio cuerpo, con vida independiente no existe la persona que la ley prevé.

Por lo que me adhiero con el criterio del Art. 72 C. en su primer inciso: "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es al separarse completamente de la madre" por estar más acorde a la naturaleza y realidad del ser humano. Disposición que se complementa en el Art. 52 C. que literalmente dice:

Las personas son naturales o jurídicas, son personas naturales todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición."

"Se refiere a los individuos de la especie humana" para cu-

ya existencia se requiere que sean visibles, que tenga vida extrauterina. Agrega cualquiera que sea la edad, bien sabemos que la edad se inicia desde el momento que ocurre el parto, desde el nacimiento.

TITULO QUINTO

MEDIDAS DE SEGURIDAD DEL CONCEBIDO  
Y SUS ESPECTATIVAS DE DERECHO

La Legislación establece medidas de protección del feto, para asegurar el nacimiento. No quiere decir que estemos frente a una persona. El que será un soporte de derecho y obligaciones cuando nazca. Con capacidades limitadas o completas, según la edad, y su desarrollo mental.

Se puede favorecer al hijo que está por nacer, se le puede otorgar donaciones, legados, herencias, esos beneficios quedan bajo una condición suspensiva: el nacimiento de la criatura. Si nace con vida, entonces, sí ya es titular de tales derechos. Pero en caso no naciere con vida, a los derechos se les aplica la condición resolutoria. Declara la ley como si nunca hubiere existido la criatura. Quedan sin efecto todos los beneficios otorgados a favor del concebido.

Mientras se encuentra en el vientre de la madre, la persona por nacer, los bienes ofrecidos, pertenecen al oferente, testador, donante, conservan los bienes afectos a esa obligación. No ha salido del patrimonio del que se obliga, sino hasta el nacimiento del favorecido, asignatario, donatario. Entonces no puede darse el caso que estos derechos no tengan soporte jurídico, pertenecen a los actuales propietarios o titulares, porque de -

otra manera no habría la libre disposición de bienes y derechos a favor de terceros, sujeta a la condición suspensiva del nacimiento o resolutoria al morir el concebido en las circunstancias relacionadas.

No se puede negar la existencia en la naturaleza del concebido como un embrión con vida, que se desarrolla, que cada día - crece y por obra de la sabia naturaleza, va tomando las formas humanas dentro del vientre de la madre que le da vida.

Para los efectos jurídicos la edad del embrión en su desarrollo normal no tiene trascendencia, sólo en dos momentos: desde la gestación, que ya existe un embrión en constante transformación con las características de las formas humanas, aunque sin vida autónoma, pero con expectativas de derecho y el otro momento importante el día del nacimiento, al estar completamente separado de la madre.

\* Entre la época de la concepción y la fecha del nacimiento, los derechos del concebido permanecen estacionados en expectativa.

CAPITULO I

EN EL CAMPO PENAL

El Art.73 C. dice: LA LEY PROTEGE LA VIDA DEL QUE ESTA POR NACER. EL JUEZ EN CONSECUENCIA TOMARA A PETICION DE CUALQUIERA PERSONA O DE OFICIO TODAS LAS PROVIDENCIAS QUE LE PAREZCAN CONVENIENTES PARA PROTEGER LA EXISTENCIA DEL NO NACIDO SIEMPRE QUE CREA, QUE DE ALGUN MODO PELIGRA.

La destrucción o el aniquilamiento del producto de la concepción en cualquier estado de la preñez antes de iniciarse el nacimiento está calificado como aborto. Delito penado por el Código Penal en su Capítulo (11) en los delitos contra la vida y la integridad personal. El embarazo principia con la concepción y termina con el nacimiento. Las penas están reguladas y establecidas en los Artículos del 161 al 168 del Código Penal.

La mujer que en forma intencional o culposa se causare el aborto y los participantes en el delito, coactores o cómplices, que sean directamente responsables, serán sancionados, desde la pena más benigna de seis meses de prisión y hasta más de ocho años de prisión en los abortos agravados como tal lo establece el Art.164 C.Penal, ocho años aumentados en una tercera parte de prisión.

El bien jurídico que se protege, es la vida del feto independientemente de la vida de la madre. El ser concebido, pero no na-

cido, una esperanza de vida humana que se convertirá en tal al -  
terminarse el proceso de la gestación y comenzar el nacimiento  
dice C. Fontan Balestra. Pág. 85 Tomo IV.

Y por tales razones está el delito de aborto clasificado -  
en el capítulo de los delitos contra la vida y la integridad de  
las personas en nuestro Código. Ha habido polémica si se castiga  
o no el aborto. En Roma antigua en un principio se considera que  
el feto era víscera de la madre por lo que no se castigaba el -  
aborto. Hasta en la época de Severo que se aplicó el destierro y  
la confiscación, atendiendo no el aniquilamiento del feto, sino  
el fraude cometido en el marido. Por lo que si era practicado -  
con el consentimiento de éste, era impune. Con la llegada del -  
cristianismo, la doctrina de la Iglesia tuvo fundamental impor-  
tancia en la distinción entre el feto animado y el feto no anima-  
do, admitiendo que el cuerpo se formaba en el útero de la mujer  
a los cuarenta días de la concepción, de los varones y a los o-  
chenta días en las hembras, equiparándose el aborto sobre un fe-  
to animado con el homicidio, que con el tiempo, estas ideas fue-  
ron incorporándose en varias legislaciones, de tal modo que en el  
Derecho antiguo francés, el aborto tanto en el feto animado o -  
inanimado, se castigaba con la pena capital fijada para el homi-  
cidio página 85-2 Vol. IV Tratado Derecho Penal C. Fontán Bales-  
tra.

