

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS 2011
PLAN DE ESTUDIOS 1993



TEMA:

**PROTECCION JURÍDICA DEL NO NACIDO EN EL DERECHO
SUCESORIO A PARTIR DE LA REFORMA DEL ART. 1 INCISO 2º DE LA
CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA.**

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

PRESENTADO POR:

HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, JORGE ALBERTO
MELGAR ESCOBAR, MARLON GEOVANI

DRA. DELMY RUTH ORTÍZ SÁNCHEZ
ASESORA DE TESIS

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, FEBRERO 2013

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTORA ACADÉMICA

LICENCIADO SALVADOR CASTILLO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

DOCTORA ANA LETICIA ZA VALETA DE AMAYA,
SECRETARIA GENERAL

LICENCIADO FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JULIO OLIVO GRANADINO
DECANO

LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA
VICEDECANO

LICENCIADO OSCAR RIVERA MORALES
SECRETARIO

DOCTORA EVELYN FARFÁN MATA
DIRECTORA DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

DOCTORA DELMY RUTH ORTIZ SANCHEZ
ASESORA DE TESIS

ABSTRACT

El presente estudio comprende la problemática denominada con el tema “PROTECCION JURÍDICA DEL NO NACIDO EN EL DERECHO SUCESORIO A PARTIR DE LA REFORMA DEL ART. 1 INCISO 2° DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR,” para el análisis del mismo, se realizó un estudio de los diferentes estadios que dentro de la realidad jurídica ha tenido el no nacido, pasando de ser considerado como un apéndice de la madre hasta ser considerado un sujeto de derecho, con personalidad jurídica y capacidad de gozar derechos a su favor; asimismo se efectuó un estudio de las diferentes posturas doctrinarias que se han tenido respecto de la situación en la cual se encuentran los derechos otorgados a favor del ser que está por nacer, específicamente lo referente a los derechos que ha causa de una sucesión le son otorgados.

Pero para obtener una mayor delimitación del problema en estudio, concretamente a los cambios que consigo trajo la adhesión del inciso segundo al Art. 1 de la Constitución de la República de El Salvador, en la concepción civilista de persona, ente capaz de adquirir derechos y obligaciones, se realiza una labor interpretativa, valiéndose de los métodos y técnicas establecidos por el derecho, para conocer cuáles son los limites y alcances que produjo la reforma, comprendiendo al final de dicha labor, que lo pretendido por el legislador fue reconocerle la categoría de persona al no nacido, reconociéndole así capacidad de goce como titular de derechos subjetivos, yendo con ello más allá de los alcances de las teorías idealistas de la Vitalidad y la Viabilidad, por ultimo nace la interrogante de cómo el nasciturus hará valer los derechos otorgados a su favor, esto por la situación biológica en la que se encuentra, dicho ejercicio le corresponde a los padres, ya que el no nacido poseyendo capacidad de goce, por requerirse únicamente la calidad de persona para obtenerla; pero no de ejercicio, que

es la única que puede ser graduada y se obtiene con el desarrollo cronológico y mental de la persona, por lo que, es por medio de sus representantes que el no nacido exigirá el cumplimiento los derechos sucesorios otorgados a su favor.

INDICE

TEMA	PÁGINA
INTRODUCCION	i
CAPITULO I	
MARCO DE REFERENCIA	
1.1 Antecedentes del Problema.	1
1.1.2 Objetivos de la Investigación.....	4
1.1.2.1 Objetivo General.....	4
1.1.2.2 Objetivos Específicos.	4
1.1.3 Delimitación Teórica y Temporal.	4
1.1.3.1 Delimitación Teórica.	5
1.1.3.2 Delimitación Temporal.....	5
1.2 Marco Histórico.	5
1.2.2 El Nasciturus en Derecho Romano Clásico.	6
1.2.1.1. El Concebido.	6
1.2.2. El Naciturus en el Campo Hereditario.	8
1.2.2.1. El Nasciturus en el Derecho Germánico.	9
1.2.2.2. Derecho Germánico Antiguo.	10
1.2.2.3. El Nasciturus en el Derecho Visigodo.	11
1.2.2.4. El Nasciturus en el Derecho Justiniano y la Influencia Cristiana.	12
1.2.2.4.1. Derecho Justiniano.....	12
1.2.2.4.2. Doctrinas Cristianas: La Existencia de un Alma.....	13
1.3. Marco Teórico.	16
1.3.1. Derecho Constitucional.	17
1.3.1.1. Principios Doctrinales Constitucionales.....	18
1.3.1.2. Derechos Fundamentales.	18
1.3.1.3. Estabilidad Constitucional.	19
1.3.1.4. Supremacía Constitucional.....	20

1.3.1.5. Control de Constitucionalidad.....	20
1.3.1.6. Colisión Normativa.	21
1.3.2. Relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Civil.	22
1.3.3. Existencia de las Personas Naturales, Existencia Natural y la Existencia Legal.	22
1.3.3.1. Nacimiento.....	23
1.3.3.2. Parto y Nacimiento.	25
1.3.4. Teorías sobre el Inicio de la Personalidad Jurídica.	26
1.3.4.1. Teoría de la Concepción.	26
1.3.4.2. Teoría del Nacimiento.	27
1.3.4.2.1. La Teoría de la Vitalidad.	27
1.3.4.2.2. La teoría de la Viabilidad.....	27
1.3.4.3. Teoría Ecléctica.....	28
1.3.4.4. Teoría de Inscripción en el Registro Civil.	28
1.3.5. Derecho Civil.	29
1.3.5.1. Derecho Sucesorio.	30
1.3.5.1.1 Conceptos Relativos a las Sucesiones.	31
1.3.5.1.2. Elementos de la Sucesión por Causa de Muerte.	35
1.3.5.1.3. Vocación Sucesoria.....	36
1.3.5.1.4. Capacidades para Suceder.....	37
1.3.5.1.5. Incapacidades para Suceder.....	37
1.3.5.1.6. Indignidades para Suceder.	38
1.3.5.1.7. Formas de Suceder por Causa de Muerte.	38
1.3.5.1.7.1. Sucesión Testamentaria.	39
1.3.5.1.7.1.1. Etimología y Concepto.....	39
1.3.5.1.7.2. Sucesión Intestada.	40
1.3.5.1.7.2.1. Concepto:	40
1.3.5.1.7.2.2. Los órdenes de la Sucesión Intestada.....	41

1.3.5.1.7.2.2. Derecho Personal y Derecho de Representación...	42
1.3.5.1.7.2.4 Derecho de Transmisión.....	44
1.3.6 Situación Jurídica de los Derechos Asignados al Neonato entre el Momento de la Concepción y el Nacimiento.	44
1.3.6.1 Teoría de la Ficción Savigny.	45
1.3.6.2 Teoría de los Derechos sin Sujeto.....	46
1.3.6.3 Teoría de la Condición Suspensiva.....	46
1.3.6.4 Teoría de la Condición Resolutoria.	47
1.3.7 Necesidad de que la Criatura esté Concebida al Tiempo de la Delación de los Derechos.....	47
1.3.8 Presunción de Derecho Relativa a la Época de la Concepción.....	48
1.3.9 Duración de la Preñez, Nacimientos Acelerados y Tardíos.....	49
1.3.10 Margen de Tiempo Dentro del cual puede Ubicarse la Concepción.....	50
1.3 Hipótesis.	51
1.4 Estrategia Metodológica.....	51
1.4.1 Tipo de Investigación.	52
1.4.2 Métodos, Técnicas e Instrumentos.....	52
1.5 Reflexión.	53

CAPITULO II

PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL NO NACIDO

2.1 Generalidades.....	55
2.2 Situación Legal del No Nacido Antes de la Reforma Constitucional del art. 1 inc. 2° de Fecha Tres de Febrero de Mil Novecientos Noventa y Nueve.	56

2.3 Fundamento Jurídico de la Reforma Constitucional del Art. 1 inc. 2° de Fecha Tres de Febrero de Mil Novecientos Noventa y Nueve.	60
2.4 Fundamento Político de la Reforma Constitucional del Art. 1 inc. 2° de Fecha Tres de Febrero de Mil Novecientos Noventa y Nueve.	62
2.5 Fundamento Social de la Reforma Constitucional del Art. 1 inc. 2° de Fecha Tres de Febrero de Mil Novecientos Noventa y Nueve.	65
2.6 Extensiones y Limites del Artículo 1 Inc. 2° de la Constitución.	69
2.6.1 Teoría Tradicional.....	73
2.6.2 Reglas Especiales.....	77
2.6.3 Reflexión.	86

CAPITULO III

EL NO NACIDO

3.1 Generalidades.....	88
3.2 Etimología.	89
3.3 Antecedentes Históricos.....	93
3.4 Teorías Sobre la Existencia de la Persona Humana.	96
3.4.1 Teoría de la Concepción.	97
3.4.2 Teoría del Nacimiento.	98
3.4.2.1 Teoría de la Vitalidad.....	99
3.4.2.2 Teoría de la Viabilidad.....	101
3.4.4 Teoría Ecléctica.	103
3.4.5 Teoría de Inscripción en el Registro del Estado Familiar.....	104
3.4.6 Cuadro Sinóptico de las Teorías Sobre la Existencia de la Persona Humana.	104

3.5 Principio de la Existencia de la Persona Humana.	106
3.6 El Nacimiento y su Importancia.	108
3.6.1 Nacimiento.	111
3.6.2 Parto y Nacimiento.	114
3.7 Situación de los Derechos Asignados al No Nacido Entre la Etapa de la Concepción y el Nacimiento.	115
3.7.1 Teoría de la Ficción de Savigny.	116
3.7.2 Teoría de los Derechos Sin Sujeto.	120
3.7.3 Teoría de la Condición Suspensiva.	122
3.7.4 Teoría de la Condición Resolutoria.	124
3.7.5 Cuadro Sinóptico Sobre las Teorías de la Situación de los Derechos Asignados al No Nacido Entre la Etapa de la Concepción y el Nacimiento.	125
3.8 Reflexión.	125

CAPITULO IV

SITUACIÓN ACTUAL DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL NO NACIDO

4.1 Generalidades.	128
4.2 Situación del de No Nacido en el Derecho Constitucional.	129
4.3 Situación del No Nacido en el Derechos Civil.	131
4.3.1 Derecho Sucesorio.	135
4.3.1.1 Requisitos Para suceder.	137
4.3.1.1.1 Requisitos Subjetivos.	138
4.3.1.1.1.1 Capacidad.	139
4.3.1.1.1.2 Existir al Momento de la Sucesión.	140
4.3.2 Vocación Sucesoria.	142
4.3.3 Formas de Suceder por Causa de Muerte.	142
4.3.3.1 Los Órdenes de la Sucesión Intestada.	143

4.3.3.2 Formas Indirectas de Suceder.....	144
4.3.3.2.1 Derecho de Representación.....	145
4.3.3.2.1.1 Requisitos que Deben Concurrir.	148
4.3.3.2.1.1.1 Requisitos del Representado.....	148
4.3.3.2.1.1.2 Requisitos del Representante.....	149
4.3.3.2.1.2 Representación en la línea Descendente y Colateral.	151
4.3.3.2.2 Derecho de Transmisión.	154
4.3.3.2.2.1 Elementos del Derecho de Transmisión.	157
4.3.3.2.2.2 Sujetos que intervienen en el Derecho de Transmisión.	160
4.4 Asignaciones Testamentarias Otorgadas a Favor de los Nasciturus Antes y Después de la Reforma Constitucional del Artículo 1 inciso 2º.....	161
4.4.1 Situación de los Derechos del No Nacido Antes de la Reforma del Art. 1 de la Constitución.	162
4.4.2 Situación de los Derechos del No Nacido Posterior a la Reforma del Art. 1 de la Constitución.....	164
4.4.3 Cuadro Sinóptico Sobre la Situación de los Derechos del No Nacido Antes y Después de la Reforma del Art. 1 de la Constitución.....	168
4.5 Reflexión.	170

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Generalidades.....	171
5.2 Conclusiones.....	171
5.3 Recomendaciones.....	173
Bibliografía.	176
Anexos	184

HOJA DE ABREVIATURAS.

Art.: artículo.

C.C.: Código Civil.

C.Fam.: Código de Familia.

Cn.: Constitución de la República.

D.L.: Decreto Legislativo.

D.O.: Diario Oficial.

Inc.: Inciso.

Ord.: Ordinal.

Pág.: Página.

Ref.: Referencia.

SC: Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

INTRODUCCION

La Constitución de El Salvador en el año de 1998, sufre una reforma, al artículo 1 se le agrega un segundo inciso, en el sentido que reconoce al ser humano desde el instante de la concepción y no desde que nace, como se hacía anteriormente, esto es así, en vista que se le dio relevancia a la existencia natural antes que a la legal. Con tal reforma, se le dio seguimiento a la “doctrina de la protección integral del niño”, mediante la cual un nasciturus, es decir una persona que este concebida o no nacida, se le considere un sujeto de derecho con la capacidad de adquirir derechos y de poseer algunos atributos de la persona, como son el patrimonio y la capacidad. En relación al derecho civil salvadoreño, este sufrió grandes cambios, y específicamente en lo concerniente al derecho sucesorio, ya que antes se ponían muchas trabas para poder instaurar como heredero testamentario a un nascituri, pues se exigía que este existiera al momento de abrirse la sucesión, hoy en cambio, siguiendo ciertas requisitos que la misma ley plantea, se le puede instaurar en tal carácter.

El tema de investigación se denomina: “PROTECCION JURÍDICA DEL NO NACIDO EN EL DERECHO SUCESORIO A PARTIR DE LA REFORMA DEL ART. 1 INCISO 2° DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA”.

Este se compone de cinco capítulos, el primero de ellos, comprende el marco de referencia, el cual sienta las bases de la presente investigación, relatando brevemente lo relativo al tema de investigación del presente trabajo, en el mismo se conceptualizan varios términos a emplear dentro de la investigación, tales como: testador, causante, heredero, vocación sucesoria, no nacido, personalidad, etc. El capítulo II, se refiere netamente a la protección constitucional del no nacido, describiendo las posiciones doctrinarias que la legislación toma y la que el inciso segundo del Art. 1 de la

Constitución retoma, a fin de esclarecer lo relativo al inicio de la personalidad, de la ser humano, asimismo se realizó una interpretación de lo contenido en el primer artículo de la carta magna, a fin de esclarecer cuales son límites y alcances, para poder determinar con claridad cuál es el sentido de la norma constitucional. En el capítulo tercero, se desarrolla lo referente al no nacido, etimología, antecedente y lo relativo a las teorías del inicio de la existencia de la persona humanan; el nacimiento y su importancia y cuál es la situación de los derechos otorgados a favor del no nacido, realizando un estudio de cada una de las teorías al respecto.

El capítulo cuatro, trata lo relativo a la situación actual de los derechos sucesorios del nasciturus como sujeto de derechos, asimismo, la regulación de las asignaciones testamentarias a favor de los nasciturus antes y después de la reforma constitucional del artículo 1 inciso 2 en el año de 1999.

Y como último punto de la investigación, se presentan las conclusiones y recomendaciones a las cuales hemos llegado al final de todo este proceso investigativo, las conclusiones del presente documento, constituye básicamente un resumen de las impresiones más fundamentales generadas a lo largo de toda la investigación, que de todo el informe investigativo se merece; siendo su propósito el darle un sentido práctico a la presente investigación; así como también las respectivas recomendaciones o sugerencias que se desprenden de las conclusiones que modestamente servirán o contribuirán a corregir algunas debilidades u otros aspectos negativos que habría que enfrentar para darle una de entre tantas soluciones al problema planteado. Finalmente se presentan las referencias bibliográficas utilizadas conforme a la profundización de la presente Investigación, tanto las obras utilizadas durante la fase de planificación y ejecución del mismo, como

algunas otras referencias bibliográficas de ser consultadas para estudios posteriores

CAPITULO I

MARCO DE REFERENCIA.

Sumario; 1.1. Antecedentes del Problema; 1.2 Marco Histórico; 1.2.1 El Nasciturus en Derecho Romano Clásico; 1.2.1.1 El Concebido; 1.2.2 El Naciturus en el Campo Hereditario; 1.2.2.1 El Nasciturus en el Derecho Germánico; 1.2.2.2 Derecho Germánico Antiguo; 1.2.2.3 El Nasciturus en el Derecho Visigodo; 1.2.2.4 El Nasciturus en el Derecho Justiniano y la Influencia Cristiana; 1.2.2.4.1 Derecho Justiniano; 1.2.2.4.2 Doctrinas Cristianas: La Existencia de una Alma; 1.3. Marco Teórico; 1.3.1 Derecho Constitucional; 1.3.1.1 Principios Doctrinales Constitucionales; 1.3.1.2 Derechos Fundamentales; 1.3.1.3 Estabilidad Constitucional; 1.3.1.4 Supremacía Constitucional; 1.3.1.5 Control de Constitucionalidad; 1.3.1.6 Colisión Normativa; 1.3.2 Relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Civil; 1.3.3 Existencia de las Personas Naturales, Existencia Natural y la Existencia Legal; 1.3.3.1 Nacimiento; 1.3.3.2 Parto y Nacimiento; 1.3.4 Teorías sobre el Inicio de la Personalidad Jurídica; 1.3.4.1 Teoría de la Concepción; 1.3.4.2 Teoría del Nacimiento; 1.3.4.2.1 La teoría de la vitalidad; 1.3.4.2.2 La teoría de la Viabilidad; 1.3.4.3 Teoría Ecléctica; 1.3.4.4 Teoría de Inscripción en el Registro Civil; 1.3.5 Derecho Civil; 1.3.5.1 Derecho Sucesorio; 1.3.5.1.1 Conceptos Relativos a las Sucesiones; 1.3.5.1.2 Elementos de la Sucesión por Causa de Muerte; 1.3.5.1.3 Vocación Sucesoria; 1.3.5.1.4 Capacidades para Suceder; 1.3.5.1.5 Incapacidades para Suceder; 1.3.5.1.6 Indignidades para Suceder; 1.3.5.1.7 Formas de Suceder por Causa de Muerte; 1.3.5.1.7.1 Sucesión Testamentaria; 1.3.5.1.7.2 Etimología y Concepto; 1.3.5.1.7.2 Sucesión Intestada; 1.3.5.1.7.2.1 Concepto; 1.3.5.1.7.2.2 Los órdenes de la Sucesión Intestada; 1.3.5.1.7.2.3 Derecho Personal y Derecho de Representación; 1.3.5.1.7.2.4 Derecho de Transmisión; 1.3.6 Situación Jurídica de los Derechos Asignados al Neonato entre el Momento de la Concepción y el Nacimiento; 1.3.6.1 Teoría de la ficción (Savigny); 1.3.6.2 Teoría de los Derechos sin Sujeto; 1.3.6.3 Teoría de la Condición Suspensiva; 1.3.6.4 Teoría de la Condición Resolutoria; 1.3.7 Necesidad de que la Criatura esté Concebida al Tiempo de la Delación de los Derechos; 1.3.8 Presunción de Derecho Relativa a la Época de la Concepción; 1.3.9 Duración de la Preñez, Nacimientos Acelerados y Tardíos; 1.3.10 Margen de Tiempo Dentro del cual puede Ubicarse la Concepción.

1.1 Antecedentes del Problema.

En El Salvador, la sucesión por causa de muerte siempre se ha practicado; las relaciones sucesorias se regían por la legislación española,

como resultado de la conquista y colonización. Siendo durante la poca del General Gerardo Barrios, General de División y Senador encargado de la Presidencia de la República de El Salvador, que *“La Cámara de Senadores ordenó la redacción del Código Civil por decreto de 4 de febrero de 1858, habiendo examinado detenidamente el Código Civil, redactado por la comisión nombrada de conformidad con la ley de 4 de febrero de 1858, revisado y reformado por otra comisión compuesta de dos miembros de la primera y dos jurisconsultos más: y hallándose en armonía con la legislación española que ha regido al país y adecuado a los usos y costumbres dominantes el proyecto, fue declarado ley de la República por decreto del Poder Ejecutivo de fecha 23 de agosto de 1859...Edición de 1860, impresa en la ciudad de New York, E.E.U.U., Imprenta de Eduardo O. Jenkins, 26 Calle de Franfort”¹.*

El Derecho Civil Sucesorio se ha enriquecido hasta cierto punto con la adopción y promulgación del Código Civil en 1860, como una imagen del redactado en Chile por el Doctor Andrés Bello, estableciendo las reglas pertinentes que han de regir la aplicación de la sucesión por causa de muerte, enumerando los requisitos y situaciones que deberá observarse para que ésta tenga lugar, así por ejemplo, la capacidad, las dignidades e indignidades, la sucesión testada y la abintestato, los casos de muerte natural y los de muerte presunta, etc.

Esta institución opera tomando como base el artículo 22 de la Constitución actual vigente, el cual *consagra a las personas el derecho de disponer libremente de sus bienes*, así como también la garantía de la transmisión de la propiedad, es por ello que el Código Civil de 1860, regula

¹Gaceta Oficial, del Diario Oficial, No. 85 – Tomo 8 del catorce de abril de mil ochocientos sesenta. La Republica Salvadoreña inicia a formar su ordenamiento jurídico, poniendo en evidencia su independencia de España, la legislación de este último era la que se aplicaba en materia civil.

este derecho que se materializa en el Libro III del Código Civil titulado “*De la Sucesión por Causa de Muerte y de las Donaciones Entre Vivos*”².

Cabe mencionar que desde la promulgación del Código Civil quedó legalmente establecido que para que se dé la Sucesión por Causa de Muerte, es menester que la persona a quien el causante le deja sus bienes o patrimonio o una parte de él, “*exista*”³, como lo establece el Art. 963 del Código Civil, es decir, que tenga existencia real al momento de la asignación.

Respecto de la existencia física o legal de la persona natural, el Código Civil Salvadoreño, reza de la siguiente forma: “*la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre*”, y continúa en su inciso segundo: “*la criatura que muere en el vientre materno o que perece antes de estar completamente separado de su madre o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás*”⁴. Este ha sido el parámetro respetado desde de la entrada en vigencia del Código Civil en 1860, reconociendo la existencia legal de la persona humana hasta su nacimiento, y es éste según dicho artículo el momento en que adquiere la capacidad de heredar, igual como lo reconocían todas las Constituciones desde la de 1824 hasta la Constitución de 1983, la cual luego de ser reformada en 1999, ha dado un nuevo sentido

²Código Civil de la República de El Salvador, publicado en Diario Oficial N° 85, Tomo 8, catorce de febrero de mil novecientos sesenta. La libre disposición de de bienes de una persona natural, radica en la capacidad legal para realizar una declaración que, con las formalidades que la ley establece, su última voluntad, especialmente en lo que toca a la transmisión de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días.

³Código Civil, Art. 963. “*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*”.

⁴Código Civil, Art. 72. La razón de proteger los derechos sucesorios del no nacido es para que el mismo los pueda disfrutar cuando suceda su nacimiento, y en ningún momento la legislación protege los derechos sucesorios del nasciturus para que los disfruten terceras personas, de ahí deviene que “*considera al no nacido como nacido en todo lo que le beneficie*”, pero si él no nacido no pudiera disfrutar de los mencionados derechos, estos pasaran a otras personas como si la criatura nunca hubiera existido.

a la teoría de la vitalidad contemplada hasta entonces en la legislación salvadoreña.

1.1.2 Objetivos de la Investigación.

Como guía del presente estudio, se han planteado los objetivos generales y específicos que a continuación se enuncian, ello para lograr una eficaz investigación, planteando los resultados que se pretenden obtener.

1.1.2.1 Objetivo General.

Determinar cuál es la protección jurídica del no nacido en el derecho sucesorio a partir de la Reforma del art. 1 inciso 2° de la Constitución.

1.1.2.2 Objetivos Específicos.

Determinar cuál es la situación existente entre la normativa Constitucional y la legislación Civil respecto de la regulación jurídica de los derechos del que está por nacer.

Aportar a los profesionales del derecho un estudio crítico acerca del tratamiento constitucional del no nacido en el derecho sucesorio en relación a la normativa civil.

1.1.3 Delimitación Teórica y Temporal.

Las extensiones y límites sobre *“la protección jurídica del no nacido en el derecho sucesorio a partir de la Reforma del art 1 inciso 2° de la Constitución”*, son:

1.1.3.1 Delimitación Teórica.

El estudio del no nacido se enmarca dentro del ámbito del derecho civil, lo que se trata de analizar es la aplicabilidad de los derechos sucesorales del no nacido según la legislación civil, teniendo en cuenta lo contenido en el Art. 1 inciso 2° de la Constitución, a efecto de determinar el alcance de los derechos sucesorios del no nacido, estableciendo desde que instante existe una persona como tal y por ende nacen sus atributos como persona entre los cuales se destacan para la investigación la capacidad de goce.

1.1.3.2 Delimitación Temporal.

El problema de esta investigación tiene su origen en la reforma del Art. 1 de la Constitución de la República, el tres de febrero de mil novecientos noventa y nueve. A partir de esta fecha, es que surge la problemática en cuestión, en razón de que la normativa civil respecto del principio de existencia de la persona natural se vio modificada en razón de la reforma constitucional que se ha mencionado, situación a estudiarse hasta el año dos mil once a efectos de delimitarse como tal, con el objetivo de tener en periodo de tiempo determinado para la óptima realización de la investigación.

1.2 Marco Histórico.

El tema de los derechos del no nacido se ha suscitado desde la antigüedad y esto se debe, a que desde esos momentos de la historia se ha presentado la problemática en desentrañar la situación jurídica del no nacido, a lo cual el derecho tiene que ofrecer soluciones a través de sus normas, tratamiento que se realizaba dependiendo del momento histórico

determinado y de la sociedad de que se tratara, ya que el no nacido que en principio era considerado como una simple parte de la madre, paso de ser un simple objeto, a tener una protección jurídica determinada, respecto de algunos de los derechos que le asistían, hasta, como se ve en la actualidad en legislaciones extranjeras, llegar a ser tratado como sujeto de derechos, dependiendo la corriente doctrinaria que la sociedad jurídica adopte .

1.2.2 El Nasciturus en Derecho Romano Clásico.

El nasciturus era considerado en el Derecho Romano, como parte del cuerpo de la madre, ya que no podían distinguir entre la madre y el ser que se desarrollaba en su vientre, pero esto no limitaba en ningún instante proteger sus derechos, y se tenía al concebido como nacido, siempre que se trate de sus conveniencias, pues no puede favorecer a ninguna otra persona.

1.2.1.1. El Concebido.

El tratamiento reservado al concebido en el derecho romano clásico se deduce de algunos testimonios de juristas, de los siglos II y III de la era vulgar, sobre ciertas y concretas situaciones jurídicas con él vinculadas. Así ULPIANO dice: "*partus antequam edatur mulieris portio est vel viscerum*" esto es "*el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o de sus vísceras*", es 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*".

Esto es "*el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o de sus vísceras*", es decir, que el concebido, antes del alumbramiento, es parte de la

mujer, pertenece a sus entrañas, señala PAULO que *"los que nacen muertos no se consideran nacidos ni procreados, pues nunca pudieron llamarse hijos"*⁵.

El fragmento de JULIANO de que *"los que están en el vientre, en casi todo el derecho civil se tienen por nacidos"* se suele asociar a otro muy conocido y discutido de PAULO que *"el que está en el útero es atendido lo mismo que si ya estuviera entre las cosas humanas, siempre que se trate de las conveniencias de su propio parto, pues antes de nacer no puede favorecer a nadie"*. Este fragmento constituye el remoto origen de la teoría de la ficción, que considera al concebido como si ya hubiere nacido para el efecto de reservarle determinados derechos que adquirirá al nacer con vida. Derechos que están garantizados, ya que mientras no se realice el nacimiento ningún tercero puede ser favorecido en relación con el derecho de expectativa del Nasciturus⁶.

No se considera al Nasciturus como persona física perfecta, pero se admite que existe en él en potencia un sujeto de derecho, aunque la validez de sus derechos se retrase hasta el momento de su nacimiento⁷.

Al nasciturus se le protegía por motivos de índole religiosa o en función

⁵<http://lasmaquinasromanas.wikispaces.com/Nacimiento>, dieciséis de mayo de dos mil doce. Esta corriente de pensamiento establece que el no nacido es parte de la madre y por ende ella tiene control absoluto sobre el ser que se está formando en su vientre, si ella se alimenta el no nacido puede hacerlo también, pero si ella no se alimenta el ser en formación no lo puede hacer. Lo contrapuesto a esta corriente fue demostrado con los niños de probeta, con ello demostró que el o nacido posee una vida independiente a la madre.

⁶Ponencia del Profesor Maximiano Errázuriz, Universidad Austral de Chile en el xv Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, México, agosto de 2006. Se considerara al no nacido como ya nacido en todas las situaciones que al mismo le beneficien de manera directa pero en ningún momento estos derechos podrán beneficiar a terceros.

⁷<http://www.unidosporlavida.org/introducciontratado.doc>. veintidós de mayo de dos mil doce. La teoría de los derechos suspendidos, establece que todas las asignaciones testamentarias que reciba el no nacido estarán suspensas hasta su nacimiento con vida, si esto no sucediera, los derechos asignados volverán al estado en el que se encontraban antes de la asignación.

exclusiva de los intereses del *PATERFAMILIAS*. Su vida se protegía castigando a la madre que intentaba o propiciaba de forma voluntaria la interrupción del embarazo y a aquellos que le favorecían en su propósito, si bien no se consideraba 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, la interrupción del embarazo de manera voluntaria no producía efecto jurídico alguno, también 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.

1.2.2. El Naciturus en el Campo Hereditario.

La incertidumbre del *nasciturus* acerca de su existencia futura no permitía instituirle heredero según los estrictos conceptos del *ius civile*; 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 surge como una necesidad tendente preferentemente no a la protección de los intereses de éste, sino del “*paterfamilias*”, pues éste debía contemplar de forma expresa en el testamento, sea instituyéndolos o desheredándolos a todos los “*sui heredes*”, entre los que se encontraban los póstumos, y debido a la incapacidad de éstos para ser contemplados en el testamento, éste inevitablemente quedaba anulado si al “*paterfamilias*” le nacía un póstumo. Dicha situación exigió que se fuera reconociendo la posibilidad de instituir a los “*postumi sui*”, esto es, a aquellos que al nacer estarían sujetos a la potestad del *PATERFAMILIAS* si éste no hubiese premuerto. Se reconoció

*"primero a los llamados POSTUMI LEGITIMI, hijos del testador concebidos viviendo éste y nacidos después de su muerte, más tarde a los POSTUMI AQUILANI, nietos del testador nacidos también después de muerto éste e hijos de un hijo premuerto"*⁸.

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.

La sucesión por causa de muerte en que esté interesado el *nasciturus* queda suspendida hasta su nacimiento. La mujer encinta o la pariente afín del causante de la herencia o al propio *Nasciturus* se le concede por el Pretor (Magistrado) la "*missio in possessionem ventris nomine*" o entrega de la posesión de los bienes concretos de la herencia a la cual será llamado el concebido⁹; recayendo esta posesión de bienes sobre 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*.

1.2.2.1. El Nasciturus en el Derecho Germánico.

En el derecho germánico, para poder adquirir derechos un recién nacido, tenía su padre que reconocer la filiación entre ambos y esto lo hacía,

⁸ CALLEJO RODRIGUEZ, Carmen, Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido, 1ª Edición Editorial Ciencias Jurídicas, España, 1997. Págs. 3 y 4. El hijo póstumo es el que nace después de la muerte de su padre, situación que tiene su importancia jurídica, porque adquiere los mismos derechos hereditarios correspondientes a los hijos que ya vivían al ocurrir en la muerte de su progenitor.

⁹ <http://www.unidosporlavida.org/introducciontratado.doc>. veinticinco de mayo de dos mil doce. La mujer que lleva en su vientre al no nacido será la encargada de recibir materialmente las asignaciones testamentarias que reciba el nasciturus, y administrarlas hasta que se suscite el nacimiento de éste con vida.

tomado al niño entre sus brazos o dándole algún alimento, pero si no lo hacía, el padre, la madre o la abuela, tenía la potestad de quitarle la vida.

1.2.2.2. Derecho Germánico Antiguo.

Hasta 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. 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: 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*".

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, negándose la protección de sus derechos, al concebido y no nacido no se le reconocía como sujeto de derechos, debiendo considerarse al Nasciturus como privado de toda capacidad¹⁰.

¹⁰CALLEJO RODRIGUEZ, Carmen, Aspectos... ob. cit., Págs. 59 a 62. El nasciturus no era considerado sujeto de derecho, si el padre y la madre no se encontraban bajo un vínculo matrimonial, y para que entrara en la vida jurídica era necesario que el padre realizara un

1.2.2.3. El Nasciturus en el Derecho Visigodo.

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. Requisitos que para la atribución de la capacidad jurídica se ven conservados concretamente para la capacidad hereditaria en las leyes escritas visigodas.

En definitiva, según este Derecho escrito visigodo el hijo no podía adquirir la herencia hasta pasados diez días desde su nacimiento y siempre que hubiese sido bautizado. 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 Vivigothorum*”. En las leyes escritas de los visigodos ya no aparece tan marcada como necesaria la aceptación del padre para la adquisición de la capacidad jurídica, sino que por el contrario, se reconocen ciertos derechos al niño que está por nacer, puesto que se protege la vida del mismo, castigando su exposición. Se prohibió darles muerte, independientemente de que fuesen o no recogidos por el padre, así se prohibió y castigó el aborto, defendiendo la vida del Nasciturus.

Es una Ley de *Chindasvinto* la que establece que, en caso de que muriese el marido dejando a su mujer encinta, el hijo que naciera después le heredaría juntamente con sus restantes hermanos, y si no quedare más hijo

acto concreto con el cual reconocía su paternidad, y este consistía en tomarlo entre sus brazos, recogerlo del suelo, darle algún alimento, pero si esto no se suscitaba el niño recién nacido no nacía a la vida jurídica y debido a eso la madre o la abuela tenían la potestad de quitarle la vida y sin tener ninguna consecuencia jurídica, ya que la muerte del mismo no le interesaba al derecho porque nunca ingreso a la tutela del derecho.

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 "*Lex Visigothorum IV, 2, 19 Flavius Chindasvinto Rex*"¹¹. Una serie de disposiciones en que se ve castigado el aborto, y un texto de *Chindasvinto*, 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.

1.2.2.4. El Nasciturus en el Derecho Justiniano y la Influencia Cristiana.

El derecho justiniano es la compilación de las leyes y de la jurisprudencia romanas, efectuada en el siglo VI después de Jesucristo por Justiniano, Emperador de Oriente, el derecho Justiniano estaba constituido, fundamentalmente, por las colecciones llamadas: Código, Digesto o Pandectas, Instituciones o Institutas y Novelas. Dentro este cuerpo de leyes se encontraba regulado lo concerniente al hijo póstumo, tutelando los derechos del mismo para garantizar su pleno desarrollo.

1.2.2.4.1. Derecho Justiniano.

Los efectos que antes se producían solamente cuando el hijo había sido concebido en legítimo matrimonio se extienden también a los procreados fuera de éste, y lo que sólo fue una atribución del "*ius civile*" a las "*iustae nuptiae*", viene a convertirse en un principio general aplicable a todos.

¹¹CALLEJO RODRIGUEZ, Carmen, Aspectos... ob. cit., Págs. 77 a 83. Al limitar la libre testamentifacción de una persona, dejándole únicamente disponer de la cuarta parte de sus bienes, lo que se pretende es proteger el estatus económico de un ser que se desarrolla en el claustro materno, y poder garantizar el pleno desarrollo del mismo, al con bienes de diversa clase.

Se cambia el centro de apoyo de la figura, que ahora no gravita en la institución del matrimonio, sino en la naturaleza misma de la persona humana, que se considera ya existente para lo que le sea favorable.

1.2.2.4.2. Doctrinas Cristianas: La Existencia de un Alma.

La existencia de un alma distinta de las de los padres es el fundamento y base de la teoría cristiana del Nasciturus, que se considera que es persona humana desde el momento mismo en que sea portador de un alma creada por Dios; por eso, desde entonces, ha de ser tenido como posible sujeto de derecho.

Tertuliano había escrito acerca del momento en que debía considerarse al concebido como portador de un alma propia afirmando que existía un nuevo ser desde el instante mismo de la efusión corporal. Según esta teoría habría, pues, un ser autónomo desde el acto de la concepción¹².

Desde el momento en que se reconoce esa existencia independiente del concebido aún antes de nacer, el hecho de condenar que se le dé muerte tendrá un fundamento en la personalidad misma del nuevo ser, de aquí que en la teoría cristiana se castigue el aborto, por sí mismo, con independencia de la situación de la madre.

Esta consideración del concebido como ser diferente de la madre constituye la base de sus derechos así que ya no se trata de la sola salvaguardia de los intereses patrimoniales del concebido, protegidos y reservados a la espera del nacimiento, sino que se tutela al nasciturus en sí

¹²<http://www.unidosporlavida.org/introducciontratado.doc>. veinticinco de mayo de dos mil doce. La teoría de la concepción expone la vida se hace independiente en el momento de que el espermatozoide fecunda al óvulo, y para darle una mayor fuerza a esta teoría exponen que cuando se suscita la concepción también ese nuevo ser era dotado de una alma, y al referirse a esto intervenía dios en la existencia del no nacido.

mismo, aunque no llegue a ser considerado sujeto de derecho.

Así observamos que la discusión sobre los derechos del feto que aún no ha nacido, es decir, que en su caso ha de nacer, se arrastra desde hace bastantes siglos y el centro de dicha discusión se desarrolla en torno a la determinación de cuando se debe considerar la existencia del ser humano para equiparlo legalmente de la categoría “*persona*”.

Por eso es de importancia tomar en cuenta la evolución del lenguaje técnico jurídico, que a través de él podemos evidenciar tres grandes etapas de la utilización de este término y la importancia que revestía en cada época con respecto a los derechos otorgados a lo que se consideraba “*Persona*”, estableciendo en base a esta concepción la situación jurídica del no nacido dentro de determinado sistema legal.

En la primera, el término persona no tiene alcance técnico y es utilizado como sinónimo de hombre, sobre todo en su presentación y actuación social¹³. Así en la Doctrina Jurídica romana el no nacido se consideraba una futura persona¹⁴.

En una segunda etapa, el término persona comienza a adquirir un significado propiamente jurídico: pero este significado no aparece vinculado directamente a la concepción de persona como sustancia, sino más bien al uso no técnico de la expresión en cuanto designa el rol jurídico-formal que un individuo o colectividad, ocupa en el entramado de relaciones sociales. Se considera que “*toda persona es hombre pero no todo hombre es persona*,

¹³Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, El Derecho Civil a finales del siglo XX, Tecnos, Madrid, España, 1991, Pág. 23. Cuando se hace referencia al término persona en esta primera etapa, únicamente se refería a persona capaz de poder integrarse a la sociedad, cumpliendo las normas impuestas y pudiendo desempeñar alguna labor.

¹⁴CRUZ PONCE, Lissandro, El Nasciturus... ob. cit. Pág. 36. El no nacido era considerado como futura persona en el sentido de poder adecuarse a una sociedad, y no como una entidad capaz de derechos y obligaciones.

*hombre es todo aquí que tiene mente racional en cuerpo humano, la persona es el hombre considerado por el Estado*¹⁵.

Posteriormente, y desaparecida la sociedad estamental por aplicación del principio de igualdad proclamado por la Revolución Francesa, la noción jurídica de persona se construye sobre la base de las elaboraciones filosóficas que tienen su punto de partida en la concepción kantiana que la concibe como un fin en sí sobre la base de su autonomía.

El derecho subjetivo precisa un titular, un sujeto. Este sujeto recibe el nombre de persona. Se trata, por tanto, ya de una categoría conceptual propiamente jurídica, pero de alcance más bien instrumental o técnico. En esta etapa, el punto de inflexión para reconocer o no la personalidad (subjetividad) tiene que ver con los derechos patrimoniales (únicos a los que se considera propiamente derechos) y con la noción de capacidad: aptitud para adquirirlos.

No se ve tampoco inconvenientes en considerar que la personalidad se inicia con el nacimiento, hecho visible y cierto que permite consolidar las adquisiciones patrimoniales, y a su vez puede terminar con un suceso legal de la muerte.

Esta concepción de persona como noción técnico-legal llegará su máxima expresión con el normativismo kelseniano¹⁶.

¹⁵HEINECIO, L., Recitaciones del Derecho Civil Romano. Ed. Librería de Pascual Aguilar, Valencia, España, 1879, Pág. 34. Persona que por no contar con un pensamiento racional y un cuerpo con características humanas, no puede por sí misma ejercer sus derechos ni cumplir sus obligaciones.

¹⁶Revista Ius et Praxis, 11 (1): 37 - 53, 2005, I. ARTÍCULOS DE DOCTRINA, El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida, Hernán Corral Talciani, Profesor de Derecho Civil, Universidad de los Andes. El normativismo es una teoría del Derecho desarrollada por Hans Kelsen, que pretende desligarse de cualquier

Pero esta segunda etapa ha dado lugar a una tercera, que tiene que ver con la necesidad de superar los modelos positivistas que naufragaron.

Confluyen, así, de un modo insospechado la concepción cristiana que ve en todo hombre o mujer un ser digno por haber sido creado a imagen y semejanza de Dios, y la concepción modernista de raíz kantiana que ve en el ser humano un fin en sí mismo que no puede ser utilizado sólo como un medio para alcanzar objetivos ajenos. Esta idea conlleva una transformación del concepto técnico de persona como sujeto de derechos subjetivos a la de ser digno y merecedor de la máxima tutela jurídica, poniendo un abismo entre ella y las cosas (objetos de derechos). El concepto de persona adquiere de esta forma un significado jurídico- institucional, y no puramente técnico. En este sentido, la persona se convierte en un centro de fundamentación y de desarrollo de todo el Derecho.

1.3. Marco Teórico.

Es importante en un primer momento establecer, que el derecho constitucional es la norma suprema en el ordenamiento jurídico salvadoreño, por ende otorga la directriz doctrinaria a las normas secundarias, la manera de cómo estarán constituidos los órganos del Estado, sus funciones, facultades y características que poseerá. Es importante en un primer momento establecer, que el derecho constitucional es la norma suprema en el ordenamiento jurídico salvadoreño, por ende otorga la directriz doctrinaria a las normas secundarias, la manera de cómo estarán constituidos los órganos del Estado, sus funciones, facultades y características que poseerá; hay que mencionar que dentro de la teorías retomadas para este estudio

pensamiento ideológico, y que establece un sistema jurídico basado en la Jerarquía de normas.

existe entre ellas una que establece que hay una diferencia entre existencia natural y legal de las personas, y esta se enmarca principalmente que, en la existencia natural la criatura que se encuentra en el vientre materno es simplemente una expectativa de vida, y esta inicia con la concepción; y la existencia legal ya no es una simple expectativa sino que de manera concreta ha nacido un nuevo ser con capacidad de adquirir derechos y obligaciones, esta inicia con el nacimiento; por esta diferencia hemos retomado diferentes teorías sobre el inicio de la personalidad, dentro de las cuales se encuentran: la teoría de la concepción, la teoría del nacimiento, teoría de la vitalidad, teoría de la viabilidad, teoría ecléctica y la teoría de la inscripción en el registro civil, todo esto únicamente para poder dejar una vasta fundamentación teórica sobre el inicio de la personalidad y en qué situación se encuentran los derechos sucesorios asignados al nasciturus.

1.3.1. Derecho Constitucional.

“Es el conjunto de normas, principios y doctrinas que tratan sobre la organización del estado, su función y competencia y sobre los derechos y garantía de las personas”¹⁷. El derecho constitucional, que pertenece al derecho público, se sustenta en la Constitución, un texto jurídico-político que fundamenta el ordenamiento del poder político. La Constitución es la norma suprema de un país, por lo que prevalece sobre cualquier otra normativa o ley. La Constitución se caracteriza por su rigidez, ya que sólo puede ser modificada bajo ciertas condiciones excepcionales que se encuentran recogidas en su propio texto. La estructura constitucional contempla un

¹⁷ ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual de Derecho Constitucional, segunda edición, Hispamer, Managua, Nicaragua 1998, Pág. 21. El derecho constitucional es la norma fundamental de todo ordenamiento jurídico, que establece una línea doctrinaria a seguir por las normas secundarias, cuando esto sucede podemos hablar de un sistema jurídico unitario, de lo contrario, cuando el sistema jurídico no sigue la línea doctrinaria adoptada por la constitución diremos que es un sistema jurídico discordante.

preámbulo, una parte dogmática (con los derechos fundamentales procesales y sustantivos) y una parte orgánica (con la creación de los poderes constituidos). En El Salvador, la Constitución es un conjunto de normas jurídicas, con características propias y peculiares, pero imbuidas de la naturaleza de toda norma jurídica; y, además, con una connotación jerárquica que las distingue del resto del ordenamiento: son las normas supremas. La constitución se ocupa del poder y sus relaciones con las personas, esto comprende la organización del Estado y la consagración de los derechos, garantías y libertades de las personas. De aquí se deriva la distinción entre la parte orgánica y la dogmática de la constitución. El constitucionalismo siendo la base fundamental del ordenamiento jurídico salvadoreño incorpora los lineamientos que deben de seguir las leyes secundarias dentro de las cuales podemos mencionar algunas de ellas: Civil, Penal, Laboral, Mercantil, Ambiental, etc.

1.3.1.1. Principios Doctrinales Constitucionales.

Un principio constitucional es la regla básica que guía el funcionamiento coherente y equilibrado de la estructura de la constitución de un Estado determinado, para garantizar la vigencia, estabilidad y el respeto a la constitución, Entre los principios doctrinales del derecho constitucional, aparece la división de poderes (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial) y la protección del Estado de derecho (el poder estatal sometido a un orden jurídico), la soberanía nacional y los derechos fundamentales (estabilidad y control de la constitucionalidad, que es el mecanismo jurídico que garantiza el cumplimiento de las normas constitucionales).

1.3.1.2. Derechos Fundamentales.

Los derechos o facultades básicas e inalienables que se reconocen en

un ordenamiento a los seres humanos. La teoría del derecho natural supone que deberían reconocerse a todo hombre en cualquier ordenamiento. Los derechos fundamentales hacen referencia a las facultades reconocidas a la persona humana como consecuencia de requerimientos ético-jurídicos derivadas de su dignidad, libertad e igualdad que le son inherentes por simple hecho de ser persona, las cuales han sido positivadas en el texto constitucional, y en virtud de dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución.

1.3.1.3. Estabilidad Constitucional.

La Constitución ha de servir de marco jurídico para la justificación del poder político, y por ello ha de gozar de cierto grado de estabilidad en su texto, soportando el paso de sucesivos gobiernos sin necesidad de cambiar su letra, impregnando así a la Constitución de cierto grado de perpetuidad, haciendo difícil cualquier modificación o reforma en su texto. Por ello, la modificación de la norma suprema está sometida a una gran cantidad de restricciones, destacando especialmente el requisito de mayorías especialmente cualificadas para las votaciones sobre su alteración.

Existen formas de imponer la estabilidad constitucional, como el caso que la misma Constitución, por medio de las denominadas cláusulas pétreas, limitación contenida en el inciso final del Art. 248 Cn. establece que principios o normas pueden o no, ser modificados; asimismo lo hace imponiendo procedimientos de modificación a largo plazo, estableciendo que son dos las legislaturas que deben aprobar su reforma, tal como se ve expresado en el Art. 248 Cn.

1.3.1.4. Supremacía Constitucional.

Concepto procedente del antiquísimo precedente jurisprudencial “*Marbury vs Madison*”, y que supone la estructuración del ordenamiento jurídico en una pirámide jerárquica en la que la Constitución ocuparía la cúspide. Así, la supremacía supone el punto más alto en la escala jerárquica normativa, de manera que cualquier norma posterior y contraria que eventualmente entrase en colisión con la norma suprema provocaría la nulidad de la norma inferior. El mayor desarrollo de este concepto se debe a la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen. La cualidad de privilegio del texto constitucional es lo que se ha denominado supremacía de la Constitución o supremacía constitucional; este concepto afirma la calidad de suprema, por ser esta una emanación directa e inmediata del pueblo; y de primacía, por ocupar el primer lugar entre todas las normas, que tiene la normativa constitucional.

1.3.1.5. Control de Constitucionalidad.

La Constitución posee carácter de norma suprema, y por lo tanto, su cumplimiento ha de estar garantizado por el ordenamiento jurídico en su funcionamiento cotidiano. Asegurar que no se viole la norma constitucional con los actos de los poderes constituidos es el Control de Constitucionalidad. La naturaleza del control de constitucionalidad de las normas en el sistema jurídico es un mecanismo judicial, que sirve para garantizar la necesaria conformidad de las normas infraconstitucionales, llámense estas leyes secundarias, reglamentos, ordenanzas, etc., con la Ley Suprema, estableciéndose así una regularidad jurídica en el sistema normativo, basado en el principio de supremacía constitucional. La finalidad de la etapa de control constitucional consiste básicamente en analizar, si la legislación

secundaria ha transgredido algún precepto constitucional, o en otras palabras, si el Legislador fue más allá de aquello que le permitía el marco de la Constitución.

1.3.1.6. Colisión Normativa.

En caso de que dos normas jurídicas tuvieran un contenido incompatible entre sí, se produce la llamada colisión normativa. El ejemplo más ampliamente utilizado para ilustrar una colisión normativa, pasa por concebir una situación en la que una norma ordenase la realización de un determinado comportamiento, y a la vez, otra norma distinta prohibiera la realización de tal comportamiento¹⁸.

Para resolver las colisiones entre normas, acorde al principio de coherencia del ordenamiento jurídico, se recurre a una serie de criterios que establecen qué norma prevalece, y qué norma se ve derogada.

1. Jerarquía: La jerarquía normativa supone la existencia de normas de distinto rango, de manera que aquella que esté en un peldaño superior de la escala, destruye a la norma inferior.
2. Temporalidad: En el supuesto de que dos normas de igual rango sufran una colisión normativa, la norma posterior en el tiempo deroga a la norma anterior.
3. Prelación axiológica: debería aplicarse aquella norma que esté tutelando un derecho superior en la escala de valores constitucional.

¹⁸http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_constitucional, veinticinco de mayo de dos mil doce. En un Estado de Derecho no puede concebirse la idea que existan normas discordantes entre sí, puesto que debe siempre existir una armonía normativa, en el caso que se trata en la presente investigación aparentemente existe una colisión normativa entre lo regulado en la Constitución de República y el Código Civil respecto del no nacido, por lo que en caso de existir discordancia deben aplicarse los criterios antes descritos.

4. Especialidad: En el caso de que existan dos normas de igual rango sufriendo una colisión, aquella norma que busque la regulación más específica de la materia prevalece sobre la norma más general.

1.3.2. Relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Civil.

*“La constitución incorpora, conceptos principios, normas y valores fundamentales de carácter civil”*¹⁹. Siendo la constitución la norma primaria del ordenamiento jurídico salvadoreño tiene la potestad de enmarcar el lineamiento que la norma civil debe de seguir; no solamente debe entenderse como una relación de dependencia del código civil, si no deber ir más allá, ya que los mismos se nutren mutuamente, ya que la misma constitución por su características propias, contiene principios y doctrinas que nutren y modifican, en ocasiones, las situaciones reguladas en la legislación civil, a la cual la misma debe acoplarse en aras de un mayor desarrollo de la persona, como titular de derechos subjetivos, reconociendo tal titularidad desde el instante mismo de la concepción.

1.3.3. Existencia de las Personas Naturales, Existencia Natural y la Existencia Legal.

La existencia natural de las personas comienza con la concepción, el momento en que se unen las células sexuales masculina y femenina, y llega hasta el nacimiento, que marca el inicio de la personalidad legal²⁰.

¹⁹ ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual... ob. cit., Pág. 23. La constitución en su texto establece los parámetros que la normativa civil debe de respetar, al no hacerlo da cabida a que se pueda interponer ante la Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de justicia, una demanda de inconstitucionalidad.

²⁰ SOMARRIVA, Manuel, et al, Tratado de Derecho Civil Partes Preliminar y General, Editorial Dislexia Virtual, tomo primero, Santiago de Chile, Chile, Pág. 243. Se hace una diferencia entre existencia natural y existencia legal, esto para saber desde qué momento la persona

La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre, reconociendo la existencia natural, 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 jamás²¹. Diferente es el tratamiento que la legislación civil, da respecto de la existencia jurídica de la persona, ya que como bien lo establece el Art. 72 del C.C., debe considerarse que la persona ha nacido a la vida jurídica desde el instante mismo del nacimientos, negando tajantemente la aptitud que podría tener el ser humano que está por nacer; contrario sensu lo establece la Constitución de la república, puesto que para el derecho constitucional, el no nacido si posee aptitud de adquirir derechos, por lo que la existencia jurídica para el derecho constitucional salvadoreño, inicia al mismo instante en que la persona es concebida.

1.3.3.1. Nacimiento.

Para que el nacimiento constituya un principio de existencia, generador de personalidad, se requieren tres condiciones²²:

- a) Que el niño sea separado de su madre. El desprendimiento del feto del claustro materno puede obtenerse natural o artificialmente por medios quirúrgicos. Es indiferente a la ley una forma u otra, pues al respecto no hace distinción alguna.

adquiere sus atributos, como la capacidad y el patrimonio, entre otros, marcando la pauta para que pueda adquirir asignaciones testamentarias, y esto sucede desde su nacimiento que es donde surge la existencia legal de la persona.

²¹ Código Civil, Art. 72, inc. 2°. Una parte de los profesionales del derecho comparten la idea que este artículo del Código Civil, ha sido derogado tácitamente por el artículo 1 inc. 2° de la Constitución, pero otra parte considera lo contrario, habiendo una contraposición de criterios de los cuales predominan el primer criterio en mención.

²² SOMARRIVA U., Manuel, et al, Tratado... ob. cit., Pág. 243.

b) Que la separación sea completa. ¿Qué ha querido decir el legislador con esta frase? En opinión de ciertos intérpretes, que ningún vínculo haya entre la madre y el hijo, ni siquiera el del cordón umbilical, que une el embrión a la placenta y sirve de conducto a la sangre de la madre que nutre al feto. Otros piensan que las palabras del legislador se refieren al hecho de que la criatura salga toda del seno materno, sin que importe que el cordón umbilical esté cortado o no. En otras palabras, los primeros sostienen que hay separación completa cuando la criatura ha salido toda del vientre y ha sido cortado el cordón, o cuando, sin estarlo, la placenta ya estuviera expulsada; los segundos afirman que basta que el cuerpo íntegro del hijo haya salido, aunque esté unido todavía a la madre por el cordón umbilical. Estos últimos apoyan su manera de ver en los argumentos siguientes:

1. La integridad del cordón no significa propiamente unión de los dos cuerpos, pues dicho lazo es un anexo que no pertenece al cuerpo del niño ni al de la madre.
2. Si el individuo no comenzara a existir sino después de practicada la operación a que se alude, resultaría que el nacimiento no sería un acto puramente natural, sino que en muchos casos esencialmente artificial.
3. Los padres podrían decidir a voluntad el principio de la existencia de la persona. Los otros contra argumentan que el tenor literal de la disposición en estudio revela que el legislador habla de una separación material entre la madre y el hijo, y a esta separación nada debe faltar para que se estime completa, ya que ése es el significado que da el Diccionario de la Lengua a esta última palabra; si el cordón permanece uniendo

el hijo al cuerpo de la madre, faltaría el seccionamiento de este lazo para reputar completa la separación. La separación completa que menciona el Código, es, pues, una separación total material y no la separación fisiológica que no implica el corte del cordón umbilical. A juicio nuestro, el sentido de la ley no es claro. Y si bien el tenor literal parece ajustarse más a la opinión de la separación material, creemos preferible, por las consecuencias, la interpretación de la separación fisiológica.

c) Que la criatura haya sobrevivido a la separación un momento siquiera. Para ser persona es suficiente vivir la fracción más insignificante de tiempo; basta un destello de vida. Pero la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no sobrevive a la separación un momento siquiera, *“se reputa no haber existido jamás”*²³.

¿A quién corresponde probar que la criatura nació viva o muerta? La prueba de un derecho compete al que lo alega. De consiguiente, la persona que, por ejemplo, pretende heredar al niño, deberá demostrar que éste nació vivo.

1.3.3.2. Parto y Nacimiento.

No hay que confundir el nacimiento con el parto. El primero importa la separación completa de la criatura de la madre. En cambio, el parto es el conjunto de fenómenos que tiene por objeto hacer pasar el feto, impulsado por el útero, a través del canal pelviano, que consta de dos partes: una dura,

²³Código Civil, Art. 72, inc. 2°. En la teoría de los derechos suspendidos o derechos sin sujeto, si el ser que se formaba en el claustro materno nace sin vida los derechos que se le habían asignado pasaran a otras personas, como si la criatura no hubiese existido jamás.

la pelvis, y otra blanda, la vulva, vagina y sus anexos. También se dice que el parto es *“el acto por el cual el feto viable, acompañado de sus anexos, es expulsado fuera de los órganos genitales. Si el feto no es viable, el acto se llama aborto”*.

1.3.4. Teorías sobre el Inicio de la Personalidad Jurídica.

Todas las teorías propuestas al respecto coinciden en señalar como surge la personalidad jurídica del ser humano, el momento en que éste adquiere una gama de atributos dentro de los cuales podemos resaltar, la capacidad y el patrimonio, entre otros, estos son esenciales para decir que una persona es sujeto de derechos (poder adquirir derechos y obligaciones) y en el caso del no nacido, saber cuál es la situación de los derechos sucesorios asignados. Las divergencias surgen porque no existe acuerdo acerca de cuándo el hombre adquiere vida independiente y por ende el inicio de su personalidad *reconocida principalmente por el ordenamiento jurídico*. Las principales teorías son:

1.3.4.1. Teoría de la Concepción.

La teoría de la concepción del derecho canónico del Medioevo expone que la vida se hace independiente en el momento de que el espermatozoide fecunda al óvulo²⁴.

La vida humana independiente comienza en el momento de la concepción y que por ello la personalidad jurídica del ser humano debe

²⁴QUISBERT, Ermo, Comienzo de la Personalidad de las Personas Naturales, Bolivia, CED, 2010, Pág. 1. Fecundación es la acción por la cual dos gametos o células sexuales masculina y femenina se unen formando un huevo o cigoto, lo cual ocurre aproximadamente dentro de veinticuatro horas después del coito sexual, y de esa regla deviene la base de la existencia de las llamadas inyecciones de emergencia, que son utilizadas para suspender el ciclo de la unión de los gametos, antes que estén unidos no existe vida por eso son legales.

comenzaren desde dicho momento.

1.3.4.2. Teoría del Nacimiento.

La teoría del nacimiento dice que la personalidad comienza cuando un ser cobra vida independiente, cuando sucede el alumbramiento. El nacimiento señala el comienzo de la personalidad. Esta teoría sostiene 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, una portio mulieris, Estas teorías del nacimiento, a veces atenuadas o complementadas, han predominado desde los tiempos de Roma. Dentro de ellas podemos distinguir:

1.3.4.2.1. La Teoría de la Vitalidad.

Exige que el feto nazca vivo para reconocerle personalidad, de acuerdo a esta teoría la existencia de la persona inicia con el nacimiento. Para que este momento sea considerado como un principio de existencia se requiere de tres condiciones fundamentales: primero que el niño sea separado de su madre; segundo que la separación sea completa; y tercero que viva después de esta separación un instante siquiera.

1.3.4.2.2. La teoría de la Viabilidad.

Exige que el feto nazca vivo y viable (vitae-babilis literalmente: hábil para la vida), o sea, apto para vivir fuera del seno materno, ya que estima que, caso contrario, no existe una vida humana independiente.

Una presunción de la teoría de la viabilidad, consideraba que todo

niño nacido vivo había nacido viable, salvo que se probara lo contrario, otra presunción de esta teoría era que es viable todo niño que sobrevive 24 horas al nacimiento y de que no lo es, el que no sobreviva dicho plazo.

1.3.4.3. Teoría Ecléctica.

La teoría ecléctica, de las dos anteriores. Dice: la personalidad comienza con el nacimiento, pero por una ficción al concebido se lo tienen por nacido para todo lo que le sea favorable. No le reconoce personalidad al feto, entonces este no es persona, por lo siguiente: Si fuera persona no tendría que recurrir a la teoría ecléctica, bastaría con la Teoría De La Concepción. La ficción es una posibilidad, no una realidad. Esa ficción sólo le otorga algunos derechos subjetivos. Para ser sujeto de derecho no sólo se debe tener derechos sino también obligaciones. Entonces: ¿cuál es la condición jurídica del ser por nacer? Como no es persona se le llama *naciturus*, que se descompone en el *conceptus* (el concebido por nacer).

