

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS  
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2012  
PLAN DE ESTUDIOS 2007**



**TEMA:**

**“LOS DERECHOS DE LA PERSONA NO NACIDA DE CONFORMIDAD A  
LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:  
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**PRESENTADO POR:**

**LOIDY LOANA GUARDADO AYALA**

**WILLIAM JOÉL ANZORA MEJÍA**

**LIC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ**

**DIRECTOR DE SEMINARIO**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MARZO, 2013**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO  
**RECTOR**

MASTER ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO  
**VICERRECTOR ACADÉMICO**

DOCTORA ANA LETICIA ZA VALETA DE AMAYA  
**SECRETARÍA GENERAL**

LICENCIADO FRANCISCO CRUZ LETONA  
**FISCAL GENERAL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO  
**DECANO**

LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA  
**VICEDECANO**

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES  
**SECRETARIO**

DOCTORA EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA  
**DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

LICENCIADO JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ  
**DIRECTOR DE SEMINARIO**

## **AGRADECIMIENTOS**

**A DIOS TODOPODEROSO** por darme la salvación, la fuerza, los medios y la sabiduría suficiente para culminar mis estudios Universitarios.

**A MI MADRE** Elizabeth Ayala por ser la persona más importante en mi vida, quien me ha guiado a lo largo del camino para alcanzar mis metas y quien ha sido mi soporte total durante toda mi carrera, a ella ¡INFINITAS GRACIAS!

**A MI HERMANO** Gustavo Ayala, quien me ha acompañado siempre; y a mi demás familia.

**A IVONE GALINDO** por ser parte de mi vida y dejarme formar parte de la suya, por apoyarme y por estar a mi lado cuando más lo necesito.

**A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS** Marcela y Tato por ser personas que Dios puso en mi camino como verdaderos amigos, no juzgando y apoyando siempre.

**A MI AMIGO Y COMPAÑERO DE TESIS** William Anzora por estar a mi lado inseparablemente durante los cinco años de la carrera, ¡SOS GRANDE!.

**A MI ASESOR** Lic. Juan José Castro por ser una de las primeras personas en formarme en lo que respecta a esta carrera y asesorarme en este trabajo.

**A LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR** por tantas experiencias académicas y de vida.

Loidy Loana Guardado Ayala

## **AGRADECIMIENTOS**

Arribar a la meta con la satisfacción que los obstáculos del camino fue una oportunidad de crecer y ser un mejor profesional. Pero para afrontar esos obstáculos fue imprescindible el soporte de seres especiales a las cuales dedico este triunfo:

**REY JESUS:** Siempre estuviste a mi lado, escuchaste mis peticiones, nunca me has abandonado y puedo decir con seguridad EBEN EZER “Hasta aquí me ha ayudado Jehová”, gracias Señor porque tu misericordia nunca se apartara de mi.

**A MIS PADRES:** Porque siempre me dieron su apoyo, porque han sido el pilar fundamental de mi desarrollo profesional y personal. Los amo.

**A MIS HERMANOS:** Porque ustedes han sido mis cómplices, gracias por quererme y respetarme.

**A MIS AMIGOS Y AMIGAS:** Ustedes que han sido mi soporte emocional, porque los quiero como parte de mi familia, han sido mis consejeros, con los que he reído y llorado, gracias por permitirme ser parte de sus vidas.

**A MI AMIGA Y COMPAÑERA DE TESIS:** Desde mi primer día como estudiante universitario te convertiste en mi amiga y hermana, gracias porque

sin tu nivel de orden y organización estoy seguro has sido necesario para que este trabajo sea un éxito.

**A MI ASESOR:** Lic. Juan José Castro, muchas gracias maestro, por tener fe en nosotros y por apoyarnos incondicionalmente.

**A MIS COMPAÑEROS DE LA ASAMBLEA GENERAL UNIVERSITARIA PERIODO 2011-2013:** Porque más que compañeros fueron amigos, gracias a cada uno de ustedes de los diferentes sectores; a muchos del Sector Estudiantil que ahora son excelentes amigos.

**A MIS AMIGOS Y COMPAÑEROS DE LA HONORABLE JUNTA DIRECTIVA DE LA AGU:** Desde que iniciamos la gestión desarrollamos una relación de amistad, compañerismo y me permitieron aprender de cada uno de ustedes como personas y como profesionales, siempre lo llevare en mi corazón,

**A MI ALMA MATER:** Universidad de El Salvador, porque la UES en su conjunto, con todos los compañeros estudiantes, Docentes, personal administrativo, maestro del Complejo Deportivo y Autoridades; a todos ustedes que le dan vida al alma mater, muchas gracias. Porque mi Universidad me ha dado todo.

William Joel Anzora Mejía

## ÍNDICE

**INTRODUCCIÓN.....IX**

### **CAPÍTULO I.- PLAN DE INVESTIGACIÓN**

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1.1 IDENTIFICACIÓN Y FORMULACIÓN DEL PROBLEMA....	1
1.1.1 CRITERIO JURÍDICO.....	2
1.1.2 CRITERIO SOCIAL	
1.1.3 CRITERIO POLÍTICO	
1.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	
1.3 ELECCIÓN DEL TEMA	
1.3.1 ENUNCIADO	
1.3.2 DELIMITACIÓN DEL TEMA.....	3
1.3.2.1 TEÓRICO	
1.3.2.2 PRÁCTICO	
1.3.2.3 ESPACIAL	
1.3.2.4 TEMPORAL	
2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	4
3. JUSTIFICACIÓN	
4. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN.....	6

4.1	OBJETIVO GENERAL	
4.2	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	
5.	SISTEMA DE HIPÓTESIS.....	7
5.1	HIPÓTESIS GENERAL	
5.2	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS	
6.	ESTRATEGIA METODOLÓGICA	
6.1	TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	7
6.2	UNIDADES DE ANÁLISIS.....	8
6.3	MUESTRAS	
6.4	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS	
	<b>CAPÍTULO II.- TEORÍAS DEL INICIO DE LA VIDA HUMANA.....</b>	<b>9</b>
1.	TEORÍAS ANTIGUAS	
A)	TEORÍA DE LA VITALIDAD.....	10
B)	TEORÍA DE LA VIABILIDAD.....	12
C)	POSTURA ADOPTADA POR NUESTRA LEGISLACIÓN	
2.	ALGUNAS TEORÍAS MODERNAS.....	13
A)	LA FECUNDACIÓN	
B)	LA APARICIÓN DEL SISTEMA NERVIOSO CENTRAL O LA PERCEPCIÓN DEL LATIDO CARDÍACO FETAL.....	16

C) LA ANIDACIÓN.....	17
D) POSTURA ADOPTADA POR NUESTRA LEGISLACIÓN....	18
<b>CAPÍTULO III.- CONCEPTO DE NASCITURUS.....</b>	<b>21</b>
1. CONCEPTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL	
2. CONCEPTO DOCTRINAL.....	22
3. CONCEPTO MÉDICO.....	23
<b>CAPÍTULO IV.- CLASES DE NASCITURUS.....</b>	<b>25</b>
1. NASCITURUS MATRIMONIAL	
2. NASCITURUS EXTRAMATRIMONIAL	
3. NASCITURUS CUASI-PÓSTUMO.....	26
4. NASCITURUS PÓSTUMO	
5. NASCITURUS DE MADRE CON EMBARAZO DOBLE.....	27
6. NASCITURUS DE MADRE CLÍNICAMENTE MUERTA	
7. NASCITURUS DENTRO DE OTRO NASCITURUS.....	28
<b>TÍTULO ÚNICO.- PROCREACIÓN HUMANA ARTIFICIAL</b>	
8. NASCITURUS POR ENCARGO	
A) INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.....	29
A.1) NASCITURUS PROVENIENTE DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMÓLOGA, ES DECIR, CON SEMEN DEL ESPOSO O COMPAÑERO DE LA	

PAREJA (IAC)	
A.2) NASCITURUS PROVENIENTE DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA O CON SEMEN DE DONANTE ANÓNIMO (IAD)	
B) NASCITURUS PROVENIENTE DE FECUNDACIÓN "IN VITRO" Y TRANSFERENCIA DE EMBRIONES HUMANOS (FIV Y FIVET).....	30
B.1) NASCITURUS POST-MORTEM O POST- PÓSTUMO	
B.2) NASCITURUS PROVENIENTE DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	31
B.3) NASCITURUS CRIO-CONSERVADO	
<b>CAPÍTULO V.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL NASCITURUS.....</b>	<b>32</b>
1. DERECHO ROMANO CLÁSICO	
2. DERECHO JUSTINIANO.....	37
3. DERECHO GERMÁNICO	
4. DERECHO VISIGODO.....	39
5. EL NASCITURUS EN LA EDAD MEDIA.....	42
6. EL NASCITURUS EN LA ALTA EDAD MEDIA.....	43
<b>CAPÍTULO VI.- LA EXPECTATIVA DE DERECHO.....</b>	<b>46</b>
1. CONCEPTO	

2. ESTRUCTURA D ELA EXPECTATIVA.....	47
3. VIDA DE LA EXPECTATIVA	
4. EXTINCIÓN DE LA EXPECTATIVA.....	48
5. SÍNTESIS DE LA EXPECTATIVA	
6. TITULAR Y TITULARIDADES DE LA EXPECTATIVA.....	51
7. NATURALEZA DE LA EXPECTATIVA.....	52
<b>CAPÍTULO VII.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CONSIDERACIÓN DE PERSONA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR.....</b>	<b>53</b>
1. CONSTITUCIÓN DE 1824.....	54
2. CONSTITUCIÓN DE 1841	
3. CONSTITUCIÓN DE 1864.....	55
4. CONSTITUCIÓN DE 1871	
5. CONSTITUCIONES DE 1880, 1883, 1886 Y 1939.....	56
6. CONSTITUCIÓN DE 1983.....	57
7. REFORMA DEL 30 DE ABRIL DE 1997 AL ARTÍCULO 1 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR DE 1983	
<b>CAPÍTULO VIII.- REGULACIÓN DE LA PERSONA NO NACIDA EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA.....</b>	<b>60</b>

1.	CONSTITUCIÓN DE 1983 REFORMADA	
2.	CÓDIGO CIVIL	
3.	CÓDIGO PENAL.....	64
4.	CÓDIGO DE FAMILIA.....	71
5.	LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑES Y ADOLSCENCIA (LEPINA).....	75
6.	CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL.....	81
7.	REGLAMENTO INTERNO DE LA JUNTA DE VIGILANCIA DE LA PROFESIÓN FARMACÉUTICA Y LEY DEL CONSEJO DE SALUD PÚBLICA Y DE LAS JUNTAS DE VIGILANCIA DE LAS PROFESIONES EN LA SALUD.....	82
8.	CÓDIGO DE TRABAJO.....	84
9.	CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	
10.	DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.....	88
11.	CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHO SHUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ).....	89
12.	PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS (PIDCP).....	91
13.	DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (DADDH).....	92
14.	CÓDIGO DE BUSTAMANTE.....	93

<b>CAPÍTULO IX.- DERECHOS DE LA PERSONA NO NACIDA DE CONFORMIDAD A LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA.....</b>	<b>95</b>
ATRIBUTOS DE LA PERSONA NATURAL	
1. CAPACIDAD	
2. NACIONALIDAD.....	96
3. DOMICILIO.....	97
4. ESTADO FAMILIAR	
5. PATRIMONIO.....	98
6. NOMBRE	
DERECHO DE MENORES.....	99
DERECHOS DEL NO NACIDO.....	101
1. DERECHO A LA VIDA.....	102
2. DERECHO A LA NACIONALIDAD.....	105
3. DERECHO A LA INTEGRIDAD.....	108
4. DERECHO A LA SALUD.....	110
5. DERECHO DE ALIMENTACIÓN.....	112
6. DERECHOS HEREDITARIOS.....	114
<b>CAPÍTULO X.- SÍNTESIS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO.....</b>	<b>118</b>
1. PUNTO DE PARTIDA E HIPÓTESIS	

2.	METODOLOGÍA Y TÉCNICAS APLICADAS	
3.	ANÁLISIS DE ENTREVISTAS.....	119
4.	COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS.....	123
	<b>CAPÍTULO XI.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>124</b>
	CONCLUSIONES	
	RECOMENDACIONES.....	126
	<b>ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO.....</b>	<b>128</b>
	<b>ANEXOS.....</b>	<b>143</b>

## ABREVIATURAS

Art.-: Artículo

Dr.: Doctor

Ed.: Edición

Inc.: Inciso

No.: Número

Op. Cit.: Obra citada.

p.: Página

S.Ed.: Segunda Edición

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación versa sobre los derechos del no nacido en la legislación salvadoreña, el cual constituye una innovación en cuanto a la reciente y creciente necesidad de salvaguardar los derechos de los niños y de las niñas, ya que actualmente tales derechos en alguna medida están desprotegidos, es menester mencionar que en el desarrollo del tema objeto de estudio se ha trabajado la investigación teórica y de campo, tomando en cuenta las opiniones y sugerencias de la experiencia de los profesionales del derecho y de las ciencias médicas idóneas en el tema.

Cuando se ha determinado elaborar un estudio riguroso con respecto a los derechos del no nacido en la legislación salvadoreña, es necesario precisar las diversas teorías que existen en la doctrina sobre los orígenes de la concepción de persona en el ordenamiento jurídico y que fundamentan dicho tema, así como también la legislación vigente en El Salvador referente al no nacido; cabe mencionar que al tenor de las diferentes circunstancias y acciones antijurídicas que tienden a poner en riesgo la integridad del ser no *nacido* y que la ley ya considera con derechos, los legisladores a través de la historia se han esforzado por crear normas que regulen, protejan y garanticen la vida, así como aquellas normas que sancionan conductas gravosas en contra de aquellos que procuren un mal al no nacido. Muchos aspectos se ven determinados y relacionados con los derechos del que está por nacer, como lo son aspectos de índole social, político, económico, cultural, etc., los cuales influyen directa o indirectamente en él respeto o no de aquel ser que está por nacer, puesto que por ejemplo en circunstancias de extrema pobreza, ignorancia, falta de conciencia u otros aspectos más, existen factores altos de riesgo que pueden determinar el hecho natural del nacimiento.

De ninguna manera hay que ignorar la intervención de los padres, puesto que en ellos recae la responsabilidad primaria de garantizar la vida del ser que no ha nacido y que cuenta con indicios y presunciones humanas de que pueda nacer, para conformar un sujeto pleno de derechos y obligaciones, ya que se encuentra en un estado vulnerable de indefensión física, moral y psicológica. No hay que olvidar también que existen leyes penales que sancionan conductas antijurídicas, como por ejemplo el aborto con sus diversas modalidades, ni hay que olvidar a los diferentes Tratados Internacionales que regulan y defienden frontalmente el derecho a la vida; es pues, por demás necesario hacer énfasis que sobre todas las dudas, la sociedad misma a través de su órgano supremo director que es el Estado, protege y procura la procreación y la preservación de la especie, garantizando también todo lo concerniente al derecho de familia, el matrimonio, la paternidad, la autoridad parental, etc., como instituciones creadas con ese fin supremo que es proteger a la persona humana aún sin haber nacido y lo que es más, trasciende de fronteras porque dicho derecho a la vida es de carácter cosmopolita.

# **CAPÍTULO I**

## **PLAN DE INVESTIGACIÓN**

### **1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

#### **1.1 IDENTIFICACION Y FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

El problema de investigación está enmarcado en la regulación salvadoreña de los derechos de las personas no nacidas, y así también su respectiva aplicación. Una problemática que debe ser vista desde todas las perspectivas y ángulos que permitan tener una posición objetiva de la misma.

El problema inicial del goce de derechos, es desde qué momento de la etapa embrionaria se trata de un nuevo ser independiente de la madre y al cual el ordenamiento jurídico le otorgue la calidad de persona y por consiguiente la respectiva protección que emana de dicho reconocimiento; es por ello que diferentes organizaciones de corte feminista han denunciado vehementemente el denominado “derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo” y por el contrario diferentes organizaciones de carácter religioso y moralista han promovido campañas de protección al embrión desde el momento de la concepción.

El punto central de esta discusión se encuentra en la determinación mediante la cual se pueda establecer que el embrión sea considerado persona capaz de ostentar derechos y contraer obligaciones, y que en adelante aunque se encuentre en el vientre materno, tiene la capacidad de dársele el respectivo reconocimiento y por consiguiente la debida protección.

Se trata de una problemática que tiene enfrentados a diversos sectores de la sociedad estando en el medio de la misma la comunidad jurídica como

instrumento para la promoción de justicia y defensa de los derechos humanos en cualquier momento de la vida de ésta.

#### **1.1.1.- CRITERIO JURÍDICO.**

¿Desde cuándo se inicia la protección del ser humano como parte del origen y fin de la actividad del Estado?

#### **1.1.2.- CRITERIO SOCIAL.**

¿Cuál es el objetivo de las diversas Organizaciones no Gubernamentales al exigir el cumplimiento del inciso segundo del Artículo 1 de la Constitución de la República de El Salvador y a solicitar el castigo para la violación del mismo?

#### **1.1.3.- CRITERIO POLÍTICO.**

¿Cuáles son las políticas que el Estado promueve para dar cumplimiento al inciso segundo del Artículo 1 de la Constitución de la República de El Salvador?

### **1.2.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuáles son los derechos de la persona no nacida de conformidad al ordenamiento jurídico salvadoreño en el municipio de San Salvador, desde la última reforma en nuestra Constitución que establece la existencia de la persona humana desde el instante de la concepción?

### **1.3.- ELECCIÓN DEL TEMA**

#### **1.3.1.- ENUNCIADO.**

¿Cuáles son los derechos de la persona no nacida de conformidad al ordenamiento jurídico salvadoreño en el municipio de San Salvador, desde la

última reforma en nuestra Constitución que establece la existencia de la persona humana desde el instante de la concepción?

### **1.3.2.- DELIMITACIÓN DEL TEMA.**

#### **1.3.2.1.- TEÓRICO.**

Se encuentra dentro de las diversas investigaciones, análisis, pruebas y conclusiones de especialistas que expresen con mayor exactitud en qué momento del desarrollo embrionario se puede establecer que se está frente a una vida independiente, diferente de la madre y por lo tanto capaz de ser sujeto de derechos, de tal forma que se pueda inferir de ello un asidero científico que respalde la legislación aplicable en esta materia y que la misma se conforme a lo establecido por los expertos.

#### **1.3.2.2.- PRÁCTICO.**

Es necesario realizar diversas consultas a los especialistas que se encuentren involucrados en la aplicación práctica del objeto de estudio, es decir, que se buscarán las consultas, entrevistas y el uso de todos aquellos instrumentos que permitan identificar la postura de cada uno de ellos, de tal forma que se pueda develar las diversas nociones que se dan en torno a este tema. Es por ello que se acudirá a médicos especialistas en obstetricia, abogados y jueces.

#### **1.3.2.3.- ESPACIAL.**

El abordaje de esta problemática se enfoca en hacer un estudio del ordenamiento jurídico salvadoreño, mismo que se hará, tomando como muestra al municipio de San Salvador.

#### **1.3.2.4.- TEMPORAL.**

Se estudiará el desarrollo del ordenamiento jurídico salvadoreño, desde la

última reforma en la Constitución que establece la existencia de la persona humana desde la concepción<sup>1</sup> desde el 01 de abril del presente del año 2012, hasta el mes de noviembre del mismo año.

## **2.- ENUNCIADO DEL PROBLEMA.**

¿Cuáles son los derechos de la persona no nacida de conformidad al ordenamiento jurídico salvadoreño en el municipio de San Salvador, desde la última reforma en nuestra Constitución que establece la existencia de la persona humana desde el instante de la concepción?

## **3.- JUSTIFICACIÓN.**

El sistema de protección de los derechos humanos en El Salvador siempre ha sido una constante discusión en torno a cuáles son sus alcances, los fines y los resultados de tal protección. Se han llegado a realizar duras críticas al mismo señalando, por un lado, la fragilidad de la protección de tales derechos y la continua violación de los mismos, y por otro, los más ortodoxos, han llegado a decir que se ha caído en la miopía de los derechos humanos y con ello la efervescente delincuencia social.

Sin embargo el objeto de estudio de la presente investigación se centra en el sistema de protección de derechos humanos de las personas que se encuentra en el claustro materno. Entonces resulta la pregunta que pudiera ser obligada: ¿se está frente a la protección de personas o de potenciales personas?, la respuesta se encontrará al final de la investigación con mayor seguridad y certeza, sin embargo no se debe obviar que la legislación salvadoreña con la reforma constitucional en el Art. 1 estableció que el inicio

---

<sup>1</sup> Decreto Legislativo N° 541 del 3 de febrero de 1999, publicado en el Diario Oficial N° 32, Tomo 342 del 16 de febrero de 1999.

de la persona humana se da en el momento de la concepción<sup>2</sup>, pero ¿cuándo acontece ello? ¿Será posible seguir sosteniendo tal aseveración?

En torno a ello han surgido debates, llegando incluso a decirse que por mandato constitucional se establece la penalización del aborto en todas sus formas, debemos dejar claro que la presente investigación no se centrara en un tema tan delicado y de igual importancia, solamente se menciona porque es una de las aristas obligadas en torno a la temática del inicio de la persona humana.

Con la presente investigación se pretende realizar un análisis crítico y pormenorizado de la legislación salvadoreña aplicable a las personas que se encuentra en el claustro materno, los derechos que ostentan ya sea como expectativas de derechos o como derechos concretos, pero también se busca, que dicha investigación sea de contenido crítico, de tal forma que se pueda concluir que la postura sostenida por el legislador y por los operadores de justicia, es la que se encuentra conforme con los últimos avances científicos respecto de la existencia de la persona humana a fin de que se pueda establecer una protección más certera y eficiente del sistema de protección de derechos humanos de la persona no nacida.

Una investigación de cuyo resultado se cree se beneficiaran, además de la comunidad universitaria, todas aquellas personas interesadas en la protección y defensa de los derechos humanos desde el inicio de la vida humana; pero para aquellas que se dedican a ello como una filosofía de completa comprensión de los derechos humanos, es decir, las que lo hacen con claro conocimiento de la temática y con un sentido de respeto y

---

<sup>2</sup> D.L. N° 541 del 3 de febrero de 1999, publicado en el D. O. N° 32 Tomo 342 del 16 de febrero de 1999.

responsabilidad de la defensa de los derechos humanos, no para aquellos absolutistas que so pretexto de la promoción de los derechos en mención han coartado la libertad y el goce de los derechos con la vana justificación de la naturalidad, normalidad, y encerrándolos en una serie de prejuicios impuestos sin ningún asidero científico y mucho menos ético.

#### **4.- OBEJTIVOS DE INVESTIGACIÓN**

##### **4.1.- OBJETIVO GENERAL.**

Determinar los derechos de la persona que está por nacer según el ordenamiento jurídico salvadoreño.

##### **4.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS.**

- A.** Desarrollar las diferentes teorías del inicio de la vida humana e identificar cuál de ellas es la adoptada en nuestro ordenamiento jurídico.
  
- B.** Establecer el desarrollo histórico que se le ha dado a la persona que está por nacer en los diferentes ordenamientos internacionales que han incidido en la legislación nacional.
  
- C.** Explicar el desarrollo histórico y evolutivo del tratamiento que ha recibido la persona humana en el ordenamiento jurídico salvadoreño.
  
- D.** Poner en evidencia los derechos que el ordenamiento jurídico le otorga a las personas que están por nacer.

#### **5.- SISTEMA DE HIPÓTESIS**

##### **5.1.- HIPÓTESIS GENERAL**

La persona que está por nacer posee derechos inherentes al ser humano, por el hecho de ser reconocida como tal desde el instante de la concepción.

## **5.2.- HIPÓTESIS ESPECÍFICAS**

- A.** El ordenamiento jurídico salvadoreño, dentro de las Teorías de la Vida, adopta la Teoría de la Fecundación, específicamente, el momento en el cual el espermatozoide se une con el óvulo, es decir desde el instante de la concepción.
  
- B.** Los Tratados Internacionales reconocen y protegen la existencia de la persona humana desde el instante de la concepción por lo que le atribuyen derechos inherentes al ser humano a la persona en formación.
  
- C.** El ordenamiento jurídico salvadoreño reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción a partir de 1999.
  
- D.** El nasciturus tiene derecho a la vida, a la personalidad jurídica, a la integridad física y psíquica, a los alimentos, a la nacionalidad y a la sucesión hereditaria.

## **6.- ESTRATEGIA METODOLÓGICA**

### **6.1.- TIPO DE INVESTIGACIÓN**

Es un objetivo determinar los derechos que le son reconocidos a la persona no nacida dentro de la legislación salvadoreña, por lo que la investigación es de tipo exploratorio y bibliográfico-documental ya que se examina un tema poco estudiado y demasiado controvertido; lo que servirá para familiarizar con un fenómeno tan trascendental, pero relativamente desconocido.

### **6.2.- UNIDADES DE ANÁLISIS.**

La investigación se delimita al municipio de San Salvador, teniendo como unidades de observación la Constitución de la República, los Tratados Internacionales ratificados por El Salvador, la Jurisprudencia nacional y los

criterios doctrinarios de diversos autores especialistas en el tema; examinando los razonamientos bajo los cuales se ha y se han pronunciado.

### **6.3.- MUESTRAS.**

El tipo de muestra que se utiliza es el Muestreo Dirigido, ya que identifica las unidades representativas de la población, que de acuerdo a sus conocimientos, médicos obstetras por ejemplo, pueden proporcionar datos relevantes para el estudio propuesto.

### **6.4.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.**

Al hablar de instrumentos en una investigación bibliográfica - documental se hará referencia a los objetos, aparatos o equipos a utilizar para recoger, ampliar o simplificar la información obtenida mediante la búsqueda de la bibliografía a utilizar, entre los cuales mencionamos computadoras, fichas bibliográficas, cédulas de entrevista y resúmenes; además, haremos uso de la entrevista, ya que ésta técnica facilita la explicación de ciertos apartados de la investigación.

## **CAPÍTULO II**

### **TEORÍAS DEL INICIO DE LA VIDA HUMANA**

Los debates acerca del principio de la existencia de la persona humana son múltiples y se hacen mucho más numerosos cuando se les añade una consideración legal; en su mayoría, las diversas teorías están de acuerdo en que existe diferencia entre la existencia biológica y la existencia legal y en muchos casos, hay quienes sostienen que la concepción no es objeto ni justificación para la adquisición de derechos.

En un primer momento, las diferentes doctrinas coinciden en afirmar que el inicio de la personalidad del ser humano es al momento en que éste tiene una vida independiente; ahora bien, este criterio no es unificado a la hora de determinar cuándo una persona adquiere esa vida independiente.

Al respecto dentro de las teorías que coadyuvan a dilucidar el problema de investigación se encuentran las Teorías Antiguas del inicio de la vida y las Teorías Modernas del inicio de la vida; cada una con sus respectivas vertientes y criterios sobre la consideración de cuando una persona humana es considerada como tal, lo que lleva a considerar también desde cuándo, además de ser considerada como persona, a ésta se le considera como titular de derechos, que los mismos se le sean tutelados y que sea considerada como digna de protección jurídica.

Atendiendo a lo anterior, se analizará cada uno de los grupos de Teorías que tratan de establecer el momento exacto del inicio de la vida así como el momento en que se le otorga la consideración de persona humana al fruto que se genera con la unión del óvulo con el espermatozoide, brindándole una protección jurídica inequívoca al respecto.

## 1.- TEORÍAS ANTIGUAS

Desde los tiempos de Roma se han venido señalando un par de teorías para dar por sentada la existencia o no de persona al no nacido, las cuales sostienen que la personalidad del ser humano comienza en el momento del nacimiento por considerar que con anterioridad el hombre no tiene una vida independiente. Sus partidarios más extremistas llegan a sostener que el feto no es sino una parte de la madre, *lo que es falso puesto que biológicamente está demostrado que el feto no es parte del organismo de la madre y desde luego, tiene una vida diferente de la vida de ella*<sup>3</sup>. Estas Teorías se dividen en Teoría de la Vitalidad, por un lado, y Teoría de la Viabilidad por otro lado.

**A) Teoría de la Vitalidad:** ésta teoría considera que la personalidad del ser humano da inicio con el nacimiento, y se entenderá nacido si cumple con tres requisitos, entre ellos:

**1.- Que la criatura sea separada de su madre:** este hecho da surgimiento a que la criatura goce de derechos y ser objeto de una protección jurídica independiente que le corresponde a la madre, y no interesa distinguir cómo se realizó la expulsión del nuevo ser humano del claustro materno, pues tanto el expulsado por parto espontáneo, por operación de cesárea, o el expulsado prematuramente con intervención quirúrgica o sin ella, se considera ya nacido para determinar personalidad.

**2.- Que la separación de la criatura sea completa:** ya que para esta teoría, criatura, al nacer, aparte de ser separado de su madre, deber cortársele el

---

<sup>3</sup> PELLICANO, José Alejandro, “La Protección al Concebido en Roma y la situación actual del Nasciturus a partir de las Técnicas de Fecundación Extracorpórea”, XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Buenos Aires, Argentina, del 15 al 17 de septiembre de 2004. Disponible el 03 de mayo en: <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/Ponencias/ProfJoseAntonioPellicano.doc>

cordón umbilical<sup>4</sup> que lo une al vientre materno, el cual sirve de conducto a la sangre de la madre que nutre al feto, y así poder considerarlo nacido, de lo contrario de no cumplir con este requisito el concebido no tendría personalidad legal y para esta Teoría no sería persona humana.

**3.- Que la criatura haya sobrevivido a la separación un momento siquiera:** según esta teoría una vez realizada la separación de la criatura completamente del vientre materno, debe vivir un instante siquiera, sin importar la fracción más insignificante de tiempo para determinarse que la criatura si vivió separada de su madre; pero en el caso que la criatura no de signos de vida y se requiera determinar si vivió o no un momento siquiera a la separación completa, la doctrina plantea que deben realizarse algunas pruebas, como la denominada “*Docimasia Pulmonar Hidrostática*”<sup>5</sup>, por lo que en el momento del parto se debe observar los signos que la criatura realiza, como el llanto al momento de la expulsión, de lo contrario se deberá pedir ayuda de los procedimientos médicos legales, que van dirigidos a comprobar las huellas de la respiración, que son signos por excelencia de la vida<sup>6</sup>; la prueba realizada por el médico para determinar si la criatura vivió un instante siquiera separada del vientre materno “*consiste en sumergir los pulmones de la criatura en una vasija con agua y si estos flotan, significa que la criatura ha respirado*”<sup>7</sup>. Según esta prueba realizada por los médicos plantea que “*el aire disminuye la densidad de los pulmones, haciéndolos que sobrenaden, porque si los pulmones caen al fondo de la vasija, debe suponerse que la criatura no vivió un instante siquiera y se reputará que*

---

<sup>4</sup> Art. 72 del Código Civil de la República de El Salvador: “*La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre*”.

<sup>5</sup> **ALESSANDRÍ RODRÍGUEZ, Arturo**, “*Los Sujetos de Derecho*”, 4ta. Ed., Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1971, p. 160

<sup>6</sup> Ídem, ibídem

<sup>7</sup> Ídem, ibídem

*nunca existió*<sup>8:9</sup>.

**B) Teoría de la Viabilidad:** consiste en que para ser persona es necesario que la criatura nazca, que sea separado completamente de su madre, y que viva<sup>10</sup> como mínimo veinticuatro horas, “*es decir que después de haber sido separado del claustro materno el niño pueda continuar viviendo*”<sup>11</sup>; para esta Teoría se requiere tenga aptitud para seguir viviendo después de la separación de su madre. Exige que el feto nazca vivo y viable, o sea, apto para vivir fuera del seno materno ya que estima que, caso contrario, no existe una vida humana independiente.

Algunos doctrinarios cuando se refieren a esta Teoría le hacen críticas a las dificultades que esta presenta ya que consideran que “*la Teoría se basa en pronósticos y no en un hecho como la Teoría de la Vitalidad, ya que al afirmar que un recién nacido no es viable, es como se predice que la criatura morirá*”<sup>12</sup> además el gran inconveniente que presenta esta Teoría deriva de la dificultad de determinar si un niño nacido vivo es viable o no, y de probarlo después.

**C) Postura adoptada por la legislación salvadoreña:** el Código Civil, recoge en su Capítulo II que se refiere al “Principio de la existencia de las personas”, que “*la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto*

---

<sup>8</sup> **ALESSANDRÍ RODRÍGUEZ, Arturo**, “*Los Sujetos de Derecho*”, 4ta. Ed., Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1971, p. 160

<sup>9</sup> Art. 72 inciso segundo del Código Civil de la República de El Salvador: “*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*”.

<sup>10</sup> **ALESSANDRÍ RODRÍGUEZ, Arturo**, Op. cit. p. 161

<sup>11</sup> Ídem, ibídem

<sup>12</sup> Ídem, ibídem

es, *al separarse completamente de su madre*<sup>13</sup> primer elemento indispensable de la Teoría de la Vitalidad, así mismo, establece que *“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”*<sup>14</sup> recogiendo así el segundo y el tercer elemento indispensable de la Teoría de la Vitalidad los cuales consisten en la separación completa de la madre y que el neonato o recién nacido sobreviva a esa separación un momento siquiera para que el nasciturus se considere como persona capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones.

## 2.- ALGUNAS TEORÍAS MODERNAS

Aunque desde un punto de vista biológico la vida humana comienza desde la fecundación, la discusión se refiere a cuándo esa nueva vida tiene estatuto ontológico existente merecedor de protección, en última instancia, cuándo es equiparable a una persona, y por lo tanto inviolable; modernamente son principalmente cuatro las teorías que se emplean a la hora de discutir sobre el carácter humano del embrión: la Teoría de la Fecundación, Teoría de la aparición del sistema nervioso central o con la percepción del latido cardíaco fetal, Teoría de la Anidación y la Teoría de la Animación.