La impunidad del aborto se basaba en que siendo el concebi-

do una parte físicamente integrante de la madre, como una víscera, razón por la cual tiene derecho de destruir su existencia y así como se puede quitar un riñón, la vesícula biliar, también ella era libre para quitarse y o destruir el feto.

El mismo autor C. Fontán Balestra, en la página 85-3 y 85-4 del mismo Volumen resume los argumentos en favor de la impunidad del aborto y los argumentos en favor de la sanción.

#### ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA IMPUNIDAD

a) El ya señalado que el feto constituye una porción del cuerpo de la madre.

b) La ineficacia de la pena para evitar la ejecución del aborto ya que existen circunstancias más poderosas que la ley que motivan el aborto criminal. Que el número de abortos que llegan al conocimiento de la justicia es un número muy pequeño con relación a los que se practican, pues todos tienen interés en callar dice Jiménez de Asúa, la matrona, el Médico sin escrúpulos, la propia abortada y su familia.

c) El aborto es una ley de excepción contraria a las clases humildes cuyas mujeres además de las dificultades económicas para mantener a sus hijos encuentran inconvenientes para pagar una intervención que les permita eludir, al mismo tiempo los riesgos para su salud y la acción de la justicia, mientras tales soluciones son sencillas para las que pertenecen a las clases pudientes.

d) La necesidad de proteger la vida y la salud de las mujeres

que ante la ilicitud de su hecho ocurre a procedimientos riesgosos, o a la actuación de personas inescrupulosas o inexpertas, peligro que desaparecería si el aborto no fuera vedado y su práctica quedara a cargo de los Médicos del Estado."

#### RAZONES A FAVOR DE LA SANCION

"a) El derecho a disponer de la propia vida no justifica el ataque a ese bien llevado por un tercero, como no justifica el consentimiento las lesiones ni la muerte.

b) Si bien es cierto que el feto no es un ser equiparable jurídicamente a la persona individual no lo es menos que numerosas legislaciones al adoptar el principio. INFAS CONCEPTUS PRO NATO HABETUR QUOTIES DE COMMODIS EIUS AGITUR, concede a la persona - por nacer derechos que quedan supeditados a su nacimiento.

c) El hecho que un delito escape frecuentemente a la efectividad de la amenaza penal, no es argumento de peso, pues lo mismo podría decirse de muchos otros delitos.

d) La moralidad sexual, ya hondamente quebrantada, se relajaría totalmente al desaparecer uno de los frenos que más la detienen ante el concepto sexual ilícito.

e) Los riesgos inherentes a la práctica del aborto no desaparecen por el hecho de que las intervenciones sean practicadas por Médicos y en cambio el número de aquéllos aumenta enormemente".

La sociedad repulsa los actos del aborto porque va contra la naturaleza, contra la vida. Y en la mayoría de países como en el

nuestro es considerado como delito. La Iglesia Católica, no acepta el aborto, por ningún motivo, porque atenta a principios esenciales religiosos y morales. Varían las legislaciones en la severidad de castigar estos hechos. Siendo benignas unas y rígidas otras.

Nuestra legislación ha legalizado el aborto en casos especiales como tal aparece en el Art.169 del Código Penal que literalmente dice:

"No es punible:

1. El aborto culposo propio que se hubiere ocasionado la mujer o la tentativa de ésta para causar su aborto.

2. El aborto realizado por facultativo con el propósito de salvar la vida de la madre, si para ello no hubiere otro medio, y se realizare con el consentimiento de la mujer y previo dictamen médico. Si la mujer fuere menor, incapaz o estuviese incapacitada de dar el consentimiento, será necesario el de su cónyuge, el de su representante legal o el de un pariente cercano.

3. El realizado por facultativo cuando se presumiere que el embarazo es consecuencia de un delito de violación o de estupro y se ejecutare con consentimiento de la mujer.

4. El practicado por facultativo con el consentimiento de la mujer cuando el propósito sea evitar una deformidad previsible grave en el producto de la concepción."

Como puede apreciarse, consideraciones de tan graves riesgos físicos o afrentas morales ha tomado en cuenta el legislador para

legalizar el aborto en limitados casos; para salvar la vida de la madre se le llama terapéutico; para evitar el nacimiento de un niño deforme, eugenésico; para salvar la honra de la mujer cuando el producto es fruto del delito de violación o estupro que se le ha llamado sentimental, lo califica como aborto honoris causa. En la tentativa es impune también, por el arrepentimiento de la mujer de continuar su propósito delictivo y no haber causado daño alguno al concebido.

En términos generales se comprende que el amparo de la Ley Penal surge aún antes que la criatura llegue a ser considerada como nacida, viva para el derecho Civil. Para el derecho Penal cuenta aún la vida todavía dependiente de la madre desde la concepción al momento antes del parto.

CAPITULO II

CONSIDERACIONES SOBRE EL ART.73 C.

Con el ánimo de proteger al concebido, el legislador ha querido dar amplias facultades al Juez para asegurar el nacimiento sin peligro alguno de la criatura humana. Sin desestimar su buena intención, le hago las siguientes observaciones:

Art.73 C., recalca que el Juez tomará a petición de cualquier persona o de oficio todas las providencias que le parezca convenientes para proteger la existencia del no nacido siempre que crea que de algún modo peligrará.