1.3.4.4. Teoría de Inscripción en el Registro Civil.

La teoría de la inscripción en el registro civil de Messineo dice que la personalidad no comienza con el nacimiento sino con la inscripción del nacido en el registro de las personas naturales. Cuando nace es un ser humano, pero no puede hacerlo valer para ningún efecto, no puede reclamar herencia, ni alguna otra petición, etc., porque entes necesita un Partida de Nacimiento, como documento idóneo para establecer su existencia legal²⁵.

Diferente es el tratamiento que cada una de las teorías expuestas tiene respecto de la capacidad que él no nacido para adquirir y gozar de derechos, como se ha plasmado algunas teorías sostienen que tal capacidad

²⁵QUISBERT, Ermo, Comienzo... ob. cit., Pág. 2.

es adquirida por la persona humana desde el nacimiento, para ello que se viva solamente un instante después del parto; otra además del nacimiento y de la vida, exigen que el ser humano recién nacido sea apto para seguir viviendo, otra como la eclíptica otorga derechos al no nacido, una gama bastante limitada y los mismos se encuentran suspensos a que se cumpla la condición del nacimiento con vida, una más exigen ciertos formalismos para que el nacido obtenga la capacidad de adquirir derecho, como es el registro en el estado familiar correspondiente; sin embargo dichas teorías han quedado desfasadas, frente a la evolución nacional e internacional de la concepción que se tiene respecto de la capacidad del no nacido, estableciéndose gracias a la ciencia que el nasciturus no es una expectativa de persona, sino una con características propias, que lo hacen diferente al cuerpo de la madre, en vista de lo cual en la actualidad la mayoría de legislaciones nacionales de diferentes países reconocen la capacidad de adquirir derechos del no nacido, amparándose en la teorías de la concepción, la cual debe ser tomada de forma expresa por la legislación nacional salvadoreña.

1.3.5. Derecho Civil.

El derecho civil es el derecho privado común y general. *“El derecho civil es la proyección del derecho romano, que, elaborado por los pretores y los prudentes, se vacía finalmente en el Corpus Iuris Civilis”*²⁶. El derecho civil posee un carácter de permanencia y universalidad que emana, principalmente, de no constituir una creación teórica abstracta, sino por haberse formado a través de la resolución adecuada de casos reales

²⁶DUCCI CLARO, Carlos, Derecho Civil, Jurídica, Santiago, Chile, 2005, pág. 15. El Corpus iuris civilis (Cuerpo de Derecho civil) es la más importante recopilación de derecho romano de la historia, Gracias a la existencia de esta colección, se ha podido conocer el contenido del antiguo derecho romano, siendo fundamental para los sistemas jurídicos modernos.

presentados en la sociedad en sus modificaciones más diversas a través de dos milenios, dentro de la solución de de casos podemos hacer mención la *Sucesión Mortis Causa*, siendo que “*uno de los atributos de la personalidad es el patrimonio*”²⁷, y el ser humano tuvo la necesidad de transmitirlo a otros sujetos del derecho ya sean estos familiares o no, asegurando los bienes del causante en que estos seguirán luego de su muerte administrados por la persona que el designo en vida, siendo el caso que se encontrara en una asignación testamentaria.

1.3.5.1. Derecho Sucesorio.

Uno de los atributos de la personalidad es el patrimonio. Toda persona por el simple hecho de serlo, es titular de un conjunto de bienes, derechos, acciones y obligaciones, estimables en dinero, o al menos posee la actitud para adquirirlos. A este conjunto se le concibe como un ente abstracto, ideal, de naturaleza meramente intelectual, incorpóreo, distinto de sus elementos individualmente considerados, los cuales no se pueden reunir materialmente; es, pues, una universalidad creada por el derecho, una universalidad jurídica. Por lo mismo, tampoco se puede dividir materialmente, sólo en cuotas de la misma naturaleza abstracta, ideal, sin referencia alguna a las cosas que componen cada una a las cuotas²⁸.

²⁷ ROMERO CARRILLO, Roberto, Nociones de derecho hereditario, 2ª Edición, UCA Editores, San Salvador, 2001, Pág. 1. El patrimonio representa una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona y que pueden ser apreciables en dinero, el mismo es el esencial en la transmisión que se suscita en el derecho hereditario, también es llamado caudal relicto, y la base para poder disponer libremente de el se encuentra en el Art. 23 de la Constitución, en donde se enmarca la figura de la libre testamentifacción, pero concretamente su regulación se encuentra en el código civil.

²⁸ ROMERO CARRILLO, Roberto, Nociones... ob. cit., Pág. 1. El ser humano posee un atributo que se denomina patrimonio, el cual no puede ser trasferido a otra persona, únicamente se pueden transferir los bienes y derechos que lo conforman.

1.3.5.1.1. Conceptos Relativos a las Sucesiones.

Se ha hecho uso de lenguaje técnico especializado referente a la naturaleza de la temática, y con el objeto de que exista una mayor comprensión de lo que se trata de establecer, consideramos necesario definir una serie de conceptos, que tienen una gran relevancia. Estos conceptos son:

- 1- Ab-Intestato: Expresión latina usada en derecho para indicar que una persona ha fallecido sin dejar testamento. En tal caso, sucesión “*Ab-Intestato*” se contrapone a sucesión testamentaria Naturaleza Jurídica del derecho sucesorio.
- 2- Asignación: Es señalar lo que le corresponde a una persona, atribuirle alguna cosa a alguien o destinársela²⁹, contenida en el Art. 954 del Código Civil.
- 3- Causante: Autor de la Sucesión, la persona cuya muerte origina automáticamente la apertura de la sucesión. Es quien por acto entre vivos transmite su derecho; como el donante, el vendedor, el transmitente o “*tradens*” en términos latinos³⁰, concepto que puede entenderse inmerso en el Art. 952 de Código Civil.
- 4- Caudal Relicto o Hereditario: Es lo perteneciente a la herencia o lo que con ella se adquiere; el conjunto de bienes que quedan al fallecimiento de una persona y constitutivos de su patrimonio. Se les llama también

²⁹ROMERO CARRILLO, Roberto, Nociones... ob. cit., Pág. 6. Denota haber asignado, es el efecto de asignar, de dar a un tercero. Se puede realizar asignaciones por actos entre vivos y por causa de muerte, en el presente estudio será tratada la regulada en el Art. 954 del C.C., de las asignaciones por causa de muerte, ya sea hecha por el causante o por la ley, la primera se refiere a la sucesión testamentaria y la última la intestada.

³⁰CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 21ª Edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1989, Pág. 113. Conocido también como *de cuius*, este es la persona titular del patrimonio que por causa de muerte es transmitido a los asignatarios, ya sea totalmente o por cuotas.

bienes hereditarios³¹.

- 5- Heredero Universal: Concepto contenido en el Art. 955 del C.C, se llama así a quien o quienes pasan todo o una parte del patrimonio del causante, representa un concepto opuesto al heredero singular, que es quien recibe en herencia un objeto particular. En realidad, todos los herederos reciben a título universal y todos los legatarios a título singular³².
- 6- Heredero póstumo: Aquel que nace después de la muerte del causante. Es aplicable el concepto tanto al heredero legitimario como al testamentario y al que sucede abintestato. El heredero póstumo es considerado como sujeto de derecho mientras se encuentra en las entrañas maternas, exigiendo la ley la adopción de ciertas precauciones para evitar que la herencia recaiga en un póstumo que no sea el verdadero heredero³³.
- 7- Herencia: Derecho de heredar como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que al morir deja el causante para su transmisión a la persona o personas que han de recibirlos, ya sea a título universal de herederos, ya a título singular de legatarios³⁴.
- 8- Legado: Regulado en el Art. 955 del C.C., entendiéndose como disposición testamentaria a título particular que confiere derechos Patrimoniales determinados que no atribuyen la calidad de heredero.

³¹CABANELLAS, Guillermo, Diccionario... ob. cit., Pág. 113, Pág. 109. Masa sucesoral, la cual incluye todos los derechos, bienes y obligaciones transmisibles, patrimonio que se fusiona con el patrimonio de los herederos del causante.

³²OSORIO, Manuel, Diccionario... ob. cit. Este es el representante de la sucesión, puesto que le son transmitidos todos los derechos, obligaciones y bienes trasmisibles, de forma generalizada, como un todo, y no como bienes singularizados.

³³OSORIO, Manuel, Diccionario... ob. cit. Refiriéndose persona que al momento de abrirse la sucesión aún no ha nacido, llamado *nasciturus*, al cual debe garantizarse sus derechos puesto que los ha adquirido desde que se encuentra en el claustro materno.

³⁴ OSORIO, Manuel, Diccionario... ob. cit. El derecho constitucional a la libre testamentifacción es el que otorga la facultad a una persona de poder disponer de sus bienes y que esto surta efecto para después de su muerte, y de esa manera tener un control total de sus bienes, durante su vida y después de su vida.

En la doctrina general se dice que el legado es título singular cuando comprende uno o varios objetos determinados³⁵.

9- Nacimiento: Acción y efecto de nacer, de salir el ser del claustro materno³⁶, evento regulado en el Art. 72 del Código Civil.

10-Nasciturus: Vocablo de origen latino, que deriva a su vez del latín “*naceré*”, denominación de nasciturus identifica “*al que va a nacer*” o “*al por nacer*”, esto es al engendrado, no nacido aún, concepto que se está regulado en el Art. 1 inciso segundo de la Constitución y en el Art. 73 del Código Civil.

11-Parto: Es el conjunto de fenómenos que tienen por objeto hacer pasar al feto, impulsado por el útero, a través del canal pelviano.

12-Patrimonio: Representa una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona y que pueden ser apreciables en dinero. Etimológicamente hace referencia al conjunto de bienes que se heredan del padre o de la madre³⁷.

13-Sucesión: Significa propiamente la transmisión del patrimonio, el traslado del conjunto de Derechos y Obligaciones valuables en dinero de una persona fallecida a otra u otras que le sobreviven, a quienes la ley o el testamento llaman para recibirlos. Es entonces un acto jurídico o lleva implícito un acto jurídico que es la transmisión. Existen

³⁵ OSORIO, Manuel, Diccionario... ob. cit. Asignación a título singular, a través de la cual el causante, puesto que solo tiene cabida en la sucesión testamentaria, le transmite un bien o varios bienes singularizados al asignatario, denominado como legatario, este a diferencia del heredero, no representa la sucesión del de cujus.

³⁶ OSORIO, Manuel, Diccionario... ob. cit. En materia de medicina y derecho civil, el nacimiento es el momento en el que un recién nacido (persona física) cobra vida propia autónoma, fuera del seno materno, y esto es indispensable porque sostienen muchos estudiosos del derecho que si se le otorgan derechos al no nacido es un ejercicio en vano porque no tiene certeza de la existencia de ese ser humano fuera del claustro materno, por la situación especial en la que ese encuentra el mismo.

³⁷ OSORIO, Manuel, Diccionario... ob. cit. Cabe agregar que tal concepto, no solamente aplica a los bienes heredados del padre o de la madre, puesto que en la sucesión testamentaria puede suceder a los progenitores y personas con la cuales el heredero no tiene relación de filiación alguna.

diferentes clases de sucesiones: La sucesión entre vivos, aquí solamente se pueden suceder bienes singularmente considerados; mientras que en la sucesión por causa de muerte no solo se puede suceder en los bienes singularmente considerados, sino en todo el patrimonio o en parte (cuota) de esa universalidad³⁸.

14-Testamento: Acto regulado en el Art. 996 del Código Civil, el cual es celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone de todo, o en parte de sus bienes, para después de su muerte. Es también y sobre todo, el documento en que consta la última voluntad de carácter patrimonial de la persona, y puede tratar sobre otras cuestiones³⁹.

15-Transmisión: Vocablo equivalente a cesión, dejación, enajenación, traspaso, sucesión; basta indicar estas equivalencias para advertir sus alcances jurídicos, todos los cuales se examinan en las voces correspondientes⁴⁰.

16- Vocación Sucesoria: Es estar en la posibilidad de suceder a determinada persona, y este virtual derecho de heredar, solo puede provenir de un llamamiento hecho con tal finalidad, desde antes de la muerte del causante⁴¹, ya sea por medio de ley o por la última

³⁸ROMERO CARRILLO, Roberto, Nociones... ob. cit., Pág. 4. Los elementos que conforman el patrimonio son dos: el activo y el pasivo. El primero se integra por el conjunto de bienes y derechos apreciables en dinero, mientras que el segundo por el conjunto de obligaciones u cargas, ambas susceptibles de valorización pecuniaria, y este todo es el que se trasmite en una sucesión, y en ninguna circunstancia puede seccionarse ese todo, si se acepta el activo ira con el pasivo pero en ningún caso puede aceptar solo uno de ellos.

³⁹OSORIO, Manuel, Diccionario... ob. cit. El testamento también admite actos de carácter no patrimonial, los cuales son conocidos como *declaraciones de última voluntad*, ejemplo de ello pudiera ser el reconocimiento de hijos, entre otros

⁴⁰OSORIO, Manuel, Diccionario... ob. cit. El vocablo transmitir es utilizado mayormente en el derecho sucesorio puesto que implica una traspaso de los derechos y obligaciones por causa de muerte, diferente al vocablo transferir que se aplica en la cesión de derechos por acto entre vivos.

⁴¹ROMERO CARRILLO, Roberto, Nociones... ob. cit., Pág. 70. La vocación sucesoria se le deriva a una persona de la voluntad que ha expresado el causante, por medio de un testamento, la cual se califica de voluntaria, además puede venir de la ley que presume la

voluntad del causante, como lo establecen los Arts. 988 y 996 del Código Civil.

1.3.5.1.2. Elementos de la Sucesión por Causa de Muerte.

Dentro de los elementos que integran la sucesión por causa de muerte podemos señalar:

Relación jurídica: esto se suscita cuando entre dos o más personas se genera un vínculo en virtud del cual una de ellas puede pretender algo a lo que la otra u otras están obligadas. Según esto, resulta que la jurídica sucesoria es una relación especial, sui géneris, porque es la muerte de una persona es la que da lugar a ella y, además, la persona fallecida no estaba obligada para con el sucesor⁴².

Sujetos: el causante, *“Llamado también autor, es la persona de quien otro deriva su derecho u obligación”*⁴³. El causahabiente, *“Persona que adquiere o que tiene derecho a adquirir de otra (llamada autor o causante) un derecho o una obligación. Los causahabientes son llamados también derechohabientes. Ambas expresiones se aplican especialmente en materia de sucesiones, y así, el heredero es el causahabiente o derechohabiente del que deja la herencia, que es causante o autor”*⁴⁴.

voluntad del causante cuando este no la expresa, dando lugar a si la vocación legítima, pero en ambas existe la voluntad del causante, una voluntad concreta y una voluntad supuesta, esto es base para la transmisión de los derechos, en la vocación sucesoria legítima, que se encuentra previamente normada.

⁴²ROMERO CARRILLO, Roberto, Nociones... ob. cit., Pág. 24. La causa de la relación jurídica sucesoria, es la vocación sucesoria, siendo esta la que vincula a los sujetos del causante y el causahabiente.

⁴³OSORIO, Manuel, Diccionario... ob. cit. El causante es la persona que provoca la sucesión por su muerte, denominado también como *“de cujus”*.

⁴⁴OSORIO, Manuel, Diccionario... ob. cit. Causahabientes o sucesores son las personas a quienes se les trasmite la herencia, existen causahabientes a título singular y a título universal.

Objeto: este el patrimonio siendo tal el conjunto de bienes y obligaciones susceptibles en valoración pecuniaria ⁴⁵. Se entiende al patrimonio como una universalidad ideal creada por el derecho, que solamente se concibe mediante la inteligencia, ya que no se puede observar por medio de los sentidos; debe entenderse que el patrimonio solo puede ser objeto de la relación jurídica sucesoria, y no de un negocio jurídico entre vivos, ya que el patrimonio es considerado un atributo de la persona, sin el cual no puede concebirse como persona plena, el cual es regulado según la contenido en los Arts. 560 y siguientes del Código Civil.

1.3.5.1.3. Vocación Sucesoria.

La capacidad para suceder consiste en la aptitud para recibir por transmisión mortis causa. El concepto debe diferenciarse de la vocación, en cuanto ésta constituye el llamamiento de un sucesor a una sucesión determinada, llamamiento que presupone necesariamente como sustento previo la capacidad del llamado⁴⁶.

La vocación sucesoria reconoce como fuente una disposición legal que la otorga en función de determinada relación de parentesco, o en mérito al vínculo conyugal, o bien, por último, en virtud del llamado que puede realizar el causante mediante el acto de última voluntad denominado "*testamento*". Como se ve, este llamamiento que enviste a aquel a quien se le hace de la calidad de sucesible, puede realizarse de dos formas, ya sea un

⁴⁵ROMERO CARRILLO, Roberto, Nociones... ob. cit., Pág. 26. El patrimonio es el objeto de la relación jurídica sucesoria debido a que el mismo está conformado por el activo que son los bienes y derechos, y el pasivo que son las obligaciones, y dichos elementos son susceptibles de transmitirlos en la relación jurídica sucesoria, pero dicha transmisión será de manera completa esto en relación a separar el activo o el pasivo, esto cuando se suscita una sucesión universal.

⁴⁶MAFFIA, Jorge, Manual de Derecho Sucesorio, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1999, Pág. 74. La vocación sucesoria consiste en tener la posibilidad de suceder a una persona, lo cual ha tenido su fuente en la voluntad del causante antes de su muerte.

llamamiento en virtud de ley, como lo establece el Art. 988 del C.C., cuando se trate de una sucesión intestada, o bien por medio del testamento como manifestación de última voluntad del causante, como lo establece el Art. 996 del C.C.; sin embargo la ley no limita a que tal llamamiento se realice de una sola forma, ya el llamamiento o vocación sucesoria puede devenir tanto por ley o por voluntad del causante, tal como lo reconoce el inciso segundo del Art. 953 del Código Civil.

1.3.5.1.4. Capacidades para Suceder.

El termino capacidad, viene de la voz latina “*Capacitas*”, que en su amplia acepción significa aptitud, de la persona que tiene aptitud para hacer algo, decimos que es capaz. En sentido Jurídico la Capacidad, es la aptitud legal de las personas para el goce y ejercicio de los Derechos Civiles. Goza de ese Derecho quien lo hace valer. Existen dos clases de capacidades: Capacidad de Goce: Llamada también Capacidad Jurídica o de Derecho, que es la que tiene toda persona sin necesidad de encontrarse dotada de una voluntad reflexiva. Toda persona por el simple hecho de ser tal, tiene esta capacidad para ser titular de Derechos Subjetivos Patrimoniales.

1.3.5.1.5. Incapacidades para Suceder.

“Está representada por aquellas circunstancias que, de acuerdo con la ley, impiden la sucesión hereditaria. En otros términos, toda persona tiene capacidad para suceder, siempre que no se encuentre incurso en una causa de incapacidad. Entre esas causas figuran la de quien no está concebido al tiempo de la muerte del causante, así como todas aquellas que afectan a la indignidad para suceder”⁴⁷.

⁴⁷ OSORIO, Manuel, Diccionario... ob. cit. Las incapacidades especiales para poder suceder a determinada persona, consisten en la carencia de aptitud legal para suceder, sea a título

1.3.5.1.6. Indignidades para Suceder.

El Código Civil, no ha definido lo que es indignidad para suceder, sin embargo es fácil comprender su contenido. Se puede afirmar, en general, que es una anomalía de la vocación sucesoria, fundada en el demérito del sucesor, sea por haber faltado a los deberes que tenía con el causante, durante la vida de este; sea por faltar a sus deberes que el respeto a la memoria del decujus le imponía. Es la falta de mérito para suceder a una determinada persona.

1.3.5.1.7. Formas de Suceder por Causa de Muerte.

“Art. 953.- Si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria, y si en virtud de la ley, intestada o abintestato. La sucesión en los bienes de una persona difunta puede ser parte testamentaria, y parte intestada”⁴⁸.

En palabras sencillas, la Sucesión por Causa de Muerte opera por dos vías: una Testamentaria, que se da cuando una persona dispone de sus bienes dejando un documento donde plasma su última voluntad, y es este documento la base sobre la cual se hará la transmisión del dominio de los bienes a sus herederos o legatarios. La otra vía es la Intestada o abintestato, palabra que significa “*Sin Testamento*”, es decir, cuando la persona fallece

universal o singular, y estas están expresamente determinadas por la ley, con las cuales se extingue la vocación sucesorio, del sujeto que ha sido llamado para que el caudal relicto del decujus se una con su patrimonio y de esa forma darle cumplimiento a la voluntad del decujus después de su muerte esto si nos encontramos en el caso de una sucesión testamentaria y cuando se suscita una incapacidad la vocación sucesoria se extingue y nos encontramos en el caso del acrecimiento o de alguna otra situación concreta, como por ejemplo que la sucesión se trasformó de testamentaria a intestada y esto debido al surgimiento de una incapacidad.

⁴⁸Código Civil, Art. 953. Una sucesión puede ser parte testada y parte intestada, cuando las asignaciones que realice el causante en su testamento, no recaen sobre todos sus bienes, es decir, no agotan todo su patrimonio, en este caso corresponde a los herederos abintestato, la parte que el testador no dispuso.

sin oportunidad de poder manifestar su última voluntad en un documento o testamento. En este caso es la misma ley quien se encarga a través de los notarios y/o de los Jueces, de hacer la transmisión de los bienes a los herederos.

1.3.5.1.7.1. Sucesión Testamentaria.

Manifestada mediante la formalización del testamento, el cual puede ser abierto o cerrado, dependiendo de las formalidades con que se otorgue, el testamento es el documento en el cual el causante expresa su última voluntad, y se desarrolla a continuación.

1.3.5.1.7.1.1. Etimología y Concepto.

“Es aquella que tiene lugar cuando la persona del causante dispone de sus bienes por medio de un acto solemne denominado testamento”⁴⁹. Esto quiere decir, que la persona haya plasmado su voluntad, sobre lo que quiere que se haga después de su muerte, teniendo la facultad el testador de revocar el contenido del testamento mientras viva. es importante aclarar, que como bien lo expresa el enunciado expuesto al inicio, la disposiciones de los bienes del causante habrá de realizarse en el testamento, por medio de las denominadas disposiciones de última voluntad, que son la parte más importante, ya que son las de verdadero contenido patrimonial, refiriéndose por consiguiente a la distribución de los bienes y derechos, estimables en dinero, el causante poseía. este documento tendrá que realizarse conforme a las exigencias de ley que de acuerdo a la forma testamentaria se acople.

⁴⁹SEPULVEDA CERCILIANI, Alejandro, Derecho Sucesorio, Edición Electrónica, 2007, Pág. 51. La palabra testamento, proviene del latín *testamentum*, y según los autores es una palabra compuesta, que viene de “*testado*” y “*mentis*”, que significa “*testimonio de la voluntad*”.

1.3.5.1.7.2. Sucesión Intestada.

Cuando el causante no dispuso de sus bienes para después de su muerte, o cuando habiendo dispuesto no lo hizo conforme a derecho o no han tenido efecto sus disposiciones, es la ley la que hace las asignaciones por causa de muerte, y la que concede la vocación sucesoria, a la que por tal motivo se la califica de legítima, y las personas a quienes concede esta vocación son las que llama a recibir tales asignaciones, a la muerte del causante, poniendo en primer lugar a los descendientes del causante, debido a que se presume que el causante tiene una mayor afinidad con ellos y su voluntad de transmitir el dominio de sus bienes hubiera sido ese.

1.3.5.1.7.2.1. Concepto:

“Es aquella en que la persona de el o los asignatarios y la parte que este lleva en la herencia las determina el legislador”⁵⁰.

El artículo 981 del código civil señala los tres casos en que tiene lugar:

- 1. Cuando el causante no dispuso de sus bienes.*
- 2. Cuando no lo hizo conforme a derecho.*
- 3. Cuando dispuso conforme a derecho pero no tuvo efecto la disposición.*

El primero de los supuestos que antes se tratan, se refiere al que el causante ha fallecido, sin otorgar testamento alguno, que es la única forma

⁵⁰SEPULVEDA CERCILIANI, Alejandro, Derecho... ob. cit., Pág. 36. ello porque el causante no expresó o materializó su última voluntad mediante el otorgamiento de un testamento, o habiendo dispuesto de sus bienes, no lo hizo conforme a derecho, razón por la cual ley es la que realiza las asignaciones y atribuye vocación sucesoria a determinadas personas.

aceptada por la ley para manifestar su última voluntad, en virtud de la cual toda la sucesión es intestada.

Asimismo puede ocurrir, que habiendo el causante realizado la manifestación de su última voluntad, conforme a las exigencias legales para los efectos, no haya dispuesto de la totalidad de sus bienes, siendo este un caso en los cuales la sucesión se vuelve parte testada y parte intestada, como lo expresa el Código Civil en el Art. 953.

Por último puede suceder que habiendo realizado en legal forma el testamento, este no pueda surtir efectos, como puede ser el caso, que el testador en ningún momento haya realizado disposiciones de última voluntad, como antes se explicó, o bien pueda que se imposibilite el cumplimiento de la última voluntad del causante, por haber fallecido los herederos instituidos, o por ser incapaces de recibir la herencia, indignos o haber repudiado la herencia, motivos por los cuales una sucesión puede convertirse de testamentaria a intestada.

1.3.5.1.7.2.2. Los órdenes de la Sucesión Intestada.

Las personas a quienes la ley les concede vocación sucesoria, las que a la muerte del causante serán llamadas a sucederle, son las que tienen con aquél la clase de parentesco que la misma ley previamente ha indicado. Cuando la ley establece qué clase de parientes tienen derecho a la sucesión intestada, hace formando con ellos varios grupos, que coloca, bajo una enumeración correlativa, mandando que tales grupos, que reciben el nombre de órdenes, prefieran unos a otros según su numeración, por manera que sólo en falten los herederos llamados en el número anterior, entran los designados el número que sigue⁵¹.

⁵¹ROMERO CARRILLO, Roberto, Nociones... ob. cit., Pág. 111. Los sistemas de órdenes para la sucesión intestada son tres: sistema de clase, sistema lineal y sistema parental; el

1.3.5.1.7.2.2. Derecho Personal y Derecho de Representación.

Cuando tiene lugar la sucesión intestada, sea por el motivo que fuere, los llamados a suceder al causante son los parientes que están incluidos en los órdenes anteriormente analizados, con la preferencia que la ley establece, o sea, que sólo en defecto de los del orden anterior suceden los del que sigue. Los parientes que integran los órdenes de la sucesión intestada tienen vocación sucesoria propia, directa, originaria, porque son los llamados ab-initio por la ley a sucederle; y para colocarlos en esos órdenes el legislador aplicó de una vez la regla que establece que el pariente más próximo en grado al causante excluye al más lejano (que antes se aplicaba al funcionar cada orden, esto es, que dentro del orden el pariente más cercano excluía al más lejano). Por el hecho, pues, de estar incluidos en los órdenes, esas personas heredan por derecho personal, expresión que convendría sustituir por "*derecho propio*", que es más connotativa de la idea de que quienes integran los órdenes de la sucesión intestada no heredan prevaleciendo del derecho que otro tenía y que no ejerció porque no quiso o no pudo. Ya formados nuestros órdenes tal como están, la regla enunciada arriba ha perdido su importancia, porque ahora ningún sucesible excluye a otro dentro del mismo orden⁵².

Pero abintestato también se puede suceder en forma indirecta, tal como lo expresa el Art. 984 del Código Civil, que expresa que:

ordenamiento jurídico salvadoreño opto por el sistema de clase el cual consiste en que el legislador escoge a los parientes que formaran parte del grupo y esto lo hacen en consideración al vínculo que existe con el causante, en el art. 988 del código civil se regulan los grupos los cuales son siete.

⁵²ROMERO CARRILLO, Roberto, Nociones... ob. cit., Pág. 115. Lo que indica que dentro de un mismo orden no pueden excluirse entre sí, a menos de concurrir una de las causas de incapacidad o indignidad, lo cual indica que a no ser que no exista ninguna de las personas de uno de los órdenes que preceden, no podrá suceder por derecho propio los del siguiente orden.

Se sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación. La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder. Se puede representar a un padre o madre que, si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación.⁵³

Especial para esta clase de sucesión, haciendo uso del llamado derecho de representación, lo que ocurre cuando quien lo hace se prevale para ello del derecho que oro tenía a ser llamado a aceptar una asignación hecha por la ley, pero ese llamamiento no se actualizó para él, o se extinguió, porque ya no tenía vocación sucesoria, su derecho a ser llamado había caducado porque ya había fallecido cuando debió habersele hecho el llamamiento, o porque le afectó una incapacidad de goce en relación con la asignación a que estaba virtualmente llamarlo, o bien porque repudió la asignación o fue declarado indigno. En el derecho de representación la delación se verifica en algunos casos para el que estaba originalmente llamado a suceder y en otros no, lo que es diferente a lo que ocurre en el derecho de transmisión, la otra forma indirecta de suceder, porque en esta el llamamiento se actualiza siempre, la delación para el que estaba originalmente llamado siempre se verifica, si no fuera así no habría lugar a la transmisión del derecho de opción. Si a un sucesor no se le ha deferido la herencia o legado cuando fallece, no transmite nada. En el derecho de representación la delación no se verifica en los casos de premuerte e incapacidad del asignatario; y se verifica cuando se trata de repudiación e

⁵³Código Civil, Art. 984. *“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”.*

indignidad. Pero en todos estos casos hay lugar a la representación; ellos quedan comprendidos en la frase "*no quisiese o no pudiese suceder*", contenida en el inciso segundo del artículo 984 C.C., que da el concepto de la representación.

1.3.5.1.7.2.4 Derecho de Transmisión.

Si la asignación ya había sido deferida y el asignatario fallece sin haber expresado que la acepta o la repudiaba, esto es, sin haber ejercido su derecho de opción, transmite ese derecho a sus herederos, toda vez que sus derechos a la sucesión a la que fue llamado no hayan prescrito según lo dispuesto en el artículo 2256 C.C. El derecho de opción es, pues, un elemento transmisible del patrimonio del heredero o legatario que falleció sin haber optado; el sucesor de éste lo recibe como parte del patrimonio de que su causante era titular, como cualquier otro derecho personal transmisible que se encuentre en el caudal relicto⁵⁴.

1.3.6 Situación Jurídica de los Derechos Asignados al Neonato entre el Momento de la Concepción y el Nacimiento.

Existen diferentes posturas respecto de cuál es la situación en la que se encuentran los derechos que son asignados a favor del no nacido, entre las cuales hay las que niegan la posibilidad de que el no nacido pueda adquirir derechos a su favor, y las suponen que existe posibilidad, concurriendo ciertas circunstancias, de que el no nacido pueda ser titular de derechos otorgados a su favor, las cuales serán expuestas a continuación.

⁵⁴ ROMERO CARRILLO, Roberto, Nociones... ob. cit., Págs. 76 y 77. La denominación doctrinal "derecho de transmisión" alude al supuesto en que el asignatario muere sin haber hecho uso de la facultad de opción que le corresponde para aceptar o repudiar la asignación de su causante, hecho que provoca que sus herederos adquieran el derechos de opción.

1.3.6.1 Teoría de la ficción Savigny.

Esta tesis toma como punto de partida los textos que afirman que el concebido no está ni *rerum natura* (dentro de las cosas de la naturaleza) ni in *rebus humanis* (dentro de los humanos), considerando así que el *nasciturus* no es persona porque tal condición se adquiere únicamente con el nacimiento, careciendo de capacidad jurídica y no pudiendo ser sujeto de derechos; así, la equiparación entre concebido y nacido constituiría una ficción jurídica con aplicación muy limitada, únicamente cuando se trate de proteger sus intereses. Como afirma Savigny, la regla “*conceptus pro iam nato habetur*” (al *nasciturus* se le tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables). La ficción se ocuparía, pues, de la vida futura del *nasciturus*, protegiéndola a través de leyes penales y civiles: sancionando las primeras a aquellos que lesionaran el derecho a la vida del feto y las segundas asegurando los derechos futuros hasta el nacimiento, momento en que le correspondería su adquisición. El concebido, según Savigny, no es persona cuya representación sea posible, no necesita tutor porque no se le puede llamar pupilo; en definitiva, no ostenta capacidad jurídica porque ni puede contraer deudas, ni tener créditos en su favor, ni ostentar la propiedad de las cosas⁵⁵.

⁵⁵POLO ARÉVALO, Eva María, Origen y Significado del Principio *Conceptus Pro iam Nato Habetur* en Derecho Romano y Su Recepción en Derecho Histórico Español y en el Vigente Código Civil, Pág. 728. La teoría de la ficción, establece que la equiparación del no nacido se le tiene como nacido para todo lo que le favorezca se desarrolla en dos materia principalmente, en materia penal la protección jurídica del no nacido se efectúa en la tutela de la vida y en materia civil en la protección de los derechos del mismo para que los pueda disfrutar en un futuro, cuando se suscite su nacimiento, la vida es el presupuesto necesario para los derechos de una persona, siendo el soporte de todos, si no hay vida en un ser humano no hay un porqué de la existencia de los derechos sucesorios ya que la esencia de los mismos es el ser humano, ningún muerto puede suceder a otro muerto.

1.3.6.2 Teoría de los Derechos sin Sujeto.

Esta teoría considera que entre la concepción y el nacimiento los derechos que hubieran sido atribuidos al feto, quedan sin titular, ya que el no nacido no posee personalidad jurídica y por ende no posee un patrimonio para adquirir derechos, por ello *“los derechos pertenecen a un destinatario protegido por el ordenamiento jurídico. Si existe una persona, ella será el destinatario directo”*⁵⁶. Si el feto nace vivo los adquiere, si no, los adquiere la persona a quien hubieran correspondido a falta del nasciturus⁵⁷.

1.3.6.3 Teoría de la Condición Suspensiva.

Se caracteriza por considerar al nasciturus como una esperanza de vida humana que, como tal, ostenta unas expectativas de derechos deben tutelarse de forma anticipada a fin de que su adquisición definitiva no se vea frustrada; el nacimiento, por tanto es presupuesto indispensable para que los derechos del concebido adquieran efectividad; hasta entonces, esos derechos se encuentran pendientes de adquisición.

El patrimonio se asigna al feto a condición de que nazca vivo, mientras sea un ser por nacer sólo tiene una expectativa de derecho, un germen. No se le está asignando personalidad. Si no nace, o nace muerto, desaparece ese derecho, ese germen y el patrimonio pasa (no porque le transmite el feto) sino corresponde a quien en reemplazo del ser por nacer le hubiera

⁵⁶ OCHOA G., Oscar E., Bienes y Derechos Reales, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 2008, Pág. 71. En la teoría de los derechos sin sujeto, las asignaciones testamentarias a un no nacido están a la espera de la existencia del mismo, cuando suceda el nacimiento del que se encontraba en el claustro materno, inmediatamente será equiparado con atributos personales y dentro de ellos estará el patrimonio, el cual otorga la capacidad a una persona para poder adquirir derechos.

⁵⁷ OCHOA G., Oscar E., Bienes... ob. cit., Pág. 70. El no nacido por ser un sujeto de derechos futuro, algunos ordenamientos jurídicos le confieren la capacidad de recibir asignaciones testamentarias, las cuales estarán sin un titular en tiempo presente, pero a la espera que se suscite el nacimiento del neo nato con vida para poder contar con un titular.

correspondido. Los derechos vuelven al estado en el que se encontraban antes de haber sido asignados al nasciturus⁵⁸.

1.3.6.4 Teoría de la Condición Resolutoria.

El patrimonio se asigna a la persona que correspondería en reemplazo del ser por nacer. No a éste sino a otra persona, si nace con vida se extingue el derecho de esa tercera persona, y nace el derecho del nacido⁵⁹.

1.3.7 Necesidad de que la Criatura esté Concebida al Tiempo de la Delación de los Derechos.

Para que el derecho se adquiriera por la criatura que nace viva, es menester que haya estado concebida en el momento de la delación del derecho. Derechos deferidos a la criatura que está en el vientre materno, es decir, derechos que requieren la existencia actual del individuo en el

⁵⁸ QUISBERT, Ermo, Comienzo... ob. cit., Pág. 4. La protección de las asignaciones testamentarias del no nacido tienen su razón de ser en que el mismo las pueda disfrutar en el futuro, La teoría de la ficción, establece que la equiparación del no nacido se le tiene como nacido para todo lo que le favorezca se desarrolla en dos materia principalmente, en materia penal la protección jurídica del no nacido se efectúa en la tutela de la vida y en materia civil en la protección de los derechos del mismo para que los pueda disfrutar en un futuro, cuando se suscite su nacimiento, la vida es el presupuesto necesario para los derechos de una persona, siendo el soporte de todos, si no hay vida en un ser humano no hay un porqué de la existencia de los derechos sucesorios ya que la esencia de los mismos es el ser humano, ningún muerto puede suceder a otro muerto. En la teoría de los derechos sin sujeto, las asignaciones testamentarias a un no nacido están a la espera de la existencia del mismo, cuando suceda el nacimiento del que se encontraba en el claustro materno, inmediatamente será equiparado con atributos personales y dentro de ellos estará el patrimonio, el cual otorga la capacidad a una persona para poder adquirir derechos.

⁵⁹ QUISBERT, Ermo, Comienzo... ob. cit., Pág. 5. Las asignaciones testamentarias no se encuentran definidas en relación a su titular, están a la expectativa para poderlo establecer del nacimiento con vida de un ser que se encuentra en el claustro materno, y este es el presupuesto necesario para que se pueda ejecutar la voluntad del causante, debido a que un muerto no puede suceder a otro muerto, la razón de ser del derecho sucesorio es que los bienes sean parte del patrimonio de una persona viva, y así que pueda ejercer los actos como dueño de la cosa, uso, goce y disposición del bien que ha sido transmitido de manera testamentaria o intestada.

momento en que son deferidos. No se refiere a personas futuras que al tiempo de la delación no existen, pero se espera que existan, sino a seres cuya existencia actual es indispensable para adquirir el derecho deferido⁶⁰.

1.3.8 Presunción de Derecho Relativa a la Época de la Concepción.

¿Cómo saber si la criatura estaba concebida al tiempo de la delación del derecho?

La fecundación o concepción es la fusión del espermatozoide con el óvulo en el interior del organismo femenino. ¿Cuándo se produce? Para los efectos de determinar el momento en que ocurre sólo se cuenta con tres antecedentes:

- a. Momento de la cópula; El momento de la cópula puede servir para determinar con bastante precisión el hecho de la fecundación, ya que hoy se admite que el espermatozoide tiene una vida efímera, a lo sumo de tres días. No obstante, cuando las relaciones sexuales son varias, es arbitrario atribuir a una de ellas la fecundación;
- b. Fecha de la cesación de los menstros; también puede contribuir a fijar el momento de la fecundación con alguna precisión, ya que, conforme a la teoría de Ogino y Knaus, ella debería haberse producido en un plazo variable, entre el duodécimo y decimonoveno días anteriores al día en que debió ocurrir la menstruación.
- c. Fecha del nacimiento, en cambio, no es índice de valor para establecer el momento de la fecundación, pues la diferencia de desarrollo intrauterino, así como las más variadas causas, pueden

⁶⁰SOMARRIVA U., Manuel, et al, Tratado... ob. cit., Pág. 247. La constitución de la república, reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción, por ende desde ese instante el sistema normativo tutela los derechos del mismo, entre los cuales se encuentran los derechos sucesorios, de ahí deviene la necesidad que la criatura esté concebida al momento de la delación.

traer como consecuencia el que la criatura nazca a término, precoz o tardíamente. No obstante, el médico está en condiciones de resolver sobre este punto. Nuestro Código Civil, a fin de evitar dificultades y basándose en una observación empírica, señala una presunción de derecho, o sea, irrefutable, en cuanto a la época de la concepción.

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 medianoche en que principie el día del nacimiento⁶¹. *Parte del hecho conocido, el nacimiento, al hecho desconocido, la concepción.*

1.3.9 Duración de la Preñez, Nacimientos Acelerados y Tardíos.

El período de gestación o duración de la preñez es el tiempo que transcurre desde la fusión de las células sexuales masculina y femenina hasta la completa expulsión del feto. Normalmente, el nacimiento se produce entre los 270 y 285 días posteriores a la concepción; pero ocurre a veces que tiene lugar antes de dicho plazo (nacimiento acelerado), o después de él (nacimiento tardío). En atención a estos hechos y a la necesidad de adoptar una norma para establecer la época de la concepción, el término de la gestación mínima en ciento ochenta días cabales, y el de la gestación máxima, en trescientos días, contados hacia atrás desde la medianoche en

⁶¹SOMARRIVA U., Manuel, et al, Tratado... ob. cit., Págs. 247 y 248. Cuando se suscita el nacimiento de la criatura que se encontraba en desarrollándose en el claustro materno, se puede aplicar la presunción de los plazos para conocer un margen de tiempo en el que pudo suscitarse la concepción, ahora con el avance de las ciencias médicas existen nuevos métodos con los cuales se puede saber cuánto tiempo de gestación tiene el ser que se desarrolla dentro del claustro materno sin tener que recurrir a los plazos que se encuentran normados.

que principie el día del nacimiento⁶².

1.3.10 Margen de Tiempo Dentro del cual puede Ubicarse la Concepción.

La gestación mínima y la máxima. Dentro de estos extremos no hay inconveniente alguno en probar que la concepción tuvo lugar en una época dada. Supongamos que una persona instituye heredero al hijo concebido de Juana a la fecha en que se hace la institución, disponiéndose que para el caso que no esté efectivamente concebido en ese día, será heredero Diego. Nace la criatura después de doscientos ochenta días. Diego podría perfectamente pedir examen médico para determinar la edad intrauterina de la criatura, porque si se llegara a la conclusión de que es sietemesina, querría decir que no estaba concebida a la fecha de la institución de heredero, no correspondiéndole por lo tanto a ella los derechos, sino a Diego. Esto puede perfectamente hacerse. Lo que no puede tratarse de probarse es que la concepción ha precedido al nacimiento menos que ciento ochenta días cabales, y más de trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principió el día del nacimiento⁶³.

⁶²SOMARRIVA U., Manuel, et al, Tratado... ob. cit., Pág. 249. La regla de la presunción de los plazos para determinar la concepción no es puntual, ya que no existe una cantidad de días exactos que dure el embarazo de una mujer, pero para solventar la situación si la criatura estaba concebida al momento de la delación, se dirá que si la concepción ocurrió dentro de un periodo aproximado de 120 días y la delación tuvo lugar dentro de ese periodo, tiene vocación sucesoria, es preciso mencionar un tema de relevancia que es los embarazos acelerados y tardíos, los primeros se desarrollan dentro de un termino de ciento ochenta días y los segundos dentro de trescientos días, es la diferencia entre estos plazos donde se suscitan los ciento veinte días dentro de los cuales tuvo que suscitarse la concepción y la delación para que el no nacido posea vocación sucesoria.

⁶³SOMARRIVA U., Manuel, et al, Tratado... ob. cit., Pág. 248. El margen de tiempo en el que se puede ubicar la concepción es como un mínimo de veintidós semanas y media, contadas desde el día anterior a su nacimiento y como un máximo de treinta y siete semanas y media contadas a partir del día anterior de su nacimiento.

1.3 Hipótesis.

El art. 1 inc. 2° de la constitución afecto la protección jurídica del no nacido en el derecho sucesorio.

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
2. Art. 1 inc.2° de la constitución. (variable independiente)	1.1 Reconocimiento de la persona humana	1.1.1 Capacidad 1.1.2 Patrimonio
	1.2 Atribución de derechos al no nacido	1.2.1 Derecho a la vida 1.2.2 Derecho para suceder
	1.3 Existencia de la persona humana	1.3.1 Concepción 1.3.2 Vida en el Claustro Materno 1.3.3 Nacimiento
3. Protección Jurídica del no Nacido en el Derecho Sucesorio. (variable dependiente)	2.1 Requisitos para suceder	2.1.1 Capacidad 2.1.2 Dignidad
	2.2 Transmisión de la herencia	2.2.1 Delación 2.2.2 Deferimiento 2.2.3 Vocación sucesoria

1.4 Estrategia Metodológica.

La investigación bibliográfica o documental permitió conocer los fundamentos teóricos-doctrinarios sobre la protección jurídica del no nacido

en el derecho sucesorio a partir de la reforma del Art. 1 inciso 2° de la Constitución de la República.

1.4.1 Tipo de Investigación.

El tipo de investigación que se realizó es un diseño de tipo correlacional, porque se establece la relación de dos variables y la influencia de una sobre la otra. Además es explicativo porque su fin primordial es identificar la protección actual que tiene en el derecho sucesorio el no nacido a partir de la reforma del Art. 1 inciso 2° del Constitución.

1.4.2 Métodos, Técnicas e Instrumentos.

Todo trabajo investigativo debe establecer el cómo, a través de qué, con qué y qué se investiga.

En la presente investigación se utilizó el método científico y sus métodos auxiliares: la síntesis, análisis, la inducción y la deducción, con el fin de lograr un conocimiento objetivo de la realidad.

Se emplearon técnicas e instrumentos de recolección de la información que contienen los materiales bibliográficos que se consultaron a través de todo el proceso de investigación. Para el análisis profundo de las fuentes documentales, se utilizaron las técnicas de: observación documental, presentación resumida, resumen analítico y análisis crítico.

Además se utilizaron otras técnicas operacionales para el manejo de la información obtenida de las fuentes documentales, que se emplearon, a fin de obtener el manejo de los datos ubicados en éstas, requeridos en la presente investigación, como son: fichas bibliográficas, de contenido, de información electrónica y notas de referencias bibliográficas.

1.5 Reflexión.

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

Luego se adopta la idea que él no nacido es parte del cuerpo de la madre, pero también parte de la sociedad, y esto debido a que si una sociedad poseía más habitantes tenía una mayor capacidad económica, por ende si una mujer atentaba contra la vida del no nacido, atentaba con la comunidad, y esta hace lo tendiente para normar de una manera concreta la tutela del no nacido en el ordenamiento jurídico, estableciendo que él no nacido se tendrá como ya nacido en todo lo que le favorezca a él, pero en ningún momento podrá beneficiar a un tercero, lo cual fue adoptado por nuestro ordenamiento jurídico en el Art. 72 del Código Civil, en el sentido que si no se suscita el nacimiento con vida, los derechos pasaran a otras personas como que si el no nacido jamás hubiera existido.

Importante es observar la evolución que ha tenido las corrientes de pensamiento respecto de la situación jurídica del no nacido, como se desarrolló en lo antes expuestos, el nasciturus pasó de ser una simple parte del cuerpo a obtener, en algunos momentos históricos y sociedades determinadas, reconocimiento del goce de algunos derechos que como sujeto le asisten, hasta la actualidad, en la cual muchas legislaciones extranjeras reconocen la calidad de sujeto de derecho del no nacido, mostrando un claro avance jurídico-conceptual en la posición frente a los

derechos del ser que está por nacer; avances por los cuales el ordenamiento jurídico salvadoreño en su integridad debe optar, y de forma superar las ideas que niegan el goce pleno de los derechos que al no nacido le son otorgados.

CAPITULO II

PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL NO NACIDO.

Sumario; 2.1 Generalidades; 2.2 Situación Legal del No Nacido Antes de la Reforma Constitucional del art. 1 inc. 2° de Fecha Tres de Febrero de Mil Novecientos Noventa y Nueve; 2.3 Fundamento Jurídico de la Reforma Constitucional del art. 1 inc. 2° de Fecha Tres de Febrero de Mil Novecientos Noventa y Nueve; 2.4 Fundamento Político de la Reforma Constitucional del art. 1 inc. 2° de Fecha Tres de Febrero de Mil Novecientos Noventa y Nueve; 2.5 Fundamento Social de la Reforma Constitucional del art. 1 inc. 2° de Fecha Tres de Febrero de Mil Novecientos Noventa y Nueve; 2.6 Extensiones y Limites del Artículo 1 Inc. 2° de la Constitución; 2.6.1 Teoría Tradicional; 2.6.2 Reglas Especiales; 2.6.3 Reflexión.

2.1 Generalidades.

El Estado salvadoreño tiene como fin de toda su actividad a la persona humana, regulando una gama de derechos constitucionales, que le son fundamentales e inherentes por el simple hecho de serlo, muestra de ello, el tenor del Art. 1 de la Constitución que expresa: *“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”*⁶⁴.

La función que esta disposición constitucional desempeña, está integrada esencial y básicamente por el reconocimiento de la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado, lo que conlleva la búsqueda por la efectiva y real vigencia de los derechos fundamentales de la persona, el Estado tendrá sentido sólo como un medio puesto al servicio de la persona humana, como un instrumento para la realización de los fines de

⁶⁴Constitución de la República de El Salvador, publicado en Diario Oficial N°234, tomo 281, dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y tres. Todas las actividades que realice el Estado serán con el fin de ofrecer una mejor calidad de vida, tutelando sus derechos y creando políticas de Estado.

éste. Es importante mencionar que el Derecho rige a todo un Estado pero este existe por causa de los hombres, por ende el Derecho es obra del hombre y está al servicio del hombre.

Razón por la cual el estado salvadoreño, por ser un estado constitucional de derecho, en donde se respeta la calidad de norma suprema de la Constitución, debe realizar todas las acciones para que la misma legislación secundaria se acople a la corriente doctrinaria que sigue la Carta Magna. Concluyendo de la anterior perspectiva, que si la norma primaria del ordenamiento jurídico nacional le confiere la calidad de persona al no nacido, toda la legislación, entiéndase leyes secundarias y reglamentos, deberán acoplarse a lo preceptuado por la Constitución, y de esa forma asegurar el pleno desarrollo de la persona humana en todos sus ámbitos, a partir del reconocimiento de los derechos que como persona le asisten.

2.2 Situación Legal del No Nacido Antes de la Reforma Constitucional del art. 1 inc. 2° de Fecha Tres de Febrero de Mil Novecientos Noventa y Nueve.

El Derecho y la sociedad se influyen mutuamente: un cambio social trae o puede traer aparejada la modificación o sustitución del orden legal, o una reforma legal provoca o puede provocar un cambio social⁶⁵.

En el Código Civil encontramos a quién debe considerarse como persona capaz de poder recibir una asignación testamentaria. En este

⁶⁵ ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual... ob. cit., Pág. 293. Las ciencias jurídicas, son cambiantes debido a que tienen que evolucionar de acuerdo a la sociedad y la exigencia de estos para con nuevos problemas que enfrentan y que el sistema normativo tiene que solucionarlos, siendo el medio idóneo para ello, la esencia del derecho es normar la conducta del ser humano, llevando la misma a la buena convivencia en sociedad, haciéndola una herramienta de convivencia.

sentido el artículo 963 señala: *“Para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión”*⁶⁶ y en el art. 72 establece: *“La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”*⁶⁷, de igual manera que la disposición anterior el Art. 25 de la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes del Patrimoniales del Matrimonio la cual establece : *“En este registro se inscribirá todo nacimiento vivo, es decir la expulsión o extracción completa del cuerpo de la madre, prescindiendo de la duración del embarazo, del producto de la concepción que, después de tal expulsión o extracción, respire o manifieste cualquier otro signo de vida, tal como el latido del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimiento efectivo de músculos voluntarios, si hubiere o no sido cortado el cordón umbilical y esté o no esté unida la placenta”*⁶⁸.

Por ende si el concebido no ha abandonado del claustro materno se vuelve incapaz para suceder, al no tener existencia al momento de abrirse la sucesión. Quien no tiene existencia no es persona y por ende si no se es persona no se puede ser titular de derechos.

Como se acaba de expresar el Código Civil, solamente exige, para conceder la personalidad, es decir atribuir la calidad de persona, que la criatura nazca viva; la duración de la vida fuera del claustro materno es indiferente, para la adquisición de los derechos, puesto solamente bastaba

⁶⁶Código Civil, Art. 963. Dicha exigencia se refleja como uno de los requisitos subjetivos para poder suceder, y tal se trata de existir al momento de abrirse la sucesión, puesto que no tendría objeto atribuir una asignación a alguien que no exista o que haya dejado de existir.

⁶⁷Código Civil, Art. 72. El pensamiento plasmado en el artículo en referencia es una clara influencia de las teorías conocidas como del nacimiento, concretamente la de la vitalidad, la cual exige que el producto de la concepción nazca con vida para reconocerle personalidad, de acuerdo a esta teoría la existencia, como se explicó, la persona inicia con el nacimiento.

⁶⁸Ley del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, publicado en Diario Oficial N° 228, tomo 329, de fecha ocho de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, Art. 25. La normativa del Registro del Estado Familiar sigue la línea doctrinara del Código Civil, reconociendo a la persona humana hasta su nacimiento.

vivir el más mínimo espacio de tiempo. Esta es la doctrina jurídica de la vitalidad: para ser persona, sólo es indispensable nacer vivo, teoría que fue acogida por la legislación civil salvadoreña.

La anterior doctrina, negaba rotundamente que él no nacido, fuese apto de adquirir derechos, en razón de exigir para ostentar la calidad de persona, nacer con vida, es decir tener tan solo por un mínimo instante la capacidad de vivir de forma independiente al cuerpo de la madre.

Opinión que tiene como sustento lo expresado por el artículo 72 del Código Civil dice que *“la existencia de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”*. Y agrega, reconociendo la existencia natural, 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”*⁶⁹.

De lo anterior se colige que la condición necesaria exigida por el Código Civil, para la atribuir la calidad de persona es el nacimiento, sin embargo para que este constituya un principio de existencia, generador de personalidad, se requieren tres condiciones:

1. Que el niño sea separado de su madre. El desprendimiento del feto del claustro materno puede obtenerse natural o artificialmente por medios quirúrgicos. Es indiferente a la ley una forma u otra, pues al respecto no hace distinción alguna.
2. Que la separación sea completa. ¿Qué ha querido decir el legislador con esta frase? esto se refiera al hecho de que la

⁶⁹Código Civil, Art. 72. En base a lo anterior, si el concebido vivía ni un instante, jamás existió legalmente en la vida jurídica, razón por la cual los derechos atribuidos a este no serían adquiridos por él, por lo que estos no podían ser transmitidos a sus ascendientes.

criatura salga toda del seno materno, sin que importe que el cordón umbilical esté cortado o no, por lo que basta que el cuerpo íntegro del hijo haya salido, aunque esté unido todavía a la madre por el cordón umbilical.

3. Que la criatura haya sobrevivido a la separación un momento siquiera. Para ser persona es suficiente vivir la fracción más insignificante de tiempo; basta un destello de vida.

La primera se refiere al desprendimiento del feto del claustro materno, esta puede darse natural o artificialmente por medios quirúrgicos, a la ley no le interesa los medios utilizados para hacerlo y el derecho no distingue entre el nacimiento natural o el que se obtiene por una operación quirúrgica. Con respecto a la segunda condición existe diversas opiniones, entre ellos unos son del criterio que para que exista separación completa debe haber un corte del cordón umbilical que une a la criatura a su madre, es decir Que tenga vida independiente. En consecuencia para estos no debe existir vínculo entre la madre y el hijo, esta postura es adoptada por nuestra legislación civil al decir *“separarse completamente de su madre”*⁷⁰. Otros autores son del criterio que para que exista separación completa, basta que la criatura salga toda del seno materno, sin que importe que el cordón umbilical esté cortado o no.

La última condición establece que para ser persona es suficiente vivir la fracción más insignificante de tiempo, basta un destello de vida. Esta condición resulta problemática para determinarla; ya que la criatura debe dar signos inequívocos de vida, cualesquiera que sean ellos. El más frecuente es el grito de la criatura que se produce al penetrar aire a los pulmones.

⁷⁰Código Civil, Art. 72. *“La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”.*

Pero cuando no existen signos de humanidad como este, es necesario en ocasiones recurrir a procedimientos científicos tendientes a comprobar huellas de la respiración, el más usual es de la “*Docimasia Pulmonar Hidrostática*”, que consiste (previas operaciones adecuadas) en sumergir los pulmones de la criatura en una vasija de agua, y si flotan significa que ha respirado, porque la entrada del aire disminuye la densidad de los pulmones, haciéndolos que sobrenaden, si caen al fondo, debe suponerse lo contrario.

La Docimasia Pulmonar Hidrostática, a pesar de ser la de mayor valor científico se le critica, porque no es una prueba categórica pues el pulmón que no ha respirado puede sobrenadar cuando se ha empleado alcohol para su conservación o cuando durante el parto las membranas obstétricas o cuando el niño respira gases desarrollados dentro del útero.

A raíz de que no es del todo confiable este tipo de pruebas se consideran otras pruebas completamente tales como la Docimasia Pulmonar Óptica: que consiste en examinar microscópicamente el tejido pulmonar. Además existe la Docimasia Pulmonar e Intestinal”.

2.3 Fundamento Jurídico de la Reforma Constitucional del art. 1 inc. 2° de Fecha Tres de Febrero de Mil Novecientos Noventa y Nueve.

Se dejará en evidencia que el fundamento principal de la reforma del art. 1 de la constitución, fue proteger la vida del no nacido y esto debido a que este derecho: *“es realmente el presupuesto o soporte físico de todos los derechos, que sin ella carecerían de sujeto y, por tanto, de entidad. No puede haber derechos subjetivos sin sujeto”*⁷¹.

⁷¹ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, Inconstitucionalidad, veinte de noviembre de dos mil siete, referencia 18-98, Considerando I, ib. Motivación primordial fue para los legisladores la protección de la vida del no nacido, para impulsar y ratificar la reforma del Art. 1 Constitución, puesto como se sostiene, este el sustento sobre el cual los demás derechos subjetivos se posan para poder, ser ejercidos.

La jurisprudencia constitucional ha clarificado el sentido personalista de los fines del Estado: de modo figurado la Constitución habla de los fines del Estado, y los mismos sólo pueden tener como último objetivo la realización de los fines éticos de la persona humana; por tanto, los órganos estatales no deben perder de vista que su actividad siempre debe orientarse a la realización de la persona humana, tanto en su dimensión individual como social, sin anteponer a este objetivo supremo, supuestos fines de la colectividad como conjunto orgánico, o del Estado como ente superior a aquélla, pues en este caso su actuación devendría en inconstitucional por vulnerar el artículo 1 de la Ley Primaria⁷².

En el art. 2 inc. 1º Constitución, utiliza la expresión toda persona, lo cual no puede ser interpretado en el sentido que la voluntad del constituyente haya sido excluir al nasciturus del ámbito de protección de la norma constitucional. Interpretarlo así sería un culto excesivo a los criterios literalista y subjetivista de la hermenéutica jurídica, plenamente rechazados en esta disciplina. La noción de persona en el texto constitucional no debe identificarse con su equivalente en el *Derecho Civil*, en que aquella existe a partir del nacimiento viable, pues tal equiparación, como recurso interpretativo, circunscribiría censurablemente el alcance de la norma constitucional. Por ello, dijeron que resulta más adecuado entender, “*que el carácter de persona no se confunde con sus expresiones o manifestaciones, la personalidad no se reduce a un mero factum verificable empíricamente, sino que es constitutivo natural de un cierto tipo de entes*”⁷³; ese carácter de

⁷²Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ref. 18-98... Considerando I, ic. Debido a la clara concepción personalista sobre la fue inspirada la Constitución de la República, es que este se vuelve un medio para alcanzar el logro de los fines del estado, y bajo esa premisa es que se ha reconocido la aptitud de gozar derechos de parte del nasciturus, que como ser humano perfeccionable le asiste, y lo perfeccionable parte de la situación especial que se encuentra la cual es desarrollándose en el claustro materno.

⁷³MASSINI CORREAS, Carlos, Filosofía del Derecho: El Derecho y los Derechos Humanos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994, Pág. 34. El termino persona no se limita

persona no se adquiere ni se pierde junto con la capacidad efectiva de ejercer los derechos o de ser responsable de las consecuencias; por el contrario, la personalidad se adquiere con la existencia en cuanto subsistente intelectual y se pierde sólo con esa misma existencia. De este modo, no puede ponerse en duda el carácter personal de los embriones o fetos humanos, así como de los recién nacidos, débiles mentales, dementes o enfermos terminales; todos ellos son sujetos de derechos humanos, pues son personas en ese sentido profundo y radical⁷⁴.

2.4 Fundamento Político de la Reforma Constitucional del art. 1 inc. 2° de Fecha Tres de Febrero de Mil Novecientos Noventa y Nueve.