**A) La fecundación:** la Teoría de la Fecundación es también conocida como la *Teoría de la Penetración del Óvulo por el Espermatozoide*<sup>15</sup>; sostiene la existencia de vida humana digna de absoluta protección desde el

---

<sup>13</sup> Art. 72 del Código Civil de la República de El Salvador

<sup>14</sup> Art. 72 Inc. 2° del Código Civil de la República de El Salvador,

<sup>15</sup> **BLASI, Gastón Federico**, *“Análisis Biológico, Jurídico y Filosófico sobre el Status del Nasciturus en el Ordenamiento Positivo Argentino”* en *Revista de Investigaciones de Ciencias Jurídicas y Sociales, Ley, Razón y Justicia*, N° 11, Volumen VIII, Ed. Alveroni, Dirigida por el Dr. Daniel Cesano – 05/2007, p. VII. Disponible el 18 de mayo del 2012 en: <http://www.circulodoxa.org/documentos>

momento mismo de la concepción, repudiando toda maniobra que implique la experimentación con embriones humanos que concluya con su destrucción, cualesquiera sean sus fines, y reivindicando consecuentemente la legislación represiva en tal sentido.

Los precursores de esta Teoría sostienen 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, ya que *“al producirse la fecundación de los gametos se origina el cigoto que reúne, desde el instante mismo de su formación, toda la información genética necesaria para programar la formación del nuevo ser, de manera que de no mediar alteraciones de cualquier tipo que interfieran en el proceso, a partir del momento en que empiece a funcionar el primer gen en dicho cigoto, la programación genética conducirá inexorablemente a la formación del individuo adulto”*<sup>16</sup> puesto que una vez penetrado el óvulo por el espermatozoide, surge una nueva vida distinta de la de sus progenitores, titular de un patrimonio genético único e irrepetible<sup>17, 18</sup>.

---

<sup>16</sup> **BARAHONA RIVAS, Susan Priscila y Lorena Guadalupe RIVERA MOLINA**, *“La protección jurídica del no nacido frente al uso de fármacos abortivos en San Salvador en mujeres en estado de embarazo de 18 a 25 años de edad”*, Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2010, p. 31

<sup>17</sup> Ídem, ibídem

<sup>18</sup> “Debe considerarse que desde el momento en que se fusionan el óvulo y el espermatozoide, queda formado el cigoto, que tiene una nueva y exclusiva estructura informativa, que comienza a actuar como una unidad individual, desarrollándose mediante la división celular, dando paso a las fases de mórula y blástula, en la cual se produce la anidación del embrión; a partir de la anidación empieza ya la fase de organogénesis e histogénesis (formación de los tejidos y los órganos)”. **CALVO MEJIDE, Alberto**, *“El Nasciturus como sujeto de Derecho. Concepto Constitucional de Persona frente al Concepto Pandectista-Civilista”*, Departamento de Empresa, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad San Pablo CEU, Madrid, España. Disponible el 03 de mayo de 2012 en: [www.aebioetica.org/rtf/06BIOETICA54.pdf](http://www.aebioetica.org/rtf/06BIOETICA54.pdf)

Se entiende entonces por el momento de concepción, cuando el gameto masculino (entiéndase como tal al espermatozoide) entra en contacto con el óvulo produciendo lo que se conoce como reacción acrosómica que es la que permite penetrar al óvulo<sup>19, 20</sup> lo que origina, entre otras cosas, que se produzca una suerte de bloqueo de membrana externa del óvulo que impide que penetren otros espermatozoides; una vez dentro del óvulo comienza una especie de estiramiento de los contenidos genéticos del propio óvulo y del espermatozoide y al aumentar su tamaño se forman lo que se conoce como pronúcleos, los cuales se fusionan y dan lugar al huevo o cigoto<sup>21</sup>, a un nuevo ser. Ambos pronúcleos entremezclan su material genético, constituido por 23 cromosomas<sup>22</sup> cada uno, lo cual conlleva a la constitución de una nueva célula con contenido diploide o de dos equipos de cromosomas con 46 cromosomas. Este huevo o primera célula se divide y da lugar a lo que se conoce como embrión<sup>23</sup>, que a partir de la sexta semana comienza a llamársele feto.

---

<sup>19</sup> Secreción de sustancias que permiten la entrada del espermatozoide al óvulo. **W. CARDONA-MAYA**, *Actas Urológicas Españolas*, “Evaluación de la reacción acrosomal en espermatozoides humanos inducida por los monosacáridos manosa y N-acetilglucosamina”. Disponible en: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0210-48062005000700007&script=sci\\_arttext](http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S0210-48062005000700007&script=sci_arttext)

<sup>20</sup> Dentro de los términos fecundación y concepción, la palabra fecundación hace referencia a todo el proceso desde que los espermatozoides entran al útero, viajan y encuentran al óvulo. En cambio, *concepción* es el momento exacto en el que el espermatozoide entra en el ovocito y desencadena una serie de cambios que darán lugar al desarrollo del embrión.

<sup>21</sup> El pronúcleo es el núcleo de los gametos. Posee la mitad del número de cromosomas de los núcleos de las otras células no reproductivas. Durante la fecundación los pronúcleos de un óvulo y al menos un espermatozoide se fusionan para crear el núcleo único del cigoto. **BUCH TOMÉ, Belén**, “La Fecundación en el Ser Humano”, Facultad de Ciencias de la Universidad de Málaga. Disponible el 15 de mayo del 2012 en: <http://www.encuentros.uma.es/encuentros29/29fecundacion.html>

<sup>22</sup> **REAL ACADEMIA DE LAS CIENCIAS EXACTAS, FÍSICAS Y NATURALES**. En biología, se denomina cromosoma a cada uno de los pequeños cuerpos en forma de bastoncillos en que se organiza la cromatina del núcleo celular durante las divisiones celulares (mitosis y meiosis). **FRANCO VERA, Luis**, “Doble Hélice, Genes y Cromosomas”. Disponible el 15 de mayo del 2012 en: <http://www.rac.es/ficheros/doc/00425.pdf>

<sup>23</sup> El término embrión en el ser humano, se aplica hasta el final de la octava semana desde la concepción (fecundación). A partir de la octava semana, el embrión pasa denominarse feto. En los organismos que se reproducen de forma sexual, la fusión

**B) La aparición del sistema nervioso central o la percepción del latido cardíaco fetal:** una nueva hipótesis tiene en cuenta el momento en que se inicia la traslación de la información genética correspondiente al sistema nervioso central, ya que se estima que éste es el punto determinante en el inicio de la vida del ser humano.

Finalizado el proceso de anidación, estando el blastocisto<sup>24</sup> incluido por completo en la mucosa uterina, aparecen los rudimentos de lo que será la corteza cerebral y del futuro sistema nervioso, por lo que recién con la presentación de la llamada línea primitiva o surco neural estaríamos frente a un ser viviente, que más allá de su composición genética, tiene una pauta selectiva específicamente humana. El comienzo del desarrollo del sistema nervioso central tiene lugar entre el 15° y 40° día de la evolución embrionaria, detectándose en los primeros diez días de ese período los cambios más significativos. Los fracasos importantes en la formación de la corteza cerebral suelen verse acompañados de abortos espontáneos, en los cuales el cuerpo de la madre actúa como si no reconociese al embrión<sup>25</sup>.

La actividad eléctrica del cerebro comienza a las ocho semanas<sup>26</sup>, lo que ha llevado a algunos adherentes de esta teoría a sostener que recién con la

---

del espermatozoide y el óvulo en el proceso denominado fecundación, determina la formación de un cigoto, que contiene una combinación del ADN de ambos progenitores. **PANIAGUA GÓMEZ-ÁLVAREZ, Ricardo**, "El Embrión Humano", Visto el 15 de mayo del 2012 en: [http://www2.uah.es/benito\\_fraile/embrión-humano.pdf](http://www2.uah.es/benito_fraile/embrión-humano.pdf)

<sup>24</sup> **INSTITUTO BERNAU-MEDICINA REPRODUCTIVA**, El blastocisto es una estructura embrionaria presente en las etapas tempranas del desarrollo durante el embarazo de mamíferos (embriogénesis), que ocurre unos 4 o 6 días después de la fecundación y antes de la implantación al endometrio. Visto el 15 de mayo del 2012 en: <http://www.institutobernabeu.com/es/3-10-48/preguntas-frecuentes/>

<sup>25</sup> "Frecuencia Cardíaca Fetal". Disponible el 15 de mayo del 2012 en: [http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/2457/TESI\\_02.PDF?sequence=2](http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/2457/TESI_02.PDF?sequence=2)

<sup>26</sup> **JUNTA DE ANDALUCÍA.**, Segundo mes de embarazo: a este mes se le conoce propiamente como *periodo embrionario*, y se caracteriza por la formación de tejidos y órganos a partir de las hojas embrionarias -*organogénesis*-. Al estudio de este periodo se lo

emisión de impulsos eléctricos cerebrales verificables puede estimarse que se ha iniciado la vida. Esto implica necesariamente, negar al embrión la calidad de vida humana digna de protección, admitiéndola recién al alcanzar el ser en formación el estadio de feto.

Se podría decir que al tratarse el hombre de un ser fundamentalmente consciente no se lo puede reputar como tal hasta el cuarto mes de gestación, momento en que se logra detectar electroencefalográficamente la actividad de su sistema nervioso central, directamente ligada a su posibilidad de conciencia<sup>27</sup>.

**C) La anidación:** la Teoría de la Anidación es también conocida como la *Teoría de la Implantación o Nidación*<sup>28</sup>. Una de las tantas razones que impulsan esta teoría, tiene en cuenta que hasta que no se haya verificado la anidación, esto es *hasta que no se haya fijado el huevo fecundado en la mucosa uterina*<sup>29,30</sup>, no es posible constatar fehacientemente signos de embarazo en el organismo de la mujer. Por lo que resultaría lógico afirmar que hasta que no se completa la implantación no hay embarazo.

---

conoce como *embriología especial*. Del ectodermo se derivan los órganos y estructuras más externos, como la piel y sus anexos (pelos, uñas); la parte más exterior de los sistemas digestivo y respiratorio (boca y epitelio de la cavidad nasal); las células de la cresta neural (melanocitos, sistema nervioso periférico, dientes, cartílago); y el sistema nervioso central (cerebro, médula espinal, epitelio acústico, pituitaria, retina y nervios motores). **ESPINAR, David y Ángel DE LA TORRE**, “*El Desarrollo Embrionario*”. Visto el 15 de mayo del 2012 en: [http://www.juntadeandalucia.es/averroes/iessierradelasvillas/IMG/pdf/Resumen\\_-\\_desarrollo\\_embrionario\\_-\\_David\\_Espinar\\_y\\_Angel\\_de\\_la\\_Torre.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/averroes/iessierradelasvillas/IMG/pdf/Resumen_-_desarrollo_embrionario_-_David_Espinar_y_Angel_de_la_Torre.pdf)

<sup>27</sup> En la semana 3, el cerebro, el corazón y la médula espinal comienzan a desarrollarse. **DATTA, Sanjay** “*Manual Anestesia Obstétrica*”, 3ra Edición, Editorial Elsevier, España, p. 119.

<sup>28</sup> **BLASI, Gastón Federico**, Op. cit., p. IX

<sup>29</sup> **BARAHONA RIVAS, Susan Priscila y Lorena Guadalupe RIVERA MOLINA**, Op. cit. p. 32

<sup>30</sup> **RAIMUNDO CEA, Rodolfo Guadalupe**, “*El Aborto en General*”, Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de Francisco Gavidia, San Salvador, El Salvador, 2001, p. 20

Otro de los argumentos hace alusión a la existencia de una suerte de selección natural en el período comprendido entre la fecundación y la anidación, de la que resulta que sólo el cincuenta por ciento de los cigotos se adhiere al útero materno, perdiéndose el resto, generalmente por presentar anomalías significativas. Una vez producida la implantación el porcentaje de pérdidas se reduce a un máximo del veinte por ciento.

La teoría de la anidación, considerando el estado actual de las ciencias biomédicas, al equiparar la implantación con el inicio de la vida humana, al caracterizar de esta forma el bien jurídico a tutelar, automáticamente deja sin protección a los óvulos fecundados sea cual fuere el estado de evolución que los mismos hayan alcanzado.

**D) Postura adoptada por la legislación salvadoreña:** si bien es cierto que el Código Civil adopta la Teoría de la Vitalidad debido a su antigüedad, también establece que *“la Ley protege la vida del que está por nacer”*<sup>31</sup>.

Es de recalcar que siguiendo la Pirámide Jurídica de Kelsen y el Principio de Supremacía Constitucional<sup>32</sup>, la Constitución es la norma primaria que rige sobre todas las leyes secundarias y los Tratados Internacionales ratificados por El Salvador<sup>33</sup> así que un ser humano debe entenderse “persona” desde el momento de la concepción<sup>34</sup>.

El Código Penal establece que *“hoy está aceptado mayoritariamente que el criterio de la fecundación es demasiado inseguro, pues, por causas naturales, la mitad de los óvulos fecundados no anidan y son expulsados*

---

<sup>31</sup> Art. 73 Código Civil de la República de El Salvador

<sup>32</sup> Art. 246 Constitución de la República de El Salvador

<sup>33</sup> Art. 144 Constitución de la República de El Salvador

<sup>34</sup> Art.1 Inc. 2º Constitución de la República de El Salvador

*naturalmente*”<sup>35</sup> lo que lo obliga a optar por la Teoría de la Anidación que es, a criterio de los comentaristas del Código, “*el momento en que se inicia el proceso fisiológico de gestación*”<sup>36</sup>, pero atendiendo a la Supremacía Constitucional, se puede decir que en el sistema legal salvadoreño todo ser humano es persona susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, que reviste tal carácter no sólo la persona nacida sino también la persona que se encuentra dentro del vientre materno<sup>37</sup>, que ello es así desde el momento de su concepción<sup>38</sup> y que resulta irrelevante que esta última se produzca dentro o fuera del seno materno.

De lo anterior se deduce que la teoría moderna que más se acerca a lo establecido en la Constitución es la Teoría de la Fecundación, sin embargo, la Constitución no se refiere a todo el proceso que sigue el espermatozoide para llegar al óvulo y fecundarlo, sino al momento exacto en que se da esa unión, es decir que no hace referencia al conjunto de pasos que conforman la Fecundación sino a un elemento de la misma como lo es la concepción; por lo que se puede concluir que desde el punto de vista Constitucional no se puede hablar de una Teoría, sino de un acontecimiento específico: la penetración del espermatozoide en el óvulo, dando surgimiento a una nueva vida distinta de la de sus progenitores, titular de un patrimonio genético único e irrepetible<sup>39, 40</sup> es decir, que surge una nueva vida desde el instante mismo de la concepción; sin embargo, a criterio médico, solamente se puede saber si una mujer se encuentra en estado de embarazo si existe ausencia de

---

<sup>35</sup> MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA, “Código Penal Comentado”, Tomo II, Artículos 1 al 164, Consejo Nacional de la Judicatura, Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, Imprenta Nacional, mayo 2004 p. 525

<sup>36</sup> MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA, Op. Cit., p. 525

<sup>37</sup> Art. 1 Inc. 2° Constitución de la República de El Salvador

<sup>38</sup> Art. 1 Constitución de la República de El Salvador

<sup>39</sup> BARAHONA RIVAS, Susan Priscila y Lorena Guadalupe RIVERA MOLINA, Op. cit. p.

<sup>31</sup>

<sup>40</sup> CALVO MEIJIDE, Alberto, Op. cit. p. 9

menstruación por un período mayor de noventa días, conocido esto médicamente como amenorrea, la cual puede ser normal o fisiológica o anormal o patológica<sup>41</sup>; pero para estar seguros de esto, es necesario realizar en la paciente una prueba de embarazo en sangre o preferiblemente una ultrasonografía puesto que, solamente existen tres signos positivos de embarazo:

- 1.- Visualización del feto por medio de ultrasonografía;
- 2.-Percepción de movimientos fetales activos por parte del examinador y;
- 3.- Auscultación de frecuencia cardíaca fetal separada de la madre.

De acuerdo a la opinión médica, una mujer se encuentra en estado de embarazo desde el instante en que el huevo o cigoto se implanta en la matriz o útero y no antes, ya que existen diversos casos en los cuales hay concepción, de la cual no hay un método para determinar el momento preciso en que se dio<sup>42</sup>, pero no hay implantación del cigoto en la pared del útero y ese producto nunca llega a desarrollarse, simplemente el cuerpo de la mujer lo desecha y por lo tanto no se produce el embarazo<sup>43</sup> y mucho menos se produce el desarrollo de la vida de un ser humano.

---

<sup>41</sup> Opinión de la Licda. Letiany Majoric Rodas Guardado, Licenciada en Salud Materno Infantil.

<sup>42</sup> Al respecto, el Código Civil establece en su Art. 74 que “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”.

<sup>43</sup> Opinión de la Licda. Letiany Majoric Rodas Guardado.

### CAPITULO III

#### CONCEPTO DE NASCITURUS

A lo largo de la historia el producto resultante de la unión entre un óvulo y un espermatozoide ha tenido diversos nombres, entre ellos: Embrión, Feto, No nato y Esperanza de vida. Sin embargo, la terminología más aceptada a nivel jurídico internacional para referirse a la vida humana todavía no nacida o prenatal, es la de *Nasciturus*.

La palabra *Nasciturus* deriva del latín y es una forma del participio futuro del verbo *nasci* (nacer), la cual significa “*el que ha de nacer*”. Representa un concepto contrapuesto al *natus* (nacido ya) y se refiere al ser humano como sujeto de derecho que ha sido concebido, *pero todavía no alumbrado*<sup>44</sup>.

#### 1.- Concepto Legal y Jurisprudencial.

No existe, estrictamente, un concepto legal de *Nasciturus*<sup>45</sup> en el ordenamiento jurídico salvadoreño, sin embargo, en la Jurisprudencia nacional como por ejemplo en la Inconstitucionalidad 18-98<sup>46</sup>, en la Sentencia de la Cámara de Familia CF01-52-A-2001<sup>47</sup> y en las Líneas de la Sala de lo Constitucional 2007<sup>48</sup>, se hace mención de la palabra *nasciturus* como sinónimo de *esperanza de vida, vida en formación, vida humana dependiente, persona concebida no nacida, vida humana en formación y vida*

---

<sup>44</sup> OSSORIO, Manuel, “*Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*”, E. Heliasta, 27ma Ed., Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 639

<sup>45</sup> GUTIERREZ ALVIZ, Faustino, “*Diccionario de Derecho Romano*”, Instituto Editorial Reus, 1948 p. 420

<sup>46</sup> (...) “*esperanza de vida, vida en formación, vida humana dependiente*” etc. (...)

<sup>47</sup> (...) “*personas concebidas no nacidas*” (...) p. 6

<sup>48</sup> *Esta nueva vida es denominada vida humana prenatal, en formación, vida humana dependiente o simplemente vida del nasciturus. La expresión “vida prenatal” resulta más idónea que la de “vida en formación”, ya que desde un sentido puramente descriptivo del momento en que dicha vida humana se encuentra –anterior al nacimiento–, no esconde una diferencia esencial de valor con el de la vida postnatal –posterior al nacimiento–.* p. 10

*prenatal* refiriéndose siempre a que el inicio de la vida humana es desde el momento de la concepción y a la protección de los derechos del nasciturus y de la mujer embarazada; reafirmando así que definitivamente se está hablando de una persona humana cuando nos referimos al producto de la concepción que se encuentra dentro del vientre materno.

## **2.- Concepto Doctrinal.**

Castán Tobeñas<sup>49</sup> equipara al Nasciturus con el póstumo: "*póstumo es el concebido que tiene expectativas a su favor y que, al nacer, consolida los derechos que adquirió eventualmente en el estado de concebido.*"

Para Alberto Calvo Meijide<sup>50</sup> no parece muy afortunada la absoluta equiparación del póstumo con la del Nasciturus, pues póstumo es el nacido después de la muerte de su padre o después de que éste haya otorgado testamento, con lo que este concepto limita los posibles derechos del concebido al ámbito hereditario, de modo que sus derechos quedarán reducidos tan sólo a la herencia. Sin embargo, Nasciturus es un concepto de mayor amplitud que aquel pues se entiende por tal todo concebido no nacido, a quien se le reconocen, no sólo derechos hereditarios, sino otros de carácter distinto (alimentos, indemnización a favor de la madre en materia de accidente de trabajo, por beneficiar indirectamente al hijo concebido no nacido, donaciones a su favor, etc.).

También Puig Ferriol<sup>51</sup>, habla del póstumo como "*el feto humano, cuyo nacimiento influyera en las consecuencias de un acto jurídico que con él tuviera relación, tomándose en consideración este concepto de póstumo no*

---

<sup>49</sup> **CASTÁN TOBEÑAS, José**, citado por **Alberto CALVO MEIJIDE** en: "El Nasciturus y su protección Jurídica", en *Revista de Actualidad Civil*, 1992, p. 231 y ss.

<sup>50</sup> **CALVO MEIJIDE, Alberto**, ibídem, p. 231 y ss.

<sup>51</sup> Ídem, ibídem

*sólo con referencia al hijo que nace después de que haya muerto su padre, sino también referido al que nace después de otorgado el testamento".*

Los grandes codificadores como Freitas y Dalmacio Vélez, se preocuparon por la dignificación del concebido como ser humano desde su concepción. Para el primero, *"no se concibe que haya ente susceptible de adquirir derechos sin que haya persona"*. En cambio, en la nota del codificador Vélez al Art. 63 del Código Civil Argentino (1869), éste dispuso que *"las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre"*. Por cierto que en esa nota, critica el Art. 74 del Código Chileno, que sirvió de fuente a nuestro codificador Isidro Menéndez, indicando que *"si los que aún no han nacido no son personas, ¿por qué las leyes castigan el aborto premeditado? ¿Por qué no se puede ejecutar una pena en una mujer embarazada?"*.

### **3.- Concepto Médico.**

La medicina convencional distingue diversas acepciones para determinados casos relacionados con el nuevo ser que se encuentra en el vientre materno, sobre todo con las nuevas aplicaciones técnicas de fecundación artificial.

**A) Embrión Extrauterino y Embarazo Extrauterino:** Es aquel formado en el laboratorio mediante fecundación "in vitro" y que es trasplantado al útero de la mujer antes de los 14 días después de la fecundación al vientre materno, aunque también antes de este plazo, es congelado y mantenido en esa situación hasta que sea implantado; sin embargo, *Embarazo Ectópico*<sup>52</sup> (E.E.) se define como, *la implantación del óvulo fecundado fuera de la cavidad uterina.*

---

<sup>52</sup> ADDI, Mohamed, José Santiago CUADRI ARTACHO y José Antonio NAVARRO REPISO, "Embarazo Ectópico", S.E., p. 3.

**B) Embrión Anidado en la Mujer:** la fecundación se realiza ya sea por vía natural o artificial, en una trompa de falopio, desde donde el cigoto se dirige a la cavidad uterina, implantándose en su mucosa; durante este recorrido el cigoto empieza a dividirse dando lugar a un embrión que se encuentra en un saco membranoso denominado vulgarmente como bolsa de las aguas<sup>53</sup>.

**C) Feto Humano:** la biología reserva el nombre de feto para la fase más avanzada del desarrollo embrionario, designando con este término al embrión con apariencia humana y sus órganos formados (ya que durante la vida fetal no se forman órganos o tejidos nuevos, sino que se produce la maduración de los ya existentes), preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del nacimiento.

Se trata ya de una fase avanzada del desarrollo embriológico que va desde la finalización de la organogénesis hasta el momento del nacimiento y suele comenzar al tercer mes de embarazo<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> **ASOCIACIÓN ARGENTINA DE BANCOS DE TEJIDOS (AABT).** Donde se encuentra flotando el nuevo ser. Visto el 16 de mayo del 2012 en: <http://www.aabtweb.org/membrana.html>

<sup>54</sup> **BANCHIO, Enrique C.**, citado por **Gastón Federico BLASI** en Op. cit., p. IV

## **CAPÍTULO IV**

### **CLASES DE NASCITURUS**

#### **1.- Nasciturus matrimonial.**

Es que el que se desarrolla en el vientre de una mujer que se encuentra casada, lo cual se presume es el producto de las relaciones sexuales sostenidas con el esposo, creando así la consideración de filiación matrimonial existente entre ellos<sup>55,56</sup>.

Para el nasciturus matrimonial, existe la expectativa de derecho referente a la herencia que le asiste por parte de ambos progenitores; además, si el nasciturus fue concebido antes del matrimonio, será considerado como nasciturus matrimonial desde el instante en que se celebre el matrimonio, pero si fue concebido después del matrimonio, será matrimonial si nace antes de los trescientos días desde la extinción del vínculo matrimonial existente entre sus progenitores<sup>57,58</sup>.

#### **2.- Nasciturus extramatrimonial.**

Es aquel que se desarrolla en el vientre de una mujer que siendo soltera ha sostenido relaciones sexuales con alguien con quien no está casada. Desde el punto de vista del derecho hereditario, el nasciturus extramatrimonial tendrá expectativa de derecho únicamente de la madre, y del padre únicamente si éste lo reconoce.

---

<sup>55</sup> Antiguamente el Código Civil de nuestro país contemplaba un apartado denominado “De los Hijos Legítimos concebidos en el Matrimonio” y otro apartado denominado “De los Hijos Legitimados por Matrimonio Posterior a la Concepción”; así mismo, contemplaba un apartado referido a “Los Derechos y las Obligaciones entre los Padres y los Hijos Legítimos”; todos fueron derogados por el actual Código de Familia.

<sup>56</sup> Art. 141 Código de Familia de la República de El Salvador

<sup>57</sup> Art. 74 Inc2º Código Civil de la República de El Salvador

<sup>58</sup> Art. 142 Código de Familia de la República de El Salvador

### **3.- Nasciturus cuasi-póstumo.**

Es aquel que al tiempo de estar concebido se realiza el otorgamiento del testamento, pero que al tiempo del fallecimiento del testador, el nasciturus ya ha nacido<sup>59,60</sup>.

### **4.- Nasciturus póstumo.**

Es aquel que se desarrolla en el vientre de la madre que se encuentra en estado familiar de viudez, siendo el nasciturus producto de las relaciones sexuales sostenidas con el fallecido esposo. Por lo tanto, hay una expectativa de derecho, respecto de la herencia que deje su padre causante, siempre y cuando nazca antes de los 300 días plazo desde la disolución del matrimonio, que en este caso es por fallecimiento; lo anterior de conformidad al Art. 141 del Código de Familia, sin embargo, y dentro de esta clase de nasciturus, se debe de considerar el caso que sea la madre la que fallezca y que el nasciturus que se encuentra en su seno todavía se encuentre con vida, una situación que requiere un avanzado desarrollo del mismo, pues el mismo debe ser inmediatamente extraído del útero materno y puesto en una incubadora, según sea el caso; así también, será póstumo cuando estemos ante la Fecundación “in vitro”<sup>61</sup> donde el cónyuge congela los embriones y más tarde, cuando éste ha fallecido, la que fue su compañera de vida los utiliza para quedar en estado de embarazo.

### **5.- Nasciturus de madre con embarazo doble.**

Es el caso en que una mujer que se encuentra en estado de embarazo, ha quedado nuevamente embarazada, por lo tanto, se tendrían partos múltiples

---

<sup>59</sup> Art. 1039 Código Civil de la República de El Salvador

<sup>60</sup> Art. 1052 Código Civil de la República de El Salvador

<sup>61</sup> **LOYARTE, Dolores y Adriana E. ROTONDA**, “Procreación humana artificial: un desafío bioético. Aspectos biomédicos, aspectos bioéticos, aspectos jurídicos”, Ed. de Palma, Buenos Aires, Argentina, 2da. Ed., Talleres Gráficos, 1995, p. 59

en épocas diferentes. Se estaría frente a embarazos dobles pero de carácter excepcional puesto que una vez la mujer se encuentra en embarazo la ovulación es suspendida y el acceso al útero se encuentra bloqueado para la entrada de nuevos espermatozoides.

En tal caso, los embarazos pueden tener un mismo progenitor masculino o no, y a nivel jurídico podríamos estar en presencia de nasciturus matrimoniales unos y no matrimoniales otros, póstumos unos y otros no o casi póstumos unos y otros póstumos, pero todos ellos de la misma madre y con toda clase de implicaciones jurídicas a efectos principalmente de filiación, sucesión, alimentos<sup>62</sup>.

#### **6.- Nasciturus de madre clínicamente muerta.**

Las técnicas de la medicina actual permiten que una mujer embarazada muerta clínicamente, es decir con muerte cerebral, pueda ser mantenida artificialmente con vida para salvar la vida del nasciturus, de tal modo que una vez el feto tenga el desarrollo adecuado para ser extraído del vientre de la madre, se realice mediante cesárea; se entiende que el feto dentro de la madre se desarrolla mejor que en una incubadora, y es por ello que se prefiere por seguridad de la vida del nasciturus mantener a la madre viva artificialmente hasta que el propio nasciturus adquiera el desarrollo físico adecuado para poder vivir de forma independiente<sup>63</sup>.

#### **7.- Nasciturus dentro de otro nasciturus.**

Esta clase de nasciturus es conocida en el lenguaje médico como "*fetus in fetu*" término que fue introducido por Meckel para hacer referencia en los

---

<sup>62</sup> CAMACHO VARGAS, Xavier, Op. cit. p.42.

<sup>63</sup> VIDAL, Marciano, "*Estudios de Bioética Racional*" Editorial Tecnos, 1989.

casos en que un gemelo es encontrado en el interior del otro gemelo (Gemelo parásito) que le sirve a este como hospedero. Es una condición sumamente excepcional por lo que puede ocurrir en 1 de cada 500,000 nacimientos<sup>64</sup>.

## TÍTULO ÚNICO PROCREACIÓN HUMANA ARTIFICIAL

Las técnicas de Reproducción Humana Asistida (R.H.A.), son procedimientos por virtud de los cuales nacen seres humanos día a día alrededor del mundo; surgen con el objeto principal de conseguir un embarazo que la pareja, del modo convencional no ha podido lograr, por lo que necesitan la intervención de las ciencias médicas. Así, dentro de las clases de nasciturus también se encuentran aquellos que han sido creados con ayuda de la intervención de la mano del hombre y la ciencia, entre ellos encontramos:

### 8.- Nasciturus por encargo

Es aquel, cuyo origen deriva de alguna de las técnicas de fertilización o inseminación artificial.

**A) INSEMINACIÓN ARTIFICIAL (IA):** es, sin duda, la Técnica más antigua y utilizada, tendiente a asegurar la descendencia de los cónyuges. Básicamente consiste en depositar espermatozoides en la vagina, en el cuello del útero o en el propio útero con la finalidad de lograr una gestación. La legislación salvadoreña no es ajena a esta técnica y prevé en cuanto a si la inseminación acontece dentro del matrimonio, la paternidad se presume

---

<sup>64</sup> **MED WEB STUDENTS**, “*Fetus in Fetu o El Gemelo Parásito*”. Visto el 09 de mayo del 2012 en: <http://medwebstudents2.wordpress.com/2007/10/07/fetus-in-fetus-o-el-gemelo-parasito/>

y no se tendrá problemas respecto de la filiación del no nacido; pero si sobreviniere una separación legal o de hecho entre los cónyuges, la paternidad se presumirá siempre y cuando el nacimiento no acontezca mas allá de los trescientos días siguientes a la separación<sup>65,66</sup>.

Debido a su baja complejidad, la fertilización o inseminación artificial representa la Técnica de Reproducción Asistida, más utilizada en el mundo<sup>67</sup> y dependiendo de la procedencia del semen, ésta puede ser clasificada en varios grupos:

**A.1) Nasciturus proveniente de inseminación artificial homóloga:** este tipo de inseminación consiste en el depósito de forma no natural de espermatozoides procedentes de la pareja en el tracto reproductivo de la mujer con el fin de conseguir un embarazo<sup>68</sup>.

**A.2) Nasciturus proveniente de inseminación artificial heteróloga:** este tipo de técnica es la que se lleva a cabo con el esperma de un tercero denominado donante o dador del semen, cuando no puede prestarlo, o hay serios obstáculos para que lo haga el esposo o compañero habitual de la mujer.

**B) NASCITURUS PROVENIENTE DE FECUNDACIÓN "IN VITRO":** históricamente la fecundación extracorpórea de embriones humanos se

---

<sup>65</sup> Art. 74 Inc. 2º del Código Civil de la República de El Salvador.

<sup>66</sup> Art. 142 Código de Familia de la República de El Salvador.

<sup>67</sup> **DEPARTAMENTO DE SANIDAD DEL GOBIERNO VASCO**, Osteba, Osasunerako Teknologien Ebaluaketa (*Evaluación de Tecnologías Sanitarias. Informe de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*), Editorial Iriala, Eusko Jaurlarista, Osasun Saila, septiembre, 2000 pp. 23 - 46. Disponible el 15 de mayo del 2012 en: [http://www9.euskadi.net/sanidad/osteba/abstracts/00-06\\_c.htm](http://www9.euskadi.net/sanidad/osteba/abstracts/00-06_c.htm)

<sup>68</sup> *Ibidem*, p.30

ubica en 1994 con dos biólogos: Rock y Menken, cuando el 25 de julio de 1978 tuvo lugar el primer nacimiento por empleo de esta Técnica de Reproducción Asistida ya que ese día nació Louise Brown concebida por fecundación in vitro y transferencia del embrión al útero, técnica que fuere practicada por Robert Edwards, biólogo, y Patrick Steptoe, ginecólogo<sup>69</sup>.

La fecundación in vitro y la transferencia de embriones humanos es una técnica de fertilización desarrollada a partir de la fecundación en el laboratorio de un óvulo con un espermatozoide e implantando seguidamente el embrión resultante en el útero de la mujer. Este tipo de técnica puede dividirse en:

**B.1) Nasciturus post-mortem o post-póstumo:** al igual que el nasciturus póstumo, el nasciturus post-mortem es aquel que se desarrolla, gracias a las técnicas médicas, en el vientre de una madre viuda<sup>70,71</sup>.

**B.2) Nasciturus proveniente de maternidad subrogada:** según Yolanda Gómez Sánchez<sup>72</sup> cabe decir que es el que proviene por sustitución o alquiler de útero, gestado por una mujer distinta de la madre, sujeta a un pacto o compromiso mediante precio o no, por el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de su madre original.

**B.3) Nasciturus crio conservado:** es aquel que se halla en un banco de pre embriones; son, por tanto aquellos embriones sobrantes de una fecundación in vitro (FIV).

---

<sup>69</sup> LOYARTE, Dolores y Adriana E. ROTONDA, Op. cit. p.119

<sup>70</sup> Art. 74 Inc. 2º Código Civil de la República de El Salvador.

<sup>71</sup> Art. 142 Código de Familia de la República de El Salvador.