Cuanta libertad de apreciación concede este artículo al Juez, que siempre que de algún modo crea que haya peligro para el concebido deba tomar las medidas que le parezcan convenientes sin especificarlas para protegerlo.

Creo que esta disposición es una sombra en la historia de la legislación, de la curatela al vientre del Derecho Romano, en los casos que preve que hay peligro que la madre pueda extinguir al concebido provocándose el aborto, sustituir un parto muerto por otro vivo o a la inversa o también para evitar un parto simulado. El Derecho Romano instituyó la curatela al vientre. En el caso de ausencia o fallecimiento del padre se le nombraba un curador al vientre para custodia e inspección del vientre de la madre a efecto de asegurar el nacimiento de la criatura y prevenir peligros,

de una suposición, sustitución o supresión de parto. Estas medidas se observaban porque la adquisición de los derechos que atañen al concebido por herencia, legado o donación se vuelven irrevocables al tener vida extrauterina. Entonces hay intereses patrimoniales, si nace el niño se consolidan los derechos que entonces eran especulativas.

Y si muere en las circunstancias mencionadas es como si nunca hubiese existido y distintos grupos de parientes adquieren los bienes actuales.

Es así que el derecho Justiniano según SPOTA Pág.28, 29 Vol.3-2 del Tratado de Derecho Civil dice, al referirse a la inspección del vientre y custodia del parto. Como primera medida se concedía el depósito de la madre en casa de una mujer muy honesta y la inspección por tres parteras probadas, tanto por su conocimiento como por su integridad, elegidas por su marido. Y tratándose del hijo póstumo, la mujer debía declarar el embarazo dos veces por mes a los interesados. Estos designaban a cinco mujeres libres para inspeccionar el vientre, se depositaba a la madre en casa de mujer honesta y luego treinta días antes del parto para la custodia del vientre hacían guardia tres mujeres libres y tres hombres con dos acompañantes delante de la puerta de la habitación. Que el número de personas que podían estar al momento del parto no debía exceder de diez mujeres y seis esclavas y también que en la habitación deberían prenderse tres luces porque en la oscuridad era más difícil la sustitución de partos.

La legislación Alfonsina de España reprodujo en gran parte estas medidas al ocurrir el parto dice: Nondeue estar en aquella casa do ella está ome ninguno, mas puede estar y fasta diez mugeres buenas que sean libres y fasta seys siruientes que non sea ninguna delas preñada, e dos de otras muegeres sabidoras que sean usadas de ayudar a la muger quando encaesce. E deuen arder en aquella casa cada noche, tres lumbres fasta que para; porque non pueda y ser fecho algund engaño escondidamente". (Pasaje tomado del Vol. 3-1 Pág. 28 Trat. Derecho Civil Spota.).

El temor a la supresión sustitución o suposición de parto y la lesión consecuente al interés público y al interés privado del padre de la criatura, y al interés de los terceros plantean el problema de las medidas a que se puede recurrir para que no sucedan tales hechos. Este interés debe también estar a la altura y reconocer también el interés no menos valioso, que es impedir todo menoscabo a la personalidad física y moral de la madre, al derecho personalismo, del derecho que tiene la madre de su propia individualidad, la tranquilidad moral y espiritual el derecho al honor a la integridad física y otros, que merecen respeto en nuestra sociedad.

También atenta con sus libertades individuales, de obligar una madre a permanecer en una casa que no es suya, para su custodia del parto.

No puede haber disposición contra la libertad individual es-

tablecida en la Constitución Política, que establece el libre tránsito de los ciudadanos la ley secundaria no puede cambiar el contexto de la Ley Constitucional.

Por más que el Art.73 le conceda al Juez facultades para tomar las providencias que le parezca convenientes para proteger - la existencia del concebido serán medidas que no se opongan a las libertades individuales, al decoro de la madre.

Queda pues entendido que si ella incurre en delito será sancionada, el Juez no le puede poner custodia durante las veinticuatro horas para que no delinca. Serán los interesados en probar - los hechos criminosos cometidos contra el feto.

El riesgo físico de la mujer, la reprobación moral contra estos hechos, las sanciones penales establecidas para el aborto, los principios religiosos, los cargos de conciencia de cegar una vida, son fuertes diques que detienen en gran medida el cometimiento de estos delitos.

### CAPITULO III

#### ASPECTO PATRIMONIAL

Entre las medidas de protección para el que está por nacer, también se contempla en los bienes que pueda adquirir para el día de su nacimiento y es así que el Art.75 C., establece reglas para estos efectos.

Art.75 C. Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del Art.72 inciso 2o. pasarán estos derechos a otras personas como si la criatura no hubiese jamás existido.

En el desarrollo de temas anteriores en este trabajo ya hemos iniciado en la condición suspensiva en que se encuentran los derechos a favor del que está por nacer, los efectos del caso que no nazca la criatura o no sobreviva ni un instante después de la separación de la madre.

Y en caso naciera la criatura con vida, entonces por una ficción se retrotrae su existencia para el goce de los derechos al tiempo que estos derechos se defirieron.

Tiene este artículo estrecha relación con los artículos 963 y 1269 C., que transcribo a continuación:

Art.963 C.-Para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión; salvo que se suceda por derecho de transmisión, según el Art.958 pues entonces bastará existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado.

Si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva será también preciso existir en el momento de cumplirse la condición.

Con todo las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen pero se espera que existan, no se invalidarán por estas causas si existieren dichas personas antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión.