En El Salvador, la regulación de los derechos al no nacido ha sufrido una gran transformación, esto debido a que a inicio del año 1999 se generó una coyuntura política que provocó cambios en el momento en que inicia la vida y en consecuencia su protección, dicha situación se origina desde el momento en que la Asamblea Legislativa discutía la despenalización del aborto en sus formas: terapéutico, ético y eugenésico, a raíz de la discusión del proyecto de reforma del Código Penal. Exponiendo los diputados: Julio Antonio Gamero Quintanilla, Alfonso Arístides Alvarenga, Carmen Elena Calderón de Escalón, Walter René Araujo Morales, Ricardo Adolfo León Mejía, Norman Noel Quijano, Osmin López Escalante, Vladimir Antonio Orellana Guerra, Amado Aguiluz Aguiluz, Napoleón de Jesús Meléndez, Selín Ernesto Alabí Mendoza, José Roberto Larios y Renato Antonio Pérez,

únicamente para determinar a un ente capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, sino a un ente con derechos inherentes desde el momento de su concepción.

⁷⁴Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ref. 18-98... Considerando I, ic. Básico se vuelve al interpreta la normativa constitucional, que cuando se trate de el goce de cualquier tipo de derechos, habrá de realizarse una interpretación extensiva en cuanto a favorecer a los titulares de los mismos, y no lo contrario, ya que la constitución al utilizar la expresión toda persona, no se refiere únicamente a los seres nacidos ya, sino también al que está por nacer.

las siguientes valoraciones como fundamento a la reforma del art. 1 de la Constitución:

- 1) *“Que el derecho humano más fundamental y bien jurídico máspreciado es la vida humana y ningún otro derecho tiene sentido si no se protege este férreamente. La falta de la debida protección de la vida humana desquebraja en su misma base el estado de derecho y la paz Social”⁷⁵;*
- 2) *“Que el orden jurídico salvadoreño debe reconocer esa realidad, y en consecuencia, proteger la vida humana desde su concepción, incluyendo disposiciones Constitucionales, en concordancia con normas expresadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles, y Políticos de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de la convención sobre los Derechos del Niño”⁷⁶.*
- 3) *“Si una sociedad no protege a los más pobres, desvalidos, inocentes e indefensos de sus miembros, más pronto que tarde termina perdiendo el respeto por todos los demás derechos”⁷⁷.*
- 4) *“Que está biológica, genética y científicamente demostrado que desde el instante de la concepción hay vida humana. Desde ese instante se constituye el código genético del ser humano y se*

⁷⁵Diario Oficial N° 87, tomo N° 335, quince de mayo de mil novecientos noventa y siete, Pág. 3. La problemática social, que afectaba al pueblo salvadoreño, motivo a sus representantes, con la soberanía dada por el pueblo, a realizar la reforma constitucional, ello con el fin de garantizar la consecución de los fines del estado.

⁷⁶Diario Oficial N° 87, tomo N° 335... Pág. 3. Influencia importante tuvo la normativa internacional de reconocimiento de derechos a favor del no nacido, en la reforma del Art. 1 Cn., siguiendo la línea doctrinaria del derecho internacional.

⁷⁷Asamblea Legislativa, San Salvador veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y siete, expediente N°. 6347-4-97, Pág. 23. La seguridad jurídica es la Condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran, representando la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio.

*mantiene inalterado desde ese momento hasta su muerte. Por tanto, desde el instante de la concepción se trata de una persona humana viva, individual, única e irrepetible*⁷⁸.

- 5) *“Que esta protección jurídica recoge la idiosincrasia nacional profesada por la Inmensa mayoría de los salvadoreños, independientemente de nuestras convicciones religiosas o políticas, de nuestra condición social o económica, o de nuestro sexo”*⁷⁹.
- 6) *“Que el aborto doloso atenta contra la vida humana y es un asesinato puesto que concurren varias circunstancias, entre ellas premeditación y alevosía, que lo convierten en un homicidio agravado”*⁸⁰.
- 7) *“Que es conveniente, para evitar cualquier duda de interpretación simplista, que la Constitución EXPRESAMENTE reconozca la personalidad de todo ser humano desde el instante de la concepción. Es decir, desde el instante que el espermatozoide fecunda el óvulo”*⁸¹.

De las posiciones tomadas por los legisladores, se nota el claro

⁷⁸ Asamblea Legislativa, expediente N°. 6347-4-97... Pág. 23. Habiendo reconocido la Constitución al ser humano desde el instante de la concepción, tiene que tutelar sus derechos porque es un sujeto regulado dentro del sistema normativo que le da el ser a la norma jurídica, ya que esta ha sido creada para el pleno desarrollo de la vida humana.

⁷⁹ Asamblea Legislativa, expediente N°. 6347-4-97... Pág. 24. Dentro de los regímenes de previsión social se encuentran las normas encaminadas a proteger económica y sanitariamente a la mujer durante el período de gestación, en el parto y con posterioridad a éste, durante lapso más o menos largo, según las legislaciones, de igual manera la reforma constitucional al reconocer a la persona humana desde el instante de la concepción, protege al ser humano que se encuentra en el claustro materno.

⁸⁰ Asamblea Legislativa, expediente N°. 6347-4-97... Pág. 24. El aborto posee dos significados: el primero de ellos, de ningún interés jurídico, porque la expulsión anticipada del feto ocurre de manera natural; el segundo de los significados se presenta cuando la salida de la persona del claustro materno se provoca de manera intencional mediante el consumo de drogas o ejecución de manipulaciones productoras de ese resultado o que lleven la intención de producirlo.

⁸¹ Asamblea Legislativa, expediente N°. 6347-4-97... Pág. 24.

trasfondo humanista que poseían los mismos, posición claramente revolucionaria a las ideas sociales que en el momento histórico se vivía en el país, por la pugna en la despenalización del aborto, influenciados también por la legislación internacional respecto del reconocimiento de la persona desde el instante mismo de la concepción. Atinada fue la posición de reconocer como el bien jurídico máspreciado, la vida humana, ya que sin el reconocimiento de ese derecho, que es la base sobre la cual se goza la gama de derechos de la cual la persona es titular. Por tratarse de una vida humana dependiente, por la calidad en la que se encuentra fue necesario adicionar al Art. 1 de la Constitución el actual inciso 2°, ya que no existía otra manera de expresar tan rotundamente el reconocimiento, por parte del estado, de la personalidad jurídica con la cual ahora cuenta el nasciturus, porque ¿De qué otra forma el no nacido podría ser titular del derecho a la vida? Era necesario reformular la concepción civilista respecto del inicio de la vida jurídica del ser que está por nacer, y tomando los avances tecnológicos y médicos de la época, con los cuales se demostró que el producto de la concepción, desde ese mismo instante, adquiere un código genético único, que se mantiene inalterado desde ese momento hasta su muerte, concluyéndose que desde el instante de la concepción se trata de una persona humana viva, individual, única e irrepetible, y un conjunto de células como algunos detractores de la nueva doctrina lo quieren considerar. Argumentos con los que los legisladores, como representantes del pueblo, concluyeron otorgarle la personalidad, es decir la aptitud para poder adquirir derechos, por parte del no nacido.

2.5 Fundamento Social de la Reforma Constitucional del art. 1 inc. 2° de Fecha Tres de Febrero de Mil Novecientos Noventa y Nueve.

Ciertas instituciones y organismos no gubernamentales al tener

conocimiento sobre la posible despenalización del aborto, se abocaron realizando peticiones y manifestaciones públicas frente a la Asamblea Legislativa, con el propósito de evitar tal despenalización, propugnando por la garantizarían del derecho a la vida desde el instante de la concepción⁸².

Entre las instituciones u organismos que llevaron a cabo tales acciones podemos mencionar: La Fundación Sí a la Vida, El Comité para la Defensa de la Vida Humana y la Dignidad de la Persona, La Iglesia Católica, a través de la Conferencia Episcopal de El Salvador (CEDES). Unificando todas ellas su interés por que el Estado Salvadoreño reconociera al ser humano desde el instante de la concepción estableciendo de manera concreta que Tal petición está inspirada en la conmemoración del Cincuenta Aniversario de la Declaración de Derechos Humanos, que se celebró el diez de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, El Salvador es uno de los cuarenta y ocho firmantes originarios de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Conferencia de París. La historia ha demostrado, que los derechos humanos de la persona son precarios si se deja a interpretación de terceros el reconocimiento de su calidad de persona, y se han cometido muchas barbaries en las últimas décadas a partir de declarar “*no personas*” a los más indefensos, disponiendo de ellos como objetos.

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

⁸²ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual... ob. cit., Pág. 65. El derecho como producto social, debe, bajo la característica de mutabilidad, adecuarse a los cambios sociales la sociedad acoge, esa fue una de las motivaciones que llevó a los legisladores a amparar los derechos de la persona que está por nacer, con la finalidad de no dejarle desamparado en el goce de los mismos y así evitar cualquier violación en su contra.

De ahí que la Asamblea Legislativa (periodo 1994-1997), realizara en la última Sesión Plenaria del 30 de abril de 1997 a iniciativa de los Diputados de ARENA (Alianza Republicana Nacionalista) y sin un estudio exhaustivo y sin mayor discusión, aprobara la reforma al Art. 1 de la Constitución, con fundamento en que: El Salvador es un Estado democrático que históricamente ha fundamentado sus sistema jurídico constitucional en el reconocimiento y la protección de la persona humana y en el pleno goce y vigencia de sus derechos y libertades fundamentales; y que el aspecto más fundamental para de la protección a c los derechos humanos de la persona es el reconocimiento de su calidad de persona, desde el instante de su concepción hasta su muerte natural.

La enmienda aprobada, adiciona un inciso segundo al artículo 1 de la Constitución de 1983 antes aludido, la cual expresa: *“Así mismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”*⁸³.

Esta reforma fue ratificada por la legislatura del periodo 1997 - 2000 el día 3 de febrero de 1999 a petición del Comité para la defensa de la vida humana y la dignidad de la persona, respaldado por miles de firmas de ciudadanos y organismos no gubernamentales mencionados con anterioridad⁸⁴. Dicha reforma constitucional se aprobó a raíz de la iniciativa de los Diputados de ARENA.

⁸³Acuerdo de reforma constitucional número 1 del 30 de abril de 1997. Publicado en el Diario Oficial número 87 Tomo 335. San Salvador 15 de mayo 1997. Pág. 3. El derecho constitucional al reconocer como persona al no nacido, concede la capacidad de goce de sus derechos más no el ejercicio de los mismos.

⁸⁴Ratificación de la reforma Constitución del Art. 1 publicado en El Diario Oficial número 32 Tomo 342 Decreto 541. San Salvador 16 de febrero de 1999. Pág. 41. Para reformar la Constitución podrá acordarse por la Asamblea Legislativa, con el voto de la mitad más uno de los Diputados electos, para que tal reforma pueda decretarse deberá ser ratificada por la siguiente Asamblea Legislativa con el voto de los dos tercios de los Diputados electos, así

La petición del mencionado Comité fue redactada de la siguiente manera:

“El Comité para la Defensa de la Vida Humana y la Dignidad de la Persona, respaldado por cientos de miles de firmas de ciudadanos y ciudadanas, y decenas de organizaciones de la sociedad civil, solicitamos que se ratifique la Reforma Constitucional al Art. 1 de la Constitución de la República aprobada por Acuerdo Legislativo de Reforma Constitucional número 1, de fecha 30 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial Tomo número 335. De fecha 15 de mayo de 1997. Tal petición está inspirada en la conmemoración del Cincuenta Aniversario de la Declaración de Derechos Humanos, que se celebró el pasado 10 de diciembre de 1998. Cabe a El Salvador el mérito de ser uno de los 48 firmantes originarios de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Conferencia de París el 10 de diciembre de 1948. La historia de los últimos 50 años ha demostrado, sin embargo, que los derechos humanos de la persona son precarios si se deja a interpretación de terceros el reconocimiento de su calidad de persona. La barbarie cometida en las últimas décadas ha partido de declarar "no personas" a aquel los más indefensos y poder así disponer de ellos como objetos. Es por ello que solicitamos la ratificación de la reforma constitucional que reconoce a todo individuo de la especie humana, desde el momento de su concepción hasta su muerte natural, como persona”⁸⁵.

De acuerdo a los antecedentes y al Expediente Legislativo referencia

ratificada, se emitirá el decreto correspondiente, el cual se mandará a publicar en el Diario Oficial.

⁸⁵Asamblea Legislativa, expediente N°. 6347-4-97... Pág. 20. La solicitud de ratificación de la reforma constitucional por parte del Comité Para la Defensa de la Vida Humana y la Dignidad de la Persona, se fundamenta principalmente en que El Salvador es firmante de la Declaración Universal de Derechos Humanos, por ende debe de reflejarlo en su ordenamiento jurídico reconociendo a la persona humana desde el instante de la concepción.

6347-4-97, la solicitud de reforma del Art. 1 de la Constitución, por parte del Comité para la Defensa de la Vida Humana y la Dignidad de la Persona, estaba encaminada principalmente, a establecer un impase a la despenalización del aborto ya sea en su forma: *Terapéutico*: el cual consiste en un aborto justificado por situaciones médicas que pueden consistir en riesgo grave para la vida de la madre, para salvaguardar la salud física o mental de la madre, cuando éstas están amenazadas por el embarazo o por el parto, riesgo de enfermedad congénita o genética, para evitar el nacimiento de un niño con una enfermedad congénita o genética grave que es fatal o que le condena a padecimientos o discapacidades muy graves, reducción de embriones o fetos en embarazos múltiples, hasta un número que haga el riesgo aceptable y el embarazo viable. Riesgo grave para la vida del hijo, cuando la continuación del embarazo o el parto significan un riesgo grave para la vida del hijo, ya sea porque viene con una malformación, o tiene un alto riesgo de vida cuando nazca; *Ético*: el aborto ético se suscita cuando el embarazo es producto de una acción delictiva, como la violación; y *Eugenésico*: Se llama aborto eugenésico a la interrupción del embarazo, el cual presenta ciertas condiciones del feto, como alteraciones cromosómicas y defectos congénitos. Pero en ningún momento reflexionaron sobre los demás derechos que posee un individuo al ser reconocido como persona por parte del ordenamiento jurídico.

2.6 Extensiones y Limites del Artículo 1 Inc. 2° de la Constitución.

Es indispensable para poder conocer el enunciado de la normativa, interpretarla y esto lo entenderemos como el producto de un cúmulo de apreciaciones fácticas y jurídicas que terminan dándole sentido a la norma, pasando a ser el Derecho vivo aplicable, entonces las normas constitucionales prácticamente tendrán el alcance que le den los jueces. La

norma constitucional siempre es objeto de interpretación, son pocos los casos claros, la generalidad es la duda, aunque no faltan autores que sostienen que a la interpretación se recurre cuando del texto no se obtiene respuesta concluyente⁸⁶.

La reforma constitucional de mil novecientos noventa y nueve trastocó el centro del ordenamiento jurídico nacional, al reconocer la existencia legal de la persona humana a partir de su concepción, con lo cual indefectiblemente ésta puede adquirir los derechos que a ella se refieran, sin que los mismos estén suspensos hasta que el nacimiento se efectúe, como señalaba la regla del art. 75 Código Civil, hoy derogada por aplicación del mandato constitucional; en cuyo caso tendrá lugar la representación de las personas por nacer, por sus padres⁸⁷.

Ciertamente el Art. 1 inc. 2° Cn reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción, sin embargo, es indiscutible que en la práctica no pueden hacerse efectivos todos los derechos que le asisten, ello atendiendo a las condiciones específicas de su estado biológico, en ese particular momento. Sin embargo se debe entender sin mayores cuestionamientos, que la capacidad de goce les asiste a los nonatos, pero en cuanto al ejercicio de sus derechos, estos como se expuso se realizara por medio de su representante legal.

La personalidad no se reduce a un mero factum verificable empíricamente, sino que es constitutivo natural de un cierto tipo de entes; ese carácter de persona no se adquiere ni se pierde junto con la capacidad

⁸⁶ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual... ob. cit., Pág. 65. la interpretación es la verdadera, recta y provechosa inteligencia de la ley según la letra y la razón, desentrañando cualquier texto falto de claridad.

⁸⁷Sentencia de la Cámara de Familia de la Primera Sección del Centro, CF01-52-A-2001, III, párrafo 7, también por la legislación secundaria en materia de familia, es reconocida la personalidad por parte del no nacido, con lo cual se ve robustecida la tesis que sostiene que la titularidad de derechos por parte del nasciturus principia con la concepción.

efectiva de ejercer los derechos o de ser responsable de las consecuencias; por el contrario, la personalidad se adquiere con la existencia en cuanto subsistente intelectual y se pierde sólo con esa misma existencia. De este modo, no puede ponerse en duda el carácter personal de los embriones o fetos humanos, así como de los recién nacidos, débiles mentales, dementes o enfermos terminales; todos ellos son sujetos de derechos humanos, pues son personas en ese sentido profundo y radical, concepción expuesta por la SC, al considerar que la calidad persona humana no se ve modificada por un simple acontecimiento natural como el nacimiento, lo cual se ve manifiesto al expresar que *“vida humana lo es, desde el momento de la concepción, con idéntica naturaleza antes y después del nacimiento, en un proceso con saltos únicamente morfológicos, pero no de naturaleza”*⁸⁸.

La extensión del Art. 1 inc. 2° de la Constitución, al reconocer al ser humano desde el instante de la concepción, es la búsqueda, por la efectiva y real vigencia de los derechos fundamentales de la persona, sin limitarse solo al bien jurídico vida, esto para que el no nacido goce de seguridad jurídica, la cual consiste en la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público, así lo establece la Sala de lo Constitucional al expresar que *“la noción de persona en el texto constitucional no debe identificarse con su equivalente en el Derecho Civil, pues en la Constitución habrá que interpretarlo desde el trasfondo humanista o personalista, el cual es una concepción filosófica en la que la función del derecho es garantizar la libertad de cada individuo, de*

⁸⁸Sentencia de la Sala de lo Constitucional, 18-98, IV, I, C, párrafo 5, el reconocimiento de persona del nasciturus impide caer en distinciones cualitativas absurdas de la persona, por lo cual debe entenderse que el no nacido es persona en toda la plenitud de su significado.

*forma que se le permita realizar libremente sus fines*⁸⁹. Puede presentarse en dos manifestaciones: la primera, como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones; y en la segunda, en su faceta subjetiva, como certeza del derecho, es decir, como proyección, en las situaciones personales, de la seguridad objetiva, en el sentido que los destinatarios del derecho puedan organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad.

Asimismo las legislaciones latinoamericanas cuentan con un vasto desarrollo respecto de la titularidad de derechos por parte del neonato, tal como lo establece el Código Civil peruano en el Art. 1 expresa que *“La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”*. Reconociendo de esa forma desde el instante mismo de la concepción el carácter de persona del nasciturus, atribuyéndole la calidad de sujeto de derecho, capaz de adquirir derechos.

La legislación civil argentina también reconoce la existencia legal de las personas que no han nacido aun, para lo cual el Código Civil Argentino en el Libro primero, titulado *“DE LAS PERSONAS”*, en la sección primera, título IV, en el Art. 70 dispone *“Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido”*.

La hermenéutica tradicional no ha resultado suficiente para la interpretación de la Constitución, por lo que se han formulado principios y

⁸⁹Sentencia de la Sala de lo Constitucional, 18-98, IV, I, A, párrafo 14, inspirados por una corriente humanista y personalista los legisladores decidieron agregar el inciso segundo al art. de la Constitución, atribuyendo de esa forma al no nacido la categoría de persona, que el mismo derecho civil le había negado, es decir lo convirtió en un sujeto derechos, superando de esa forma la concepción filosófica que inspiraba al Código Civil respecto del tratamiento que se tenía de la persona que está por nacer.

reglas propias para dicha interpretación, sin despreciar o dejar de recurrir a la teoría tradicional de interpretación para resolver el caso.

2.6.1 Teoría Tradicional.

La más conocida es la formulada por Savigny en el siglo pasado. Establece cuatro reglas. Estas cuatro reglas no necesariamente tienen que conducir a interpretaciones distintas, aunque no se descarta que se puedan dar. Si coinciden las cuatro reglas en la interpretación se logra un mejor resultado. En el caso de que las reglas no coincidan en la solución del caso se escogerá una de ellas, no habiendo preferencia entre las reglas gramaticales, sistemáticas y teleológicas, ya que cualquiera de ellas puede servir para solucionar el caso, menos la histórica, al no valer por sí sola pues se trata de una norma complementaria.

Las reglas señaladas por Savigny son las siguientes:

1. La interpretación gramatical: el intérprete se vale, para interpretar la norma, del texto literal y gramatical que usa el legislador. El sentido debe buscarse rigurosamente de su letra. El método gramatical es el menos adecuado para lograr la interpretación de la Constitución⁹⁰.

Tratándose de la interpretación de la Constitución el aludido método no es el correctamente indicado para poder declarar o establecer el verdadero sentido de sus disposiciones, principalmente cuando éstas manifiestan alguna declaración fundamental de contenido político social,

⁹⁰ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual... ob. cit., Pág. 66. La norma primaria de todo ordenamiento jurídico no puede ser interpretada únicamente en el sentido lógico de las palabras, por contener los principios básicos de todo el sistema normativo, no basta para desentrañar su alcance, el simple significado gramatical de las palabras.

económico, o cultural que exprese el espíritu del ordenamiento supremo, como es el caso que ocupa en la presente investigación, por lo este método no debe utilizarse de forma aislada.

2. La interpretación teleológica: Toda Constitución consagra jurídicamente una finalidad, el intérprete toma como base la finalidad que percibe de la norma constitucional, este permite establecer el sentido o alcance de un precepto legal atendiendo al fin de esta, es decir, a los determinados objetivos que se buscó conseguir mediante su establecimiento⁹¹.

El análisis de la Constitución de la República, y particularmente de su Preámbulo, permite conocer su contenido teleológico. El Preámbulo es una introducción al texto constitucional que no forma parte del mismo, y por tal razón no es fuente de poder ni instrumento jurídicamente regulador de la convivencia social. Pero es un elemento fundamental para la interpretación teleológica, al expresar con meridiana claridad los fines que inspiraron la sanción del texto constitucional y los grandes objetivos de la sociedad que el mismo organiza políticamente.

3. Interpretación sistemática: la norma se interpreta con relación a las otras del cuerpo legal en que está insertada. Esa relación es la que abre el camino para descubrir el sentido y alcance de las disposiciones que se pretenden interpretar, delimitando, respecto

⁹¹ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual... ob. cit., Pág. 67. La Constitución como norma suprema, contiene en sí, fines, que van encaminados a una lograr una armonía en todo el ordenamiento jurídico y conseguir el desarrollo pleno su principal fin, el cual es el perfeccionamiento de la persona humana en todos sus ámbitos, estos fines deben considerarse siempre al realizar la interpretación de la Constitución.

de cada una de ellas, su ámbito regulador⁹².

El método sistemático es el adecuado para poder disipar las aparentes contradicciones que pudieren ostentar dos o más preceptos integrantes de un mismo ordenamiento, con el objeto de concebir, a éste como un todo armónico y facilitar así su debida observancia en la realidad. La utilización del citado método interpretativo precave de los errores que comúnmente suelen cometerse al tomar en cuenta un solo precepto de un cierto ordenamiento jurídico sin relacionarlo con otros que componen su articulado, como si éstos no existieran. El empleo de este método reviste mayor importancia cuando se trata de la interpretación constitucional, pues el sentido y el alcance de las normas que integran la Constitución, suele repercutir gravemente en la realidad social y agravar su problemática, imposibilitando o, al menos, dificultando la implantación las soluciones para resolverla.

4. Interpretación histórica: se ocupa del proceso que ha seguido la ley desde su iniciativa (incluyendo antecedentes) hasta su aprobación. Todos los estudios de su proceso se toman en cuenta principalmente las iniciativas y sus razones, los dictámenes de las comisiones legislativas, las exposiciones de motivos o preámbulos, las discusiones parlamentarias, los debates parlamentarios, los contraproyectos para averiguar el

⁹²ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual... ob. cit., Pág. 66. Una norma constitucional no puede interpretarse de forma aislada, no puede considerarse siquiera que esta se encuentra contradicción con otra, sino más bien existe una relación de interdependencia y complementariedad entre normas, las cuales interpretándose de forma integral se puede desentrañar su verdadero alcance y significado, y esto no sucediera fuera difícil poder hablar de un sistema normativo concretamente, debido que si existen normas contradictorias, existirían dos sistemas normativos y no uno y esto daría paso a una inseguridad jurídica, cuando se suscitara un caso concreto relacionado a las normas en conflicto, sería difícil poder saber que norma será aplicable por el Juez.

sentido de la norma⁹³.

La exposición de motivos, no tiene valor normativo. Los antecedentes y debates del proceso constituyente pueden dar luz para aclarar algunas disposiciones constitucionales. Muchas veces esta solución es indispensable. Dicho método de interpretación constitucional consiste en la averiguación y determinación de todos factores, elementos, circunstancias, causas o fines, que en un momento dado de la vida de un pueblo hayan originado la proclamación de postulados o de principios básicos que forman el contexto esencial del ordenamiento esencial constitucional.

La doctrina también ha formulado una división bipartita:

1. Una primera teoría se dedica a buscar la voluntad del legislador (voluntas legislatoris) para darle sentido a la norma. La norma expresa lo que el legislador quiso expresar. Aquí cobran importancia los debates legislativos, la exposición de motivo, los trabajos preparatorios, los dictámenes de las comisiones legislativas, etc. Esta teoría era la seguida por la escuela de la exégesis que durante el siglo pasado comentaba el Código de Napoleón. Ha sido objeto de críticas, entre otras las siguientes: limita hasta la servidumbre el criterio del juez, producto del absolutismo moderno, acogido después por las revoluciones en el concepto de soberanía popular, lo que supone un legislador omnisciente y onnipotente; en las normas antiguas la voluntad del legislador pierde interés y no se adecúa a los tiempos nuevos; es difícil encontrar una voluntad en las decisiones mayoritarias de la Asamblea; en la mayoría de los casos los proyectos

⁹³ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual... ob. cit., Págs. 65 y 66. En este tipo de interpretación lo esencial es observar las situaciones específicas que conllevaron a plantear la reforma constitucional, esto en relación al vacío que fue considerado por la sociedad de la norma primaria.

de ley, son preparados por el poder ejecutivo (voluntad del ejecutivo); con frecuencia las decisiones son duales y transaccionales, lo que dificulta la interpretación; la división de poderes propicia en cierta forma la desvinculación de la voluntad del legislador; no pocas veces es difícil encontrar antecedentes legislativos para determinar tal voluntad. Si el texto es claro no hay que indagar sobre la intención del legislador. Por el contrario, si es dudoso, oscuro o admite varias interpretaciones, es preciso buscar la voluntad del legislador.

2. La segunda teoría, llamada objetiva, busca la voluntad de la ley (voluntas legis, non legislatoris) en la propia ley y no en la intención del legislador. La ley cobra en esta forma un valor propio que hay que interpretar de acuerdo con el sistema que permite adecuar la ley a las circunstancias actuales que el legislador originario no tuvo en consideración. Tal criterio debe prevalecer aunque se demuestre que discrepe del que se le quiso atribuir a la ley. Se expresa que la ley a la postre es más inteligente que su autor. Se desvincula del mismo y cobra vida propia⁹⁴.

2.6.2 Reglas Especiales.

Partiendo de la especial estructura de las normas constitucionales, se ha determinado que los métodos tradicionales de interpretación constitucional, sin insuficientes para la realización de tan delicada tarea, por lo que se han creado nuevas técnicas, principios, reglas e indicaciones para la interpretación constitucional. Veamos las principales:

⁹⁴ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual... ob. cit., Págs. 66 y 67. La Teoría Objetiva busca descubrir la intención de la norma, debido a que una vez construido el texto de la ley, se desvincula ésta del pensamiento del legislador para vivir una vida propia e independiente, se convierte en una entidad separada de su fuente directa y se subordina, esencialmente, al medio social y a sus transformaciones.

1. El principio de interpretación de contexto: en virtud de este principio las normas de la Constitución se interpretan dentro del todo armónico de sus preceptos. La Constitución es un todo orgánico. Los artículos de la misma se entrelazan y unifican a través de sus valores y principios⁹⁵.

Principio derivado del método sistemático, ya que debe entenderse al derecho, como un todo armónico, entrelazado y sin contradicciones, por lo cual es indispensable para entender lo preceptuado en una norma constitucional, entrelazarla con las demás normas del mismo rango.

2. El principio de unidad: en la interpretación la Constitución debe buscar preservar la unidad de la misma, la cual es la base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico. Por otra parte, todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse de acuerdo a la Constitución⁹⁶.

Dado que la Carta Magna contiene los derechos y garantías fundamentales de todo el ordenamiento jurídico estas no pueden interpretarse de forma aislada, sino como una unidad, desentrañando de esa forma el verdadero alcance los preceptos.

3. El carácter normativo de la Constitución: las interpretaciones constitucionales no deben someter a la Constitución. Esta es un límite para las leyes, las que no pueden, bajo pretexto de

⁹⁵ ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual... ob. cit., Pág. 71. La norma Constitucional al momento de interpretarla no debe de hacerse de una manera aislada cada interpretación normativa, sino que deben de tomarse en consideración todas las disposiciones que posea su cuerpo normativo.

⁹⁶ ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual... ob. cit., Pág. 71. La Constitución es la norma superior dentro el sistema normativo salvadoreño, el cual establece la línea doctrinaria que seguirán las leyes secundarias, por ende cuando se interpreten las referidas leyes, tendrá que hacerse siguiendo los preceptos constitucionales.

interpretaciones, desnaturalizarla, ni reformarla. Eso significaría su destrucción. Este límite es una medida de seguridad que otorga el ordenamiento jurídico. Fácilmente se puede ver la importancia que tiene la interpretación⁹⁷.

Lo que significa que bajo ningún motivo, puede pretenderse interpretar de manera abusiva la normas constitucionales, dándole un sentido limitado o exagerado a lo que la misma trate de mostrar.

4. La interpretación tiene un sentido político: ya que se usan, además de los estrictamente jurídicos, criterios y teorías que no son propiamente tales. En el criterio del intérprete influyen concepciones políticas, los valores vigentes y la situación de la realidad del país. Todo este cúmulo de circunstancias y las reglas de interpretación conducen al intérprete constitucional a dar una exégesis impregnada de una tendencia política. Por otra parte, las normas constitucionales están impregnadas de una carga política, moral y social. Todo lo expuesto nos conduce a ver a la Constitución en una triple dimensión: como norma jurídica, como receptora de valores y como un ordenamiento vinculado a la realidad social, económica y política sobre el cual descansa. Todo lo expuesto nos lleva a pensar en un juez constitucional que debe trabajar con la colaboración y apoyo de las ciencias sociales auxiliares, especialmente la economía, la

⁹⁷ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual... ob. cit., Págs. 71 y 72. Siendo la Constitución la norma suprema del ordenamiento jurídico no puede ser desnaturalizada su interpretación por un precepto que se enuncie en una disposición de una norma secundaria, debido a que la constitución no está subordinada a las leyes, sino que las leyes están subordinadas a la constitución, siendo la misma la base fundamental del ordenamiento jurídico, donde se encuentran las directrices que poseerán las normas secundarias y dentro de ellas se encuentra enmarcada el derecho civil y los límites y los alcances que el mismo tendrá, como para ilustración se encuentra el Art. 23 Cn., donde se regula la libre testamentifacción.

sociología, la geopolítica y la histórica. De estas materias debe manejar los conceptos más usuales⁹⁸.

Para realizar la correcta interpretación de la norma constitucional, no debe de olvidarse la situación actual en la que se encuentra el país, debido a que en relación a ella se implementan políticas, las cuales tienen mayor eficacia con la correcta interpretación de la carta magna, la cual recoge los derechos fundamentales del ser humano, con los cuales este tendrá una mejor desarrollo.

5. Las relaciones internacionales y la integración supranacional: las comunicaciones, la globalización, las grandes inversiones de capital, el desarrollo económico y tecnológico son factores que están propiciando en el mundo estrechas relaciones internacionales e integraciones supranacionales. Por otra parte, existen problemas comunes a la humanidad: la protección del ambiente, la delincuencia internacional organizada, el peligro de una guerra nuclear. Los Estados son cada día más interdependientes, por lo que la autarquía, la autosuficiencia y la soberanía absoluta pierden fuerza en la época moderna. Por lo expuesto, las constituciones sufren una influencia del exterior y reflejan la tendencia hacia la integración de bloques, supranacionales y continentales. Los tratados, las decisiones de los organismos supranacionales, los usos y costumbres de las

⁹⁸ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual... ob. cit., Pág. 72. La norma jurídica siempre está en armonía con las necesidades de la sociedad, ya que son estas las que exigen un cambio a la norma jurídica y por ello con la situación que vive el país, estando en concordancia, con las políticas encaminadas a mejorar la vida de las personas, por ello no se tiene que perder de vista que el derecho es una ciencia cambiante, conjuntamente con la sociedad de un territorio determinado, concretamente el territorio salvadoreño, donde existen problemáticas que van surgiendo y con esas necesidades el derecho debe dar soluciones, y así convertirse en pieza fundamental de la sociedad, de lo contrario no será más que letra muerta.

relaciones entre los Estados, se proyectan sobre el Derecho nacional. Además propicia la integración política y económica en América Central⁹⁹.

Claramente se puede apreciar como la Constitución Salvadoreña, se ve impregnada con las corrientes de pensamiento de los países extranjeros, como de los tratados internacionales de protección a los derechos humanos, así se manifiesta al estimar los legisladores la reforma del Art. 1 inc. 2 ° de la Constitución dado lo expresado en tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles, y Políticos de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de la convención sobre los Derechos del Niño.

6. Principio de concordancia: se parte de la idea de que no existen bienes jurídicos superiores a otros en la Constitución. No obstante, es posible que los derechos o libertades choquen entre sí. Por ejemplo: el honor, la unidad, el derecho a la defensa y la libertad de información; la libertad y la seguridad, la libertad y la igualdad; la propiedad y el interés público. El intérprete debe evitar que un derecho destruya al otro, para lo cual es preciso que separe los campos de acción de los derechos en conflicto, de tal manera que puedan funcionar armónicamente y sin confrontaciones. Esta es una operación de ponderación o valoración de los bienes o valores constitucionales con el objeto de establecer una proporcionalidad adecuada a los campos de acción de ambos derechos, siempre dentro del texto de la Constitución. Dentro de la proporcionalidad se presenta el problema de si un principio o valor tiene mayor fuerza que otro.

⁹⁹ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual... ob. cit., Pág. 73 y 74. La reforma del Art. 1 de la Constitución, fue influenciada por la Declaración de Derechos Humanos, por estas razones es donde el derecho internacional influye en el sistema jurídico de un Estado.

La solución no es fácil, no obstante se reconoce la existencia de principios preferentes como el pro libertate, salvo que en el caso concreto favorezca al individuo y perjudique al interés general¹⁰⁰.

Para que una persona se desarrolle plenamente debe de existir un conjunto de condiciones necesaria que la conforman los derechos fundamentales, los cuales se encuentran regulados en la Constitución, dichos derechos tienen también que tener una armonía entre ellos, ya que si sucede lo contrario, la persona quien es titular, se vería afectada, debido a que un derecho fundamental limitaría a otro, de esa forma no podríamos hablar en estricto sentido de plenitud entre ellos.

7. Principio de razonabilidad de la ley: el principio de igualdad es considerado como un valor superior del sistema democrático identificado por el orden de valores que establece¹⁰¹.

Sin embargo, no es poco frecuente que el legislador regule situaciones de manera desigual, en virtud de otros principios o valores consagrados en la Constitución, sin que por esto se anule la ley en sede jurisdiccional. Se pretende igualar a los desiguales. Este tipo de regulación es atendible cuando las razones están fundadas en el derecho y los valores constitucionales. Encontradas las razones de la desigualdad y la clarificación de la finalidad de la ley es preciso también encontrar la relación pacífica entre la finalidad y los medios consagrados en las normas para lograrla.

8. Los actos o normas que emanan de los poderes del Estado

¹⁰⁰ ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual... ob. cit., Pág. 74. El conjunto de condiciones materiales necesarias para que cada individuo pueda realizarse en el marco de un orden justo un desarrollo pleno; en ese sentido, pueden señalarse como caracteres fundamentales la armonía de la totalidad de los bienes jurídicos.

¹⁰¹ ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual... ob. cit., Pág. 74 y 75. El principio de igualdad consiste en tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales.

gozan de la presunción de constitucionalidad: Esto significa que la carga procesal de la prueba corre básicamente a cargo de la que invoca la inconstitucionalidad. Se aplica el Derecho Procesal común. Se parte de la necesidad de conservar el Derecho y no de la hipótesis, contraria como lo exige el sentido común. Supone, pues, que la autoridad o el legislador han actuado dentro de la legalidad y que el que alega lo contrario debe probarlo, pues la ley está amparada por la presunción¹⁰².

“En la operación interpretativa de la Constitución, debe procurarse optimizar su fuerza normativa”¹⁰³, lo cual significa que, de entre varias opciones interpretativas, se debe elegir la que optimice y maximice la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido. Es evidente que, entre negar al nasciturus el derecho fundamental a la vida y reconocerle su titularidad, ésta última opción es lo más conforme con una mayor eficacia del art. 1 inc. 2° Cn.

La noción de persona en el texto constitucional no debe identificarse con su equivalente en el Derecho Civil, en la Constitución habrá que interpretarlo desde el trasfondo humanista o personalista, el cual es una concepción filosófica en la que la función del derecho es garantizar la libertad de cada individuo, de forma que se le permita realizar libremente sus fines y la función del Estado es organizar y poner en marcha la cooperación social, armonizar los intereses individuales y colectivos con miras a obtener el bien

¹⁰²ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual... ob. cit., Pág. 77 y 78. Existen mecanismos para poder controlar la constitucionalidad de los actos que emanan de los poderes del Estado dentro de los cuales se pueden mencionar, la solicitud de Inconstitucionalidad y el Amparo.

¹⁰³VIGO, Rodolfo Luis, Interpretación Constitucional, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1993, Pág. 105. Cuando se interprete la norma constitucional debe de tomarse en consideración hacer extensivos los derechos fundamentales y en ningún momento limitarlos, porque la norma busque tutelar a la persona humana de una manera íntegra.

común¹⁰⁴. En el Código civil la noción de persona, se toma desde un punto de vista distinto como ya se mencionó al de la Constitución, esto obedece a que la ley secundaria Civil toma como persona, un sujeto que puede contraer derechos y obligaciones, y en ningún momento en ella se alude a derechos fundamentales en toda su gama, esto debido a que el este cuerpo normativo regula aspectos patrimoniales y la relación persona bienes.

El Código Civil a raíz de la reforma en mención sufrió cambios que para el desarrollo de la investigación es de importancia referir, encontramos que el Código Civil en su Art. 72, tal como se apuntó con anterioridad define a quién debe considerarse como persona, estableciendo el momento en que principia la vida y la protección de este derecho antes del nacimiento.

En este sentido el artículo 963 del Código Civil, establece: *“Para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión”*¹⁰⁵, señalando como incapacidades para suceder el no tener existencia al momento de abrirse la sucesión por lo que a la luz de lo prescrito por el Art. 73 del Código Civil: *“La ley protege la vida del que está por nacer. El Juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá”*, es indispensable evidenciar la aparente contradicción entre la carta magna y el Código Civil, debido a que en cada uno de los cuerpos normativos se reconoce a la

¹⁰⁴Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ref. 18-98... Considerando I, ic. Se vuelve indispensable dejar claro el sentido de cada ordenamiento jurídico que en este estudio este analiza, como lo son el derecho constitucional y el derecho civil, el primero se encarga de reafirmar los derechos fundamentales de las personas y el derecho civil principalmente de aspectos patrimoniales y debido a esas razones algunas nociones de derecho no tendrán el mismo alcance.

¹⁰⁵Código Civil, Art. 963. *“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.”*

persona humana en momentos distintos, no existiendo uniformidad entre ellos, en la Constitución específicamente en su Art. 1 inc. 2°, se reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción y en el Art. 72 del Código Civil, se establece que la existencia legal de toda persona principia al nacer, debido a estas disposiciones se suscita la referida contradicción.

Surgiendo la interrogante en cuanto a considerar al no nacido como persona y a la vez incapaz de suceder, a este respecto si nuestro Código Civil afirma que: Para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión, situación que tiene origen en el mencionado Artículo 963 Código Civil, al prescribir que: *“Para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión”*¹⁰⁶, en concreto quien no tiene existencia no es persona y por ende si no se es persona no se puede ser titular de derechos.

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

Es claro entonces que, mediante una formulación lingüística que reduce el grado de apertura de las cláusulas constitucionales similares en otros ordenamientos, la posición del constituyente salvadoreño define que la calidad de persona se tiene desde el instante de la concepción, calidad que desde luego no puede ser entendida o interpretada en el sentido que se trata de un sujeto de obligaciones frente al Estado o frente a otros sujetos. El

¹⁰⁶Código Civil, Art. 963. En este artículo es indispensable mencionar que para el código civil la existencia legal de toda persona principia al nacer, así es establecido en el artículo 72 de este mismo cuerpo legal.

reconocimiento que en la disposición constitucional se hace, es en el sentido de entender que se trata de un nuevo ser de la especie humana, de manera que el Estado y demás sujetos se encuentran obligados a garantizarle la vida desde ese mismo instante. Es decir, se trata de una concepción de persona que fundamentalmente busca la protección de los derechos del nasciturus y no en el sentido de reconocerlo como sujeto de obligaciones frente a otros sujetos¹⁰⁷.

La nueva vida humana ha de ser objeto de protección por el Estado y por sus instituciones. 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). Vida humana lo es, desde el momento de la concepción, con idéntica naturaleza antes y después del nacimiento, en un proceso con saltos únicamente morfológicos, pero no de naturaleza¹⁰⁸.

2.6.3 Reflexión.

De lo expresado en el presente capítulo se puede observar cuales fueron los factores socioculturales que motivaron a los legisladores de los periodos 1995-1997 y 1997-1999, a realizar la reforma constitucional objeto

¹⁰⁷ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ref. 18-98... Considerando IV, 1, C. La capacidad es la aptitud que tiene una persona en relaciones jurídicas determinadas, para ser su sujeto activo o sujeto pasivo, en el tema de la capacidad es indispensable para realizar un negocio jurídico concreto.

¹⁰⁸ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ref. 18-98... Considerando IV, 1, C. Quien está en el útero es considerado como si ya estuviera entre los humanos, todas las veces que se trata del provecho del feto mismo, aun cuando de ningún modo puede beneficiar a otro antes que nazca.

de la investigación, siendo este la lucha por diversos grupos sociales de despenalizar el aborto, razón por la cual la asamblea legislativa por medio de sus diputados, decidieron reconocerle la calidad de persona al no nacido, no porque no la tuviere, sino porque como muy ha quedado establecido en el desarrollo, hasta este momento, era necesario una disposición expresa y tajante que reconociera en el ordenamiento jurídico salvadoreño la personalidad, es decir la aptitud legal de ser sujeto de derecho por parte del ser humano desde el instante mismo de la concepción. Asimismo quedó establecido que el legislador, no pretendía solamente reconocerle el derecho de protección a la vida al que está por nacer, es decir no intentaba transformarlo en un simple objeto de protección por parte del sistema jurídico, sino que influenciados por una clara concepción humanista y personalista, y apoyados en los avances científicos de la época, sostuvieron que el producto de la concepción desde ese instante mismo, debe ser catalogado como persona, asignando tal calidad, le confirieron desde momento la capacidad de ser sujeto de derecho, es decir la aptitud de adquirir derechos.

CAPITULO III EL NO NACIDO.

Sumario; 3.1 Generalidades; 3.2 Etimología; 3.3 Antecedentes Históricos; 3.4 Teorías Sobre la Existencia de la Persona Humana; Teoría de la Concepción; 3.4.1 Teoría del Nacimiento; 3.4.2 Teoría de la Vitalidad; 3.4.3 Teoría de la Viabilidad; 3.4.4 Teoría Ecléctica; 3.4.5 Teoría de la Inscripción en el Registro del Estado Familiar; 3.5 Principio de la Existencia del que está por Nacer; 3.6 El Nacimiento y su Importancia; 3.6.1 Nacimiento; 3.6.2 Parto y Nacimiento; 3.7 Situación de los Derechos Asignados al No Nacido Entre la Etapa de la Concepción y el Nacimiento; 3.7.1 Teoría de la ficción (Savigny); 3.7.2 Teoría de los Derechos sin Sujeto; 3.7.3 Teoría de la Condición Suspensiva; 3.7.4 Teoría de la Condición Resolutoria; 3.7.5 Cuadro sinóptico sobre las Teorías de la Situación de los Derechos Asignados al No Nacido entre la Etapa de la Concepción y el Nacimiento; 3.8 Reflexión.

3.1 Generalidades.

En el devenir del tiempo se ha podido observar la evolución del no nacido en el ámbito social y jurídico, en un primer momento considerándolo parte del cuerpo de la madre y con esa línea doctrinaria se alimentaba la idea de que la madre podía decidir el futuro del no nacido, dejando desarrollarse al nasciturus en su claustro materno o interrumpir su embarazo, y esto sin tener una repercusión jurídica, como por ejemplo que dicha conducta este tipificada como un ilícito penal. Se adopta la idea que él no nacido es parte del cuerpo de la madre, pero también parte de la sociedad, y esto debido a que si una sociedad poseía más habitantes tenía una mayor capacidad económica, por ende si una mujer atentaba contra la vida del no nacido, atentaba contra la comunidad, y esta hace lo tendiente para normar de una manera concreta la tutela del no nacido en el ordenamiento jurídico, estableciendo que él no nacido se tendrá como ya nacido en todo lo que le favorezca a él, pero en ningún momento podrá beneficiar a un tercero, lo cual

fue adoptado por nuestro ordenamiento jurídico en el Art. 72 del Código Civil, en el sentido que si no se suscita el nacimiento con vida, los derechos pasaran a otras personas como que si él no nacido jamás hubiera existido.

Con el desarrollo de los métodos científicos específicamente con llamados niños de probeta, esta es una técnica de fecundación de los ovocitos por los espermatozoides, se realiza fuera del cuerpo de la madre, dejando en evidencia que él no nacido puede poseer vida fuera del claustro materno y con ello establecer la vida independiente de éste, desde el instante de la concepción, lo cual ha sido inmerso en el Art. 1 inc. 2° de la Constitución, adoptando la teoría de la concepción.

3.2 Etimología.

A la persona que se está desarrollando en el claustro materno de la madre y que ha de nacer se le ha dado el nombre de “*nasciturus*”, vocablo de origen latino, que deriva a su vez del latín “*naceré*”, denominación de nasciturus identifica “*al que va a nacer*” o “*al por nacer*”, esto es, al engendrado, no nacido aún¹⁰⁹.

El nasciturus es el concebido aún no nacido “*nondum natus*”, es el ser humano en el periodo de su vida que va desde el momento de la concepción hasta el momento del nacimiento, y se desarrolla en las diferenciadas etapas de embrión y de feto. Por embrión debe entenderse el ser humano desde la fecundación hasta el tercer mes del embarazo; por feto se entiende el ser humano desde el tercer mes de embarazo hasta el

¹⁰⁹ DOLORES LOYARTE, Adriana E. Rotonda, Procreación Humana Artificial un Desafío Bioético, Editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1995, Pág. 189 y 190. Para una parte de los profesionales del derecho la palabra nasciturus o no nacido es sinónimo de un ente que no posee capacidad para obtener derechos pecuniarios, pero con el reconocimiento de la persona humana desde el instante de la concepción el no nacido posee todos los derechos como una persona ya nacida.

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

El término preembrión para referirse al periodo que va desde la fecundación hasta el día catorce del embarazo, en el que se produce la anidación. La introducción de tal término no es sino una manipulación del lenguaje para justificar la utilización científica del embrión humano como material genético, salvando la gravedad ética y moral de la creación y utilización de mismo con fines científicos de investigación. Sin embargo, 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 órganos¹¹⁰.

El proceso que constituye un nuevo ser humano es la fecundación. Con él se prepara la materia recibida de los progenitores para dar una unidad celular con las características propias de inicio o arranque de un programa de vida individual; esto es, con capacidad de comenzar a emitir o expresar el

¹¹⁰SERRA, Ángelo, El Estado Biológico del embrión Humano, editorial BAC, Madrid, España, 1996, Pág. 573. La medicina al explicar la situación que presenta el no nacido en sus primeras etapas de la concepción trata de dejar sentado que desde que se suscita la unión entre el espermatozoide y el ovulo existe vida independiente al de la madre y por ende para el derecho ha nacido un nuevo ser que posee derechos, esto debido al apareamiento de un código genético, que es totalmente diferente al de la madre y desde la concepción hasta antes que suceda su muerte es el mismo, pudiendo claramente diferenciar en la etapa de embarazo al no nacido y a la madre sin ningún problema.

lenguaje genético del nuevo individuo. El engendrar de los padres, la fecundación natural, acaba en la formación de una célula con un fenotipo característico, el cigoto, que inicia su ciclo vital¹¹¹.

En ese proceso del embrión se ponen de manifestó tres características:

1. La coordinación, pues en él se dan un conjunto de actividades celulares perfectamente coordinadas bajo el control del nuevo genoma, a través de un conjunto de señales que se transmiten de célula a célula, lo que infiere la unidad del embrión, que no es un mero conglomerado de células.
2. La continuidad, pues con la fusión de los dos gametos comienza el ciclo vital de un nuevo y único ser humano, que es siempre el mismo ser que se está formando según un plan definido.
3. La gradualidad, por virtud de la cual la forma definitiva se alcanza gradualmente y que implica una regulación intrínseca de cada embrión¹¹².

¹¹¹LÓPEZ MORATALLA, N., FIV y Deficiencia en la Relación intergametos y en la relación inicial madre-hijo, La Humanidad In Vitro, editorial Comares, Granada, 2002, Pág. 129. Para no perderse dentro del inicio de la nueva vida que se está desarrollando dentro del claustro materno de la madre, hay que establecer de manera clara e inequívoca que una persona se forma desde la fecundación del ovulo y el espermatozoide, desde ese instante el nuevo ser posee características propias que lo diferencian de la madre.

¹¹²SERRA, Ángelo, El Estado... ob. cit., Pág. 589. Desde el instante de la concepción el nuevo ser recibe la calidad de persona con ello la tutela de sus derechos por medio del sistema normativo, esto es importante mencionarlo para que no exista confusión al decir la ciencia de la medicina que el concebido se va desarrollando gradualmente en el seno materno y que mediante el devenir del tiempo va evolucionando hasta tener la capacidad de poder vivir fuera del claustro materno, en ningún momento se pondrá de manifiesto cosa contraria, se acepta el desarrollo del neo nato en el claustro materno quien desde el instante mismo de la concepción posee un código genético que será el mismo durante toda su vida, y eso hace que se reconozca a la persona desde el instante de la concepción otorgándole derechos y el Estado tutela la existencia del mismo, estableciendo normas concretas que regulan situaciones concretas como desde que instante existe la persona humana regulado en el Art. 1 Inc., 2ª de la Cn.

Se puede, afirmar que el embrión es un nuevo ser humano con sus propias y peculiares características, que le hacen único y diferenciado de cualquier otro; cada embrión mantiene constantemente su propia identidad, su individualidad y su unicidad. Si es un nuevo ser humano, es una persona en acto, no en potencia, conforme afirman algunos¹¹³.

El nasciturus es, pues un nuevo ser humano distinto de sus padres, con su propio código genético y su propio sistema inmunológico, identidad del embrión, si bien precisa de un entorno necesario para su vida y desarrollo, lo que no le niega su individualidad y su condición de ser humano. El desarrollo del cigoto, del embrión y del feto se produce por la capacidad intrínseca del propio nuevo ser, unida a la relación necesaria con el medio en que, en cada momento de su vida, se desenvuelve; es, por tanto, un nuevo ser humano¹¹⁴, revestido de toda su dignidad y de todos los derechos que al hombre le corresponden como tal.

El nasciturus es, una, persona desde las fases embrionaria y fetal, realidad que debería ser reconocida por el Derecho Positivo, superando la concepción decimonónica de la persona y acogiendo con mayor amplitud el concepto jurídico constitucional derivado del art. 1 inc. 2º de la Constitución, y, en su consecuencia, reconociéndole como sujeto titular de los derechos que son inherentes a todo ser humano. Es una incongruencia de nuestro ordenamiento jurídico que, por un lado el concepto constitucional de persona

¹¹³LUCAS LUCAS, Ramón, Antropología y problemas bioéticos, editorial BAC, Madrid, España, 2001, Pág. 76. Algunas posturas doctrinarias ponen de manifiesto que el no nacido no es una vida concreta sino más bien una vida en potencia, debido a que tiene posibilidades de no desarrollarse completamente, lo cual no es retomado debido a que se ha demostrado que desde la concepción podemos hablar de una vida de manera concreta por las características que posee el nuevo ser.

¹¹⁴SERRA, Ángel, El Estado... ob. cit., Pág. 576. Se diferencian estados del no nacido dependiendo de su desarrollo en el vientre de la madre no siempre podemos decir que la concepción es un Feto debido a que este es el producto de la concepción, después del tercer mes de embarazo y antes del parto, primero es un cigoto y luego embrión y por último feto.

tenga una amplitud plena, mientras que el Código Civil, mantenga un concepto decimonónico; de otro lado es otra incongruencia que al nasciturus, desde la perspectiva del Derecho Civil, se le protejan todos los efectos que le sean favorables y se le reconozcan ciertos derechos civiles, recibir donaciones y derecho a la herencia, y se le niegue su dignidad y sus derechos fundamentales. Si ello es así no se puede negar la naturaleza indiscutiblemente humana del nasciturus, pues, como queda dicho, en el desarrollo del ser humano no hay saltos cualitativos, siendo siempre el mismo cuerpo biológico, hasta la muerte en la ancianidad más longeva.

3.3 Antecedentes Históricos.

Entre los primeros Códigos Americanos se destacó el de Chile de 1855 que establecía con claridad la existencia legal de que toda persona principia al nacer, esto es al separarse completamente de su madre, pero también establece la protección de la vida del que está por nacer de donde se deduce la potestad judicial de tomar medidas para proteger la existencia del no nacido y la obligación de diferir castigo a la madre si pusiera en peligro la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno. El nasciturus no es una porción del vientre de la madre, pues posee vida o existencia y salud y su amparo es desde afuera pues lo brinda la ley, pero los derechos le quedan suspendidos hasta el nacimiento¹¹⁵.

Para desarrollar los antecedentes en El Salvador, es necesario primero señalar el origen de nuestra legislación en materia civil. Nuestra legislación es una copia del Código Civil Chileno, quien a su vez del código

¹¹⁵SASTRE MUNCUNILL, Luis Roca, Derecho de Sucesiones, Tomo I, Editorial Bosch, S.A., 2ª Edición Barcelona España, 1995. Pág. 391. Desde el instante que se hicieron pruebas con niños llamados de probeta, se llegó a la conclusión que el no nacido no es porción simplemente del vientre de la madre, sino una vida independiente, por ende la madre no puede disponer de la vida del nasciturus.

civil francés, de Napoleón Bonaparte, este se vio enormemente influenciado por el derecho romano, en el cual se sostenían dos teorías acerca del origen de existencia de la persona humana, la primera la de la vitalidad, que en simples palabras, exige que para que a alguien se le considere persona, este debía de nacer vivo; y la de la viabilidad, que sostiene que debía de nacer vivo y sobrevivir de forma independiente al nacimiento.

El Código Civil salvadoreño de 1860, retoma ambas teorías, ya que de la lectura del art. 72 del Código Civil, se deduce que *“la existencia legal de la persona principia al nacer”*¹¹⁶, adoptando así la teoría de la vitalidad, y luego en el inciso segundo dice, *“la criatura que muere en el vientre materno o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera”*¹¹⁷, acogiendo la teoría de la viabilidad, así que podemos decir que en nuestro país, la legislación civil ha creado una teoría ecléctica en cuanto a las teorías de la existencia de la persona humana, ya que retoma lo primordial de ambas teorías. Es así que nuestra legislación desde antiguo, ha reconocido la protección de la vida del que está por nacer, facultando a los Jueces tomar todas las providencias que les parezcan convenientes para tal fin, así como lo establece el artículo 73 del Código Civil, *“El Juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá”*¹¹⁸, sin embargo, esa protección

¹¹⁶Código Civil, Art. 72. El no nacido posee existencia natural, pero no existencia legal, porque esto lo adquiere hasta que sucede su nacimiento, esto de acuerdo al Art. 72 del Código Civil, en tal disposición se argumenta que el no nacido es un ente que no posee derechos de igual manera que los ya nacidos.

¹¹⁷Código Civil Art. 72 Inc. 2°. Los derechos asignados al no nacido que muere en el vientre materno serán adjudicados a otras personas, ya que estos estaban en suspenso del nacimiento con vida del nasciturus.

¹¹⁸Código Civil Art. 73. Esta disposición le otorga la función al legislador para proteger al no nacido, pero en ningún momento lo equipara a una persona ya nacida, teniendo una mayor eficacia la disposición del Art. 1 inc. 2° de la Constitución, ya que la protección del nasciturus la equipara a la protección de una persona nacida.

si bien está limitada al derecho esencial de la vida, no lo ha sido respecto a la protección integral de los otros derechos.

Partiendo, de lo establecido en el código civil, el concebido y no nacido no se le consideraba como persona, y en consecuencia, se le puede otorgar una asignación testamentaria a su favor, pero la normativa civil lo establece que será bajo la forma de las asignaciones condicionales, reguladas en el Art. 1052¹¹⁹, el cual nos remite al 1344 del Código Civil, es decir, se podía dejar bienes a las personas antes expresadas pero con la condicionante que esta nazca, caso contrario se declararía nula esa asignación, y por ende no produciría los efectos con la cual la otorgo el testador, en vista que esa persona legalmente jamás tuvo existencia.

Antes de la reforma constitucional de mil novecientos noventa y nueve, la Constitución no regulaba la protección de los derechos del que esta por nacer, como un reconocimiento al valor superior que constituye la vida humana, es así que la reforma constitucional modifico por completo el ordenamiento jurídico nacional, al reconocer la existencia legal de la persona humana a partir de su concepción, con lo cual indefectiblemente ésta puede adquirir los derechos que a ella se refieran, sin que los mismos estén suspensos hasta que el nacimiento se efectúe, como señalaba la regla del Art. 75 Código Civil, hoy derogada tácitamente por la aplicación del mandato constitucional; en cuyo caso tendrá lugar la representación de las personas por nacer, por medio de sus padres.

¹¹⁹ Código Civil, Art. 1052. "Las asignaciones testamentarias pueden ser condicionales. Asignación condicional es en el testamento, aquella que depende de una condición, esto es, de un suceso futuro e incierto, de manera que según la intención del testador no valga la asignación si el suceso positivo no acaece, o si acaece el negativo. Las asignaciones testamentarias condicionales se sujetan a las reglas dadas en el título "De las obligaciones condicionales", con las excepciones y modificaciones que van a expresarse.

“En este orden, la doctrina de la protección integral del niño actualmente se define en fortalecer el reconocimiento del resguardo de los derechos humanos, basándose en el principio de inviolabilidad y dignidad de la vida humana, que alcanza la especial importancia de la consagración del concebido como sujeto de derechos”¹²⁰.

3.4 Teorías Sobre la Existencia de la Persona Humana.

Todas las teorías propuestas al respecto coinciden en señalar como surge la personalidad jurídica del ser humano, el momento en que éste adquiere una gama de atributos dentro de los cuales podemos resaltar, la capacidad y el patrimonio, entre otros, 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 para adquirir derechos, y la segunda en la aptitud legal para poderlos ejercer por sí mismo. El patrimonio es un conjunto de bienes, derechos, acciones y obligaciones, estimables en dinero. A este conjunto se le concibe como un ente abstracto, ideal, de naturaleza meramente intelectual, incorpóreo, distinto de sus elementos individualmente considerados, los cuales no se pueden reunir materialmente; es una universalidad creada por el derecho, una universalidad jurídica. Estos dos atributos son esenciales para decir que una persona es sujeto de derechos *“poder adquirir derechos y obligaciones”* y en el caso del no nacido, saber

¹²⁰ KEMERMAJE DE CARLUCCI, Recomendaciones de la comisión N° 1 del congreso internacional de Derecho de Familia, Tomo III, Italia, 1996, Pág. 295. Cuatro principios básicos de la Protección integral de la niñez son: La Igualdad o No discriminación; El interés Superior del Niño; La Efectividad y Prioridad Absoluta; y La Participación solidaria o principio de solidaridad, lo que se busca es la protección de la niñez tomada desde el instante de la concepción, con ello se evoluciona de la idea que se es niño desde el nacimiento hasta los doce años y ahora se dirá que se es niño desde el instante mismo de la concepción, pero lo más importante o lo que interesa dejar claro es el tema de los derechos sucesorios del niño que se encuentra desarrollándose en el claustro materno, y la efectividad de los mismos en un caso concreto..

cuál es la situación de los derechos sucesorios asignados. Las divergencias surgen porque no existe acuerdo acerca de cuándo el ser humano adquiere vida independiente y por ende el inicio de su personalidad, reconocidas principalmente por el ordenamiento jurídico las principales teorías son:

3.4.1 Teoría de la Concepción.

La teoría de la concepción del derecho canónico del Medioevo expone que la vida se hace independiente en el momento de que el espermatozoide fecunda al óvulo¹²¹.