<sup>72</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, "La Reproducción Humana Asistida". Disponible el 15 de mayo del 2012 en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3134098>

El tratamiento que generalmente se les da a los espermatozoides es a través de la crio conservación o congelamiento de esperma, y se ha podido probar que los espermatozoides resisten las bajas temperaturas y mediante determinados cuidados se logra que soporte el choque térmico de congelación y descongelación<sup>73</sup>. Si bien es cierto los espermatozoides así conservados son más resistentes, cuando se procede a realizar el procedimiento médico debe de hacerse una prueba para conocer el verdadero estado de los mismos, realizando el descongelamiento con dejarlos simplemente de la bomba a temperatura ambiente<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> LOYARTE, Dolores y Adriana E. ROTONDA, Ob. Cit. p.117

<sup>74</sup> VEGA GUTIÉRREZ, María Luisa y otros, “Reproducción asistida en la Comunidad Europea. Legislación, aspectos bioéticos”, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1993, p. 79.

## CAPÍTULO V

### EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL NASCITURUS

La jurisprudencia clásica mediante la solución de casos cotidianos concretos considera en modo cada vez más preciso que la persona tiene su inicio en la concepción y no en el nacimiento, por lo que brevemente daremos un vistazo a las posturas que brindan cierta protección al concebido en el derecho antiguo.

#### 1.- Derecho Romano Clásico.

##### A) Tratamiento jurídico dado al concebido.

El tratamiento jurídico al concebido se mostraba con mayor claridad en la época clásica<sup>75</sup> donde el Derecho Romano se centraba en la jurisprudencia y, en la época bizantina<sup>76</sup> gracias al Digesto recopilado por Triboniano después de la caída del Imperio Romano de occidente<sup>77</sup>.

En el sistema romano el nasciturus no era considerado persona, sin embargo podía adquirir ciertos derechos subordinados a la condición suspensiva del nacimiento con vida<sup>78</sup>.

Básicamente eran tres los requisitos que se debían reunir para que se tuviera

---

<sup>75</sup> Desde el siglo I A.C. hasta el siglo III A.C.

<sup>76</sup> Imperio bizantino es el término historiográfico utilizado desde el siglo XVIII para referirse al Imperio romano de Oriente en la Edad Media. La capital de este Imperio cristiano se encontraba en Constantinopla, de cuyo nombre antiguo, Bizancio, fue creado el término *Imperio bizantino* por la erudición ilustrada de los siglos XVII y XVIII. **OSTROGORSKY, Georg**, *Historia del Estado Bizantino*, Editorial Akal, 1983.

<sup>77</sup> "Las Bases Romanísticas en el Tratamiento Jurídico del Concebido en el Derecho Peruano". Disponible el 20 de junio del 2012 en: <http://es.scribd.com/Nikolay%20Mosquera/d/14258166-Las-Bases-as-Del-Tratamiento-Juridico-Del-Concebido>

<sup>78</sup> **ARÁMBULA REYES, Alma**, *Maternidad Subrogada*, Centro de Documentación, Información y Análisis de la Dirección de Servicios de Investigación y Análisis de la Subdirección de Política Exterior, México, 2008, p. 111

en cuenta al nacido para que comenzara su existencia como persona:

- 1.- Que se hubiera producido el parto con total desprendimiento por parte del niño del seno materno, cortándose el cordón umbilical<sup>79, 80</sup>
- 2.- Que el nacido tuviera vida, aunque sea por unos instantes<sup>81,82</sup>.
- 3.- Que tuviera forma y naturaleza humana<sup>83</sup>.

Cumplidas tales condiciones comenzaba para el Derecho Romano la existencia de las personas físicas, con las consecuencias jurídicas que ello implica.

Sobre la base de lo expuesto, se descarta, por lo general, la posibilidad de que en aquella época se hubiese considerado al concebido como sujeto de derecho o, específicamente como persona. No obstante, se suelen citar algunos pasajes de jurisconsultos romanos que permiten aprender como el concebido, aun careciendo de capacidad, no era extraño al derecho.

El tratamiento reservado al concebido en el derecho romano clásico se deduce de algunos testimonios de juristas, de los siglos II y III, sobre ciertas y concretas situaciones jurídicas con él vinculadas. Así Ulpiano dice que "*el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o de sus vísceras*"<sup>84</sup>, es

---

<sup>79</sup> Si esto no sucedía, el ser era considerado como parte del cuerpo de la madre; lo que se conoce en locución romana como: "*pars viscerum matris*", **ULPIANO**, D.25.4.1.1.

<sup>80</sup> Postura también adoptada por el Art. 72 del Código Civil de la República de El Salvador.

<sup>81</sup> "Los que nacen muertos no se consideran nacidos ni procreados, pues nunca pudieron llamarse hijos" **PAULO**, D. 50.16.129.

<sup>82</sup> Lo que también refleja el Art. 72 Inc. 2° del Código Civil de la República de El Salvador.

<sup>83</sup> Los romanos no reconocían personalidad en los "monstros" o "prodigios".

<sup>84</sup> **CATALANO, Pierangelo**, "Diritto e Persone", 1° Edición, p. 204

decir, que el concebido, antes del alumbramiento, es parte de la mujer, pertenece a sus entrañas, se confunde con su ser. Señala Paulo que "*los que nacen muertos no se consideran nacidos ni procreados, pues nunca pudieron llamarse hijos*"<sup>85</sup>.

Según los Digesta de Justiniano<sup>86</sup>, la igualdad del concebido y del nacido es un principio de carácter general que se afirma con toda claridad en el texto de Juliano D. 1. 5. 26 al decir que "*los que están en el vientre, en casi todo el Derecho Civil se tienen por nacidos*".

No se consideraba al Nasciturus como persona física perfecta, pero se admitía que existía en él, en potencia un sujeto de derecho, aunque la validez de sus derechos se retrasara hasta el momento de su nacimiento.

### **B) Protección de la vida del nasciturus.**

Siguiendo la doctrina en general, al nasciturus se le protegía por motivos de índole religiosa o en función exclusiva de los intereses del *paterfamilias*<sup>87</sup>. Así se tiene que:

**1º** Su vida se protegía castigando a la madre que intentaba el aborto y a aquellos que le favorecían en su propósito, si bien no se consideraba

---

<sup>85</sup> **ERRÁZURIZ, Maximiano**, "*La Persona Humana en Roma: Ciudadanía Romana*", Universidad Austral de Chile, XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, México, agosto de 2006, p. 3

<sup>86</sup> **PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo**, "*Derecho Romano*", Tirant Lo Blanch, 1º Edición, Valencia 2008.

<sup>87</sup> *La locución latina "pater familias" (o paterfamilias), traducida literalmente, significa el padre de familia. Es un término latino para designar al "padre de la familia." El pater familias era el ciudadano independiente bajo cuyo control estaban todos los bienes y todas las personas que pertenecían a la casa. Es la persona física que tenía atribuida la plena capacidad jurídica para obrar según su voluntad y ejercer la patria potestas, la manus, la dominica potestas y el mancipium sobre, respectivamente, los hijos y resto de personas que estaban sujetos a la voluntad, sobre la mujer casada, los esclavos y otros hombres.* **CAMACHO EVANGELISTA, Fermín**, "*Derecho Privado Romano I*", 1º Ed., Madrid, España, 1982.

homicidio y se entendía como lesión del derecho del marido, ya que con ello se frustraba su esperanza de paternidad (*spes prolis*), por lo que cuando no existía vínculo matrimonial, el aborto quedaba impune.

2º Como medida de protección a la vida del nasciturus se prohibía enterrar a la mujer que hubiese muerto encinta antes de que se extrajera al feto, advirtiendo que quien actuaba contra este precepto se consideraba que mataba una esperanza de vida.

3º Se mandaba diferir hasta el parto la aplicación de la pena de muerte o del tormento a la mujer encinta, disponiendo que si se trataba de una mujer libre, el nacido fuese también libre.

### **C) Protección en el campo hereditario.**

La incertidumbre del nasciturus acerca de su existencia futura no permitía instituirle heredero según los estrictos conceptos del *ius civile*<sup>88</sup>; pero esta dificultad se salvó gradualmente, hasta que en el mismo Derecho clásico puede considerarse desaparecida la antigua incapacidad y se admite la posibilidad de heredar a los póstumos.

La posibilidad de contemplar al póstumo como heredero surgió como una necesidad tendente preferentemente no a la protección de los intereses de éste, sino del *paterfamilias*<sup>89</sup>, pues éste debía contemplar de forma expresa en el testamento (ya sea instituyéndolos o desheredándolos) a todos los *sui heredes*<sup>90</sup>, entre los que se encontraban los póstumos. Se exigió que se fuera reconociendo la posibilidad de instituir a aquellos que al nacer estarían

---

<sup>88</sup> DE MONTAGUITI, Tomás, “*Historia del derecho Español*”, UOC, Barcelona, 1990.

<sup>89</sup> CAMACHO EVANGELISTA, Fermín, Op. Cit.

<sup>90</sup> ABOUHAMAD HOBAICA, Chibly, “Anotaciones y Comentarios sobre Derecho Romano”, Tomo III, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, Caracas, Venezuela.

sujetos a la potestad del *paterfamilias* si éste no hubiese premuerto. Se reconoció primero a los hijos del testador concebidos viviendo éste y nacidos después de su muerte, más tarde a los nietos del testador nacidos también después de muerto éste e hijos de un hijo premuerto<sup>91</sup>.

Los que nacían fuera de la familia del testador, no podían ser instituidos, pero parece que el pretor otorgaba a su favor la *bonorum possessio*<sup>92</sup>, y ya en el derecho justiniano fue válida su institución. Por tanto, la exigencia de que el heredero existiese en el momento de la muerte del causante se entiende cumplida con que el sucesor esté en ese instante concebido, aunque no haya nacido todavía y puede suceder no sólo por la herencia legítima, sino que también puede ser instituido heredero testamentario, aun por un extraño.

En el Derecho Romano se hablaba de la figura del *curator ventris* en la sucesión por causa de muerte en la que está instituido el nasciturus y que queda suspendida hasta su nacimiento. A la mujer embarazada se le concedía por el Pretor (Magistrado) la *missio in possessionem ventris nomine*<sup>93</sup> o entrega de la posesión de los bienes concretos de la herencia a la cual será llamado el concebido; recayendo esta posesión de bienes sobre

---

<sup>91</sup> CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, "Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido" Editorial Ciencias Jurídicas 1997, pp. 3 - 4

<sup>92</sup> La bonorum possessio es el tipo de sucesión introducida en Roma por los magistrados pretorianos.

<sup>93</sup> Es un embargo que solo tiene carácter cautelar o provisional en función de la protección pretoria a una esperanza de vida y a las expectativas hereditarias del nasciturus. FERNÁNDEZ BARRIERO, A., MERCHÁN ÁLVARES, Antonio y CASTRO SÁENZ, Alfonso, "Anales de la Tradición Romanística", en *Revista Annaeus* n° 2, Editorial Tébar, 2007, Madrid, España, p. 178. Disponible el 02 de octubre del 2012 en: [http://books.google.com.sv/books?id=sh1HHcjw\\_iwC&pg=PA178&lpg=PA178&dq=missio+in+possessionem+ventris+nomine&source=bl&ots=cMFP\\_QEmgF&sig=\\_Axa2owPhM53KE4xAiSStzsjfg&hl=es&sa=X&ei=2Z9rULKMNly08ATaI4HADg&ved=0CCMQ6AEwAQ#v=onepage&q=missio%20in%20possessionem%20ventris%20nomine&f=false](http://books.google.com.sv/books?id=sh1HHcjw_iwC&pg=PA178&lpg=PA178&dq=missio+in+possessionem+ventris+nomine&source=bl&ots=cMFP_QEmgF&sig=_Axa2owPhM53KE4xAiSStzsjfg&hl=es&sa=X&ei=2Z9rULKMNly08ATaI4HADg&ved=0CCMQ6AEwAQ#v=onepage&q=missio%20in%20possessionem%20ventris%20nomine&f=false)

la totalidad del patrimonio hereditario del causante e incluso contra la voluntad expresa del testador en el caso de que éste hubiese desheredado al nasciturus. Se concede para salvaguardar las expectativas hereditarias del nasciturus, ya que para esos efectos se le tiene por nacido.

El *curator ventris* protegía los intereses del nasciturus, cuidando y administrando los bienes dejados por el padre fallecido, vigilando que no se produzca una suposición de parto y suministrando a la viuda los alimentos a cargo del patrimonio que corresponderá al nasciturus. En relación con esta tutela del concebido está la regla general de Paulo al decir que "*se protege al hijo concebido como si hubiese nacido, siempre que se trate de ventajas para él, pues antes de nacer no puede favorecer a nadie*" (D. 1. 5. 7)<sup>94</sup>.

#### **D) Prueba del nacimiento.**

Según los juristas proculyanos, era necesario que el niño emitiese algún grito, según los sabinianos era suficiente cualquier movimiento del cuerpo o la misma respiración; éste fue el criterio acogido por Justiniano. A los efectos de la vitalidad del nacido, los juristas la deducían de la duración de la gestación, que según conocimientos médicos de Hipócrates y Pitágoras debía durar entre siete y diez meses.

#### **2.- Derecho Justiniano**

El nasciturus es la naturaleza misma de la persona humana, que se considera ya existente para lo que le sea favorable. La consideración del concebido como algo distinto de la madre y no como una simple parte de ella y el castigo del aborto, constituyen la principal aportación de este derecho<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, Op. cit., p.5

<sup>95</sup> GUTIERREZ ALVIZ, Faustino, "Diccionario de Derecho Romano", Instituto Editorial Reus 1948.

### **3.- Derecho Germánico.**

#### **A) Derecho Germánico Antiguo.**

En tanto no se realizaba la aceptación del recién nacido por el padre, no entraba el niño en la comunidad de la casa ni adquiría la capacidad jurídica para suceder. Hasta ese momento el niño era considerado como un ser incapaz de derechos, pudiendo ser expuesto o muerto no sólo por el padre, sino incluso por otras personas, especialmente la madre y la abuela. Esa aceptación, íntimamente unida con el acto de imposición de nombre, era el punto inicial de la capacidad.

El acto por el cual el niño solía ser acogido por el padre consistía en que estando el infante en el suelo se preguntaba a aquél si se le debía o no dejar vivir, si el padre manifestaba aceptarle, le recogía en sus brazos y entonces se le preguntaba cómo había de llamársele. A la imposición del nombre iba unido el rociar al niño con agua, ceremonia que tenía que realizarse dentro de las nueve noches siguientes al nacimiento. Más tardíamente la imposición del nombre sirvió para reconocer la paternidad extramatrimonial. Sin embargo, en algunos derechos germánicos, desde el momento en que el niño tomaba algún alimento ya no podía ser rechazado por el padre así "*una gota de leche o de miel aseguraba al niño su vida*".<sup>96</sup>

Después de esa aceptación y del derramamiento del agua la muerte del niño se consideraba como asesinato; pero si los niños que eran débiles o defectuosos e iban a constituir una carga para la comunidad no eran recogidos por el padre, se les daba muerte. Por tanto, al concebido y no nacido no se le reconocía como sujeto de derechos, debiendo considerarse

---

<sup>96</sup> **PASCUAL LÓPEZ, Silvia**, "*El Derecho Germánico y la Paz de la Casa*", Anuario de la Facultad de Derecho, Vol. XXIV, 2006, pp. 225, 231.

al nasciturus como privado de toda capacidad<sup>97</sup>.

### **B) Derechos hereditarios del concebido.**

Desde antaño, la existencia de un hijo concebido y aún no nacido hacía que se tuviera en cuenta su posible nacimiento a efectos hereditarios y aunque no se le reconoce capacidad de suceder, su existencia producía el efecto de que se aplazara la división de la herencia hasta el momento de su nacimiento<sup>98</sup>.

### **4.- Derecho Visigodo<sup>99, 100</sup>.**

En las leyes escritas de los visigodos no aparece como necesaria la aceptación del padre para la adquisición de la capacidad jurídica, sino que por el contrario, se reconocen ciertos derechos al niño aún sin haber sido acogido, puesto que se protege la vida del mismo. Se prohibió el darles muerte, independientemente de que fuesen o no recogidos por el padre. Así se prohibió y castigó el aborto defendiendo la vida del nasciturus mediante una serie de disposiciones en que se ve castigado el aborto, y un texto de Chindasvinto<sup>101</sup>, en el que se conceden derechos hereditarios al hijo que aún no ha nacido en el momento de la muerte del padre reconociendo la existencia del concebido y otorgándole una protección jurídica para salvaguardar su vida o sus futuros derechos patrimoniales.

---

<sup>97</sup> **MALDONADO, José y FERNÁNDEZ DEL TORCO**, "*La Condición Jurídica del Nasciturus en el Derecho Español*", Madrid, España, 1946, pp. 59 - 62

<sup>98</sup> Ídem, *Ibidem*, pp. 63-64

<sup>99</sup> El Derecho Visigodo hace referencia al conjunto de sucesos jurídicos que se produjeron durante el período de la Historia del Derecho comprendido desde el asentamiento del pueblo visigodo en las Galias hacia el 418 y su posterior emigración y ocupación de la Península Ibérica en el siglo VI, hasta la invasión musulmana de esta última en el 71. **PETIT, Carlos**, "*Derecho Visigodo*", Grupo de investigación Rudolf von Jhering de historia de la cultura jurídica (SEJ 338), Universidad Onubense, Huelva, España.

<sup>100</sup> El Derecho Visigodo es la vertiente jurídica del Derecho Germánico correspondiente a los godos; su Derecho, como parte del Derecho Germánico, compartía su esencia consuetudinaria y oral. *Ibidem*.

<sup>101</sup> Rey de los visigodos (Años 642-653).

### A) El castigo del aborto.

La punición del aborto puede verse ya en varias Leyes de la Lex Visigothorum<sup>102</sup> que señalaban penas para él<sup>103</sup>, ya se tratara de hijos de ingenuos o de esclavos en la que se equiparan los hijos libres y los de esclavos.

Se contenía en esas leyes una intimidación general de pena de muerte para el hombre que suministrase algún abortivo a una mujer embarazada produciéndose la muerte del concebido, señalando también una pena para la mujer que tomare la poción, la cual varía según su condición de libre o esclava, pero comprendiendo ambos casos<sup>104</sup>. Por otra parte, se castigaba al hombre que golpeando a una mujer la hiciese abortar, con una pena pecuniaria si ella no recibía otro daño<sup>105</sup>. También se señalan distintas penas, según que el niño estuviese ya formado (*formatus*) o aún informe (*informatis*). Además incluye la *Lex Visigothorum* otras tres penas en las que se establece una compensación por la pérdida causada por el aborto, ya que si un hombre libre causase el aborto de una esclava ajena pagará 20 sólidos<sup>106</sup> al señor de ésta; si un esclavo ajeno produce el aborto de una mujer libre, será dado por esclavo a aquella mujer además de recibir una pena de azotes, y si un esclavo hiciese abortar a otra esclava, el señor del

---

<sup>102</sup> El *Liber Iudiciorum* o *Lex Visigothorum* fue un cuerpo de leyes visigodo, de carácter territorial, dispuesto por el Rey Recesvinto (hijo y sucesor de Chindasvinto) y promulgado probablemente en el año 654. También es conocido como el Libro de Los Jueces, Fuero Juzgo, entre otros. **EYZAGUIRRE, Jaime**, "Historia del Derecho", Santiago de Chile.

<sup>103</sup> La pena de muerte se aplicaba a los que causaban abortos. *Ibidem*.

<sup>104</sup> **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, LEX VISIGOTHORUM: VI, 3,1 Antiqua**. "Fuero Juzgo en Latín y Castellano: cotejado con los más antiguos y preciosos códices", Madrid, España, por Ibarra, Impresor de Cámara S.M., 1815. Disponible el 18 de junio del 2012 en: <http://books.google.com.sv/books?id=FrwGAAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>

<sup>105</sup> **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, Op. Cit.

<sup>106</sup> Moneda de oro emitida en la edad imperial tardía y posteriormente adoptada por los emperadores bizantinos. **BLÁZQUEZ, José María** (1978). "Historia económica de la Hispania romana", Madrid, España, Ed. Cristiandad.

primero pagará 10 sólidos<sup>107</sup> al señor de la segunda, aparte de los 200 azotes que recibirá dicho siervo<sup>108</sup>.

Todas esas disposiciones muestran un principio de protección al concebido, no obstante, Chindasvinto ante el crimen que los padres producían dando muerte a los hijos, ordenó que fueran castigados con severas penas a los que tal hicieren; así si alguna mujer, libre o sierva matare a su hijo, o tomare alguna poción para abortar, o produjere la muerte de alguna manera del hijo aun no nacido, debe el *Iudex* o Juez condenarla a muerte, o si quisiere conservarle la vida producirle la ceguera; y si el marido lo ordenó o consintió, debe ser castigado con la misma pena<sup>109</sup>. Se equipara, a efectos de pena, la muerte del nacido y la del meramente concebido, hay también una equiparación absoluta de libres y siervos, y se castiga tanto a la madre como al padre que lo consintiere. Se protege, pues, la vida del que ha de nacer, pensando en él mismo y negando expresamente a los padres cualquier derecho sobre la vida de ese<sup>110</sup>.

### **B) Derechos hereditarios del concebido.**

Recuérdese que los pueblos nórdicos habían exigido para que el niño entrara a formar parte de la comunidad familiar, y adquiriese sus derechos hereditarios, que se le hubiera dado nombre y se hubiese realizado el derramamiento del agua sobre él dentro de las nueve noches desde el nacimiento. Estos requisitos para la atribución de la capacidad jurídica se ven conservados concretamente para la capacidad hereditaria en las leyes escritas visigodas, si bien en ellas, en lugar del antiguo derramamiento del

---

<sup>107</sup> **RUÍZ TRAPERO, María**, “*En torno a la moneda visigoda*”, Universidad Complutense de Madrid, España, p. 2 y siguientes. Disponible el 18 de junio del 2012 en: [http://www.ucm.es/info/documen/articulos/art\\_primera/art\\_maria.pdf](http://www.ucm.es/info/documen/articulos/art_primera/art_maria.pdf)

<sup>108</sup> **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, Op. cit.

<sup>109</sup> Ídem, Ibídem

<sup>110</sup> **MALDONADO, José y FERNÁNDEZ DEL TORCO**, Op. cit., pp. 72 - 77

agua, se exige el haber recibido el bautismo, y el plazo de nueve noches se eleva a diez cambiándose las noches por días.

En definitiva, según este Derecho escrito visigodo el hijo no podía adquirir la herencia hasta pasados diez días desde su nacimiento y siempre que además hubiese sido bautizado. Pero, sin embargo, la existencia de un hijo concebido y que no ha nacido aún en el momento de la muerte del padre vino a producir unas determinadas consecuencias jurídicas en orden a la herencia del mismo y en beneficio del concebido, según otro texto recogido en la *Lex Visigothorum*<sup>111</sup>.

La Ley de Chindasvinto establecía que, en caso de que muriese el marido dejando a su mujer embarazada, el hijo que naciera después le heredaría juntamente con sus restantes hermanos, y si no quedare más hijo que ese que aún no ha nacido, el padre podrá disponer sólo de la cuarta parte de su haber hereditario, debiendo quedar forzosamente las otras tres cuartas partes para el hijo que ha de nacer<sup>112</sup>.

### **5- El Nasciturus en la Edad Media.**

Para los longobardos y romanos, antes de la aparición de los glosadores, al concebido podía no sólo reservársele bienes a título sucesorio sino que era también posible la salvaguarda de bienes adquiridos por donación<sup>113</sup> sin embargo en el transcurso de la Edad Media, no varió la consideración jurídica del concebido, en cuanto el derecho se limitaba a proteger ciertos intereses, con exclusión de terceros, a la espera del hecho del nacimiento,

---

<sup>111</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Op. Cit.

<sup>112</sup> Ídem, Ibídem

<sup>113</sup> FERNANDEZ SSESSARIEGO, Carlos, "Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas", Capítulo sobre "La noción del concebido en la Edad Media", Universidad de Lima, Perú, 1990

oportunidad en la cual surgía la persona y, con ella, la subjetividad o capacidad jurídica.

## **6.- El Nasciturus en la Alta Edad Media.**

Las condiciones culturales de la época plantean la necesidad de que el Derecho se haga cargo del castigo del aborto y las prevenciones para la herencia de los póstumos. En los fueros<sup>114</sup> comienza a abrirse paso una serie de preceptos protectores del nasciturus que muestran la atención de una necesidad jurídica que se impone y el reconocimiento por el Derecho de una cierta personalidad, o al menos, de la existencia de un interés independiente, en el ser que está concebido y no ha nacido. Esta corriente legislativa de los siglos XII y XIII se encamina a proteger la vida misma del nasciturus y a salvaguardar sus intereses hereditarios<sup>115</sup>.

### **A) Protección de la vida del concebido.**

La prohibición y castigo del aborto producido por la madre misma se encontraba recogida en un texto del Fuero De Cuenca que se contiene en iguales términos en los de Teruel, Plasencia, Zorita y Béjar ya que en todos ellos se dispone que la mujer que conscientemente provocare el aborto debe ser quemada si hubiese confesado el hecho; en caso de negarlo, ha de someterse a las Ordalías<sup>116</sup> por medio de la prueba del hierro candente<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> Estatutos jurídicos aplicables en una determinada localidad cuya finalidad era, regular la vida local, estableciendo un conjunto de normas, derechos y privilegios, otorgados por el Rey, el señor de la tierra o el propio consejo. **BARRERO GARCÍA, Ana María**, "El Derecho local en la Edad Media y su formulación por los reyes castellanos", *Anales de la Universidad de Chile*, 1989, Quinta Ed., pp. 105 - 130.

<sup>115</sup> **CALVO MEIJIDE, Alberto**, "El Nasciturus y su protección jurídica" en *Revista de Actualidad Civil*, 1992, p .231.

<sup>116</sup> La ordalía o Juicio de Dios era una institución jurídica vigente hasta finales de la Edad Media en Europa. Debe entenderse como una de las pocas herramientas a disposición de los fiscales junto a la tortura judicial que consistían en pruebas que en su mayoría estaban relacionadas con torturas causadas por el fuego o el agua, donde se obligaba al acusado a sujetar hierros candentes, introducir las manos en una hoguera o permanecer largo tiempo

En el Fuero de Soria el aborto producido por los dos padres culpables, o sólo por uno de ellos, sometía tal hecho a las mismas consecuencias del infanticidio, es decir, a la pena de muerte, sin embargo en el Fuero de Brihuega se castiga expresamente a la mujer que produjere el aborto de otra suministrándole hierbas para ello, ordenando también la pena de muerte, en caso de que el hecho estuviere probado sin embargo, siendo el hecho manifiesto, puede salvarse con el testimonio de doce vecinos o vecinas<sup>118</sup>. Representa, por tanto, el Derecho de los fueros una posición más avanzada en orden a la consideración de la personalidad independiente del nasciturus y su equiparación al ya nacido<sup>119</sup>.

En algún fuero tardío se ven completadas las disposiciones defensoras de la vida del que ha de nacer con ciertas medidas encaminadas a evitar que pueda sufrir en su integridad por consecuencia de penas aplicadas a la madre. Concretamente, el Fuero de Soria ordena que la mujer embarazada que fuese condenada a muerte o a cualquier pena corporal no sufra esas penas hasta después del parto.

## **B) Derechos hereditarios del concebido.**

Aparecen en varios fueros y en concreto en el Fuero De Cuenca una norma que tiende a salvaguardar la herencia del hijo que al morir el padre

---

bajo el agua. Si alguien sobrevivía o no resultaba demasiado dañado, se entendía que Dios lo consideraba inocente y no debía recibir castigo alguno. **ARDÉVOL PIERA Elisenda, Gloria MUNILLA CABRILLANA y Josep CERVELLÓ AUTUO**, "Antropología de la religión: Una aproximación interdisciplinar a las religiones antiguas y contemporáneas", Editorial UOC, Barcelona, España, 2003.

<sup>117</sup> Para lo cual se enrojecían al fuego unas veces nueve o doce rejas de arado, otras un guantelete de armas, donde el acusado debía meter la mano y otras una barra de hierro. **RODRIGO ESTEBAN, María Luz**, "La Prueba del Hierro Candente en los Fueros de Teruel y Albarracín", Universidad de Zaragoza. Disponible el 19 de junio del 2012 en: [http://www.derechoaragones.es/catalogo\\_imagenes/grupo.cmd?path=102161](http://www.derechoaragones.es/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=102161)

<sup>118</sup> Ídem, Ibídem

<sup>119</sup> **MALDONADO José y FERNÁNDEZ DEL TORCO**, Op. cit., pp.111 - 118

permaneciese aún en el seno de la madre. Al morir aquél dejando a ésta embarazada y sin otros hijos, los bienes quedarían bajo la custodia de ella mediante ciertas garantías: si antes de nueve meses naciese el hijo, éste los adquiriría, aunque continuando bajo la custodia de la madre; en caso contrario, pasarán a los parientes del muerto<sup>120</sup>.

Los efectos que produce el mecanismo protector de la herencia del nasciturus son<sup>121</sup>:

**1.-** Situación de expectativa; la cual se extiende a la totalidad del patrimonio del difunto. La hipótesis general de expectativa dura hasta que transcurren nueve meses desde la muerte del padre o hasta el nacimiento del hijo, si éste tiene lugar antes del transcurso de esos nueve meses.

**2.-** Custodia de los bienes por parte de la madre que comprende durante el embarazo y cuando el hijo ha nacido y no hubiera alcanzado la edad necesaria para que él pueda llevar a efecto la administración.

**3.-** Derecho de alimentos de la madre con cargo a la masa hereditaria respecto al período de embarazo y al tiempo en que el nasciturus hubiese nacido. Debiendo recibir lo necesario para su propio sustento que redundará en beneficio y provecho físico del hijo.

---

<sup>120</sup> CUEVAS, Pedro José, "Siglos: Siglo XIII", *Cuenca*. Cuenca: Alfonsí polis, pp. 125-126

<sup>121</sup> CUEVAS, Pedro José, Op. Cit., Ibídem

## CAPÍTULO VI

### LA EXPECTATIVA DE DERECHO

#### 1.- Concepto.

*“La expectativa del derecho es una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, conforme a la legislación vigente en un momento determinado (una herencia por ejemplo)”<sup>122</sup>; es decir que “la expectativa de derecho es una esperanza de que se realice una situación determinada que va a generar con posterioridad un derecho; es decir que corresponde al futuro”<sup>123</sup>.*

Manuel Iglesias Cubría<sup>124</sup> manifiesta que la expectativa de derecho hace referencia a una situación jurídica en que la nota común es un estado de pendencia originado por circunstancias que determinan que la naturaleza y finalidad de la situación sea transitoria y esta situación de pendencia obedece a la inexistencia presente de algún elemento (personalidad jurídica definitiva) que ha de ser esencial a efectos definitivos, de una relación jurídica, que por lo demás es completa y se espera que aquel elemento haya de producirse en un momento futuro.

La expectativa de derecho se diferencia de los llamados "derechos en formación" y de los derechos expectantes o aplazados ya que no nace en función de una cadena de hechos, sino que por la mera circunstancia de haberse producido el hecho "cualificado" (fecundación) surge la expectativa. Una vez producido un determinado hecho, nace para un sujeto una

---

<sup>122</sup> **VALENTÍN NEL, Encarnación**, “Analizando Temas Significativos”, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad San Pedro, Huacho, Perú, p. 13

<sup>123</sup> **HERNÁNDEZ PÉREZ, Roberto**, “Conceptos Fundamentales de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo”, p. 49.

<sup>124</sup> **IGLESIAS CUBRIA, Manuel**, “Los Derechos Patrimoniales Eventuales”, Estudio de las situaciones jurídicas de pendencia, Tomo I, Oviedo, 1961.

determinada situación jurídica que se objetiva, es decir, que no queda ya a merced, ni de la voluntad del pretitular o constituyente de la situación, ni del nuevo titular o expectante, quedando en ese intervalo con una vida específica propia que merece protección jurídica, que es valuable, transmisible, susceptible de negociación como entidad autónoma e independiente y que puede desembocar en un derecho subjetivo con una titularidad definitiva que interinamente no había permitido completar la existencia de un evento futuro y objetivamente incierto, causa de la pendencia.

## **2.- Estructura de la expectativa.**

Uno de los elementos más importantes de la expectativa es el sometimiento a un evento, normalmente futuro, que actúa suspendiendo transitoriamente el efecto jurídico. La característica más acusada en el evento futuro consiste en que crea una incertidumbre para el titular expectante que afecta a su derecho, y esta afección se determina por ser una incertidumbre de atribución de titularidad propiamente dicha (como en nuestro caso de estudio) o puede también versar sobre la existencia misma del derecho.

## **3.- Vida de la expectativa.**

La expectativa de derecho existe sólo durante esa interinidad que media entre el hecho causante y el cumplimiento o frustración del evento. En ese intervalo se considera que el derecho está perfecto "en potencia", pero para que surja a la vida es preciso la realización de aquél evento. Más exactamente, se ha de hablar de la posibilidad de la existencia del derecho futuro en concreto y que en la expectativa lo que el ordenamiento jurídico protege es esa posibilidad inmediata, esa aptitud de titularidad efectiva futura. Si hemos de hablar de derechos presentes en la expectativa sólo

existe el derecho a la posibilidad de la adquisición pudiendo llegar a identificarse con una titularidad potencial de adquisición de un derecho.

#### **4.- Extinción de la expectativa.**

La expectativa se extingue si aquella incertidumbre, que actúa de suspensivo del efecto jurídico, desaparece, bien porque se actualice o haga real el evento incierto o porque se adquiere la certeza del incumplimiento, por ejemplo en un aborto. De aquí que en el primer supuesto la atribución del derecho se produzca a favor del titular expectante, es decir el nasciturus que pasa a ser definitivo. En el otro supuesto, se desvanece el intento de su creación y la antigua situación jurídica queda consolidada en torno a su primitivo titular o sus sucesores teniendo al nasciturus como nunca haber existido. Esto no quiere decir que su existencia haya sido meramente espectral, ya que la expectativa tiene una entidad jurídica que merece protección del ordenamiento y pudo haber determinado una serie de medidas de conservación, tutela y administración, e incluso pudo haber circulado en el mundo del tráfico jurídico, pasando por sucesivos titulares, de tal suerte que el estudio de todos estos fenómenos y vicisitudes constituyen el objeto de los derechos patrimoniales eventuales y de sus posibles modificaciones jurídicas.