Valdrán con las mismas limitaciones las asignaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante, aunque el que los presta no haya existido al momento de la muerte del testador.

Art.1269 C. No puede hacerse una donación entre vivos a personas que no existen al momento de la donación. Si se dona bajo condición suspensiva será también necesario existir al momento de cumplirse la condición.

Lo dispuesto en este artículo queda sujeto a las excepciones indicadas en los incisos 3o. y 4o. del Art.963.

Con estas disposiciones se trata de proteger los derechos que le han asignado o donado al que está por nacer. Se puede testar, dejar herencia o legado, se puede donar a una persona que no existe al momento del acto jurídico, pero que se espera que exista, como expresa el artículo.

Aunque observamos que tanto la disposición del Art. 963 C. dice que para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión, en igual sentido se expresa el Art. 1269 C. No puede hacerse una donación entre vivos a personas que no existan al momento de la donación.

Si tomamos solamente el contexto de estas disposiciones no se podría testar ni donar, aún al que se encuentra en el vientre de la madre, porque dice debe existir, al momento de hacer la asignación o donación o sea que ya viva como persona, pero el Art. 75 dice que si el nacido tiene un principio de existencia se entenderá que ya existía al momento que se le defirieron los derechos.

Y en estos dos artículos también que se complementan con los incisos 3o. y 4o., expresan que las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existan, pero que se espera que existan, no se invalidarán por esta causa, si existieren dichas personas antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión y aún se aplica a una persona que preste un servicio importante, aunque el que preste el servicio importante no exista al momento de la muerte del testador. Se aplica también el caso de la donación.

Con estas disposiciones se puede testar y donar a una persona que no existe, pero que se espera que exista, aunque no viva al momento de la muerte del testador o donante, con la limitación que nazca, tenga vida dentro de los treinta años de prescripción después de la muerte de éstos. Puede suceder al causante aceptar los legados o la donación si aquéllos no revocaron el testamento o la donación.

O sea no es necesario que al momento de las asignaciones exista el asignatario o donatario, basta que exista dentro de los treinta años después de la muerte de éstos, según nuestras leyes y si la criatura tiene vida extrauterina aunque sea por un momento, entra en el goce de dichos derechos como si hubiere existido al tiempo en que se le defirieron, se retrotrae sus existencias al momento que se defirieron esos derechos. Es una ficción indudablemente para proteger los derechos del que está por nacer, convirtiéndose las expectativas en un derecho actual en una realidad porque tales derechos entran al patrimonio del recién nacido cumpliéndose la voluntad del testador y del donante.

## TITULO SEXTO

### CONDICIONES DE VITALIDAD Y VIABILIDAD DEL RECIEN NACIDO

Son aspectos que son discutidos y analizados para determinar si al recién nacido se le debe otorgar la calidad de persona.

## CAPITULO I

### REQUISITOS DE VITALIDAD

Según observamos en el acontecer de la naturaleza, lo normal es que el niño nazca vivo y que sobreviva al cortarse el cordón umbilical. La excepción es que nazca muerto o que no sobreviva un momento siquiera al separarse completamente de la madre.

Se trata del problema de la vitalidad del recién nacido su capacidad para prolongar la vida extrauterina, para otorgarle la personalidad jurídica.

Carlos Solar, en el Vol.1 Pág.218 relaciona algunas legislaciones que establecieron requisitos de vitalidad, entre las cuales mencionó las siguientes: Se refiere al Derecho antiguo Español el Fuero Juzgo, exigió que el recién nacido viviera diez días y fuera bautizado. El Fuero Real, prescribió que sólo fuera bautizado. Que el Código Civil Español en su Art.30 dice, que para efectos civiles, sólo reputará nacido el feto que tuviere figura humana viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno".

Alberto G. Spota en su Tratado de Derecho Civil, Vol.3-2 Pág.71 cita 143, sobre este tema se refiere al antiguo derecho germano dice que fué riguroso en exigir la vitalidad del recién nacido quien debía tener abiertos los ojos dirigiéndolos hacia el techo y las cuatro paredes, y debía haber hecho sentir su voz sonoramente de modo de poder ser oída en la pieza vecina donde se encontraban, para recogerla los testigos varones para que pudieran dar la prueba del acontecimiento doméstico, y sus derechos sólo quedaban firmes después de cierto tiempo a veces con la observancia de ciertos ritos equiparables al bautismo como ocurrió en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real".

Las legislaciones en general siguen el criterio de nuestro Código Civil Art.72. "La existencia legal de toda persona principia al nacer esto es, al separarse completamente de su madre", basándose en que el nacimiento con vida y la capacidad de prolongarla independientemente de la madre es el frecuente y normal acaecer, es lo que de ordinario sucede.

En consecuencia, lo contrario, que el niño nació muerto o no sobrevivió un instante después de cortarse el cordón umbilical, corresponde probarlo a la parte interesada, no se presume la muerte.

## CAPITULO II

### REQUISITOS DE VIABILIDAD

El tema no se agota con determinar la vitalidad del recién nacido, se complementa con el requisito de la viabilidad.

Es el nacimiento con vida y con signos de características de humanidad.

Hay casos en que los fetos al nacer carecen de los órganos necesarios para la vida ni un instante, al estar separados de la madre, tal como ocurre con los acéfalos o sea sin cabeza o - sin parte esencial de ella, exacéfalo, peracéfalo o sea con dos o más cabezas; los arcordianos que nacen sin corazón. En estos casos no tienen posibilidades de vida autónoma, después de la expulsión o extracción del seno materno. Se le califica de viabilidad propia porque la vida de la madre es indispensable para la existencia del feto por carencia o vicios de órganos esencia les.