La vida humana independiente comienza en el momento de la concepción y que por ello la personalidad jurídica del ser humano debe comenzar en desde dicho momento, por ello en la Constitución Venezolana específicamente en el Art. 76, se regula que: *"El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto"*¹²².

Entre las legislaciones latinoamericanas

La declaración preeminente de la protección de la maternidad el contexto de la Constitución Nacional, enmarca el deber que incumbe al Estado de proteger la maternidad y en este punto de análisis, de modo muy significativo y específico no podemos dejar de lado el alcance y proyección de la norma contemplada en el Artículo 76 de la Constitución Venezolana,

¹²¹QUISBERT, Ermo, Comienzo... ob. cit., Pág. 1. Fecundación es la acción por la cual dos gametos o células sexuales masculina y femenina se unen formando un huevo o cigoto, lo cual ocurre aproximadamente dentro de veinticuatro horas después del coito sexual.

¹²² Constitución Venezolana, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5453 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, veinticuatro de marzo del año dos mil, Art. 74. Cuando en la disposición precitada se hace referencia *"hasta su desarrollo completo"*, se observa como la normativa constitucional Venezolana reconoce que el ser que se desarrolla en el vientre de la madre es reconocido como persona esto porque la disposición lo enmarca dentro del término niño, y adopta la teoría de la concepción.

particularmente en lo que atañe a la protección a la maternidad; en efecto, en esta norma indica que con la consagración de este deber y responsabilidad que incumbe de manera muy especial al Estado, constitucionalmente no se puede dar motivo a cualquier acción u omisión que permita atentar contra la vida del nasciturus, esto es, contra aquél que está por nacer, a quien también le asisten derechos como persona, el derecho entre nosotros no tutela ni protege únicamente al nacido vivo, sino también al no nacido, para que este pueda tener una vida de mayor calidad fuera del claustro materno, siendo la etapa del embarazo es una etapa crucial para pleno desarrollo de la persona humana.

Como un apoyo a la Teoría de la Concepción adoptada por nuestro ordenamiento jurídico, es importante un cuestionamiento, *“¿Cuándo comienza a existir un ser humano? la respuesta más precisa a esta cuestión de acuerdo con los conocimientos científicos actuales. La biología moderna nos enseña que los progenitores están unidos a su prole por un eslabón material continuo, de modo que de la fertilización de una célula femenina (el óvulo) por la célula masculina (el espermatozoide) surgirá un nuevo miembro de la especie. La vida tiene una historia muy, muy larga, pero cada individuo tiene un comienzo muy preciso, el momento de su concepción”*¹²³.

3.4.2 Teoría del Nacimiento.

La teoría del nacimiento dice que la personalidad comienza cuando un ser cobra vida independiente, cuando sucede el alumbramiento. El nacimiento señala el comienzo de la personalidad. Esta teoría sostiene que

¹²³ Corte Constitucional de Colombia, Santafé de Bogotá, Colombia, Inconstitucionalidad, diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, expediente D-386, N° 4, Pág. 12. El Concebido tiene existencia desde que el óvulo de la mujer es fecundado, en nuestro ordenamiento jurídico es aplicable debido a que se reconoce al ser humano desde el instante de la concepción.

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, una “*portio mulieris*”, debido a que en el momento en el que el no nacido se encuentra desarrollándose en el claustro materno, no es posible diferenciar el cuerpo del no nacido del de su progenitora, teniendo este el mismo futuro de lo que le suceda al cuerpo de la madre, ya que su pleno desarrollo depende de las sustancias y nutrientes que le suministre la madre. Estas teorías del nacimiento, a veces atenuadas o complementadas, han predominado desde los tiempos de Roma. Dentro de las cuales se encuentran la teoría de la vitalidad, que exige para reconocer la personalidad que el producto de la concepción nazca con vida; y la teoría de la viabilidad, que exige que el nacido permanezca con vida durante un periodo determinado de tiempo, demostrando así una aptitud para la vida:

3.4.2.1 Teoría de la Vitalidad.

Exige que el feto nazca vivo para reconocerle personalidad, de acuerdo a esta teoría la existencia de la persona inicia con el nacimiento. Para que este momento sea considerado como un principio de existencia se requiere de tres condiciones fundamentales: primero que el niño sea separado de su madre; segundo que la separación sea completa; y tercero que viva después de esta separación un instante siquiera.

La primera se refiere al desprendimiento del feto del claustro materno, esta puede darse natural o artificialmente por medios quirúrgicos, a la ley no le interesa los medios utilizados para hacerlo y el derecho no distingue entre el nacimiento natural o el que se obtiene por una operación quirúrgica. Con respecto a la segunda condición existe diversas opiniones, entre ellos unos

son del criterio que para que exista separación completa debe haber un corte del cordón umbilical que une a la criatura a su madre, que tenga vida independiente. En consecuencia para estos no debe existir vínculo entre la madre y el hijo. Otros autores son del criterio que para que exista separación completa, basta que la criatura salga toda del seno materno, sin que importe que el cordón umbilical esté cortado o no, la última condición establece que para ser persona es suficiente vivir la fracción más insignificante de tiempo, basta un destello de vida, para poder haber llegado a ser un sujeto de derecho, ya que *“la existencia legal de toda persona principia al nacer”*¹²⁴. Esta condición resulta problemática para determinarla; ya que la criatura debe dar signos inequívocos de vida, cualesquiera que sean ellos. El más frecuente es el grito de la criatura que se produce al penetrar aire a los pulmones.

Pero cuando no existen signos de humanidad como este, es necesario en ocasiones recurrir a procedimientos científicos tendientes a comprobar huellas de la respiración, el más usual es de la *“Docimasia Pulmonar Hidrostática”*, que consiste (previas operaciones adecuadas) en sumergir los pulmones de la criatura en una vasija de agua, y si flotan significa que ha respirado, porque la entrada del aire disminuye la densidad de los pulmones, haciéndolos que sobrenaden, si caen al fondo, debe suponerse lo contrario.

La Docimasia Pulmonar Hidrostática, a pesar de ser la de mayor valor científico se le critica, porque no es una prueba categórica pues el pulmón que no ha respirado puede sobrenadar cuando se ha empleado alcohol para su conservación o cuando durante el parto las membranas obstétricas o

¹²⁴Código Civil, Art. 72. *“La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”, en la disposición precitada la teoría del nacimiento se pone en evidencia, es preciso mencionar que de la teoría en mención se desprenden la teoría de la vitalidad y la teoría de la viabilidad.*

cuando el niño respira gases desarrollados dentro del útero.

A raíz de que no es del todo confiable este tipo de pruebas se consideran otras pruebas completamente tales como la Docimasia Pulmonar Óptica: que consiste en examinar microscópicamente el tejido pulmonar. Además existe la Docimasia Pulmonar e Intestinal.

La anterior teoría es acogida por la legislación civil salvadoreña, ya que el Código Civil establece en el Art. 72 que *“La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”*¹²⁵.

3.4.2.2 Teoría de la Viabilidad.

Exige que el feto nazca vivo y viable, *“vitae-babilis”* literalmente: hábil para la vida, o sea, apto para vivir fuera del seno materno, ya que estima que, caso contrario, no existe una vida humana independiente.

Una presunción de la teoría de la viabilidad, consideraba que todo niño nacido vivo había nacido viable, salvo que se probara lo contrario. Otra presunción de esta teoría era que es viable todo niño que sobrevive 24 horas al nacimiento y de que no lo es, el que no sobreviva dicho plazo.

¹²⁵Código Civil, Art. 72, “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”, en la disposición precitada la teoría del nacimiento se pone en evidencia, es preciso mencionar que de la teoría en mención se desprenden la teoría de la vitalidad y la teoría de la viabilidad, en esta última teoría lo importante radica en la capacidad del recién nacido de vivir fuera del claustro materno y esto será demostrado dejando un periodo de tiempo que en la mayoría es de veinticuatro horas.

El Artículo 30 del Código Civil Español incluye dentro de sus disposiciones la teoría de la viabilidad, estableciendo que, “Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”¹²⁶.

Hay que distinguir entre el nacimiento, como hecho natural o biológico, el cual consiste en la separación del feto del claustro materno, y el comienzo de la vida fuera del vientre de la madre, y el de ser reputado nacido; y el nacimiento a efectos civiles, que exige cumplir que tenga figura humana y que viva veinticuatro horas fuera del claustro materno, he lo anterior se puede observar la diferencia entre el nacimiento natural y el nacimiento a efectos jurídicos.

El momento del nacimiento es aquel en que el feto queda enteramente desprendido del seno materno, según establece el artículo 30 del Código civil, con lo que se pone fin a la antigua polémica de algunos romanistas, sobre si el momento de nacer es el de la salida del claustro materno o el del corte del cordón umbilical. La total independencia física del feto, con una función nerviosa, circulatoria y respiratoria propias, es el momento que valora nuestro Código civil, la cual tiene lugar cuando se rompe el cordón umbilical.

Los Códigos, y entre ellos el nuestro, parecen presuponer la coincidencia entre nacimiento y autonomía fisiológica del individuo, pero tal coincidencia ya no es necesaria, pues el empleo de innovaciones

¹²⁶Código Civil de España, Real Decreto del veinticuatro de julio de mil ochocientos ochenta y nueve, Art. 30. para que el nasciturus pueda gozar de los derechos que le fueron asignados debe de cumplir ciertos requisitos a la hora de su nacimiento y estos son: que tenga figura humana, para lo cual los profesionales de la medicina han opinado que el ser humano debe de poseer, cabeza, tronco y extremidades, para poder tener figura de humana, y el segundo requisito para poder reputarse como nacido dentro del derecho civil debe de vivir veinticuatro horas, estos dos aspectos no son adoptados por el ordenamiento jurídico salvadoreño, ya que debido a la reforma constitucional del Art. 1 de la Constitución, de mil novecientos noventa y nueve, en la cual se introdujo la teoría de la concepción.

tecnológicas idóneas sustituye a la madre en los últimos meses del embarazo. En consecuencia, se ha sugerido (Bessone-Ferrando) que los avances en la experimentación científica parecen destinados a modificar el concepto tradicional del reconocimiento del ser humano.

3.4.4 Teoría Ecléctica.

La teoría ecléctica, de las dos anteriores. Dice: la personalidad comienza con el nacimiento, pero por una ficción al concebido se lo tienen por nacido para todo lo que le sea favorable. No le reconoce personalidad al feto, entonces este no es persona, por lo siguiente: Si fuera persona no tendría que recurrir a la teoría ecléctica, bastaría con la Teoría de la Concepción.

La ficción es una posibilidad, no una realidad, y se le denomina ficción jurídica al procedimiento de la técnica jurídica mediante el cual, por ley, se toma por verdadero algo que no existe o que podría existir, pero se desconoce, para fundamentar en él un derecho, que deja de ser ficción para conformar una realidad jurídica, es a través de una ficción jurídica como se fundamenta la existencia del no nacido.

Las ficciones jurídicas tienen algunas similitudes con las presunciones, y principalmente con las presunciones iuris et de iure (de derecho), aunque no son exactamente lo mismo. Una presunción sirve para invertir o facilitar la carga de la prueba a una persona, mientras que la ficción jurídica tiene por finalidad servir como base para una regulación concreta. Esa ficción sólo le otorga algunos derechos subjetivos al no nacido. Para ser sujeto de derecho no sólo se debe tener derechos sino también obligaciones. Entonces: ¿cuál es la condición jurídica del ser por nacer? Como no es persona se le llama naciturus, que se descompone en el conceptus (el concebido por nacer).

3.4.5 Teoría de Inscripción en el Registro del Estado Familiar.

La teoría de la inscripción en el registro civil de Messineo dice que la personalidad no comienza con el nacimiento sino con la inscripción del nacido en el registro del estado familiar. Cuando nace es un ser humano, pero no puede hacerlo valer para ningún efecto, no puede reclamar herencia, ni alguna otra petición, etc., porque entes necesita un Partida de Nacimiento, como documento idóneo para establecer su existencia legal¹²⁷.

La anterior teoría requiere además de la condición del nacimiento vivo de nuevo ser, su correspondiente inscripción en el registro del estado familiar, con los requisitos exigidos por ley para realizar tal asiento, así como lo dispone el Artículo 25 de la Ley Transitoria Del Registro Del Estado Familiar y De Los Regímenes Patrimoniales Del Matrimonio que dispone “*En este registro se inscribirá todo nacimiento vivo, es decir la expulsión o extracción completa del cuerpo de la madre, prescindiendo de la duración del embarazo, del producto de la concepción que, después de tal expulsión o extracción, respire o manifieste cualquier otro signo de vida, tal como el latido del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimiento efectivo de músculos voluntarios, si hubiere o no sido cortado el cordón umbilical y esté o no esté unida la placenta*”.

3.4.6 Cuadro sinóptico de las Teorías Sobre la Existencia de la Persona Humana.

En el siguiente cuadro sinóptico de manera concreta se exponen las diferentes teorías sobre el principio de la existencia de la persona humana.

¹²⁷QUISBERT, Ermo, Comienzo... ob. cit., Pág. 2.

Teorías	Posición Adoptada en la Investigación	Regulación
Teoría de la Concepción	Para efectos de la presente investigación esta es la doctrina que más se adecua a la misma, puesto le reconoce la titularidad derechos que le son asignados al no nacido, reconociendo la calidad de persona, que el mismo adquiere desde el instante de la concepción.	Art. 1 de la Constitución de la República de El Salvador: <i>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 como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción</i> “.
Teoría de la Vitalidad	En la investigación se ha denotado no es posible ya, condicionar la atribución de derechos al que está por nacer, al nacimiento, puesto que constitucionalmente la calidad de persona ya le es reconocida.	Art. 72 del Código Civil Salvadoreño: <i>“La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre..</i>
Teoría de la Viabilidad	Por estar encaminada en el mismo sentido que la teoría que antecede, esta no puede tenerse como válida, ya que condiciona la capacidad de adquirir de derechos, además del nacimiento, a que el nacido haya sido viable.	Art. 93 del Código Civil Colombiano: <i>“el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos”</i> .
Teoría de la Inscripción en el Registro Civil	Esta teoría, dificulta aún más la atribución de derechos al no nacido, ya que además requiere, para que la persona se apta para gozar de derechos, que esta se inscriba en el Registro de Personas naturales que para dichos efectos se lleva.	Art. 93 del Código Civil Colombiano: <i>“pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”</i> .

3.5 Principio de la Existencia de la Persona Humana.

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

1. La fase de formación del cigoto, que es aquella que va desde la penetración del ovocito hasta la formación del cigoto de una sola célula;
2. Etapa previa a la implantación del embrión, o etapa preimplantatoria, o del preembrión, que comprende la fase del desarrollo embriológico que se extiende desde que se ha producido la fecundación del óvulo, 14/16 días más tarde, cuando se forma la línea primitiva o cresta neuronal esbozo del sistema nervioso, coincidiendo con la implantación definitiva en el útero de la madre, incluye la evolución del cigoto de una sola célula y de dos células; morula; blastocito;
3. Fase postimplantatoria o etapa del embrión propiamente dicho, llamado así desde la implantación o anidación del embrión en la mucosa uterina, hasta aproximadamente el tercer mes del comienzo de la última menstruación de la mujer; es la fase de la organogénesis, origen de los órganos, puesto que a partir de la línea primitiva o cresta neuronal, comenzaran a desarrollarse los órganos corporales, al menos los más importantes, que continuaran su evolución, maduración en la fase fetal;
4. Etapa fetal, o fase de formación del feto, que comprende el desarrollo del ser humano desde aproximadamente el tercer mes de gestación hasta el parto, caracterizándose por una maduración

progresiva de los órganos, sistemas y funciones de los mismos.

Biológicamente, desde que se encuentran el óvulo y el espermatozoide, y se fusionan sus núcleos comienza a existir una nueva entidad que se diferencia del cuerpo materno. Tiene cualidades propias y singulares, *“La vida comienza desde el instante de la gestación, dado que la protección de la vida en la etapa de su proceso en el cuerpo materno, es condición necesaria para la vida independiente del ser humano fuera del vientre de la madre”*¹²⁸. Por ello la concepción, genera un nuevo ser que existencialmente es diferente de la madre, y cuyo desarrollo y perfeccionamiento para adquirir viabilidad de vida independiente, concretada con el nacimiento, no puede quedar al arbitrio de la libre decisión de la embarazada, se observa la necesidad que el ordenamiento jurídico intervenga en la protección del derecho a la vida del no nacido en un primer momento y así este pueda disfrutar de sus derechos.

Desde la fecundación, este individuo de la especie humana tiene el potencial genético que, con un desarrollo adecuado y en un proceso ininterrumpido, lo llevará a expresarlo en sus diversas etapas biológicas y Psicológicas hasta su muerte. Ahora bien, este individuo, ¿es ya una persona?, desde una perspectiva biológica, *“si nos apoyamos en su caudal genético, que posee desde el momento de la fecundación, en la cual sucede una fusión nuclear de gametos o singamia, con eso podemos afirmar que su ácido desoxirribonucleico, determinará que es un ser humano y no otra*

¹²⁸ Corte Constitucional, Santafé de Bogotá, Colombia, Inconstitucionalidad, diecisiete de Diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, N° C-133/94, 4. En la jurisprudencia Colombiana se adopta la posición que la tutela de los derechos del no nacido en ningún momento pueden quedar al arbitrio de la madre, sino que se vuelve indispensable que el ordenamiento jurídico tome un papel activo en dicha tutela, desde el instante de la concepción, debido a que esta etapa tiene incidencia en la vida fuera del claustro materno, porque es el instante donde se entran formando los órganos del no nacido, los que harán el buen funcionamiento o mal funcionamiento del cuerpo humano en la vida extrauterina, he ahí la importancia de la vida intrauterina.

cosa”¹²⁹.

3.6 El Nacimiento y su Importancia.

La existencia natural de las personas comienza con la concepción, o sea, el momento en que se unen las células sexuales masculina y femenina, y llega hasta el nacimiento, que marca el inicio de la personalidad legal¹³⁰.

La existencia de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre, reconociendo la existencia natural, 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 jamás¹³¹.

Este argumento bastaría por sí solo para sostener nuestra posición a favor de la protección integral del nasciturus desde el inicio de su vida, así como también el conjunto de prerrogativas a su favor.

Muchas y discordantes son las posiciones del pensamiento moderno que han querido ver en aquellas etapas biológicas una función decisiva a la hora de fundamentar la situación jurídica del *“engendrado no nacido”*.

¹²⁹ DOLORES LOYARTE, Adriana E. Rotonda, Procreación Humana Artificial un Desafío Bioético, Editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1995, Pág. 206. Con los avances científicos se ha demostrado que el ser humano que se desarrolla en el vientre de la madre posee características propias, con las cuales se puede diferenciar de la madre y llegar a la conclusión que una persona surge desde el momento de la concepción.

¹³⁰ SOMARRIVA U., Manuel, et al, Tratado... ob. cit., Pág. 243. Se hace una diferencia entre existencia natural y existencia legal, esto para saber desde qué momento la persona adquiere sus atributos, como la capacidad y el patrimonio, entre otros, marcando la pauta para que pueda adquirir asignaciones testamentarias, y esto sucede desde su nacimiento que es donde surge la existencia legal de la persona.

¹³¹ Código Civil, Art. 72, inc. 2°. Una parte de los profesionales del derecho comparten la idea que este artículo del Código Civil, ha sido derogado tácitamente por el artículo 1 inc. 2° de la Constitución, pero otra parte considera lo contrario, habiendo una contraposición de criterios de los cuales predominan el primer criterio en mención.

Algunas de ellas intentan apoyarse en las diferencias morfológicas que caracterizan los diferentes estadios del proceso evolutivo del *“por nacer”*, para dar por ello sentado que el hombre puede ser reputado tal después de cumplidas determinadas etapas de su desarrollo físico. El nudo de la discusión se centra en determinar que relevancia ética y jurídica podemos atribuir a dicha vida en su proceso secuencial. Los cromosomas de un individuo humano comienzan a caracterizarlo como tal desde que inicia la fusión nuclear de los pronúcleos del espermatozoide y del óvulo que le dieron origen.

Muchos expertos en la materia sostienen, que atribuir personalidad a un preembrión, esto es el óvulo fecundado pero que no se ha implantado en el útero de la madre, por el solo hecho de que tiene vida humana es un absurdo, para ellos el preembrión es un conglomerado de células, o un tejido celular específico, a lo que no pueden considerar ser humano, pues como todavía no se ha implantado en el útero materno y carece de la línea primitiva neuronal, la delineación de su sistema nervioso, no es aún ser humano; sin embargo somos de la opinión, al igual que otro sector de expertos; que esas diferencias biológicas sustanciales a las que hacen alusión, constituyen una secuencia programada de cambios, que conforman el ciclo vital del organismo, esa conformación celular de un cigoto o preembrión desarrollará esa potencialidad de ser un hombre. La nueva realidad humana, surgida de dos realidades distintas, el óvulo y espermatozoide, tiene una potencialidad propia y goza desde ese momento de individualidad aunque este en el vientre materno, ya no son dos células distintas, sino la unión de las mismas con características diferentes que ha dado lugar a un nuevo ser. Por ello, reconocer al sujeto de derecho desde una instancia de desarrollo tal o cual, dando preeminencia a la existencia de unos u otros signos vitales o de relación, implica desconocer estadios

anteriores fundamentales en el devenir del individuo humano, sin los cuales no llegaría a los últimos. Concluyendo podemos decir, que el nasciturus debe ser reputado persona desde el inicio de su vida y un sujeto de derechos y obligaciones, con los alcances y limitaciones, debido a su incapacidad de hecho absoluta.

El texto del Art.1 inc. 2° Cn., establece “*se reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción*”¹³², Con este término el constitucionalista quiere dar a entender, la fecundación del óvulo femenino por el espermatozoide masculino en el seno materno, es decir el nasciturus; ello supone también garantizar todos aquellos derechos inherentes a la persona humana, entre ellos el gozar de un patrimonio.

Puesto que la concepción ocurre de manera oculta, ¿cómo podemos determinar el momento exacto de la misma?, la ley establece un plazo dentro del que se presume la concepción. Este plazo se deriva de establecer un máximo y un mínimo del embarazo. De acuerdo al Art. 74 del Código Civil, “*De la época del nacimiento se colige la de la concepción*”, es decir que se parte de un hecho cierto, el nacimiento, a un hecho incierto, el de la concepción. Según la regla de este artículo, se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, plazo mínimo, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento, plazo máximo. Es decir que producido el nacimiento se cuenta hacia el pasado trescientos y

¹³²Constitución, Art. 1 Inc. 2°, “*se reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción*” hay diferentes posiciones doctrinarias sobre este tema en el sentido que se discute la esencia de la reforma constitucional, el porqué de ella unos autores al realizar un estudio rápido establecen que la reforma fue encaminada únicamente a la protección de la vida del ser humano que se desarrolla en el claustro materno y ningún otro derecho debido a la situación en la que se encontraba la discusión de la despenalización del aborto, y otros autores sostienen que todos los derechos se le reconocen y no únicamente el derecho a la vida.

ciento ochenta días, máximos y mínimos. Durante los ciento veinte días restantes debió producirse la concepción que el Código Civil presume.

3.6.1 Nacimiento.

Para que el nacimiento constituya un principio de existencia, generador de personalidad, se requieren tres condiciones¹³³:

- I. Que el niño sea separado de su madre. El desprendimiento del feto del claustro materno puede obtenerse natural o artificialmente por medios quirúrgicos. Es indiferente a la ley una forma u otra, pues al respecto no hace distinción alguna.
- II. Que la separación sea completa. ¿Qué ha querido decir el legislador con esta frase? En opinión de ciertos intérpretes, que ningún vínculo haya entre la madre y el hijo, ni siquiera el del cordón umbilical, que une el embrión a la placenta y sirve de conducto a la sangre de la madre que nutre al feto. Otros piensan que las palabras del legislador se refieren al hecho de que la criatura salga toda del seno materno, sin que importe que el cordón umbilical esté cortado o no. En otras palabras, los primeros sostienen que hay separación completa cuando la criatura ha salido toda del vientre y ha sido cortado el cordón, o cuando, sin estarlo, la placenta ya estuviera expulsada; los segundos afirman que basta que el cuerpo íntegro del hijo haya salido, aunque esté unido todavía a la madre por el cordón umbilical. Estos últimos apoyan su manera de ver en los argumentos siguientes:

¹³³SOMARRIVA U., Manuel, et al, Tratado... ob. cit., Pág. 243. Al nacimiento se le llama parto, pero para que suceda existe un periodo de tiempo de gestación, es decir el período entre la concepción y el nacimiento, dura en torno a nueve meses, de manera genérica.

La integridad del cordón no significa propiamente unión de los dos cuerpos, pues dicho lazo es un anexo que no pertenece al cuerpo del niño ni al de la madre.

Si el individuo no comenzara a existir sino después de practicada la operación a que se alude, resultaría que el nacimiento no sería un acto puramente natural, sino que en muchos casos esencialmente artificial.

Los padres podrían decidir a voluntad el principio de la existencia de la persona. Los otros contra argumentan que el tenor literal de la disposición en estudio revela que el legislador habla de una separación material entre la madre y el hijo, y a esta separación nada debe faltar para que se estime completa, ya que ése es el significado que da el Diccionario de la Lengua a esta última palabra; si el cordón permanece uniendo el hijo al cuerpo de la madre, faltaría el seccionamiento de este lazo para reputar completa la separación. La separación completa que menciona el Código, es, pues, una separación total material y no la separación fisiológica que no implica el corte del cordón umbilical. A juicio nuestro, el sentido de la ley no es claro. Y si bien el tenor literal parece ajustarse más a la opinión de la separación material, creemos preferible, por las consecuencias, la interpretación de la separación fisiológica.

- III. Que la criatura haya sobrevivido a la separación un momento siquiera. Para ser persona es suficiente vivir la fracción más insignificante de tiempo; basta un destello de vida. Pero la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no sobrevive

a la separación un momento siquiera, “*se reputa no haber existido jamás*”¹³⁴.

Determinar si un individuo ha vivido o no, puede tener mucha importancia en la práctica, por las consecuencias que se derivan, sobre todo en materia de derecho sucesorio. Una persona instituyó heredero de sus bienes a un hijo póstumo, que es el que nace después de fallecido el padre: si éste nace vivo y muere un minuto después, por ejemplo, ha heredado, porque ha sido capaz de adquirir derechos, y la madre hereda de su hijo por el derecho de transmisión; en tanto que si la criatura hubiese nacido muerta, no tendría la madre derecho alguno sobre los mismos bienes¹³⁵.

La supervivencia del hijo a la separación puede probarse por los medios ordinarios, y, principalmente, recurriendo al testimonio del médico. Habrá que pedir auxilio, entonces, a los procedimientos médico-legales, dirigidos a comprobar las huellas de la respiración, signo por excelencia de la vida. El más usado y el que presenta mayor valor científico, dentro de la relativa seguridad de todos, es el de la docimasia pulmonar hidrostática, esta consiste, en sumergir los pulmones de la criatura en una vasija de agua, y si flotan, significa que ha respirado, porque la entrada del aire disminuye la densidad de los pulmones, haciéndolos que sobrenaden; si caen al fondo, debe suponerse lo contrario. Hay diversos hechos que conducen al mismo resultado y que no envuelven la respiración o su ausencia, según el caso, por lo cual la experimentación debe realizarse por un perito. En síntesis, no es ésta una prueba categórica, pero sí de mucho peso. Puede establecerse

¹³⁴Código Civil, Art. 72, inc. 2°. En la teoría de los derechos suspendidos o derechos sin sujeto, si el ser que se formaba en el claustro materno nace sin vida los derechos que se le habían asignado pasaran a otras personas, como si la criatura no hubiese existido jamás.

¹³⁵SOMARRIVA U., Manuel, et al, Tratado...ob. cit., Pág. 244. Si la criatura vive por lo menos un instante las asignaciones testamentarias tuvieron por un corto tiempo un asidero, que es el patrimonio y por esa razón le pudo transmitir a su madre los bienes que le fueron asignados.

que si los pulmones flotan, la criatura ha respirado; mas, si caen al fondo, es preciso guardar reserva y acumular otras pruebas para resolver que no ha vivido.

¿A quién corresponde probar que la criatura nació viva o muerta? La prueba de un derecho compete al que lo alega. De consiguiente, la persona que, por ejemplo, pretende heredar al niño, deberá demostrar que éste nació vivo.

3.6.2 Parto y Nacimiento.

No hay que confundir el nacimiento con el parto. El primero importa la separación completa de la criatura de la madre, el nacimiento también llamada período expulsivo o período de pujar y termina con el la expulsión del nuevo ser. Es el paso del recién nacido a través del canal del parto, desde el útero hasta el exterior, gracias a las contracciones involuntarias uterinas y a poderosas contracciones abdominales o pujos maternos. En el período expulsivo o segundo período distinguimos dos fases: la fase temprana no expulsiva, en la que la dilatación es completa, y no existe deseo de pujar ya que la presentación fetal no ha descendido y la fase avanzada expulsiva, en la que al llegar la parte fetal al suelo de la pelvis, se produce deseo de pujo materno.

En cambio, el parto es el conjunto de fenómenos que tiene por objeto hacer pasar el feto, impulsado por el útero, a través del canal pelviano, que consta de dos partes: una dura, la pelvis, y otra blanda, la vulva, vagina y sus anexos. El primer período del trabajo de parto tiene como finalidad dilatar el cuello uterino. Se produce cuando las contracciones uterinas empiezan a aparecer con mayor frecuencia, aproximadamente cada 3 a 15 minutos, con una duración de 30 segundos o más cada una y de una intensidad creciente.

Las contracciones son cada vez más frecuentes y más intensas, hasta una cada dos minutos y producen el borramiento o adelgazamiento y la dilatación del cuello del útero, lo que permite denominar a este período como período de dilatación. También se dice que el parto es *“el acto por el cual el feto viable, acompañado de sus anexos, es expulsado fuera de los órganos genitales. Si el feto no es viable, el acto se llama aborto”*¹³⁶.

3.7 Situación de los Derechos Asignados al No Nacido Entre la Etapa de la Concepción y el Nacimiento.

Existen diversas posiciones en torno a la situación en que se encuentran los derechos sucesorios asignados a un no nacido, esto debido a que al no reconocer como persona al nasciturus y por ende no tener un patrimonio para poder adquirir derechos, se vuelve indispensable desentrañar con posiciones doctrinarias el estado de los derechos asignados al no nacido.

De acuerdo a la teoría adoptada por cada legislación, puede esclarecer la situación de los derechos del no nacido entre la etapa de la concepción y el nacimiento, un ejemplo se observa en la legislación civil colombiana, específicamente en el Art. 93 el cual dice *“entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron”*. En la disposición precitada se observa la adopción de la teoría de la ficción, al tener al no nacido como nacido para todo lo que le sea favorable.

¹³⁶ SOMARRIVA U., Manuel, et al, Tratado...ob. cit., Pág. 361. Importante se vuelve para el derecho, diferenciar entre parto y nacimiento, ello por las repercusiones que en la protección de los derechos del nuevo ser, tiene estos dos momentos para determinar qué derecho subjetivo se está irrespetando al no nacido. Si la criatura vive por lo menos un instante las asignaciones testamentarias tuvieron por un corto tiempo un asidero, que es el patrimonio y por esa razón le pudo transmitir a su madre los bienes que le fueron asignados.

3.7.1 Teoría de la ficción de Savigny.

Esta tesis toma como punto de partida los textos que afirman que el concebido no está ni *rerum natura* (dentro de las cosas de la naturaleza) ni in *rebus humanis* (dentro de los humanos), considerando así que el *nasciturus* no es persona porque tal condición se adquiere únicamente con el nacimiento, careciendo de capacidad jurídica y no pudiendo ser sujeto de derechos; así, la equiparación entre concebido y nacido constituiría una ficción jurídica con aplicación muy limitada, únicamente cuando se trate de proteger sus intereses. Como afirma Savigny, la regla “*conceptus pro iam nato habetur*” (al *nasciturus* se le tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables) sería una simple ficción jurídica que no puede ser aplicada de forma general, sino sólo a un limitado número de relaciones jurídicas. La ficción se ocuparía, pues, de la vida futura del *nasciturus*, protegiéndola a través de leyes penales y civiles: sancionando las primeras a aquellos que lesionaran el derecho a la vida del feto y las segundas asegurando los derechos futuros hasta el nacimiento, momento en que le correspondería su adquisición. El concebido, según Savigny, no es persona cuya representación sea posible, no necesita tutor porque no se le puede llamar pupilo; en definitiva, no ostenta capacidad jurídica porque ni puede contraer deudas, ni tener créditos en su favor, ni ostentar la propiedad de las cosas¹³⁷.

La teoría de la ficción, asigna al ser por nacer, aun sabiendo que no es persona, pero a condición que nazca con vida, derechos patrimoniales. Si es así “*nacer con vida*”, el derecho se perfecciona; si nace muerto, el derecho

¹³⁷ POLO ARÉVALO, Eva María, Origen y Significado del Principio *Conceptus Pro iam Nato Habetur* en Derecho Romano y Su Recepción en Derecho Histórico Español y en el Vigente Código Civil, Pág. 728. La teoría de la ficción, establece que la equiparación del no nacido se le tiene como nacido para todo lo que le favorezca se desarrolla en dos materia principalmente, en materia penal la protección jurídica del no nacido se efectúa en la tutela de la vida y en materia civil en la protección de los derechos del mismo para que los pueda disfrutar en un futuro, cuando se suscite su nacimiento.

se extingue, de tal manera que hace desaparecer la ficción.

En el art. 144 del código de familia, se puede observar como el legislador establece que el padre puede reconocer al hijo concebido, y con esto se pone en evidencia que el nasciturus se tiene como nacido para todo aquello que le favorezca, fundamentando así la existencia de ese nuevo ser.

En el Art. 93 del Código Civil Colombiano, se observa como el legislador adopto la Teoría de la Ficción, específicamente así: 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 defirieron¹³⁸.

Al ser humano se le otorga personalidad, se le considera sujeto de derechos solo a partir del nacimiento, entonces, ¿Cuál es la situación jurídica de los concebidos?, en la Teoría de La Ficción, la respuesta a esta interrogante se resuelve estableciendo que, se asimila al concebido como una persona ya nacida, con el fin de otorgarle una personalidad diferente de la personalidad de la madre, el Código Civil Colombiano acoge esta concepción romanística, la consagra en su artículo 93, en donde se asimila la criatura que está en el vientre materno al infante nacido, esta disposición citada representa una franca excepción a la regla que establece que la personalidad solo comienza con el nacimiento, otorgándole un estado especial a la situación del no nacido.

En el Art. 93 del Código Civil Colombiano, se llama a heredar al no nacido bajo la condición de que nazca con vida, debido a que, si no alcanza

¹³⁸Código Civil Colombiano, ley 57 del uno de enero de mil ochocientos ochenta y siete, Art. 93. La Teoría de la Ficción lo que hace es equipara al no nacido como nacido en todo lo que le beneficie, pero en ningún momento lo reconoce como persona, si el nasciturus nace muerto la ficción finaliza y los derechos del no nacido vuelve al estado en el que se encontraban.

el concebido a ser persona, es decir, a nacer con vida, se reputará no haber existido jamás, pero si alcanza a nacer con vida, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se le defirieron.

“Según el artículo 90 del Código Civil colombiano, La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es al separarse completamente de su madre”. Y de conformidad con el artículo 1019 del mismo Código, Para ser capaz de suceder es necesario existir naturalmente al tiempo de abrirse la sucesión”¹³⁹.

De las dos normas anteriores se deduce que la existencia legal de la persona humana comienza en el momento del nacimiento; y la vida, en el momento de la concepción. Pero el comienzo de la vida tiene unos efectos jurídicos, reconocidos por algunas normas, en las que se establece que se tendrá como nacido al que se encuentra en el claustro materno para todo lo que le favorezca, así el sistema normativo tutela los derechos, con la ficción del nacimiento del nasciturus.

Es indispensable resaltar que la disposición citada del Código Civil Colombiano fue declarada, “*exequible*” por la Corte Constitucional mediante sentencia, C-591-95 del 7 de diciembre de 1995, por el fundamento, que siendo que el Código Civil establece que la existencia legal de las personas comienza en el momento del nacimiento, cuando la criatura sobrevive a la

¹³⁹ Corte Constitucional, Santafé de Bogotá, Colombia, Inconstitucionalidad, siete de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, N°. C-591/95, II, apartado tercero. La Teoría de la Ficción lo que hace es equipara al no nacido como nacido en todo lo que le beneficie, pero en ningún momento lo reconoce como persona, si el nasciturus nace muerto la ficción finaliza y los derechos del no nacido vuelve al estado en el que se encontraban, porque no tienen razón de ser en ningún momento un muerto puede suceder a otro muerto y la transmisión de los derechos en esta teoría no se suscita, en ningún momento los mismos ingresaron a la esfera jurídica, porque para eso era necesario que poseyera un patrimonio el cual únicamente lo tienen las personas, en esta teoría las personas que tienen una vida extrauterina.

separación completa de la madre y para que hubiera contrariedad con la Constitución Colombiana la misma tendría que, establecer que la existencia legal principia con la concepción¹⁴⁰, lo cual no se regula de manera concreta en el cuerpo normativo constitucional.

En el Art. 29 del Código Civil Español, regula que: el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables¹⁴¹.

En esta materia del sistema normativo español se mantuvo la tradición romana, ya que de manera concreta se observa la influencia de la máxima nasciturus pro iam nato habetur quotiens de eius commodis agitur, en la cual se le tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables, en ella queda considerada la fórmula creada para permitir que los póstumos accedieran a la herencia de sus padres fallecidos antes de su nacimiento, así como a aquellos otros efectos que le beneficiaran al no nacido, con esto se denota que el sistema normativo español adoptó la teoría de la ficción, para poder tutelar los derechos del no nacido.

El Código Civil Argentino, en su Art. 70, regula que, antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido¹⁴².

En la Teoría de la Ficción, se observa inmersa dentro de la disposición precitada del Código Civil Argentino, con la cual, el nacimiento determina la

¹⁴⁰Corte Constitucional, N°. C-591/95, considerando II, apartado sexto. Exequibilidad: Es aquel fenómeno jurídico por el cual la Corte Constitucional declara a una norma o a una ley en armonía con la Constitución.

¹⁴¹Código Civil Español, Art. 29. La Ficción a la que se ha hecho referencia consiste en tener al concebido como nacido, para todo lo que le favorezca, y esto se transforma de ficción a realidad cuando se suscita el nacimiento del nasciturus que es el fin de la ficción el aprovechamiento de los derechos por parte del no nacido.

¹⁴²Código Civil Argentino, veintinueve de septiembre de mil ochocientos sesenta y nueve, Ley N° 340, y entró en vigencia el uno de enero de mil ochocientos setenta y uno, Art. 70. Los derechos adquiridos por parte del no nacido están a la espera de su nacimiento y cuando eso suceda el nuevo ser podrá disfrutarlos.

personalidad, pero el sistema normativo para introducir al nasciturus dentro de su tutela, lo reputa nacido para todo lo que le favorezca, sin perder de vista que le impone la condición de que nazca vivo, para que puedan ingresar los derechos a su esfera jurídica. La ficción de suponer a quien está simplemente concebido como ya nacido, representa una atribución de capacidad de goce sujeta a una doble limitación, en primer lugar, es una capacidad limitada, toda vez que se habla de ella para todo lo que le favorezca al no nacido y a ninguna otra persona, la ficción para su aplicación se debe de analizar el criterio de si únicamente le favorece al no nacido, debido a que si favorece a otra persona su aplicación no será conforme a la normativa; en segundo lugar llegue a nacer vivo para poder gozar de los derechos asignados, de lo contrario la ficción se extingue. Dentro de esta doble limitación funciona la ficción, en cuanto a la protección a una situación expectativa, del ser que se está formando dentro del cuerpo de la madre, otorga una tutela temporal de los derechos del no nacido.

3.7.2 Teoría de los Derechos sin Sujeto.

El patrimonio es considerado como una entidad abstracta, de carácter universal, ficticio y atribuido a la persona como emanación de ella, los juristas alemanes se orientaron hacia una concepción opuesta, de carácter objetivo, o sea hacia una concepción del patrimonio objetiva, desvinculado de la persona, y por tal razón, no constituye un atributo de la personalidad. Los doctrinarios alemanes Bernardo Windscheid y Brinz, además de haber observado que la teoría subjetivista no explicaba ciertas situaciones jurídicas (como por ejemplo la situación jurídica en la que se encuentran los derechos asignados al no nacido), puesto que las interpretaba solo como excepciones a la regla general; observaron igualmente, la existencia de un conjunto de derechos y de obligaciones, constituyendo entonces universalidades, que no

se encuentran directamente vinculadas a las personas¹⁴³.

Esta teoría considera que entre la concepción y el nacimiento los derechos que hubieran sido atribuidos al feto, quedan sin titular, ya que el no nacido no posee personalidad jurídica y por ende no posee un patrimonio para adquirir derechos, por ello *“los derechos pertenecen a un destinatario protegido por el ordenamiento jurídico. Si existe una persona, ella será el destinatario directo”*¹⁴⁴. Si el feto nace vivo los adquiere, si no, los adquiere la persona a quien hubieran correspondido a falta del nasciturus o como lo establece el Art. 93 del Código Civil Colombiano, referente a si la persona que se encontraba desarrollándose en el claustro materno nace muerta *“pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”*¹⁴⁵.

De manera concreta el Art. 30 del Código Civil Español, en su texto deja evidenciada la Teoría de la Viabilidad, en su esencia contiene inmersa la Teoría de los derechos sin Sujeto, al establecer que *“Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere*

¹⁴³OCHOA G., Oscar E., Bienes y Derechos Reales, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 2008, Pág. 70. El no nacido por ser un sujeto de derechos futuro, algunos ordenamientos jurídicos le confieren la capacidad de recibir asignaciones testamentarias, las cuales estarán sin un titular en tiempo presente, pero a la espera que se suscite el nacimiento del neo nato con vida para poder contar con un titular.

¹⁴⁴OCHOA G., Oscar E., Bienes... ob. cit., Pág. 71. En la teoría de los derechos sin sujeto, las asignaciones testamentarias a un no nacido están a la espera de la existencia del mismo, cuando suceda el nacimiento del que se encontraba en el claustro materno, inmediatamente será equiparado con atributos personales y dentro de ellos estará el patrimonio, el cual otorga la capacidad a una persona para poder adquirir derechos.

¹⁴⁵Código Civil Colombiano... ob. cit., Art. 93. Los derechos asignados al no nacido se encuentran a la espera del nacimiento del nuevo ser que se desarrolla, por lo que dichos derechos se están en una situación especial, de no contar con un sujeto de manera material y concreta, pero si cuentan con una persona futura que los recepcione en su patrimonio, pero si es el caso que esa persona futura que es el no nacido nace muerta los derechos pasaran a otras personas como si la criatura jamás hubiera existido, y eso debido a la misma situación en la que se encontraban los derechos, en ningún patrimonio sino a la espera que existiera el mismo, para eso también se analiza si puede haber bienes no vinculados a una persona y para eso se necesita una teoría objetiva.

veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”¹⁴⁶, y esto debido a que evidencia que los derechos asignados al no nacido en ningún momento ingresaron a su esfera jurídica, por ende se encontraban a la espera del nacimiento del nasciturus, sin un sujeto concreto.

3.7.3 Teoría de la Condición Suspensiva.

Se caracteriza por considerar al nasciturus como una esperanza de vida humana que, como tal, ostenta unas expectativas de derechos deben tutelarse de forma anticipada a fin de que su adquisición definitiva no se vea frustrada; el nacimiento, por tanto es presupuesto indispensable para que los derechos del concebido adquieran efectividad; hasta entonces, esos derechos se encuentran pendientes de adquisición.

El patrimonio se asigna al feto a condición de que nazca vivo, mientras sea un ser por nacer sólo tiene una expectativa de derecho, un germen. No se le está asignando personalidad. Si no nace, o nace muerto, desaparece ese derecho, ese germen y el patrimonio pasa, no porque le transmite el feto, sino corresponde a quien en reemplazo del ser por nacer le hubiera correspondido. Los derechos vuelven al estado en el que se encontraban antes de haber sido asignados al nasciturus¹⁴⁷, esta teoría es evidente en el Art. 93 del Código Civil Colombiano, el cual establece: “*el nacimiento*

¹⁴⁶ Código Civil Español... ob. cit., Art. 30. Los efectos civiles es entrar en el disfrute de derechos patrimoniales para este caso de manera concreta, y los requisitos para entrar en ese disfrute son tener figura humana y vivir veinticuatro horas.

¹⁴⁷ QUISBERT, Ermo, Comienzo... ob. cit., Pág. 4. La protección de las asignaciones testamentarias del no nacido tienen su razón de ser en que el mismo las pueda disfrutar en el futuro, por la situación del no nacido, de esto depende la esencia de la evolución de la protección de los derechos del no nacido desde tiempos antiguos concretamente desde el siglo tres después de Cristo, que es una seguridad jurídica para la familia y concretamente para el no nacido que en ese instante el de su nacimiento es el más desvalido del núcleo familiar por su situación de indefensión de la infancia, y que este también necesita una atención especial para que su desarrollo sea pleno, y para esa plenitud necesita de bienes que se puedan sufragar dichas necesidades de alimento de medicamento y alguna otras cosas.

constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos”¹⁴⁸.

Esta posición doctrinal cuenta con dos vertientes: por un lado, los autores que niegan que el concebido sea sujeto del derecho, y, por otro, los que le otorgan una personalidad jurídica potencial.

Los partidarios de la primera vertiente sostienen que el nasciturus no tiene personalidad jurídica propia, pero tal circunstancia no impide que el ordenamiento jurídico lo tome en consideración como entidad futura, no es que se reconozca al no nacido como sujeto de derecho sino que se protegen los intereses de éste en cuanto futura persona, mediante la adopción anticipada de medidas específicas para que sus derechos no se vean frustrados cuando se produzca el nacimiento, al cual origina que dichos derechos suspendidos sean adquiridos por el nasciturus; el momento que constituye el paso de la esperanza a la efectividad de las situaciones jurídicas es el nacimiento.

Los partidarios de la segunda vertiente, manteniendo la reserva de derechos a favor del concebido, opinan que tiene en determinadas hipótesis una personalidad jurídica potencial o condicionada al nacimiento. Para éstos, el nasciturus es una esperanza de vida que el Derecho no puede ignorar y por ello debe tutelar determinadas situaciones haciendo una reserva de derechos que redundarán en su favor cuando nazca. Por lo tanto, el concebido tendría otorgada una personalidad jurídica condicionada al nacimiento, de tal manera que en caso de que no llegara a nacer, se le tendría por no existido nunca y la reserva de los derechos decaería. Esta posición no atribuye personalidad jurídica al nasciturus, pero si entiende que

¹⁴⁸Código Civil Colombiano... ob. cit., Art. 93. Para esta teoría el inicio de la existencia para el derecho civil se suscita desde el instante del nacimiento por ello los derechos ingresan a su esfera jurídica cuando nace y en ningún momento antes.

éste es portador de algunas expectativas de derechos que son considerados dignos de tutela. Por ello, el ordenamiento jurídico le dota, en algunas hipótesis, de una personalidad jurídica potencial, esto se observa en el Art. 75 del código civil establece: *“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”*.

Antes que suceda el nacimiento del ser que se desarrolla en el vientre de la madre se *“permite que estén suspensos los derechos que le corresponderían si hubiese nacido, ello obedece a razones de diverso orden: morales, de justicia, políticas”*¹⁴⁹, razones, que hacen que el legislador dicte normas acordes con las ideas y costumbres correspondientes a un determinado momento histórico, por las exigencias que se suscitan en el sistema normativo, el cual es la herramienta idónea para solucionarlos.

3.7.4 Teoría de la Condición Resolutoria.

El patrimonio se asigna a la persona que correspondería en reemplazo del ser por nacer. No a éste sino a otra persona, si nace con vida se extingue el derecho de esa tercera persona, y nace el derecho del nacido¹⁵⁰.

Para otros, los derechos en referencia se atribuyen a la persona a quien hubieran correspondido caso de no haber feto, bajo la condición resolutoria de que éste nazca vivo. Esta teoría cae implícitamente en la anterior.

¹⁴⁹Corte Constitucional, N°. C-591/95... Considerando II, apartado quinto. La aplicabilidad de una teoría de manera concreta responde a razones que le impulsaron al legislador a introducirla en el texto normativo, de esa manera, lo que se trata es de darle solución a una necesidad de la sociedad concreta.

¹⁵⁰QUISBERT, Ermo, Comienzo... ob. cit., Pág. 5. Las asignaciones testamentarias no se encuentran definidas en relación a su titular, están a la expectativa para poderlo establecer del nacimiento con vida de un ser que se encuentra en el claustro materno.

El Art. 93 del Código Civil Colombiano, en lo pertinente establece que: “pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”.

3.7.5 Cuadro sinóptico Sobre las Teorías de la Situación de los Derechos Asignados al No Nacido Entre la Etapa de la Concepción y el Nacimiento.

Teorías	Autor	Posición Adoptada en la Investigación	Regulación
Teoría de la Ficción	Friedrich Karl von Savigny	No se ha adoptado esta teoría debido que el ser que se encuentra desarrollándose en el vientre de la madre posee un reconocimiento como persona y no únicamente una ficción como persona.	Art. 29 del Código Civil Español: <i>“el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables”;</i>
Teoría de los Derechos Sin Sujeto	Bernardo Windscheid y Aloys Brinz	En la investigación se denotado que los derechos asignados al no nacido poseen un sujeto quien es el nasciturus, por ende no podemos apegarnos a la teoría en cuestión.	Art. 93 del Código Civil Colombiano: <i>“pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.</i>
Teoría de la Condición Suspensiva	Guillermo Floris Margadant	El no nacido es una vida concretamente, debido que el ordenamiento jurídico constitucional ha reconocido a la persona humana desde el instante de la concepción, por ello no se ha retomado esta teoría.	Art. 93 del Código Civil Colombiano: <i>“el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos”.</i>
Teoría de la Condición Resolutoria	Ermo Quisbert.	No se puede adoptar esta teoría porque los derechos asignados al no nacido no se encuentran condicionados, sino dentro de su tutela de derechos que posee como persona concreta.	Art. 93 del Código Civil Colombiano: <i>“pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”.</i>

3.8 Reflexión.

En el anterior cuadro sinóptico de manera concreta se exponen las diferentes teorías sobre la situación de los derechos asignados al no nacido entre la etapa de la concepción, el nombre del autor de la teoría, así como también la posición que se remota dentro de la investigación, en el sentido si en el ordenamiento jurídico salvadoreño es aplicable la teoría y así poder desentrañar alguna confusión sobre la situación de los derechos del no nacido, también dentro del cuadro sinóptico, se expuso las disposiciones legales dentro del derechos comparado, donde se retoman las teorías expuestas.

En el Art. 1 inc. 2° de la Constitución, de una manera clara e inequívoca se reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción, con ello desentrañamos cualquier duda sobre la teoría sobre el reconocimiento de la persona humana, que ha adoptado el ordenamiento jurídico salvadoreño, es indispensable exponer que, la Teoría de la Concepción, establece que la vida humana independiente comienza en el momento de la concepción y que por ello la personalidad jurídica del ser humano debe comenzar desde dicho instante, el producto de la concepción desde ese instante mismo, debe ser catalogado como persona en toda su dimensión, asignando tal calidad, y confiriéndole la capacidad de ser sujeto de derecho, es decir la aptitud de adquirirlos.

Fundamentado en la disposición constitucional citada en el párrafo anterior, se puede concluir de manera categórica entorno a la problemática de la situación de los derechos sucesorios asignados al no nacido, entre la concepción y el nacimiento, ya que es una de las situaciones que no clarifican la situación jurídica del nasciturus, dejándolo en una incertidumbre, conforme a sus derechos, lo cual no debe de suscitarse debido a que la

norma constitucional es clara y tajante al establecer que se reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción, con lo cual esta desentrañando la situación de tales derechos, ya que el no nacido posee una capacidad para poder adquirir derechos y por ende un patrimonio que representa una universalidad constituida por el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a una persona y que pueden ser apreciables en dinero o la simple capacidad que posee una persona para poder adquirir derechos.

CAPITULO IV

SITUACIÓN ACTUAL DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL NO NACIDO.

Sumario; 4.1 Generalidades; 4.2 Situación del No Nacido en el Derecho Constitucional; 4.3 Derecho Sucesorio; 4.3.1 Requisitos Para Suceder; 4.3.1.1.1 Capacidad; 4.3.1.1.2 Existir al Momento de la Sucesión; 4.3.1.2 Vocación Sucesoria; 4.3.1.3 Formas de Suceder por Causa de Muerte; 4.3.1.4 Los Órdenes de la Sucesión Intestada; 4.3.1.5 Formas Indirectas de Suceder; 4.3.1.5.1 Derecho de Representación; 4.3.1.5.1.1 Requisitos que Deben Concurrir; 4.3.1.5.1.1.1 Requisitos del Representado; 4.3.1.5.1.1.2 Requisitos del Representante; 4.3.1.5.1.2 La Representación en Relación al Parentesco; 4.3.1.5.1.2.1 Representación en la Línea Descendente y Colateral; 4.3.1.5.2 Derecho de Transmisión; 4.3.1.5.2.1 Elementos del Derecho de Transmisión; 4.3.1.5.2.2 Sujetos que Intervienen en el Derecho de Transmisión; 4.4 Asignaciones Testamentarias Otorgadas a Favor de los Nasciturus Antes y Después de la Reforma Constitucional del Artículo 1 Inciso 2°; 4.4.1 Situación de los Derechos del No Nacido Antes de la Reforma del Art. 1 de la Constitución; 4.4.2 Situación de los Derechos del No Nacido Posterior a la Reforma del Art. 1 de la Constitución; 4.4.3 Cuadro Sinóptico Sobre la Situación de los Derechos del No Nacido Antes y Después de la Reforma del Art. 1 de la Constitución; 4.5 Reflexión.

4.1 Generalidades.

El escenario en el cual se encuentran los derechos que le son otorgados al ser que está por nacer, es un tema en el cual convergen una extensa gama de posiciones, como a lo largo de la presente investigación se ha tratado, dicha problemática a lo largo de la historia ha tenido un amplio tratamiento, sin embargo, es importante determinar clara y precisamente cual es la situación en la cual se hallan los derechos del no nacido, y concretamente los derechos sucesorios que ha este le son asignados.

Es claro que la reforma constitucional que adicionó el inciso segundo

al Art. 1 de la Constitución de la República, trastocó todo el ordenamiento jurídico salvadoreño, puesto que implicó superar las teorías tradicionales que regulaban la situación de los derechos con los cuales el nasciturus cuenta, dejando atrás las denominadas teorías del nacimiento, las cuales exigían como requisito la condición, como su nombre lo indica, del nacimiento para atribuirle derechos al ser que está por nacer, tomando los legisladores, apoyados en doctrinas humanistas, una posición personalista que reconoce la titularidad de derechos por parte del no nacido, posición que se ve claramente reflejada por la reforma que antes se mencionó.

Es a partir de lo antes expuesto que se vuelve necesario analizar cuál es la situación actual de los derechos sucesorios del no nacido, ello en razón de que al superar la concepción tradicional, se modificó el momento en el cual el ser que está por nacer adquiere personalidad jurídica, la cual se concibe como la confluencia de una serie de derechos innatos, derivados de la misma naturaleza del hombre, entre los que se encuentra el ser posible titular de derechos, al reconocer esa aptitud por parte del ordenamiento jurídico se vio sensiblemente alterada la capacidad del no nacido para poder optar a adquirir derechos que devienen de cuestiones sucesorales, pudiendo ser capaz de obtener vocación sucesoria y así poder suceder al causante, tanto testamentariamente o abintestato.

4.2 Situación del de No Nacido en el Derecho Constitucional.

Es idóneo para poder establecer la situación de los derechos de no nacido, observar la norma constitucional, primeramente su tenor en el cual está inmerso sus límites y alcances de la norma, para eso se citara el Art. 1 Inc. 2° de la Constitución, el cual dice: “Asimismo reconoce como persona

humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”¹⁵¹.

Según las reglas de la interpretación (ver supra 2.6.2 Reglas Especiales), se puede concluir sobre el Art. 1 Inc. 2° de la Constitución, la cual al reconocer al ser humano desde el instante de la concepción, lo que busca, es la efectiva y real vigencia de los derechos fundamentales de la persona, sin limitarse solo al bien jurídico vida, esto para que el no nacido goce de seguridad jurídica, la cual consiste en la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público. Las disposiciones constitucionales pueden presentarse en dos manifestaciones: la primera, como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones; y en la segunda, en su faceta subjetiva, como certeza del derecho, es decir, como proyección, en las situaciones personales, de la seguridad objetiva, en el sentido que los destinatarios del derecho puedan organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad.

La reforma constitucional del Art. 1 de la Constitución, lo cual es parte fundamental del objeto de la investigación, y en este apartado se expondrá la intención del legislador en el texto constitucional, en el cual este reconoce la calidad de persona al no nacido, no porque no la tuviere, sino porque como hoy ha quedado establecido en el desarrollo, hasta este momento, era necesario una disposición expresa y tajante que reconociera

¹⁵¹Constitución, Art. 1 Inc. 2°. Al reconocer al no nacido desde el instante de la concepción la normativa constitucional lo introduce a un ámbito de tutela jurídica y le otorga facultades específicas al reconocerlo como sujeto de derecho y por ende poseedor de capacidad de goce mas no de ejercicio, dejando esta última a los progenitores quienes ejercen la autoridad parental de los menores.

en el ordenamiento jurídico salvadoreño la personalidad, es decir la aptitud legal de ser sujeto de derecho por parte del ser humano desde el instante mismo de la concepción, el legislador, no pretendía solamente reconocerle el derecho de protección a la vida al que está por nacer, es decir no intentaba transformarlo en un simple objeto de protección por parte del sistema jurídico, sino que influenciados por una clara concepción humanista y personalista, y apoyados en los avances científicos de la época, sostuvieron que el producto de la concepción desde ese instante mismo, debe ser catalogado como persona, asignando tal calidad, le confirieron desde momento la capacidad de ser sujeto de derecho, es decir la aptitud de adquirir derechos.

4.3 Situación del No Nacido en el Derechos Civil.

El Derecho Civil, es influenciado por la sociedad, debido a que esta le exige los cambios que debe de tener, los cuales irán en concordancia con la necesidad que se presenta en el devenir de la vida de las personas que se interrelacionan, un cambio social trae o puede traer aparejada la modificación o sustitución del orden legal, o una reforma legal provoca o puede provocar un cambio social¹⁵².

En el Código Civil encontramos a quién debe considerarse como persona capaz de poder recibir una asignación testamentaria. En este sentido el artículo 963 señala: *“Para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión”*¹⁵³ y en el art. 72 establece: *“La*

¹⁵² ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual... ob. cit., Pág. 293. Las ciencias jurídicas, son cambiantes debido a que tienen que evolucionar de acuerdo a la sociedad y la exigencia de estos para con nuevos problemas que enfrentan y que el sistema normativo tiene que solucionarlos.

¹⁵³ Código Civil, Art. 963. Dicha exigencia se refleja como uno de los requisitos subjetivos para poder suceder, y tal se trata de existir al momento de abrirse la sucesión, puesto que

*existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre*¹⁵⁴, de igual manera que la disposición anterior el Art. 25 de la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes del Patrimoniales del Matrimonio la cual establece : *“En este registro se inscribirá todo nacimiento vivo, es decir la expulsión o extracción completa del cuerpo de la madre, prescindiendo de la duración del embarazo, del producto de la concepción que, después de tal expulsión o extracción, respire o manifieste cualquier otro signo de vida, tal como el latido del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimiento efectivo de músculos voluntarios, si hubiere o no sido cortado el cordón umbilical y esté o no esté unida la placenta*¹⁵⁵. Por ende si el concebido no ha abandonado del claustro materno se vuelve incapaz para suceder, al no tener existencia al momento de abrirse la sucesión. Quien no tiene existencia no es persona y por ende si no se es persona no se puede ser titular de derechos.