#### **5.- Síntesis de la expectativa.**

Hay derechos que para nacer o adquirirse no están subordinados a la existencia de un solo hecho jurídico o de varios de ejecución simultánea sino que, por el contrario, suponen varios hechos que se van cumpliendo progresivamente. Mientras no se realicen todos solo hay una esperanza o una expectativa de que el derecho nazca o se adquiera; lo que significa que reina la incertidumbre, sin embargo, ella se desvanece poco a poco a medida que se cumplen elementos o hechos de cierto relieve que van plasmando el

derecho o su adquisición. Mientras no haya un hecho o elemento importante o significativo para la ley, hay solo una esperanza o mera expectativa<sup>125</sup>; en el caso del presente estudio, el hecho o elemento importante o significativo para la ley, es la concepción desde el instante mismo en que nuestra legislación tomó a bien tomarla en consideración<sup>126</sup>.

Existe lo que se considera como expectativas de hecho, meras expectativas o simples esperanzas las cuales son las posibilidades de nacimiento o de adquisición de un derecho que no cuentan con la protección legal por no haberse realizado ningún supuesto de aquellos que la ley valora para otorgar tutela a dichas posibilidades, por ejemplo tiene una mera expectativa la persona designada heredero testamentario mientras el testador está vivo y el ofertante de un contrato mientras no haya aceptación por el destinatario. A la inversa, son expectativas de derecho las posibilidades de nacimiento o de adquisición de un derecho subjetivo que, aun cuando no se han realizado todos los elementos necesarios para su formación o adquisición, cuenta con alguno o algunos que la ley valora para brindarle una protección anticipada, que se traduce en el otorgamiento de medidas destinadas a evitar que un extraño obstaculice ilícitamente la producción del elemento que falta para la formación o adquisición<sup>127</sup>, en este caso, se puede adecuar esta situación a la conservación del ser humano en formación con el establecimiento de los delitos relativos a la vida del ser humano en formación, regulados en el Código Penal de nuestro ordenamiento jurídico<sup>128</sup>.

---

<sup>125</sup> **ALESSANDRI RODRIGEZ, Arturo, Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA y Antonio VODANOVIC H.**, *“Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General”*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 298

<sup>126</sup> Reforma del 30 de abril de 1997 al Artículo 1 de la Constitución de la República de El Salvador de 1983 publicada en el Diario Oficial N° 32, Tomo 342, del dieciséis de Febrero de mil novecientos noventa y nueve.

<sup>127</sup> **ALESSANDRI RODRIGEZ, Arturo, Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA y Antonio VODANOVIC H.**, Op. cit., p. 298

<sup>128</sup> Artículos del 133 al 141 del Código Penal de la República de El Salvador.

La expectativa de derecho a juicio de Manuel Iglesias Cubría<sup>129</sup> presenta una situación jurídica que está integrada por:

- 1.- Un aspecto activo formado por un hecho jurídico cualificado como determinante de la situación de pendencia (fecundación).
- 2.- Un titular expectante (nasciturus) posible titular definitivo del derecho futuro, si se cumple el evento (nacimiento con vida).
- 3.- Una relación de causa a efecto inmediata y eficiente entre el hecho cualificado y el derecho definitivo que se espera (nacimiento equivale a obtener el derecho subjetivo).
- 4.- Un evento objetivamente incierto (nacimiento con vida), determinante de la interinidad, que afecta ya a la existencia del derecho mismo, bien a su titularidad.

Sin embargo Manuel Iglesias Cubría, también manifiesta que la expectativa de derecho posee un aspecto pasivo integrado por:

- 1.- Un pretitular o titular presente (un donante verbigracia) del derecho que puede resultar afectado, modificado o extinguido, si el evento (nacimiento con vida) se produce.
- 2.- Una vinculación jurídica que liga al bien patrimonial con el pretitular, que nace o proviene del negocio o título creador de la posibilidad del advenimiento del derecho (herencia, donación, etc.) o de la ley, esta

---

<sup>129</sup> IGLESIAS CUBRIA, Manuel, Op. cit., Tomo I, Oviedo, 1961.

vinculación jurídica crea un estado de sujeción en el sentido de poder tener por nulos los negocios jurídicos concluidos en contravención con aquella sujeción, que permanece mientras dure la situación de pendencia, ya que el evento (nacimiento) afecta sólo a la adquisición o pérdida definitiva del derecho subjetivo, pero no a la existencia del contrato que existe y produce efectos jurídicos transitorios, si bien puede resultar ineficaz a efectos finales por frustración del evento (aborto). Y a indemnizar el deudor por los daños y perjuicios causados por contravenir el estado de sujeción de los bienes.

#### **6.- Titular y titularidades de la expectativa.**

- A) El titular expectante (Nasciturus):** que es el sujeto al que vendrán atribuidas las utilidades o ventajas, si el evento pendiente se resuelve a su favor. Interinamente es, a su vez titular de la expectativa de derecho.
- B) El pretitular (Donante o coheredero del Nasciturus verbigracia):** que durante la pendencia, es todavía titular presente, como persona a la que hacen referencia las utilidades, intereses o ventajas que van a ser transmitidas al expectante si el evento se resuelve para éste, o se consolidarán sobre el pretitular, si aquél evento (nacimiento con vida) falla.
- C) Constituyente (Donante, Causahabiente):** que es ya un sujeto, vivo o muerto, pero cuya voluntad manifestada fue tomada en consideración por el ordenamiento como capaz de generar la situación de pendencia, derecho o vinculación patrimonial eventual.
- D) Titular interino o más bien sujeto administrador (Representante – Administrador del Nasciturus):** que es la persona a la que el ordenamiento permite que se atribuyan durante la situación de pendencia

las facultades de ejercicio, administración y defensa jurídica y judicial de la expectativa de derecho o intereses en pendencia. Este sujeto no tiene facultades de disposición, salvo especial cumplimiento de mandato judicial en circunstancias excepcionales pero deben defender, garantizar y conservar el bien patrimonial afecto por la vinculación eventual, haciendo así exigibles y por ende eficaces las obligaciones que de ella derivan dentro de la fase de pendencia<sup>130</sup>.

**E) Titular preventivo:** que es el que desarrolla idéntica función, pero que de resolverse íntegramente los requisitos exigidos por el ordenamiento, terminará siendo titular definitivo, y en concepto se incluyen no solo personas con actual capacidad jurídica, sino también el nasciturus o el concepturus en los casos que deba admitirse su titularidad<sup>131</sup>.

### **7.- Naturaleza de la expectativa**

La situación de pendencia exige de una protección jurídica interina que habrá de manifestarse no sólo extrajudicialmente sino judicialmente; la finalidad de las situaciones jurídicas de pendencia, es decir, de las situaciones en las que existe una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, conforme a la legislación vigente en un determinado momento y en un determinado territorio, como reguladoras de un estado intermedio en la configuración definitiva del derecho subjetivo, se concreta, según De Castro<sup>132</sup> en proteger los intereses del titular y defender la situación jurídica.

---

<sup>130</sup> “Se denomina titular interino a quien provisionalmente ejerce el contenido de derecho subjetivo, sea o no posteriormente el titular definitivo, una vez realizado el derecho en su integridad, pudiendo desempeñar tal función incluso un tercero a quien se confíe la custodia y defensa del interés como administrador, defensor o representante”. **LLAMAS POMBO, Eugenio**, “Estudio de Derecho de Obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez”, Tomo II, LA LEY, grupo Wolters Kluwer, pp. 54, 55

<sup>131</sup> *Ibidem*, pp. 54 y 55

<sup>132</sup> **DE CASTRO Y BRAVO, Federico**, “Notas sobre las Limitaciones Intrínsecas de la Autonomía de la Voluntad”, en Anuario de Derecho Civil, 1982.

## **CAPÍTULO VII**

### **EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CONSIDERACIÓN DE PERSONA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR**

El Salvador ha tenido numerosas Constituciones desde su independencia, lo que evidencia la evolución política que ha predominado a lo largo de su historia; sin embargo, como advertiremos más adelante, no en todas las Constituciones que han regulado a la República de El Salvador, no se ha tenido la misma consideración de persona como la que actualmente se tiene.

La primera Constitución que rigió en el territorio salvadoreño de 1812 a 1814 y de 1820 a 1823, fue la Constitución Española de 1812 o Constitución de Cádiz, la cual fue decretada por las Cortes generales, en los que figuró como representantes de la Intendencia de San Salvador: José Ignacio Ávila (durante el primer período que estuvo vigente la constitución antes dicha); mientras que como representantes de la Alcaldía Mayor de Sonsonate estuvo José Mariano Méndez (durante el segundo período de vigencia de la constitución en comento)<sup>133</sup>.

#### **1.- Constitución de la República de El Salvador de 1824**

En 1823 la Asamblea Constituyente de las Provincias Unidas del Centro de América emitió las Bases de la Constitución Federal, que rigieron en 1824 como Constitución provisional. De conformidad con uno de sus preceptos, El Salvador dictó su constitución estatal del 12 de junio de 1824<sup>134</sup> y por ella el

---

<sup>133</sup> **GALLARDO, Ricardo**, “*Las Constituciones de la República Federal de Centro América*”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1958. Disponible el 12 de julio del 2012 en: [http://mc.enlaceacademico.org/uploads/media/las\\_constituciones\\_republica\\_federal\\_CARG1958.pdf](http://mc.enlaceacademico.org/uploads/media/las_constituciones_republica_federal_CARG1958.pdf)

<sup>134</sup> Texto de la Constitución de la República de El Salvador de 1824. Disponible el 18 de julio de 2012 en:

país se erigió en Estado libre e independiente dentro de la órbita de la Federación Centroamericana que estaba por constituirse. Fue el primero de los cinco Estados en darse su propia constitución.

En esta Constitución histórica, no existía contemplación normativa alguna referente al tratamiento jurídico del tema de la persona humana; sin embargo, en el ámbito social ya se anunciaba y se discutía sobre la importancia de la persona humana y el reconocimiento de sus derechos, especialmente en el ámbito religioso.

## **2.- Constitución de la República de El Salvador de 1841<sup>135</sup>**

La Constitución de 1841 fue la primera en la que se hizo referencia al *habeas corpus* (recurso de exhibición personal). En ella se estableció asimismo un órgano legislativo bicameral, con una cámara de diputados y un senado. Se siguió reconociendo como oficial la religión católica, apostólica y romana, pero se declaró que toda persona era libre para adorar a Dios según su conciencia, sin que se puedan perturbar sus creencias privadas. Además se prohibió que los eclesiásticos pudieran optar a cargos de elección popular.

Esta Constitución, de corte liberal e individualista, fue la primera que incluyó un título en la cual se exponen los derechos y las garantías del pueblo y de los ciudadanos; en ella se destacaba el Título II denominado: “De los salvadoreños y los ciudadanos” puesto que el Art. 4 consideraba a la persona desde su nacimiento, agregando que su protección comenzaba a partir del nacimiento, consecuentemente, de manera constitucional, no podía hablarse de los derechos del no nacido<sup>136</sup>.

---

<http://www.inap.mx/portal/images/pdf/lat/elsalvador/constitucion%20estado%20salvador%201824.pdf>

<sup>135</sup> Decreto Legislativo del 24 de julio de 1840; Fijando las Bases de la Constitución. Visto el 20 de marzo del 2012 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1575/10.pdf>

### **3.- Constitución de la República de El Salvador de 1864<sup>137</sup>**

Esta constitución se dicta bajo la administración del Licenciado Francisco Dueñas, en el fondo es igual a la anterior Constitución solo con pocas innovaciones, como el Art. 6 que establecía en su numeral dos, que se definía la existencia legal de la persona humana, a partir del nacimiento biológico de la misma. No existía en ese momento histórico, fundamento legal para reconocer jurídicamente a la persona antes del alumbramiento<sup>138</sup>.

### **4.- Constitución de la República de El Salvador de 1871**

La presente Constitución fue dada bajo la administración del mariscal Santiago González; en ella se establecía el voto de censura ante cualquier funcionario, que el periodo presidencial era de cuatro años, se exigía a los ministros cumplir con requisitos y esa labor era incompatible con otro empleo<sup>139</sup>. En esta Constitución, persistía, en su Art. 7, el establecimiento de que la persona es tal en tanto haya nacido; no existía base legal para hablar de persona al referirse al ser en proceso de formación<sup>140</sup>.

### **5.- Constitución de la República de El Salvador de 1880<sup>141</sup>, 1883, 1886 y 1939<sup>142</sup>**

Para 1880, después del mariscal Santiago Zaldívar, asumió el poder Andrés

---

<sup>136</sup> Texto de la Constitución de El Salvador de 1841. Disponible el 18 de julio del 2012 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1575/10.pdf>

<sup>137</sup> Decretada por el Congreso Nacional Constituyente el 09 de marzo de 1864. Visto el 20 de marzo del 2012 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1575/11.pdf>

<sup>138</sup> Texto de la Constitución de la República de El Salvador de 1864. Disponible el 18 de julio del 2012 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1575/11.pdf>

<sup>139</sup> “Evolución Histórica del Derecho Constitucional Salvadoreño”. Disponible el 18 de julio del 2012 en: <http://www.monografias.com/trabajos67/derecho-constitucional/derecho-constitucional2.shtml>

<sup>140</sup> Texto de la Constitución de la República de El Salvador de 1871. Disponible el 18 de julio de 2012 en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1575/12.pdf>

<sup>141</sup> Texto de la Constitución de la República de El Salvador de 1880. Disponible el 17 de julio de 2012 en: <http://www.freewebs.com/huanaco/1880constitucion%20salvadorena.htm>

<sup>142</sup> **BARAHONA RIVAS, Susan Priscila y Lorena Guadalupe RIVERA MOLINA**, Op. cit. p. 21.

Valle quien gobernó como Presidente dos meses, para después asumirla el Doctor Rafael Zaldívar, quien quería reformar la constitución para perdurar en el poder; en ésta Constitución se suprimió el cargo de Vicepresidente y se exigió que para ser presidente debe de ser salvadoreño de nacimiento y no solo naturalizado.

Para 1883, el Doctor Rafael Zaldívar, en su segundo periodo dicto una nueva constitución con el simple y sencillo pretexto de querer reelegirse y es reelecto para el período 1884-1888, pero su deseo de perpetuarse se ve frustrado, ya que fue derrocado en 1885 por el General Francisco Menéndez; en ella se mantuvo igual el sistema bicameral, el Presidente tenía la facultad de crear el Ejército Nacional<sup>143</sup>.

La Constitución de 1886 tuvo una vigencia de cincuenta años, esta larga vida se debió a que recogía en ella los principales liberales y democráticos que comenzaron en Inglaterra, en Estados Unidos y Francia.

En la Constitución de 1939, el Ingeniero Arturo Araujo gobernó como Presidente desde marzo de 1931 a diciembre del mismo año; el General Maximiliano Martínez gobernó como Vicepresidente, luego como Presidente se elabora una nueva carta magna cambiando de cuatro años el periodo presidencial a seis años; con relación a la forma de gobierno se estableció que es republicana, democrática y representativa agregándole que "*aspira a formar , con las demás naciones del continente una democracia solidaria en América*"<sup>144</sup>.

Estas Constituciones coincidían, en el sentido de que expresan la

---

<sup>143</sup> "Evolución Histórica del Derecho Constitucional en El Salvador", p.2, Ibidem

<sup>144</sup> Artículo 1 de la Constitución de la República de El Salvador de 1939.

consideración relativa a la persona humana, que hicieron las Constituciones que les precedían; es decir, que no existía en ellas base legal alguna que hiciera referencia a la persona antes del nacimiento.

### **6.- Constitución de la República de El Salvador de 1983**

Entró en vigencia el día veinte de diciembre de mil novecientos ochenta y tres<sup>145</sup>, esta deroga la anterior Constitución de 1962. En sus Arts. 1y 2 reconoce a la persona humana como el origen y el fin de toda la actividad del Estado, se establece además, que toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, entre otros derechos y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.

### **7.- Reforma del 30 de abril de 1997 al Artículo 1 de la Constitución de la República de El Salvador de 1983**

Los comienzos de la década de los noventa supusieron una separación radical de las ideas convencionales sobre cómo los gobiernos deben tratar de influir en el tamaño y el bienestar de las sociedades que están bajo su cargo, y estableció un consenso sin precedentes entre los gobiernos nacionales sobre las políticas de población. Esta nueva perspectiva cambió el énfasis de las políticas demográficas, de forma que en vez de concentrarse en frenar el crecimiento de la población se volcaron a mejorar la vida de la gente, en especial la de las mujeres.

En 1999 se generó una coyuntura política que provocó transformaciones en cuanto a la manera de percibir el inicio de la vida y por lo tanto su protección ya que en ese mismo año la Asamblea Legislativa discutía el proyecto del

---

<sup>145</sup> **ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI)**, Constitución de la República de El Salvador, Decreto Legislativo N° 38 del 15 de diciembre de 1983. Visto el 20 de marzo del 2010 en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=229179](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=229179)

Código Penal, en el cual se despenalizaba el aborto terapéutico, el ético y el eugenésico. Ésta situación se convirtió en motivo para que algunas personas y organizaciones no gubernamentales realizaran peticiones, manifestaciones públicas y concentraciones frente a la Asamblea Legislativa con el propósito de evitar que se despenalizara el aborto, para garantizar la protección de la vida desde el instante de la concepción.

En agosto de 2010, el Estado salvadoreño retiró las reservas realizadas al Programa de Acción de El Cairo<sup>146</sup>. Al retirarlas se dio el aval completo a un documento que al momento de ser formulado, en septiembre de 1994, causó polémica porque la Iglesia Católica y las organizaciones pro vida vieron en este un intento por promover el aborto y el matrimonio homosexual.

Bajo los anteriores parámetros, el Art. 1 de la Constitución formó parte de los veinticuatro acuerdos de reforma Constitucional del treinta de abril de mil novecientos noventa y siete. Este acuerdo fue ratificado por la Asamblea Legislativa el tres de febrero de mil novecientos noventa y nueve mediante el Decreto Legislativo Número 541, publicado en el Diario Oficial N° 32, Tomo 342, del dieciséis de febrero de mil novecientos noventa y nueve, a través del cual el Legislador Constitucional, adicionando un inciso al artículo en mención, ha determinado claramente que “*se reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción*”, lo cual afirma que la calidad de persona da inicio desde el instante biológico de la unión entre las células reproductivas femeninas y masculinas.

---

<sup>146</sup> La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo fue una reunión internacional coordinada por la ONU que tuvo lugar en El Cairo, Egipto, desde el 5 de septiembre hasta el 13 de septiembre de 1994. Su Programa de Acción resultante es el documento principal para el Fondo de Población de las Naciones Unidas. Disponible el 31 de agosto del 2012 en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Conferencia\\_Internacional\\_sobre\\_la\\_Poblacion\\_y\\_el\\_Desarrollo](http://es.wikipedia.org/wiki/Conferencia_Internacional_sobre_la_Poblacion_y_el_Desarrollo)

## **CAPÍTULO VIII**

### **REGULACIÓN DE LA PERSONA NO NACIDA EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA**

#### **1.- Constitución de 1983 reformada.**

El 3 de febrero de 1997 el Parlamento salvadoreño aprobó por 72 votos de 84 una reforma constitucional que reconoce el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Este cambio de la Constitución fue propuesto aquel mismo año después de que fuera anulada la despenalización del aborto.

Desde 1973 hasta abril de 1997 el aborto estuvo despenalizado en El Salvador en los tres casos típicos: peligro para la vida de la madre, violación y graves anomalías del feto. Cuando se estudió la reforma al Código Penal, algunos propusieron ampliar la despenalización, copiando la ley española, pero, merced a la reacción pública, el intento terminó en todo lo contrario: el nuevo Código Penal de 1997, declara ilícito todo aborto voluntario.

El artículo primero de la Constitución quedó, pues, como sigue: "*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. Asimismo reconoce a todo ser humano como persona humana desde el instante de la concepción. (...)*".

#### **2.- Código Civil.**

El primer artículo del Código Civil en estudiar es el Art. 72, el cual como ya se ha advertido en líneas anteriores del presente trabajo establece que "*la existencia legal de toda persona principia al nacer*"; tomando eso como base, otro aspecto importante del Código Civil, que a criterio del equipo de

investigación del presente trabajo es propio del tema y por lo tanto pertinente tratar, es lo referente al Derecho Sucesorio.

Dentro del Derecho Sucesorio existen dos sujetos importantes, un sujeto activo, quien es el causante y un sujeto pasivo denominado causahabiente, sucesor o asignatario. Cuando la sucesión es testamentaria, al conjunto de cualidades exigidas para suceder se le denomina doctrinariamente *testamentifacción pasiva*<sup>147</sup>, tales cualidades son:

- 1.- Ser persona cierta y determinada.
- 2.- Se capaz para recibir asignaciones.
- 3.- Ser digno para recibir asignaciones.

En el Art. 963<sup>148</sup> del cuerpo legal en comento, se exige al asignatario existir al tiempo de abrirse la sucesión y si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, será preciso también existir al momento de cumplirse la condición.

El caso del nasciturus no queda comprendido en el de las personas que no

---

<sup>147</sup> **ROMERO CARRILO, Roberto**, “*Nociones de Derecho Hereditario*”, Tercera Edición, p. 25.

<sup>148</sup> “*Para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión; salvo que se suceda por derecho de transmisión, según el artículo 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 esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión. Valdrán con la misma limitación las asignaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante, aunque el que lo presta no haya existido al momento de la muerte del testador*”.

existen pero se esperan que existan, porque al estar en el vientre materno ya existe, tiene existencia natural, *aunque no legal*<sup>149</sup> y al concebido se le considera como nacido para los efectos de la capacidad de goce<sup>150</sup>; por lo que es indudable que al hablar de nasciturus, se está hablando de personas y seguramente el Art. 75 del Código Civil, al mencionar en la frase “*los derechos que se referirían a la criatura que está en el vientre materno*” se refiere por ejemplo a los derechos por donación, herencia y legado, así como el estado filiatorio, beneficiario de un seguro de vida y acreedor de la correspondiente indemnización, pensiones que fueron del padre, etc..

La regla del Art. 963 del Código Civil hace referencia a que se necesita la autorización de la Ley para que en ciertos casos el concebido al tiempo de abrirse la sucesión pueda recoger cierta asignación, ya que lo que la Ley exige es que la persona exista no solo a la fecha de la apertura de la asignación sino que también al momento del cumplimiento de la condición suspensiva bajo la cual el causante ha dispuesto la respectiva asignación, mientras la condición no se cumpla, el asignatario no tiene ningún derecho sino el de solicitar las providencias conservativas que el caso requiera.

En ese sentido, la excepción a dicha regla va encamina al actual llamamiento que hace la Ley a aceptar o repudiar una asignación, conocida como Delación<sup>151</sup>. Generalmente ambos momentos, el de la muerte del causante y el de la correspondiente delación sucesoria, coinciden; pero no

---

<sup>149</sup> **ROMERO CARRILLO, Roberto**, Op. cit., p. 38

<sup>150</sup> Art. 75 del Código Civil: Los derechos que se referirían 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.

<sup>151</sup> Art. 957 del Código Civil de la República de El Salvador.

siempre ocurre así, pues existen casos en los que la delación se produce en un tiempo posterior; cuando la delación es simultánea con la muerte del causante, tenemos una delación inmediata, pero cuando tiene lugar más tarde, hay una delación retardada<sup>152</sup>.

En los supuestos de la Delación Retardada, cuando se dice que se exige que el heredero exista o que al menos esté concebido al tiempo de fallecer el causante, se incurre en una imprecisión, pues, no es este momento, sino el de la delación sucesoria en el que el heredero debe existir. La Delación Retardada puede manifestarse de tres formas: Diferida, Sucesiva y Reproducida.

Es la Delación Retardada Diferida la que nos interesa, puesto que cuando el llamamiento o institución de heredero se otorga bajo condición suspensiva, la delación queda en suspenso y no tiene lugar hasta que la condición se cumpla, en cuyo momento es cuando debe estimarse efectuado el llamamiento. Con esta modalidad los llamamientos sucesorios a favor de las personas no nacidas, pero que se encuentran en el vientre materno, son eficaces, si al tiempo de cumplirse la condición hubiera nacido, aunque no lo estuviera al tiempo de morir el causante.

De conformidad al Art. 484<sup>153</sup>, de la ley secundaria en comento, y como se ha mencionado el nasciturus solamente tiene la capacidad de goce, por lo que tiene una total imposibilidad material de obrar, por lo que los bienes que han de corresponderle, estarán a cargo de la madre o del curador designado.

---

<sup>152</sup> **ROMERO CARRILLO, Roberto**, Op. cit., p. 71 y ss.

<sup>153</sup> “Los bienes que han de corresponder al hijo póstumo, si nace vivo, y en el tiempo debido, estarán a cargo de la madre o, en su caso, a cargo del curador que haya sido designado a este efecto por el testamento del padre, o de un curador nombrado por el Juez, a pedimento de cualquiera de las personas que han de suceder en dichos bienes, si no sucede en ellos el póstumo”.

En la sucesión abintestato, el Art. 988 estipula que en primer lugar “*son llamados a la sucesión intestada, los hijos*”; la Ley no se refiere a si se trata de el hijo ya nacido o el hijo que se encuentra en el vientre materno; a nuestro criterio, nos parece más acertado pensar que dentro de la palabra hijo, se encuentran inmersas ambas posturas, la del hijo ya nacido y la del nasciturus.

### 3.- Código Penal.

El Código Penal de El Salvador, considera importante el hecho de brindar una protección a la vida del que está por nacer; es así que su Capítulo II ha contemplado los “Delitos Relativos a la Vida del Ser Humano en Formación”, por lo que debe comentarse que el Legislador del Código Penal ha tomado a bien identificar el alcance de una cuestión común en los delitos que se han tipificado en él, como lo es la palabra aborto; la cual definió como “*la destrucción o muerte del feto, bien en el interior del seno materno, bien provocando su expulsión prematura*”<sup>154</sup>, además establece que se trata “*de un delito de resultado*”<sup>155</sup> donde “*es también posible la tentativa*”<sup>156</sup>, así mismo, establece lo que no es aborto, manifestando que “*no constituyen aborto la destrucción del embrión o feto fuera del vientre de la madre tras un aborto espontáneo ni tampoco la interrupción de procesos patológicos, como los embarazos extrauterinos*”<sup>157</sup>, quedando evidenciado así que el bien jurídico protegido “*es la vida humana todavía no nacida, llamada vida humana dependiente, en formación o prenatal*”<sup>158</sup>.

A continuación, se analizará cada uno de las conductas tipificadas en el

---

<sup>154</sup> MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA, Op. Cit., p. 524.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 526

<sup>156</sup> *Ídem*, *ibídem*

<sup>157</sup> MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA, Op. Cit., p. 524.

<sup>158</sup> *Ídem*, *ibídem*

Código Penal como delitos tendientes a vulnerar la vida del ser humano en formación.

**A) Aborto consentido y propio.**

El delito de aborto consentido propio se establece en el artículo 133 del Código Penal y se refiere a que “*el que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer o la mujer que provocare su propio aborto o consintiere que otra persona se lo practicare, serán sancionados con prisión de dos a ocho años*”. En este artículo se castigan tres diferentes comportamientos<sup>159</sup>:

- 1.- Que el aborto sea cometido dolosamente por persona distinta de la embarazada y con consentimiento de ésta<sup>160</sup>. En esta parte del delito, el sujeto activo es la persona que comete el aborto con consentimiento de la mujer embarazada.
- 2.- El aborto que se comete por la propia mujer embarazada<sup>161</sup>; de esta manera se castiga a la mujer que, dolosamente y por cualquier medio, se produzca a sí misma el aborto. De este comportamiento solo puede ser autora la propia embarazada, aunque en él pueden participar otras personas como instigadores o cómplices.
- 3.- El consentimiento prestado por la embarazada para que otra persona le practique el aborto<sup>162</sup>. La conducta castiga a la mujer que presta

---

<sup>159</sup> Ídem, p. 526

<sup>160</sup> “*El que provocare un aborto con consentimiento de la mujer*”, Art. 133 Código Penal de la República de El Salvador.

<sup>161</sup> “*...la mujer que provocare su propio aborto...*” Art. 133 Código Penal de la República de El Salvador.

<sup>162</sup> “*...consintiere que otra persona se lo practicare...*” Art. 133 Código Penal de la República de El Salvador.

consentimiento válido para que otro le practique un aborto. *“Para que se consume este tipo de conducta, es preciso que se produzca la efectiva destrucción del feto”*<sup>163</sup>.

### **B) Aborto sin consentimiento.**

Este delito se encuentra regulado en el artículo 134 del Código Penal, el cual establece que *“el que provocare un aborto, sin consentimiento de la mujer, será sancionado con prisión de cuatro a diez años”*, así mismo, establece el mismo artículo en su inciso segundo, que *“en la misma pena incurrirá el que practicare el aborto de la mujer, habiendo logrado su consentimiento mediante violencia o engaño.”*

Tal como lo establece el artículo, este tipo de delito es cometido dolosamente por una persona distinta de la embarazada y sin consentimiento de esta o con consentimiento viciado. Es un delito pluriofensivo, ya que atenta contra la vida de la persona que está por nacer y contra la libertad de la mujer embarazada, que no consiente el aborto.

### **C) Aborto agravado.**

El artículo 135 del Código Penal ha establecido que nos encontramos ante el delito de aborto agravado, cuando el aborto *“fuere cometido por médico, farmacéutico o por personas que realizaren actividades auxiliares de 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”*. La agravante de este delito se produce por motivos profesionales, que supone la elevación de la pena de libertad y, además, la

---

<sup>163</sup> MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA, Op. Cit., p. 526.

imposición como pena principal de la correspondiente pena de inhabilitación especial, en términos similares a los contemplados en el inciso final del artículo 132.

#### **D) Inducción o ayuda al aborto.**

El artículo 136 ha establecido que *“quien 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 en una tercera parte de la pena máxima señalada en el inciso anterior”*.

*“El artículo contiene una regulación específica de la instigación y de la complicidad, consistente en la aportación de recursos económicos o de otra clase de medios”<sup>164</sup>*; establecen Moreno Carrasco y Rueda García en los comentarios al Código Penal, que *“del tenor literal de la norma parece entenderse que cualquier complicidad que no consista en la aportación de medios debería castigarse mediante el recurso a las reglas generales de la complicidad”*.

#### **E) Aborto culposo.**

Sobre el aborto culposo, el artículo 137 del Código Penal establece que *“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 para causar su aborto no serán punibles”*.

A tenor de Moreno Carrasco y Rueda García *“este tipo de delito se trata de un aborto cometido imprudentemente por persona distinta de la*

---

<sup>164</sup> **MORENO CARRASCO**, Francisco y Luis **RUEDA GARCÍA**, Ob. Cit., p. 533.

*embarazada*”<sup>165</sup>”

#### **F) Lesiones en el no nacido.**

Según el artículo 138 del Código Penal, “*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 la mismas*”. Del tenor literal de éste artículo, el bien jurídico protegido es la salud e integridad física del feto, quien es el sujeto pasivo.

#### **G) Lesiones culposas en el no nacido.**

El artículo 139<sup>166</sup> del Código Penal establece que el que incurriera en lo descrito en el artículo 138 del mismo Código Penal, se sancionará con una multa de cincuenta a cien días multa y que la mujer embarazada no será penada.

El Legislador del Código Penal, verdaderamente ha sido muy novedoso y de amplio criterio médico genético al integrar dentro del texto legal, ciertos delitos referentes a la Procreación Humana Artificial<sup>167</sup> encaminados los mismos, a proteger la vida del que se encuentra en el vientre materno.

#### **H) Manipulación genética.**

El artículo 140 del Código Penal, manifiesta que “*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*

---

<sup>165</sup> Ibídem, p. 534.

<sup>166</sup> Artículo 139 del Código Penal: “*el que culposamente ocasionare las lesiones descritas en el artículo anterior, será sancionado con multa de cincuenta a cien días multa. La embarazada no será penada al tenor de este precepto*”.

<sup>167</sup> Ver el Título Único de este trabajo referente a la “Procreación Humana Artificial”.

*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”.*

Vista la disparidad de los tipos contenidos en los diferentes incisos, no es factible hablar de un solo bien jurídico protegible común a todos los incisos; pero si cabe definir un bien jurídico en cada tipo, así en el inciso primero, se habla de la identidad de la especie o de la identidad genética, en el inciso segundo del mantenimiento de la identidad genética de cada uno de los seres humanos, mientras que en el inciso tercero se apunta a la libertad de los padres.

El sujeto pasivo, al tenor de este artículo es la comunidad o la especie humana, salvo en el caso del último de los preceptos, en el que serán, también, los padres.

Dentro de este delito las conductas típicas, según lo manifiestan Moreno Carrasco y Rueda García<sup>168</sup>, son las siguientes:

**1.- Alteración genética dolosa con fines distintos a los permitidos:** se encuentra en el inciso primero del artículo 140 del Código Penal y se castiga a quien, con finalidad distinta de la eliminación o disminución de enfermedades graves, manipule genes humanos de modo que altere el patrimonio genético. En sentido amplio, el concepto de manipulación

---

<sup>168</sup> MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA, Ob. Cit., pp. 530, 540 - 541.

genética hace referencia a todas las manipulaciones de gametos o de embriones, así como a las técnicas de reproducción asistida, y, en sentido estricto, define el conjunto de técnicas de ingeniería genética, de un organismo viviente a otro, con la consecuente modificación de las características naturales del patrimonio hereditario y, creación de nuevos genotipos. Este tipo de delito constituye manipular aquellos genes, dando como resultado la alteración del patrimonio genético sin finalidad terapéutica.

**2.- Clonación de células humanas:** se regula en el inciso segundo del artículo citado, tanto la experimentación cuanto la manipulación, en relación con la clonación de células humanas, con la finalidad de reproducción. Por tanto, está fuera del ámbito punitivo del precepto la clonación con cualquier otra finalidad y toda clonación que no haga referencia a células humanas.

**3.- Determinación del sexo:** en el inciso tercero se castiga el uso de tecnología genética para determinar el sexo de un nasciturus, comportamiento que solo es delictivo en los casos en los que se realiza sin consentimiento de los progenitores.

#### **I) Manipulación genética culposa.**

Según el artículo 141 del Código Penal, *“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”*.