Siendo que al ser expulsado el feto o extraído de la matriz morirá, se le aplica el segundo inciso del Art. 72 C. "La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes - de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera se reputará no - haber existido jamás". Por lo que no tiene trascendencia jurídica el parto de un feto con estas limitaciones orgánicas o físicas.

El caso que nos interesa es cuando nace, con defectos físicos notorios, vicios orgánicos internos, esenciales y nace con vida, pero que fatalmente está condenado a morir en un tiempo mas o menos corto. Por ejemplo que nazca sin intestino, sin esófago, o tenga que morir por causas congénitas. Para considerar si amerita otorgarles la personalidad jurídica.

Defectos físicos o vicios orgánicos, que hagan imposible la prolongación de la vida extrauterina, por un tiempo determinado. Que por tales vicios orgánicos esenciales, el recién nacido ha de morir inexorablemente aunque haya nacido con vida. Legislaciones ha habido que no les han otorgado la capacidad jurídica, sujeto de derechos y obligaciones como si nunca hubiesen nacido aunque viva en la naturaleza tenga existencia visible.

Alberto G. Spota en su Tratado de Derecho Civil Vol. 3-2 Pág. 74 se refiere al Code Civil Italiano de 1942 que impone la viabilidad como condición de la capacidad para suceder o para la acción del Estado de desconocimiento de paternidad."

El Art. 72 C. ya señalado resuelve esta situación, no distingue, que haya nacido en condiciones físicas u orgánicas limitadas, sea que sobreviva muchos tiempos al estar separada completamente de la madre, sea que esté condenado a morir por tales defectos o vicios orgánicos. Basta que viva un instante para otorgarle la personalidad jurídica. Y se complementa con el segundo inciso del Art. 74 C. que expresa que si el nacimiento -

constituye un principio de existencia entrará el recién nacido en el goce de los derechos que se le confirieron cuando estaba en el vientre materno.

Hay niños que nacen completamente sanos, con todos sus órganos normales, y con capacidad de prolongar la vida que pueden morir a las pocas horas o en tan poco tiempo por situaciones imprevistas, cambios bruscos, de clima, ambiente saturado de tóxicos, precarias condiciones higiénicas, y también se dan casos de niños que nacieron con notorios defectos físicos, vicios orgánicos esenciales que tienen larga vida, por lo que los criterios de vitalidad y viabilidad para el recién nacido como requisito para que se les otorgue la calidad de personas, llevan a falsas apreciaciones y arbitrariedades.

La Ley no contempla el concepto de vitalidad del recién nacido o sea su capacidad de prolongar la vida extrauterina la capacidad de vida, y tampoco el concepto de viabilidad, o sea que el recién nacido tenga todas las características humanas, que nazca con todos los órganos tanto externos como internos, manos, pies, ojos, cabeza en completa formación y proporción con el cuerpo, también que nazca con los órganos vitales internos, las vísceras completas y en perfecto funcionamiento. La ley sólo quiere y acepta que el niño haya nacido vivo un instante siquiera al separarse completamente de la madre para hacerlo sujeto de derecho y obligaciones para llamarlo persona para reconocerle su condición de soporte jurídico titular de derechos.

TITULO SEPTIMO

PRESUNCION DE DERECHO DE LA CONCEPCION

No se puede precisar con exactitud matemática el momento de la concepción dado que es un hecho oculto de la naturaleza la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Dice Cabanella en su diccionario, que en los primeros diez días los cambios orgánicos son poco conocidos, apenas se descubre en la matriz una pequeña vescícula con un líquido transparente sin forma humana.

La importancia práctica de saber cuándo ocurrió la concepción es para determinar la calidad de hijos legítimos después de la muerte del cónyuge o después del divorcio, y también para efectos de comprobar la calidad de hijo natural, descendencia nacida fuera del matrimonio, situaciones que afectan al patrimonio del presunto padre o de la sucesión si es que hay un interés económico.

El Art.74 literalmente dice: De la época del nacimiento se colige la de la concepción según la regla siguiente. Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos días contados hacia atrás desde la media noche en que principie el día del nacimiento.

La duración ordinaria de la preñez es de nueve meses y se analiza cuál ha de ser el tiempo que una criatura nazca en con-

diciones de vida. El menor tiempo que pueda estar en el seno materno, cuál es el máximo de tiempo que puede permanecer en la matriz y se ha establecido en casi todas las legislaciones ciento ochenta días como mínimo y trescientos días como máximo.

Claros Solar en su comentario de este artículo dice que en los nacimientos acelerados la criatura no nace en condiciones debidas sino a medidado entre el nacimiento y la concepción ciento ochenta días cabeles contados de doce en doce la noche; que la concepción debe preceder al nacimiento o al menos 130 días, y que por lo tanto no se toma en cuenta el día de la concepción ni el día del nacimiento. Y en los nacimientos tardíos la criatura no ha podido permanecer en el vientre de su madre más de trescientos días. Que estos trescientos días no son un término que debe mediar entre la concepción y el nacimiento sino un término dentro del cual ha debido verificarse forzosamente la concepción, porque si mediara entre ambos hechos, la concepción precedería al nacimiento más que los trescientos días. Para computar la duración de la gestación máxima se excluye por lo tanto sólo el día del nacimiento, pero la concepción debe caer en uno de los trescientos días anteriores".