Como se acaba de expresar el Código Civil, solamente exige, para conceder la personalidad, es decir atribuir la calidad de persona, que la criatura nazca viva; la duración de la vida fuera del claustro materno es indiferente, para la adquisición de los derechos, puesto solamente bastaba vivir el más mínimo espacio de tiempo. Esta es la doctrina jurídica de la vitalidad: para ser persona, sólo es indispensable nacer vivo, teoría que fue acogida por la legislación civil, salvadoreña.

no tendría objeto atribuir una asignación a alguien que no exista o que haya dejado de existir.

¹⁵⁴Código Civil, Art. 72. El pensamiento plasmado en el artículo en referencia es una clara influencia de las teorías conocidas como del nacimiento, concretamente la de la vitalidad, la cual exige que el producto de la concepción nazca con vida para reconocerle personalidad, de acuerdo a esta teoría la existencia, como se explicó, la persona inicia con el nacimiento.

¹⁵⁵Ley del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, publicado en Diario Oficial N° 228, tomo 329, de fecha ocho de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, Art. 25. La normativa del Registro del Estado Familiar sigue la línea doctrinara del Código Civil, reconociendo a la persona humana hasta su nacimiento.

La anterior doctrina negaba rotundamente que él no nacido, fuese apto de adquirir derechos, en razón de exigir para ostentar la calidad de persona, nacer con vida, es decir tener tan solo por un mínimo instante la capacidad de vivir de forma independiente al cuerpo de la madre.

Opinión que tiene como sustento lo expresado por el artículo 72 del Código Civil dice que *“la existencia de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”*. Y agrega, reconociendo la existencia natural, 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”*¹⁵⁶.

De lo anterior se colige que la condición necesaria exigida por el Código Civil, para la atribuir la calidad de persona es el nacimiento, sin embargo para que este constituya un principio de existencia, generador de personalidad, se requieren tres condiciones:

1. Que el niño sea separado de su madre. El desprendimiento del feto del claustro materno puede obtenerse natural o artificialmente por medios quirúrgicos. Es indiferente a la ley una forma u otra, pues al respecto no hace distinción alguna.
2. Que la separación sea completa. ¿Qué ha querido decir el legislador con esta frase? esto se refiera al hecho de que la criatura salga toda del seno materno, sin que importe que el cordón umbilical esté cortado o no, por lo que basta que el cuerpo íntegro del hijo haya salido, aunque esté unido todavía a la madre por el cordón umbilical.

¹⁵⁶Código Civil, Art. 72. En base a lo anterior, si el concebido vivía ni un instante, jamás existió legalmente en la vida jurídica, razón por la cual los derechos atribuidos a este no serían adquiridos por él, por lo que estos no podían ser transmitidos a sus ascendientes.

3. Que la criatura haya sobrevivido a la separación un momento siquiera. Para ser persona es suficiente vivir la fracción más insignificante de tiempo; basta un destello de vida.

Sin embargo a partir de la reforma constitucional el ordenamiento jurídico salvadoreño, debe reconocer la posibilidad del no nacido de gozar de la titularidad de ser destinatario de derechos, precisamente debe reconocerse la capacidad jurídica que posee, ya que este es un atributo fundamental de la persona, categoría que le es reconocida por la Constitución desde el momento de la concepción.

Si la capacidad jurídica es la posibilidad de poder adquirir derechos, aunque el texto de la legislación civil diga que se adquiere con el nacimiento, lo cierto es que antes del acaecimiento del mismo, el ser que está por nacer, desde el instante mismo de la concepción había sido destinatario de derechos, no como un objeto de protección sino como un sujeto pleno de derechos, por lo cual debe establecerse que la capacidad jurídica acompaña al ser humano durante toda su existencia, desde la concepción. Es la capacidad de actuar, no la capacidad jurídica, la que sufre modificaciones con la edad y la salud.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, conocida por sus siglas como LEPINA, reconoce la necesidad de respetar al niño, nacido o no nacido, pero en todo caso, según lo expresado en su Art. 3 que establece, *“Los derechos y garantías otorgados en la presente Ley serán reconocidos a toda persona desde el instante de la concepción hasta los dieciocho años de edad. Para los efectos de esta Ley, niña o niño es toda persona desde el instante mismo de la concepción hasta los doce años cumplidos, y adolescente es la comprendida desde los doce años cumplidos*

*hasta que cumpla los dieciocho años de edad.”*¹⁵⁷. Reconociendo al no nacido el goce de todos sus derechos, desde que se encuentra en el seno materno.

Lo antes expuesto tiene como fundamento la consideración, que gracias a los diferentes avances científicos se ha logrado, de que el ser humano es un ser imperfecto, pero perfectible y lo es desde su concepción, con potencialidades específicas dependientes de su carga genética¹⁵⁸.

Reconocida que le es la capacidad de adquirir derechos al no nacido, para el tema de investigación es importante determinar si también es capaz para ser asignatario en una sucesión determinada, y es que para el derecho hereditario, cuando se habla de capacidad e incapacidad, ello queda reducido a la aptitud legal para adquirir derechos o es decir a la capacidad de goce, y no teniendo relación alguna la capacidad de ejercicio, de lo cual se concluye, en un primer término el no nacido es capaz de adquirir bienes y derechos a consecuencia de la transmisión que de una sucesión determinada se le realice, razón por la cual para mayor entendimiento de anterior supuesto se desarrollará lo atinente al derecho sucesorio.

4.3.1 Derecho Sucesorio.

Uno de los atributos de la personalidad es el patrimonio. Toda persona, desde el instante de la concepción, por el simple hecho de serlo, es

¹⁵⁷ Ley De Protección Integral De La Niñez Y Adolescencia, Decreto No. 839, Diario Oficial No. 68, Tomo No. 383, dieciséis de marzo del año dos mil nueve. Art. 3 *“Los derechos y garantías otorgados en la presente Ley serán reconocidos a toda persona desde el instante de la concepción hasta los dieciocho años de edad. Para los efectos de esta Ley, niña o niño es toda persona desde el instante mismo de la concepción hasta los doce años cumplidos, y adolescente es la comprendida desde los doce años cumplidos hasta que cumpla los dieciocho años de edad.”*

¹⁵⁸ LLOVERAS DE RESK, Bertoldi, Lecciones de Derecho Civil. Personas naturales y jurídicas, editorial Advocatus, Cordova, 1990, Pág., 64.

titular de un conjunto de bienes, derechos, acciones y obligaciones, estimables en dinero, o al menos posee la aptitud para adquirirlos. A este conjunto se le concibe como un ente abstracto, ideal, de naturaleza meramente intelectual, incorpóreo, distinto de sus elementos individualmente considerados, los cuales no se pueden reunir materialmente; es, pues, una universalidad creada por el derecho, una universalidad jurídica. Por lo mismo, tampoco se puede dividir materialmente, sólo en cuotas de la misma naturaleza abstracta, ideal, sin referencia alguna a las cosas que componen cada una a las cuotas¹⁵⁹.

Se vuelve importante hacer alusión al patrimonio debido a que este es uno de los elementos indispensables dentro de la sucesión ya que la transmisión del patrimonio, el traslado del conjunto de derechos y obligaciones valuables en dinero de una persona fallecida a otra u otras que le sobreviven, a quienes la ley o el testamento llaman para recibirlos. La sucesión es entonces un acto jurídico, que conlleva imbito, un acto que es la transmisión. Y es que el patrimonio no es susceptible de ser transferido, es decir que el mismo o una porción de este no puede ser objeto de operaciones de actos entre vivos. Ese conjunto de bienes y obligaciones solo puede ser transmitido, o sea solo puede cambiar de dueño por muerte del antecesor, ello porque ese patrimonio no puede ser abandonado, expuesto a ser adquirido por el primer ocupante, ya que ello trastocaría sensiblemente cada uno de sus elementos, es necesario que la propiedad, a la muerte de aquel a quien pertenecía, pase a otro u otros, a fin de que las relaciones no se interrumpen¹⁶⁰.

De lo antes expuesto se evidencia la importancia que en la actualidad

¹⁵⁹ ROMERO CARRILLO, Roberto, Nociones... ob. cit., Pág. 1. El ser humano posee un atributo que se denomina patrimonio, el cual no puede ser trasferido a otra persona, únicamente se pueden transferir los bienes y derechos que lo conforman.

¹⁶⁰ ROMERO CARRILLO, Roberto, Nociones... ob. cit., Pág. 2.

reviste la atribución de capacidad jurídica de parte del no nacido, ya que de esa forma puede entenderse que el causante por medio de su declaración de última voluntad, o si no lo hiciera, por ministerio de ley, debe saber que su sucesor, no nacido, puede sucederle en todos sus derechos, sin haber nacido todavía, abriéndole así al causante una nueva alternativa para disponer de sus bienes, a efecto de lo que ocurrirá cuando este muera. El cambio que en el ordenamiento jurídico salvadoreño trajo la reforma del Art. 1 inc. 2° de la Constitución, también afectó la esfera jurídica del no nacido en el derecho sucesorio, volviendo un ser capaz de adquirir derecho como consecuencia de una sucesión, modificando la concepción, en buena medida, de los requisitos subjetivos para suceder que la legislación civil regula.

4.3.1.1 Requisitos para suceder.

Para que la sucesión se produzca es necesario que el asignatario reúna ciertos requisitos, que por estar relacionados con su persona reciben el nombre de requisitos subjetivos. Esos requisitos o cualidades que deben concurrir en el asignatarios son: a) la capacidad; b) la dignidad; y c) ser persona cierta y determinada¹⁶¹. Los requisitos sub a) y sub b) están tratados por el Código en el Título I del Libro Tercero, que se refiere a "*Definiciones y reglas Generales*", lo que se debe a que su importancia se manifiesta en todas las clases de sucesión que nuestra ley admite y reglamenta; en cambio el requisito sub c) aparece requerido en la sucesión testamentaria en las reglas generales del Título que trata "De las Asignaciones Testamentarias" porque es en esta clase de sucesión en donde tiene relevancia. Para la

¹⁶¹ ROMERO CARRILLO, Roberto, *Nociones...* ob. cit., Pág. 27. Importante es determinar el alcance de estos requisitos, ya que dichas exigencias por realizarse al sujeto que pretende beneficiarse de algún derecho que se obtenga por causa de muerte, también se realizarán al ser que está por nacer, y de esa forma comprender en qué medida estos se vieron afectados a partir del reconocimiento como persona del no nacido.

validez de la asignación es necesario también que su objeto llene determinados requisitos; y por ser requisitos relacionados con el objeto de la asignación se llaman requisitos objetivos. De estos también trata la ley en el Título "*De las Asignaciones Testamentarias*", los cuales fueron ya desarrollados (ver supra 1.3.5.1.7.1 Sucesión Testamentaria), y por referirse a las formalidad con las que deberá ser otorgado el acto de última voluntad no se vio afectado por la reforma constitucional.

Por esa circunstancia y por haber sido modificadas las reglas referentes al asignatario, como son la capacidad y que el mismo debe existir al momento de abrirse la sucesión o que se espera que existan.

4.3.1.1.1 Requisitos Subjetivos.

Estos se refieren a aquellas cualidades o exigencias que la ley obliga a reunir a los asignatarios o sucesores, para poder adquirir los bienes y derechos de una persona difunta, por referirse al sujeto estos requisitos son llamados requisitos subjetivos. El asignatario debe de reunir requisitos o cualidades entre las cuales se encuentran, la capacidad, la dignidad, ser persona cierta y determinada.

Es preciso mencionar que dentro de los requisitos subjetivos, los de vital importancia en la investigación sobre los derechos sucesorios del no nacido, son la capacidad y existir al tiempo de abrirse la sucesión, ya que estos fueron modificados por la reforma del Art. 1 de la Constitución del año mil novecientos noventa y nueve, debido a que cuando la disposición constitucional reconoce como persona humana al producto de la concepción le está reconociendo capacidad de goce, volviéndola un ser jurídicamente existente.

4.3.1.1.1.1 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 para adquirir derechos, y la segunda en la aptitud legal para poderlos ejercer por sí mismo, sin el ministerio o la autorización de otra, o como dice el último inciso del artículo 1316 C.C., en poderse obligar una persona por sí misma. En derecho hereditario, cuando se habla de capacidad o incapacidad, ello queda circunscrito a la aptitud legal para adquirir derechos, a la capacidad o incapacidad de goce, no teniendo nada que ver la capacidad o incapacidad de ejercicio para suceder por causa de muerte. Actualmente, por regla general, toda persona por el mismo hecho de serlo, tiene capacidad de goce. Y es que *“la reforma constitucional de mil novecientos noventa y nueve trastocó el centro del ordenamiento jurídico nacional, al reconocer la existencia jurídica de la persona humana a partir de su concepción, reconociendo a la misma como persona humana desde el instante mismo de la gestación, con lo cual indefectiblemente ésta puede adquirir los derechos que a ella se difieran, sin que los mismos estén suspensos hasta que el nacimiento se efectúe, como señalaba la regla del art. 75 Código Civil, hoy derogada por aplicación del mandato constitucional; en cuyo caso tendrá lugar la representación de las personas por nacer, por sus padres”*¹⁶². Al reconocer la aptitud legal del no nacido para adquirir derechos, el mismo se volvió un ser capaz de suceder a cualquier persona por causa de muerte.

¹⁶² Sentencia de la Cámara de Familia de la Primera Sección del Centro, CF01-52-A-2001, III, párrafo 6, por la dificultad en el actuar de parte del no nacido, generada por la misma situación biológica, le corresponde a sus ascendientes directos de este, quienes poseen la representación legal, exigir y reclamar los derechos que al no nacido le son conferidos, esto la base legal se encuentra en el Art 223 del Código de Familia, con esto se pone en evidencia que él no nacido posee capacidad de goce, para poder adquirir asignaciones testamentarias, pero para poder ejercer dichos derechos el legislador ha regulado en el cuerpo legal antes descrito la disposición legal..

4.3.1.1.1.2 Existir al Momento de la Sucesión.

La legislación civil, después de sentar como principio general de que es capaz de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz, establece en el artículo 963 C. C. que el asignatario debe existir al tiempo de abrirse la sucesión, y si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, será también preciso existir al momento de cumplirse la condición; la fijación de estos momentos para la existencia se 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 si la asignación es pura y simple, y al momento de cumplirse la condición si la asignación se deja con esta modalidad, todo ello según está prescrito por el artículo 957 C.C. *“La delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla”*¹⁶³. Esa existencia la exige la ley en esos instantes para ser capaz de suceder. Pero realmente la no existencia del asignatario en ese tiempo no constituye una incapacidad, porque no se puede hablar de capacidad o incapacidad de una persona que no existe; lo que verdaderamente ocurre es que no hay vocación sucesoria en quien no existe, no hay llamamiento a suceder para el que no existe, diciéndose al respecto que “la ley no llama a los muertos a suceder a los muertos”. Cuando se sucede por derecho de transmisión basta existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado, lo cual no era necesario expresarlo, menos como salvedad, porque cuando opera tal derecho la asignación no se recibe en forma directa del primer causante, y por ello no es preciso ser capaz de sucederle, pero sí se debe ser capaz de suceder al segundo causante, que es “la persona por quien se transmite la herencia o legado”, todo ello según las reglas generales, por lo que en tal caso no se trata de ninguna salvedad

¹⁶³ Art. 957 Código Civil, *“La delación de una asignación es el actual llamamiento de la ley a aceptarla o repudiarla”*.

al principio general de que para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión. Pero ese principio sí tiene verdaderas excepciones, como la de que tienen validez las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen pero se espera que existan (con lo que se excluye las que ya dejaron de existir), siempre que esa esperanza se vuelva realidad dentro de los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión. En el caso del nasciturus a partir de la reforma, por estar en el vientre materno, no es de excepción, no queda comprendido en la de las personas que no existen pero se espera que existan, porque al estar en el vientre materno ya existe, tiene existencia jurídica y legal, al concebido se le reconoce la capacidad de goce, por lo cual existe desde ese preciso instante.

Es así que algunos aplicadores de la ley, consideran algunos derechos a favor del concebido, entre otros: el adquirir bienes por donación; adquirir bienes por herencia; ser beneficiario de una carga impuesta a una donación de otros herederos o legatorios; adquirir los derechos y obligaciones accesorias de los que adquiera como principales; reclamar alimentos; reclamar la filiación; ser beneficiario de indemnizaciones o pensiones; y ser beneficiario de estipulaciones a su favor, por ejemplo de un seguro de vida¹⁶⁴. De esta forma dejada por sentado que el no nacido posee la aptitud de adquirir derechos por causa de muerte, al igual que cualquier persona que se encuentre nacida.

¹⁶⁴ Sentencia de la Cámara de Familia de la Primera Sección del Centro, CF01-52-A-2001, III, párrafo 9, poco es el avance que la tendencia de reconocimiento de los derechos a favor del no nacido posee, sin embargo es importante que los jueces obtengan un mayor conocimiento de la situación actual de los derechos a favor del no nacido, y así garantizar el pleno goce de los mismos, y esto se lograra al tener en claro que en el Art 223 del Código de Familia, con esto se pone en evidencia que él no nacido posee capacidad de goce, para poder adquirir asignaciones testamentarias, pero para poder ejercer dichos derechos el legislador ha regulado en el cuerpo legal antes descrito la disposición legal precitada, dejando sin ninguna laguna legal para que en un caso concreto el legislador otorgue los derechos al no nacido que le corresponden.

4.3.2 Vocación Sucesoria.

La capacidad para suceder consiste en la aptitud para recibir por transmisión mortis causa. El concepto debe diferenciarse de la vocación, en cuanto ésta constituye el llamamiento de un sucesor a una sucesión determinada, llamamiento que presupone necesariamente como sustento previo la capacidad del llamado¹⁶⁵.

La vocación sucesoria reconoce como fuente una disposición legal que la otorga en función de determinada relación de parentesco, o en mérito al vínculo conyugal, o bien, por último, en virtud del llamado que puede realizar el causante mediante el acto de última voluntad denominado "*testamento*". Como se ve, este llamado o título a la sucesión constituye antes de la apertura de ella un dato de hecho que solamente con la muerte del causante cobrará eficacia jurídica actual¹⁶⁶.

4.3.3 Formas de Suceder por Causa de Muerte.

*“Art. 953.- Si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria, y si en virtud de la ley, intestada o abintestato. La sucesión en los bienes de una persona difunta puede ser parte testamentaria, y parte intestada”*¹⁶⁷.

¹⁶⁵MAFFIA, Jorge, Manual de Derecho Sucesorio, Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1999, Pág. 74. La vocación sucesoria consiste en tener la posibilidad de suceder a una persona, lo cual ha tenido su fuente en la voluntad del causante antes de su muerte.

¹⁶⁶MAFFIA, Jorge, Manual... ob. cit., Pág. 24. La vocación sucesoria no solo puede depender de la voluntad del causante, sino también de la ley, cuando el causante no dispuso de sus bienes, la ley presume su voluntad, suscitándose así una vocación legítima, y esto lo realiza basado en la lógica del afecto de la familia, y así la ley norma una serie de grupos de personas que poseen un vínculo familiar con el de cujus, los cuales cuando el no dispuso de sus bienes o sus disposiciones no tienen validez o no dispuso de todos sus bienes.

¹⁶⁷Código Civil, Art. 953. Una sucesión puede ser parte testada y parte intestada, cuando las asignaciones que realice el causante en su testamento, no recaen sobre todos sus bienes, es decir, no agotan todo su patrimonio, en este caso corresponde a los herederos

En palabras sencillas, la Sucesión por Causa de Muerte opera por dos vías: una Testamentaria, que se da cuando una persona dispone de sus bienes dejando un documento donde plasma su última voluntad, y es este documento la base sobre la cual se hará la transferencia del dominio de los bienes a sus herederos o legatarios. La otra vía es la Intestada o abintestato, palabra que significa “*Sin Testamento*”, es decir, cuando la persona fallece sin oportunidad de poder manifestar su última voluntad en un documento o testamento. En este caso es la misma ley quien se encarga a través de los notarios y/o de los Jueces, de hacer la transferencia de los bienes a los herederos.

4.3.3.1 Los órdenes de la Sucesión Intestada.

Las personas a quienes la ley les concede vocación sucesoria, las que a la muerte del causante serán llamadas a sucederle, son las que tienen con aquél la clase de parentesco que la misma ley previamente ha indicado. Cuando la ley establece qué clase de parientes tienen derecho a la sucesión intestada, hace formando con ellos varios grupos, que coloca, bajo una enumeración correlativa, mandando que tales grupos, que reciben el nombre de órdenes, prefieran unos a otros según su numeración, por manera que sólo en falten los herederos llamados en el número anterior, entran los designados el número que sigue¹⁶⁸.

abintestato, la parte que el testador no dispuso, y parte de ahí la vocación sucesoria de los mismos, con lo cual si demuestran esto los derechos o los bienes del decujus se unirán al patrimonio de los mismos para formar uno solo y ahí dejar en evidencia que no puede existir fuera de un caudal relicto.

¹⁶⁸ROMERO CARRILLO, Roberto, Nociones... ob. cit., Pág. 111. Los sistemas de órdenes para la sucesión intestada son tres: sistema de clase, sistema lineal y sistema parental; el ordenamiento jurídico salvadoreño optó por el sistema de clase el cual consiste en que el legislador escoge a los parientes que formaran parte del grupo y esto lo hacen en consideración al vínculo que existe con el causante, en el art. 988 del código civil se regulan los grupos los cuales son siete.

4.3.3.2 Formas Indirectas de Suceder.

Se puede suceder en forma directa o personal y en forma indirecta. Sucede en forma directa quien es llamado en virtud del testamento o por la ley, en consecuencia no tiene que prevalecer el Derecho que otro tenía como asignatario y no quiso o no pudo ejercer. Y sucede en forma indirecta quien es llamado a hacerlo en defecto de otro ya sea a través de la figura de la representación o del derecho de transmisión. Se dice que es indirecta porque los herederos no tienen vocación sucesoria propia, necesitan de alguien que si la tenga, su vocación sucesoria es subsidiaria, el Art. 1014, del Código Civil Colombiano establece que *“Si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar dicha herencia o legado o repudiarlos, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido. No se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite”*¹⁶⁹, regulando de esa forma la figura del derecho de transmisión del derecho de opción.

En cuanto al derecho de representación la legislación civil colombiana regula en su Art. 1041, que *“Se sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación. La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre si ésta o aquél no quisiese o no pudiese suceder. Se puede representar a un padre*

¹⁶⁹Código Civil Colombiano... ob. cit., Art. 1014. *“Si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar dicha herencia o legado o repudiarlos, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido. No se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite”, por la sencilla razón que los mismos radica dentro del caudal relicto del decujus, y en ningún caso puede aceptar uno de los derechos de todos, en el caso que hablemos de un heredero universal, el cual debe de aceptar la herencia completa y no seccionada.*

*o una madre que, si hubiese podido o querido suceder, habría sucedido por derecho de representación*¹⁷⁰.

4.3.3.2.1 Derecho de Representación.

Cuando tiene lugar la sucesión intestada, sea por el motivo que fuere, los llamados a suceder al causante son los parientes que están incluidos en los órdenes establecidos en el Art. 988, el cual dice:

“Son llamados a la sucesión intestada:

- 1. Los hijos, el padre, la madre y el cónyuge, y en su caso el conviviente sobreviviente;*
- 2. Los abuelos y demás ascendientes; los nietos y el padre que haya reconocido voluntariamente a su hijo;*
- 3. Los hermanos;*
- 4. Los sobrinos;*
- 5. Los tíos;*
- 6. Los primos hermanos; y,*
- 7. La Universidad de El Salvador y los hospitales”*¹⁷¹.

La preferencia que la ley establece, que sólo en defecto de los del orden anterior suceden los del que sigue. Los parientes que integran los órdenes de la sucesión intestada tienen vocación sucesoria propia, directa,

¹⁷⁰Código Civil Colombiano... ob. cit., Art. 1041. *“Se sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación. La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre si ésta o aquél no quisiese o no pudiese suceder. Se puede representar a un padre o una madre que, si hubiese podido o querido suceder, habría sucedido por derecho de representación”*

¹⁷¹Código Civil. Art. 988. En la sucesión intestada la ley determina el orden para suceder al de cujus, estableciendo siete órdenes, los cuales están en relación al mayor y menor grado de parentesco con el causante, la importancia de estos órdenes en el derecho de representación radica en establecer quién puede o es llamado a suceder de forma indirecta.

originaria, porque son los llamados ab-initio por la ley a sucederle; y para colocarlos en esos órdenes el legislador aplicó de una vez la regla que establece que el pariente más próximo en grado al causante excluye al más lejano, dentro del orden el pariente más cercano excluía al más lejano, pero por el hecho, de estar incluidos en los órdenes, esas personas heredan por derecho personal, "*derecho propio*", quienes integran los órdenes de la sucesión intestada no heredan prevaleciéndose del derecho que otro tenía y que no ejerció porque no quiso o no pudo, ya que ningún sucesible excluye a otro dentro del mismo orden¹⁷².

Pero abintestato también se puede suceder en forma indirecta, especial para esta clase de sucesión, haciendo uso del llamado derecho de representación, lo que ocurre cuando quien lo hace se prevale para ello del derecho que otro tenía a ser llamado a aceptar una asignación hecha por la ley, pero ese llamamiento no se actualizó para él, o se extinguió, porque ya no tenía vocación sucesoria, su derecho a ser llamado había extinguido porque ya había fallecido cuando debió habersele hecho el llamamiento, o porque le afectó una incapacidad de goce en relación con la asignación a que estaba potencialmente llamado, o bien porque repudió la asignación o fue declarado indigno, como lo enuncia el Art. 929 del Código Civil Español, "*No podrá representarse a una persona viva sino en los casos de desheredación o incapacidad*"¹⁷³. En el derecho de representación, la delación se verifica en algunos casos para el que estaba originalmente llamado a suceder y en otros no, lo que es diferente a lo que ocurre en el

¹⁷²ROMERO CARRILLO, Roberto, Nociones... ob. cit., Pág. 115. En la sucesión intestada la ley dispone de órdenes, en los cuales se encuentran un grupo de personas que comparten afinidad por tener un vínculo con el causante, pero deja en claro el autor que las personas que pertenecen a un mismo orden no excluye una a la otra, sino que todas son llamadas a suceder si cumplen los requisitos de ley.

¹⁷³Código Civil Español... ob. cit., Art. 929. A diferencia de la disposición del Código Civil Español nuestra legislación y doctrina expone que a una persona viva se puede representar en los casos de incapacidad, indignidad y repudiación.

derecho de transmisión, la otra forma indirecta de suceder, porque en esta el llamamiento se actualiza siempre, la delación para el que estaba originalmente llamado siempre se verifica, si no fuera así no habría lugar a la transmisión del derecho de opción. Si a un sucesor no se le ha deferido la herencia o legado cuando fallece, no transmite nada. En el derecho de representación la delación no se verifica en los casos de premuerte e incapacidad del asignatario; y se verifica cuando se trata de repudiación e indignidad. Pero en todos estos casos hay lugar a la representación; ellos quedan comprendidos en la frase "*no quisiese o no pudiese suceder*", contenida en el inciso segundo del artículo 984 C.C., que regula la representación.

El Código Civil, establece que la Representación es una ficción legal, según el Art. 984 C.C., pues expresamente así lo menciona en el inciso segundo, y el Art. 987 del mismo cuerpo legal parece adoptar la teoría de que la representación es un Derecho, al preceptuar que se puede representar al ascendiente cuya herencia no se ha repudiado.

En el Derecho de Representación pueden intervenir tres personas, para que se haga efectiva la figura:

1. El primer causante.

Este se refiere a la persona de la cual se pretende aceptar herencia, El causante es aquella persona de quien deriva determinado derecho o situación jurídica, la palabra causante proviene del latín "*de cujus*", que es una abreviación de la perífrasis "*is de cuius hereditate agitur*", aquél de cuya herencia se trata.

2. El representado.

Es la persona que por ministerio de ley está llamada a suceder

directamente al causante, que por los motivos de premuerte, incapacidad, repudio e indignidad, no puede aprovecharse de la asignación que por causa de muerte se ha realizado.

3. El o los representantes¹⁷⁴.

Es importante dejar en claro que la representación solo se suscitara en línea recta descendente y en línea recta colateral hasta el segundo grado en esta última, así como lo enuncia el Art. 925 del Código Civil Español, *“El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente y en la línea colateral”*¹⁷⁵.

4.3.3.2.1.1 Requisitos que Deben Concurrir.

Para que la Representación tenga lugar, la doctrina y la legislación han exigido ciertos requisitos que deben reunir tanto el representado como el representante:

4.3.3.2.1.1.1 Requisitos del Representado.

1. Que haya prefallecido con respecto al de cujus: si el representante ocupa en la sucesión el lugar del de cujus o el grado que le correspondía al representado, es menester que dicho lugar se encuentre vacante, porque el heredero que vive al tiempo de la apertura de la sucesión ocupa su grado y sus

¹⁷⁴SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, Derecho Sucesorio, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición Actualizada, Santiago de Chile, Chile, 1988. Pág. 102. Se establecen tres sujetos tomando en consideración los derechos de representación en línea colateral, en la cual únicamente pueden invocar el derecho de representación los hijos y nietos del representado.

¹⁷⁵Código Civil Español... ob. cit. Art. 925. La regulación del Código Civil Español coincide con la regulación Civil Salvadoreña sobre el derecho de representación, referente a cuando tendrá lugar la aplicación del mencionado derecho, y que en ningún momento establece límite para la representación en línea recta descendente.

descendiente no pueden en consecuencia, venir a ocuparlo.

2. Que tenga vocación hereditaria o personal: si la representación consiste en colocar a los descendientes en el grado que ocupa su ascendiente, con el propósito de que sucedan juntos a la misma parte de la herencia a la cual el ascendiente habría sucedido, es evidente que no basta el prefallecimiento del representado, sino que también es menester que se trate de una persona que ocupa o tenía un grado en la familia del difunto y que además hubiera tenido parte en la herencia de éste; es decir, es preciso que se trate de una persona que tenga vocación hereditaria.

Para poder representar a una persona lo principal es que haya poseído vocación sucesoria, en este caso específicamente un llamamiento hecho por la ley, debido a que no se puede perder de vista que la representación únicamente es aplicable en la sucesión intestada, y otro de los requisitos importantes y el primordial para que se suscita la representación es, como lo establece el Art. 984 Inc. 2° del Código Civil, que el representado *“no quisiese o no pudiese suceder”*¹⁷⁶, ya sea por la repudiación, indignidad, incapacidad o premuerte.

4.3.3.2.1.1.2 Requisitos del Representante.

1. Que sea descendiente del representado: Es norma fundamental que el representante deba ser hijo o descendiente del representado, debido a que la representación es el Derecho por el cual los hijos o descendientes son colocados en el grado que

¹⁷⁶ Código Civil, Art. 984 Inc. 2°. El derecho de representación se aplica cuando el representado no pudiese suceder ya sea por incapacidad, indignidad o muerte, y cuando no quisiese es por la repudiación de la sucesión, de esta manera no podemos limitar el derechos de representación a la muerte del representado.

ocupan los padres en la familia del difunto, a fin de recibir la parte de la herencia que hubiese correspondido a aquellos.

2. Que tenga vocación hereditaria propia o personal: No cualquier descendiente de un presunto heredero prefallecido o de un heredero excluido puede recoger la parte de la herencia que hubiera correspondido a su ascendiente en la sucesión del de cujus, sino solamente aquellos descendientes que en ausencia de herederos más próximos, hubiesen sido llamados, ellos solos o por la Ley, para recoger la herencia.

En el Derecho de Representación, la delación se verifica en los casos de premuerte e incapacidad del asignatario, y se verifica cuando se trata de repudiación e indignidad.

La premuerte del asignatario, incapacidad, indignidad y repudiación, el que estaba originalmente llamado a suceder y no quiso o no pudo hacerlo y ese lugar es llenado por otro pariente del causante, a quien la Ley previamente ha designado y como quien ocupa ese lugar, había sido colocado ahí en virtud del grado de parentesco que lo unía con el causante, ese mismo grado se supone existente en quien lo llena, por lo que se asume todos los derechos hereditarios del que no pudo o no quiso heredar.

Existe pues, para ciertos parientes del causante un llamamiento subsidiario, supeditado a que no se actualice el de un pariente más próximo, al tener efecto ese llamamiento subsidiario, el pariente lejano adquiere por disposición de la Ley, un grado de parentesco más cercano lo cual es imposible realmente y por eso solo se trata de una ficción que recibe el nombre de Representación; y este no consiste en que una persona ascienda de orden, sino introducir a alguno de ellos que originalmente no figuraba en él, ese orden que otro ha dejado de ocupar y quien es descendiente del

causante o hermano y eso significa que es un modo indirecto de suceder, sólo tiene lugar en la línea descendiente del propio causante y en la línea descendente de sus hermanos, siempre que estos hubieran estado llamados originalmente a suceder, así lo establece el Art. 984 del Código Civil que dice *“Se sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación. La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder. Se puede representar a un padre o madre que, si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación”*¹⁷⁷.

4.3.3.2.1.2 Representación en la línea Descendente y Colateral.

El artículo 986 del Código Civil en su inciso 1º, manifiesta, que habrá *“siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto y en la descendencia de sus hijos”*. Se trata de una representación que tiene lugar en la línea recta descendente del causante, sin límite legal, lo cual pone en duda la expresión siempre, pues el límite que puede tener es solo el dado por la naturaleza y tomándose en cuenta el promedio de la duración de la vida de las personas, es muy raro que alguien tenga descendientes mas allá de los bisnietos¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Código Civil, Art. 984. *“Se sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación. La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder. Se puede representar a un padre o madre que, si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación”*,

¹⁷⁸ ROMERO CARRILLO, Roberto, *Nociones...* ob. cit., Pág. 129. El derechos de representación tendrá aplicación en línea recta descendente sin ningún límite y el línea colateral hasta el segundo grado, hijos y nietos, pero el comentario que se realiza es

En el Art. 925 del Código Civil Español, se enuncia que *“El derecho de representación tendrá siempre lugar en la línea recta descendente, pero nunca en la ascendente y en la línea colateral”*¹⁷⁹, el Art. 986 inc. 2º del Código Civil, expresa que solo tiene lugar la representación a favor de los hijos y nietos, aunque no concurren con sus tíos. En esta línea el representado es hermano del causante, y es en la línea descendente del hermano que ocurre la representación, con el fin de colocarse en el lugar que ocupaba y por consiguiente, heredar al causante como si su propio hermano lo estuviera haciendo¹⁸⁰.

La representación siempre está operando en la línea recta descendente, pero de un modo distinto, en este caso del hermano del causante, por lo que siempre se cumple el principio de a quien se representa es siempre al padre o a la madre.

Significa en esta línea quienes heredan por derecho de representación son los sobrinos del causante, cuando su padre o su madre, que eran hermanos del causante estaban llamados a suceder, heredan en tercer orden de la sucesión intestada, porque es en este grado en que están los hermanos del causante. En esta línea la representación si tiene limitaciones, y solo tiene lugar a favor de los hijos y nietos, más allá de este límite no hay representación.

El artículo 984 del Código Civil, *“Se sucede abintestato, ya por*

conforme a la línea recta descendente y es porque la misma no posee límite alguno no importando que el promedio de vida de un salvadoreño sea de setenta años.

¹⁷⁹Código Civil Español... ob. cit., Art. 925. Esta disposición tiene una íntima relación con el Art. 986 del Código Civil salvadoreño, en esencia regula de la misma manera el derecho de representación a diferencia que la disposición Española de manera textual excluye la representación en línea recta ascendente.

¹⁸⁰ ROMERO CARRILLO, Roberto, Nociones... ob. cit., Pág. 131. El derecho de representación en línea colateral únicamente se podrá suscitar hasta el segundo grado, hijo y nieto, más allá de este parentesco no tendrá aplicación el mencionado derecho de representación.

*derecho personal, ya por derecho de representación*¹⁸¹ permite representar al padre o la madre que si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación.

Ejemplo: El causante A, tiene un hijo B, este a su vez tiene un hijo C, que es nieto de A (el causante), este también tiene un hijo D, que es bisnieto del causante A. Si B repudia o es incapaz o declarado indigno, su hijo C tiene derecho a representarlo para suceder al causante A, pero C no quiere o quiso hacerlo y repudia la herencia o no puede porque es incapaz o indigno respecto del causante A, entonces D, bisnieto del causante A en representación de su padre C, acepta lo que a él podría haberle correspondido si hubiese querido o podido suceder por la representación de B en la sucesión de A.

En este caso el bisnieto primero representa a su padre C, ya colocado en ese lugar también representa a su abuelo B, hay representación de dos grados (representación de varios grados), solo se puede dar con un mínimo de cuatro personas.

En el caso anterior se trata de un solo causante, por lo que los derechos a su sucesión son los únicos que se han aceptado por derecho de representación, pues lo que ha motivado no es la premuerte del hijo, ni del nieto del causante A, como se verá a continuación.

Ejemplo: supongamos que el hijo B ha muerto antes que el causante A, habría otra herencia que D podría aceptar también por Derecho de Representación; la de B por representación de C y si antes de B ya había muerto el nieto C, habría otra herencia más que D podría aceptar también, pero esta sería por derecho propio, la herencia de C y B también podría

¹⁸¹Código Civil, Art. 984. "Se sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación".

repudiarlas y aceptar únicamente la herencia de A por Derecho de Representación. Hay que tomar en cuenta que la herencia de C le corresponde a D por derecho personal, la de B por representación del mismo C y la de A por representación de B y en caso que acepte todas esas herencias el bisnieto D tiene que ser capaz y digno respecto de todos los causantes.

4.3.3.2.2 Derecho de Transmisión.

Si la asignación ya había sido deferida y el asignatario fallece sin haber expresado que la acepta o la repudiaba, esto es, sin haber ejercido su derecho de opción, transmite ese derecho a sus herederos, toda vez que sus derechos a la sucesión a la que fue llamado no hayan prescrito según lo dispuesto en el artículo 2256 C.C., que establece *“Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho”*¹⁸².

El derecho de opción es, pues, un elemento transmisible del patrimonio del heredero o legatario que falleció sin haber optado; el sucesor de éste lo recibe como parte del patrimonio de que su causante era titular, como cualquier otro derecho personal transmisible que se encuentre en el caudal relicto. Por esta razón para poder ejercer la opción que al causante le correspondía y que no ejerció, porque no quiso o porque ignoraba que la asignación se le había deferido, hay que aceptar primero el patrimonio de que tal derecho forma parte, el patrimonio propio que pertenecía a quien no aceptó ni repudió la asignación que a él se le había deferido; en términos más sencillos, hay que aceptar la herencia de quien era titular de un derecho de opción para poder ejercer el mismo, desde luego que estando formando

¹⁸² Código Civil, Art. 2256 “Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho”

parte de aquélla no podría ejercerse si tal herencia no se aceptara.

La asignación a que pudo estar llamado quien falleció sin aceptarla ni repudiarla, puede haber sido a título universal o a título singular, puede haberse tratado tanto de una herencia como de un legado, no importando la clase de sucesión a la que el asignatario estaba llamado, es decir, que su vocación sucesoria pudo haber sido testamentaria o abintestato, porque la transmisión del derecho de opción o derecho de transmisión, tiene lugar tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada. Así mismo, es indiferente que aquél a quien se transmite el derecho de opción sea heredero testamentario o abintestato de quien se lo transmite, pero sí es condición indispensable que sea un heredero, a suceder a título universal de cualquier clase que sea, heredero universal, de cuota o de remanente, ya que sólo a éstos se transmiten todos los derechos y obligaciones transmisibles del causante, la universalidad jurídica llamada herencia, en la que precisamente se encuentra ese derecho, que tiene que ser compartido por partes iguales cuando son dos o más. Los legatarios no pueden ejercer el derecho de opción que a otro pertenecía, ya que no son sucesores a título universal, y siendo así es imposible que puedan cumplir con el requisito de aceptar la herencia de quien lo transmite. La denominación de transmisión del derecho de opción es más propia para esa institución que la de "*derecho de transmisión*", que es la tradicional, pues ésta resulta un tanto equívoca ya que en toda sucesión por causa de muerte hay transmisión, pero no siempre hay derecho de transmisión, mientras que la otra es más connotativa de lo que realmente ocurre, pues mediante esta institución lo que se transmite es la opción que se tenía, la facultad de aceptar o repudiar una asignación, no la asignación misma, como acontece cuando el asignatario a quien se le hace el llamamiento acepta la herencia o legado que se le ha deferido y después fallece, ya que en éste caso la cosa asignada sí había entrado ya a formar

parte del patrimonio que transmite a sus heredero¹⁸³.

El Derecho de Opción es aquel a quien se le ha hecho la delación, esto es, el actual llamamiento, es porque tiene vocación sucesoria, es decir posee la aptitud para suceder al de cujus. Tal vocación sucesoria puede venirle de la voluntad expresa del causante o de la Ley, y tiene respecto a la atribución que se le hace dos caminos a escoger: uno es que puede repudiar la herencia o legado a que es llamado, o puede aceptarlos.

Hemos mencionado que una vez producida la delación de la asignación, el asignatario tiene la atribución de pronunciarse respecto de su herencia o legado, ya sea aceptándola o repudiándola. En ese caso pueden darse dos situaciones posibles:

- I. Que el asignatario, entre la delación y su fallecimiento haya alcanzado a aceptar la asignación deferida; en esta situación va a transmitir a sus herederos los bienes comprendidos en la asignación.
- II. El asignatario fallezca sin haberse pronunciado respecto a la herencia o legado que le ha sido deferido. En tal evento transmite a sus herederos la facultad que él tenía de aceptar o repudiar la asignación. Es lo que en el Código Civil se denomina Derecho de Transmisión y que de acuerdo al Art. 958 consiste en:

“si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aun cuando fallezca sin saber que le ha sido

¹⁸³ ROMERO CARRILLO, Roberto, Nociones... ob. cit., Págs. 76 y 77. La denominación doctrinal “derecho de transmisión” alude al supuesto en que el asignatario muere sin haber hecho uso de la facultad de opción que le corresponde para aceptar o repudiar la asignación de su causante, hecho que provoca que sus herederos adquieran el derechos de opción.

*deferida*¹⁸⁴.

De acuerdo a la disposición citada en el párrafo anterior, lo importante en la transmisión del derecho de opción en ningún momento radica en el conocimiento que pudo o no pudo tener el transmitente o trasmisor del deferimiento de la sucesión, sino en la vocación sucesoria que poseía el mismo.

4.3.3.2.1 Elementos del Derecho de Transmisión.

1. Se trata de dos causantes, de dos sucesiones, en que el primer causante difiere al segundo.

El primer elemento trata de dos sucesiones que se han abierto, una después de la otra, y que por lo tanto, existen un primer causante y un segundo causante, que indican el orden de sus fallecimientos; el segundo de los causantes estaba llamado a suceder al primero ya fuera como heredero o legatario, sin embargo falleció sin haber hecho uso de su Derecho de Opción. Si sus Derechos a la a la sucesión del primer causante aún no han prescrito, le transmite a sus herederos el Derecho de Opción, es decir el de aceptar o repudiar la asignación que se le había deferido. De lo apuntado anteriormente podemos deducir tres términos: el primer causante, el segundo causante y los herederos del segundo causante.

2. Que el segundo causante o de cujus en vida no haya aceptado o repudiado la herencia a él deferido.

Como segundo elemento podemos decir: Toda vez que la asignación

¹⁸⁴Código Civil, Art. 958. El derechos de transmisión es una de las formas de suceder de manera indirecta, y su fundamento radica en que el trasmitido sucede haciendo prevalecer de la vocación sucesoria de otra persona y no de un derechos propia como lo establece la doctrina como una sucesión directa.

se haya deferido y el asignatario fallece sin hacer uso de su Derecho de Opción, transmite ese derecho a sus herederos. El Derecho de Opción es un elemento transmisible del patrimonio del heredero o legatario que falleció sin haber optado. Mientras el heredero o legatario no declare su voluntad, la asignación estará en suspenso, ignorándose su incorporación o no al patrimonio del heredero o legatario.

La facultad que tiene de declarar si acepta o repudia la asignación y si fallece sin haberlo declarado, sus herederos encuentran ese Derecho en su sucesión, dicho derecho se transmite y pueden usarlo como si la asignación les hubiera sido deferida a ellos directamente.

3. Que ese Derecho de aceptar la herencia no haya prescrito.

El tercer elemento se refiere, a que le heredero o legatario puede hacer su declaración de aceptación, mientras sus derechos a la sucesión no hayan prescrito, según lo establece el Art. 2256 del Código Civil, y sin perjuicio de la facultad que tienen los acreedores o personas interesadas en ello, para obligarlo a declarar si acepta o repudia, artículo 1155 C.C., *“Todo asignatario será obligado, en virtud de demanda de cualquier persona interesada en ello, a declarar si acepta o repudia; y hará esta declaración dentro de los cuarenta días subsiguientes al de la demanda”*¹⁸⁵, Por lo tanto transite este derecho de aceptar o repudiar, se fallece antes de la prescripción de tales Derechos.

Si no ejerció los derechos a la sucesión antes de su prescripción, no puede transmitir el derecho de aceptar la herencia o legado deferido, porque dicho heredero o legatario ya ha perdido el Derecho de aceptar o repudiar,

¹⁸⁵ Código Civil, Art. 1155. *“Todo asignatario será obligado, en virtud de demanda de cualquier persona interesada en ello, a declarar si acepta o repudia; y hará esta declaración dentro de los cuarenta días subsiguientes al de la demanda”*

por no ejercerlo en su oportunidad.

4. Que para ejercitar ese Derecho de herencia, es necesario aceptar primero la herencia del segundo causante, que es quien da el Derecho a lo que el primero transmite.

Cuarto: al tratarse de dos causantes y de dos sucesiones, es necesario aceptar la herencia de quien era titular de un Derecho de Opción, para poder ejercer el mismo, ya que como mencionamos anteriormente el derecho de opción es un elemento transmisible del patrimonio del heredero o legatario, que falleció sin haber optado; el sucesor de este lo recibe como parte del patrimonio de que su causante era titular; es por ello que se debe aceptar el patrimonio que perteneció a quien no acepto ni repudio la asignación, que a él se le había deferido, así lo establece el Art. 958 inciso 2 del Código Civil.

5. Este Derecho se puede ejercer tanto en las sucesiones testamentarias como en las intestadas¹⁸⁶.

El quinto elemento se refiere a la asignación que pudo estar llamado quien falleció sin aceptarlo ni repudiarla, puede haber sido a título universal o a título singular, es decir una herencia o un legado, así como también pudo haber sido por voluntad expresa del causante, (testamentaria) o por ministerio de Ley (abintestato), ya que la transmisión del Derecho de opción o Derecho de Transmisión opera de igual forma en la sucesión testamentaria como en la intestada.

“Es indiferente que aquel a quien se transmite el derecho de opción sea

¹⁸⁶ GIRALT G., José Arquímedes, De la Capacidad de Heredar y Testar, San Salvador, El Salvador, 1970, Pág. 28. Elemento diferenciador de la representación, es que la transmisión del derecho de opción, como es conocido en la doctrina, es que el mismo puede operar tanto en la sucesión intestada como la testamentaria.

*heredero testamentario o abintestato de quien se le transmite pero es condición indispensable que sea un heredero un sucesor a título universal*¹⁸⁷.

Un heredero a título universal puede ser: de cuota o de remanente. Es a los herederos a quienes se les transmite la herencia, la que incluye, tanto derechos como obligaciones. Es por ello que un Legatario no puede ejercer ese derecho de opción, pues a ellos únicamente se les transite una especie o cuerpo cierto, singularmente individualizado de toda la universalidad, que es la herencia. Por lo tanto no puede cumplir con el requisito de aceptar la herencia de quien lo transmite.

Puede asegurarse que en toda sucesión por causa de muerte hay transmisión, pero no siempre hay derecho de transmisión, en esta se transmite la opción de aceptar o repudiar la herencia, no la asignación misma.

4.3.3.2.2 Sujetos que intervienen en el Derecho de Transmisión.

Entre los sujetos que intervienen podemos mencionar:

1) Causante.

Es el que instituye una herencia o un legado de la que el asignatario no pudo pronunciarse. Este se refiere a la persona de la cual se pretende aceptar herencia, El causante es aquella persona de quien deriva determinado derecho o situación jurídica, la palabra causante proviene del latín “de cujus”, que es una abreviación de la perífrasis “is de cuius hereditate

¹⁸⁷ROMERO CARRILLO, Roberto, Nociones... ob. cit., Pág. 77. Solamente la persona que puede representar al causante podrá por transmisión del derecho de este, aceptar herencia en la sucesión que se trate, es decir solo un heredero, universal o de cuota, tiene tal facultad, por esa razón un legatario no puede valerse del derecho de transmisión.

agitur”, aquél de cuya herencia se trata.

2) El Transmitedor o Transmisor.

Es la persona a quien el causante dejó la herencia o legado y que falleció sin haberse pronunciado respecto de la asignación. El transmitido es heredero del transmitente y nunca del causante, por lo que el requisito de la capacidad para suceder sólo deberá observarse en relación con el segundo e inmediato causante. La aceptación del transmitido determina que herede el transmitente; y sólo a través de éste, como parte de la herencia de éste, llega hasta la esfera jurídica del transmitido la sucesión del primer causante¹⁸⁸.

3) El Adquirente o Transmitido.

Es quien adquiere el derecho de Transmisión. Heredero del transmitente o transmisor, que tiene la facultad de aceptar o repudiar la asignación que perteneció a su causante, y como requisito tiene que ser asignatario a título universal del adquirente, tal como se menciona anteriormente.

4.4 Asignaciones Testamentarias Otorgadas a Favor de los Nasciturus Antes y Después de la Reforma Constitucional del Artículo 1 inciso 2°.

La Convención sobre los Derechos del Niño consolidó un cambio paradigmático: el de la protección integral del niño, entendiéndose en ella por niño todo ser humano menor de dieciocho años, que incluye como niño también al concebido, no nacido todavía, de modo que también se da una protección integral desde el punto de vista cronológico, por lo que desde esta opinión, es importante entender que la palabra niño comprende diversas

¹⁸⁸ ROCA SASTRE, Ramón M., Estudios de Derecho Privado, volumen. II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, Pág. 294.

categorías, cada una de las cuales tienen derechos particulares: los concebidos, los impúberes, los adolescentes y aún los jóvenes.

Todos ellos entran, en cuanto sean menores de dieciocho años, dentro del concepto de "*niño*" de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁸⁹, en el Art. 1 que establece que "*Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*"¹⁹⁰.

4.4.1 Situación de los Derechos del No Nacido Antes de la Reforma del Art. 1 de la Constitución.

Antes que se suscitara la reforma del Art. 1 de la Constitución fue sancionado el Código de Familia, el cual adopta un criterio, en tanto reconoce al menor de edad en su Art. 345 de la siguiente manera como: "*toda persona natural que no hubiere cumplido dieciocho años*"¹⁹¹, regulando así sus derechos y la protección integral desde la concepción, como lo establecen los artículos 344, inciso 1°, 346 inciso 1°, 351, ordinal 2° y 353, todos del cuerpo normativo referido.

¹⁸⁹ Conferencia PÉREZ VARGAS, Víctor, Los Nuevos Paradigmas y los Derechos del Concebido como persona, en Kemelmajer de Carlucci, Aída Rosa (Coordinadora), El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas, Tomo II, Rubinzalculzoni, Santa Fe, 2000, Págs. 244 y 262. La calidad de niño como sujeto de derecho, es ampliamente reconocida por la legislación internacional, desde el instante de la concepción, mostrándose un avance generalizado del derecho de forma mundial respecto del reconocimiento de los derechos del concebido.

¹⁹⁰ Convención Sobre Los Derechos Del Niño, Suscrito el veintiséis de enero de mil novecientos noventa, ratificado el día veintisiete de marzo del año mil novecientos noventa, Diario Oficial: 108, Tomo 307, nueve de octubre de mil novecientos noventa. Art. 1.

¹⁹¹ Código de Familia, D. O. N° 231, Tomo N° 321, del trece de diciembre de mil novecientos noventa y tres, Art. 345. La legislación secundaria nacional, en el área de familia es de las más modernizadas respecto del reconocimiento de derechos a favor del no nacido, la misma demuestra una gran armonía con los principios de derecho internacional en la materia.

Respecto al hijo no nacido, dispone que el padre podrá reconocer al hijo concebido por cualquiera de los medios establecidos en el Código que fueren aplicables según el Art. 144 del Código de Familia, y en cuanto a la administración de los bienes que *"eventualmente pertenecerán al hijo que está por nacer"*, señala que corresponderá a los padres o la madre, en su caso, con las mismas facultades y restricciones que impone el Código respecto a los hijos nacidos Art. 238 del mencionado cuerpo legal.

Con lo anterior se pone en evidencia como antes que se suscitara la reforma del Art. 1 de la Constitución, ya se habían introducido disposiciones legales en el Código de Familia, que llevan imbibidas la Teoría de la Concepción.

Respecto a la legislación civil salvadoreña, ha reconocido la protección de la vida del que está por nacer, facultando a los Jueces tomar todas las providencias que les parezcan convenientes para tal fin, esto con base en el Art. 73 del Código Civil, el cual dice: *"La ley protege la vida del que está por nacer. El Juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará"*¹⁹², sin embargo, esa protección si bien limitada al derecho esencial de la vida, no lo era respecto a la protección integral de los otros derechos; de ahí que para el Código Civil que data de 1860, la existencia legal de toda persona iniciaba al nacer, conforme al artículo 72 del mismo cuerpo legal, compartiendo así el criterio del artículo 74 del Código Civil Chileno, que literalmente dice *"La existencia legal de toda persona*

¹⁹²Código Civil, Art. 73. El Código Civil desde tiempos remotos ha protegido los principales derechos del no nacido, empero de ninguna forma lo consideraba como un sujeto de derechos, sino más bien le reconocía como un objeto de protección jurídica, sin titularidad de derechos, razón que motiva lo dispuesto en el Artículo del Código Civil en comento.

*principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre*¹⁹³.

La repercusión que conlleva el reconocimiento de la persona humana, hasta el instante de su nacimiento, es, en un primer momento, que los derechos sucesorios asignados al no nacido, se encuentran suspensos, a la espera que se suscite el nacimiento con vida del nuevo ser, es necesario también mencionar que si la el nuevo ser nace muerto *“pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”*¹⁹⁴, el fundamento utilizado para esta disposición se observa en la Teoría de la Ficción, estableciendo que se tendrá al no nacido como nacido para todo lo que le beneficie a él únicamente, y a ninguna otra persona, entiéndase que si el neonato, naciera muerto, y por esa razón, otra persona de manera indirecta lo sucediera en los derechos que le fueron asignados, según la Teoría de la Ficción, se estuviera beneficiando una persona distinta al no nacido, otro de los fundamentos para la disposición precitada es, que los derechos sucesorios asignados al no nacido en ningún momento ingresaron a la esfera jurídica del mismo ya que él es únicamente una esperanza de vida, por lo tanto ninguna otra persona puede suceder de manera indirecta.

4.4.2 Situación de los derechos del no nacido posterior a la reforma del Art. 1 de la Constitución.

Con la reforma constitucional de mil novecientos noventa y nueve se trastocó el centro del ordenamiento jurídico salvadoreño, al reconocer la

¹⁹³Código Civil Chileno, aprobado el catorce de Diciembre de mil ochocientos cincuenta y cinco, entró en vigencia el primero de Enero de mil ochocientos cincuenta y siete, Art. 74. *“La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”*.

¹⁹⁴Código Civil, Art. 75. La teoría de la ficción de ninguna forma reconocía la aptitud del no nacido para adquirir derechos, solo realizaba una ficción legal de equipararlo como ya nacido, si la condición del nacimiento se cumplía, al momento del deferimiento de los derechos a favor de este.

existencia legal de la persona humana a partir de su concepción, con lo cual indefectiblemente ésta puede adquirir los derechos que a ella se defieran, sin que los mismos estén suspensos hasta que el nacimiento se efectúe, como señalaba la regla del artículo 75 Código Civil, hoy derogada de una forma tácita por aplicación del mandato constitucional; en cuyo caso tendrá lugar la representación de las personas por nacer, por sus padres, esto debido a que los derechos ingresaron a su esfera jurídica, por ende, la capacidad de goce puede existir sin la capacidad de ejercicio, porque pueden tenerse derechos y no ejercerlos por sí mismos, sino por ministerio o autorización de otra persona.

La capacidad es la regla, que constituye el estado ordinario de las personas; “la ley presume que todo sujeto por ser persona es capaz”¹⁹⁵.

La capacidad de goce o adquisitiva a que hace alusión el Código Civil cuando dice que toda persona es legalmente capaz excepto aquellas que la ley declara incapaces, es absoluta, pues toda persona por el sólo hecho de ser tal es titular de derechos, la ley le reconoce personalidad, que consiste en ser sujeto de derecho, y el no nacido al ser reconocido como persona desde el instante de la concepción, es titular de derechos.

“En realidad ser persona es tener capacidad de goce. En eso consiste el ser persona. Por eso, el animal no puede ser persona, porque no puede ser titular de los derechos que la ley le reconoce.”¹⁹⁶.

¹⁹⁵ ALESSANDRI, Arturo y Somarriva, Manuel, Curso de Derecho Civil, Tomo IV, Fuentes de las Obligaciones, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, 1942, Pág. 177. Por regla general toda persona, por el simple hecho de serlo, posee capacidad de goce, es decir cuenta con la aptitud legal para ser sujeto de derechos, y solo aquellos que la ley los indique como incapaces, no poseen tal aptitud.

¹⁹⁶ ALESSANDRI, Arturo y Somarriva, Manuel, Curso... ob. cit., Pág. 178. Si la misma ley expresa que para poseer capacidad de goce, solamente se necesita ser persona, el no nacido por ser considerado como persona, así lo dispone la norma suprema, posee tal

Cabe por lo tanto señalar que la capacidad de goce es inherente a la persona humana, tanto desde el punto de vista jurídico constitucional, como desde el punto de vista doctrinario, pues aún en los argumentos, basándose en la legislación civil chilena, que fue copiada del Código francés y éste a su vez inspirado en principios socio jurídicos, mucho más remotos en los que sólo se reconocía a la persona humana hasta que ya había nacido completamente y e incluso era viable, podemos observar una claro reconocimiento de la capacidad de goce inherente a la persona, notando de esta forma que sí puede negársele a una persona la capacidad de ejercicio pero no la de goce, pues los únicos casos en que la de goce era negada data de hace más de ciento cincuenta años en los que según la legislación civil chilena es relativamente incapaz de goce el muerto civil, privándosele únicamente del derecho de propiedad; la muerte civil consistía en *“la profesión solemne, ejecutada conforme a las leyes, en instituto monástico, reconocido por la Iglesia Católica”*¹⁹⁷, siendo éste el único caso en que se negaba uno de los derechos que implica la capacidad de goce, como lo son los derechos de propiedad. Con mucha mayor razón en el ordenamiento jurídico salvadoreño se reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción y todos los derechos que la capacidad de goce implica, como lo son: el derecho la vida, la libertad, la salud, el bienestar económico, la integridad física y moral, la seguridad, la propiedad y posesión, de acuerdo a los artículos 1, 2, 11, y otros de la Constitución de la República y como consecuencia, al que ha sido concebido, como persona constitucionalmente, deben reconocérsele todos éstos derechos como parte de su capacidad de goce.

aptitud, por lo que todo derecho otorgado a favor del ser que está por nacer, entra en su esfera jurídica.

¹⁹⁷CLARO SOLAR, Luís, Explicaciones... ob. cit., Pág. 23. Lógico es lo expuesto, al negar el goce de derechos al muerto civil, ya que este legalmente ha dejado de existir, por una presunción hecha por el legislador, y por haber dejado de existir jurídicamente, este no puede ser titular de derechos.

Al tener claro que la Constitución como Carta Magna debe prevalecer sobre las demás leyes y que ésta expresamente nos reconoce como personas desde el instante de la concepción, como debería interpretarse el tenor del Art. 963 C.C. al señalar:

“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 momento de abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado”¹⁹⁸.

Si existimos como personas desde el instante de la concepción, bastará estar concebido al momento de abrirse la sucesión para ser capaz de suceder.

En el caso que alguien le dejara una herencia o legado a un no nacido, y éste luego de abrirse la sucesión nazca muerto, para que los derechos de los herederos se hagan efectivos, deberá seguirse el procedimiento de diligencias de aceptación de herencia regulado por la ley, ante el Juez de lo civil pertinente.