#### **4.- Código de Familia.**

El Código de Familia desarrolla la normativa constitucional y adecua la legislación interna a los Tratados y Convenciones Internacionales sobre la materia, suscritos y ratificados por El Salvador; es así, que conforme a las

normas establecidas en la Constitución<sup>169, 170</sup>, el Código de Familia establece en su Art. 4 la protección integral de los menores y el Art. 346 establece que dicha protección debe ser *“en todos los periodos evolutivos de su vida, inclusive el prenatal (...)”*, reconociendo y regulando así los derechos de los mismos *“desde la concepción hasta los dieciocho años de edad (...)”* según el Art. 344, además el Art. 5 establece que *“los derechos establecidos en este Código son irrenunciables y los deberes que impone, indelegables”*.

Los derechos que el Código de Familia otorga al menor se encuentran en el Art. 351 que establece en su numeral segundo que todo menor tiene derecho *“a la protección de su vida, desde el momento en que sea concebido”* y establece en su numeral décimo octavo, que todo menor tiene derecho a *“gozar de los demás derechos que concede la Constitución, los Tratados Internacionales ratificados por El Salvador y demás leyes que garanticen su protección”*; en esa misma línea de ideas, el Art. 353 señala que *“la protección a la vida y salud del menor se ejecutará mediante un conjunto de acciones legales, sociales, preventivas y de asistencia que garanticen su desarrollo integral desde la concepción hasta su mayoría de edad”*, siendo el principal encargado de esto, el Estado ya que su deber primordial es la protección de la familia<sup>171</sup>.

Para el eficaz cumplimiento de los deberes del Estado, así como para garantizar eficazmente los derechos reconocidos en el Código de Familia y

---

<sup>169</sup> Art. 34 de la Constitución de la República de El Salvador.- Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado. La ley determinará los deberes del Estado y creará las instituciones para la protección de la maternidad y de la infancia.

<sup>170</sup> Art. 35 de la Constitución de la República de El Salvador.- El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores, y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia. La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial.

<sup>171</sup> Art. 32 del Código de Familia de la República de El Salvador.

en otras leyes a favor de la familia, en el Art. 398 y Art. 399 del Código de Familia se establecen dos sistemas:

1.- El Sistema Nacional de Protección a la familia y personas de la tercera edad.

2.- El Sistema Nacional de Protección al Menor.

En el Art. 400 del Código, se regula la integración de los sistemas por instituciones gubernamentales, asociaciones comunitarias y de servicio y organismos no gubernamentales que realicen actividades tendientes a la protección de la familia y de los menores.

El Sistema Nacional de Protección al Menor coordinado por el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor<sup>172</sup>, ahora llamado Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y de la Adolescencia mejor conocido como ISNA<sup>173</sup>, debe ejecutar todas las acciones y políticas encaminadas a lograr la protección integral de los menores, protegiendo su vida desde la concepción y ejecutando acciones para evitar la mortalidad infantil por medio del acceso a la salud, tal como lo prescribe el Art. 354 que establece que es obligación del Estado “*proporcionar asistencia médica gratuita a la mujer*

---

<sup>172</sup> Creado por Decreto Legislativo N° 482 de fecha 11 de marzo de 1993. Disponible el 13 de septiembre de 2012 en:

[http://isna.elsalvadormultimedia.info/ISNA/index.php?option=com\\_content&view=article&id=49&Itemid=84](http://isna.elsalvadormultimedia.info/ISNA/index.php?option=com_content&view=article&id=49&Itemid=84)

<sup>173</sup> El Instituto Salvadoreño para El Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, nace con el Decreto Legislativo No 983, publicado en el Diario Oficial 189, tomo No 357 de fecha 10 de octubre de 2002. Como se establece en el considerando III, que su anterior denominación (Instituto Salvadoreño de Protección al Menor) ya no estaba acorde a la Política Nacional para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, que realmente ejecutaba, ni enmarcaba todas las funciones a él encomendadas. Disponible el 13 de septiembre de 2012 en: [http://isna.elsalvadormultimedia.info/ISNA/index.php?option=com\\_content&view=article&id=49&Itemid=84](http://isna.elsalvadormultimedia.info/ISNA/index.php?option=com_content&view=article&id=49&Itemid=84)

*embarazada durante el período pre y post natal*’.

El parentesco en el Código de Familia es reconocido como “*la relación de familia que existe entre dos o más personas y puede ser por consanguinidad, afinidad o por adopción*” y causa efectos jurídicos como el derecho de alimentos regulado en el Art. 248 y Art. 251, derecho sucesorios, llamamiento para ejercer la tutela regulado en el Art. 283, Art. 287, Art. 288 y Art. 291, los derechos propios de la paternidad y la maternidad.

La paternidad se refiere, según el Art. 144, a que “*el padre podrá reconocer al hijo concebido y al hijo fallecido (...)*”, en relación al Art. 146 que establece la facultad de la mujer embarazada de citar ante el Juez al hombre de quien ha concebido para que éste declare si reconoce ser el padre de la criatura<sup>174</sup>. En el caso del reconocimiento voluntario de paternidad del hijo concebido<sup>175</sup>, el padre puede hacerlo por cualquiera de los medios establecidos en el Art. 143<sup>176</sup>, excepto por el primer ordinal, ya que para ello se necesita del nacimiento y en el Art. 143 de la Ley Procesal de Familia. El Código de

---

<sup>174</sup> “*La paternidad del hijo nacido fuera de matrimonio en cambio sólo puede quedar establecida por reconocimiento expreso del padre o por sentencia judicial que declare que existe el vínculo de filiación*”. **CALDERÓN DE BUITRAGO, Anita, y otros**, “*Manual de Derecho de Familia*”, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, Segunda Edición, 1995, p. 483.

<sup>175</sup> Art. 144 inciso primero del Código de Familia de la República de El Salvador.

<sup>176</sup> Art. 143 del Código de Familia de la República de El Salvador.- El padre puede reconocer voluntariamente al hijo:

1o) En la partida de nacimiento del hijo, al suministrar los datos para su inscripción en calidad de padre. En la partida se hará constar el nombre y demás datos de identidad de éste, quien deberá firmarla si supiere o pudiere;

2o) En la escritura pública de matrimonio o en el acta otorgada ante los oficios de los Gobernadores Políticos Departamentales, Procurador General de la República y Alcaldes Municipales;

3o) En acta ante el Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales;

4o) En escritura pública, aunque el reconocimiento no sea el objeto principal del instrumento;

5o) En testamento; y,

6o) En escritos u otros actos judiciales. En estos casos el juez deberá extender las certificaciones que les soliciten los interesados.

Familia reconoce y regula derechos a favor del concebido no nacido y entre uno de ellos, se encuentra el de los alimentos; en ese sentido, la obligación de proporcionar alimentos tiene un profundo sentido ético como jurídico, debido a que el nasciturus por su propia debilidad, sin poderse valer por sí mismo como individuo, necesita la protección y ayuda de sus progenitores o parientes no sólo para sobrevivir, sino para poder desarrollarse como individuo.

Sara Montero señala que la obligación de alimentos es *“el deber que tiene un sujeto llamado deudor alimentario, de proveer a otro llamado acreedor alimentista, de acuerdo, con la capacidad del primero y la necesidad del segundo, en dinero o en especie lo necesario para subsistir”*<sup>177</sup>; de acuerdo a esa línea de pensamiento, el Legislador a tomado a bien regular la prestación de alimentos a la mujer embarazada en atención al principio de protección de la familia, atendiendo prácticamente a las necesidades básicas del individuo desde su concepción, regulado en el Art. 249 al decir *“definida la paternidad conforme lo establece este Código, toda mujer embarazada tiene derecho a exigir alimentos al padre de la criatura durante todo el tiempo del embarazo y los tres meses siguientes al parto, incluidos los gastos del parto ”*, a criterio del grupo de investigación, esta disposición atiende al cuidado de la mujer embarazada y del hijo concebido.

#### **5.- Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.**

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, mejor conocida como LEPINA, recoge en su Art. 1 la finalidad de la ley, la cual es *“garantizar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos y facilitar el cumplimiento de los deberes de toda niña y niño en El Salvador”*; y es que el libro primero de la

---

<sup>177</sup> MONTERO DUHALT, Sara, *“Derecho de Familia”*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, p. 638.

LEPINA se encarga de positivizar los derechos, configurando las normas sustantivas que otorgan la condición de sujetos de derechos a los niños tal como lo prescribe el Art. 5<sup>178</sup>, entendiendo por niño, según el Art. 3, “*toda persona desde el instante mismo de la concepción hasta los doce años cumplidos*”.

De acuerdo al Art. 7, entre los sujetos obligados a salvaguardar los derechos de los niños, se encuentran: las madres y los padres, los representantes o responsables de los niños, los funcionarios, empleados e Instituciones públicas, las Organizaciones privadas y la sociedad en general. Sin embargo, el Art. 8 establece que es deber también del Estado “*promover y adoptar todas las medidas necesarias para proteger a la familia, así como a los padres y madres, para el cumplimiento de los derechos y deberes establecidos en la presente Ley*”.

Es importante mencionar que la LEPINA recoge siete principios rectores de los cuales se analizarán tres de ellos:

### **1.- Principio del Interés Superior.**

El Art. 12 define como interés superior “*toda situación que favorezca su desarrollo físico (...)*”. Como se observa, es de suprema importancia en la garantía de los derechos humanos de los niños, ya que la LEPINA le ha dedicado un extenso texto que califica de obligatorio cumplimiento a este principio para la aplicación, interpretación e integración en la toma de

---

<sup>178</sup> Artículo 5 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.- Sujetos de derechos: Todas las niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos. Los derechos, garantías y obligaciones reconocidos en la presente Ley son aplicables a toda persona desde el instante de la concepción hasta que cumpla los dieciocho años de edad, y serán ejercidos directamente por las niñas, niños y adolescentes, tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, la dirección y orientación apropiada de su madre y padre y las limitaciones establecidas en la presente Ley.

decisiones judiciales y administrativas, así como la implementación y evaluación de las políticas públicas y es que el carácter vinculante lo destina con el indiscutible propósito de asegurar el disfrute pleno de los derechos y el desarrollo integral de los niños.

Para Yuri Emilio Buaiz Varela por tratarse de un principio garantista, éste limita la libre discrecionalidad *“en la medida en que se erige como principio destinado explícitamente a la materialización de los derechos de los niños y niñas, y lo es también en la medida en que su estricto cumplimiento impone una prohibición y/o limitación a la arbitrariedad de los tomadores de decisiones. Así, limita al juez igual que limita al Presidente de una Asociación Civil (ONG), o a un legislador, o a un policía, o a un administrador de una entidad de atención. De igual manera que lo limita, lo obliga. Esto es, lo limita en tomar una decisión que afecte negativamente los derechos humanos de los niños o niñas, mientras que lo obliga a tomar una decisión positiva en el mismo sentido de dar cumplimiento o restituir una situación de derecho infringida”*<sup>179</sup>. La única excepción al interés superior del niño, es decir, en los casos en que se pudiese tomar una decisión que podría afectar un derecho determinado, es sólo cuando la ley expresamente lo ordena o autoriza<sup>180</sup>.

## **2.- Principio de Corresponsabilidad.**

Se encuentra regulado en el Art. 13 y se refiere a que *“la garantía de los derechos del niño corresponde a la familia, al Estado y a la sociedad”*, principio muy relacionado con el Art. 7 y Art. 8 que anteriormente analizamos.

---

<sup>179</sup> **BUAIZ VARELA, Yuri Emilio**, *“Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Comentada de El Salvador, Libro Primero”*, Consejo Nacional de la Judicatura, Primera Edición, Talleres Gráficos UCA, 2011, San Salvador, El Salvador, p. 148.

<sup>180</sup> Por ejemplo, en los casos previstos en el Art. 9 de la CDN sobre separación familiar por maltrato u otras circunstancias que afecten sus derechos (no comprendidas las carencias materiales, por supuesto) desarrollados en el Art. 78, Art. 79 Art. y 80 de la LEPINA, o en los casos del Art. 21 de la CDN, referido a la adopción.

En esta trilogía, corresponde sin duda a la familia el deber primigenio e indeclinable de crianza, cuidados, formación y desarrollo y se debe encargar de eso el Estado, cuando la familia no pueda hacerlo, siempre y cuando sea por resolución de la autoridad competente.

### **3.- Principio de Prioridad Absoluta.**

Principio regulado en el Art. 14, se refiere a que *“el Estado debe garantizar de forma prioritaria todos los derechos de la niñez y de la adolescencia mediante su preferente consideración en las políticas públicas, la asignación de recursos, el acceso a los servicios públicos, la prestación de auxilio y atención en situaciones de vulnerabilidad y en cualquier otro tipo de atención que requieran”*; la Prioridad Absoluta no está dirigida únicamente al hecho de que los niños se les dé preferencia en la formulación de políticas públicas, sino también prioridad en el destino de los recursos públicos, preferencia absoluta en atención y socorro en cualquier circunstancia y en protección preferente frente a situaciones de violación o negación de derechos, y que también se castiguen y se sancionen preferentemente estas violaciones.

En cuanto al derecho a la vida y abundando en la previsión legal que ya expresó el Art 3, al insistir en el reconocimiento de derechos *“desde el instante de la concepción”*, en esta oportunidad el Art. 16 se refiere en particular al derecho a la vida; la LEPINA reitera tal reconocimiento, lo que sin duda luce redundante, aunque parezca necesario, pues ya es sabido en la intención y objeto del legislador que parte de la premisa de considerar la vida, y por tanto, persona humana, desde la fecundación del ovulo. Esta primera frase que encabeza el Art. 16, ratifica entonces tal pensamiento y propósito legislativo; debemos anotar, sin embargo, que tal reiteración legal persigue acá el objeto particular de proteger la vida física en su sentido más estricto, por lo que la expresión *“se reconoce el derecho a la vida desde el*

*instante de la concepción*". Lleva consigo el propósito que no quepa duda acerca del resguardo a la persona humana desde el vientre materno.

Siguiendo la misma línea de pensamiento que el Art. 16, el Art. 17 está especialmente dirigido a la protección del derecho a la vida del que esta por nacer. Comprende esta norma las directrices mínimas a través de las cuales el Estado Salvadoreño se propone desarrollar el principio de protección a la vida desde el momento de la concepción que ya ha prescrito en los Art. 3, y Art. 16 de la LEPINA.

Como se observa, la protección que estatuye el encabezamiento de la norma está dirigida al pre nacimiento, es decir, desde el embarazo hasta el nacimiento. Esta primera parte de la norma, da fundamental importancia a la atención prenatal, que apunta al seguimiento y prevención de enfermedades durante el embarazo, las condiciones particulares de la madre y el desarrollo del niño o niña en el vientre materno.

Resulta, en tal sentido complementaria y absolutamente adecuada, la disposición final de este Art. 17 de la LEPINA que además de garantizar la atención gratuita de la madre y el niño o niña en todas las etapas prenatal, perinatal<sup>181</sup>, neonatal<sup>182</sup> y postnatal<sup>183</sup>, destaca los servicios médicos y

---

<sup>181</sup> **MINISTERIO DE SANIDAD Y CONSUMO DEL GOBIERNO DE ESPAÑA.** El término perinatal se emplea para referirse a todo aquello que es en materia de tiempo inmediatamente anterior o posterior al momento del nacimiento del bebé, es decir, desde la semana 28 de gestación aproximadamente hasta los primeros siete días después del parto. **RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Adela, Gonzalo SOLÍS SÁNCHEZ y Luisa TAMALLO CANILLAS,** "Codificación Clínica con la CIE-9-MC", Unidad Técnica de la CIE-9-MC para el Sistema Nacional de Salud, Boletín Número 4, Año II, junio, 1996. "Disponible el 09 de octubre del 2012 en: [http://www.msc.es/estadEstudios/estadisticas/normalizacion/clasifEnferm/boletines/Codificacion\\_clinica\\_n04\\_96.pdf](http://www.msc.es/estadEstudios/estadisticas/normalizacion/clasifEnferm/boletines/Codificacion_clinica_n04_96.pdf)

<sup>182</sup> **BIBLIOTECA NACIONAL DE MEDICINA DE EE.UU.** Un neonato o recién nacido es un bebé que tiene 27 días o menos desde su nacimiento, bien sea por parto o por cesárea.

tratamientos especializados, la consejería nutricional y apoyo alimentario a la madre, hijas e hijos en situación de pobreza.

En aras de lo anterior, el Art. 18 y el Art. 19 han establecido formas de salvaguardar la vida, muy especialmente, el Art. 19<sup>184</sup> ha dispuesto tres grandes prohibiciones expresas: dos de estas prohibiciones están dirigidas al mundo médico y científico (las prohibiciones médicas y genéticas), mientras que la última está referida a prácticas étnicas, culturales o sociales. Por tanto, las primeras son prohibiciones reducidas a un sector de la sociedad, aunque pueda involucrar a otros (padres, representantes o responsables que las autoricen, personas jurídicas privadas que comercien con estas experimentaciones, etc.), y la segunda prohibición está dirigida a toda la sociedad.

Sin entrar a considerar los valores o antivalores científicos que se expresan en experimentos de la medicina<sup>185</sup>, la legislación especial de niñez de El Salvador se pronuncia acá enfáticamente, prohibiendo este tipo de experimentos o cualquiera similar que afecte los derechos a la vida, la

---

Disponible el 09 de octubre del 2012 en: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/002271.htm>

<sup>183</sup> Idem. Es el período que comienza inmediatamente después del nacimiento de un niño y que se extiende por cerca de seis semanas. Otro término sería puerperio, ya que se refiere a la madre (mientras postnatal se refiere a la infantil).

<sup>184</sup> Artículo 19 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de la República de El Salvador.- Prohibición de experimentación y prácticas que atenten contra la vida. 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.

<sup>185</sup> Recordemos la argumentación utilizada en la “clonación”, con el primer experimento, o al menos el primero conocido, de la oveja “Dolly”, en la cual se ha afirmado que la experimentación con células embrionarias es válida debido a que “*el embrión no es una persona humana, sino la potencialidad de una vida, y que el embrión sólo se convierte en persona cuando entra en funcionamiento el sistema nervioso*”.

integridad física, psíquica o moral de los niños. Así, no deja lugar a excepciones en estos experimentos, sean médicos en general, o genéticos, en particular. Resulta necesario delimitar dos campos: el de tratamiento y atención médica y el de experimentos médicos. Un ejemplo obvio en tal sentido lo constituye el tratamiento de ciertas patologías cancerígenas que podrían afectar física o psicológicamente a las personas, pero no constituyen experimentos médicos, sino procedimientos o métodos generalmente admitidos por las autoridades de salud. Recordemos que referente a esto también se pronuncia el Código Penal.

Otra disposición referente al nasciturus, es la que se encuentra en el Art. 23<sup>186</sup> al establecer la obligación de atención médica de emergencia para la adolescente o mujer embarazada.

#### **6.- Código Procesal Civil y Mercantil.**

El Legislador del Código Procesal Civil y Mercantil, ha tomado a bien añadir dentro de las partes procesales, al concebido no nacido en su Art. 58 ordinal 2; ya que no puede obviarse el hecho de que el propio ordenamiento civil, como lo observamos anteriormente, reconoce determinados beneficios la nasciturus o concebido no nacido, ante la condición suspensiva de su nacimiento futuro.

Ante esta realidad, es menester la solución legislativa de atribuirle capacidad

---

<sup>186</sup> Artículo 23 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de la República de El Salvador.- Obligación de atención médica de emergencia para la niña, adolescente o mujer embarazada 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.

procesal al nasciturus, *“para que puedan defenderse frontalmente sus derechos e intereses legítimos, sin perjuicio de que evidentemente tendrá que integrarse su capacidad de obrar en el proceso por quienes pueden actuar en su nombre”*<sup>187</sup>.

La atribución de la capacidad para ser parte den nasciturus se anuda a la vigencia del hecho que le da sentido, como es la continuación del embarazo, hasta que se produce finalmente el nacimiento. *“Si esta expectativa se ve frustrada con su muerte durante la gestación, no habría alcanzado la personalidad civil exigida”*<sup>188</sup> y eso también repercutiría en una ausencia de la capacidad para ser parte, que llevaría al archivo del proceso ya abierto, o impedir que este se incoe, si no ha sido admitida la demanda aún”<sup>189</sup>.

Ahora bien, el Art. 58 expresamente señala que la capacidad para ser parte del concebido no nacido, sólo puede darse en el ejercicio de acciones deducidas *“para todos los efectos que le sean favorables”*, es decir, que se trate de reclamar derechos subjetivos o expectativas de derechos; no obligaciones ni la declaración de pérdida o extinción de derechos.

El contenido de la pretensión determina a su vez que el nasciturus está llamado a asumir la posición de parte actora en el proceso, no la de demandado, porque esto último supondría la formalización de una demanda en su contra con el fin de que se dicte una sentencia denegatoria o

---

<sup>187</sup> **CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, CANALES CISCO, Oscar Antonio y GARDERES, Santiago**, *“Código Procesal Civil y Mercantil Comentado”*, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, El Salvador, 2010, p. 73.

<sup>188</sup> Art. 72 del Código Civil de la República de El Salvador.

<sup>189</sup> **CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, CANALES CISCO, Oscar Antonio y GARDERES, Santiago**, Op. cit., p. 73.

perjudicial para sus derechos o intereses legítimos, y en tal caso la misma no se puede aceptar porque no habría parte. Ni siquiera la de plantear luego una reconvenición a favor del nasciturus demandado, podría justificar la admisión a trámite de una demanda inicial en su contra. Habrá que esperar el nacimiento de éste, para que ya pueda ser parte a todos los efectos, favorables y desfavorables, no sólo como actor sino también como demandado.

#### **7.- Reglamento de la Junta de Vigilancia de la Profesión Farmacéutica.**

De acuerdo al 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”*, para ello, de acuerdo al Art. 68 del mismo cuerpo legal, *“un Consejo Superior de Salud Pública velará por la salud del pueblo”*, el cual fue creado por mandato constitucional del Art. 209 y según el Art. 3 de la Ley del Consejo Superior de Salud Pública, *“se relacionará con los órganos públicos a través del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social”*.

Según el Art. 2 de la Ley del Consejo Superior de Salud Pública, además del Consejo, existen las Juntas de Vigilancia, que, según el mismo artículo, son las encargadas de vigilar las profesiones médica, odontológica, química farmacéutica, veterinaria, enfermería, licenciatura en laboratorio clínico, psicología y otras a nivel de licenciatura. Dentro de las atribuciones que la Ley del Consejo Superior de Salud Pública le otorga a éstas Juntas de Vigilancia, se encuentra la regulada en el Art. 10 literal e), la cual manifiesta que debe *“vigilar y controlar el funcionamiento de droguerías, farmacias, (...), laboratorios químicos, laboratorios farmacéuticos, laboratorios biológicos, laboratorios clínicos-biológicos, (...), casas de salud, hospitales, clínicas de asistencia, (...) y demás establecimientos particulares dedicados al servicio y*

atención de la salud pública” y en su literal f) manifiesta, que debe *“rendir dictamen razonado ante El Consejo Superior de Salud Pública”*.

En cuanto al Consejo, el Art. 11 literal g) manifiesta que una de sus atribuciones es *“autorizar el expendio de especialidades químico farmacéuticas fabricados en el país o en el extranjero, previo informe favorable de las Juntas de Vigilancia respectivas y siempre que se llenen los requisitos y especificaciones del reglamento para el objeto referido”* y el literal h) menciona que otra de sus atribuciones es *“retirar, previo informe de las Juntas respectivas, la autorización concedida para el expendio de especialidades, cuando apareciere que éstas constituyen un peligro para la salud o cuando no respondan a las finalidades para las cuales son ofrecidas al público. El retiro de la autorización podrá ser temporal o definitivo, según el caso lo amerite”* y por último el literal l), otra de sus atribuciones es *“regular, asimismo, previo informe de las Juntas respectivas, la importación y comercio de toda otra sustancia o producto químico cuyo uso sea capaz de crear hábitos nocivos a la salud.”*

Específicamente, la Junta de Vigilancia de la profesión Farmacéutica, según el Art. 2 del Reglamento Interno de la Junta de Vigilancia de la Profesión Farmacéutica, *“es el organismo legal encargado de la vigilancia de la profesión farmacéutica y de las actividades especializadas, técnicas y auxiliares que la complementan.”*

Lo importante y lo que nos atañe de éstos dos organismos, es que ambos están encargados de retirar de la fabricación, importación, expendio y anuncio de cualquier especialidad farmacéutica que atente contra la salud ya sea del pueblo en general, como en el caso que interesa a la investigación,

privar del derecho a la vida a la persona que se encuentra aún en el vientre materno.

### **8.- Código de Trabajo**

El Código de Trabajo en el Título II, Capítulo V, Sección Segunda, que se refiere al trabajo de las mujeres, prohíbe, según el Art. 110, que los patronos destinen mujeres embarazadas a trabajos que requieren esfuerzos físicos incompatibles con su estado de gravidez después del cuarto mes de embarazo. Con esta disposición se está evitando que se pongan en riesgo la vida de la madre, como la del concebido.

### **10.- Convención sobre los Derechos del Niño.**

En el siglo veinte, una vez superados los problemas de libertad y saciadas las necesidades primarias del hombre, un despertar de la conciencia social llevó a las naciones industrializadas a pensar en el niño y su protección, pues se entendió que éste representa y garantiza el futuro de un pueblo. Es en ese sentido se creó la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada el 20 de noviembre de 1989 en la sede de la Asamblea General de las Naciones Unidas, representando un hito importantísimo en las concepciones doctrinarias, en las construcciones jurídicas y en las estrategias de acción relacionadas con la niñez; tiene su origen en los principios básicos contenidos en la Declaración de Ginebra de 1924 que sirvió de fundamento a la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959; fue ratificada por Decreto Legislativo N° 27 de 23 de noviembre de 1979 publicado en el Diario Oficial N° 108 del 9 de mayo de 1990.

La razón de ser de esta ley es tutelar y dar protección integral a los derechos de las niñas, los niños y adolescentes. Para ello se subraya la necesidad de

considerar al menor como "sujeto de derechos", distinguiéndolo del error de considerarlos objeto de derechos de otros. Esa función protectora debe ser sustentada por políticas públicas que contribuyan a fortalecer el papel de la sociedad doméstica ya que ser sujeto de derechos implica, para las niñas, los niños y adolescentes, el reconocimiento de su condición humana, de sus capacidades, el respeto a su dignidad y de sus necesidades específicas. A lo largo de sus 54 artículos, se identifica que:

1° Es niño todo ser humano que sea menor de dieciocho años de edad<sup>190</sup>. La definición contenida en la versión inicial propuesta por Polonia en 1978 del entonces proyecto de Convención, definía al niño como toda persona, humana, desde su nacimiento hasta los 18 años de edad, por lo que algunos países propusieron una redacción sustitutiva al artículo primero definiendo al niño como persona desde la concepción. La imposibilidad de lograr un consenso sobre una u otra alternativa -o sea, la que proponía la concepción como elemento de la definición y la que empleaba el nacimiento para este efecto- llevó al Grupo de Trabajo a adoptar un texto de compromiso, eliminando la referencia al nacimiento contenida en el texto original. En consecuencia, la Convención no se pronuncia sobre el particular, y los trabajos preparatorios dejan constancia que el texto final del artículo primero tiene el propósito expreso de evitar la incompatibilidad entre la Convención y la legislación nacional, en cuanto a los eventuales derechos del niño antes del nacimiento<sup>191</sup>.

2° *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las*

---

<sup>190</sup> Art. 1 Convención de los Derechos del Niño.

<sup>191</sup> O'DONELL, Daniel, "La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y Contenido". Disponible el 28 de agosto de 2012 en: <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/Odonnell.pdf>

*autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*<sup>192</sup>

Este principio tiene su origen en el derecho común, donde sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona. Esencialmente el concepto significa que, cuando se presentan conflictos de este orden, como en el caso de la disolución de un matrimonio, por ejemplo, los intereses del niño priman sobre los de otras personas o instituciones. Interpretado así, este principio favorece la protección de los derechos del niño, y el lugar central que debe ocupar en la Convención constituye, a nuestro criterio, un valioso aporte a la ideología de los derechos del niño.

**3º** Todo niño tiene derecho intrínseco a la vida y es obligación del Estado garantizar la supervivencia el desarrollo del niño<sup>193</sup>.

**4º** El noveno párrafo del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "*el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*".

El deber del Estado y la sociedad de proporcionarle al niño la necesaria protección legítima la intervención en la vida familiar, cuando la desprotección o la negación de los derechos de un niño llegan a perjudicar su bienestar o su desarrollo físico o psicológico. Si bien el principal objetivo de la Convención es de definir los derechos del niño frente a la sociedad, muchas de sus disposiciones también buscan aclarar el difícil equilibrio entre

---

<sup>192</sup> Art. 3 Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>193</sup> Artículo 6 Convención sobre los Derechos del Niño.- Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

el derecho de la familia a la intimidad y el derecho del niño a la protección.

Como principio general que inspira la Convención, el artículo 5 establece un marco general para los diversos artículos que tratan aspectos concretos de la relación entre la familia, el niño y el Estado. Las consideraciones fundamentales vertidas en el artículo 5<sup>194</sup> son tres a saber: la reafirmación del rol natural de los padres en la crianza y educación de los niños; la confirmación de que son los niños mismos quienes ejercen sus derechos; y la introducción al concepto de la evolución progresiva de la competencia del niño a ejercer sus derechos con creciente autonomía, que permite superar una aparente contradicción entre los dos primeros conceptos.

### **11.- Declaración Universal de Derechos Humanos.**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en París, Francia, que recoge en sus 30 artículos los Derechos Humanos considerados básicos; El Salvador fue uno de los 48 Estados en el mundo que firmó el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>195</sup>. Esta calidad de firmante originario convierte a El Salvador en un Estado privilegiado, pero a su vez lo obliga a asumir en todo momento y circunstancia una conducta compatible con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos;

---

<sup>194</sup> Artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño: *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.*

<sup>195</sup> **ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS**, Proyecto de Cooperación Técnica sobre Derechos Humanos de El Salvador, “Normas Básicas sobre Derechos Humanos”, Primera Edición, Imprenta Criterio, SAN Salvador, El Salvador, 1997. Disponible el 23 de agosto del 2012 en: <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/ee2eca2f71d12b2806256b41006f5db5?OpenDocument>

esta Declaración manifiesta en su Art. 3 que, *“todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*. Así mismo establece en su Art. 5 que *“el ser humano por el hecho de ser tal, tiene derecho a mantener u conservar su integridad física, psíquica y moral”*.

Las personas son libres e iguales, lo cual implica no estar sujetas a ningún tipo de discriminación, se les debe garantizar el derecho a la vida, a la propia libertad y a la seguridad. En este sentido, se debe precisar la importancia del papel del Estado como forma política casi planetariamente extendida así como el papel de la sociedad civil. Es el Estado o la institución competente la encargada de garantizar la vida, la libertad y la seguridad de sus ciudadanos y ello no justifica o no debe ser aceptado como motivo de justificación para emplear métodos represivos que limiten o anulen las libertades o derechos de los que gozamos por el solo hecho de ser seres humanos. Por su parte, la sociedad civil puede actuar como lobby en relación al Estado, vigilando sus acciones y denunciándolas en caso de incumplimiento.

## **12.- Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).**

Ratificada por Decreto Legislativo N° 5 del 15 de junio de 1978, publicado en el Diario Oficial N° 113 del 19 de junio de 1978. El Pacto de San José estipula en su Art. 4 que:

1.- *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”*

2.- *“Éste derecho estará protegido por la Ley y, en general a partir del momento de la concepción”*

3.- *“Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*

La primera de estas oraciones declara la existencia del derecho a la vida; la segunda se refiere al derecho declarado en la oración anterior, y le impone una obligación al Estado y finalmente la tercera puede ser interpretada como estableciendo un nuevo derecho, o explicitando una consecuencia del derecho establecido en la primera oración. Esta última interpretación parece más razonable.

La segunda oración alude a la concepción, lo que obliga al intérprete a dilucidar si dicha norma busca declarar que un organismo humano tiene derechos desde tal momento. Por ello, será la más importante para el análisis efectuado en este artículo. Dicha oración está interrumpida por la expresión "*en general*". Sin este elemento intercalado la oración dispondría: *Este derecho estará protegido por la ley y a partir del momento de la concepción*<sup>196</sup>. Tal redacción, sin la expresión "*en general*", fue propuesta por los tres proyectos en los que se basó la Convención Americana<sup>197</sup>.

Las expresiones "*por la ley*" y "*a partir del momento de la concepción*" están calificando la acción de protección, buscando que el amparo otorgado al derecho a la vida tenga, al menos, tales características. Así, el Estado no puede proteger la vida de cualquier modo, pues está obligado a protegerla

---

<sup>196</sup> Esta disposición puede compararse con la segunda oración del artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que establece: "*Este derecho estará protegido por la ley*".

<sup>197</sup> Ver el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobada por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, Santiago, Chile, septiembre, 1959; el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos presentado por el Gobierno de Chile a la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, Río de Janeiro, 1965, doc. 35, y el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos presentado por el Gobierno del Uruguay a la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, Río de Janeiro, 1965, doc. 49, todos ellos disponibles en General Secretariat of the Organization of American States, *Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968 / Inter-American Yearbook on Human Rights 1968. Secretariat of the Inter-American Commission on Human Rights*, Washington D.C., 1973, pp. 236, 280 & 298, respectivamente.

por ley. Del mismo modo, el legislador no puede elegir un momento específico de desarrollo humano para empezar a otorgar esta protección, pues está obligado a hacerlo desde el momento de la concepción.

El mandato de proteger la vida desde la concepción se basa en el entendido de que el derecho a la vida ya existía en ese momento, pues de otro modo no habría nada que proteger en dicho instante. Además, debe recordarse que la segunda oración del artículo 4.1 obtiene de la primera oración la idea del derecho a la vida del *nasciturus*, y esta primera oración declara que *toda persona tiene derecho a que se respete su vida*. Esto revela que la Convención no sólo declara que el niño no nacido tiene el derecho a la vida, sino que también reconoce su calidad de persona. En otras palabras, la primera oración del artículo 4.1 se refiere al derecho de toda *persona* a que se respete su vida, y la segunda a la obligación de proteger *este derecho*, en general, a partir del momento de la concepción. La restricción del concepto "*persona*" a un momento posterior a la concepción -ya sea antes o después de su nacimiento- sería contrario al lenguaje usado por el artículo 4.1.