Pag.225.Vol.primer CLAROS SOLAR.

Mi criterio sobre esta presunción es que tanto en el plazo mínimo de ciento ochenta días del embarazo como en el del plazo máximo de trescientos días, se incluye el día del nacimiento.

Por ejemplo la criatura nació a las cuatro de la tarde del día treinta de septiembre de mil novecientos ochenta y uno. El Art.74 C. dice: que los plazos se contarán hacia atrás desde la media noche en que principie el día del nacimiento. Y en este caso el día del nacimiento principia el treinta de septiembre porque en ese día hubo alumbramiento, luego yo entiendo que los ciento ochenta y los trescientos días de embarazo se debieron contar o computar desde la media noche del treinta de septiembre, ya que la Ley presume completo el día del nacimiento. Aunque la criatura haya nacido a las cuatro de la tarde se computará el plazo desde la media noche de ese día hacia atrás porque en esa fecha principia el día del nacimiento.

De otro modo si no se toma en cuenta el día del parto se computarán los plazos desde el veintinueve de septiembre desde la media noche de ese día para atrás.

Dos conceptos son claves para la interpretación de este artículo: Que son las siguientes: "Desde" en un punto de arranque de partida, se refiere a la media noche en que principia el día del nacimiento. Y a la frase final del artículo, nos preguntamos, cuándo principia el día del nacimiento? y en el ejemplo que menciono es el treinta de septiembre, que la Ley lo presume completo para estos efectos de los plazos desde la media noche de ese día, porque realmente el nacimiento no fue el veintinueve de septiembre ni el primero de octubre sino que en la fecha indicada.

Ya vimos que el Maestro LUIS CLAROS SOLAR, en sus comentarios acepta que no se tomará en cuenta el día del parto para estos cálculos y en la Pág. 224 del Primer Tomo de su Tratado de Derecho Civil Chileno, para reafirmar su tesis, se refiere al Código Argentino y transcribo el párrafo que dice:

"El Código Argentino ha seguido el ejemplo del nuestro en los Artos. 76 y 77. En el primero dice que "La época de la concepción de los que naciesen vivos quedan fijadas en todo el tiempo comprendido entre máximun y mínimun la duración del embarazo" y agrega en el segundo que "El máximun de tiempo de embarazo se presume que es de trescientos días y el mínimun de ciento ochenta días excluyendo el día del nacimiento. Esta presunción no admite prueba en contrario."

Por la escasez de bibliografía nos falta conocer el espíritu del Legislador, los motivos, las razones históricas, las intenciones que informan a esta disposición. Al Art. 74 C.

Pero siempre debe someterse al fuego del análisis crítico los postulados y los dictámenes de los maestros y jurisconsultos.

Otras consideraciones de este artículo es la presunción del derecho que establece, que no admite prueba en contrario. Buscando la certeza de los derechos del que está por nacer y también la certeza del supuesto padre, para el nacimiento de las relaciones familiares.

TITULO OCTAVO

PRESUNCION LEGAL EN LOS PARTOS MULTIPLES Y EN LA MUERTE  
DE DOS O MAS PERSONAS EN SINIESTROS U OTROS ACONTECIMIENTOS

CAPITULO I

PARTOS MULTIPLES

El Art.76 literalmente dice: "Quando de un parto naciere dos personas y no pudiere saberse cuál de ellas nació primero, se procederá como si ambas hubiesen nacido a un tiempo".

Aunque el artículo no dice dos o más personas, pero se aplica la misma disposición donde existe la misma razón, o sea, también en un parto de tres o más personas al no poder saberse cuál de ellas nació primero se presume que todas nacieron al mismo tiempo, es una presunción legal que admite prueba en contrario, si hay interés, o importancia en los padres, de cualquier naturaleza, querer establecer o determinar quién nació primero y en qué orden, corresponderá probarlo a quien interese tales hechos. Por ejemplo puede ocurrir que se ha establecido asignación testamentaria al primer hijo que nazca de un matrimonio, si no se determina quién nació primero, entonces todos sucederán en la herencia o en el legado pero si la voluntad del testador es sólo para uno, entonces tendrá que probarse quién nació primero para cumplir con la voluntad del testador.

Este artículo tiene relación con el Art.963 C. que literalmente dice:

"En la sucesión intestada no se atiende al sexo ni a la progenitora".

En la sucesión intestada no habrá prioridad, quien nació primero ya sea en parto único, o en parto múltiple como el contemplado, tampoco se tomará en cuenta el sexo. Y dado que los padres sintiéndose proyectados con el varón como un orgullo le dan prioridad y le otorgan las mejores ventajas, en la herencia dejando a la mujer en menores condiciones respecto al hombre. Hoy los hijos de una familia todos tienen derecho a la herencia intestada por iguales partes, ya sean varones o hembras, ya hayan nacido primero o después.

CAPITULO II

MUERTE DE LAS PERSONAS

El Art.77 dice: La persona termina con la muerte natural.

El Art.78 dice: Si por haber perecido dos o más personas en un mismo acontecimiento como en un naufragio, incendio, ruina o batalla o por otra causa cualquiera, no pudiere saberse el orden en que han ocurrido sus fallecimientos, se procederá en todo caso, como, si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras.

En este artículo la muerte natural se asimila a la muerte violenta, para los efectos jurídicos, es la cesación de los fenómenos biológicos que concurren a la conservación de la vida, es la cesación de la vida en el aspecto corporal.