Cuando se da un caso de esta naturaleza, se trata de un heredero que tuvo capacidad de goce mas no de ejercicio, y que ya ha fallecido, por lo que la ley del Ejercicio Notarial y de la Jurisdicción Voluntaria y otras Diligencias, prohíbe que dichas diligencias se realicen ante notario, al igual que cuando se trata de un menor de edad, deben realizarse dicho procedimiento por la vía judicial, de acuerdo al Art. 2 Inc. 2° de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias, *“Si alguno de los interesados fuere persona natural incapaz, no se podrá optar por el procedimiento ante*

¹⁹⁸Código Civil, Art. 963. Al no nacido, según la disposición legal que antecede, podía ser tutelado en sus derechos, no porque se le consideraba persona desde el momento de la concepción, sino porque se suponía que el nasciturus al efectuarse su nacimiento podría gozar de los derechos otorgados a él.

*notario, salvo los casos expresamente determinados en esta Ley*¹⁹⁹.

Si el transmitente o transmisor existe tiene capacidad de goce y si tiene capacidad de goce es aplicable el derecho de transmisión a favor de sus padres aun cuando éste haya nacido muerto, pues lo que cuenta es que al ser concebido existió como persona.

El ser humano es un ser imperfecto, pero perfectible, desde su concepción, con potencialidades específicas dependientes de su carga genética la cual es única; que el concebido *"es ya una criatura y tiene características propias, conformación somática que le pertenecen, un destino moral y espiritual propio, diferente al de sus progenitores"*²⁰⁰.

4.4.3 Cuadro Sinóptico Sobre la Situación de los Derechos del No Nacido Antes y Después de la Reforma del Art. 1 de la Constitución.

El siguiente cuadro establece la situación de los derechos del no nacido antes y después de la reforma del Art. 1 de la Constitución.

¹⁹⁹ Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias, D. L. N°: 1073, trece de abril del año mil novecientos ochenta y dos, D. O. N° 66, Tomo 275, trece de abril del año mil novecientos ochenta y dos, Art. 2 Inc. 2°.

²⁰⁰ Conferencia PÉREZ VARGAS, Víctor, Los Nuevos... ob. cit., Pág. 251. Por la conformación genética que el concebido no nacido presenta, desde el instante de la gestación, con características propias que lo singularizan y lo hacen distinto a los demás, y esto radica principalmente en su código genético que posee el ser humano desde el instante mismo de la concepción, siendo el mismo desde el instante mismo de la concepción hasta antes de su muerte, esto da la pauta para poder establecer categóricamente, que desde el instante mismo de la concepción podemos hablar de un ser humano que debe ser reconocido por el derecho y tutelado por el mismo, ya que se ha dejado en evidencia en el desarrollo del presente trabajo que la vida intrauterina es indispensable y factor principal del buen funcionamiento del ser humano fuera del claustro materno, ya que es ahí donde se forman sus órganos y dependiendo de la calidad de vida que posea en el claustro materno esa misma podrá tener fuera del mismo, pero sino posee una vida de calidad dentro del vientre de la madre será un ser humano que se desarrolló en situaciones precarias por lo tanto su vida tendrá esta misma esencia, el encargado que se tengan las cosas necesarias es el Estado quien tiene el deber de tutelar su vida intrauterina y extrauterina, protegiendo su vida y sus derechos sucesorios.

	Reconocimiento de la Persona Humana	Capacidad de Goce	Situación de los derechos sucesorios asignados al no nacido.	Sucesión indirecta de los derechos asignados al no nacido
Situación del No Nacido, Antes de la Reforma del Art. 1 de la Constitución.	El art. 72 del C.C. establece <i>“la existencia legal de toda persona principia la nacer”</i> .	No posee capacidad de goce debido a que su personalidad inicia con el nacimiento.	De acuerdo al Art. 75 del C.C. <i>“estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe”</i> .	El art. 75 del C.C. regula la situación de la muerte del no nacido y establece que <i>“pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”</i> ,
Situación del No Nacido, Luego de la Reforma del Art. 1 de la Constitución.	Art. 1 Inc. 2° Cn., <i>“Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”</i>	Posee capacidad de goce desde el instante de la concepción.	En base al Art. 223 del Código de Familia, la representación legal del no nacido la ejercerán sus padres, por lo cual ellos pueden concurrir a aceptar los derechos deferidos a su hijo.	El art. 1 Inc. 2° Cn., reconoce la existencia del ser humano desde el instante de la concepción, transmitente o transmisor existe tiene capacidad.

4.5 Reflexión.

Radical fue el cambio que se logró con la reforma constitucional de mil novecientos noventa y nueve, dicha reforma fue más allá del simple reconocimiento del derecho a la vida del no nacido, ya que esta trajo consigo el reconocimiento de la calidad de persona que el ser por nacer ya ostenta, y puesto que el mismo derecho civil, considera como regla que toda persona es capaz para gozar de derechos por simple hecho de ser persona, y por reconocer la Constitución de la República dicha calidad en el no nacido, este es un sujeto derecho con la aptitud de adquirir derechos, entre los cuales están adquirir bienes por herencia y ser beneficiario de una carga impuesta a una donación de otros herederos o legatarios, desde el instante de la concepción.

Si el transmitente o transmisor existe tiene capacidad de goce y si tiene capacidad de goce es aplicable el derecho de transmisión a favor de sus padres aun cuando éste haya nacido muerto, pues lo que cuenta es que al ser concebido existió como persona.

El ser humano es un ser imperfecto, pero perfectible, desde su concepción, con potencialidades específicas dependientes de su carga genética la cual es única; que el concebido es ya una criatura y tiene características propias, conformación somática que le pertenecen, un destino moral y espiritual propio, diferente al de sus progenitores.

CAPITULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Sumario; 5.1 Generalidades; 5.2 Conclusiones; 5.3 Recomendaciones.

5.1 Generalidades.

Luego de haber realizado la investigación bibliográfica se llega a establecer situaciones en concreto en la que se ven inmersas posiciones doctrinarias o interpretativas de una norma jurídica que se ha tenido como base para el desarrollo de una investigación, una de las situaciones debatidas en el estudio sobre los derechos del no nacido fue, desde que instante el ordenamiento jurídico reconoce la persona humana, lo cual implica la tutela de todos sus derechos, y no únicamente un derecho, como algunos estudiosos del derecho exponen, que lo primordial en la reforma constitucional del Art. 1, fue la protección del derecho a la vida únicamente, pero al adéntranos en la esencia de la reforma constitucional, se observa de manera literal como el legislador, reformo la norma tutelando una gama de derechos del que se encuentra desarrollándose en el claustro materno, y dentro de estos están los derechos sucesorios.

5.2 Conclusiones.

Después de finalizado el estudio de carácter académico, encaminado a determinar si para fines civiles debe considerarse como persona humana al producto de la concepción; llegamos a la conclusión que:

1. Tomando como punto de partida las ciencias médicas ginecológicas, la doctrina en materia de las ciencias jurídicas, específicamente el Art. 1 Inc. 2° de la Constitución, que otorga la calidad de persona humana

al no nacido desde el instante de la concepción, reconociéndole la aptitud legal de adquirir derechos. Que efectivamente, el producto de la concepción es una persona individual, cierta y determinada, que posee vida propia, derechos propios, existencia material propia demostrado en su ácido desoxirribonucleico, y no es persona futura sino que ya existe dentro de su madre y es sujeto de derechos y no un simple objeto de protección jurídica.

2. El reconocimiento legal de la existencia de la persona humana desde el instante de la concepción surgió a partir de la iniciativa de instituciones de protección a la vida, entre ellos: El Comité para la Defensa de la Vida Humana y la Dignidad de la Persona, Si a la Vida e Iglesia Católica. Del reconocimiento del Órgano Legislativo de la necesidad de proteger el bien jurídico vida, como uno de los principales derechos que surgen a partir de ese instante, reconociéndole capacidad de goce como titular de derechos subjetivos, con ello más allá de los alcances de las teorías idealistas de la Vitalidad y la Viabilidad, estas reconocen derechos sólo a partir del nacimiento con vida, por lo que podemos afirmar que nuestra Constitución ha superado estas dos teorías, evolucionando a la adopción de la Teoría de la Concepción.
3. Con base en la Teoría de la Personalidad se requiere ser persona para adquirir derechos, conforme a sus facultades cognoscitivas, al ser concebido y elevado constitucionalmente a la categoría de persona con capacidad de goce de derechos, la ley busca proteger tanto la existencia como los derechos de este ser, debiendo la normativa secundaria acoplarse a ello como parte de la modificación esencial de la naturaleza y de la voluntad humana elevada a la categoría de ley.
4. Con la aplicación de los criterios que establece el artículo 72 del

Código Civil y por consiguiente negar el reconocimiento constitucional de la existencia de la persona humana desde el instante de la concepción (Art. 1 Inc. 2º de la Constitución), se está negando la capacidad de goce que de manera inherente acompaña a toda persona por el mismo hecho de serlo, así mismo algunos derechos hereditarios a favor de sus padres, tales como suceder por la vía del derecho de transmisión al producto de la concepción que está constituido como heredero o legatario y que nace muerto.

5. La representación legal y administración de los bienes del nasciturus, le corresponde a los padres, por la situación en la que este se encuentra, poseyendo capacidad de goce, por requerirse la calidad de persona para obtenerla; pero no de ejercicio, que es la única que puede ser graduada y se obtiene con el desarrollo cronológico y mental de la persona, por lo que, es por medio de sus representantes que él no nacido exigirá los derechos otorgados a su favor.

5.3 Recomendaciones.

En relación a las conclusiones realizadas luego del estudio de la problemática sobre protección jurídica del no nacido en el derecho sucesorio a partir de la reforma del art. 1 inciso 2º de la constitución de la república, se observan algunas deficiencias por lo que es necesario realizar recomendaciones.

- 1- A los formadores de los futuros profesionales del derecho y a los capacitadores, a que impartan e instruyan sobre las teorías que reconocen la personalidad del no nacido, que es la doctrina de la concepción, que ha sido retomada por la legislación salvadoreña a partir de la reforma del Art. 1 Cn, del mil novecientos noventa y nueve,

para que este sea de conocimiento de todos y así conseguir una mejor tutela de los derechos de no nacido.

- 2- La Asamblea Legislativa debe de proporcionar por mandato de su atribución constitucional según el artículo 131 Núm. 5, la interpretación auténtica del Art. 1 Inc. 2 de la Constitución o en su defecto del artículo 72 del Código Civil; para tener clara que norma jurídica es la que se va a aplicar cuando se presenten casos de herederos o legatarios no nacidos y de esta manera evitar una aplicación discrecional de la disposición constitucional y civil, por parte de los aplicadores de la ley en lo que se refiere al reconocimiento legal del principio de la existencia de la persona humana.
- 3- Con base a la aplicación de lo preceptuado por el Art. 1 inciso 2º de la Constitución, la Asamblea Legislativa, debe reformar el artículo 72 del Código Civil, ya que se puede concluir que todo el contenido de dicho artículo, contradice la disposición constitucional, pues establece parámetros diferentes para determinar a partir de qué momento se deberá considerar persona al producto de la concepción, es necesario reformarlo para tener claro qué disposición debe aplicarse para determinar el principio de la existencia legal de la persona humana, para que no se genere una aplicación discrecional de ambas disposiciones jurídicas, ya sea la Constitución o el Código Civil.
- 4- A los Jueces que al pronunciar y fundamentar sus decisiones judiciales, tomen en consideración las normas jurídicas tanto a nivel constitucional, como los tratados internacionales suscritos y ratificados por nuestro país que reconocen la titularidad de derechos del no nacido, con la finalidad de hacer valer los derechos otorgados a su favor y por ende los derechos hereditarios que por representación y transmisión del derecho de opción pueden corresponder a los padres.
- 5- A los funcionarios competentes de celebrar los actos tendientes a

otorgar derechos a favor del no nacido, a reconocer la personería que ostentan los padres del no nacido, y lograr tener así una mejor comprensión de la aptitud jurídica del no nacido, para el goce e incorporación de los derechos en su patrimonio

BIBLIOGRAFIA.

LIBROS.

ALESSANDRI, Arturo y Somarriva, Manuel, Curso de Derecho Civil, Tomo IV, Fuentes de las Obligaciones, Editorial Nacimiento, Santiago, Chile, 1942.

ALESSANDRI, Arturo, Somarriva, Manuel y Vodanovic, Antonio, Tratado de Derecho Civil Partes Preliminar y General, Editorial Dislexia Virtual, tomo primero, Santiago, Chile.

CABANELAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, 21ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1989

CALLEJO RODRÍGUEZ, Carmen, "Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido" Editorial Ciencias Jurídicas 1997

CLARO SOLAR, Luís, Explicaciones de Derecho Civil Chileno Comparado, Segunda Edición, tomo VII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1992.

CORDOBA LEVY, Solari Wagmaister, Derecho Sucesorio, Tomo I, Editorial Universidad, 2ª Edición, Buenos Aires, Argentina, 1995

DOLORES LOYARTE, Adriana E. Rotonda, Procreación Humana Artificial un Desafío Bioético, Editorial de Palma, Buenos Aires, Argentina, 1995.

DUCCI CLARO, Carlos, Derecho Civil, Jurídica, Santiago, Chile, 2005.

ERRÁZURIZ, Maximiano, Universidad Austral de Chile en el xv Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, México, agosto de 2006.

ESCOBAR FORNOS, Iván, Manual de Derecho Constitucional, Hispamer, Managua, Nicaragua 1998

GIRALT G., José Arquímides, De la Capacidad de Heredar y Testar, San Salvador, El Salvador, 1970.

KEMERMAJE DE CARLUCCI, Recomendaciones de la comisión N° 1 del congreso internacional de Derecho de Familia, Tomo III, Italia, 1996.

L. HEINECIO, Recitaciones del Derecho Civil Romano. Valencia. Ed. Librería de Pascual Aguilar, 1879.

LÓPEZ MORATALLA, N., FIV y Deficiencia en la Relación intergametos y en la relación inicial madre-hijo, La Humanidad In Vitro, editorial Comares, Granada, 2002.

LUCAS LUCAS, Ramon, Antropología y problemas bioéticos, editorial BAC, Madrid, España, 2001.

MAFFIA, Jorge, Manual de Derecho Sucesorio, Depalma, Buenos Aires, 1999

MALDONADO Y Fernández Del Torco "La condición Jurídica del Nasciturus en el Derecho Español". Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid 1946

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, El Derecho Civil a finales del siglo XX, Tecnos, Madrid, 1991.

MASSINI CORREAS, Carlos, Filosofía del Derecho: El Derecho y los Derechos Humanos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994.

OCHOA G., Oscar E., Bienes y Derechos Reales, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008

PÉREZ VARGAS, Víctor, Los Nuevos Paradigmas y los Derechos del Concebido como persona, en Kemelmajer de Carlucci, Aída Rosa (Coordinadora), El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas, Tomo II, Rubinzalculzoni, Santa Fe, Colombia, 2000.

POLO ARÉVALO, Eva María, Origen y Significado del Principio Conceptus Pro Iam Nato Habetur en Derecho Romano y Su Recepción en Derecho Histórico Español y en el Vigente Código Civil.

QUISBERT, Ermo, Comienzo de la Personalidad de las Personas Naturales, Bolivia, CED, 2010

ROMERO CARRILLO, Roberto, Nociones de derecho hereditario, UCA, San Salvador, 2001

SASTRE MUNCUNILL, Luis Roca, Derecho de Sucesiones, Tomo I, Editorial Bosch, S.A., 2ª Edición Barcelona España, 1995.

SEPULVEDA CERCILIANI, Alejandro, Derecho Sucesorio, Edición Electrónica, 2007.

SERRA, Ángel, El Estado Biológico del embrión Humano, editorial BAC, Madrid, España, 1996.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, Derecho Sucesorio, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición Actualizada, Santiago de Chile, Chile, 1988.

VIGO, Rodolfo Luis, Interpretación Constitucional, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1993.

ZANNONI, Eduardo, Manual de Derecho de Sucesiones, Cuarta Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.

LEGISLACIÓN.

Código Civil Argentino, veintinueve de septiembre de mil ochocientos sesenta y nueve, Ley N° 340, y entró en vigencia el uno de enero de mil

ochocientos setenta y uno.

Código Civil Colombiano, ley 57 del uno de enero de mil ochocientos ochenta y siete.

Código Civil de España, Real Decreto del veinticuatro de julio de mil ochocientos ochenta y nueve.

Código Civil de la República de El Salvador, publicado en Diario Oficial N° 85, Tomo 8, catorce de febrero de mil novecientos sesenta.

Código de Familia, D. O. N° 231, Tomo N° 321, del trece de diciembre de mil novecientos noventa y tres.

Constitución de la República de El Salvador, publicado en Diario Oficial N°234, tomo 281, dieciséis de diciembre de mil novecientos ochenta y tres.

Constitución Venezolana, Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5453 de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas, veinticuatro de marzo del año dos mil.

Ley del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, publicado en Diario Oficial N° 228, tomo 329, de fecha ocho de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.

JURISPRUDENCIA.

Corte Constitucional de Colombia, Santafé de Bogotá, Colombia, Inconstitucionalidad, diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, expediente D-386.

Corte Constitucional, Santafé de Bogotá, Colombia, Inconstitucionalidad, diecisiete de Diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, N° C-133/94.

Corte Constitucional, Santafé de Bogotá, Colombia, Inconstitucionalidad, siete de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, N°. C-591/95.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, Inconstitucionalidad, veinte de noviembre de dos mil siete, referencia 18-98.

Sentencia de la Cámara de Familia de la Primera Sección del Centro, CF01-52-A-2001.

REVISTA.

Revista Ius et Praxis, 11 (1): 37 - 53, 2005, I. ARTÍCULOS DE DOCTRINA, El concepto jurídico de persona y su relevancia para la protección del derecho a la vida, Hernán Corral Talciani, Profesor de Derecho Civil, Universidad de los Andes.

DIARIOS OFICIALES.

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

Diario Oficial N° 87, tomo N° 335, quince de mayo de mil novecientos noventa y siete.

Diario Oficial, No. 85 – Tomo 8 del catorce de abril de mil ochocientos sesenta.

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

DICCIONARIO.

OSORIO, Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Datascan, 1° edición electrónica

PÁGINAS WEB.

<http://www.unidosporlavida.org/introducciontratado.doc.>, consultada el veinticinco de mayo de dos mil doce.

<http://lasmaquinasromanas.wikispaces.com/Nacimiento>, consultada el
dieciséis de mayo de dos mil doce.

ANEXOS

CF01- 52-A-2001

CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO: SAN SALVADOR,
A LAS DOCE HORAS Y CINCO MINUTOS DEL DÍA CUATRO DE ENERO
DE DOS MIL DOS.

VISTOS en apelación los autos caratulados -----
-----, mayor de edad, empleado, de los domicilios de Nueva San
Salvador, departamento de La Libertad y de San Francisco, Estado de
California, Estados Unidos de América, contra -----
-----, conocida por -----
, mayor de edad, estudiante, de este domicilio, sobre IMPUGNACIÓN
PREVENTIVA DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL, promovida en el
JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE SAN SALVADOR, a cargo de la
licenciada EVELYN ROXANA NÚÑEZ FRANCO, ha recaído interlocutoria a
fs. 6 de la pieza principal que, en lo medular, dice: " ...Recházase la
demanda, in limine litis, por ser manifiestamente improponible por existir error
en la proposición debido a cuestiones de fondo que se traducen en vicios del
objeto, el cual no es jurídicamente ni físicamente posible...".

Han intervenido en este proceso los licenciados PEDRO ACOSTA
AYALA SASO, apoderado del demandante y hoy impetrante, y -----
-----, en su calidad de Procurador de Familia
adscrito al Tribunal de origen. A esta Cámara no han comparecido éstos. El
expediente ingresó en fecha cinco de junio del año recién pasado.

Cumplidos los requisitos que habilitan la apertura de esta instancia, la
cuestión que motiva nuestro conocimiento es la siguiente: ¿Puede
demandarse preventivamente la impugnación de la paternidad matrimonial
de un hijo concebido nonato?.

I. La Jueza a quo en la resolución impugnada, ha sostenido que la presunción legal de la paternidad contenida en el art. 141 C. F., se refiere a que los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio se presumen del marido; es decir, que la Ley reconoce la paternidad si existe un vínculo matrimonial que une a sus progenitores, siendo por tanto claro el sentido de la ley, en el hecho que no puede presumirse la paternidad sobre un hijo no nacido. Además, señala que el art. 1Cn., por el cual se reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción, concede la capacidad de goce de sus derechos mas no el ejercicio de los mismos, los que estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe, conforme al art. 75 C.C.. En este hilo de ideas, manifiesta que la presunción legal de paternidad aprovecha al hijo en cuyo interés se ha establecido, según los arts. 1, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Principio 3 de la Declaración de los Derechos del Niño y 140, 141, 142; 351, ordinales 3º] y 4º] C. F., por lo cual dicha paternidad puede atribuirse sobre un hijo no nacido y reconocerse por los medios legales establecidos, pero no presumirse. Finalmente, en abono de su tesis, argumenta que tratándose del nasciturus es improcedente ordenar las pruebas biológicas para determinar la paternidad, ya que no existen los medios útiles y pertinentes a tal efecto.

II. El apelante se agravia a fs. 8/9 de la pieza principal, indicando en su memorial, que uno de los casos en que se le atribuye al padre la pretendida paternidad es el contemplado en el art. 141, inc. 1 C. F.. Que nuestro ordenamiento jurídico reconoce como persona a todo ser humano desde el momento de la concepción, según el art. 1 Cn.; de ahí que éste sea considerado un sujeto de derechos, pudiéndose ordenar todas las pruebas pertinentes a fin de determinar esos derechos. Que el art. 152 C. F., que señala el plazo de caducidad de la impugnación de la paternidad matrimonial, no hace distingo alguno sobre si el hijo ha nacido o está

concebido; por lo que en virtud del principio de la igualdad jurídica, la madre puede pedir el reconocimiento del hijo que está por nacer (art. 144 C. F.), lo mismo puede decirse para el caso que el marido pueda impugnar la paternidad que se le atribuye sobre el hijo nascituro. Que el art. 140 L. Pr. F., admite la práctica de las pruebas científicas para establecer la paternidad y la maternidad, sin fijar un plazo determinado para su producción. Por último, solicita se admita este recurso con base en los términos ya expresados.

III. Para resolver el caso sub judice conviene destacar el marco jurídico que resulta aplicable respecto a la cuestión; en primer lugar, en lo que atañe a la posibilidad de demandar a una persona que está por nacer y, finalmente, sobre la procedencia en concreto de la impugnación preventiva de la paternidad matrimonial de un hijo concebido nonato.

Así tenemos que en el ordenamiento jurídico interno, la más reciente reforma constitucional del art. 1, inc. 2, supone un cambio trascendental en cuanto "...reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción" (Diario Oficial N° 32, Tomo 342, de 16/2/999). Ello concuerda con importantes disposiciones de instrumentos internacionales ratificados por el Estado de El Salvador, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica (D. O. N° 113, Tomo N° 259, de 19/6/78), que en el art. 4.1 establece que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción..." y la Convención sobre los Derechos del Niño (D. O. N° 108, Tomo N° 307, de 9/5/90), en cuyo art. 1 "...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...".

La doctrina costarricense, indica que la Convención sobre los Derechos del Niño consolida un cambio paradigmático: el de la protección integral del niño, entendiéndose en ella por niño todo ser humano menor de dieciocho años, que incluye como niño también al concebido, no nacido todavía, de modo que también se de una protección integral desde el punto de vista cronológico; por lo que desde esta opinión, es importante entender que la palabra niño comprende diversas categorías, cada una de las cuales tiene derechos particulares: los concebidos, los impúberes, los adolescentes y aún los jóvenes. Todos ellos entran, en cuanto sean menores de dieciocho años, dentro del concepto de "niño" de la Convención sobre los Derechos del Niño (conf. PÉREZ VARGAS, Víctor, Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa (coordinadora), El derecho de familia y los nuevos paradigmas, Tomo II, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2000, págs. 244 y 262).

El Código de Familia, sancionado posteriormente a los instrumentos internacionales mencionados (D. O. N° 231, Tomo N° 321, de 13/12/93), adopta un cambio legislativo en tanto reconoce en la definición de menor edad a "toda persona natural que no hubiere cumplido dieciocho años" (art. 345), regulando así sus derechos y la protección integral desde la concepción (cfr. arts. 344, inc. 1; 346, inc. 1; 351, ord 2° y 353). Respecto al hijo no nacido, dispone que el padre podrá reconocer al hijo concebido por cualquiera de los medios establecidos en el Código que fueren aplicables (art. 144), y en cuanto a la administración de los bienes que "eventualmente pertenecerán al hijo que está por nacer", señala que corresponderá a los padres o la madre, en su caso, con las mismas facultades y restricciones que impone el Código respecto a los hijos nacidos (art. 238).

Nuestra legislación desde antiguo ha reconocido la protección de la vida del que está por nacer, facultando a los Jueces tomar todas las providencias que les parezcan convenientes para tal fin; sin embargo, esa protección si bien limitada al derecho esencial de la vida, no lo ha sido respecto a la protección integral de los otros derechos. De ahí que para el Código Civil (1860), la existencia legal de toda persona iniciaba al nacer, conforme al art. 72; siguiendo en esto la línea codificada de BELLO, en el art. 74 del Código Civil chileno, que adoptó idéntico criterio.

La reforma constitucional de mil novecientos noventa y nueve trastocó el centro del ordenamiento jurídico nacional, al reconocer la existencia legal de la persona humana a partir de su concepción, con lo cual indefectiblemente ésta puede adquirir los derechos que a ella se refieran, sin que los mismos estén suspensos hasta que el nacimiento se efectúe, como señalaba la regla del art. 75 Cód. Civil, hoy derogada por aplicación del mandato constitucional; en cuyo caso tendrá lugar la representación de las personas por nacer, por sus padres.

IV. El derecho de familia es sensible a diversos impulsos reformistas que, al decir de SAVATER décadas atrás, pueden atribuirse a tres causas importantes, a saber: a) la transformación de la economía familiar; b) la dinámica liberadora del hombre; y c) el acceso científico a la biología humana (conf. cit. URIARTE, Jorge Alcides, Protección integral de los derechos de las personas. Equiparación de las personas con capacidades diferentes, en Derecho de Familia revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia 13, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 44).

En este orden, la doctrina de la protección integral del niño actualmente se define en fortalecer el reconocimiento del resguardo de los derechos humanos, basándose en el principio de inviolabilidad y dignidad de la vida humana, que alcanza la especial importancia de la consagración del concebido como sujeto de derechos, según las recomendaciones de la comisión N° 1 del X Congreso Internacional de Derecho de Familia (conf. Informes de las Comisiones, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R., ob cit, Tomo III, pág. 295).

Es así como hoy se sostiene, citando entre otros al profesor CIFUENTES, que el ser humano es un ser imperfecto, pero perfectible, desde su concepción, con potencialidades específicas dependientes de su carga genética única; que el concebido "es ya criatura y tiene características propias, conformación somática que le pertenece, un destino moral y espiritual propio, diferente al de sus progenitores". Por ello, diversos autores han hecho mención de algunos derechos del concebido, destacándose entre otros: adquirir bienes por donación; adquirir bienes por herencia; ser beneficiario de una carga impuesta a una donación de otros herederos o legatorios; adquirir los derechos y obligaciones accesorias de los que adquiera como principales; reclamar alimentos; reclamar la filiación; ser beneficiario de indemnizaciones o pensiones; y ser beneficiario de estipulaciones a su favor, por ejemplo de un seguro de vida. Lo cierto es que, como se sostiene, la lista no tendría fin desde que el concebido es titular en parte actual y en buena parte potencial de todos los derechos patrimoniales y personales de cualquier ser humano (conf. PÉREZ VARGAS, V., ob cit., pág. 251).

V. Sobre la procedencia de la impugnación de la paternidad matrimonial, el art. 151 C. F. establece que "En vida del marido nadie podrá impugnar la paternidad que por ley se le atribuye, sino el marido mismo probando que el hijo no ha podido ser engendrado por él; salvo el caso de la acción del hijo cuando ejerza su derecho a investigar la paternidad de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 138 y 139". Esta pretensión de impugnación, también llamada de desconocimiento de la paternidad matrimonial, tiene como finalidad desplazar la filiación que viene otorgada por la aplicación de la presunción legal contenida en el art. 141 C. F.. Dicho precepto indica que "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o declaratoria de nulidad. Esta presunción también tendrá lugar en caso de nulidad del matrimonio, aun cuando faltare la buena fe de ambos cónyuges. Con todo, la presunción establecida en este artículo no será aplicable cuando los cónyuges hubieren estado separados por más de un año y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre".

En la especie, la demanda se limita en señalar que se trata de promover una impugnación de la paternidad, según los arts. 151 y siguientes C. F., manifestándose que los cónyuges "... han tenido una irregular relación como pareja, desde que contrajeron matrimonio por situaciones de trabajo (sic.), lo que permitía una separación durante lapsos largos de tiempo, complicándose dicha circunstancia..." porque el demandante fue trasladado en forma permanente a las oficinas de la empresa donde trabaja, situadas en la ciudad de San Francisco, Estado de California, Estados Unidos de América, desde mediados de mil novecientos noventa y siete; lo que ha dado por resultado una separación con esporádicos encuentros conyugales, desapareciendo totalmente las relaciones sexuales a partir del mes de julio del año recién pasado. Que los esposos durante el tiempo que hicieron vida

en común nunca fijaron una residencia estable, por los motivos de trabajo ya indicados, y que el demandante se enteró que su esposa se encuentra en estado de gravidez (no dice cuántos meses), mencionando que dicho embarazo no es producto de las relaciones sexuales entre ambos cónyuges, razón por la que finalmente ha decidido iniciar este proceso.

VI. La presunción de que se trata, conocida tradicionalmente por su locución latina *pater is est quem nuptiae demonstrant*, constituye una presunción legal como todas aquellas relativas al estado de familia que significó la concreción de la vieja máxima de Paulo, quien afirmaba que "la paternidad del hombre es la que demostrara el matrimonio con la madre". La legitimación se otorga respecto al marido, desde que éste se encuentra dotado de indiscutible derecho, en la medida que "a él le corresponde velar por la integridad y el honor de su familia, bienes cuya custodia no compete a terceros" (conf. MAZZINGHI, Jorge Adolfo, Derecho de familia, Tomo III, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, pág. 254) y por ser él la persona que se encuentra en mejores condiciones de conocer si el hijo de su esposa es o no suyo, en aplicación de la razón particular que expresaba que "sólo el marido puede ser Juez de su propia paternidad; ya que él es el único en posibilidad de saber si la presunción que la ley establece en su contra, es o no fundada (conf. PLANIOL- RIPERT, Derecho civil, Pereznieta Castro traductor, Harla, México, 1997, pág 208).

La aplicación de esta clásica fórmula pauliana comporta una opción legislativa útil en la práctica y sólo excepcionalmente no acorde con el hecho biológico, que satisface el interés social de protección de la familia constituida; el interés del nacido y que se basa en las relaciones sexuales o la cohabitación presunta antes del matrimonio o pendiente el mismo. En ese sentido, se ha dicho que la presunción legal resulta valiosa desde el punto de

vista ético como consecuencia de los deberes conyugales, y sólo la falta de cohabitación justifica que no se comporte la presunción de la paternidad del marido, en tanto que es imposible o cabe suponer que no se ha dado conforme a las circunstancias ordinarias (conf. MÉNDEZ COSTA, María Josefa, La filiación, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1986, págs. 163/165). En igual sentido, se afirma que la presunción de paternidad matrimonial descansa en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio mismo (conf. ZANNONI, Eduardo y BOSSERT, Gustavo, Hijos legítimos, Astrea, Buenos Aires, pág. 246).

Lo expuesto hasta aquí no desdice que la ley establezca un plazo de caducidad de noventa días desde aquel en que el marido tuvo conocimiento de la paternidad que por ley se le atribuye (art. 152, inc. 1 C. F.). Dicho precepto a la letra reza: "La acción que tiene el marido para impugnar la paternidad del hijo que pasa por suyo, caduca transcurridos noventa días contados desde aquel en que tuvo conocimiento de la paternidad que por ley se le atribuye". La télesis de la ley, no cabe duda, habría sido que la pretensión de impugnación de la paternidad matrimonial sólo tenga lugar desde el nacimiento del hijo, como se desprende de las expresiones "la residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo" y "si el (al) tiempo del nacimiento se hallare el marido ausente", contenidas en los incisos 2 y 3 de la citada disposición, pero no antes del nacimiento.

VII. Aunque en el título de la filiación del Código de Familia, no se encuentre norma alguna que autorice expresamente la circunstancia de autos, propiciando un vacío de ley -de acuerdo al estado actual de nuestro ordenamiento jurídico-, la pretensión encaminada a desconocer de forma preventiva la presunción de la paternidad matrimonial, resulta proponible si

consultamos el nuevo régimen instaurado desde la reforma constitucional de las personas que están por nacer y el deber de los jueces de resolver los asuntos sometidos a su decisión, no obstante oscuridad, insuficiencia o vacío legal, del art. 7, letra j) L. Pr. F..

En este razonamiento, al atender que la existencia legal de la persona comienza desde su concepción, conforme a las disposiciones supraleales antes señaladas; estimamos que debe legitimarse al presunto padre para ejercer la pretensión destinada, preventivamente, a impedir que se le atribuya un vínculo de paternidad que no corresponde con la verdad biológica alegada.

VIII. El principio de la igualdad jurídica esgrimido por el apelante, contenido en el art. 3, inc. 1 Cn., dispone que "Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión". Este precepto del ordenamiento constitucional que prohíbe, en efecto, la discriminación, no lo es respecto a la diferenciación entre situaciones objetivamente distintas; pues de la manera como se ha sostenido, "la igualdad de todas las personas ante la ley no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias" (conf. GONZÁLEZ, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina, Estrada Editores 1898, Buenos Aires, pág. 126).

En ese hilo, la paternidad -según el Código- puede establecerse aún por reconocimiento del hijo no nacido (art. 144), pero nada dice respecto de que el marido pueda impugnar la paternidad que por ley se le atribuye, antes del nacimiento del vástago.

Como sea, el derecho a reclamar su filiación la tiene el hijo concebido nonato, por lo que de lege lata pueden admitirse tanto las pretensiones de emplazamiento y desplazamiento de la paternidad, una vez resulte ésta última de la aplicación de la presunción legal contenida en el art. 141, inc. 1 C. F., habida cuenta de la prevalencia de los valores de rango superior como son la veracidad de la paternidad (favor veritas) y la protección de la minoridad (favor minoris), en los que se incardina la necesidad de salvaguardar la identidad e integrar al niño o niña al grupo familiar al que realmente pertenece.

IX. Con relación a este ejercicio de la impugnación preventiva de la paternidad matrimonial, la doctrina enseña que el único sujeto pasivo es la madre de la persona por nacer (conf. MÉNDEZ COSTA, M. J., ob. cit., pág. 336). Sin embargo, reconocida la protección integral de los derechos de los niños y niñas, incluida la de las personas concebidas no nacidas; teniendo en cuenta la particular situación de la madre, a pesar de que ella ejerce la representación legal y previendo la existencia de conflictos de intereses entre la demandada y su hijo por nacer, debe autorizarse la intervención del Procurador General de la República para que represente al nasciturus del cual está embarazada la señora -----
---o -----, a fin de que la litis quede integrada con su representante, conforme a los arts. 223, inc. 2, ord. 3º; 224 y 388 C. F..

La pretensión dirigida a desplazar al hijo concebido por la demandada del vínculo filial paterno que, eventualmente, y por imperio del art. 141, inc. 1 C. F., se le atribuiría respecto del demandante en caso de nacer, ha sido calificada por la doctrina como una mera facultad del marido, "de manera que no puede constreñirse al marido a quebrar la armonía conyugal" (conf.

ZANNONI, E. y BOSSERT, G. Régimen legal de filiación y patria potestad, Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 171) y cuya falta de ejercicio no implica pérdida de ningún derecho (conf. BELLUSCIO, Augusto César, Manual de derecho de familia, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1996, pág. 221); por lo que en consecuencia de lo dicho, tampoco corre el plazo de caducidad dispuesto en el art. 152 C. F..

Respecto a la extinción de la pretensión existen dos corrientes doctrinarias, por un lado, la que sostiene que el nacimiento del hijo extingue la pretensión (conf. MÉNDEZ COSTA, M. J., ob. cit, pág. 337); mientras que desde otra posición se afirma que nada impide el ejercicio de la misma después del nacimiento, en tanto sea individualizado el hijo demandado (conf. ZANNONI, E. y BOSSERT, G., Régimen legal ..., pág. 172).

Adhiriéndonos a la segunda opinión para el caso que haya nacido el hijo que, sin embargo no ha sido inscrito como hijo de la esposa y que, por ende carece de título de estado oponible respecto del marido de ella; en cualquier situación, debe señalarse que si la pretensión es rechazada la inscripción del nacimiento producirá sus efectos normales y el marido tendrá a su disposición la vía de la impugnación de la paternidad, expresamente regulada en los arts. 151 y 152 C. F.; en cambio, si la pretensión obtiene sentencia favorable, la inscripción del nacimiento no hará presumir la paternidad atribuida al marido: el hijo será reputado extramatrimonial de la madre procediendo su reconocimiento por el padre o el ejercicio de la pretensión de reclamación de la filiación extramatrimonial.

X. La excepción a la vigencia de la presunción de la paternidad matrimonial, contenida en el art. 141, inc. 3 C. F., dispone que "...no será aplicable (la presunción) cuando los cónyuges hubieran estado separados

por más de un año y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre". Considerando lo anterior, la doctrina nacional sostiene que tales circunstancias hacen que la presunción se aplique en sentido contrario (CALDERON DE BUITRAGO, Anita; BONILLA DE AVELAR, Emma Dinorah y otros, Manual de derecho de familia, Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de Reforma Judicial, 1994, pág. 481).

Lo dicho no debe confundirse para que la impugnación preventiva de la paternidad matrimonial, tenga lugar por los hechos que menciona el art. 141, inc. 3 C. F., toda vez que para demostrar las circunstancias posiblemente obstativas de la paternidad del marido, podrán invocarse, entre otras, la ausencia, enfermedad, esterilidad, haber sido la madre inseminada por un extraño o haber faltado al deber de fidelidad conyugal.

XI. Por último, en el derecho comparado, la posibilidad de impugnar preventivamente la paternidad matrimonial del nascituro, se encuentra regulada en el art. 258, inc. 1 del Cód. Civil argentino (ley 23. 264, de "Patria potestad compartida. Equiparación del hijos extramatrimoniales", publicada en Boletín Oficial de 23/11/85), por el cual se establece que "... Aun antes del nacimiento del hijo, el marido o sus herederos podrán impugnar preventivamente la paternidad del hijo por nacer. En tal caso la inscripción del nacimiento posterior no hará presumir la paternidad del marido de la madre sino en caso de que la acción fuese rechazada. En todos los casos del presente artículo, para la admisión de la demanda se deberá acreditar previamente la verosimilitud de los hechos en que se funda".

Este desconocimiento preventivo del hijo por nacer atiende a la circunstancia que, en el derecho argentino, la existencia de las personas comienza desde su concepción conforme al art. 70 del Cód. Civil, mientras

puede constituir un medio eficaz para que en el futuro llegue a configurarse la presunción legal de paternidad.

En América Latina, los grandes codificadores como FREITAS y Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD, se preocuparon desde entonces 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 al art. 63 del Cód. Civil argentino (1869), VÉLEZ 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 Cód. chileno, que sirvió de fuente a nuestro codificador Isidro MENÉNDEZ, indicando que si la existencia legal de toda persona principia al nacer; "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?". Esta sabia nota del codificador argentino, considerada desde antiguo por los Digestos 1, 5, 7 de Paulo, recogen la fórmula de "quien está en el útero es considerado como si ya estuviera entre los humanos, todas las veces que se trata del provecho del feto mismo, aún cuando de ningún modo puede beneficiar a otro antes que nazca"; texto que junto con el contenido en el Digesto 50, 16, 231 originó el adagio *infans conceptus pro nato habetur quotiens de commodis eius agitur*, que se traduce en "la persona por nacer se reputa nacida siempre que se trate de su utilidad" y el similar *nasciturus pro iam nato habetur, si de ius commodo agitur*, forma latina que en su traducción significa "la persona por nacer se considera ya como nacida, cuando se trata de su ventaja" (conf. PETTIGIANI, Eduardo Julio, El suministro de alimentos a la mujer embarazada, en *Derecho de familia revista interdisciplinara de doctrina y jurisprudencia* 13, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 86).

En consecuencia de lo anterior, a la cuestión que motivó nuestro conocimiento, suscribimos por la afirmativa, en el sentido que puede demandarse preventivamente la impugnación de la paternidad matrimonial de un hijo concebido nonato, como se reclama en la especie, debiéndose además integrar el contradictorio con el Procurador General de la República para que represente al nascituro.

Por tanto, de conformidad a lo expuesto y en aplicación a los arts. 1, inc 2; 3, inc. 1 y 144 Cn.; 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 141, 144, 151, 152; 223, inc. 2, ord. 3º]; 224; 344, inc. 1; 345; 346, inc. 1; 351, ord. 2º]; 353 y 388 C. F.; 7, letra f]; 82; 153, letra a]; 156, 158, 160, 161 y 218 L. Pr. F.; 72 y 75 C. C.; 417 y 418 C. Pr. C., esta Cámara RESUELVE: 1) Revócase la providencia que declara improponible la pretensión de fs. 6 de la pieza principal, por estar contraria a derecho. 2) Admítase la demanda interpuesta por el señor ----- . Désele el trámite de ley; debiéndose integrar al contradictorio al Procurador General de República para la representación de los derechos del "nascituro". Devuélvanse originales al Tribunal remitente con certificación de esta resolución. Notifíquese. **PROVEÍDO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS: DOCTOR JOSÉ ARCADIO SÁNCHEZ VALENCIA, LICDA. RHINA ELIZABETH RAMOS GONZÁLEZ (en Disidencia). Y DR. PABLO EDGARDO PORTILLO HURTADO**

VOTO RAZONADO DE LA LICENCIADA RHINA ELIZABETH RAMOS GONZÁLEZ.

No he concurrido con mi voto a formar la sentencia anterior, de conformidad a los Arts. 1083 Pr. C. y 218 L. Pr. F. por las razones que a continuación expongo.

Se declaró improponible la demanda de impugnación de paternidad de un hijo matrimonial aún no nacido entablada por el señor -----
-----por medio de su apoderado PEDRO ACOSTA
AYALA SASO contra la señora MARÍA -----
-----conocida por -----
-----, por considerar que tal demanda prospera solo en el caso de los hijos ya nacidos y dentro de los plazos estipulados por la ley, aún cuando el art. 1 Cn. reconoce la calidad de persona humana al que está por nacer. Art. 197 Pr. C., 40 L. Pr. F., 75 C. C., 141, 142 y 151 C. F.

Es mi opinión que la demanda al momento de su presentación era improcedente, ya que la pretensión deducida resulta jurídica y materialmente imposible de realizar dadas las circunstancias de su proposición; por las razones siguientes:

1) Ciertamente el art. 1 Inc. 2° Cn reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción, no obstante, es innegable que en la práctica no pueden efectivizarse todos los derechos que como tal le corresponden, atendiendo a las circunstancias específicas de su condición biológica en ese particular momento. Es por ello que generalmente se acepta sin mayores cuestionamientos la capacidad de goce que les asiste a los nonatos, pero en cuanto al ejercicio de sus derechos resultan poco factibles de ejecución en algunos casos como el que ahora nos ocupa, ya que presenta una serie de dificultades como son: a) La imposibilidad de

efectuar la prueba biológica idónea (A. D. N.), por no contar con los adelantos tecnológicos para su realización existentes en otros países y aún en estos casos tales pruebas significan siempre algún riesgo tanto para el hijo como para la madre; b) La inseguridad de que el hijo por nacer llegue a término y nazca vivo; c) La privación al no nacido antes del alumbramiento de los alimentos y gastos del parto que debe proporcionarle el cónyuge a la madre, aplicando analógicamente el art. 249 C. F.; d) Priva al hijo antes de su nacimiento de la paternidad que por ministerio de ley se le atribuye en razón del matrimonio de los cónyuges Art. 140 y ss. C. F.; e) Al interpretar que el no nacido pueda ser demandado le da prioridad a los derechos del padre.

2- El principio de igualdad jurídica planteado por el apelante en relación a lo dispuesto en el Art. 144 C. F. relativo al reconocimiento del hijo concebido y del hijo fallecido, son dos casos específicos expresamente contemplados en la ley. En el primer caso, el reconocimiento se materializará o no al acontecer el nacimiento del hijo; en el segundo caso, cuando el hijo reconocido ya no existe (fallecido) para asegurar los derechos de los descendientes -si los hubiere- del hijo premuerto.

Es de mencionar que en los casos del Art. 146 y 249 C. F. cuando la mujer embarazada pide el reconocimiento del hijo por nacer, así como también cuando solicita alimentos en razón de su estado ejerce tales derechos personalmente y no en representación del nascituro haciendo constar su situación de preñez. En tal sentido el reconocimiento se efectivizará cuando el hijo nazca y en el caso específico de los alimentos es la madre quien directamente por su misma condición de embarazo naturalmente los gozará, aún cuando el hijo no haya **nacido**. Sin perjuicio del

derecho a restitución entre otros, en caso de prosperar la impugnación de paternidad y que de mala fe se hubieren solicitado. Art. 225 C. F.

En conclusión el hijo por nacer no puede ser registrado antes de su nacimiento, no obstante que la madre pueda ejercer personalmente algunas acciones encaminadas precisamente a protegerle en sus derechos y no a la inversa como sería el caso de impugnación preventiva de la paternidad matrimonial no reconocida expresamente en nuestra legislación.

Si tomásemos en términos absolutos el ejercicio de los **derechos** del no **nacido** en su condición de persona, implicaría la reforma de muchas leyes incluyendo el Código Penal, sustituyendo el delito de aborto por el de homicidio. etc.

3) La interpretación y aplicación de las normas relativas a la impugnación de la paternidad en la forma en que ha quedado plasmada, carecerían de aplicabilidad práctica, limitan la aportación del material probatorio y la sentencia no podría ejecutarse, es decir, no podría inscribirse en el registro del Estado Familiar, no sólo porque no está contemplado en la ley sino además, por no saber donde ni cuando acontecerá o ha acontecido el nacimiento y en consecuencia donde debe registrarse. Deberá en todo caso iniciarse un nuevo proceso de impugnación cuando el hijo hubiese sido inscrito con la paternidad que por ley se le atribuye con el inútil dispendio de la actividad judicial. Igual sucederá en el caso de no prosperar la acción preventiva de impugnación de paternidad, pudiendo el padre ejercer la acción contra el hijo cuando éste hubiere nacido.

En ese sentido, es el interesado quien al demostrar la existencia del hijo, podrá promover la acción y para que ésta prospere deberá adecuarlo al Art. 152 Inc. 3° C. F., ya que tal disposición no plantea el caso de que sea la

madre la que se ausentare. El conocimiento entonces, sobre el hecho del nacimiento por parte del demandado se tomará a partir de la certeza del mismo y su acreditación como tal.

4) No cabe ninguna duda que el reconocimiento de la persona humana desde el momento de la concepción supone principalmente una protección a la vida del que está por nacer tanto en la legislación nacional como internacional contenida en los respectivos pactos y convenciones incorporados a su vez al derecho interno, en tal sentido debe analizarse si el hecho de que pueda demandarse a éste cabe dentro de la mencionada protección, lo cual resulta dudoso sobre todo si el proceso puede iniciarse posteriormente a su nacimiento, de ahí que la urgencia de su tramitación no favorece en nada al no nacido. En este tipo de procesos deberá además demandarse a la madre ya que también a ella podría afectarle particularmente el resultado de la sentencia, quien además no podría representar al hijo por no contar con el documento idóneo para acreditar dicha representación. El hijo en todo caso, sería representado por el Procurador General de la República Art. 223 Ord. 3° y 224 C. F.

Por lo anteriormente expuesto, considero que no se vulnera el derecho del hijo a conocer su verdadero origen al no acogerse la acción preventiva de impugnación de paternidad, puesto que queda a salvo el derecho del padre y el del hijo para intentarlo oportunamente, respecto del padre al acontecer el nacimiento, de acuerdo a los Art. 140, 141, 142, 153 C. F. En el caso del hijo tal derecho es imprescriptible Art. 139 C. F. tramitar la pretensión en las circunstancias ya dichas, más que una protección implica una desprotección al hijo por nacer, cuya paternidad deviene por ministerio de ley en razón del matrimonio de los cónyuges, garantizándole así una serie de derechos. Arts. 346, 351 N° 2°, 3°, 4° y 140 C. F. La paternidad no obstante, puede

impugnarse al acaecer el nacimiento y por la connotación que tiene su desplazamiento el plazo que se concede para promoverla es breve Art. 52 C. F. contado a partir del conocimiento real y concreto del nacimiento del hijo.

LIC. RHINA ELIZABETH RAMOS GONZÁLEZ.

18-98

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las ocho horas y veinte minutos del veinte de noviembre de dos mil siete.

El presente proceso constitucional ha sido promovido por los ciudadanos Roxana Ivonne Martí Montalvo y José Fernando Marroquín Galo, de veintitrés y veinticuatro años de edad, respectivamente, al inicio del proceso, estudiantes y del domicilio de Cuscatancingo, a fin que este tribunal declare la inconstitucionalidad del D. L. n° 1030, de 26-IV-1997, publicado en el D. O. n° 105, tomo 335, correspondiente al 10-VI-1997, que contiene el Código Penal (C. Pn.); por considerar que dicho cuerpo normativo adolece de inconstitucionalidad por omisión al no contener las llamadas indicaciones tradicionales del delito de aborto, vulnerándose con ello los arts. 1, 2, 3 y 246 Cn.

Han intervenido en el proceso, además de los mencionados ciudadanos, la Asamblea Legislativa, el Presidente de la República y el Fiscal General de la República.

Analizados los argumentos, y considerando:

I. En el trámite, los intervinientes expusieron lo siguiente:

1. Los demandantes iniciaron sus argumentos con la afirmación que "es un imperativo constitucional" regular en la ley, de forma expresa, las llamadas por la doctrina indicaciones tradicionales del aborto –terapéutica, eugenésica y ética–; por lo que, al no contenerlas el C. Pn., se produce una violación a la Constitución. Violación que presenta una estructura muy compleja, en cuya base se encuentra la omisión legislativa, peculiar característica que afecta la

manera en que se relacionan los parámetros de constitucionalidad invocados, "de modo que éstos se coimplican en órdenes de mayor a menor grado o comprensión".

Así, dijeron que el primer argumento, "postulado fundamental" y "continente de la argumentación", es la violación al art. 246 Cn., es decir, a la supremacía constitucional, por omisión legislativa; el segundo argumento, "de comprobación", tiene como contenido la violación a los arts. 1, 2 y 246 Cn., de los que se infiere el mandato constitucional de regular; finalmente, dijeron que "para excluir la posibilidad de una interpretación conforme a la Constitución y reafirmar la infracción constitucional denunciada", el tercer argumento, "de verificación", implica la violación a los arts. 1 y 3 Cn.

En ese sentido –señalaron–, el iter de la demostración jurídica del postulado fundamental es el siguiente: establecer que la omisión legislativa –por ellos alegada– tiene cabida en nuestro sistema constitucional como una modalidad de inconstitucionalidad (A); verificar que los supuestos de aborto no punible, a que se refieren las indicaciones tradicionales, deben ser aceptados y, en consecuencia, regulados en la legislación penal salvadoreña (B); y comprobar que "la cómoda técnica legislativa de 'remitir' al intérprete del C. Pn. a las causas generales de exclusión de responsabilidad penal, en lugar de regular expresamente las indicaciones tradicionales del aborto, es insuficiente y defectuosa de cara a cumplir el mandato constitucional de previsión legal de tales supuestos" (C). Dicho lo cual, pasaron a desarrollar los motivos de inconstitucionalidad:

A. Violación al art. 246 Cn.: la inconstitucionalidad por omisión en el sistema constitucional salvadoreño.

a. Un presupuesto lógico: caracterización del sistema.

En relación con este fundamento citaron lo afirmado por este tribunal en la Sentencia de 17-XII-1992, pronunciada en el proceso de Inc. 3-92, Considerando V, y la de 14-XII-1995, pronunciada en el proceso de Inc. 17-95, Considerando XI, en el sentido que, para determinar los criterios y pautas generales de una correcta interpretación de la Constitución, es un imperativo ex ante hacer referencia a las características fundamentales del orden constitucional salvadoreño, que esencialmente permiten calificarlo como un Estado Constitucional de Derecho cuyos rasgos esenciales, según la doctrina constitucional y la jurisprudencia receptiva de ella, son la supremacía constitucional, la sujeción de los poderes públicos a la ley, la división de poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales, así como la articulación de cauces idóneos para garantizar la efectiva vigencia de éstos.

Deteniéndose en el elemento de la supremacía constitucional, retomaron doctrina nacional –José Albino Tinetti: Los fundamentos del valor normativo de la Constitución– y jurisprudencia comparada –STC 16/1982, de veintiocho de abril– para señalar que dicho concepto hace referencia a la preeminencia del texto constitucional, y que fue consolidado de manera definitiva en el caso salvadoreño desde la Constitución de 1950, al introducir en su art. 221 –art. 246 de la actual Constitución–, de manera categórica, la subordinación de la ley y de las otras normas a la Ley Suprema.

Además del art. 246 –indicaron–, otros artículos de la Ley Suprema como el 73 ord. 2º, 83, 86 inc. 1º, 164, 168 ord. 1º, 172 inc. 3º, 183, 185 y 235, señalan la posición privilegiada de la Constitución en el ordenamiento jurídico nacional.

b. Inserción de la inconstitucionalidad por omisión en la supremacía constitucional, como característica del Estado Constitucional de Derecho.

Dijeron entonces que, una de las consecuencias principales de la caracterización de la Constitución como norma fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico salvadoreño, es su aptitud para regular, en forma y contenido, la producción de normas sub constitucionales (sic) y de los actos y omisiones de sus operadores, rasgo particular de la Constitución a la cual se refiere la doctrina denominándola "fuerza normativa de la Constitución".

En este punto, siguiendo a Sagüés –La fuerza normativa de la Constitución y la actividad jurisdiccional– y a Bidart Campos –El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa–, afirmaron que para la verificación del respeto, por los órganos estatales competentes –y entre éstos, con especial relevancia, el Legislativo–, de la fuerza normativa de la Constitución, no bastan los expedientes hermenéuticos tradicionales que, generalmente, han centrado su actividad en el campo de las transgresiones positivas a la misma; pues la inobservancia flagrante de la Ley Suprema se consuma no sólo cuando se falsea conscientemente una norma constitucional, sino cuando, con claridad manifiesta, los operadores dejan en olvido, por omisión, la aplicación y el funcionamiento de una norma.

De ahí concluyeron que, del carácter del Estado Salvadoreño como un Estado Constitucional de Derecho, emana la supremacía constitucional como principio rector de la producción y aplicación de disposiciones infraconstitucionales; y del mismo se deriva el debido respeto de los órganos estatales –entre ellos el Legislativo– a la fuerza normativa de la Constitución, la cual "no se circunscribe a prohibir que se transgreda positiva o afirmativamente mediante una actividad normativa o de otra índole contraria a ella, o que implique hacer lo que ella veda, sino que también se proyecta a ordenar con imperio que no haya abstenciones o dilaciones que cohíban su aplicación efectiva. De ahí que el 'no hacer' en la omisión inconstitucional

merece ser refutado no sólo como inacción, sino como infracción a una exigencia constitucional de acción. La abstención debe, por eso, encadenarse al deber concreto de actuar".

En consecuencia dijeron que, desde una perspectiva congruente con la supremacía constitucional, una vez fundamentada la exigencia constitucional de acción y constatada una conducta de abstención por el órgano competente, cabe hablar –y declararlo así– de una inconstitucionalidad por omisión.

c. Refutación a un potencial obstáculo: los límites del control abstracto de constitucionalidad. Sobre este aspecto volvieron a reseñar la jurisprudencia de este tribunal emanada de la Sentencia de 17-XII-1992, pronunciada en el proceso de Inc. 3-92, Considerando XXI, en el sentido que el control de constitucionalidad de las leyes es un medio delicado y de difícil uso que esta Sala tiene en sus manos, lo cual la obliga a mantenerse en su interpretación dentro de los límites impuestos por principios constitucionales, básicos y generales, algunas veces indeterminados, que constituyen elementos arquitecturales del orden jurídico nacional; asimismo, que el control de constitucionalidad no implica juicios de calidad o perfectibilidad, por lo cual esta Sala no puede señalar al legislador lo que debe hacer a fin que su ley sea conforme con la Constitución; este tribunal puede y debe decir en qué contradice a la Ley Suprema un determinado texto normativo y, en consecuencia, por qué es inconstitucional, pero lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadir a la ley para que sea constitucional.

También se refirieron a lo afirmado en la Sentencia de 14-II-1997, pronunciada en el proceso de Inc. 15-96, Considerando XXII, en el sentido que este tribunal no está constitucionalmente autorizado –ni políticamente legitimado, pues no goza de representación popular–, para configurar a su

arbitrio una institución jurídica, sino que ello es tarea del legislador. Se trata de que el órgano encargado del control de constitucionalidad pueda condicionar la voluntad de los demás órganos del Gobierno –y, especialmente, la del legislador– de manera negativa, pero sin poder sustituirla positivamente. Ello porque la inacción del Legislativo, consistente en no adoptar las decisiones que la Constitución le impone, no autoriza a que esta Sala asuma tal función.

La anterior línea jurisprudencial –dijeron–, aunque a simple vista pudiera considerarse incompatible con una decisión de inconstitucionalidad por omisión, no lo es.

En primer lugar porque, lo que rechaza la naturaleza del control de constitucionalidad de las leyes es que el órgano contralor –esta Sala– sustituya al Legislativo, es decir, que configure a su arbitrio una institución jurídica; pero no excluye la posibilidad que le ponga en evidencia la inconstitucionalidad que su inacción ha generado. En tal caso –acotaron–, el tribunal no sustituye al legislador, pues no toma la decisión que a este corresponde, pero le patentiza que tiene el deber constitucional de tomarla. En segundo lugar, porque consideran que la inconstitucionalidad por omisión es un instrumento necesario y eficiente para salvaguardar la supremacía constitucional. Y es que –se refirieron nuevamente a lo que sostiene Bidart Campos, en la misma obra citada–, si el Derecho de la Constitución se halla investido de fuerza normativa, la inercia, el ocio, la demora, la abstención, el incumplimiento, la inacción y cuanto más se le asemejan, tipifican modalidades de una parálisis transgresora de aquella misma fuerza.

Asimismo –siguieron–, rechazar tal planteamiento al amparo de los límites constitucionales competenciales de los órganos fundamentales implica una *contradictio in terminis*, pues en el fondo de tal rechazo –según Bidart

Campos, misma obra citada– "yace la noción preconcebida de que la Constitución carece de aplicación directa e inmediata; porque si en verdad se acepta y reconoce su fuerza normativa, se hace imposible suponer que la Administración (y el mismo Órgano Legislativo) se erijan en una ínsula donde el incumplimiento de deberes constitucionales no halle remedio por parte de los perjudicados y de los jueces (...); el operador judicial que manda o prohíbe a cualquier autoridad pública no está invadiendo la zona reservada de un poder ajeno, sino únicamente filtrando a todos los espacios del poder estatal, en cualesquiera de sus departamentos y órganos, la fuerza normativa de la Constitución".

Dos casos paradigmáticos, en los que los demandantes consideran que "la jurisprudencia constitucional se ha aproximado a la figura de la inconstitucionalidad por omisión" y que avalarían el requerimiento básico de su exposición son:

(i) En primer lugar, la Sentencia de 21-I-1958, pronunciada en el proceso de Inc. 2- 57, en la cual la Corte Suprema de Justicia –quien a la fecha era el tribunal competente para emitir este tipo de pronunciamientos– declaró inconstitucional una ley "mediante el esquema lógico de constatar previamente la existencia de un imperativo constitucional de legislar, de modo que si la ley examinada no hubiera sido conforme con tal obligación, seguramente se habría decidido en sentido opuesto".

En tal sentencia se afirmó –Considerando VI– que "las limitaciones al derecho de libre expresión contenidas en el art. 158 de la Constitución Política y el derecho a la protección de los bienes jurídicos que contempla el art. 163 de la misma Constitución –que respectivamente equivalen a los arts. 6 y 2 de la actual Constitución–, condicionan la obligación del legislador ordinario de legislar en el sentido de hacer efectivas tales garantías (...). Al

legislar sobre esta materia, el legislador ordinario ha cumplido un imperativo constitucional, el ineludible deber que le imponen los arts. 158 y 163 de la Constitución Política (sic)".