Las afirmaciones anteriores encuentran también apoyo en otras normas del Pacto de San José, por ejemplo, el artículo 1.2 establece que "*para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano*". Esta norma, refuerza la personalidad del no nacido, ya que no es fácil sostener que el *nascituri* no pertenezca a la especie humana. Otra norma es la establecida en el artículo 4.5, que prohíbe la aplicación de la pena capital a mujeres embarazadas, pues esa regla no fue establecida en beneficio de la madre sino que a favor del niño en desarrollo, cuestión que se venía realizando ya desde los tiempos del Derecho Justiniano, para el cual el *nasciturus* era la esencia misma del ser humano.

### **13.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**

Dicho Pacto fue ratificado por Decreto Legislativo N° 27 de 23 noviembre de 1979, publicado en el Diario Oficial N° 218 de noviembre de 1979. A mediados de los años sesenta, cuando tiene origen este tratado y el Pacto de San José de Costa Rica, es cuando el derecho que el ser humano posee por el hecho de ser tal, de mantener u conservar su integridad física, psíquica y moral tiene un mayor desarrollo legislativo internacional. En su parte tercera, en su Art. 6, establece que el derecho a la vida es inherente a la persona humana, que éste derecho será protegido por la Ley y que nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente, texto similar al del Art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica.

La importancia de este pacto radica en el hecho de ser un complemento a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ya que, al tratarse de una Pacto Internacional es de cumplimiento obligatorio para aquellos países que lo han ratificado y los derechos reconocidos por él, garantizan la libertad y seguridad del individuo, así como el respeto, por parte del estado, de sus derechos políticos, a través de la libertad de expresión, culto, asociación y el derecho a la participación política.

### **14.- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.**

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá, Colombia en 1948. Históricamente, fue el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos, anticipando la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sancionada seis meses después.

En dicha Declaración se observa que todo ser humano tiene derecho a la vida y que toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así

como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales<sup>198</sup>.

### **15.- Código de Bustamante.**

El Código de Derecho Internacional Privado, también conocido como Código de Bustamante, es un Tratado que pretendió establecer una normativa común para América sobre el Derecho Internacional Privado.

La idea de dicha normativa común fue promovida por Antonio Sánchez de Bustamante y se concretó durante el VI Congreso Panamericano celebrado en Cuba en 1928, específicamente en el documento final, el Tratado de La Habana, se adjunta el Código de Derecho Internacional Privado. En El Salvador éste fue ratificado por Decreto Legislativo del 30 de marzo de 1931, publicado en el Diario Oficial N° 133, Tomo 110, del 10 de junio de 1931.

En lo que se refiere al nasciturus el Código del profesor Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, establece en su Art. 28 que *“se le aplicará la Ley Personal para decidir si el nacimiento determina la personalidad y si al concebido se le tiene por nacido para todo lo que le sea favorable, así como para la viabilidad y los efectos de la prioridad del nacimiento en el caso de partos dobles o múltiples”*; sin duda éste Código atribuye la ley personal al nasciturus como si de cualquier otro individuo se tratase al tenerle por nacido para todo lo que le favorezca.

Se entiende entonces por Ley Personal del nasciturus, a la ley de nacionalidad del nasciturus, pero como el nasciturus carece de nacionalidad, al tenerle por nacido para lo que le favorezca, será la nacionalidad que le correspondería en ese instante si hubiera nacido; por tanto, su ley personal

---

<sup>198</sup> Art. 1 y 7 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

será la ley que le correspondería si hubiera nacido. Para todo ello será necesario realizar la ficción legal del Art. 58 del Código Procesal Civil y Mercantil de tenerle por nacido para averiguar por qué ley deba regirse; esta ficción legal no pretende crear un estado de nacionalidad ni su inscripción directa en el Registro, tan sólo pretende beneficiar y proteger al concebido y dotarlo de capacidad jurídica internacional para saber si es extranjero respecto de otro y aplicarle la ley nacional que le corresponda.

## CAPÍTULO IX

### DERECHOS DE LA PERSONA NO NACIDA DE CONFORMIDAD A LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA

#### ATRIBUTOS DE LA PERSONA NATURAL

Los atributos de la personalidad, son aquellas propiedades o características de identidad, propias de las personas, sean estas persona físicas o personas jurídicas, como titulares de derechos<sup>199</sup>. Éstos son los siguientes:

##### 1.- Capacidad.

Se define como la aptitud legal de una persona para adquirir derechos y poderlos ejercer por si misma sin la autorización o ministerio de otra persona. La capacidad se divide en dos formas:

- a) **Capacidad de goce:** que también se llama capacidad jurídica, es la aptitud legal de una persona para ser titular de derechos, es decir, es la facultad de una persona para adquirir derechos. solo la capacidad de goce constituye un atributo de las personas naturales.
  
- b) **Capacidad de ejercicio:** conocida como la capacidad de obrar, es la facultad legal para ejercer derechos por si mismos o de poder obligarse a sí mismo sin la autorización de otro.

Por regla general todas las personas son capaces y solo por excepción no lo serán, así nuestro Código Civil, expresa en el Inc. 1° del Art. 1317, que a la letra dice: "*Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces*"<sup>200</sup>.

---

<sup>199</sup> **MEDINA PABÓN, Juan Enrique**, "*Derecho civil. Aproximación al Derecho. Derecho de Personas*", Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, pp. 575 a la 576.

La capacidad va paralela a la personalidad, debe ser necesariamente persona para tener capacidad, es decir que puede tenerse capacidad de goce mas no de ejercicio, un ejemplo de esto claramente lo es el nasciturus, quien, aunque aún no ha nacido, ya puede ser titular de ciertos derechos: *puede adquirir bienes por donación o herencia, reclamar alimentos a través de su representante, así como es titular de la acción de filiación para que el padre lo reconozca*<sup>201</sup>.

## 2.- Nacionalidad.

La nacionalidad es el vínculo jurídico que une a un individuo con un Estado determinado<sup>202</sup>.

De acuerdo a la Jurisprudencia del Sistema Americano de Protección a los Derechos Humanos, la nacionalidad no es simplemente un atributo de las personas, sino un derecho que debe de ser reconocido; en cuanto al nasciturus, de acuerdo a la a la ficción legal del Art. 58 del Código Procesal Civil y Mercantil se tendrá al nasciturus como nacido para todo aquello que le favorezca, por lo que él ostentará la calidad de salvadoreño por ius sanguinis por parte de su madre y ostentará la doble nacionalidad si su padre es de un Estado distinto al de El Salvador.

---

<sup>200</sup> Art. 1318 del Código Civil de la República de El Salvador.- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos que no puedan darse a entender de manera indudable.

Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos y las personas jurídicas; pero la incapacidad de los primeros no es absoluta, pues sus actos pueden tener valor en los casos determinados por la ley. En cuanto a las personas jurídicas se consideran absolutamente incapaces, en el sentido de que sus actos no tendrán valor alguno si fuesen ejecutados en contravención a las reglas adoptadas para el gobierno de las mismas.

Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

<sup>201</sup> CAMACHO VARGAS, Xavier, Op. Cit., pp. 4 y 5. Ibídem.

<sup>202</sup> SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva 4/84, 19 de enero de 1984. Disponible el 05 de diciembre del 2012 en: <http://www.derechos.net/doc/cidh/nacio.html>

### **3.- Domicilio.**

El domicilio consiste en la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella<sup>203</sup>.

Del concepto se desprenden dos elementos constitutivos:

- a) El elemento objetivo o material que radica en la residencia, entendida ésta como el lugar físico en que se encuentra una persona.
  
- b) El elemento subjetivo o intencional que es el ánimo, real o presunto, de permanecer en un lugar determinado.

Referente al nasciturus, no cabe duda que el domicilio de éste sea el mismo que el de la madre, puesto que el primero se encuentra dentro del vientre de la segunda; lo que significa que para poder demandar al nasciturus en casos referentes al derecho sucesorio, debe hacerse al mismo domicilio que al de la madre.

### **4.- Estado familiar.**

El Código de Familia define el estado familiar en su art. 186 como la calidad jurídica que tiene una persona en relación a la familia y por el cual la ley le atribuye determinados derechos y deberes<sup>204</sup>.

*El estado de familia es la pertenencia a una familia, pero se expande al conjunto de cualidades de los individuos que integran el núcleo familiar y que atañen a las relaciones parentales como las paterno-filiales y conyugales.*<sup>205</sup>

---

<sup>203</sup> Artículos 57 al 60 del Código Civil de la República de El Salvador.

<sup>204</sup> Art. 186 del Código de Familia de la República de El Salvador.

<sup>205</sup> **CALDERÓN DE BUITRAGO, Anita, y otros**, “Manual de Derecho de Familia”, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, Segunda Edición, 1995, p. 556.

El estado familiar del nasciturus no radica en determinar si es soltero, casado, viudo o divorciado ya que se origina por vínculo parental, lo que significa que éste puede ser *hijo, hermano, tío o sobrino*<sup>206</sup>

### **5.- Patrimonio.**

La mayoría de los autores trazan el origen de la teoría del patrimonio a la obra de Aubry y Rau, quienes definieron el patrimonio como *“el conjunto de relaciones jurídicas valorables en dinero, que son los activos o pasivos de la misma persona y que se considera como constituyendo una universalidad jurídica”*<sup>207</sup>, en sencillas palabras, patrimonio se refiere al conjunto de derechos y obligaciones de una persona apreciables en dinero. Este no solo está constituido por los derechos, los bienes y los créditos, sino también por las deudas y obligaciones.

En relación con el nasciturus, éste puede ser titular de un patrimonio, sin embargo, se le nombrará administrador para sus bienes hasta que pueda acceder a ellos con la capacidad de ejercicio.

### **6.- Nombre.**

El nombre es un atributo de la personalidad, es el modo de individualizar a una persona dentro de una comunidad determinada, para el ejercicio de sus derechos. En las personas naturales, el nombre es uno de los derechos fundamentales desde el nacimiento<sup>208,209</sup>, y se integra al sujeto de derecho durante toda a su existencia y aún continúa después de su muerte; el nombre es la palabra o palabras que sirven para distinguir legalmente a una

---

<sup>206</sup> Art. 186 inciso 4° del Código de Familia de la República de El Salvador.

<sup>207</sup> **CHARLES Aubry y Charles-Frédéric RAU**, *“Curso de Derecho Francés según el método de Zachariae”*.

<sup>208</sup> Principio 3 de la Declaración de los Derechos del Niño.

<sup>209</sup> Art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

persona de las demás, es verdaderamente un atributo esencial de la personalidad, a la cual preserva de toda confusión y protege contra cualquier usurpación.

## **DERECHO DE MENORES**

Antes de entrar de lleno a analizar cuáles son los derechos que la Legislación salvadoreña otorga a la persona que aún no ha nacido, pero que se encuentra dentro del vientre materno, se tomará en cuenta y se mencionará un poco sobre el Derecho de Menores, el cual para estudio de la presente investigación, se entenderá como: *“un derecho singular, eminentemente tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarle armónica y plenamente en la convivencia social.”*<sup>210</sup> Es de esta manera entonces, en que trataremos de clasificar cada uno de los derechos que se le han otorgado al nasciturus dentro de nuestra legislación.

Cabe también mencionar que el Derecho de Menores se desgaja del tronco común del Derecho, del mismo modo que el devenir jurídico formó otras ramas del Derecho. Los principios, declaraciones y garantías que aseguran los derechos de los menores, constituyen el aspecto sustantivo de ese Derecho, mientras que los principios y garantías individuales y sociales contenidos en la Constitución y en la legislación sustancial, lo mismo que los documentos internacionales, constituyen un marco de referencia universal para las legislaciones positivas.

El objeto del Derecho de Menores es la protección integral de esa situación

---

<sup>210</sup> **MENDIZÁBAL OSES, Luis**, *“Derecho de Menores: Teoría General”*, Ediciones Pirámide S.A., Madrid, España, 1977, N° 2, p.61

social y jurídica, real y concreta: la menor edad<sup>211</sup>; la regulación de dicha situación tiene como finalidad la formación de la garantía del pueblo; a manera de ejemplo, Eduardo García Sarmiento<sup>212</sup> manifiesta que “*puede adoptarse como lema y fin: educad al niño y no tendréis que castigar al hombre*”.

En cuanto a los principios del Derecho de Menores, se destaca el de la protección, el ser tuitivo, teniendo como propósito esencial y básico la protección del menor de edad, no tanto por ser menor, sino por ser persona en formación, de cuya formación depende el futuro de la sociedad y del pueblo.

En cuanto a la internacionalización del Derecho de Menores, es indudable que el avance del mundo moderno ha traído una intensificación de las relaciones entre personas de diversas nacionalidades, no solo en el ámbito de los negocios, sino en el familiar, donde el menor es especial protagonista por la especial atención que prestan los países a la infancia. Por eso, el derecho internacional tiene una estrecha relación con las soluciones que requiere la niñez para su protección y normal desarrollo, tal como se ve en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede profundizar ahora sobre los derechos que le corresponden por ley al ser humano que se encuentra dentro del vientre materno y que por lo tanto deben concedérseles y tutelárseles.

---

<sup>211</sup> Entendida ésta como la situación de la persona humana desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la mayoría de edad.

<sup>212</sup> **GARCÍA SARMIENTO, Eduardo y otros**, “*Derecho de Menores: aspectos civiles, comerciales, laborales, internacionales y Organismos de Protección*”, Primera Edición, Ediciones Rosaristas para la Biblioteca Dike, 1995, p. 7

## DERECHOS DEL NO NACIDO

Los derechos humanos son un conjunto de atributos propios de los seres humanos, que permiten su desarrollo y evolución. Para algunos, también son principios de convivencia, que aseguran la legitimidad del Estado y garantizan el respeto por la dignidad de los ciudadanos que lo integran. Implican para un Estado, además, un conjunto de obligaciones que limitan y regulan su poder.

Los derechos humanos llamados de “primera generación”, han sido considerados como aquellos reconocidos en los orígenes del “Estado” constitucional, mediante importantes declaraciones como la del Buen Pueblo de Virginia de 1776 y la Declaración del Hombre y el Ciudadano, en Francia, en 1789<sup>213</sup>. Para la doctrina, este tipo de derechos son llamados también Derechos Civiles y Políticos, o derechos individuales clásicos, que protegen a la persona de la acción del Estado, puesto que constituyen barreras infranqueables que impiden que éste pueda lesionar con su poder, estos derechos ciudadanos. Son de primera generación, el derecho a la vida, a la *integridad personal*, a la intimidad, a la honra, a la seguridad individual, a las garantías procesales, los derechos políticos, el derecho de propiedad y la igualdad formal.

Los derechos humanos llamados de segunda generación, tienen relación con las condiciones económicas, sociales y culturales que un Estado debe brindar a sus asociados. Surgieron a partir de las reivindicaciones de gobiernos socialistas en la primera parte del siglo 20, y exigen del Estado una intervención directa en lo social (Estado Bienestar). La doctrina los

---

<sup>213</sup> **SÁNCHEZ, Ricardo; MALDONADO, Luis Fernando**, “*Escritos para el estudio de los Derechos Humanos*”. Defensoría del Pueblo de Bogotá, Colombia, 2000, p. 17. Disponible el 09 de enero del 2013 en: [http://defensoria.org.co/pdf/publicaciones/derecho\\_a\\_la\\_integridad.pdf](http://defensoria.org.co/pdf/publicaciones/derecho_a_la_integridad.pdf)

denomina Derechos Sociales, y entre ellos se encuentran los derechos a la educación, salud, trabajo, etc.<sup>214</sup>

Por último, los derechos de tercera generación, son respuestas recientes al deterioro de la vida colectiva y del entorno. Surgen al final del siglo 20, y parten de la necesidad de valorar la condición humana desde una perspectiva holística, concibiendo al hombre como parte una estructura comunitaria y natural. Son derechos de tercera generación, el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho a la autodeterminación de los pueblos y el derecho al medio ambiente, entre otros<sup>215</sup>. La doctrina internacional los denomina, Derechos de Solidaridad<sup>216</sup>.

En cuanto a los derechos que le corresponden al nasciturus, hemos identificado los siguientes:

### **1. Derecho a la Vida.**

Entre los derechos del hombre, sin duda el más importante es el derecho a la vida, pues es la razón de ser de los demás<sup>217</sup>, ya que no tendría sentido garantizar la propiedad, la religión o la cultura, si el sujeto al que se los concede está muerto. Integra la categoría de derechos civiles, y de primera generación, y está reconocido en numerosos tratados internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño,

---

<sup>214</sup> **SÁNCHEZ, Ricardo; MALDONADO, Luis Fernando**, Op Cit, Ibídem..

<sup>215</sup> Ídem, Ibídem.

<sup>216</sup> **ALSTON, Philip**, "A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights". United Nation Center of Human Rights, 1982. Citado por **Eduardo CIFUENTES MUÑOS** en "Derecho a la Integridad", Defensoría del Pueblo de Bogotá, Colombia, 2001, p. 21.

<sup>217</sup> "El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos". **Comisión IDH y Corte IDH**.

el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención para la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas y Degradantes.

Un feto o nasciturus corre el riesgo de ser menospreciado, como sucede con todo lo pequeño y aparentemente inútil. Como hemos visto anteriormente, la biología afirma que el óvulo fecundado no es la suma de un óvulo y un espermatozoide sino que es un ser humano nuevo, original, distinto del padre y de la madre; así mismo la genética indica que el ADN del óvulo recién fecundado contiene todas las características que tendrá ese humano adulto, es decir, cuando ya ha alcanzado el desarrollo progresivo de sus facultades; sólo necesita que no le impidan desarrollar su potencialidad. Por eso, desde el instante de su concepción le corresponden los derechos de la persona humana, principalmente el derecho inviolable a la vida, el cual consiste en el derecho de mantenerla o conservarla frente a los demás hombres, o si se quiere, es el derecho a que nadie nos la quite.

La Sala de lo Constitucional ha caracterizado el derecho a la vida señalando que esta *“ha sido reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental que por su propia connotación constituye un presupuesto axiológico esencial del cual depende el desarrollo de todos los demás derechos que la Constitución reconoce, razón por la cual se explica con claridad su ubicación dentro del Capítulo Primero Sección Primera de dicha Norma. Nuestra Constitución, al regular jurídicamente los principios que han de regir la actividad del aparato de dirección política del Estado, lo hace, en virtud de considerar a la persona humana y sus consecuentes derechos fundamentales como el origen y fin de su actividad; por lo cual es obligación de los órganos estatales orientar sus políticas públicas en procura*

*de la persona humana, en su dimensión individual y también social, en función de su objetivo supremo. En este orden, los primeros artículos de la Constitución –arts. 1 y 2– se refieren a la vida como un derecho fundamental la cual se garantiza desde el momento de la concepción. Efectivamente, tal aseveración evidencia el valor superior que constituye la vida humana desde su primera fase, la cual obviamente no queda resuelta ahí, al contrario, el desarrollo del proceso vital requiere no sólo el respeto de parte de los demás miembros de la sociedad y del Estado en el sentido de abstenerse de obstaculizarla o violentarla sino de una actividad mucho más positiva que permita conservarla y procurarla de forma digna”<sup>218</sup>.*

El sentido constitucional sobre la protección del derecho a la vida humana desde la concepción, busca impedir que el Estado mate seres humanos antes de nacer y legalice la muerte de los que aún no han nacido o de algún modo lo permita. Al reformarse en nuestro país el Art. 1 de la Constitución, no da lugar a discusión porque se reconoce que es persona desde el instante de la concepción y de acuerdo al Art. 2 de la misma norma primaria. Todas las personas tiene derecho a la vida; este reconocimiento le derivan para el Estado tres clases de deber:

- a)** El deber de respetar la vida humana y la persona humana desde el instante de la concepción.
- b)** El deber de proteger la vida humana y la persona humana frente a todos los ataques o situaciones que atentan contra la vida y la persona humana desde el instante de la concepción, hasta el final de su ciclo vital.

---

<sup>218</sup> Sentencia de 4-IV-2001, Amp. 348-99, Considerando II 1.

- c) El deber de proporcionar las condiciones mínimas y los medios de subsistencia que satisfagan sus necesidades básicas en todos los períodos evolutivos de su vida en los aspectos biológicos, psicológicos, morales y jurídicos para que la persona humana desde la concepción alcance el desarrollo pleno u sus fines.

## **2. Derecho a la Nacionalidad.**

De acuerdo a la Jurisprudencia del Sistema Americano de Protección a los Derechos Humanos, la nacionalidad *“debe ser considerada como un estado natural del ser humano. (...) no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución en esta materia nos demuestra que el Derecho Internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos. En efecto, de la perspectiva doctrinaria clásica en que la nacionalidad se podía concebir como un atributo que el Estado otorgaba a sus súbditos, se va evolucionando hacia un concepto de nacionalidad en que, junto al de ser competencia del Estado, reviste el carácter de un derecho de la persona humana. Así se reconoció finalmente en un instrumento de carácter regional como es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre la cual estableció en su Art. 19 que toda persona tiene derecho a la nacionalidad que legalmente le corresponde y el de cambiarla, si así lo desea, por la de cualquier otro país que esté dispuesto a otorgársela; así mismo, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre estableció en su Art. 15 que toda persona tiene derecho a la nacionalidad”, de acuerdo a lo establecido el 19 de enero de 1984 por la Opinión Consultiva 4/84 de los*

*Estados de las Américas, es decir, del Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos*<sup>219</sup>.

El derecho a la nacionalidad es el derecho fundamental que establece el vínculo jurídico esencial entre el individuo y el Estado, en virtud del cual una persona es miembro de la comunidad política que un Estado constituye según el Derecho Interno y el Derecho Internacional<sup>220</sup>: en ese sentido la nacionalidad constituye un elemento fundamental para la seguridad del Individuo, ya que, además de conferir a la persona un cierto sentido de pertenencia e identidad, le otorga el derecho a disfrutar de la protección del Estado y le aporta un fundamento legal para el ejercicio de diversos derechos civiles y políticos.

La nacionalidad se clasifica en nacionalidad de origen y la nacionalidad adquirida. La nacionalidad de origen, es conocida también como nacionalidad natural y la nacionalidad adquirida como naturalización o nacionalidad jurídica.

La nacionalidad de origen se refiere a los vínculos con la patria, los cuales se determinan por el simple derecho natural de nacer en un país determinado en donde se encuentra el territorio que lo vio nacer, en el cual se basa el derecho al suelo, y por el vínculo de sangre que se transmite por la madre, padre o ambos a los hijos, derecho que es calificado como de opción, es decir, si los padres no se las transmiten en el periodo establecido por la ley

---

<sup>219</sup> **SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**, Opinión Consultiva 4/84, 19 de enero de 1984. Disponible el 05 de diciembre del 2012 en: <http://www.derechos.net/doc/cidh/nacio.html>

<sup>220</sup> **LEPOUTRE, Stephanie y Ariel RIVA**, “Nacionalidad y Apatridia”, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Oficina Regional para el Sur de América Latina, Buenos Aires, Argentina, 1998. Disponible el 05 de diciembre de 2012 en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0173>

posterior a la fecha de nacimiento de su hijo, éste último podrá optar por la nacionalidad de su padre o madre cuando sea mayor de edad, haciendo uso del Derecho de Opción<sup>221</sup>

Sobre la base de los planteamientos antes mencionados, es que se atribuye la calidad de nacionalidad de origen a todas aquellas personas que tienen un nexo jurídico-político con el Estado, obedeciendo a los sistemas del *Jus soli* y el *Jus sanguinis*.

Aplicado el *Jus soli*, a El Salvador, éste implica que se nació en el territorio nacional, y con ese simple hecho le genera el derecho de ser salvadoreño o salvadoreña de origen. Asimismo el *Jus sanguinis* permite la nacionalización de los hijos de padre o madre salvadoreños nacidos en el extranjero.

Significa que la legislación salvadoreña retoma ambos sistemas para conceder la nacionalidad a las personas naturales, las cuales adquieren la Nacionalidad de Origen, de acuerdo al Art. 90 de la Constitución que establece las formas en que se puede optar por la nacionalidad salvadoreña de origen. El nasciturus al encontrarse dentro del vientre materno carece de nacionalidad, pero ya que de acuerdo a la ficción legal del Art. 58 del Código Procesal Civil y Mercantil y a la Ley Personal de la que habla el Código de Bustamante, se tendrá al nasciturus como nacido para todo aquello que le favorezca, por lo que él ostentará la calidad de salvadoreño aún estando dentro del vientre de la madre; si la madre, el padre o ambos fueran salvadoreños, automáticamente el nasciturus también será salvadoreño por *Jus sanguinis*.

---

<sup>221</sup> Derecho de Opción: Derecho a optar entre la nacionalidad de su padre o madre y la salvadoreña, por tener derecho a la doble nacionalidad. **DUNCKER BIGGS, Federico**, "*Derecho Internacional Privado*", Editorial Jurídica de Chile, Vol. IX, pp. 175 - 176.

### 3. Derecho a la Integridad.

El derecho a la *integridad personal*, al igual que los demás derechos humanos, es un derecho inherente a la persona en atención a su naturaleza. Este derecho asegura la integridad física y psicológica de las personas, y prohíbe la injerencia arbitraria del Estado y de los particulares en esos atributos individuales. Tal y como lo señala el profesor Mario Madrid-Malo, junto con los demás derechos humanos, la integridad personal le pertenece a todos los individuos desde el momento mismo de su existencia; es universal porque todas las personas lo detentan sin distinción o discriminación alguna; es inviolable porque ni el Estado ni los particulares pueden lícitamente vulnerarlo; y es necesario, porque es un derecho que permite asegurar la vida armónica de las personas. Además, es inalienable, porque nadie puede renunciar a él<sup>222</sup>.

En efecto, para que la persona humana pueda desarrollarse a plenitud, requiere mantener sus facultades corporales y espirituales, intactas. La integridad personal implica en consecuencia, “*el conjunto de condiciones que permiten que una persona pueda gozar de su vida, con la plenitud de las funciones orgánicas y psíquicas*”<sup>223</sup> que le son propias.

El derecho a la integridad conlleva tres aspectos particulares, los cuales son:

1. En el aspecto físico, la integridad personal hace referencia a la conservación del cuerpo humano en su contexto anatómico y al equilibrio funcional y fisiológico de los diferentes órganos. Este derecho protege la integridad física de las personas de ataques injustos contra el cuerpo o la

---

<sup>222</sup> **MADRID-MALO, Mario**, “*Diccionario Básico de Términos Jurídicos*”, Editorial Legis, Bogotá, Colombia, 1990, p. 27.

<sup>223</sup> **PEREZ, Luis Carlos**, “*Derecho Penal*”, Tomo V, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1991.

salud, que produzcan incapacidad para trabajar o para desplazarse, o que le causen enfermedad, deformaciones físicas o mutilación a cualquiera de sus miembros<sup>224</sup>.

2. En lo concerniente al ámbito psicológico del ser humano, la integridad personal se entiende como la preservación total y sin menoscabo, de la psiquis de una persona. Es decir, de las plenas facultades mentales propias de su actividad cerebral, tales como la razón, la memoria, el entendimiento, la voluntad, etc. El normal funcionamiento físico y psíquico de una persona asegura un despliegue de sus facultades humanas de una manera completa y única. Perder o ver disminuidas estas facultades por la acción u omisión de un tercero constituye una violación a los derechos fundamentales de las personas.
3. En el aspecto moral, la integridad se refiere a la capacidad y a la autonomía del individuo para mantener, cambiar y desarrollar sus valores personales. Cualquier tipo de atentado que humille y agreda moralmente a una persona, como los insultos, la trata de personas, la prostitución o las violaciones carnales, puede comprometer no solo la dimensión física y psicológica de un individuo, sino también la dimensión moral del mismo<sup>225</sup>.

El derecho a la integridad personal, vinculado necesariamente con la protección a la dignidad humana, tiene estrecha relación con otros derechos fundamentales como el derecho a la vida y salud.

---

<sup>224</sup> MADRID-MALO, Mario, Op. Cit., p. 29.

<sup>225</sup> PÉREZ ESCOBAR, Efraín, “*Derecho a la Integridad Personal: Manual de Conductas Violatorias*”, Defensoría del Pueblo de Bogotá, Colombia, 2000. Disponible el 09 de enero del 2013 en: [http://defensoria.org.co/pdf/publicaciones/derecho\\_a\\_la\\_integridad.pdf](http://defensoria.org.co/pdf/publicaciones/derecho_a_la_integridad.pdf)

En el caso del nasciturus, este derecho comienza desde la concepción, ya que bien lo afirmaba Mario Madrid-Malo: “*la integridad personal le pertenece a todos los individuos desde el momento mismo de su existencia*”. Es la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia la que establece claramente el derecho de integridad personal, en su Art. 16 y Art. 17, ambos referidos al derecho a la vida, ya que los citados artículos establecen la obligación del Estado de asegurar crecimiento óptimo y desarrollo integral en los ámbitos físico, mental, espiritual, psicológico y social en una forma compatible con la dignidad humana. Y también, en el caso específico del nasciturus, estableciendo 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, obligándose el Estado a prestar atención gratuita a las e 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.

#### **4. Derecho a la Salud.**

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.

El derecho a la salud es parte fundamental de los derechos humanos y de lo que entendemos por una vida digna. El derecho a *disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental*, por decirlo con todas las palabras, no es nuevo. En el plano internacional, se proclamó por primera vez en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 1946, en cuyo preámbulo se define la salud como "*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades*". También se afirma que "*el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social*"<sup>226</sup>. El Derecho a la Salud también comprende algunos derechos como:

- a) El derecho a un sistema de protección de la salud que brinde a todos iguales oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud;
- b) El derecho a la prevención y el tratamiento de las enfermedades, y la lucha contra ellas;
- c) El acceso a medicamentos esenciales;
- d) La salud materna, infantil y reproductiva<sup>227</sup>;
- e) El acceso a la educación y la información sobre cuestiones relacionadas con la salud;

---

<sup>226</sup> **OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD**, "*El Derecho a la Salud*", Folleto informativo N° 31, Ginebra, junio de 2008, p. 1. Disponible el 05 de diciembre del 2012 en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>

<sup>227</sup> Tal como lo establece el Art. 23 de la LEPINA.

- f) El acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos;
- g) La participación de la población en el proceso de adopción de decisiones en cuestiones relacionadas con la salud a nivel comunitario y nacional.

En lo referente al nasciturus, la LEPINA protege a la niñez y adolescencia desde su concepción, hasta los 18 años, estableciendo que niña o niño es toda persona desde su concepción hasta los doce años cumplidos, y adolescentes desde esta última edad hasta el momento en que cumple los dieciocho años de edad. De esa forma, se protege a la concepción, la vida que anida en el vientre materno desde la fecundación del óvulo que, para los efectos de la protección de la persona se extiende no sólo al niño o niña en gestación, sino que contiene por vía de consecuencia la protección a la maternidad, con los efectos de derechos humanos que trae consigo esta protección, tales como la atención y nutrición prenatal<sup>228</sup>.

### **5. Derecho de alimentación.**

La alimentación es un derecho humano reconocido por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que los Estados deben respetar, proteger y garantizar. El derecho a la alimentación es un derecho incluyente, no es simplemente un derecho a una ración mínima de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos. Es un derecho a todos los elementos nutritivos que una persona necesita para vivir una vida sana y activa, y a los medios para tener acceso a ellos. Se puede describir el derecho a la alimentación de la manera siguiente:

---

<sup>228</sup> Art. 16 inc. 2° LEPINA: 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 materna infantil y de la niñez.

a) *“El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla”<sup>229</sup>.*

b) *“El derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna”<sup>230</sup>.*

Los titulares del derecho a la alimentación son los individuos. En la práctica, esto significa que toda persona (mujer, hombre, niña o niño) puede acogerse a este derecho humano fundamental; en el caso del nasciturus, es a través de la alimentación adecuada que reciba la madre en el estado de gravidez, que éste alcanzará su pleno desarrollo y garantía del derecho a la salud, puesto que la nutrición es un componente tanto del derecho a la salud como del derecho a la alimentación. Cuando una mujer embarazada o que está amamantando ve denegado su acceso a alimentos nutritivos, ella y su bebé pueden sufrir desnutrición aunque reciban atención prenatal y postnatal; cuando un niño sufre de enfermedad diarreica pero se le niega el acceso a tratamiento médico, no puede disfrutar de una situación nutricional adecuada aunque tenga acceso a la alimentación.

---

<sup>229</sup> **COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, FAO, “El Derecho a la Alimentación Adecuada”, Folleto Informativo N° 34, Ginebra, junio de 2010, p. 3. Disponible el 05 de diciembre del 2012 en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34sp.pdf>**

<sup>230</sup> **RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN, Ibídem, p. 3.**

## **6. Derechos hereditarios.**

Toda persona por el mismo hecho de serlo, se encuentra revestida de una serie de atributos que le son inherentes; uno de ellos es el patrimonio, el cual es el objeto sobre el cual recae el derecho sucesorio. El patrimonio que se encuentra compuesto por un conjunto de derechos, acciones y obligaciones estimables en dinero, o al menos que posean la actitud para ser adquiridos.

Como se observa, el objeto de la relación jurídica sucesoria es el patrimonio y este es un atributo de la persona. Y en el caso del nasciturus, según nuestra legislación salvadoreña, desde el momento de la concepción ostenta la calidad de persona, por lo tanto en el caso de la presente investigación se establece que el nasciturus cumple uno de los requisitos establecidos por nuestra legislación para ser sujeto del derecho de herencia. Es desde la Constitución misma donde le otorga tal prerrogativa, y es en el Título IV que se refiere a las asignaciones testamentarias la consideración de que no obstante el nasciturus todavía se encuentre en el claustro materno ya es capaz de ser considerado sujeto de una asignación testamentaria, el Art. 1039 del Código Civil establece: *“Todo asignatario testamentario deberá ser una persona cierta y determinada ...”*, por lo tanto realizando una integración del derecho, por lo establecido en la norma Suprema y las leyes secundarias, inferimos pues que desde el momento de la concepción estamos frente a una persona cierta y determinada.