La vida del hombre es consustancial para la personalidad jurídica y si el nacimiento es el comienzo de la existencia de la persona jurídica, entonces, la personalidad civil se extingue con la muerte de las personas, o sea que concurren los hechos naturales de la muerte, de las personas con la extinción de la personalidad jurídica.

Sólo cabe analizar en los casos que varias personas que pueden suceder unas a otras perezcan en un siniestro, o batalla u otra calamidad, la ley presume que murieron al mismo tiempo, que

ninguna de ellas sobrevivió a las otras. Es una presunción legal que admite prueba en contrario y debe probarse quién sobrevivió y quién murió primero con toda clase de pruebas admisibles en el derecho, relativas a las circunstancias, condiciones físicas, experiencias o habilidades de cada fallecido para que el Juez con abundantes elementos de juicio pueda determinar sobre los hechos planteados, de otro modo queda firme la presunción legal.

Según Claros Solar, Pág. 228 y 229 Tomo I, de la Legislación Romana estableció presunciones para reemplazar la prueba directa, en el sentido que si morían el hijo impúber con sus padres, presumía que moría primero el hijo impúber, considerando la menor resistencia del menor. Que la ley de las 12 Tablas del Título 33 de la partida séptima dice: que en caso murieren en un siniestro, el marido y la mujer, se presume que murió primero la mujer por considerarla más débil que el hombre. Y en caso en el mismo accidente murieren el padre, la madre y el hijo mayor de catorce a los que se presume que murieron primero los padres, que murió después el hijo por las condiciones mejores físicas de éste, y en el caso ocurriere que murieron los padres en el siniestro con un hijo menor de catorce años se presume que murió primero el menor hijo".

Tales apreciaciones no se tomaron en cuenta, por las mismas razones que se presta a arbitrariedades. El artículo resuelve en

forma simple el problema, se presume que todos fallecieron al mismo tiempo. Y ninguno sobrevivió a otros.

Por ejemplo en un naufragio en alta mar, no es posible determinar quién murió primero, aún cuando se rescataron los cadáveres. Y si en caso que no encontraren los cadáveres, que hayan quedado en el fondo del mar, entonces no hay posibilidades de determinar y probar quién falleció primero y quién sobrevivió.

La importancia de este artículo es en el caso de herencias - que unas personas suceden a otras, es una presunción legal, que - admite prueba en contrario.

El Art.959 C. dice: "Si dos o más personas llamadas a suceder una u otra, se hallan en el caso del Art.78, ninguna de ellas sucederá en los bienes de la otra".

### CAPITULO III

#### CARACTERISTICAS DE LA MUERTE EN LAS PERSONAS

Algunas de las características principales que se pueden - observar en la muerte de las personas son las siguientes: Así en el nacimiento de los niños, al tener vida extrauterina, es signo determinante la respiración, también con la muerte cesa la respi ración. Se paraliza el corazón, notoria ausencia del pulso, y desaparecen los reflejos pupilares. Posteriormente se observa la - rigidez cadavérica y la frialdad en la piel.

A pesar de estas características, siempre se deja un tiempo prudencial, para inhumarlos, para evitar enterrar a personas que por causa de enfermedad - impacto emocional, traumatismo violento, queden en total inmovilidad, en estado de coma. Ya ha habido casos que dados por muertos se han levantado de las cajas mortuo rias.

El tiempo para la inhumación no son absolutas, por las técnicas del embalsamamiento que pueden durar en buen estado los fa llecidos, días, meses o años. Tal lo comprobamos que se encuentran en Egipto momias de reyes de hace cientos de años.

TITULO NOVENO

EFFECTOS JURIDICOS DE LA MUERTE DE LAS PERSONAS

Entre los efectos jurídicos se pueden mencionar, que se -  
extinguen los derechos personalísimos con la muerte del titular.  
En lo que se refiere a las relaciones patrimoniales, sean reales  
de obligaciones se transmiten a los herederos. En sus relacio---  
nes familiares, la muerte de un cónyuge disuelve el vínculo ma-  
trimonial, sin perjuicios del derecho de herencia del cónyuge -  
sobreviviente. La patria potestad le queda al cónyuge sobrevivien  
te.

Se extingue el derecho de uso, habitación y usufructo, pue  
de extinguirse la servidumbre por haber confusión en el caso -  
que una persona sea propietaria de un predio dominante y a cau-  
sa de herencia, sea propietaria de predio sirviente. El testamen  
to queda firme y es la expresión de la última voluntad del cau-  
sante y también las donaciones revocables quedan firmes si no  
hubo cambio de decisión o transmisión del bien donado por parte  
del causante o donante. Se abre la sucesión a la fecha de la -  
muerte, para que los presuntos herederos o legatarios reclamen  
sus derechos, según haya testamento o no.

## TITULO DECIMO

### CONCLUSION

Finalizo el presente trabajo, inconforme. Tiempos agitados, de mucha incertidumbre limitan profundizar la investigación jurídica, para llevar al lector una tesis más amplia, más completa de la problemática del Derecho Civil Salvadoreño.

A pesar de que no hay abundante bibliografía disponible en nuestro medio, desarrollé los temas propuestos con el sentido de seriedad que todo trabajo de investigación debe tener, por pequeño que sea. A través del mismo he señalado las fuentes. Y para ser más preciso, las páginas de las cuales he tomado las ideas, o las referencias, especialmente relativas a los orígenes históricos de instituciones que he considerado de interés, para alcanzar claridad y motivación en su lectura. Propósito éste, que no estoy seguro de haberlo logrado.