(ii) Segundo, la Sentencia de 14-II-1997, pronunciada en el proceso de Inc. 15-96, en la cual "la inconstitucionalidad por omisión aparece implícita, pero con claridad indiscutible", en relación con el motivo consistente en una "omisión de trato diferente en que incurrió el legislador con respecto a los menores de edad y su régimen penal". Tal sentencia expresa –Considerando XX 3– que "si en los párrafos transcritos [de la Sentencia de 14-XII-1995, pronunciada en el proceso de Inc. 17-95, Considerando X], esta Sala determinó a grandes rasgos la perspectiva del derecho general de igualdad en los supuestos que la ley secundaria establece una diferenciación, es posible aplicar –básicamente– los mismos criterios cuando la ley no establece una diferenciación que, conforme a la normativa constitucional, debe prescribirse".

Por las razones expuestas, los demandantes concluyeron que "una aplicación extensiva de la fuerza normativa de la Constitución debe llevar a aceptar, y declarar, la inconstitucionalidad por omisión del C. Pn. de 1998, por las razones abajo expuestas".

B. Violación a los arts. 1 y 2 Cn. El quid de la inconstitucionalidad por omisión: la violación a la exigencia constitucional de legislar las indicaciones tradicionales en el aborto.

En este apartado los demandantes dijeron que la "exigencia constitucional de acción" a la que se han referido, siguiendo a Bidart Campos, o el mandato constitucional de legislar en este caso, "dimana de la esencia misma de las indicaciones tradicionales del aborto. La doctrina mayoritaria reconoce que, en los casos de aborto terapéutico, eugenésico y ético subyace un 'conflicto

de intereses jurídicamente protegidos'. Tras el uso de esa terminología dogmático-penal la expresión 'intereses jurídicamente protegidos' connota substancialmente la presencia de derechos fundamentales en juego", lo cual pasaron a argumentar en los siguientes términos:

a. Derechos fundamentales involucrados en las indicaciones tradicionales del aborto.

(i) El "derecho a la vida" del nasciturus.

Comenzaron señalando que en sede dogmática-penal la discusión sobre el bien jurídico protegido por el delito de aborto "ha sido profusa y aun viva"; sin embargo, y sin que sea indiferente dicha polémica, consideraron que ella no es vinculante en el juicio de inconstitucionalidad que se propone. Así –dijeron–, puede observarse que con expresiones vagas como "esperanza de vida", "vida en formación", "vida humana dependiente" etc., lo que se oculta en esencia es la negativa a reconocerle al nasciturus el derecho fundamental a la vida.

Como sustento de su planteamiento, los demandantes partieron de afirmar categóricamente que, en el sistema constitucional salvadoreño, sí puede hablarse de un derecho a la vida del nasciturus, que estaría reconocido expresamente en los arts. 1 y 2 Cn.; y, por tanto, que en la base conflictiva de los casos de aborto indicado está comprometido tal derecho fundamental; lo cual basan en las tres afirmaciones siguientes:

(ia) De lo prescrito en el art. 1 Cn., así como de lo expuesto en el Informe Único de la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución puede inferirse una visión personalista del Estado, la cual debe influir en la interpretación del derecho constitucional a la vida. Al respecto citaron a Elías Díaz, quien en su Estado de Derecho y Sociedad Democrática considera que el personalismo

"no debe resolverse en meras afirmaciones retóricas y declamatorias de los derechos humanos. Si no se quiere romper con el proceso histórico de democratización de los derechos humanos, el personalismo deberá insistir hoy de forma predominante en [la] necesidad que los derechos humanos se concreten y se hagan efectivamente vigentes a través de su protección formalizada e institucionalizada en el ordenamiento jurídico".

De lo anterior los demandantes concluyeron que "resulta claro que, si se niega al nasciturus el derecho fundamental a la vida, la trascendencia jurídica de la visión constitucional y personalista del Estado perdería contenido. Ello obliga a optar por afirmar tal derecho".

(ib) Siguiendo a Gregorio Badeni –El derecho constitucional a la vida– y a Antonio Torres del Moral –Principios de Derecho Constitucional español–, argumentaron que el derecho a la vida que contiene el art. 2 inc. 1º Cn., "entendido en sentido conceptual amplio, comprensivo no solo de matices físicos y materiales, sino desde todos los aspectos y proyecciones del individuo, constituye un bien fundamental cuya valoración supera holgadamente a las restantes libertades y derechos, por la simple circunstancia de que ninguna de ellas puede ser considerada de forma separada de aquél (...); sin vida no existe el hombre, de modo que no resulta aventurado sostener que ella, más que un derecho, constituye una cualidad inseparable de la condición humana y presupuesto indispensable para su existencia". Es decir que "la vida es realmente el presupuesto o soporte físico de todos los derechos, que sin ella carecerían de sujeto y, por tanto, de entidad. No puede haber derechos subjetivos sin sujeto".

De las anteriores afirmaciones doctrinarias concluyeron los demandantes que, dado que la jurisprudencia y la doctrina constitucional son unánimes al afirmar que los derechos fundamentales deben interpretarse amplia y

extensivamente (principio pro libertatis), "afirmado tan explícitamente el carácter fundamental del derecho a la vida, no cabe duda de que una interpretación del mismo, conforme con el criterio hermenéutico antes enunciado, lleva a admitir que el nasciturus es titular del derecho en cuestión".

(ic) El art. 2 inc. 1º Cn. utiliza la expresión "toda persona", lo cual no puede ser interpretado en el sentido que la voluntad del constituyente haya sido excluir al nasciturus del ámbito de protección de la norma constitucional. "Interpretarlo así sería un culto excesivo a los criterios literalista y subjetivista de la hermenéutica jurídica, plenamente rechazados en esta disciplina".

Pese al texto –siguieron–, puede confirmarse la existencia del derecho a la vida del nasciturus, en los siguientes tres sentidos: En primer lugar, en el Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, en lo relativo a los derechos individuales, no se aludió a este problema, "lo cual nos indica que el constituyente no preadoptó una decisión al respecto". En relación, citaron a Francisco De Borja López-Jurado Escribano –La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina alemana; parámetros de admisibilidad–, quien sostiene que "en determinados supuestos, la Constitución no contiene un criterio inequívoco; en estos casos la Constitución o el constituyente no han tomado una decisión

(...), por lo cual la voluntad objetiva o subjetiva preexistente es clara en el sentido de remitir a una decisión política posterior (...), es decir que son confiados para su interpretación última y obligatoria a una jurisdicción específica", la cual, en nuestro sistema constitucional, según los demandantes, corresponde a esta Sala, como máximo intérprete de la Constitución, según lo prescrito en los arts. 174 y 183 Cn.

En segundo lugar, que la noción de persona en el texto constitucional no debe identificarse con su equivalente en el Derecho Civil, en que aquella existe a partir del nacimiento viable, pues tal equiparación, como recurso interpretativo, circunscribiría censurablemente el alcance de la norma constitucional. Por ello, dijeron que resulta más adecuado entender, como lo hace Carlos Massini Correas –Filosofía del Derecho. El Derecho y los derechos humanos–, que el carácter de persona "no se confunde con sus expresiones o manifestaciones (...), la personalidad no se reduce a un mero *factum* verificable empíricamente, sino que es constitutivo natural de un cierto tipo de entes; ese carácter de persona no se adquiere ni se pierde junto con la capacidad efectiva de ejercer los derechos o de ser responsable de las consecuencias; por el contrario, la personalidad se adquiere con la existencia en cuanto subsistente intelectual y se pierde sólo con esa misma existencia. De este modo, no puede ponerse en duda el carácter personal de los embriones o fetos humanos, así como de los recién nacidos, débiles mentales, dementes o enfermos terminales; todos ellos son sujetos de derechos humanos, pues son personas en ese sentido profundo y radical".

Y en tercer lugar, siguiendo a Rodolfo Luis Vigo –Interpretación constitucional–, dijeron que en la operación interpretativa de la Constitución, debe procurarse optimizar su fuerza normativa; lo cual significa que, "de entre varias opciones interpretativas, se debe elegir la que optimice y maximice la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido". De ello concluyeron los demandantes que "es evidente que, entre negar al nasciturus el derecho fundamental a la vida y reconocerle su titularidad, ésta última opción es lo más conforme con una mayor eficacia del art. 2 Cn."

Por lo expuesto, los demandantes dijeron que debe concluirse, como lo hizo el Tribunal Constitucional Federal alemán en la Sentencia de 25-II-1975

(BVerfGE 39, 1, caso Schwangerschaftsabbruch I), que "el derecho a la vida corresponde a cualquiera que 'viva'. No es posible hacer distinción entre varias fases de vida anterior al nacimiento o entre vida anterior o posterior al nacimiento (...). La existencia humana no estaría lo suficientemente salvaguardada de los excesos de la interferencia gubernamental a menos que la fase preliminar de tal existencia anterior al nacimiento fuera incluida en la protección". Con base en todas las consideraciones anteriores, los demandantes dijeron que, "reconocida la existencia del derecho a la vida del nasciturus, es mucho menos complejo aceptar que éste es el fundamento constitucional de la punición del aborto y que, en todos los casos en que éste se halle indicado, el derecho en comento es uno de los que entran en conflicto".

(ii) El derecho a la vida y a la integridad física de la mujer.

En este punto dijeron los demandantes que las anteriores reflexiones sobre el derecho a la vida del nasciturus son aplicables, *mutatis mutandis*, al mismo derecho de la mujer embarazada, ya que, en la indicación terapéutica, el aborto se practica para evitar que se realice un grave riesgo que existe para la vida o la salud de la madre. No es difícil admitir –siguieron– que la salud es un término que constituye una proyección del derecho fundamental a la integridad física, reconocido en el art. 2 Cn.

Siguiendo a Antonio Torres del Moral y a la definición de la Organización Mundial de la Salud, dijeron que el derecho a la integridad sería, a su vez, "corolario lógico del derecho a la vida y derivación directa de la dignidad de la persona humana (...), el derecho a que no se le ocasione daño, lesión o menoscabo en su persona física". Por tanto, la salud debe ser entendida como sinónimo de "bienestar físico, mental y social" no como mera ausencia de enfermedad, menoscabo o incapacidad somática o síquica, pues está en

cualquier caso conectada con el derecho a la integridad física de la mujer embarazada y es, por tanto, otro de los derechos involucrados en el conflicto que las indicaciones del aborto suponen.

(iii) El derecho a la dignidad humana y a la libertad de la mujer.

En este punto dijeron que el derecho a la dignidad humana está implícito en los arts. 1 y 2 Cn., debido a que es una consecuencia del valor que la misma Constitución reconoce a la persona humana, de la visión iusfilosófico-personalista que informa al Estado Constitucional de Derecho, y presupuesto lógico del ejercicio de los derechos individuales regulados en el art. 2 Cn. "Además, está expresamente reconocido como uno de los bastiones de una sociedad democrática en el Preámbulo de la Constitución. Asimismo, existen normas constitucionales que tutelan o protegen específicamente la dignidad humana, como en el caso de los arts. 10 inc. 1° y 27 inc. 2° Cn."

Citando a Quiroga Lavié –Los derechos humanos y su defensa ante la justicia–, señalaron que "la dignidad es la materialización del haz de valores vinculados al hombre: aquello que hace que el hombre sea el valor supremo de la convivencia social". En concordancia con tal afirmación –dijeron–, la jurisprudencia constitucional salvadoreña ha señalado –Sentencia de 19-VII-1996, Inc. 1-92, Considerando IV 3– que "desde el personalismo o humanismo, se entiende que la función del derecho es garantizar la libertad de cada individuo para permitir que éste realice libremente sus fines".

Por otro lado –siguieron–, el derecho de libertad reconocido explícitamente en el art. 2 Cn. es, como afirmó este tribunal en la Sentencia de 13-VI-1995, pronunciada en el proceso de Inc. 4-94, Argumentación 1ª, "una condición para que el individuo pueda desenvolver y desarrollar libremente sus facultades propias; el mejor medio para asegurar este desenvolvimiento es permitirle dirigirse espontáneamente, a su manera, y a sus riesgos y peligros,

en tanto que no afecte el derecho legal de otros (...). La libertad constituye, pues, el derecho que cada ser humano tiene para emplear sin traba o impedimento alguno sus facultades en conseguir su bienestar y para elegir los medios que pueden servirle a este objeto".

En los casos en los que tradicionalmente se indica el aborto por las causas eugénicas y éticas –argumentaron–, o sea cuando hay probabilidad que el bebé nazca con graves taras físicas o síquicas y cuando el embarazo es consecutivo a un atentado contra la libertad sexual de la mujer, lo que en el fondo determina la indicación del aborto es la valoración que se hace de la dignidad de la mujer y su derecho de libertad, entendido éste como el derecho al libre desarrollo de su personalidad. Citando a Juan Carlos Carbonell Mateu –Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida. Dos cuestiones: suicidio y aborto–, dijeron que "si el ordenamiento hubiera optado por obligar a la mujer a continuar su embarazo –pese a que tal continuidad sea valorada positivamente–, habría ignorado el valor superior que tiene el libre desarrollo de la persona y la dignidad de la persona humana, así como que el hombre –la mujer– es un fin en sí mismo, y de ninguna manera puede ser considerada, como ya dijera Kant, como un simple medio o instrumento".

La relevancia de estos derechos fundamentales de la mujer, en los casos de aborto indicado eugenésica y éticamente, fue reconocida –reseñaron– por el Tribunal Constitucional español en la STC 53/1985, de 11 de abril, al sostener que "la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársela como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso y obligación cobra especial relieve, en este caso, ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar vida a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos".

De lo expuesto concluyeron que las indicaciones tradicionales del aborto: terapéutica, eugenésica y ética, son situaciones de colisión o conflicto entre derechos fundamentales: el derecho a la vida del nasciturus y los derechos a la vida, a la integridad física, a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer embarazada, según cada caso.

b. Efectos de la presencia de derechos fundamentales en las indicaciones tradicionales del aborto: la reserva de ley y el principio de proporcionalidad; el imperativo de regulación legal expresa.

En este apartado reseñaron que la jurisprudencia de esta Sala ha indicado, siguiendo lo afirmado por la STC 25/1981, que los derechos fundamentales "son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho" –Sentencia de 17-XII-1992, pronunciada en el proceso de Inc. 3-92, Considerando IX–. (i) Citando a Antonio-Enrique Pérez Luño –Los derechos fundamentales–, dijeron que una de las consecuencias relevantes de esta caracterización de los derechos fundamentales es que los mismos deben gozar de "un régimen de protección jurídica reforzada (...); la tutela constitucional de los derechos fundamentales se manifiesta también en la instauración de unos cauces normativos tendentes a asegurar la integridad del significado y función de tales derechos (...). Esta exigencia se funda en el principio básico para el constitucionalismo liberal-democrático de la reserva de ley, esto es, de la garantía de que la regulación del estatuto de las libertades es materia reservada al legislador y sustraída a la injerencia del gobierno". En ese mismo orden –dijeron–, la jurisprudencia constitucional salvadoreña ha establecido en la mencionada Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 4-94, que "la regulación de un derecho constitucional, conforme al art. 246 Cn., solo puede hacerse en virtud de una ley (...); la ley

que regule los derechos fundamentales de la persona humana (...) tiene que ser emitida por la Asamblea Legislativa observando el formalismo establecido en los arts. 133 y siguientes de la Constitución".

La reserva de ley –acotaron los demandantes–, como el establecimiento de un monopolio de regulación en materia de derechos fundamentales concedido al legislador, "importa la correlativa obligación de legislar lo necesario para el efectivo ejercicio de los mismos, y principalmente aquellos casos de conflicto entre ellos, en los que, irremediabilmente, alguno será restringido o hasta sacrificado. Así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia constitucional, en la citada Sentencia de 21-I-1958, y en la también ya referida STC 53/1985, de 11 de abril, lo dijo claramente la [jurisprudencia] española, al expresar: 'Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano'".

La reserva de ley es, entonces, para los demandantes, "una de las fuentes del mandato constitucional de legislar expresamente los casos de aborto tradicionalmente indicado pues, al omitirse dicha regulación, ese 'régimen de protección reforzada' del que deben gozar los derechos fundamentales en un Estado Constitucional de Derecho, se torna ilusorio".

(ii) También se refirieron a "otro de los instrumentos de la tutela reforzada de los derechos fundamentales, al que la doctrina y la jurisprudencia constitucional reconocen validez, el principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso".

Tal principio, según los demandantes, tiene su asidero constitucional en el art. 1, en cuanto la organización estatal persigue la consecución de la justicia. Citando a Ernesto Pedraz Penalva –El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas–, dijeron que tal principio "en la mayoría de los autores es formulado como criterio de justicia de una relación adecuada medio-fines en los supuestos de injerencias de la autoridad en la esfera jurídica privada, como expresión de lo comedido, de lo justo, de acuerdo con un patrón de moderación que posibilite el control de cualquier exceso mediante la contraposición del motivo y de los efectos de la intromisión". Esta prohibición de exceso, según los demandantes, es un imperativo del sistema constitucional salvadoreño, al aspirar a un Estado Constitucional de Derecho, pues –citaron nuevamente a Pedraz Penalva– "más que un criterio, regla o elemento de juicio utilizable técnica y asépticamente para afirmar consecuencias jurídicas, es un principio consustancial al Estado de Derecho, con plena y necesaria operatividad, en cuanto su exigida utilización se presenta como una de las garantías básicas que han de observarse en toda hipótesis en que los derechos y libertades fundamentales pueden verse lesionados".

En el caso salvadoreño –dijeron–, esta Sala, sin pronunciarse sobre el fundamento constitucional de dicho principio, precisamente al referirse a la relación con la actividad estatal frente al delito –como ocurre con el aborto– ha reconocido su aplicabilidad y establecido en la Sentencia de 14-II-1997, pronunciada en el proceso de Inc. 15-96, Considerando IX 2, que "las premisas esenciales determinadas por la Constitución para el comportamiento estatal en general y sus concretas manifestaciones en el ámbito penal son (...), en materia sancionadora, la vigencia del principio de proporcionalidad, como una exigencia de ponderación de los intereses en

conflicto". De lo cual dedujeron que la reacción del Estado frente al delito –en este caso, el delito de aborto– debe respetar el principio de proporcionalidad por exigencia de la Constitución. "Específicamente con relación a los casos en que el aborto se halla tradicionalmente indicado, por cuanto supone situaciones de conflicto entre derechos fundamentales –y, generalmente, se resuelven importando una restricción o lesión a algunos de ellos–, el respeto al principio de la prohibición de exceso debe ser más riguroso".

En este punto volvieron a reseñar la jurisprudencia constitucional alemana, la cual ha aclarado que "el legislador ha de gozar de un margen de apreciación en la elaboración de las leyes y, por tanto, en la elección de las medidas para alcanzar sus objetivos. Dicho margen de apreciación tiene su esencial razón de ser en la división de poderes, en base a la cual ha de reconocerse al legislador 'competencia' para concretar la Constitución y, por ende, libertad de configuración en la formación de los intereses públicos que limitan el derecho fundamental".

Sin embargo –acotaron los demandantes–, esa libertad de configuración del legislador no puede ser irrestricta, ya que, como exigencia mínima, el legislador debe poner de manifiesto que ha llevado a cabo una ponderación de los intereses contrapuestos al derecho fundamental restringido –que en las indicaciones tradicionales del aborto es el derecho a la vida del nasciturus–; esa manifestación se cumple, generalmente, mediante la regulación legal.

La necesidad de regulación legal, según los actores, se comprende mejor al recordar que, como sostiene Pedraz Penalva en su citado libro, por imperativo del principio de proporcionalidad "medio elegido y objetivo perseguido han de estar entre sí en una relación razonable. La invasión ha de ser adecuada y necesaria para el fin marcado; no debe ser de tal entidad

la invasión que llegue a ser inasumible por el afectado. De lo dicho se deduce, pues, que debe ser apta para alcanzar el logro fijado por el legislador y también necesaria; esto es, dicho objetivo no debe poder ser alcanzado a través de un medio distinto y menos gravoso, y la carga impuesta a cada uno ha de estar también en razonable relación con las ventajas que derivarán tanto para él como para la generalidad". Con base en lo expuesto, los demandantes se cuestionaron en el caso de las indicaciones tradicionales del aborto cómo puede analizarse si la lesión al derecho a la vida del nasciturus es la medida adecuada para proteger los derechos de la madre, y cómo se verifica que la medida restrictiva es la menos gravosa y que se han tomado las providencias necesarias para mantener la lesión al derecho fundamental dentro de una relación razonable con el fin perseguido. A lo cual se respondieron que se trata de una tarea "imposible cuando el legislador ni siquiera ha regulado expresamente esas situaciones de conflicto y simplemente ha omitido legislar sobre ellas. En otras palabras, la regulación expresa de las situaciones de conflicto de derechos fundamentales y de las cuales resultará una restricción o lesión de alguno de ellos, es un imperativo o mandato constitucional implícito, como requisito mínimo, respecto del principio de proporcionalidad".

En consecuencia, enfatizaron diciendo, con Pedraz Penalva, que la exigencia constitucional de acción para el legislador, que supone el principio de proporcionalidad, se constata al reconocer que "las insuficiencias del Estado: los defectos legislativos y administrativos –eludiendo la correspondiente responsabilidad– no pueden pretender ser obviadas traspasando al Judicial la tarea ya de colmar simplemente las pertinentes lagunas o, pero aun, ya de llenar vacíos mediante decisiones que, ajustadas a Derecho, pudieren afectar al campo político, siendo electoralmente desaconsajables". El principio de proporcionalidad –concluyeron respecto de este punto los

demandantes— no es un expediente para que los otros órganos estatales eludan obligaciones constitucionales.

C. Violación a los arts. 1 y 3 Cn. Verificación de la inconstitucionalidad denunciada: exclusión de una posible interpretación conforme a la Constitución.

La inconstitucionalidad por omisión del C. Pn. que entró en vigor en 1998 consiste básicamente, según los demandantes, en que "se omitió regular o legislar sobre los casos en que el aborto es tradicionalmente indicado, omisión que constituye una violación a la Constitución por cuanto el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales comprometidos en el aborto, el principio de reserva de ley y el principio de proporcionalidad, implican un mandato constitucional de legislar sobre dicha materia".

Así planteada la cuestión, dijeron que podría argüirse, no sin estimable razón, que en cuanto el legislador haya tomado en consideración los supuestos de las indicaciones tradicionales del aborto al aprobar el C. Pn., la inconstitucionalidad se desvanecería.

Siguiendo a Vigo en su citado libro, dijeron que ello "sería consecuencia del principio hermenéutico de interpretación conforme a la Constitución; es decir que en virtud de la unidad del ordenamiento jurídico se debe interpretar el derecho infraconstitucional conforme a la Constitución e interpretar la Constitución conforme al derecho infraconstitucional (...), y que a todo el sistema normativo, presidido por unos valores que le confieren unidad de sentido, se deben acomodar todas las demás piezas del ordenamiento de manera que, siendo posibles dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y otra no conforme a ella, debe admitirse la primera".

Para seguir con el argumento que las indicaciones tradicionales han sido tomadas en cuenta en el C. Pn. cuestionado, dijeron que podría recurrirse a la Exposición de Motivos del mismo, en cuyo apartado sobre los "Delitos relativos a la vida" la comisión respectiva del Parlamento señala: "La regulación del aborto se modifica sustancialmente para proteger y preservar la vida desde el momento de la concepción (...). Se ha considerado que los casos aislados que pudieran presentarse de posible punibilidad (sic, los demandantes entienden que se pretendió decir "impunidad"), conforme al sistema de indicaciones tradicional, bien podrían ser resueltos por los jueces en base a las excluyentes de responsabilidad que aparecen en el art. 27", disposición que regula como causas que excluyen de la responsabilidad penal, las siguientes: (i) el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho; (ii) la legítima defensa; (iii) el estado de necesidad; (iv) la inimputabilidad; y (v) la inexigibilidad de otra conducta.

El anterior planteamiento, para los actores, no aniquila la inconstitucionalidad alegada, pues la remisión que el legislador hace al art. 27 del C. Pn. no satisface el mandato constitucional de regular los casos tradicionales de aborto indicado, no sólo porque se descarga sobre el órgano jurisdiccional la responsabilidad que tiene el Legislativo de ponderar los intereses enfrentados en el aborto, sino porque tal técnica legislativa, esencialmente omisiva, viola los derechos constitucionales de igualdad y de seguridad jurídica.

a. El imperativo de regulación legal expresa por vía del derecho de igualdad.

Reafirmación del carácter inconstitucional de la omisión legislativa.

En este apartado reseñaron la jurisprudencia que sobre el derecho general de igualdad ha emitido este tribunal desde la Sentencia de 14-XII-1995, pronunciada en el proceso de Inc. 17-95 y, de ella, enfatizaron que el

mencionado derecho "implica el derecho a no ser discriminado, es decir, a no ser tratado en forma diferente sin razón suficiente, pero también, y esto es más importante, supone lógicamente el contenido inverso del derecho de igualdad, o sea el derecho a ser tratado diferente cuando para ello, y con referencia a un término de comparación, haya una causa con entidad suficiente".

Citando a Alberto Suárez Sánchez –El debido proceso penal–, dijeron que "la igualdad ante la ley en su genuina concepción jurídica, lejos de significar una ciega uniformidad, representa razonablemente una disposición del Derecho, previa ponderación de los factores que inciden de manera real en el medio dentro del cual habrá de aplicarse y de las diversidades allí existentes (...); la comparación de las situaciones de hecho, y la determinación de si son o no idénticas, se convierte así en el criterio o patrón hermenéutico de partida para dilucidar si el trato desigual es constitutivo de una discriminación constitucionalmente vetada o de una diferenciación admisible". La mujer embarazada –argumentaron–, en los casos de aborto tradicionalmente indicado, se encuentra en una situación fáctica totalmente distinta a la de cualquier otra persona que se enfrente a una de las causas de exclusión de responsabilidad penal que regula el art. 27 del C. Pn. "Así lo reconoce Carbonell Mateu –Del aborto, en Comentarios al Código Penal [español] de 1995–, al afirmar que no es posible plantearse el conflicto de intereses entre la embarazada y el nasciturus, como si se tratara de realidades enteramente distintas. No puede olvidarse la tremenda peculiaridad que representa el hecho de que los intereses fetales sólo pueden desarrollarse en el interior de la embarazada, que es la portadora de su vida. Se trata de una 'dualidad en la unidad': son dos seres distintos, pero un cuerpo soporta al otro". También citaron la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, quien en la referida STC 53/1985 dijo que "el legislador puede tomar en consideración

situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales" y, respecto de la condición de la mujer embarazada, expresó que es "una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego".

En síntesis, respecto de este punto, dijeron los peticionarios que, dada la peculiar relación que existe entre la mujer y el nasciturus, puede afirmarse que, en los casos de aborto tradicionalmente indicado, la mujer se encuentra en una situación de hecho totalmente desigual a la de cualquier otra persona ante una causa de exclusión de la responsabilidad penal y, por tanto, dicha situación desigual merece un trato también desigual o diferenciado, incompatible con la regulación genérica del art. 27 del C. Pn., pues sólo así puede el legislador cumplir con el requerimiento que el derecho a la igualdad en la formulación de la ley le impone, según el art. 3 Cn.

b. El imperativo de regulación legal expresa por vía del derecho a la seguridad jurídica.

Dijeron que el art. 1 Cn. "establece el derecho (sic) a la seguridad jurídica, al reconocerlo como uno de los fines a que aspira el Estado salvadoreño". Y siguiendo a Suárez Vásquez, dijeron que tal "es un bien que constituye un medio necesario para la convivencia humana, y es más: para que el hombre desarrolle libremente su personalidad, (...). La persona necesita un mínimo de certeza para cumplir con sus funciones propiamente humanas".

En otras palabras –acotaron–, sin el principio de seguridad no se realizan las pretensiones racionales, por la razón elemental de ser inexistente el fundamento cierto de los actos humanos. "El derecho a la seguridad jurídica representa la necesidad de certeza que debe tener el ciudadano del

tratamiento que originará su conducta en el ordenamiento jurídico. Implica que los destinatarios de la norma jurídica deben saber cuáles son sus derechos y obligaciones, conocer lo que le es permitido o prohibido y defender adecuadamente sus intereses y derechos".

En relación específicamente con la regulación de los casos tradicionales de aborto indicado, dijeron que el derecho a la seguridad jurídica supone que existe la certeza sobre las condiciones en que el aborto no acarreará responsabilidad penal, el alcance subjetivo de la causa excluyente de la misma, el tiempo (si lo habrá) durante el cual tendrá efecto la causa excluyente, etc.

De la simple lectura del art. 27 del C. Pn. –siguieron–, resulta claro que la exclusión de responsabilidad penal en un supuesto determinado dependerá de la subsunción que el juez haga, en el caso concreto, a las categorías legales expresadas en la norma. Para esto seguramente tendrá esencial relevancia la Dogmática Penal, la cual, según Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y otros –Lecciones de Derecho Penal– "favorece la seguridad jurídica al fijar el contenido de la ley y los criterios de su aplicación (...). Las propias limitaciones de la técnica legislativa exigen, para aproximarse al cumplimiento de los principios de igualdad y de seguridad, el complemento de una interpretación uniforme de la norma".

Sin embargo –acotaron los demandantes–, en el plano de las tradicionales indicaciones del aborto (terapéutica, eugenésica y ética) la dogmática penal presenta serias fisuras, por tratarse de una cuestión muy polémica; así, no existe consenso respecto a la naturaleza jurídica de las indicaciones (estados de necesidad justificantes, exculpantes, excusas absolutorias, condiciones objetivas de punibilidad, etc.); tampoco respecto a los requisitos que deben concurrir para que opere la exclusión de responsabilidad penal (v.

gr., "estricta necesidad" del aborto o la "inminencia" del daño para la mujer, etc.). "En otras palabras –señalaron–, tal como se encuentran consideradas las indicaciones tradicionales del aborto en el C. Pn. vigente, sin regularlas expresamente, su efectiva aplicación está librada a una heterogeneidad de criterios interpretativos que no es congruente con el derecho a la seguridad jurídica de la mujer embarazada".

Por dicha circunstancia, dijeron que es comprensible lo afirmado por Patricia Laurenzo Copello –libro citado– en el sentido que la regulación expresa de las indicaciones tradicionales en el aborto se justifica "en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica en un terreno donde las decisiones jurídicas difícilmente están exentas de consideraciones morales o ideológicas y en el que, por lo demás, si bien puede apreciarse una opinión social dominante, no existe absoluto consenso sobre la valoración de los intereses implicados"; también lo afirmado por Juan Bustos Ramírez –Manual de Derecho Penal–, en el sentido que "por tratarse de una materia tan controvertida, con posiciones teóricas e ideológicas tan encontradas, ciertamente resulta del todo indispensable una aclaración legislativa al respecto".

Por tanto, dijeron los demandantes que la remisión que el legislador hace al art. 27 del C. Pn. para el tratamiento del aborto en los casos de las indicaciones tradicionales no es conforme con la Constitución, pues viola el derecho (sic) a la seguridad jurídica del art. 1 Cn., quedando verificada, por tanto, la inconstitucionalidad por omisión que se demanda.

D. En resumen, dijeron que el C. Pn. de 1998 es inconstitucional por omisión, en cuanto no regula los casos tradicionales indicados en el aborto, pues tal omisión viola: (i) el art. 246 Cn., ya que la supremacía constitucional como característica esencial del Estado Constitucional de Derecho implica que el legislador puede incurrir en inconstitucionalidad no sólo por acción, sino

también por omisión, cuando infringe una exigencia constitucional de acción o un mandato constitucional de legislar; (ii) los arts. 2 y 246 Cn., pues el carácter de derechos fundamentales de los intereses enfrentados en las indicaciones del aborto y los principios de reserva de ley y proporcionalidad – como parte del "régimen de protección jurídica" reforzada de aquellos–, imponen al legislador el deber de regular expresamente los casos mencionados y, al no hacerlo el C. Pn. impugnado, adolece de inconstitucionalidad por omisión; y (iii) los arts. 1 y 3 Cn., ya que la omisión legislativa, "escamoteada tras el art. 27 del C. Pn., según la Exposición de Motivos de dicho cuerpo normativo, viola también los derechos de igualdad y seguridad jurídica de la mujer embarazada". Por todas las razones expuestas, pidieron los demandantes que esta Sala declare que el C. Pn. emitido por D. L. n° 1030, de 26-IV-1997, publicado en el D. O. n° 105, tomo 335, correspondiente al 10-VI-1997, es inconstitucional por omisión, "y comunique dicha circunstancia al Órgano Legislativo para que adopte las medidas necesarias para subsanar su omisión".

2. Al admitir la demanda, este tribunal ordenó que la Asamblea Legislativa y el Presidente de la República emitieran sendos informes, en los cuales expusieran las razones que justificaran la constitucionalidad del cuerpo normativo impugnado.

La Asamblea Legislativa, al expresar las razones por las cuales considera que no existe la inconstitucionalidad alegada por los demandantes, dijo que cuando se aprobó el C. Pn., la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales consideró conveniente adecuar y desarrollar los principios de la Constitución a la nueva normativa penal, en especial los delitos relativos a la vida, "el cual se considera el bien jurídico más valioso, ya que es condición indispensable para la vigencia y goce de los demás bienes jurídicos".

La regulación del aborto –siguió– "mantiene las pautas marcadas por el derecho anterior, modificándose un poco en cuanto a los abortos no punibles. Se mantiene en este punto el sistema de indicaciones excepcionadoras que acertadamente recogía el C. Pn. derogado, pero se restringen algunas de las indicaciones por el establecimiento de un plazo; así, para la indicación ética, es decir el aborto cuando el embarazo es consecuencia de un delito contra la libertad sexual o de inseminación artificial no consentida, se establece el plazo de doce semanas, ya que es evidente la necesidad de un límite temporal como salida a una situación de riesgo para la salud o la integridad física o moral de la embarazada. Por otra parte, en la indicación eugenésica, se establece el plazo de veintidós primeras semanas, pues médicamente es el lapso razonable para apreciar las enfermedades diagnosticables prenatalmente (sic)".

En consecuencia, consideró que en ningún momento ha violado principio constitucional alguno, ya que lo que ha hecho es desarrollar los principios constitucionales de proteger la vida y en especial el de la persona humana de ser reconocida desde el instante de la concepción, razón por la cual no ha habido omisión alguna, como lo señalan los demandantes. El mismo C. Pn. –dijo– agrupa las causas que excluyen la responsabilidad penal en una sola disposición, sin estampar ningún término clasificatorio que propicia más un anquilosamiento y no el desarrollo de la dogmática jurisprudencial; por consiguiente, concluyó que será el juez quien valorará las causas que excluyen la responsabilidad penal.

3. Al rendir el informe respectivo, el Vicepresidente de la República y Encargado del Despacho de la Presidencia de la República, Lic. Carlos Quintanilla Schmidt, dijo lo siguiente:

A. Algunas consideraciones constitucionales.

Comenzó señalando que procurar la efectividad de la supremacía constitucional no es labor sencilla, en aquellos casos en que no existe claridad en el contenido de la norma fundamental, pues en algunas ocasiones la Constitución expresa claramente lo que la legislación secundaria debe contener, mientras que en otros casos no. Cumplir con el mandato que indican las normas constitucionales a las secundarias –siguió–, es función de primer orden en el Gobierno, y, en el caso del proceso de formación de la ley, el Órgano Ejecutivo ha aceptado que "la legislación secundaria no puede ser sino una reproducción o aplicación de la norma jurídica de más alta jerarquía".

La legitimación jurídica que otorga la Constitución ha conformado la existencia de conexiones dinámicas por medio de las cuales se han definido los procedimientos que conceden la validez formal a las normas inferiores –dijo–, pero además han precisado en algunas ocasiones los parámetros sobre los que la ley ha de conducirse, reflejando los límites generales de contenido que la disposición superior determina. Esta correspondencia y conformidad que ha de existir entre disposición inferior y superior no implica que la Constitución fije de manera taxativa los contenidos de las inferiores; por el contrario, consideró que la Ley Suprema ha permitido, a través de sus normas generales, que se acomoden sus preceptos a situaciones dadas en un contexto y en una época determinados, autorizando al legislador la adopción de aquellas leyes y reglamentos que se estimen más justos para el momento histórico que se vive; por ello, no es la regla que la norma constitucional establezca taxativamente lo que deberá contener la ley.

Ello es lo que sucede –dijo–, con el tratamiento jurídico penal de aquellos hechos que, siendo típicos de la figura del aborto, gozan de razones de peso para dispensar a sus autores de sanción, pues no existe señalado de forma

explícita en la Constitución el mecanismo que defina cómo conciliar el choque de valores tutelados por el sistema jurídico.

Es lógico suponer –siguió– que las disposiciones constitucionales no regulan en detalle todos los hechos de relevancia para la vida de un país, por lo que debe encontrarse en las disposiciones legislativas las soluciones a casos más precisos que no se pueden prever, por lo concentrado y general de la Constitución; en ese sentido, no suele existir oposición entre lo que dispone ésta y lo que expresa la ley que la desarrolla con más precisión, ya que la Constitución faculta a la fuente secundaria a adoptar los detalles del caso; es decir, que se otorga al legislador una buena medida de libertad para escoger el contenido de la normativa que aplica la Constitución, acomodando la Ley Suprema a la cambiante realidad.

En el caso que nos ocupa –dijo–, los conceptos a que se refieren los demandantes, como: "seguridad jurídica", "vida", "igualdad", "libertad", "salud", "dignidad de la persona humana", etc., son conceptos jurídicos indeterminados, que resultan ser vagos e imprecisos en su contenido –lo cual no implica que la indeterminación del concepto se traduzca en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, "sino que en estos casos se plantea la oportunidad para escoger la solución más justa en casos más precisos"–. Esos enunciados supuestamente inciertos –siguió–, "están intencionados y cargados de sentido, pues de suyo el constituyente prefirió el uso de conceptos abiertos que permitan fijar un patrón valorativo abstracto que corresponde al legislador secundario completar, sin imponer un sentido particular en puntos como los planteados, sino únicamente fijando instrucciones generales para que sean incluso aplicables a situaciones que pudiesen ocurrir en el futuro". Por consiguiente, afirmó que la indeterminación en los conceptos que han sido citados por los demandantes, "en realidad han habilitado al legislador a establecer jurídicamente una

solución que para un momento determinado se estime correcta. Lo importante en esta apertura de la Constitución es que permite un espacio para la implementación de las posibles alternativas, que en esa realidad se aceptan como válidas".

B. Algunas consideraciones doctrinarias.

En esta parte consideró necesario agregar, por su importancia y aporte al caso que se discute, que la doctrina tradicional del Derecho Constitucional ha permitido diferenciar entre disposiciones constitucionales directivas o programáticas, y preceptivas u operativas.

"Según esta división doctrinaria, las normas constitucionales preceptivas u operativas son normas jurídicas vinculantes en su cumplimiento, por lo que no necesitan desarrollo legislativo y comprometen directamente y en forma inmediata a los miembros del Estado.

En cambio, las normas directivas o programáticas son normas constitucionales que contienen principios abstractos y generales, por lo que constituyen recomendaciones sobre la orientación política y legislativa en la conducción del Estado; es decir, que los funcionarios y autoridades del Estado reciben pautas sobre lo que está prohibido, condicionado o impuesto ya sea en la forma o en el fondo".

"Aun cuando se puede afirmar que en la actualidad se considera que todas las reglas contenidas en la Constitución son normas preceptivas, no obstante ello, se percibe la influencia tradicional planteada; por eso es que en la Constitución no todos los preceptos pueden tener un mismo alcance y significado normativo, aun cuando enuncian efectivas normas jurídicas, sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación".

Ello es lo que ha sucedido, según el entonces Vicepresidente de la República, con la implementación del nuevo C. Pn., pues no existe, ni existió anteriormente, una disposición constitucional que fijara el contenido de la ley secundaria penal, para regular en concreto los conflictos de bienes jurídicos en ocasión de un aborto; "por ello es que en la Nota de Presentación a la Asamblea Legislativa y Exposición de Motivos del C. Pn., suscrita por el entonces Ministro de Justicia, Dr. René Hernández Valiente, se evidencia la intención de los redactores del que, en aquel momento, era Anteproyecto de C. Pn., en optar por un preciso mecanismo que resolviese el conflicto planteado; así se dijo que 'se suprimen los abortos no punibles, manteniéndose únicamente el aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada y la tentativa de ésta para causar su aborto. Se ha considerado que los casos aislados que pudieren presentarse de posible punibilidad, conforme al sistema de indicaciones tradicionales, bien podría ser resuelto por los jueces en base a las excluyentes de responsabilidad que aparecen en el art. 27'. Esto demuestra –dijo– la opción tomada en aquel entonces y que ahora erróneamente se cuestiona".

A continuación pasó a exponer "algunas razones por las que se puede considerar que las figuras de aborto terapéutico, ético y eugenésico tienen cabida en la legislación secundaria, sin violentar los derechos que protege la Constitución".

C. Consideraciones sobre las figuras de aborto no punibles. En cuanto a este aspecto dijo que el C. Pn. vigente recoge varias pautas normativas contempladas por el de 1973, y descarta incluir las reglas que excluyen de punibilidad a los abortos denominados terapéutico, ético y eugenésico, porque se consideró que, para excluir de responsabilidad en los casos de aborto, era suficiente aplicar las causas de justificación excluyentes de la antijuridicidad que el mismo Código determina en su art. 27, especialmente el

caso del ord. 3º, que desarrolla los estados de necesidad. Consideró que mucho se ha discutido sobre este tema, al punto de entender que cualquier consideración sobre la exclusión de cualquier clase de aborto del ambiente penal, es considerada por algunos sectores de la opinión pública como un aval a la práctica del aborto y, por el contrario, que la no regulación de las figuras tradicionales de abortos justificados es una afrenta a los derechos de la mujer. "Nada ha estado más alejado de la realidad que estas posturas tan radicales; si bien es cierto nuestra Constitución, leyes y valores religiosos y morales nos señalan que la vida comienza desde la concepción misma y que hay que protegerla desde ese momento, también debe tenerse en consideración que nuestra legislación en materia penal permite, a través de las causas excluyentes de responsabilidad, que las autoridades judiciales valoren en concreto los casos cuando la vida de la mujer peligra a causa del embarazo, y en aquellas circunstancias en las que no es posible actuar de una manera distinta, ponderando la situación y señalando la posibilidad de no sancionar a la familia, a la madre o al médico por una decisión difícil y dolorosa".

En tal sentido, señaló que el tratamiento que el C. Pn. otorga a los casos de aborto terapéutico, ético y eugenésico, se puede expresar de la siguiente forma:

a. En cuanto al aborto terapéutico dijo que, para un considerable sector de la doctrina, los casos de aborto justificados sólo son una afirmación de las causales de justificación; es decir que, aunque la ley no establezca expresamente que los abortos justificados no son perseguibles penalmente, por su naturaleza le son aplicables causales generales que excluyen de responsabilidad penal.

En este caso específico –dijo–, la inclusión de la figura de aborto no penado "está de más", no existe ninguna ventaja en señalar expresamente en la ley que este tipo de aborto no sea punible, pues no se prevé una mejor protección al serle aplicable el estado de necesidad, causal que excluye de responsabilidad penal y que está desarrollada en el art. 27, ord. 3º del C. Pn. El estado de necesidad –siguió– es aplicable a los casos de aborto terapéutico, pues ante un conflicto de bienes de igual importancia tutelada por la Constitución y la misma ley, la vida del no nacido y la de la madre, no existe duda sobre la juridicidad del acto de optar por proteger la salud de la mujer cuya vida peligra por su estado de gravidez, en caso esa sea la decisión adoptada. En tal sentido, este tipo de aborto se encuentra justificado dentro de la legislación penal vigente.

En la práctica y para cada caso –acotó–, corresponde a los jueces analizar la existencia de una causal que excluya de responsabilidad penal, como las que operan con base en el art. 27 del C. Pn., y con ello se evita "dejar la puerta abierta para que se practiquen abortos indiscriminadamente, amparados en una razón legal, procurando así reducir los casos en que se opte por esta medida, especialmente hoy en día que se tiene acceso a una serie de avances científicos que permiten tomar otras alternativas sin llegar a tal extremo".

En consecuencia –afirmó–, la regla que fija el C. Pn. permite al juez determinar por medio de peritos o de cualquier medio legal de prueba, si realmente se tomó la decisión correcta al practicar un aborto después de examinar todas las alternativas posibles para salvar a la madre y al bebé, sin que las mismas dieran resultado.

b. Respecto del aborto ético o criminológico, dijo que los bienes jurídicos que entran en juego para determinar si es justificable el aborto son la vida de la

persona que aún no ha nacido y la libertad de la mujer. "En ese sentido, se hace especial énfasis en que existe una libertad que la sociedad reconoce a toda mujer para decidir si quiere o no ser madre y, sobre todo, con quién quiere engendrar a su futuro hijo. No estamos hablando de la libertad sexual de la mujer, pues esa ya ha sido lesionada con la violación, sino de una consecuencia que no la ha querido la víctima: la maternidad impuesta, producto de un hecho traumático y violento. Esta libertad de procreación tiene también importancia en los casos de inseminación forzosa de la mujer, donde ella es fecundada artificialmente sin su consentimiento, violentando su derecho a decidir cuándo tener familia y con quién hacerlo".

En razón del tipo de valores que se encuentran en juego, estimó que es posible aplicar una causa que excluya de responsabilidad penal, evitando sancionar a la mujer que en razón de un delito se encuentra en estado de gravidez, pues no se puede olvidar que en los casos de violación e inseminación forzosa, la mujer es víctima del delito, que no solo afecta su libertad sexual, sino que puede afectar la libertad y dignidad de la misma al llevar una carga que no deseaba, hecho que es todavía más grave en aquellas mujeres que son menores de edad y que todavía no han alcanzado una madurez física y mental para sobrellevar la maternidad. En tal sentido –dijo–, el C. Pn. comprende en los estados de necesidad desarrollados en el art. 27 ord. 3º, la posibilidad de evitar la sanción penal de aquellos casos que, valorados en concreto, así lo ameritan.

c. Finalmente, en el caso de aborto eugenésico, dijo que se presentan dos corrientes como las principales para fundamentar su impunidad. La primera hace énfasis en el principio de no exigibilidad de otra conducta, bajo la idea de que el Estado no puede obligar a la mujer, con la amenaza de imponerle una pena, a que enfrente la carga excesiva que supone un hijo deficiente, máxime cuando no existen programas adecuados para garantizar

a la madre un cuidado apropiado de esta persona y una existencia digna dentro de la sociedad. La segunda hace énfasis en la calidad de vida a la que puede acceder el no nacido, y cómo la misma puede afectar en su dignidad y autoestima; por lo que se determina que es viable destruir al feto por principios de piedad.

En el caso de nuestra legislación penal –siguió–, ambas corrientes pueden encontrar fundamento como excluyentes de responsabilidad, en la causal de inexigibilidad de otra conducta desarrollada en el art. 27 núm. 5 del C. Pn., que incluye los casos que la madre consideró como única alternativa ante el trauma de un hijo anormal, la vía del aborto. "El eximir de responsabilidad en estos casos es una potestad del juez, quien después de analizar cada caso en concreto, determinará si son aplicables o no las causales indicadas; también ha de considerarse que la mujer puede verse afectada mentalmente ante la idea de dar a luz a un hijo defectuoso, y tal estado la puede llevar a una perturbación síquica, que puede incluso poner en riesgo su vida, lo que hace que se contraponga la salud de la madre contra la de su hijo, siendo aplicable en estos casos el aborto terapéutico.

Agregó que, en dichos casos, en que el valor que se contrapone al de la vida no es la salud de la madre, sino su libertad, en vista de la carga especial que significa para la mujer la crianza de un hijo anormal, que la puede afectar en su desarrollo personal y en su economía, es aplicable en ese sentido la inexigibilidad de otra conducta para justificar este tipo de abortos.

D. Concluyó su informe el Vicepresidente de la República señalando que en la Constitución no existe ningún precepto que condicione al legislador secundario la adopción de una fórmula que resuelva los conflictos de bienes jurídicos planteados por los demandantes; tampoco existe el mandato expreso de regular tal conflicto; sin embargo, el legislador secundario optó

por enfrentar este tipo de controversia por medio de un mecanismo que se acepta ampliamente por la doctrina, es decir, a través de las causas que excluyen de responsabilidad penal.

En consecuencia, consideró que existe "constitucionalidad del cuerpo normativo impugnado", por lo cual pidió a este tribunal que declare improcedente la demanda de inconstitucionalidad presentada por los actores, en razón que "el mismo C. Pn. contiene el mecanismo idóneo para resolver los conflictos jurídicos planteados y que nuestra Constitución permite. De esta forma, se resuelven de una manera adecuada los casos concretos de no punibilidad de las conductas que he comentado en este informe. Queda claro, entonces, que el juzgador está habilitado para valorar, caso por caso, los supuestos hechos delictivos constitutivos de aborto y la posible concurrencia de causas que excluyan de responsabilidad penal de sus autores, otorgando protección al bien jurídico reconocido por la Constitución que en ese momento lo requiera".

4. Finalmente, el Fiscal General de la República, licenciado Belisario Amadeo Artiga Artiga, siguiendo de cerca los argumentos establecidos por este tribunal en la resolución de admisión que se ha citado en el párrafo 2 de este Considerando, señaló que la actual L. Pr. Cn. no regula la inconstitucionalidad por omisión, sin embargo, en El Salvador se puede aplicar tal mecanismo en defensa de la Constitución, porque los mandatos constitucionales son verdaderas normas jurídicas que deben ser eficaces, y esa eficacia debe ser garantizada por esta Sala.

La articulación informada por la Constitución –siguió– se hace mediante normas de diversos tipos, entre las cuales se encuentran "normas que prevén las disposiciones infraconstitucionales que los desarrollan y concretan para ser eficientes".

En otro orden, señaló que esta Sala debe decir en qué contradice a la Ley Suprema un determinado texto normativo; pero lo que no puede hacer es decirle al legislador lo que debe añadir a la ley para que sea constitucional. La conformidad que debe existir entre la disposición inferior y la superior – según dicho funcionario– no implica que ésta última señale en forma taxativa el contenido de la ley secundaria en materia penal de aquellos hechos –y en el caso especial del aborto–, que por razones de peso se dispense a sus autores de sanciones, pues en la Constitución no existe mecanismo para conciliar el choque de valores tutelados por el sistema jurídico, tales como vida, seguridad jurídica, igualdad, libertad, salud, dignidad de la persona humana y otros a los que se refieren los demandantes, que son conceptos jurídicos indeterminados. Por consiguiente –siguió–, el legislador ha establecido jurídicamente una solución que se estima correcta para estos conceptos indeterminados. Y es que, tanto en el C. Pn. vigente como en el anterior, no ha existido una regulación constitucional que fijara el contenido de la ley secundaria –penal– para regular los distintos casos de aborto señalados por los demandantes.

En el caso de las figuras de abortos no punibles, señaló que el C. Pn. Vigentetiene normativas –que también se encontraba en el anterior– para tratar el caso de los abortos terapéutico, ético y eugenésico, y para excluirlos de responsabilidad es suficiente aplicar las causas de justificación excluyentes de la antijuridicidad reguladas en su art. 27. Sin embargo –acotó–, se ha dicho que, por no regularse en forma concreta las figuras de aborto antes mencionadas, es como si se estuviera avalando la práctica del aborto y, por otro lado, que no regular los abortos justificados es una afrenta a los derechos de la mujer. La legislación penal –acotó– permite por medio de las causas excluyentes de responsabilidad, dar oportunidad a las autoridades judiciales para valorar los casos en que se pone en peligro la

vida de la mujer por un embarazo, no quedando otra posibilidad que no sancionar a la familia, mujer o al médico por un aborto, ya sea este terapéutico, ético y eugenésico; en ese sentido, el art. 27 del C. Pn. da las facultades al juez para determinar por medio de peritos u otros medios legales de prueba si realmente se tomó la concreta decisión al efectuar un aborto.

Al eximir de responsabilidad en los casos de estos abortos –dijo–, es potestad del juez, después de hacer un estudio de cada caso, determinar si son aplicables o no las causales que excluyen de responsabilidad penal.

De lo expuesto, concluyó que "nuestra legislación penal no ha omitido el delito de aborto en las figuras del terapéutico, ético y eugenésico, sino que se le ha dado un tratamiento distinto debido a su propia naturaleza, siendo este trato el que se les aplica conforme el art. 27 del C. Pn." Por ello, pidió declarar "improcedente" la declaratoria de inconstitucionalidad que demandan los ciudadanos Roxana Ivonne Martí de Galo y José Fernando Marroquín Galo.

II. Expuestos los motivos de inconstitucionalidad argumentados por los demandantes, las razones aducidas por la Asamblea Legislativa y por el Presidente de la República para evidenciar la no existencia de la inconstitucionalidad por omisión señalada, y la opinión del Fiscal General de la República; se expresa a continuación, para claridad sobre los fundamentos y alcances de la presente sentencia, el orden que esta Sala seguirá en el estudio de los motivos de inconstitucionalidad planteados. Dicho estudio se efectuará de acuerdo al orden que resulte más idóneo a la decisión final, sin que esto implique la inobservancia del principio de congruencia procesal. En primer lugar, se expondrán algunas consideraciones sobre dos de las características, que tienen relevancia en este proceso, de las normas

constitucionales (III.1); así como sobre la libertad de configuración que a éste le reconoce la Constitución (III.2).

Luego, se establecerán los fundamentos para el análisis de fondo de los motivos planteados, mediante una concreción interpretativa de los arts. 1 (IV.1), 2 (IV.2) y 246 Cn. (IV.3). A continuación, se aplicarán al caso concreto las consideraciones precedentes, a efecto de determinar los aspectos centrales de la decisión: si existe un mandato constitucional por el cual el legislador deba regular o legislar sobre los casos en los que el aborto es tradicionalmente indicado (V.1) y si ese mandato ha sido incumplido (V.2), lo cual se complementará con un análisis de los argumentos de inconstitucionalidad expuestos en la demanda, con relación al Art. 27 C.Pn. (V.3). Finalmente, habrá de emitirse el fallo que corresponda según la Constitución.

III. Según el iter lógico establecido en el considerando anterior, se retomarán las ideas básicas sobre dos de las características de la Constitución –fuerza normativa y carácter abierto– (1) y sobre las manifestaciones concretas de tales características sobre la libertad de configuración del legislador– (2), que tienen relevancia en este proceso.

1. En primer lugar, como se dijo en la sentencia del proceso de inconstitucionalidad 15-96 y otros acumulados, de 14-II-1997, la Constitución no es un mero conjunto de reglas de convivencia política o una simple exigencia lógica de la unidad del ordenamiento, sino que es efectivamente un conjunto de normas jurídicas, con características propias y peculiares, pero imbuidas de la naturaleza de toda norma jurídica. El punto de partida es, entonces, un concepto jurídico-normativo de Constitución, es decir, la noción de Constitución como norma jurídica superior. La anterior cualidad de preeminencia del texto constitucional es lo que la doctrina y reiterada

jurisprudencia de esta Sala ha denominado supremacía de la Constitución o supremacía constitucional. Este concepto afirma la calidad de suprema –por ser emanación inmediata del pueblo– y de primacía –por ocupar el primer lugar entre todas las normas– que tiene la normativa constitucional. Y es que, siendo la Constitución expresión jurídica de la soberanía, no puede ser únicamente un conjunto de normas que forman parte del ordenamiento jurídico, sino que tal cuerpo de normas y principios es precisamente el primero –y, por tanto, el fundamental– de tal ordenamiento.

Lo anterior también significa que de la Constitución dimanan derechos y obligaciones para los particulares y para los entes estatales, aún el legislativo. Esta aptitud para regular en su forma y fondo tanto la producción de normas infraconstitucionales como actos y omisiones de particulares y entidades estatales, es lo que Hesse denominó fuerza normativa de la Constitución.

Sobre la eficacia normativa directa de la Constitución y a propósito de la distinción entre disposiciones constitucionales directivas o programáticas y preceptivas u operativas, retomada por el Vicepresidente de la República, hay que aclarar que esa clasificación puede conducir a equívocos si se toma sin la debida reflexión. Si bien es cierto que las normas constitucionales tienen diferente estructura (abierta o cerrada), diferente naturaleza (valores, derechos fundamentales, principios constitucionales, garantías, normas de reparto de atribuciones y competencias, etc.), y diferente grado de exigibilidad, no cabe diferenciar entre disposiciones "programáticas" y "operativas", si con ello se quiere hacer referencia a disposiciones "jurídicas", vale decir vinculantes, y otras que no lo serían. A menos que se replantee la noción de disposiciones programáticas, comprendiendo dentro de ellas los mandatos al legislador, las prescripciones sobre fines del Estado (las

Staatszielbestimmungen de la doctrina alemana) y los principios o "mandatos de optimización", a los que se refiere Robert Alexy.

Por otra parte, aunque coinciden en la naturaleza de norma jurídica con las otras normas del ordenamiento, las constitucionales no sólo se distinguen de las normas secundarias por la supremacía indicada en el apartado anterior. Otra distinción relevante se refiere al contenido de las normas constitucionales, lo que a su vez tiene una estrecha relación con las funciones que se reconozcan a la Constitución. Como lo ha dicho esta Sala en su jurisprudencia, en general las disposiciones constitucionales, a diferencia de los preceptos legales, no pretenden disciplinar conductas específicas o habilitar para que los órganos estatales o los particulares realicen concretas actuaciones de ejecución (sentencia del proceso de inconstitucionalidad 18-96, de 19-V-2000). Las leyes secundarias surgen de una experiencia política "unitaria", en la que una mayoría legislativa expresa una determinada concepción moral y política. Por el contrario, las normas constitucionales expresan una coexistencia de diversos proyectos políticos posibles, ante la concurrencia de principios plurales y tendencialmente contradictorios.

Los acuerdos políticos que dan origen a las normas constitucionales no excluyen, sino que más bien suponen, otros desacuerdos sobre aspectos relevantes para la comunidad. Estos desacuerdos no se superan sino que generalmente se soslayan mediante acuerdos sobre los principios más generales, a partir de los cuales cada uno de los participantes cree poder inferir la solución concreta que le parece correcta. Para ello se recurre a un contenido normativo "abierto", con un elevado nivel de abstracción y una consecuente controversia sobre su significado. Una muestra clara de lo anterior son los conceptos jurídicos indeterminados, conceptos centralmente contestados o esencialmente controvertidos, a los que se reconoce la virtud

de silenciar aquello en lo que se está en un desacuerdo real y radical, pero al mismo tiempo explicitan aquello en lo que se está de acuerdo. En otras palabras, la abstracción de esos conceptos "permite alcanzar un acuerdo allí donde es necesario y hace innecesario lograr el acuerdo donde éste es imposible" (Aguiló).

Obviamente, esto significa que no se elimina para el futuro el conflicto ideológico subyacente, pero se coloca en primer plano un consenso básico, aunque sea precario o incompleto, a partir del cual se genere una práctica jurídico-política deliberativa, mediante la cual se concrete aquello que la Constitución silenció. Para ese fin, la Constitución establece los cauces a través de los cuales su inicial apertura puede ser el objeto de sucesivos y compatibles "cierres" normativos, los procedimientos de determinación y los órganos competentes para ello. Claro que la Constitución no se limita a instaurar las estructuras y los procedimientos para el desarrollo del proceso democrático. La Constitución, como ya se dijo, es un "orden fundamental", un conjunto normativo que regula los aspectos fundamentales de la vida social, pero ese orden es "abierto", pues si bien decide cuestiones fundamentales para la comunidad, deja muchas otras abiertas para que sean decididas de acuerdo con las concepciones políticas imperantes en cada momento.

Al admitir la demanda se reconoció que la Constitución informa un "proyecto global para la convivencia justa y pacífica de la comunidad estatal salvadoreña" y gracias a esa "globalidad", que no supone indefinición, se pueden realizar interpretaciones diferentes a lo largo del tiempo, con lo que se trata de ajustarse con mayor éxito a la realidad social. Se insiste en que la Constitución sí contiene mandatos y prohibiciones que determinan el "marco" de lo que se ha denominado "constitucionalmente necesario" y lo "constitucionalmente imposible", pero también subsisten cuestiones que no

son ordenadas ni prohibidas y originan el espacio de lo "constitucionalmente posible" o de ciertos márgenes de acción para los poderes públicos.