Para que la sucesión se produzca es menester que exista un causante de la herencia y que exista el heredero o asignatario cumpla con los requisitos establecidos por la ley. Dichos requisitos, están encaminados a la persona instituida como heredero, por lo que a éstos requisitos se les llama requisitos subjetivos. Los requisitos o cualidades que deben concurrir en el heredero son:

**1.- Ser persona cierta y determinada:** el Art. 963 y 1039 del Código Civil establecen que al momento de abrirse la sucesión la persona debe de existir para poder ser capaz de suceder. Y como hemos dicho en repetidas ocasiones, el Estado Salvadoreño reconoce la existencia de la persona humana desde el momento de la concepción, por lo tanto, podemos establecer pues que es desde ese momento en que le son adjudicados los atributos de la persona, entre ellos la del patrimonio y por lo tanto la del derecho de suceder.

**2.- Capacidad:** la capacidad jurídica se divide en capacidad de adquirir, también llamada capacidad de goce y en capacidad de ejercicio, llamada también capacidad de obrar. La primera consiste en la aptitud legal de una persona de adquirir derechos y la segunda en la aptitud legal de ejercerlos por sí mismo y además de contraer obligaciones, lo anterior sin que previo se ejerciten los derechos exista la autorización de otra persona.

Por regla general, toda persona por el mismo hecho de serlo, tiene capacidad de goce, y en el caso concreto basta la existencia para poder ser capaz de suceder, así lo establecen los artículos anteriormente citados 963 y 1039.

La ley después de establecer la regla general que toda persona es capaz, establece las excepciones a la misma, entre las cuales se encuentra la de la inexistencia de la persona al momento de aperturarse la sucesión, y en el caso en comento basta la existencia de la misma en el claustro materno para poder encajar en la regla general establecida en nuestra legislación.

En el Art. 963 del Código Civil se exige al asignatario existir al tiempo de abrirse la sucesión, y si la herencia o legado de deja bajo condición suspensiva, será también preciso existir al momento de cumplirse la

condición; la fijación de estos momentos para la existencia de debe a que la delación, o sea el actual llamamiento de la ley a aceptar o repudiar una asignación se verifica al abrirse la sucesión. Pero la no existencia del asignatario al momento de aperturarse la sucesión, no es constitutiva de incapacidad legal, porque no se puede hablar de capacidad o incapacidad de una persona que no existe todavía.

**3.- Dignidad:** para suceder por causa de muerte no basta tener vocación sucesoria y ser capaz de adquirir respecto de determinado causante; es necesario, además ser digno de recibir la herencia o legado deferidos, merecer la asignación, que es lo que significa la dignidad para suceder. Por lo tanto los actos ofensivos que el asignatario verifique contra el causante o contra su cónyuge, ascendiente o descendientes, le hacen desmerecer de conformidad a la ley, la asignación a la que es llamado, convirtiéndolo en indigno de recibirla.

El Art. 969 del Código Civil establece taxativamente cinco indignidades, las cuales no son aplicables al nasciturus, por la naturaleza del mismo, puesto que el desde el vientre materno y por obvias razones es físicamente imposible que puede realizar alguno hecho por el cual la ley le adjudique alguna indignidad. Luego de realizar es un análisis de la legislación aplicable al nasciturus y del derecho a suceder que le asiste, por el reconocimiento constitucional del inicio de la personalidad con la concepción, se ha establecido el ejercicio del mencionado derecho.

## **CAPÍTULO X**

### **SÍNTESIS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO**

#### **1.- Punto de partida e hipótesis.**

##### **Hipótesis general.**

La persona que está por nacer posee derechos inherentes al ser humano, por el hecho de ser reconocida como tal desde el instante de la concepción.

##### **Hipótesis específicas.**

- A.** El ordenamiento jurídico salvadoreño, dentro de las Teorías de la Vida, adopta la Teoría de la Fecundación, puesto que reconoce la existencia de la vida humana desde el instante de la concepción.
- B.** Los Tratados Internacionales reconocen y protegen la existencia de la persona humana desde el instante de la concepción por lo que le atribuyen derechos inherentes al ser humano a la persona en formación.
- C.** El ordenamiento jurídico salvadoreño reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción a partir de 1999.
- D.** El nasciturus tiene derecho a la vida, a la personalidad jurídica, a la integridad física y psíquica, a los alimentos, a la nacionalidad y a la sucesión hereditaria.

#### **2.- Metodología y técnicas aplicadas.**

Para la elaboración del presente trabajo de investigación se hizo uso de la investigación bibliográfica, para extraer conceptos e información pertinente al tema de investigación, así como el estudio de la legislación y jurisprudencia

para lograr la comprobación de hipótesis; se ha aplicado la investigación de campo realizando entrevistas a diversos profesionales del derecho y de la medicina., así como a población inmersa en el tema de la vida, a fin de conocer su apreciación sobre el nasciturus.

### **3.- Análisis de entrevistas.**

En la fase de investigación de campo, se aplica la entrevista focalizada a personas conocedoras del tema, ya que se contó con la valiosa ayuda de personal de instituciones relacionadas a la protección del derecho a la vida, así como a abogados especialistas en el tema de la niñez.

La estructura de la entrevista formulada es la siguiente: preguntas de identificación del entrevistado, preguntas de conocimiento técnico, preguntas de conocimiento normativo, preguntas de valoración personal; cabe destacar que debido a la multiplicidad de campos en los que realizamos entrevistas, el formato de la misma no es el mismo para cada uno de los entrevistados. Una vez establecido lo anterior procederemos a comentar las preguntas más importantes:

#### **Entrevista #1.**

Licda. Georgina de Rivas, Directora Ejecutiva de “Fundación Sí a la Vida”:

1. ¿Cuál ha sido el mayor logro jurídico de la Fundación?: sin duda alguna, la Licda. de Rivas manifestó que el mayor logro obtenido para la Fundación, fue la reforma al Art. 1 de la Constitución que establece que se es persona desde el instante de la concepción.
2. ¿Por qué la Fundación no está de acuerdo con el aborto terapéutico?: en este punto la Licda. manifestó que no es lo mismo perder a un bebé por

causa de un tratamiento cuando la madre posee una enfermedad bastante complicada a que un ser humano sea descuartizado dentro del vientre de su madre. En cuanto a la eugenesia, manifestó que no se pueden exigir estándares de calidad a un ser humano.

3. ¿Es suficiente la reforma del artículo 1 de la Constitución de nuestro país para proteger la vida del ser humano?: referente a esto, la Licda. es de la opinión que no basta con el deber ser, si no que hay que realizar acciones en pro de la consecución del fin último que es la salvaguarda de la vida humana.
4. ¿Para qué se prevenga el aborto es necesario que sea un delito?: a esta pregunta la Licda. respondió que si es necesario que sea un delito ya que solo así se puede reprender a quien vaya en contra de la vida humana.
5. ¿Están de acuerdo con la reproducción humana artificial?: respecto a este tema, la política de la Fundación y desde el punto de vista de su Directora Ejecutiva, la reproducción humana artificial atenta gravemente contra la vida de los seres humanos, puesto que en busca de la perfección, del deseo de tener un hijo que llene nuestras expectativas, se botan en la basura muchos embriones, los cuales ya poseen el carácter irrefutable de ser humano.
6. ¿Deberían regularse las clínicas de fertilización en nuestro país?: a esta pregunta la Licda. Georgina respondió que no deberían de existir este tipo de pseudo clínicas en ninguna parte del mundo ya que lo que hacen es jugar con la vida de los seres humanos ya que se es persona de acuerdo a la Constitución, desde el instante de la concepción.

## **Entrevista #2.**

Dr. Juan Carlos Lovo, Ginecólogo Obstetra del Hospital Nacional de Maternidad “Dr. Raúl Argüello Escolán”:

1. ¿Cuál Teoría del Inicio de la Vida humana es la más reconocida por usted?: a esta pregunta, el Dr. Lovo respondió que la teoría mejor calificada es la de la fecundación.
2. ¿Desde cuándo, a su criterio, se comienza a ser persona?: en este punto el Dr. Juan Carlos manifestó que se es persona desde el momento en que un ser humano está vivo y de acuerdo a la respuesta de la pregunta anterior, eso se da desde el instante de la concepción.
3. ¿Cree usted que el nasciturus posee derechos?: en la misma línea de respuestas, el Dr. Lovo manifestó que el nasciturus sí posee derechos por el hecho de ser un ser humano.
4. ¿Es posible determinar la paternidad aún estando el niño en el vientre materno?: debido al continuo avance de la ciencia, es del conocimiento del Dr. Lovo. que es posible determinar la paternidad aún estando el niño en el vientre materno.

## **Entrevista #3**

Licda. Dilcia Ninoska Hernández Flores, Jueza de Menores del Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia de Santa Ana:

1. ¿El nasciturus es sujeto de derecho?: referente a esto, la Jueza manifestó que desde el instante de la concepción, según lo establece la Constitución, queda establecido que el nasciturus es sujeto de derechos.

2. ¿Qué opinión le genera la hipótesis de reformar la Constitución estableciendo que se es persona a partir de la formación y percepción del correcto funcionamiento de los órganos vitales tales como el corazón y el cerebro?: sobre este tema, la Licda. Hernández manifestó que debido a la diversidad de teorías existentes a nivel científico, nunca se encontraría un punto común para determinar desde cuando, científicamente, da inicio la vida humana; es por eso que se remite a la Constitución para determinar que la vida inicia desde el instante de la concepción.

#### **Entrevista #4**

Licda. Sinia Marioth Rivera Cabrera, Jueza de Menores del Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia de Santa Ana:

1. ¿Qué opinión le merece las distintas teorías del inicio de la vida humana?: sobre esta pregunta, la Licda. respondió que la más aceptada es la teoría de la concepción, la que recoge nuestra Constitución.
2. ¿El nasciturus es sujeto de derechos?: la respuesta de la Licda. fue un rotundo sí ya que está diversas legislaciones por las cuales se rige nuestro país, han establecido que se es humano desde el instante mismo de la concepción, y como el derecho a la vida es inherente al ser humano y base para los demás derechos, definitivamente el nasciturus es sujeto de derechos.

#### **4.- Comprobación de hipótesis.**

##### **4.1 Hipótesis general.**

Mediante esta investigación y las entrevistas se ha logrado comprobar que

definitivamente el nasciturus es sujeto de derechos desde el instante de la concepción hasta el momento de su muerte.

#### **4.2 Hipótesis específicas.**

Las entrevistas reflejan la convicción de los entrevistados en cuanto a que el nasciturus posee derechos y el primordial derechos que posee es el de la vida, ya que sin la vida, todo lo demás no tiene sentido, por eso es que nuestro legislador ha tomado a bien salvaguardar al ser humano inclusive cuando está en el vientre de su madre.

## **CAPÍTULO XI**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **CONCLUSIONES**

Al concluir la investigación propuesta en el proyecto y haber comprobado en forma total o parcial las hipótesis planteadas, se llega a establecer que después de analizar los aportes científicos y jurídicos respecto a si el ser humano posee derechos aún estando dentro del vientre materno, podemos decir que ciertamente los posee, ya que es variada la legislación nacional en la que se menciona al nasciturus como un sujeto de derechos por el hecho de ser considerado persona desde el instante de la concepción y como tal, posee derechos inherentes a la persona humana.

Desde el punto de vista jurídico, la importancia en torno a la protección del embrión humano es por el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales, por considerar la existencia de un nuevo ser humano, de lo cual se debe respetar el derecho a la vida y a la integridad física desde el primer instante de su existencia. La ley protege al no nacido, mayormente en el sentido de considerarse que es un ser vivo, le genera una protección integral en el marco normativo primario y secundario en nuestro país, se vierten disposiciones encaminadas a garantizarle la misma como también sancionando al que violente su derecho primordial.

La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país, estableció las bases para la creación de una Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que garantizará el cumplimiento efectivo de una protección integral para los menores, considerando dentro de esta categoría al no nacido y otorgando derechos especiales para su protección.

Pero también, es necesario el empoderamiento de conocimientos científicos en todos los sectores de la sociedad civil, no solo en el tema de los derechos del nasciturus, sino mas bien en el tema del inicio de la vida, ya que ambos temas están relacionados a derechos tanto derechos de la mujer y como también del nasciturus, previendo circunstancias como la colisión de derechos, entre las expectativas de derechos del no nacido y los derechos de la mujer. Por lo tanto es necesario, un discusión y análisis de los referidos temas con bases científicas, con especialistas en la materia que colaboren a establecer objetiva y científicamente el inicio de la vida, sin desproteger derechos, tanto de la mujer como del individuo que esta por nacer. Para lo anterior sería necesario crear foros de debate y discusión donde los diferentes actores de la sociedad puedan desarrollar un debate con solidas bases científicas, libre de morales religiosas, con la premisa de buscar la defensa, protección y garantía de los derechos humanos de todos y todas.

Los Derechos de la Persona No Nacida de conformidad a la Legislación Salvadoreña son los siguientes:

**Derecho a la Vida:** Art. 2, 11 y 69 Cn.; Art. 73 y 969 ordinal 2°; Arts. 133 al 141, 271, 272, 351 ordinal 2° y 353 C.Pn.; Art. 12, 16, 18 y 19 LEPINA; Art. 6 PIDCP; Art. 1 DADDH.

**Derecho a la nacionalidad:** Art. 90 ordinal 2° Cn.; Art. 58 C.P.C.M.; Art. 28 CDIP.

**Derecho a la Integridad Física, Psíquica y Moral:** Art. 2 Cn.; Art. 4, 346, 398, 399, 400 C.F.; Art. 7, 8, 13 LEPINA; Art. 58 C.P.C.M.; 9° Párrafo del Preámbulo de la C.D.N.; Art. 5 D.U.D.H.; Art. 7 D.A.D.D.H.

**Derecho a la Salud:** Art. 1 inc. 3°, 35 y 65 Cn.; Art. 144 ordinal 4°, 271 y 272 C. Pn.; Art. 353, 354 C.F.; Art. 17 Y 23 LEPINA; Art. 10 lit. “e” y “f”, 11 lit. “g” y “h” L.C.S.S.P.; Art. 2 R.I.J.V.P.F.; Art. 110 C.T.; Art. 7 D.A.D.D.H.

**Derecho a la Alimentación:** Art. 38 ordinal 3°, 69 inc. 2° Cn.; Art. 960, 980, 995, 111 ordinal 3°, 1114, 1206 inc. 2°; 1210, 1284 inc. 2°, 1488 ordinal 4° inc. 1°, 1497, 2197 C.C.; Art. 201 C.Pn.; Art. 248, 249, 251 C.F.

**Derechos Hereditarios:** Art. 2, 11, 22 Cn.; Art. 72 inc. 2°, 75, 484, 963, 969, 988; Art. 143, 144, 146, 283, 287, 288, 291 C.F.; Art. 143 L.P.F.; Art. 58 C.P.C.M.

### **RECOMENDACIONES**

Finalizada la investigación, y luego de haber analizado toda la información recabada de manera bibliográfica, legislativa, doctrinaria y por medio de entrevistas realizadas a médicos y abogados en el ámbito del tema de los derechos del nasciturus, se hacen las siguientes recomendaciones:

Que el Estado y/o la Sociedad Civil cree foros de debate, de discusión, tertulia y análisis sobre las diferentes teorías que tratan de expresar el inicio de la vida, donde médicos especialistas en temas de reproducción humana, obstetricia y ginecología puedan dar sus aportes a la comunidad jurídica, médica general y a la sociedad entera; a fin de establecer desde hechos y bases científicas el inicio de la vida en el claustro materno y con ello crear un clima donde la sociedad en general y los actores vinculados a temas legislativos y jurídicos referentes a derechos humanos, puedan empoderarse del conocimiento científico que les permita objetividad y científicidad en sus posiciones respecto al desarrollo y a la protección de la vida del ser humano en todas sus fases.

Realizar una revisión Constitucional y a las leyes secundarias relacionadas sobre el reconocimiento de la persona humana desde la concepción, a fin de determinar si la teoría adoptada por nuestro ordenamiento jurídico es conforme a los avances científicos del inicio de la vida.

Que el Gobierno Central, a través del Ministerio de Educación en conjunto con el Ministerio de Salud, incluya dentro de la malla curricular programas de Educación Sexual y Reproductiva, y que los mismos se impartan en las diferentes centros de estudio públicos y privados.

Crear políticas y programas de protección integral a la mujer, y que los mismo no solo sean destinados a mujeres embarazadas sino que sean dirigidos a todas las mujeres.

Que las instituciones creadas por la LEPINA desarrollen un sistema participativo de atención y protección integral a los niños, niñas y adolescentes, a fin de garantizar el cumplimiento de sus derechos.

Que el Estado, como sujeto obligado de garantizar la vida digna de las personas, debe crear las condiciones que le permitan a las personas el goce de sus derechos, ayudando a resolver los problemas sociales.

Que la Procuraduría General de los Derechos Humanos por las atribuciones conferidas en nuestra Constitución desarrolle un intensivo programa de promoción de derechos humanos, en temas relacionados a derechos de la mujer, derechos de la niñez y derechos sexuales y reproductivos.

## ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

### LIBROS

ABOUHAMAD HOBAICA, Chibly, "Anotaciones y Comentarios sobre Derecho Romano", Tomo III, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, Caracas, Venezuela.

ALESSANDRI RODRIGEZ, Arturo, Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA Antonio VODANOVIC H., "*Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

ALESSANDRÍ RODRÍGUEZ, Arturo, "*Los Sujetos de Derecho*", 4ta. Ed., Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1971.

ALSTON, Philip, "*A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights*". United Nation Center of Human Rights, 1982. Citado por Eduardo CIFUENTES MUÑOS en "*Derecho a la Integridad*", Defensoría del Pueblo de Bogotá, Colombia, 2001.

ARÁMBULA REYES, Alma, "*Maternidad Subrogada*", Centro de Documentación, Información y Análisis de la Dirección de Servicios de Investigación y Análisis de la Subdirección de Política Exterior, México, 2008.

ARDÉVOL PIERA Elisenda, Gloria MUNILLA CABRILLANA y Josep CERVELLÓ AUTUO, "*Antropología de la religión: Una aproximación interdisciplinar a las religiones antiguas y contemporáneas*", Editorial UOC, Barcelona, España, 2003.

BARRERO GARCÍA, Ana María, "*El Derecho local en la Edad Media y su*

*formulación por los reyes castellanos”, Anales de la Universidad de Chile, 1989, Quinta Edición.*

BUAIZ VARELA, Yuri Emilio, *“Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Comentada de El Salvador, Libro Primero”, Consejo Nacional de la Judicatura, Primera Edición, Talleres Gráficos UCA, 2011, San Salvador, El Salvador.*

CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos, CANALES CISCO, Oscar Antonio y GARDERES, Santiago, *“Código Procesal Civil y Mercantil Comentado”, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, El Salvador, 2010.*

CALDERÓN DE BUITRAGO, Anita, y otros, *“Manual de Derecho de Familia”, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, Segunda Edición, 1995.*

CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, *“Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido” Editorial Ciencias Jurídicas, 1997.*

CALVO MEIJIDE, Alberto, *“El Nasciturus como sujeto de Derecho. Concepto Constitucional de Persona frente al Concepto Pandectista-Civilista”, Departamento de Empresa, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad San Pablo CEU, Madrid, España.*

CAMACHO EVANGELISTA, Fermín, *“Derecho Privado Romano I”, 1º Ed., Madrid, España, 1982.*

CATALANO, Pierangelo, *“Diritto e Persone”, 1º Edición.*

CHARLES Aubry y Charles-Frédéric RAU, "*Curso de Derecho Francés según el método de Zachariae*".

CUEVAS, Pedro José, "Siglos: Siglo XIII", Cuenca. Cuenca: Alfonsópolis.

DATTA, Sanjay, "Manual Anestesia Obstétrica", Tercera Edición, Editorial Elsevier, España, p. 119.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "*Notas sobre las Limitaciones Intrínsecas de la Autonomía de la Voluntad*", en Anuario de Derecho Civil, 1982.

DE MONTAGUITI, Tomás, "*Historia del derecho Español*", UOC, Barcelona, 1990.

DUNCKER BIGGS, FEDERICO, "*Derecho Internacional Privado*", Editorial Jurídica de Chile, Vol. IX.

ENNECCERUS, Ludwig, "Tratado de Derecho Civil", Tomo I, Parte General, Volumen 1º.

ERRÁZURIZ, Maximiano, "*La Persona Humana en Roma: Ciudadanía Romana*", Universidad Austral de Chile, XV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, México, agosto de 2006.

EYZAGUIRRE, Jaime, "Historia del Derecho", Santiago de Chile.

FERNANDEZ SSESSARIEGO, Carlos, "*Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas*", Capítulo sobre "*La noción del concebido en la Edad Media*", Universidad de Lima, Perú, 1990.

FERRARA, Francesco, "Tratado de Derecho Civil Italiano", Roma, Italia.

GALLARDO, Ricardo, "*Las Constituciones de la República Federal de Centro América*", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1958.

GARCÍA SARMIENTO, Eduardo y Otros, "*Derecho de Menores: aspectos civiles, aspectos comerciales, aspectos laborales, aspectos internacionales y Organismos de Protección*", Primera Edición, Ediciones Rosaristas para la Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, Colombia, 1995.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, "*La Reproducción Humana Asistida*", Sin número de Edición.

GUTIERREZ ALVIZ, Faustino, "Diccionario de Derecho Romano", Instituto Editorial Reus, 1948.

HERNÁNDEZ PÉREZ, Roberto, "*Conceptos Fundamentales de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo*".

IGLESIAS CUBRIA, Manuel, "*Los Derechos Patrimoniales Eventuales*", Estudio de las situaciones jurídicas de pendencia, Tomo I, Oviedo, 1961.

LLAMAS POMBO, Eugenio, "*Estudio de Derecho de Obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*", Tomo II, LA LEY, grupo Wolters Kluwer.

LOYARTE, Dolores y Adriana E. ROTONDA, "*Procreación humana artificial: un desafío bioético. Aspectos biomédicos, aspectos bioéticos, aspectos jurídicos*", Editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina, Segunda Edición, Talleres Gráficos, 1995.

MALDONADO, José y FERNÁNDEZ DEL TORCO, "*La Condición Jurídica del Nasciturus en el Derecho Español*", Madrid, España, 1946.

MEDINA PABÓN, Juan Enrique, "*Derecho civil. Aproximación al Derecho. Derecho de Personas*", Bogotá, Colombia Universidad del Rosario, 2010.

MENDIZÁNAL OSES, Luis, "*Derecho de Menores: Teoría General*", Ediciones Pirámide S.A., Madrid, España, 1977, N° 2.

MONTERO DUHALT, Sara, "*Derecho de Familia*", Editorial Porrúa, S.A., México, 1984.

MORENO CARRASCO, Francisco y Luis RUEDA GARCÍA, "*Código Penal Comentado*", Tomo II, Artículos 1 al 164, Consejo Nacional de la Judicatura, Unidad de Producción Bibliográfica y Documentación, Imprenta Nacional, San Salvador, El Salvador, mayo 2004.

PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo, "*Derecho Romano*", Tirant Lo Blanch, Primera Edición, Valencia, España, 2008.

PASCUAL LÓPEZ, Silvia, "*El Derecho Germánico y la Paz de la Casa*", Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de la Rioja, Logroño, La Rioja, España, Vol. XXIV, 2006.

PELLICANO, José Alejandro, "*La Protección al Concebido en Roma y la situación actual del Nasciturus a partir de las Técnicas de Fecundación Extracorpórea*", en el marco del XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, celebrado en Buenos Aires, Argentina, del 15 al 17 de septiembre de 2004.

PEREZ, Luis Carlos, "*Derecho Penal*", Tomo V, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1991.

RODRIGO ESTEBAN, María Luz, "*La Prueba del Hierro Candente en los Fueros de Teruel y Albarracín*", Universidad de Zaragoza, España.

ROMERO CARRILO, Roberto, "*Nociones de Derecho Hereditario*", Tercera Edición.

RUÍZ TRAPERO, María, "*En torno a la moneda visigoda*", Universidad Complutense de Madrid, España.

VALENTÍN NEL, Encarnación, "*Analizando Temas Significativos*", Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad San Pedro, Huacho, Perú.

VEGA GUTIÉRREZ, María Luisa y otros, "*Reproducción asistida en la Comunidad Europea. Legislación, aspectos bioéticos*", Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1993.

VIDAL, Marciano, "*Estudios de Bioética Racional*" Editorial Tecnos, 1989.

VON TUHR Andreas, "*Tratado de las Obligaciones*", Editorial Comares.

### **TESIS**

BARAHONA RIVAS, Susana Priscila y Lorena Guadalupe RIVERA MOLINA, "*La protección jurídica del no nacido frente al uso de fármacos abortivos en San Salvador en mujeres en estado de embarazo de 18 a 25 años de edad*", Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2010.

CAMACHO VARGAS, Xavier, “Reconocimiento *Legal de la Personalidad Jurídica del Nasciturus en la Legislación Ecuatoriana*”, Tesis de Grado, Facultad de Jurisprudencia, Escuela de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ambato, Ecuador, 2011.

RAIMUNDO CEA, Rodolfo Guadalupe, “*El Aborto en General*”, Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, El Salvador, 2001.

### **LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL**

Código Civil. Decreto Ejecutivo del 23 de agosto de 1859, publicado en el Diario Oficial del 19 de mayo de 1860.

Código de Bustamante. Ratificado por Decreto Legislativo de 30 de marzo de 1931, publicado en el Diario Oficial N° 133, Tomo 110, del 10 de junio de 1931.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Acuerdo No. 41 de la Junta Revolucionaria de Gobierno del 13 de noviembre 1979, Decreto No. 25 del 23 de noviembre, Diario Oficial No. 218, Tomo 265.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Acuerdo No. 42 de la Junta Revolucionaria de Gobierno del 13 de noviembre 1979, Decreto No. 25 del 23 de noviembre, Diario Oficial No. 218, Tomo 265

Ley del Consejo de Salud Pública y de las Juntas de Vigilancia de las Profesiones en la Salud. Decreto No. 2699 del 28 de agosto de 1958, publicado en el Diario Oficial No. 168, Tomo No. 180 del 10 de septiembre de 1958.

Reglamento Interno de la Junta de Vigilancia de la Profesión Farmacéutica. Decreto Ejecutivo No. 23 del 19 de mayo de 1972, publicado en el Diario Oficial No. 98, Tomo No. 235 del 29 de mayo de 1972.

Código de Trabajo. Decreto No. 15 del 23 de junio de 1972, publicado en el Diario Oficial No. 142, Tomo No. 236, del 31 de julio de 1972.

Constitución de la Republica de El Salvador, Decreto Legislativo No. 38, Diario Oficial No. 234, Tomo No. 281, publicado el 16 de diciembre de 1983.

Convención Sobre los Derechos del Niño. Decreto Legislativo No. 487, Diario Oficial No. 108, publicado el 9 de mayo de 1990.

Código de Familia. Decreto Legislativo No. 677 del once de octubre de 1993, publicado en el Diario Oficial No. 231, Tomo No. 321 del 13 de diciembre de 1993.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Decreto Legislativo No. 319, Diario Oficial No. 82, Tomo 327, publicado el 5 de mayo de 1995.

Código Penal de El Salvador. Decreto Legislativo No. 1030, publicado en el Diario Oficial No. 105, Tomo No. 335, 10 de junio de 1997.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Legislativo No. 712 del 18 de septiembre del 2008, publicado en el Diario Oficial No. 224, Tomo No. 381 del 27 de noviembre del 2008.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Decreto Legislativo No. 839, Diario Oficial No. 68, Tomo 383, publicado el 16 de Abril de 2009.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

### **JURISPRUDENCIA**

Inconstitucionalidad 18-98 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, de las ocho horas y veinte minutos del veinte de noviembre de dos mil siete.

Sentencia de la Cámara de Familia CF01-52-A-2001 de las doce horas y cinco minutos del día cuatro de enero de dos mil dos.

Sentencia de 4-IV-2001, Amp. 348-99, Considerando II 1.

Inconstitucionalidad de las ocho horas y veinte minutos del veinte de noviembre de dos mil siete con referencia 18-98.

Sentencia de la Cámara de Familia de la Sección del Centro: San Salvador del día 4 de enero de 2002 con referencia CF01- 52-A-2001.

Líneas y Criterios Jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional 2007 – Inconstitucionalidades: Derecho a la vida del nasciturus.

Líneas de la Sala de lo Constitucional 2007 – Inconstitucionalidades: Término de comparación.

### **ÍNSTITUCIONAL**

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, LEX VISIGOTHORUM: VI, 3,1 Antiqua. “Fuero Juzgo en Latín y Castellano: cotejado con los más antiguos y preciosos códices”, Madrid, España, por Ibarra, Impresor de Cámara S.M., 1815. Disponible el 18 de junio del 2012 en:

<http://books.google.com.sv/books?id=FrwGAAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>

DEPARTAMENTO DE SANIDAD DEL GOBIERNO VASCO, ESPAÑA, Osteba, Osasunerako Teknologien Ebaluaketa (Evaluación de Tecnologías Sanitarias. Informe de Técnicas de Reproducción Humana Asistida), Editorial Iraila, Eusko Jaurilarista, Osasun Saila, septiembre, 2000 pp. 23 - 46. Disponible el 15 de mayo del 2012 en: [http://www9.euskadi.net/sanidad/osteba/abstracts/00-06\\_c.htm](http://www9.euskadi.net/sanidad/osteba/abstracts/00-06_c.htm)

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, A.C. "Texto de la Constitución de la República de El Salvador de 1824". Disponible el 18 de julio de 2012 en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1575/9.pdf>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI), "Constitución de la República de El Salvador de 1983, Decreto Legislativo N° 38 del 15 de diciembre de 1983". Visto el 20 de marzo del 2010 en: [http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=229179](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=229179)

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, "Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo" conocida como Conferencia del Cairo, Egipto. Disponible el 31 de agosto del 2012 en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Conferencia\\_Internacional\\_sobre\\_la\\_Poblaci%C3%B3n\\_y\\_el\\_Desarrollo](http://es.wikipedia.org/wiki/Conferencia_Internacional_sobre_la_Poblaci%C3%B3n_y_el_Desarrollo)

INSTITUTO SALVADOREÑO DE PROTECCIÓN AL MENOR, "Decreto Legislativo N° 482 de fecha 11 de marzo de 1993". Disponible el 13 de septiembre de 2012 en:

[http://isna.elsalvadormultimedia.info/ISNA/index.php?option=com\\_content&view=article&id=49&Itemid=8](http://isna.elsalvadormultimedia.info/ISNA/index.php?option=com_content&view=article&id=49&Itemid=8)

INSTITUTO SALVADOREÑO PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, “Decreto Legislativo No 983, publicado en el Diario Oficial 189, tomo No 357 de fecha 10 de octubre de 2002”. Disponible el 13 de septiembre de 2012 en: [http://isna.elsalvadormultimedia.info/ISNA/index.php?option=com\\_content&view=article&id=49&Itemid=84](http://isna.elsalvadormultimedia.info/ISNA/index.php?option=com_content&view=article&id=49&Itemid=84)

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Proyecto de Cooperación Técnica sobre Derechos Humanos de El Salvador, “Normas Básicas sobre Derechos Humanos”, Primera Edición, Imprenta Criterio, San Salvador, El Salvador, 1997. Disponible el 23 de agosto del 2012 en: <http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/0/ee2eca2f71d12b2806256b41006f5db5?OpenDocument>

SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS, “Opinión Consultiva 4/84, del 19 de enero de 1984”. Disponible el 05 de diciembre del 2012 en: <http://www.derechos.net/doc/cidh/nacio.html>

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR), Oficina Regional para el Sur de América Latina, Buenos Aires, Argentina, LEPOUTRE, Stephanie y Ariel RIVA, “Nacionalidad y Apatridia, Rol del ACNUR, Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas, Convención de 1961 para Reducir los Casos de Apatridia ”, 1998. Disponible el 05 de diciembre de 2012 en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0173>

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “*El Derecho a la Salud*”, Folleto informativo N° 31, Ginebra, Suiza, junio de 2008, p. 1. Disponible el 05 de diciembre del 2012 en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, FAO, “El Derecho a la Alimentación Adecuada”, Folleto Informativo N° 34, Ginebra, Suiza, junio de 2010, p. 3. Disponible el 05 de diciembre del 2012 en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet34sp.pdf>

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE BOGOTÁ, COLOMBIA, PÉREZ ESCOBAR, Efraín, “Derecho a la Integridad Personal: Manual de Conductas Violatorias”, Bogotá, Colombia, 2000. Disponible el 09 de enero del 2013 en: [http://defensoria.org.co/pdf/publicaciones/derecho\\_a\\_la\\_integridad.pdf](http://defensoria.org.co/pdf/publicaciones/derecho_a_la_integridad.pdf)

REAL ACADEMIA DE LAS CIENCIAS EXACTAS, FÍSICAS Y NATURALES, MADRID, ESPAÑA, FRANCO VERA, Luis, “Doble Hélice, Genes y Cromosomas”. Disponible el 15 de mayo del 2012 en: <http://www.rac.es/ficheros/doc/00425.pdf>

INSTITUTO BERNAU DE MEDICINA REPRODUCTIVA, ALICANTE, ESPAÑA, “El blastocisto”. Disponible el 15 de mayo del 2012 en: <http://www.institutobernabeu.com/es/3-10-48/preguntas-frecuentes/>

JUNTA DE ANDALUCÍA, ESPAÑA, ESPINAR, David y Ángel DE LA TORRE, “El Desarrollo Embrionario”. Visto el 15 de mayo del 2012 en:

[http://www.juntadeandalucia.es/averroes/iessierradelasvillas/IMG/pdf/Resumen\\_-\\_desarrollo\\_embrionario\\_-\\_David\\_Espinar\\_y\\_Angel\\_de\\_la\\_Torre.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/averroes/iessierradelasvillas/IMG/pdf/Resumen_-_desarrollo_embrionario_-_David_Espinar_y_Angel_de_la_Torre.pdf)

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE BANCOS DE TEJIDOS (AABT). “Membrana amniótica”. Visto el 16 de mayo del 2012 en: <http://www.aabtweb.org/membrana.html>

### **REVISTAS**

BLASI, Gastón Federico, “*Análisis Biológico, Jurídico y Filosófico sobre el Status del Nasciturus en el Ordenamiento Positivo Argentino*” en *Revista de Investigaciones de Ciencias Jurídicas y Sociales, Ley, Razón y Justicia*, N° 11, Volumen VIII, Ediciones Alveroni, Dirigida por el Dr. Daniel Cesano – 05/2007, Argentina.