He querido exponer una síntesis de las ideas y connotaciones sobre el tema del principio y fin de la existencia de las personas. El contexto de la Ley, su interpretación, sus problemas y posibles soluciones.

Y también en este resumen puntualizo conceptos que no se oponen al objetivo de la investigación, es propio de la naturaleza del tema. No podemos ignorar el dramatismo que azota al país, al hablar sobre la vida y la muerte de las personas.

Porque sabemos que en El Salvador tenemos una de las Constituciones Políticas más avanzadas, en las conquistas sociales y de protección para el hombre, pero que sus disposiciones parece que han sido escritas, redactadas, sólo para su lectura, - si en todos los días de la semana, compatriotas son asesinados y regados sus cadáveres por las carreteras y barrancas. Si muchos son encarcelados y detenidos ilegalmente por tiempo indefinido, sin estar anotados como reos en ninguna parte. Y otros que fueron capturados desde hace tiempos y no han dejado indicios ni alguna posibilidad donde se les pueda encontrar, han en grosado la lista de los desaparecidos. Conciudadanos que por sus ideas políticas huyeron del país, porque saben que en El Salvador ya no se les considera que son personas, que al regresar se rán violentamente muertos sin identificar los nombres de las per sonas que cometieren el crimen. Y otras tantas familias que abandonaron sus tierras, sus casas, sus pertenencias, porque ya no podían seguir viviendo como personas libres en sus lugares, por los reales peligros de muerte que los acechaban, habiendo visto ya ellos la suerte que acabó con tantos amigos, parientes y conocidos del lugar, sin que nadie sea responsable.

No podemos hablar de los grandes alcances y conquistas del derecho en forma abstracta, mientras otros conciudadanos están encarcelados indefinidamente; privados de su libertad, sin derecho a la defensa, otros desaparecidos. No podemos analizar - el derecho abstracto, si al momento, compatriotas están siendo

torturados. Y a muchos se les está causando la muerte. Y otros se encuentran en el destierro lejos de su patria.

Es deber de todos manifestarlo, porque el derecho no tiene trascendencia, si sólo queda para proteger el patrimonio, los bienes materiales, y se relegue, únicamente para estudio y análisis de sus disposiciones y doctrinas sobre la vida, la integridad física, la libertad, el honor de las personas.

No es suficiente que haya desaparecido la esclavitud, que no exista en nuestra legislación la muerte civil, ni encontremos en El Salvador siervos de la gleba. Es necesario darle al concepto completa realización en todas sus dimensiones. Debemos empezar por reconocer al hombre salvadoreño su calidad de ser humano; es notorio que ya la vida y la libertad de gran parte de la población de El Salvador dejó de interesar a sectores dominantes; la integridad física, ni los otros derechos fundamentales, no los reconocen.

En conclusión es necesario el sustrato material, el soporte jurídico o sea la existencia física de la persona. El derecho objetivo, determina el campo de los derechos y obligaciones, de ese sujeto de derechos.

En los estados modernos, todas las legislaciones reconocen al hombre su calidad de persona. Luego es indispensable que los órganos del mismo, que representan la voluntad de un pueblo sean relevantes y eficaces para realizar sus fines, el bien común para satisfacer las necesidades de una nación entera en todos sus

aspectos, proteger los derechos fundamentales ya mencionados, para que cada uno pueda desenvolverse según sus capacidades y aspiraciones, y cumplir con la misión que como hombre le corresponde en esta sociedad.

Nos encontramos en un medio estructural orgánico, del Estado, vacío, sin los mecanismos de protección y seguridad que se requieren para desarrollar una vida normal.

Hasta podemos afirmar: antes que nazca el hombre ya debe haber en el mundo en que se asentará y crecerá, este elemento de seguridad, de su vida, de su honor, de su libertad, para poder decir que somos personas.

Y vendrán tiempos mejores para El Salvador, tiempos en que el derecho no sólo se aplicará a las piedras, a las máquinas, a los semovientes. Si, vendrá el momento esperado en que el derecho se va a aplicar también a las personas, al hombre. ASI SEA.

## BIBLIOGRAFIA

- 1.- CODIGO CIVIL SALVADOREÑO.
- 2.- LUIS CLAROS SOLAR, Derecho Civil Chileno.  
Tomo I. De Las Personas.
- 3.- ALBERTO G. SPOTA, Tratado de Derecho Civil,  
Tomo I-Volumen 3-1. Sujeto  
de Derecho. Ediciones De-  
palma, Buenos Aires, Argen-  
tina.
- 4.- ALBERTO G. SPOTA, Tratado de Derecho Civil.  
Tomo 1.-Volumen 3-2. Sujeto  
del Derecho. Ediciones De-  
palma. Buenos Aires, Argen-  
tina.
- 5.- GUILLERMO CABANELLAS, Diccionario de Derecho  
Usual. Editorial Heliasta  
S.R.L. Buenos Aires, Argen-  
tina.
- 6.- CODIGO PENAL SALVADOREÑO.
- 7.- SEBASTIAN SOLER, Tratado de Derecho Penal  
Argentino. Tomo III. Tipo-  
gráfica Editora Argentina.  
Buenos Aires, Argentina.
- 8.- CARLOS FONTAN BALESTRA, Tratado de Derecho Penal.  
Tomo IV-Parte Especial.  
Ediciones GLEM S.A. Abeledo  
Perrot. Buenos Aires, Argen-  
tina.