CASTÁN TOBEÑAS, José, citado por Alberto CALVO MEIJIDE en: “El Nasciturus y su protección Jurídica”, en *Revista de Actualidad Civil, Universidad de la Rioja, Logroño, La Rioja, España, 1992*.

FERNÁNDEZ BARRIERO, A., MERCHÁN ÁLVARES, Antonio y CASTRO SÁENZ, Alfonso, “*Anales de la Tradición Romanística*”, en *Revista Annaeus* N° 2, Editorial Tébar, 2007, Madrid, España.

### **DICCIONARIOS**

OSSORIO, Manuel, “*Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*”, E. Heliasta, Vigésimo Séptima Edición, Buenos Aires, Argentina, 2000.

MADRID-MALO, Mario, “*Diccionario Básico de Términos Jurídicos*”, Editorial Legis, Bogotá, Colombia, 1990.

## PÁGINAS WEB

“Frecuencia cardíaca fetal”. Disponible el 15 de mayo del 2012 en:  
[http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/2457/TESI\\_02.PDF?sequence=2](http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/2457/TESI_02.PDF?sequence=2)

ADDI, Mohamed, José Santiago CUADRI ARTACHO y José Antonio NAVARRO REPISO, “*Embarazo Ectópico*”. Disponible el 16 de mayo del 2012 en:  
<http://www.medynet.com/usuarios/jraguilar/Manual%20de%20urgencias%20y%20Emergencias/embecto.pdf>

BUCH TOMÉ, Belén, “La Fecundación en el Ser Humano”, Facultad de Ciencias de la Universidad de Málaga, España. Disponible el 15 de mayo del 2012 en: <http://www.encuentros.uma.es/encuentros29/29fecundacion.html>

W. CARDONA-MAYA, Actas Urológicas Españolas de la Asociación Española de Urología, “Evaluación de la reacción acrosomal en espermatozoides humanos inducida por los monosacáridos manosa y N-acetilglucosamina”. Disponible el 03 de mayo de 2012 en:  
[http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=s0210-48062005000700007&script=sci\\_arttext](http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=s0210-48062005000700007&script=sci_arttext)

PANIAGUA GÓMEZ-ÁLVAREZ, Ricardo, “El Embrión Humano”, Universidad de Alcalá, Madrid, España. Disponible el 15 de mayo del 2012 en:  
[http://www2.uah.es/benito\\_fraile/embrion-humano.pdf](http://www2.uah.es/benito_fraile/embrion-humano.pdf)

“Fisiología Fetal”, V. RAMÍREZ, Juan, Curso brindado en lapso 2006-2007. Disponible el 16 de mayo del 2012 en:  
<http://www.uv.es/jjsanton/Documentos/Fisiologia%20fetal.pdf>

“Las Bases Romanísticas en el Tratamiento Jurídico del Concebido en el Derecho Peruano”. Disponible el 20 de junio del 2012 en: <http://es.scribd.com/Nikolay%20Mosquera/d/14258166-Las-Bases-as-Del-Tratamiento-Juridico-Del-Concebido>

O'DONELL, Daniel, “La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y Contenido”. Disponible el 28 de agosto de 2012 en: <http://www.inau.gub.uy/biblioteca/Odonnell.pdf>

DIALNET, GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, "La Reproducción Humana Asistida". Disponible el 15 de mayo del 2012 en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3134098>

MED WEB STUDENTS, “Fetus in Fetu o El Gemelo Parásito”. Visto el 09 de mayo del 2012 en: <http://medwebstudents2.wordpress.com/2007/10/07/fetus-in-fetus-o-el-gemelo-parasito/>

**ANEXOS**

## ENTREVISTA

Licda. Georgina de Rivas  
Directora Ejecutiva  
“Fundación Sí a la Vida”

### **1. ¿Qué motivó la creación de la Fundación?**

Hace veinte años más o menos, al principio de los noventa, varios padres de familia se sentían preocupados por el rumbo que llevaba la juventud; les preocupaban temas como el embarazo en adolescentes, el aborto, la drogadicción, los vicios, en general todas las amenazas que la juventud enfrenta continuamente; entonces la forma como ellos empezaron fue que se capacitaron en estos temas, empezaron a organizar charlas y a ofrecerlas en diferentes colegios, grupos juveniles y así fue como nació lo que después fue “Fundación Sí a la Vida”, en ese momento fue un impulso de un grupo grande de padres de familia.

### **2. ¿Cuáles son los objetivos de la Fundación?**

En el año noventa y cuatro, que fue cuando se constituyó legalmente la Fundación, se estableció que dentro de sus objetivos, el principal es el respeto de la vida desde el momento de su concepción hasta su muerte natural, el reconocimiento y respeto de la dignidad humana, pues apoyar todo lo que conlleva estos fines, desde medidas preventivas hasta medidas solidarias en que las mujeres pueden acudir a nosotros y se les da todo el apoyo no solo de información.

### **3. ¿Qué tipo de proyectos realizan para llevar a cabo sus objetivos?**

Después de la constitución de la Fundación, en el año mil novecientos noventa y cinco se inauguró un centro de ayuda a la mujer pues ya se

gozaba de una infraestructura donde se podían tender todas las necesidades de información de los jóvenes porque como mencionaba que se brindaban charlas o los colegios, al final los jóvenes pedían teléfonos o pedían forma de continuar en contacto, lo que derivó en una gran necesidad de información, entonces a la par de este centro de información para jóvenes, nació lo que es el centro de ayuda a la mujer en el cual acuden mujeres solas y parejas que generalmente ya están en estado de embarazo, entonces ahí se les brinda toda la ayuda sobre cuáles son los riesgos, efectos secundarios y todas las secuelas que el aborto les puede dejar y generalmente el noventa y ocho por ciento de las personas a quienes atendemos, deciden no abortar; cuando éstas jóvenes decidían tener a su bebé y afrontaban su situación con los padres y éstos las echaban de su casa, en el año de mil novecientos noventa y seis surge lo que es el “Hogar María Isabel” de tal forma que estamos ofreciendo un hogar sin límite de tiempo para aquellas jóvenes que han tenido que salir de su casa por motivo de embarazo; generalmente servimos de mediadores ya que somos certificados como asesores familiares e intervenimos para que se logre establecer armonía entre la familia y la joven.

Ofrecemos también lo que es ayuda laboral a las jóvenes, yo me pongo en contacto con el Ministerio de Trabajo y solicito plazas para ellas. Uno de nuestros proyectos más jóvenes es el “Proyecto Esperanza” que ya es un proyecto de rescate a aquellas mujeres que no tuvieron la oportunidad de recibir información o tal vez la recibieron pero estaban tan agobiadas que aún así se sometieron a un aborto; con este proyecto brindamos servicio psicológico para que puedan superar el síndrome post aborto.

#### **4. ¿Cuál ha sido el mayor logro jurídico de la Fundación?**

Haber participado en el noventa y siete cuando se discutía si se aprobaba o no se aprobaba la reforma constitucional del artículo uno y la del código penal que fue que se prohibió el aborto en todas sus formas.

### **5. ¿Por qué la Fundación no está de acuerdo con el aborto terapéutico?**

El tema es este, cuando la vida de la madre corre peligro por motivos de una enfermedad a la cual le viene como un suceso aledaño estar embarazada, no es lo mismo que la madre se someta a su tratamiento y el bebé se pierda por consecuencia del tratamiento que le descuarticen al bebé primero y después se someta al tratamiento; en salud, si se le pregunta a un médico es mucho más difícil para el organismo de la mujer salir adelante de una enfermedad a la par de un aborto, que es una violencia contra su cuerpo, que salir adelante y luego cualquier médico con ética dirá que se debe luchar por la vida de ambos pacientes; como Fundación, conocemos a mujeres que se han operado estando embarazadas, mujeres que se han sometido a quimioterapia estando embarazadas; lo que pasa es que obviamente eso implica una situación de emergencia en la que el médico debe de estar más pendiente de su paciente, pero se puede luchar por ambas vidas.

En cuanto a la eugenesia, que era otra de las razones por las que se permitía el aborto, no podemos poner un control de calidad en el ser humano, el día que nos atrevamos a poner control de calidad en el ser humano de verdad que sería una gran pérdida de la humanidad, además no somos quien para estar decidiendo quien puede o no puede vivir. Personalmente conozco y he visto vídeos de gente que no tiene brazos pero que son grandes guitarristas o pintores o de gente que tiene un montón de deficiencias pero que son un ejemplo para la humanidad, un ejemplo de que el que no puede es porque de verdad la limitante la tiene en la mente.

**6. ¿Es suficiente la reforma del artículo 1 de la Constitución de nuestro país para proteger la vida del ser humano?**

Jerárquicamente la Constitución es la que se encuentra en la cúspide y es en ella que se encuentra establecido que la vida se debe de respetar, no obstante eso, solamente nos encontramos ante el deber ser por lo que tenemos que estar consientes que a la par del deber ser también está el ser y no es suficiente solo la legislación, falta también educación, medios para hacer las leyes más efectivas y justas, no es tanto el reformar sino trabajar en cómo se están aplicando.

**7. ¿Para qué se prevenga el aborto es necesario que sea un delito?**

El Estado tiene la obligación de proteger a todos sus ciudadanos, su fin principal es la integridad física, moral, espiritual y en todo sentido de todos sus ciudadanos, siendo así, ¿cómo el Estado va a desproteger a quien es el más indefenso? eso es un contra sentido, si es necesaria la prohibición del aborto como un delito.

**8. ¿Qué otro tipo de medidas cree usted que el Estado puede implementar para salvaguardar la vida?**

Educación sobre todo y mejores métodos de investigación en cuanto al cometimiento del delito de aborto referente a la personas involucradas en el.

**9. ¿La Fundación recibe ayuda del Estrado o de otras Organizaciones o Fundaciones?**

Del Estado no recibimos ningún tipo de ayuda, recibimos pura ayuda económica y en especies de particulares.

**10. Muchas de las Organizaciones pro vida se ven afectadas por la crítica de que alegan protección por la vida pero no por una vida**

### **digna después del parto ¿Qué mecanismos utiliza la Fundación para contrarrestar esto?**

A toda mujer que atraviesa la puerta de la Fundación con un embarazo que no había programado, le reiteramos primeramente que no está desamparada ya que puede quedarse en las instalaciones de la Fundación y una vez que decide quedarse con nosotros, se le establece un marco de disciplina ya que es un hogar y hay reglas, les brindamos talleres de costura o de cocina, cestería, telares, bisutería, estilismo, se les capacita en lo que se pueda y los talleres son impartidos por gente altruista. Después de que la joven tiene su bebé, después de un tiempo prudencial buscamos la forma de integrarla al mercado laboral, no solo se les apoya para seguir en sus estudios, si están estudiando, sino que las capacitamos en una fábrica que coopera con nosotros, en las que se les enseña diseño, uso de máquinas, producción, inglés y les dan la oportunidad de llevar a sus hijos y dejarlos en la guardería de la fábrica que es manejada también por jóvenes que han pasado por la misma situación; después de dos años de capacitación, tiene la oportunidad de poner su negocio propio o integrarse de lleno en la fábrica.

Si la joven no se queda en las instalaciones de la Fundación, pero necesita trabajar, nosotros nos ponemos en contacto con el Ministerio de Trabajo y les brindamos el perfil de la joven para que les puedan ofrecer alguna plaza.

### **11.¿Qué opinan sobre el tema de la adopción?**

De hecho, en los casos en los que la joven decide tener el bebé pero no se lo quiere quedar, nosotros las impulsamos a considerar la adopción, pero generalmente después que ha tenido su bebé, al verlo y al sentirlo parte de ella, decide conservarlo, pero claro es para nosotros es preferible una adopción a un aborto.

### **12. ¿Qué opinan sobre la píldora del día después?**

Esa es una de las grandes deficiencias del Estado y la legislación, ya que está claramente plasmada la inoperatividad de la ley ya que si la Constitución protege la vida desde el momento de la concepción no debería de ser factible que cualquier joven se compre una pastilla de esas cuando puede ser abortiva. Como Fundación, se intentó que la venta de la pastilla del día después fuera prohibida, pero no progresó en el Consejo Superior de Salud Pública, no hubo eco porque argumentaron que nos estábamos basando en argumentos religiosos.

### **13. ¿Están de acuerdo con la reproducción humana artificial?**

No porque refiriéndonos a la fertilización in vitro implica que muchos embriones tengan que ser descartados o congelados, lo cual es manipulación de la vida humana sin reconocimiento de ninguna dignidad; no es ético nada que nos permita sentirnos libres de manipular la vida de un ser humano de esa forma, es como botar al basurero un montón de embriones, entonces no estamos de acuerdo.

### **14. ¿Deberían regularse las clínicas de fertilización en nuestro país?**

Las clínicas de fertilización no deberían de existir ya que manipulan embriones además que en El Salvador la ciencia no va a la vanguardia, no tenemos porque nosotros tener clínicas en las que no se puede ni siquiera atender bien las necesidades básicas menos vamos estar atendiendo las necesidades de los embriones.

### **15. ¿De qué manera ve la Fundación a la maternidad subrogada?**

Debemos de tener una profunda reverencia por la vida ya de de ahí surgimos, entonces en el caso de los vientres de alquileres se dan dos situaciones: o bien una fertilización in vitro en donde caeríamos en lo que

estábamos hablando anteriormente en cuanto al desecho de embriones o que la pareja masculina tenga que tener relaciones sexuales con la persona que va a aportar su vientre; no puede ser eso desde la perspectiva de que del amor matrimonial surge la vida. Es lamentable que una pareja no pueda tener hijos, pero existen otras alternativas como la adopción; la paternidad y la maternidad no se trata solamente un capricho que se tiene que suplir, hay que pensar en el bienestar del menor.

**16.¿Dentro de las charlas que ustedes imparten o que reciben, se menciona alguna ley en específico?**

En cuanto a las charlas que impartimos, depende del público a la que va dirigida la charla, pero el artículo 1 de de la Constitución es el que generalmente se le menciona a cualquier tipo de público como una obligación de que todos tenemos que conocerlo. Refiriéndonos a las leyes que como Fundación conocemos, podemos mencionar el Código Penal que prohíbe totalmente el aborto, la LEPINA que proporciona protección a los menores, del Código de Familia y de otros cuerpos legales que viene solamente a consolidar lo que ya por principio está estipulado en la Constitución.

## ENTREVISTA

Dr. Juan Carlos Lovo

Ginecólogo Obstetra

Hospital Nacional de Maternidad “Dr. Raúl Argüello Escolán”

### **1. ¿Cuál Teoría del Inicio de la Vida humana es la más reconocida por usted?**

La vida humana prácticamente inicia desde el momento que se empiezan a dividir las células fecundadas, o sea del óvulo con el espermatozoide, por lo tanto la Teoría que más se aplica o que es la más acertada, es la de la fecundación; sin embargo, la vida consciente tal como nosotros la conocemos, después del parto, inicia alrededor de las 24 semanas cuando ya el sistema nervioso está desarrollado con las sensaciones, es decir que a usted lo pueden tocar pero no siente, o no está consciente de qué es lo que siente; El pensamiento como proceso, es más allá del nacimiento ya que es en base a las experiencias como se va desarrollando.

### **2. ¿En cuánto tiempo, aproximadamente, se produce la fecundación?**

El óvulo dura alrededor de 48 horas mientras el espermatozoide dura alrededor de 5 días, entonces la fecundación se tiene que dar entre 1 y 5 días coincidiendo el acto sexual con el período fértil de la mujer. Cuando el hombre eyacula, los espermatozoides avanzan con una velocidad de de 2-3 mm por min, pero depende del PH de la vagina y del útero. Solo 200 llegan a la trompa uterina donde ocurre la fecundación, no se sabe cuánto tarde pero pueden tardar desde 5 minutos hasta 45 minutos en llegar, ya allí, el proceso de fecundación requiere alrededor de 24 horas, ahora bien, si se quiere saber en cuanto tiempo se puede estar embarazada después de haber tenido

relaciones sexuales, es a las 24 a 48 horas después de haber tenido esa relación sexual.

### **3. ¿Qué opinión le genera la píldora anticonceptiva?**

En lo particular, es una opción para tener acceso a los Derechos Reproductivos, o sea que prácticamente para las mujeres, ya que lastimosamente el hombre no tiene conciencia de lo que es la planificación familiar, es uno de los métodos para evitar un embarazo no planificado.

### **4. ¿Cuál es la diferencia entre pre embrión, embrión y feto?**

El pre embrión sería inmediatamente después de que el espermatozoide entre al óvulo hasta que se forma el disco laminar, o sea que como ahí se empieza a duplicar y se forma un disco con tres capas, hasta ahí llega el pre embrión, cuando ya se han formado los discos, nos encontramos ante el embrión y éste hasta que se cierra el disco alrededor de las 12 semanas es que es embrión de ahí en adelante pues es un feto.

### **5. ¿Desde cuándo, a su criterio, se comienza a ser persona?**

Como se trata de un término jurídico, según lo tengo entendido desde el 2004 para acá, es un término puramente jurídico no uno científico; entonces persona es según lo que yo recuerdo, es el ser humano vivo que tiene derechos y tiene deberes, entonces prácticamente desde que empieza ese período es catalogado como persona.

### **6. ¿Cree usted que el nasciturus posee derechos?**

El término nasciturus es un término netamente jurídico y hasta el momento del nacimiento, el nasciturus tiene derechos aunque no haya nacido todavía.

### **7. ¿Qué determina el nacimiento de un niño normal?**

Digamos que esté bien formado el feto, que no haya ningún tipo de anomalía; a simple vista no se puede saber por lo que tenemos que hacer uso de un método de diagnóstico que se llama ultrasonografía ya que mientras no se tenga una imagen ultrasonográfica no se puede dimensionar si hay alguna anomalía mayor, porque es prácticamente como si se estuviera viendo a tras luz, con el avance de la tecnología se pueden dar imágenes tan completas que se puede reconocer por ejemplo el labio y paladar hendido; existe otro método de diagnóstico que es la biopsia que se toma antes de las 12 semanas, no después porque tiene más riesgo de provocar una pérdida del embarazo de manera accidental y porque no ocupa mucho volumen en la cavidad uterina y entonces se toma una muestra de la placenta para hacer un cariotipo para ver si hay alguna anomalía cromosómica que pueda ser incompatible con la vida.

#### **8. ¿Conoce los delitos relativos a la vida del ser humano en formación a nivel nacional?**

Si, desde el noventa y ocho prohibieron cualquier interrupción del embarazo. Anterior a eso, desde mil novecientos setenta y cuatro existían excepciones para la interrupción del embarazo hasta el noventa y ocho en que se dio un movimiento no científico sino puramente religioso el que logró cambiar el Código Penal al respecto y quitar todo tipo de aborto. Los abortos que eran permitidos eran basados en hechos científicos, por ejemplo el aborto eugenésico, el ético y el terapéutico; el aborto terapéutico se daba por estar en riesgo la vida de la madre por haber patologías cardíacas no corregidas o algún tipo de cáncer que pone en riesgo la vida de la madre si el embarazo continúa; el aborto ético se daba cuando el fruto de la concepción era producto de una violación y el aborto eugenésico cuando el bebé tiene alguna malformación incompatible con la vida como por ejemplo los anencefalicos que son bebés que nacen sin cerebro y calota craneana y por

lo tanto hasta el momento no hay ninguna base científica en trasplantes de cerebro o calota craneana por lo tanto son patologías incompatibles con la vida y sin embargo tendría que nacer así el niño porque ya no cabe la posibilidad de llevar a cabo un aborto eugenésico puesto que el niño va a nacer, pero no va a sobrevivir mas allá de las 24 horas.

Lastimosamente tampoco se puede hacer mucho en el caso de las violaciones que yo creo que sería uno de los casos más terribles porque psicológicamente la mujer sufre un trauma, pues nada que vaya en contra de lo que uno quiera se va a sentir cómodo; se pueden dar intervenciones, pero psicológicas para ver de qué manera la chica acepta al bebé como hijo suyo o que lo de en adopción, terriblemente, el Estado no provee el apoyo psicológico permanente y constante para estas personas a pesar que en la Constitución se establece que hay que proveer salud al ser humano teniendo en cuenta que salud no solo es la ausencia de enfermedades sino que el completo bienestar físico, mental y social, o sea una cosa integral.

En cuanto al aborto terapéutico, lo que se le puede decir a la pareja es que esperamos que todo salga bien y que se hará todo lo científicamente posible en El Salvador, porque tenemos diferencias muy abismales con los países llamados desarrollados o mal llamados desarrollados, tenemos limitantes de las cuales no podemos darle más allá una expectativa de vida mayor, ahora bien, si sobrevive la señora pues en buena hora pero si al señora fallece definitivamente sería una lástima porque es la pérdida de una persona productiva.

**9. ¿Es posible determinar la paternidad aún estando el niño en el vientre materno?**

He leído algunos artículos en los que se menciona que mediante la toma de biopsia se puede obtener la paternidad y con eso del ADN pues yo creo que es una solución bastante grande que se le ha dado para el apoyo a la pareja porque desgraciadamente muchas de las prácticas sexuales de los hombres es tener relaciones con múltiples parejas como si eso fuera lo fundamental de ser hombre, lo que nos lleva a que con la irresponsabilidad de dejar embarazada a la mujer y el reconocimiento de la paternidad por medio de la biopsia, tomada antes de las 12 semanas, sea factible el poder reclamar los derechos alimenticios que le corresponden al niño.

#### **10. ¿Qué opina sobre las técnicas de reproducción humana asistida?**

Al romper los esquemas de la reproducción humana natural, la fertilización in vitro, la técnica más común y que está pasando de moda aunque en nuestro medio no porque es la menos costosa, desató la polémica. Ética, avance científico, legal y lo moral entran de lleno en la discusión.

La fecundación in vitro se da para las parejas en que el ambiente de sus órganos reproductivos no permite que se haga de manera natural, claro que dentro de los Derechos Reproductivos está también no solo darle información a la pareja sino que también los Derechos Reproductivos están encaminados a que si la pareja no puede tener un hijo y quiere tener un hijo, pues están los medios también como este.

En cuanto a la maternidad subrogada, yo considero que si el objetivo no es negocio ni lucrarse simple y sencillamente, sino que tener descendencia es un derecho que tiene las personas definitivamente.

#### **11. ¿Conoce la existencia de Clínicas de Fertilidad en nuestro país?**

Si hay una o dos clínicas y para el año dos mil cuatro tengo entendido que existían alrededor de ocho ginecólogos especialistas en infertilidad, lo que sucede es que el tratamiento es muy costoso, por ejemplo, si una persona quiere realizarse una fecundación in vitro, el precio de un ciclo o de un mes en el cual se intenta la fertilización, en el año dos mil cuatro era de seis mil a siete mil dólares, y se puede hacer de cuatro a cinco ciclos y de no conseguirse el embarazo, se cambia a otra técnica de reproducción asistida; en cuanto a la crio conservación, tengo entendido que en El Salvador no se congelan embriones, pero si en el extranjero y la persona que quiera conservarlos, debe pagar entre cien y ciento cincuenta dólares para mantenerlos en ese estado y cuando se deja de pagar, la institución responsable se hace cargo de ellos o la pareja autoriza su destrucción o donación de los mismos a otras parejas.

**12.¿Cree usted que la procreación humana artificial debe ser regulada?**

Depende de los riesgos que tenga, debe ser regulada en el sentido de que se exponga al menor riesgo posible a las personas, que se les de información, que no se les engañe diciendo que no habrán complicaciones ni que el niño va a salir completamente sano, sin ningún riesgo psicológico o físico, porque si los puede haber, pero si la persona está consciente y le han informado de manera clara sin el uso de un lenguaje muy técnico que la gente no entiende, comprensiva y tranquila de manera que la pareja comprenda todo el proceso creo que estaría bien, debe ser el máximo beneficio al menor riesgo; debe ser el máximo beneficio para la humanidad tratando de no lucrarse de ello no de hacer experimentos tomando al ser humano como ratón de laboratorio.

**13.¿En qué consiste la Bioética?**

La bioética es la rama de la ética que se dedica a proveer los principios para la correcta conducta humana respecto a la vida, tanto de la vida humana como de la vida no humana, es decir de la animal y vegetal, así como al ambiente en el que pueden darse condiciones aceptables para la vida.

La bioética tiene cuatro elementos: beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia; entonces para los términos médicos se utiliza mucho, lastimosamente los que tiene la información la pueden tergiversar o pueden usarla de la mejor manera pero en términos generales la bioética en la parte médica científica aunque debería de ser para la parte humana también, debe aplicarse porque la bioética es completamente distinta a la moral, la moral es el conjunto de normas de cada región en cambio la bioética es universal porque nos dice con la autonomía que tenemos el derecho a decidir, claro sin poner en riesgo la propia vida, la beneficencia es tener el máximo beneficio, pero no solo se queda en el beneficio sino que en el no maleficio ya que no puede hacer cosas malas y eso está muy claro y es sencillo de practicar; en cuanto a la justicia, es una cosa muy básica ya que se aplica a todas las personas jurídicamente hablando y qué significa eso, que no se hará distinción de ningún tipo porque hay injusticias sociales acá en cuanto a salud que porque alguien tiene más recursos económicos puede obtener un tratamiento fuera pero qué pasa con la gente que no tiene recursos acá, el Estado no los provee aunque tiene la obligación por la Constitución de la República y eso es inconstitucional; entonces se ve a la bioética como una herramienta muy útil, lastimosamente no hay una promoción de este tipo de conocimiento y aún hay profesionales de la salud que desconocen todo esto y arrasan con todos los derechos de los pacientes, de los seres humanos.

## ENTREVISTA

Licda. Dilcia Ninoska Hernández Flores

Jueza del Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia

Santa Ana

**1. ¿Cuándo y en qué contexto nacional se vuelve latente la necesidad de protección para el menor y es menester la creación de una Ley bajo la cual se deba brindar dicha protección?**

La creación de la LEPINA se da primeramente por un compromiso internacional que el Estado tenía ya que tenía una deuda con los niños, niñas y adolescentes del país desde la firma de la Convención de los Derechos del Niño y como el país es ratificante de esa convención, y era un deuda que tenía puesto que cuando entró en vigencia el Código de Familia que someramente también habla sobre los derechos de la niñez pero necesitábamos un cuerpo especializado y fue así como surgió la Ley Penal Juvenil que antes se llamaba Ley del Menor Infractor que fue la primera ley de protección integral para los niños nada más que era para adolescentes infractores, pero la LEPINA fue creada desde la visión de la Convención de los Derechos del Niño y fue una preocupación de muchos países que siempre veían que esta población era la mas excluida y mas vulnerada y necesitaba una protección extra del Estado.

**2. ¿Cuál es la finalidad de la LEPINA?**

La protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la garantía de los derechos.

**3. ¿Qué actividades se realizan para poder cumplir la finalidad de la LEPINA?**

Es un Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia donde los Juzgados Especializados de la Niñez y Adolescencia son el último eslabón, lo que significa que antes de que el Juzgado conozca de algún caso, lo han conocido otras instituciones u otros organismos de manera administrativa, por ejemplo las Juntas de Protección que son entidades administrativas que se crearon con la visión de que todos los niños, niñas y adolescentes y cualquier persona que sepa de alguna vulneración de derechos de los niños vaya a esa Junta y le exija que le restituyan los derechos que están siendo violentados a los chicos, entonces ¿cuándo conocen los Juzgados Especializados de la Niñez y Adolescencia? Cuando la Junta no ha podido resolver la vulneración de derechos, se trata entonces de que los casos solo lleguen a este Juzgado cuando no se logre un acuerdo o una solución favorable para los chicos.

Como la Ley tiene poco tiempo de haber entrado en vigencia, la actividad que mas realizamos es la capacitación de personas y trabajo preventivo más que todo con la difusión de los derechos ya que si los chicos no conocen sus derechos, si los padres no conocen los derechos de los chicos, si los maestros no conocen los derechos de los chicos, primero no los van a respetar y segundo no los van a exigir.

#### **4. ¿Qué se debe entender por Derecho de Menores?**

Con la doctrina de protección integral, se trata de ya no hablar de menor ya que el menor es aquél primeramente considerado como un delincuente, con la nueva doctrina que se plantea desde la Convención de los Derechos del Niño, ya no se le llama menor sino que se les denomina niños, niñas y adolescentes, ya no son menores, aquellos menores eran los que necesitaban internarse por haber infringido la Ley, ahora no, se considera a

los niños, niñas y adolescentes sujetos plenos de derecho, antes eran objetos de derecho y ahora son sujetos.

**5. ¿El nasciturus es sujeto de derecho?**

Si claro, desde la Constitución de nuestro país se considera persona a todo ser humano desde el momento de la concepción y la LEPINA se encuentra en consonancia con la constitución al establecer en su Art. 3 que se reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción, sino fuera así la LEPINA sería declarada inaplicable.

**6. A su criterio ¿Cree que debe considerarse a un ser humano como persona desde el instante de la concepción? ¿Por qué?**

Para mí la Constitución en ese sentido es bien clara y debe entenderse que el ser humano es ser humano desde el instante de la concepción.

**7. ¿Qué opinión le genera la hipótesis de reformar la Constitución estableciendo que se es persona a partir de la formación y percepción del correcto funcionamiento de los órganos vitales tales como el corazón y el cerebro?**

Ese es un tema muy escabroso debido a la diversidad de teorías que existen en razón del inicio de la vida y a que hay varias corrientes del pensamiento científico y si por ejemplo la LEPINA hubiera planteado que se reconoce al niño o a la niña desde el momento del nacimiento o a partir de cualquier otra teoría del inicio de la vida humana, estaría en contradicción con la Constitución además cabría la posibilidad del cometimiento de delitos tales como el aborto.

**8. ¿Tiene derecho el concebido a la nacionalidad?**

Yo creería que el nasciturus si tiene derecho a la nacionalidad ya que existe el ius sanguinis y el niño tiene derecho a seguir la nacionalidad de sus padres anquen nazca en un país extranjero.

**9. ¿Quiénes, por ministerio de Ley, se encuentran obligados a salvaguardar los derechos de los menores?**

Los primeros llamados son los padres, luego le siguen el Estado, la sociedad y todas aquellas entidades cuya finalidad es salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

**10. ¿A qué se refiere el Principio de Corresponsabilidad?**

El principio de corresponsabilidad establece que los llamados a salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes son los familiares, el Estado y la sociedad.

**11. ¿Cree usted que el Estado cumple con las políticas y normas legales de protección a los menores?**

La Ley (LEPINA) es una declaración de voluntad muy bonita, una Ley muy avanzada, la verdad es que si la ponemos en práctica las nuevas generaciones van a ser diferentes, o sea, si de verdad el sistema funcionara como debe de funcionar, no vamos a tener la cantidad de infractores que tenemos porque por ahí dicen que hay que educar al niño para no castigar al hombre, entonces creo que si se crean todos los programas que la Ley manda, el futuro de muchos de los chicos va a cambiar, pero lastimosamente hasta el momento se ha visto una gran falta de compromiso y de destinación de presupuesto por parte del Estado hacia este sector de la población que necesita urgentemente ser salvaguardado .

**12. ¿A qué se refiere el Principio de Interés Superior?**

Es en términos generales razonar el porqué se va a tomar una decisión que favorezca al niño, niña o adolescente; este principio no permite arbitrariedades o caprichos antojadizos de los aplicadores de justicia, ya que establece ciertos parámetros, que se encuentran en la Ley, para poder aplicarlo.

**13. ¿Qué recomendaciones le brindaría al Estado y a la sociedad en general para la efectiva aplicación de las normas referentes al nasciturus?**

Desde la LEPINA está consagrado que hay que promover los derecho de los niños precisamente para que una vez la población conozca la gama de derechos que tiene, pueda ejercer la defensa de ellos, entonces mi recomendación primeramente para los padres es que entiendan que ahora los niños no son objetos de derecho sino sujetos de derecho, al Estado le recomiendo que antes de establecer cualquier política, conozca y escuche las necesidades que tienen los niños para que de verdad la Ley funcione.

## ENTREVISTA

Licda. Sinia Marioth Rivera Cabrera  
Jueza del Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia  
Santa Ana

### **1. ¿A qué responde la creación de la LEPINA?**

A los avances democráticos que ha venido teniendo el país, a que en el Código de Familia no se desarrollaba un mecanismo de protección integral para la niñez y la adolescencia y a que no se tenía una política pública de país respecto al tema.

### **2. ¿Qué actividades realiza el Tribunal para poder cumplir la finalidad de la LEPINA?**

Somos garantes de la Ley y el debido proceso y en cuanto a la niñez, la divulgación de la LEPINA de manera coordinada con todo el sistema de protección integral de la niñez y adolescencia, lo que más hacemos es un trabajo de concientización de la población sobre los derechos que tienen los niños y adolescentes.

### **3. ¿Considera al nasciturus como sujeto de derecho?**

En el entendido del ejercicio progresivo de las facultades y en consonancia con la Constitución de la República, el nasciturus claramente es sujeto de derechos.

### **4. ¿Qué opinión le merece las distintas teorías del inicio de la vida humana?**

Opino que de las distintas teorías del origen de la vida humana, la teoría de la concepción, teoría que recoge nuestra Constitución, es la más acertada

puesto que es la posición más garantista al ser humano ya que brinda mayor cobertura no dejando ni un espacio de tiempo en el cual se pueda vulnerar el derecho a la vida del que está por nacer.

**5. ¿Cree que el Estado cumple con el deber de proteger los derechos de los niños y adolescentes?**

Definitivamente no, la pobreza extrema y las desigualdades sociales afectan más a la niñez que a otro sector de la población nacional ya que no existe aún una política pública encaminada a la niñez y adolescencia y lo peor de todos es que no hay objetivos ni continuidad de los proyectos que pudiera llegar a impulsar un determinado gobierno; el problema más grande radica en que no existe una asignación de recursos ni un compromiso por parte del Gobierno para poder empezar a dar a conocer a los niños y adolescentes como sujetos de derecho.

**6. ¿Qué recomendaciones le puede brindar al Estado y a la sociedad en general en cuanto a la salvaguarda de los derechos de los niños, niñas y adolescentes?**

En primer lugar que vean al niño como un sujeto de derecho y no como un objeto de derecho y en segundo lugar, una recomendación para el Estado es que asigne recursos y adquiera compromisos conforme a lo que establece la LEPINA.