2. Precisamente sobre este punto, por su relación con la Constitución como "marco", "orden abierto" y "fundamental", es pertinente retomar lo sostenido por la jurisprudencia de esta Sala, en cuanto a la libertad de configuración del legislador (por ejemplo, en las sentencias de los procesos de inconstitucionalidad 18-96 Ac., de 19-V-2000; 1-98, de 19-II-2002; y 52-2003 Ac., de 1-IV-2004; y 8-2003, de 22-XII-2004). Este Tribunal ha insistido en que la Constitución se diferencia netamente de las demás normas, por la amplitud de la materia que ella regula, el carácter sintético de muchos de sus preceptos, el significado valorativo de algunas de sus normas materiales y el correspondiente grado de apertura que permite una pluralidad de realizaciones. La ley no es, entonces, ejecución de la Constitución, como el reglamento es ejecución de la ley. Por ello, el legislador no es un ejecutor de la Constitución, sino un poder que actúa libremente en el marco de ésta.

Para el legislador existe, en principio, un margen de libertad en relación con el procedimiento legislativo y con la determinación del contenido material de la normativa infraconstitucional, puesto que es un órgano auténticamente político que tiene la plena responsabilidad de sus actos. En nuestro régimen constitucional, la Asamblea Legislativa se configura como un órgano de representación del pueblo para cumplir la función de decretar, interpretar auténticamente, reformar y derogar las leyes secundarias. En esta función inciden criterios de naturaleza predominantemente volitiva y especialmente ético-política, es decir, criterios y valoraciones relativos a aspectos de necesidad, conveniencia, oportunidad, viabilidad, etc., que resultan imprescindibles para que dicho órgano cumpla adecuadamente su misión.

Al momento de dotar de contenido material, por ejemplo, a una disposición secundaria, el Órgano Legislativo puede tomar diversas posiciones y consideraciones, bajo su responsabilidad política y atendiendo a una diversidad de criterios como pueden ser: el orden social, la moral, la economía, la política o simplemente aspectos coyunturales. Esta diversidad de criterios y consideraciones que el legislador puede adoptar en la configuración de las leyes, es lo que la doctrina y la jurisprudencia de este tribunal denomina libertad de configuración del legislador o libertad de formación democrática de la voluntad. Esa configuración del legislador puede responder a su peculiar interpretación jurídica, lo que siempre le llevará a "legislar en controversia", es decir, bajo la crítica de aquéllos que no estén conformes con las concreciones legislativas, legislación de desarrollo de preceptos constitucionales o simples normas secundarias.

En modo alguno lo anterior significa que el ejercicio de tal libertad implique desconocimiento de los parámetros constitucionales, puesto que la facultad legislativa material no es ilimitada, es más bien una facultad libre pero dentro del marco constitucional y, por ende, controlable. Aunque el legislador tiene amplia discrecionalidad para crear normas, debe tener como marco de referencia los parámetros materiales y procesales constitucionalmente establecidos, especialmente con la limitación que deriva del ámbito en que se ejercen y son protegidos los derechos fundamentales.

El hecho de que los preceptos constitucionales vinculen al legislador supone, en todo caso, que los derechos fundamentales han de ser ejercitados en el ámbito de protección delimitado por aquél, a quien desde luego se le reconoce una habilitación constitucional –no exenta de límites– para condicionar dicho ejercicio con arreglo a una pluralidad de posibles ordenaciones. Es decir que el legislador está facultado para configurar libremente el contenido de las leyes según su voluntad e intereses, debiendo

respetar únicamente el marco señalado por la Constitución y mantenerse dentro de los límites de su autoridad constitucionalmente definida y del contenido explícito o implícito de aquélla, sin violar los derechos asegurados por la Ley Suprema.

IV. A partir de los argumentos que constan en la demanda, debe analizarse el contenido de los arts. 1, 2 y 246 Cn., para determinar posteriormente si existe un mandato expreso o implícito al legislador para que regule o legisle sobre los casos en que el aborto es tradicionalmente indicado. En este apartado, en primer lugar es necesario concretar el contenido y alcance del art. 1 inc 2º Cn. (1); luego se analizarán los aspectos pertinentes al caso, del contenido del Art. 2 Inc. 1º Cn. (2); y finalmente se tratará lo relativo al Art. 246 Cn., desde la perspectiva planteada por la pretensión de inconstitucionalidad de los demandantes (3).

1. Para la adecuada concreción del contenido del art. 1 inc 2º Cn. hay que considerar los elementos siguientes: la incidencia de la dignidad de la persona humana, como valor constitucional y de la concepción personalista – expresadas en el preámbulo y el art. 1 Cn.–, en el ordenamiento jurídico, así como el papel que ambas desempeñan para la interpretación del sentido de los derechos fundamentales que inciden en el presente caso (A); el sentido global de los derechos fundamentales, según la caracterización que la jurisprudencia de este tribunal ha hecho sobre los mismos (B); y el contenido y alcance del art. 1 inc. 2º Cn., especialmente en lo relativo al derecho a la vida en general y la vida del nasciturus, en particular (C).

A. La Constitución es más que su articulado, porque en su trasfondo existe un sistema de valores y principios producto de las tradiciones del constitucionalismo, derivados de la dignidad humana y del principio democrático que informan el contenido de cada disposición constitucional.

Éstas, como consecuencia, también tienen un trasfondo valorativo y principialista. Por tanto, es necesario hacer ciertas consideraciones sobre el contenido y alcance del Preámbulo de la Constitución, el cual se considera esencia de la justificación dada por el constituyente respecto del contenido normativo de aquélla.

Justificación que permitiría encontrar ciertos criterios que coadyuven a delimitar la interpretación del contenido de las disposiciones objeto de análisis.

Si el constituyente originario es el máximo depositario de la expresión de voluntad soberana, la Constitución democrática es la expresión de la voluntad soberana y el resto de las disposiciones jurídicas valen en virtud de la Constitución. Desde esta perspectiva, los preámbulos constitucionales, como esencia de la justificación dada por el constituyente, son elementos fundamentales no sólo para la construcción científico-jurídica sino también para la interpretación y aplicación de los preceptos constitucionales. En la actualidad, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional se considera que los preámbulos no son meros datos, que no son solo una fórmula de introducción, sino –como afirmó Pérez Serrano– enunciación compendiosa del fin al que aspira y del origen de donde procede la obra constitucional; expone la tendencia y el espíritu de la Constitución y es el preludio donde se contienen los motivos capitales de la Ley Suprema.

Como síntesis de la máxima decisión del constituyente, por su claridad y precisión, el preámbulo permite captar inmediatamente la totalidad de la Constitución, anticipa el contenido normativo de ésta, pone de manifiesto el sentido último del texto, la relación e interdependencia entre los distintos elementos de la Ley Suprema, los presupuestos filosóficos e ideológicos que obligan a contemplar cada disposición como parte de un todo, e interpretarla

en armonía con las otras disposiciones constitucionales para evitar contradicciones.

Dentro de lo que un sector de la doctrina –Lucas Verdú, Canosa Usera– denomina techo ideológico, se comprenden claramente los "principios inspiradores", el "espíritu de la Constitución" o la "filosofía de la Constitución". Con dichas expresiones se busca representar las exigencias políticas y justificativas o axiológicas de ideologías que inspiran la decisión suprema. De ahí que las constituciones democráticas sean el resultado del consenso entre diferentes corrientes de pensamiento ideológico reconocidas legalmente en el Estado, con espacio y justificación de acuerdo al orden jurídico vigente. En suma, los objetivos o fines insertos en el Preámbulo forman el complejo dogmático que permanece inalterado mientras subsista la Constitución, y que resulta ser bastante similar en todos los Estados democráticos; aunque, por las exigencias derivadas de cada concreta situación nacional, en algunos casos sus elementos resultan ser diferentes.

Al analizar el texto y contenido del Preámbulo de la Constitución salvadoreña se advierte que la máxima decisión del constituyente se encuentra fundada en la idea de un Estado y una Constitución personalista, en donde la persona humana no solo es el objeto y fin de toda actividad estatal, sino el elemento legitimador de esa actividad. Es una concepción filosófica basada en el respeto a la dignidad de la persona natural, como mecanismo esencial para establecer los fundamentos de la convivencia nacional, para crear una sociedad más justa, fundada en el espíritu de la libertad y la justicia como valores inherentes a una concepción humanista.

El techo ideológico, por tanto, de la decisión suprema –filosofía de la Constitución– informa, por una parte, el contenido de todas y cada una de las disposiciones que en su conjunto forman la Constitución y, por otra, la

totalidad del ordenamiento jurídico. Es decir, en cada disposición constitucional se encuentran, en mayor o menor grado los elementos orientadores del carácter personalista que el constituyente espera del Estado y la Constitución, elementos que desde la Ley Suprema informan al resto de las normas del ordenamiento jurídico.

A través del Preámbulo y el contenido expreso del art. 1 Cn. se establece que el sentido de la dignidad de la persona humana es la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo, como el valor orientador y legitimador del Estado Constitucional de Derecho. En ese sentido, preliminarmente, puede señalarse que la dignidad de la persona humana presenta un triple significado en su carácter de valor.

En primer lugar, supone el reconocimiento del carácter instrumental o servicial del Estado como orden adecuado a la consecución de fines, que en modo alguno serán transpersonales, metahistóricos o trascendentes, sino como una organización cuyo objetivo es asegurar un tipo de convivencia política congruente con las exigencias derivadas de la dignidad de la persona.

En segundo lugar, la referencia a la dignidad de la persona como encabezado de la declaración de derechos que se contiene en la Constitución, supone la aceptación por ésta de lo que se denomina idea material del Estado de Derecho, cuya pretensión no es sólo la de afirmar un ejercicio correcto del poder de parte de sus titulares, de modo que cada actuación proceda del órgano correspondiente, quien ha de actuar dentro de sus competencias y respetando el procedimiento prescrito por el ordenamiento jurídico.

Además de ello, el ejercicio del poder debe ser una actuación justificada en la medida en que su contenido se adecue a determinadas exigencias

materiales correspondientes a la dignidad de la persona; es decir, una actuación justificada que parte de la base de la adecuada interpretación de la Constitución, bajo la consideración de un contenido material legitimador y justificador del Estado y del ordenamiento jurídico.

Finalmente, la idea de ser humano cuya dignidad se protege y de la que parte el Constituyente, no es la correspondiente a la de un ser aislado sino ligado a un entorno social, obligado por tanto al respeto de las normas jurídicas y a los derechos de los demás.

La comprensión constitucional de la dignidad de la persona debe ser la correspondiente a una idea social del orden político, de modo que aparezca como compatible con ella la imposición de límites a los derechos fundamentales y de deberes deducibles de las exigencias de la vida en común.

Desde este triple significado, la dignidad de la persona –aun y cuando es un concepto jurídico indeterminado– permite determinar lo que constituye en toda persona su condición ineludible de tal y cuya renuncia, lesión o desconsideración le degrada a un nivel de estima incompatible con su verdadera naturaleza. O sea que, a pesar de lo abstracto, la dignidad humana impone un contenido a través del cual se excluyen determinadas conductas o actitudes que puedan afectarle. En ese sentido, la dimensión nuclear de ésta ha de entenderse a partir de su alcance efectivo. En consecuencia, la dimensión nuclear de la dignidad de la persona humana es el mínimo invulnerable y constante, cualesquiera que sea la situación en que se encuentre el individuo, con relación a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en correspondencia consigo mismo y su entorno, que no sea tratado como un objeto o instrumento de parte del Estado o los demás, y que por lo tanto no

se le convierta en mera entidad sustituible, lo que dependerá de las circunstancias históricas o temporales que rodeen el supuesto en particular.

Al reconocer y conferirle grado de valor a la dignidad de la persona humana, en normas de contenido constitucional, se producen ciertas implicaciones. Primero, se ubica en el más alto rango normativo, lo que supone gozar de una serie de prerrogativas que se concretan por la supremacía constitucional. Segundo, se convierte en una norma definitoria del contenido constitucional, en atención a su capacidad fundante y legitimadora sobre los principios estructurales o axiológicos del tipo de Estado existente, en dos planos, uno impeditivo y otro positivo. Desde el plano impeditivo, es un mandato de respeto a todos los órganos o entes del Estado, al prohibirles la producción de normas o actos con efecto degradante o negativo en el individuo de la especie humana. Desde el positivo, el contenido de la dignidad humana es un verdadero contenido finalista, con capacidad para determinar la orientación de los objetivos o tareas del Estado hacia políticas institucionales favorecedoras del desarrollo de la persona, con el objeto de facilitar su autodeterminación y asegurar la ayuda de los poderes o entes públicos frente a ataques o conductas provenientes de entes de esa naturaleza o sujetos de derecho privado. En tercer lugar, la dignidad humana como valor tiene trascendencia en el ordenamiento jurídico al punto de llevar en última instancia a la sanción penal determinadas conductas que le sean contrarias, así como también a la eventual depuración constitucional –por medio de la jurisdicción constitucional– de normas o actos que se opongan a la misma.

En suma, y como bien afirmaron los demandantes en el párrafo 1.B.a de esta sentencia, "la noción de persona en el texto constitucional no debe identificarse con su equivalente en el Derecho Civil", pues en la Constitución habrá que interpretarlo desde el trasfondo humanista o personalista, el cual

es una concepción filosófica en la que la función del derecho es garantizar la libertad de cada individuo, de forma que se le permita realizar libremente sus fines y la función del Estado es organizar y poner en marcha la cooperación social, armonizar los intereses individuales y colectivos con miras a obtener el bien común.

B. Sobre los derechos fundamentales, la jurisprudencia de este tribunal ha establecido una caracterización que implica, en primer lugar, el carácter básico de esos derechos, que según la Sentencia de 14-XII-1995, pronunciada en el proceso de Inc. 17-95, significa que los derechos fundamentales constituyen, junto a otras valoraciones, la expresión jurídica de la decisión político-ideológica contenida en la normativa constitucional, según aparece expresamente consignado en el Preámbulo y en el art. 1 Cn. En segundo lugar, de acuerdo a la Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 8-97, de 23- III-2001, el concepto derechos fundamentales está referido a las facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético- jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivadas en el texto constitucional y que, en virtud de dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución. Y en tercer lugar, tradicionalmente el término "derecho" es comprensivo de la noción de los llamados derechos subjetivos, conceptuados como facultades concedidas por el ordenamiento jurídico a favor de un sujeto para imponerse coercitivamente a otro u otros, quienes a su vez se encuentran obligados correlativamente a satisfacer sus pretensiones.

Sin embargo, el que los derechos subjetivos sean facultades de obrar que autorizan a sus titulares para ejercitar y hacer efectivas las potestades

jurídicas que las normas legales les reconocen, no significa que todas las realidades jurídicas que la Constitución denomina "derechos" constituyen facultades de querer y pretender; es decir, la noción "derecho", en la vigente Constitución, excede el alcance de derecho subjetivo y equivale a categoría subjetiva protegida por el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, los derechos fundamentales presentan una doble dimensión, la subjetiva y la objetiva. La primera implica que están ligados a la dignidad de la persona humana, son la proyección positiva, inmediata y vital de la misma. Constituyen asimismo la condición de su libertad y autodeterminación, son el núcleo básico, ineludible e irrenunciable del status jurídico del individuo. Ciertamente, la dignidad humana tiene una capacidad moduladora de otros valores, principios, reglas o normas específicas, que entendidas de acuerdo con las exigencias derivadas de la protección de la persona –la obligación del Estado de proveer el mínimo existencial–, no es más que la clara incidencia que la dignidad de la persona tiene en la comprensión, reconocimiento y protección de los derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, al ser los derechos fundamentales, pretensiones o facultades integrantes del status básico del individuo, elementos imprescindibles para su desarrollo y proyección inmediata de su dignidad como persona, la relación entre derechos fundamentales y el valor dignidad de la persona muestra dos situaciones muy particulares.

Primero, el desarrollo de los derechos fundamentales debe ser entendido como un desarrollo lógico inevitable de la dignidad, bajo las condiciones históricas o políticas de su reconocimiento. Y segundo, el valor dignidad humana fija el contenido esencial de los derechos fundamentales al incidir en su determinación, ya que impone referirse a las exigencias que aquélla reclama en el ámbito de la relación vital, social o política de los derechos y

las condiciones en que ha de verificarse la interpretación de éstos, no ya por el legislador o por esta Sala, sino por todos los agentes del ordenamiento. Esa interpretación debe favorecer una comprensión de los derechos que promueva la dignidad de la persona y su consideración como ser libre e igual, capaz de autodeterminación conciente y responsable de la propia vida. En su dimensión objetiva, los derechos fundamentales constituyen elementos esenciales del orden jurídico-político general, lo que logran a partir de cuatro aspectos fundamentales: (i) son condición misma de la democracia, la cual debe existir con base en el reconocimiento y el ejercicio de los derechos fundamentales; (ii) son normas competenciales del ordenamiento jurídico, ya que, por una parte, establecen ámbitos inmunes a la actividad pública, espacios protegidos de la intervención estatal que deben ser respetados; y por otra, toda actuación normativa que implique límites al contenido de los derechos está excluida del campo de acción de cualquier sujeto de derecho público, ya que por su trascendencia se reserva al legislador; (iii) en la medida que los derechos fundamentales definen el status jurídico básico del individuo, actúan como un factor de homogeneización de todo el sistema jurídico; y (iv) los preceptos que contienen derechos fundamentales consisten en normas principales que se refieren a todo el ordenamiento; razón por la cual, al encontrarse acogidas en la Constitución se ubican a la cabeza del ordenamiento y son objeto de protección en sus diversas disciplinas.

C. El derecho a la vida se halla regulado de manera expresa en el art. 2 inc. 1º, frase primera, de la Constitución, según el cual "toda persona tiene derecho a la vida...". Ésta Sala en Sentencia de 4-IV-2001, pronunciada en el proceso de Amp. 348-99, ha expresado que la vida está reconocida en el ordenamiento jurídico como un derecho fundamental que, por su propia connotación, constituye un presupuesto axiológico esencial vinculado

directamente con todos los demás derechos que la Constitución reconoce, por ello se ubica dentro de la Sección Primera, Capítulo I del Título II de la Ley Suprema. Es indispensable observar que los arts. 1 y 2 Cn. se refieren a la vida como un derecho fundamental garantizado a "toda persona" y ésta se reconoce expresamente como "todo ser humano desde el instante de la concepción".

Es claro entonces que, mediante una formulación lingüística que reduce –sin excluir totalmente– el grado de apertura de las cláusulas constitucionales similares en otros ordenamientos, la posición del constituyente salvadoreño define que hay vida humana desde el momento de la concepción. Además, de acuerdo al texto del inciso mencionado, para el constituyente la calidad de persona se tiene desde ese mismo momento, calidad que desde luego no puede ser entendida o interpretada en el sentido que se trata de un sujeto de obligaciones frente al Estado o frente a otros sujetos. El reconocimiento que en la disposición constitucional se hace, es en el sentido de entender que se trata de un nuevo ser de la especie humana, de manera que el Estado y demás sujetos se encuentran obligados a garantizarle la vida desde ese mismo instante. Es decir, se trata de una concepción de persona que fundamentalmente busca la protección de los derechos del nasciturus y no en el sentido de reconocerlo como sujeto de obligaciones frente a otros sujetos.

En cualquier caso, respecto de las cuestiones planteadas en este proceso, el texto de la Constitución salvadoreña define expresamente aspectos fundamentales que en otros sistemas jurídicos han suscitado importantes debates, sin llegar necesariamente a soluciones unívocas. Así, la argumentación contenida en la demanda para demostrar el sustento constitucional del derecho a la vida del nasciturus, tiene un fundamento explícito en el texto constitucional vigente, lo que permite enfocar el análisis

de esta resolución, hacia los otros aspectos que son objeto de concreción interpretativa.

La protección constitucional del derecho a la vida del nasciturus se muestra en concordancia con el ideal que se desarrolla en el Preámbulo de la Declaración Internacional de los Derechos del Niño proclamada la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) el 20-XI-1959 [Resolución 1389 (XIV)] la cual considera "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". Tal instrumento internacional señala además en su principio número cuarto, que el niño tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud y con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal.

La nueva vida humana ha de ser objeto de protección por el Estado y por sus instituciones. 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–. Vida humana lo es, desde el momento de la concepción, con idéntica naturaleza antes y después del nacimiento, en un proceso con saltos únicamente morfológicos, pero no de naturaleza. La vida, entonces, constituye un derecho único e invariable, por lo que no puede admitirse que una vida humana valga en sí menos que otra. El reconocimiento del derecho a la vida humana impide caer en inaceptables distinciones cualitativas entre los seres humanos. Pero reconocer el derecho a la vida como tal no permite

concluir que ese derecho carece de límites, lo que también resulta inadmisibile.

Como se ha expuesto en el párrafo 1 B a del Considerando I de esta sentencia, los demandantes afirmaron que el derecho a la vida constituye "un bien fundamental cuya valoración supera holgadamente a las restantes libertades y derechos, por la simple circunstancia de que ninguna de ellas puede ser considerada de forma separada de aquel; y la Asamblea dijo – como se ha expuesto en el párrafo 3 del mismo Considerando I– que la vida "se considera el bien jurídico más valioso, ya que es condición indispensable para la vigencia y goce de los demás bienes jurídicos".

Sobre tales afirmaciones es necesario distinguir entre la vida como "existencia" y la vida como objeto del derecho constitucional a la vida. Si bien es cierto, desde la primera perspectiva la vida es un presupuesto para los restantes derechos –y como tal posiblemente no encaje plenamente en el sentido que se le otorga al vocablo "derecho subjetivo" (para Pérez Royo la vida tiene un "carácter de premisa")–, desde la segunda lo que está claro es que no es un derecho que en todos los supuestos deba prevalecer sobre los otros, sino que es necesario hacer una ponderación para cada caso. Sobre todo tomando en cuenta que, luego de la presentación de la demanda se ha realizado la reforma constitucional al art. 1, agregándole un inciso 2º, con lo cual ya no cabe duda que el derecho a la vida del nasciturus es un elemento de la ponderación que debe realizarse, que la mujer no puede alegar un "derecho al propio cuerpo o al propio vientre", ni un "derecho a la interrupción del embarazo" que pueda anular el derecho a la vida del nasciturus; y así debe interpretarse la reforma constitucional. Pero –y es imprescindible hacer esta aclaración–, ello tampoco implica que el derecho a la vida del nasciturus, reconocido por la reforma al art. 1 Cn., sea un derecho que en

todos los supuestos deba necesariamente prevalecer sobre los otros derechos.

2. En el Art. 2 inc. 1º Cn., además del derecho a la vida, se establecen los derechos de: integridad física y moral, libertad, seguridad, trabajo, propiedad y posesión, a la protección en la conservación y defensa de los derechos, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. De entre éstos y partiendo de la argumentación de los demandantes, únicamente se hará referencia –de manera muy breve y con base en la jurisprudencia de ésta Sala– a los derechos de libertad (A), seguridad (B) y a la protección en la conservación y defensa de los derechos (C).

A. Sobre el derecho de libertad, esta Sala en Sentencia de Inc. 17-95, de 14-XII-95, lo relacionó con la dignidad de la persona y afirmó que la Constitución salvadoreña califica de derecho fundamental no solo a determinadas libertades –v. gr. libertad de expresión, libertad religiosa-, sino que también confiere un derecho general de libertad, como se deduce tanto del art. 2 como del art. 8 de la misma Constitución. En ese sentido, para dar contenidos concretos a ese derecho general a la libertad, es indispensable recurrir a la dignidad de la persona humana, contenida en el art. 1 Cn. Al vincular ambos conceptos –dignidad y libertad– puede afirmarse que en la Constitución salvadoreña subyace una concepción de la persona como ser ético-espiritual que aspira a determinarse en libertad.

También se ha señalado que, aún con su conexión a la dignidad, la libertad no es un derecho absoluto, no se trata de una libertad ilimitada, sino que las personas han de observar obligatoriamente todas aquellas restricciones de su libertad que el legislador formula para la convivencia social, siempre en relación con los valores fundamentales del ordenamiento, la justicia, la seguridad jurídica y el bien común. En ese sentido la libertad es restringible,

pero al mismo tiempo solo es restringible por razones que atiendan a los valores fundamentales del sistema, lo que significa que no es restringible en virtud de razones cualesquiera. Es decir que en la Constitución salvadoreña, el derecho general de libertad no otorga una permisión ilimitada a hacer o no hacer lo que se quiera, sino que significa que toda persona puede hacer u omitir en la medida en que razones suficientes –consagración normativa de protección de terceros o de interés general– no justifiquen una restricción a la libertad.

B. El derecho a la seguridad, en su dimensión de seguridad jurídica, ha sido caracterizado por la jurisprudencia de esta Sala como un derecho fundamental que tiene toda persona frente al Estado y un deber primordial que tiene éste hacia el gobernado. Se entiende como un deber de naturaleza positiva, traducido no en un mero respeto o abstención, sino en el cumplimiento de ciertos requisitos, condiciones, elementos o circunstancias exigidas por el propio ordenamiento jurídico, para que la afectación de la esfera jurídica del gobernado sea válida. Es decir, para que todos y cada uno de los gobernados tengan un goce efectivo y pleno de sus derechos.

En ese sentido, por seguridad jurídica cabe entender la certeza que el individuo posee de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente. Desde esa perspectiva, las condiciones comprendidas en el concepto de seguridad jurídica pueden englobarse en básicamente dos aspectos: la corrección estructural, en cuanto garantía de disposición y formulación regular de las normas e instituciones integradoras de un sistema jurídico –exigencia principalmente dirigida a los órganos o entes productores de Derecho–; y la corrección funcional, que comporta la garantía de cumplimiento del Derecho por todos sus destinatarios y regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación.

C. Respecto del derecho a la protección en la conservación y defensa de los derechos de la persona, la jurisprudencia de este tribunal –v. gr., Sentencia de Amp. 167-97, de 25-V-99– ha sostenido que la Constitución, acertadamente, desde su art. 2 establece una serie de derechos consagrados a favor de la persona, es decir, reconoce un catálogo de derechos, abierto y no cerrado, como fundamentales para la existencia humana e integrantes de la esfera jurídica de las personas. Para que tales derechos dejen de ser un simple reconocimiento abstracto, es necesario el reconocimiento a nivel supremo de un derecho que posibilite la realización efectiva y pronta. En ese sentido, el constituyente salvadoreño estableció en el art. 2 inc. 1° el derecho a la protección de las categorías jurídicas subjetivas instauradas en favor de toda persona; es decir, un derecho de protección en la conservación y defensa del catálogo de derechos descrito. Existe una vertiente jurisdiccional del derecho a la protección, mediante la cual se obliga constitucionalmente al Estado salvadoreño a dar protección jurisdiccional integral a todas las personas, frente a actos arbitrarios e ilegales que afectan la esfera jurídica de las mismas. Implica la posibilidad que tiene todo ciudadano de acudir al órgano estatal competente para plantearle, vía pretensión procesal, cualquier vulneración inconstitucional en la conservación, defensa, mantenimiento y titularidad de sus derechos. El proceso en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento, como realizador del derecho a la protección jurisdiccional, es el instrumento de que se vale el Estado para satisfacer las pretensiones de los particulares en cumplimiento de su función de administrar justicia.

3. Corresponde ahora hacer algunas consideraciones sobre el contenido y alcance del art. 246 Cn., básicamente en cuanto al significado del principio de inalterabilidad de los derechos y de la garantía del contenido esencial de éstos, regulados en el inc. 1° de dicho artículo.

En primer lugar, es necesario referirse a la diferencia que hay entre regulación legislativa –o configuración– y limitación –o restricción– de los derechos fundamentales, como lo ha establecido abundante jurisprudencia de esta Sala. Ya en la sentencia dictada en el proceso de Inc. 2-92, de 26-VII-1999, esta Sala señaló que la regulación de un derecho no debe implicar la limitación del mismo, pero que la limitación o restricción de un derecho sí supone necesariamente su regulación. La regulación normativa o configuración es la dotación de contenido material a los derechos fundamentales –a partir de la insuficiencia del que la Constitución les otorga–, lo cual lleva a adoptar disposiciones que establezcan sus manifestaciones y alcances, las condiciones para su ejercicio, así como la organización y procedimientos que sean necesarios para hacerlos efectivos y sus garantías.

Un derecho constitucional puede ser regulado por las disposiciones infraconstitucionales provenientes de aquellos órganos estatales o entes públicos que se encuentran constitucionalmente facultados para emitir normas jurídicas. Por otra parte, la limitación o restricción de un derecho, en cambio, supone una regulación e implica la modificación de su objeto o sujetos –elementos esenciales del derecho fundamental– de forma que implica una obstaculización o impedimento para el ejercicio de tal derecho, con una finalidad justificada desde el punto de vista constitucional. A diferencia de la regulación, la limitación sólo es susceptible de ser realizada por la propia Constitución o por la ley entendida en sentido formal, es decir, la fuente jurídica emanada de la Asamblea Legislativa. Si la restricción se hace por disposiciones constitucionales, nos encontramos en presencia de restricciones directamente constitucionales; por el contrario, si se hace por leyes, nos encontramos en presencia de limitaciones legales.

La Constitución vigente no contiene una formulación expresa de los criterios que autorizan al legislador a imponer límites externos a los derechos

fundamentales. En ese sentido, a través de la Sentencia de 14-II-1995, pronunciada en el proceso de Inc. 17-95, esta Sala afirmó que las restricciones formuladas por el legislador al derecho general de libertad consagrado en los arts. 2 inc. 1º y 8 Cn. –lo cual puede hacerse extensivo a todos los derechos fundamentales– solo pueden imponerse para asegurar "la convivencia social, en relación con los valores fundamentales del ordenamiento, la justicia, la seguridad jurídica y el bien común". Sin embargo, es indispensable destacar dos aspectos. En primer lugar, la limitación a los derechos fundamentales debe respetar, a su vez, un límite que consiste en el principio de proporcionalidad, en virtud del cual debe constatarse una relación medio-fin entre la limitación del derecho y su justificación, de modo que el "medio" o la limitación cumpla con las características de idoneidad –es decir, que sea útil para el fin que pretende alcanzar–, necesidad –es decir, que no existan otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar dicho objetivo– y que no cause más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes jurídicos en juego. En segundo lugar, aunque el Órgano Legislativo y los otros órganos estatales con potestad normativa reconocida por la Constitución, pueden regular o, el primero de ellos, imponer restricciones para el ejercicio de un derecho constitucional, la Ley Suprema prohíbe con carácter general toda regulación que vaya en contra del núcleo de los derechos establecidos por ella, es decir, prohíbe alterar, modificar o destruir la esencia de tales derechos.

Sobre la relación entre estos dos elementos –principio de proporcionalidad y prohibición de alteración del contenido esencial de los derechos fundamentales–, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que "el principio de proporcionalidad se plantea como el mecanismo argumental que determina si un contenido ha sido alterado. Efectivamente, este principio se define esencialmente como una estructura, un criterio estructural que sirve

para articular las tensiones entre las disposiciones constitucionales –de poca densidad normativa– y las concreciones interpretativas sobre las mismas (...) la función del principio de proporcionalidad, en cuanto instrumento metodológico, consiste en fundamentar la determinación de los contenidos normativos o los contenidos vinculantes que se derivan de los enunciados constitucionales, para el Legislador (...) el principio en comento debe ser considerado como un instrumento metodológico para concretar los límites que las propias disposiciones imponen a la acción legislativa, cuando dichos límites aparecen de modo abstracto e indeterminado" (sentencia de inconstitucionalidad 11-2004, de 25-IV-2006).

De esta manera, la determinación de los casos en que una intervención o limitación anula o altera el contenido esencial del derecho fundamental respectivo, es posible mediante el derrotero argumentativo del principio de proporcionalidad, que explicita el debate entre las razones a favor y las razones en contra de la restricción y en el que el resultado depende de las circunstancias concurrentes. El contenido esencial de un derecho se anula o altera cuando su limitación deja de ser proporcionada.

Siempre con relación al art. 246 Cn., como se ha expuesto en el apartado I.1 de esta sentencia, los demandantes afirmaron que en el presente caso, al no haber desarrollo legal de las indicaciones tradicionales del aborto, existe violación a la supremacía constitucional.

Ese argumento debe desecharse, pues en todo caso la omisión inconstitucional radicaría en violar el supuesto mandato constitucional de ponderar los derechos en conflicto, de la madre y del nasciturus, sobre lo cual no nos hemos pronunciado y que es precisamente la cuestión central del proceso. Decir que se viola la supremacía constitucional porque no se ha cumplido un mandato derivado de dicha supremacía es una argumentación

circular, en la que se da por sentado lo que debe ser objeto de demostración y ya que no es un motivo autónomo, debe sobreseerse en el proceso, respecto de la violación al art. 246 Cn. V. Sobre la base de lo anterior, en este apartado se analizarán los aspectos centrales de la demanda presentada, es decir, si efectivamente existe o no un mandato o encargo al legislador, para que de manera directa o indirecta legisle sobre los casos en que el aborto es tradicionalmente indicado (1); si el legislador ha omitido cumplir ese mandato (2); y aclarar algunos aspectos de la argumentación expuesta por los demandantes, que condicionan el alcance de esta sentencia (3).

1. En cuanto al primer aspecto, a partir del contenido de los arts. 1 y 2 Cn., esta Sala considera que dichos preceptos efectivamente se expresan en términos de potenciar la dignidad de la persona y de garantizar el derecho a la vida. Son preceptos que, como los demás de la Constitución, tienen fuerza vinculante para todo órgano o institución del Estado y desde luego para todas las personas. El Órgano Legislativo salvadoreño se encuentra ante un mandato que de manera implícita se contiene en tales disposiciones, consistente en el deber de legislar y potenciar el contenido de los derechos que se establecen en la Constitución, tanto de la madre como los del nasciturus. Como antes se dijo, existe una clara voluntad del constituyente de extender la protección del Estado a la vida prenatal, voluntad manifiesta en el tenor literal del inc. 2º del art. 1 de la Constitución. Sin embargo, respecto al período del embarazo, el legislador tiene la obligación de regular además, otros intereses en juego, de los cuales es titular la mujer embarazada como son su salud e integridad física, moral y psíquica, además de su dignidad humana. Y es que, si bien es cierto, como se ha afirmado, la tesis de un "derecho al cuerpo", o "derecho al vientre" de la madre es descartada por la reforma al art. 1 Cn., ello no implica la punición absoluta de

todos los abortos, por la libertad de la mujer embarazada y los otros derechos que intervienen. Derechos que también están constitucionalmente reconocidos y que no pueden ser ignorados a la hora de decidir jurídicamente la solución a tan difícil conflicto.

En definitiva, el mandato constitucional delimitado implica: por una parte, el deber de criminalizar las formas de realización del aborto en la medida que comporta la afectación de un bien jurídico digno de tutela penal. Pero por otro lado, se deben regular jurídicamente las controversias surgidas del conflicto entre la vida humana intrauterina y los derechos constitucionales de la madre. De este modo, resulta ineludible arbitrar una solución normativa para resolver los casos concretos que puedan acontecer.

Según se ha expuesto en I.1.C, los demandantes afirman que "el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales comprometidos en el aborto, el principio de reserva de ley y el principio de proporcionalidad implican un mandato constitucional de legislar sobre dicha materia". Sobre tal afirmación, hay que decir que, en realidad, la exigencia al legislador –de ponderar– deriva de lo que los demandantes llaman "el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales comprometidos en el aborto" – los de la madre y los del nasciturus– lo cual, en virtud del principio de concordancia práctica, implica que no puede sacrificarse un bien constitucionalmente protegido en aras de otro y así se aclara en esta sentencia.

Por otra parte, desde el inicio del proceso, esta Sala se refirió al mandato constitucional cuya existencia sería examinada, en términos distintos a los que contiene la demanda. En ésta se sostiene que el mandato constitucional al legislador tiene como objeto la regulación expresa de las indicaciones tradicionales del aborto, es decir, un contenido muy cerrado y específico, sin

margen de elección entre opciones de configuración normativa. Según se indicó en el considerando III.1, la estimación de la Constitución como orden fundamental y marco abierto para la libre conformación legislativa es la que justifica una delimitación diferente del mandato constitucional alegado, así como la concreción obtenida por esta Sala, en el párrafo anterior, en cuanto al contenido del mandato que la Constitución impone al legislador penal salvadoreño. En cualquier caso, la tesis principal de la demanda trasciende las meras palabras con que se identifique el –entonces– supuesto mandato de legislar y se enfoca al cumplimiento o incumplimiento de éste, a partir de las razones sometidas por la parte actora, como fundamentación de su pretensión.

2. En el Código Penal vigente se puede comprobar con facilidad (artículos 133 al 141) que la protección de las distintas fases de desarrollo de la vida humana, con anterioridad al nacimiento, se articula incluso con una mayor intervención del derecho punitivo, que la que se efectuaba por medio del Código Penal de 1973. En cuanto a la regulación de los casos de conflicto entre los derechos del nasciturus y los de la mujer embarazada, ante la ausencia de una disposición expresa es indispensable repasar brevemente las soluciones legislativas y opciones doctrinarias empleadas en el derecho comparado para estos casos, así como el alcance de la opción utilizada por el legislador penal salvadoreño (A), antes de establecer si el legislador salvadoreño ha omitido cumplir el mandato determinado en el párrafo precedente (B).

A. En términos generales, las alternativas de punición del aborto en los casos de colisión de los derechos del nasciturus con los de la mujer embarazada son tres: i- El sistema común de penalización, en el cual los casos se someten a las reglas comunes de la Parte General del Código Penal, bajo las circunstancias ordinarias que eximen o excluyen la responsabilidad penal –

en nuestro caso el art. 27 C. Pn.– . ii- El sistema o solución de plazos, en el que se permite el aborto hasta un determinado momento de la gestación, fijado por lo general en las doce primeras semanas del embarazo, con base en la tradicional distinción entre embrión y feto y la idea que la interrupción del embarazo, en los tres primeros meses, acarrea menos peligros para la mujer. iii- El sistema de indicaciones, que consiste en exceptuar expresamente la punición del aborto en situaciones como las siguientes: cuando el embarazo ponga en serio riesgo la vida o la salud de la madre o su salud (aborto terapéutico); cuando se presuma que el niño nacerá con graves malformaciones (aborto eugenésico o embriopático); y cuando el embarazo tenga origen en un delito contra la libertad sexual (aborto por razones morales). En las dos últimas circunstancias, la interrupción del embarazo debe practicarse dentro de un período de tiempo legalmente determinado.

En el C. Pn. vigente –de forma distinta al C. Pn. de 1973– no se ha establecido una regulación específica de las llamadas "indicaciones" tradicionales del aborto, ni tampoco se ha optado por una solución conforme al sistema de plazos. En este punto es necesario aclarar que la regulación de ciertos plazos para las indicaciones ética y eugenésica –afirmada por la Asamblea Legislativa, en su informe relacionado en I.3, como argumento contra la omisión acusada en la demanda– se refiere al proyecto de Código Penal y no a la forma en que finalmente se aprobaron las disposiciones pertinentes de dicho cuerpo normativo. En el Código Penal actual, el legislador ha desechado el sistema de indicaciones porque considera que cada uno de los casos comprendidos en las mismas puede ser resuelto conforme a las eximentes completas del art. 27 C. Pn.

El contenido de esta disposición, de acuerdo con el asunto discutido en este proceso, comprende tanto exenciones del carácter antijurídico del hecho (causas de justificación), como de la responsabilidad personal del autor

(causas de inculpabilidad). Tal y como lo establece la dogmática penal, la realización de alguno de los tipos de la parte especial del C.Pn., constituye solamente un indicio del carácter antijurídico del hecho, ya que además es necesario comprobar la no existencia de una causa de justificación. Desde una concepción formal, las causas de justificación son normas que permiten la realización de conductas prohibidas por los tipos penales, haciendo que las realizaciones típicas no sean contrarias al derecho; desde un plano material, son soluciones a conflictos que se producen entre la necesaria vigencia general de las normas de prohibición y la no menos necesaria vigencia excepcional de las normas permisivas, como ocurre por ejemplo con la legítima defensa.

Estos "permisos" condicionan el carácter antijurídico del hecho.

El C. Pn. regula cuatro causas de justificación básicas y una derivada: el cumplimiento del deber y ejercicio legítimo del cargo (art. 27 ord. 1º); la legítima defensa (art. 27 ord. 2º); el estado de necesidad (art. 27 ord. 3º); el consentimiento (art. 147 inc. 2º); y la colisión de deberes (art. 27 ord. 6º). Todas ellas responden, de acuerdo a un cierto consenso doctrinal, a los principios de salvaguarda del interés preponderante o en la ausencia del interés, como sucede con el consentimiento.

En cuanto al estado de necesidad, se afirma que tiene aplicación cuando, ante una situación de conflicto entre males de igual o distinta entidad, alguien sólo puede evitar uno de ellos lesionando un bien jurídico o infringiendo un deber. En cuanto al valor de los males o intereses en juego, se ha impuesto la teoría de la diferenciación que distingue entre el estado de necesidad justificante –cuando hay que sacrificar un bien de menor valor para la salvación de otro mayor– y el estado de necesidad disculpante o exculpante –en el que los bienes o los males son valorados como de igual entidad–. Los

elementos de la referida causa de exclusión de la responsabilidad penal que deben ser comprobados dentro del proceso penal son: la situación de necesidad: surge la necesidad cuando se produce un conflicto, efectivo, actual, inminente e inaplazable; la alternativa elegida para afrontar el peligro debe ser el único camino posible para la salvación del bien jurídico de igual o mayor valor, so pena de una total destrucción o perecimiento de dicho bien; y la entidad de la reacción del sujeto: la proporcionalidad, es decir que el mal proferido debe ser de menor o igual entidad al que se pretende evitar.

El art. 27 C. Pn. comprende también las excluyentes de la culpabilidad o de la responsabilidad personal del autor, que no eliminan el carácter antijurídico del hecho, sino que dispensan al autor del reproche penal, por carecer éste de las capacidades psíquico- volitivas necesarias para motivarse conforme al mensaje de la norma o por encontrarse en situaciones de alta intensidad subjetiva que le impiden orientar su conducta conforme a ella.

La culpabilidad constituye un juicio específico sobre el autor del delito ante el ilícito realizado, por no haber atendido el mensaje motivador de la norma penal que impone el deber de mantener indemne la integridad de los bienes jurídicos. Se excluye la culpabilidad –la responsabilidad– cuando el autor de un hecho penalmente antijurídico no actúa en condiciones de motivabilidad normal, como sucede con los inimputables y los que obran en un estado de no exigibilidad. La exigibilidad de una conducta distinta implica que el autor del delito cuenta con la capacidad para determinar su voluntad de acuerdo a las exigencias del Derecho.

En principio, el ordenamiento jurídico marca unos niveles de exigencia que pueden ser cumplidos por cualquier persona, pero más allá de esta exigibilidad normal, el ordenamiento no puede imponer, salvo en casos determinados, el cumplimiento de sus mandatos. El Derecho no puede exigir

comportamientos heroicos o, en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho típico y antijurídico, antes que sacrificar su propia vida, su integridad física u otros derechos personalísimos. En estos casos, el hecho no está justificado, pero su autor no es culpable.

B. De las ideas previas surge que las situaciones de conflicto entre los derechos del nasciturus y los de la mujer embarazada pueden ser objeto de diversas configuraciones legislativas. Los únicos supuestos en los que estaría ausente una medida legislativa para arbitrar esas colisiones de derechos serían aquellos de penalización absoluta e incondicional del aborto (que anularía los derechos de la mujer embarazada), así como los de despenalización con iguales características (que prácticamente negaría los derechos del nasciturus). Dentro de tales extremos hay un campo relativamente amplio para que el legislador adopte soluciones a la problemática del aborto, siempre que esté reconocida la posibilidad de conflicto entre los derechos fundamentales citados y que se regule una medida destinada a la resolución de esas colisiones.

También se ha verificado que el sistema común de penalización adoptado por el Código Penal de 1997, vigente en la actualidad, reconoce la posibilidad de conflicto entre los derechos del nasciturus y los de la madre en los supuestos de aborto y que, a diferencia del sistema de las indicaciones expresamente reguladas, dispone la aplicación de las causas generales de exención de responsabilidad penal, como alternativas para la determinación judicial del conflicto. La postura adoptada en el C.Pn. permite resolver el conflicto jurisdiccionalmente, desde la óptica de las causas de justificación como de las excluyentes de la culpabilidad, conforme a los principios de ponderación de intereses y de no exigibilidad de un comportamiento distinto. Con una interpretación amplia de las eximentes del estado de necesidad e

inexigibilidad de una conducta adecuada a derecho, se pueden solventar los casos que se presenten.

De cualquier modo, tanto la alternativa del sistema común, como la de las indicaciones o la de los plazos, resultan vías de solución que dependen de los criterios político-criminales que orientan la labor legislativa y, a menos que se demuestre una infracción constitucional, dicho elenco de medidas constituye un ámbito de libre configuración para el legislador. Por ello, después de una revisión de la normativa que podría estar relacionada con el tema de las indicaciones, esta Sala considera que respecto al delito de aborto, al tomar la opción del sistema común de penalización, el legislador salvadoreño no ha omitido cumplir el mandato constitucional de regular una solución del conflicto entre los derechos constitucionales de la mujer y los del nasciturus.

3. Es necesario aclarar que la tesis principal de la demanda radica en la supuesta omisión de cumplir con un mandato constitucional –que esta Sala delimitó en el sentido de legislar sobre los casos en que el aborto es tradicionalmente indicado—. Sin embargo, además de sostener la inconstitucionalidad de la inexistencia de una regulación determinada, los demandantes añadieron dos argumentos sobre la supuesta inconstitucionalidad de la regulación existente (el art. 27 C.Pn.): los derechos de igualdad y de seguridad jurídica de la mujer embarazada.

Como se ha expuesto en el párrafo 1.C.a del Considerando I de esta sentencia, los demandantes afirman que la mujer embarazada, en los casos de aborto tradicionalmente indicado, se encuentra en una situación fáctica totalmente distinta a la de cualquier otra persona que se enfrente a una de las causas de exclusión de responsabilidad penal que regula el art. 27 del C. Pn., porque hay una "tremenda peculiaridad que representa el hecho de que

los intereses fetales solo pueden desarrollarse en el interior de la embarazada, que es la portadora de su vida. Se trata de una dualidad en la unidad, son dos seres distintos, pero un cuerpo soporta el otro". Concluyen, por tanto, que, "en los casos de aborto tradicionalmente indicado, la mujer se encuentra en una situación de hecho totalmente desigual a la de cualquier otra persona ante una causa de exclusión de la responsabilidad penal, y por tanto, dicha situación desigual merece un trato también desigual o diferenciado, incompatible con la regulación genérica del art. 27 del C. Pn."

Sobre tales afirmaciones se considera que los demandantes no han establecido que el *tertium comparationis*, o término de comparación planteado, tenga la suficiente entidad para justificar una regulación ad-hoc o específica, de este posible conflicto de derechos.

Como se dijo en la sentencia de inconstitucionalidad 10-2005, de 15-III-2006, el término de comparación se integra de diversos elementos y para un adecuado análisis de supuestas violaciones al derecho de igualdad es indispensable la aportación suficiente de los argumentos que permitan identificar dicho término. Un elemento factual, de hecho o puramente descriptivo es insuficiente, si no se demuestra la relevancia jurídica de las distinciones o similitudes alegadas, sobre todo con relación a la finalidad y la perspectiva en comparación, para concluir que la diferenciación es arbitraria o, como en este caso, que la equiparación legislativa carece de fundamento objetivo y razonable. Los demandantes se limitan a afirmar que el conflicto entre los derechos de la mujer y el *nasciturus* tiene un contenido psicológico y emocional especialmente aflictivo, que no concurre en los demás casos regulados por las causas generales de exclusión de responsabilidad penal, pero no completan la argumentación necesaria sobre el término de comparación alegado, en la forma antes expresada. En consecuencia, respecto de este argumento deberá sobreseerse en la presente sentencia.

En la demanda también se sostiene que "en el plano de las tradicionales indicaciones del aborto" "la dogmática penal presenta serias fisuras, por tratarse de una cuestión muy polémica" y que al remitirse al Art. 27 C.Pn. "sin regularlas expresamente, su efectiva aplicación está librada a una heterogeneidad de criterios interpretativos que no es congruente con el derecho a la seguridad jurídica de la mujer embarazada". Este argumento no puede aceptarse, en primer lugar, porque el número de posibles conflictos con los derechos fundamentales de la mujer, no se limita a los que se tutelan mediante las indicaciones tradicionales (por ejemplo: libertad ambulatoria, libre determinación de la madre, condiciones económicas precarias o "cuarta indicación"). Además, incluso en los países donde se han regulado expresamente, las indicaciones generan interpretaciones jurídicas dispares con relación a su naturaleza jurídica, sus alcances y requisitos.

Ello demuestra que tanto si se regularan expresamente en el C.Pn. vigente, como si se acude a una excluyente genérica de responsabilidad penal, será ineludible una actividad de argumentación jurídica conforme al estado actual de la dogmática penal y de la teoría del delito, cuyo corpus teórico ofrece diversas posibilidades de solución de los casos. Más bien, para la argumentación de este motivo, los demandantes se fundamentan en una proyección subjetiva y particular de hipótesis aplicativas de la norma, sin confrontar propiamente el contenido de ésta con el parámetro de constitucionalidad, como lo requiere la naturaleza abstracta del control concentrado que se realiza en este proceso. En consecuencia, respecto de este argumento también deberá sobreseerse en la presente sentencia.

En definitiva, este Tribunal ha determinado que no existe la omisión inconstitucional en los términos planteados por los demandantes. Por otra parte, la posibilidad que la configuración legislativa sobre estos casos afecte esencialmente el contenido de alguno de los derechos enfrentados, sólo

puede analizarse dentro de los límites definidos por una pretensión de inconstitucionalidad. En atención a la libertad de configuración del legislador y de las circunstancias del caso presentado, el examen del cumplimiento de un mandato constitucional de legislar debe circunscribirse a los términos en que dicho mandato haya sido concretado por este Tribunal y a los argumentos que se hayan planteado, válidamente, como vicios de inconstitucionalidad de la regulación producida para obedecer dicho mandato. Además, la desestimación de la inconstitucionalidad alegada no significa excluir las alternativas que existen frente a la medida elegida por el legislador, como tampoco un cierre definitivo en pro de esta última –que puede ser cambiada por la propia configuración legislativa–, sino sólo la contestación a un determinado alegato de inconstitucionalidad, presentado por los demandantes.

VI. No obstante declararse que no existe la inconstitucionalidad por omisión señalada por los demandantes, es pertinente hacer las siguientes consideraciones:

El análisis que se ha realizado hasta el momento en la presente sentencia gira alrededor de cómo resolver los posibles conflictos entre la vida del nasciturus y los derechos de la madre cuando tales conflictos ya se han judicializado, cuando ya están en conocimiento del juez penal. Pero es sabido que un principio básico que rige al Derecho Penal es la idea de que la intervención punitiva del Estado debe ser la última ratio, después de haber agotado otros mecanismos menos gravosos para la protección de los bienes jurídicos. El art. 27 del C. Pn. es una forma de cumplir el mandato constitucional establecido por la Sala en el Considerando V 1 de la presente decisión: por una parte, el deber de criminalizar las formas de realización del aborto en la medida que comportan la afectación de un bien jurídico digno de tutela penal, pero por otro lado, regular jurídicamente las controversias

surgidas del conflicto entre la vida humana intrauterina y los derechos constitucionales de la madre. Pero es una forma incompleta, porque el art. 27 del C. Pn. sólo operaría frente a una conducta consumada, de manera que de forma preventiva la posible controversia no podría ser objeto de análisis y de decisión por un juez u otro ente del Estado, a efecto de autorizar o no la procedencia de la indicación del aborto. Es decir que, parcialmente existe una omisión por parte del legislador en regular que, con carácter previo y no como resultado de un proceso penal, pueda ser resuelta la controversia de los derechos de la madre con los del nasciturus.

Para dar total cumplimiento al mencionado mandato constitucional, el legislador debería emitir la normativa jurídica correspondiente en la cual legisle sobre las circunstancias que extra proceso penal deben concurrir en las indicaciones del aborto. Y es que, como afirma Hans Hoachim Hirsch, en la problemática sobre la interrupción del embarazo no es la legislación la que desempeña el rol central; se trata más bien de un problema socio-político general. En consecuencia, quien trate de contener los abortos, ha de ver su tarea principal en la remodelación de las correspondientes medidas socio-políticas: por un lado han de jugar un papel destacable las medidas de prevención de los embarazos no deseados –sobre todo en el sector de la población más vulnerable, p. ej., adolescentes– y, por otro, deben crearse posibilidades reales que eviten que la embarazada aborte precipitadamente ante un conflicto personal que no pueda ser resuelto por otra vía.

Para reducir la incuantificable cifra negra de estos delitos de manera efectiva, se requiere otro tipo de medidas como pueden ser la asistencia psicológica y la ayuda social, o la implementación de los denominados centros de asesoramiento, medida implementada en el derecho comparado, los cuales, al ser establecidos por el legislador, se integran por personal multidisciplinario, quien debe orientar de forma competente a las

embarazadas que tengan diferentes dificultades personales, además de estar provistos de medios económicos y logísticos suficientes para que en el caso de que sea necesario, prestar una eficaz ayuda financiera, social y familiar. Tal propuesta se fundamenta en la obligación del Estado de asegurar la protección y desarrollo de los titulares de derechos constitucionales puestos en conflicto recurriendo a la utilización del Derecho Penal como ultima ratio en su resolución.

Medidas como las señaladas –u otras que pudieran ser consensuadas con los diferentes sectores sociales nacionales– deben permitir, más allá del castigo penal, coordinar una protección integral de vida humana intrauterina, con una ayuda igualmente eficaz en el caso de la embarazada, mejorando con ello la forma en que la sociedad salvadoreña resuelva sus conflictos sociales.

Y ello no implicaría que ésta Sala autorice la despenalización total del aborto, porque éste es en principio contrario al contenido esencial de la Constitución, es decir, a la parte de ese contenido relativo a los derechos fundamentales. Lo que implica es que el legislador se encuentra obligado constitucionalmente a establecer dentro de la normativa jurídica, el ente estatal al que otorgará la competencia para conocer y decidir de la situación planteada, los requisitos que deban cumplirse así como las condiciones en las que ha de decidirse si determinada indicación procede o no, de manera previa a la judicialización penal del conflicto. Utilizar únicamente como vía de solución el proceso penal es otra irresponsabilidad de un Estado que sólo atiende los efectos de los problemas sociales y no sus causas. En consecuencia, si bien se ha desestimado la pretensión de los demandantes, en el sentido que el mandato constitucional advertido por los demandantes y corroborado por esta Sala tiene cumplimiento a partir del contenido del art.

27 C. Pn., tal disposición sólo puede operar dentro de la estructura del proceso penal, es decir, consumada la acción.

Por ello es que el legislador tiene la libertad para considerar la posibilidad de regular, dentro del sistema jurídico salvadoreño, la posibilidad que un conflicto entre los derechos de la madre y los del nasciturus sea resuelto de manera previa a toda acción perjudicial a los derechos del segundo y que no sea objeto de enjuiciamiento dentro de un proceso penal; es decir, legislación en la que se establezca que puede conocerse y decidirse del supuesto conflicto fuera de un proceso penal y sin que la acción que afectará uno o varios derechos se haya consumado.

Por tanto Con base en las razones expuestas en los Considerandos anteriores, disposiciones constitucionales citadas y arts. 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala Falla:

1. Sobreséese en el presente proceso en cuanto a la supuesta violación a los derechos de seguridad jurídica y de igualdad –arts. 2 y 3 Cn.– en que incurriría el Código Penal, emitido por D. L. nº 1030, de 26-IV-1997, publicado en el D. O. nº 105, tomo 335, correspondiente al 10-VI-1997, al regular mediante el sistema común de penalización las llamadas indicaciones tradicionales del aborto, pues los demandantes no expusieron la fundamentación necesaria para una confrontación internormativa entre el objeto y el parámetro de control, ni establecieron que el criterio de comparación planteado justifique una regulación ad hoc de los posibles conflictos entre los derechos de la madre y los del nasciturus.

2. Sobreséese en el presente proceso por la supuesta violación a la supremacía constitucional –art. 246 Cn.–, en que incurriría por omisión el

Código Penal; pues este motivo argumentado por demandantes no es un motivo autónomo que justifique un pronunciamiento de fondo.

3. Declárase que en el D. L. n° 1030, de 26-IV-1997, publicado en el D. O. n° 105, tomo 335, correspondiente al 10-VI-1997, que contiene el Código Penal, no existe la inconstitucionalidad por omisión alegada por los ciudadanos Roxana Ivonne Martí Montalvo y José Fernando Marroquín Galo, en virtud de que el contenido del art. 27 de dicho cuerpo normativo, permite conocer y decidir, dentro del proceso penal, sobre las indicaciones del aborto, no existiendo por tanto contravención, en los términos planteados en este proceso, a los arts. 1 y 2 de la Constitución.

4. Notifíquese la presente decisión a todos los intervinientes en el presente proceso.

5. Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial del Estado. ---A. G. CALDERON---J. N. CASTANEDA S.-
--J. ENRIQUE ACOSTA---M. CLARÁ---PRONUNCIADO POR LOS
SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN---S RIVAS DE
AVENDAÑO---RUBRICADAS

Voto particular de la Magistrada Victoria Marina Velásquez de Avilés:

I. En primer lugar aclaro que formulo voto particular y no voto disidente, porque, en principio, estoy de acuerdo con la ratio decidendi de la anterior sentencia, en cuanto a que la reforma producida al art. 1 Cn. considera el derecho a la vida desde la concepción y descarta interpretaciones como que la mujer tiene "derecho al propio cuerpo", o "al propio vientre", lo cual me parece muy razonable.

Acertadamente, el tribunal evade las concepciones maniqueas y fundamentalistas –en todo caso contrarias al espíritu pluralista de la Constitución– que mencionó el Presidente de la República en funciones al contestar el informe que se ordenó conforme a lo previsto por el art. 7 L. Pr. Cn., y que corre agregado en folios 20 al 26 de este proceso, para las cuales la exclusión de cualquier clase de aborto del ámbito penal, es considerada como un aval a la práctica del aborto, o, en cambio, la no regulación de las figuras tradicionales de abortos justificados es una afrenta a los derechos de la mujer (véase la parte I 4 C de la sentencia).

Porque es evidente que en nuestro país la vida del nasciturus está protegida fundamentalmente por la Constitución, y para ese fin el Estado debe utilizar todos los mecanismos de protección que el ordenamiento jurídico le permite. Pero también, la vida del nasciturus y la de la madre, pueden entrar en conflicto en un momento dado, y ante la posibilidad de que se produzca tal acontecimiento, la solución correcta a tal colisión sería la ponderación, a cargo de quienes deberían determinar en cada caso concreto la tutela real y efectiva esos bienes jurídicos confrontados.

Es decir, estoy de acuerdo en que la vida del nasciturus, así entendida, debe sujetarse a la ponderación que debe realizarse cuando se produce conflicto con los derechos de la madre, ponderación que corresponde hacer al juez respectivo, utilizando las reglas que le proporciona el art. 27 del Código Penal.

II. Sin embargo, la deficiencia medular que advierto en la fundamentación del fallo radica en la omisión -intencionada o no advertida- del análisis relativo a la incidencia del principio de proporcionalidad para determinar el cumplimiento o no del mandato legislativo de ponderar que deriva de los arts. 1 y 2 de la Constitución. Todo el análisis que se hace en la sentencia gira

alrededor de cómo resolver los posibles conflictos entre la vida del nasciturus y los derechos de la madre cuando tales conflictos ya se han judicializado, es decir, cuando ya están en conocimiento del juez penal. Pero es sabido que un principio básico que rige en el Derecho Penal parte de la idea de que la intervención punitiva del Estado debe ser la última ratio, después de haber agotado otros mecanismos que también van encaminados a la protección de los bienes jurídicos, en este caso la vida.

Al determinar que mediante el art. 27 del C. Pn. se pueden resolver las mencionadas colisiones, se concluye que sólo de manera parcial existe eficacia del mandato constitucional por parte del legislador; ya que -por una parte-, existe el deber de sancionar las formas de realización del aborto en la medida que comportan la afectación de un bien jurídico tutelado, pero -por otro lado-, deban regular jurídicamente las controversias surgidas del conflicto entre la vida humana intrauterina y los derechos constitucionales de la madre.

Afirmo lo anterior porque el art. 27 del C. Pn. sólo operaría frente a una conducta consumada, de manera que de forma preventiva la posible controversia no podría ser objeto de análisis y de decisión por un juez u otro ente del Estado, a efecto de autorizar o no la procedencia de la indicación del aborto. Es decir que, parcialmente existe una omisión por parte del legislador al no regular con carácter previo la controversia que pueda suscitarse entre los derechos de la madre con los del nasciturus, como ya existe en la legislación comparada y no como resultado de un proceso penal.

Para dar total cumplimiento al mencionado mandato constitucional, el legislador debería emitir la normativa jurídica correspondiente en la cual legisle sobre las circunstancias que extra proceso penal deben concurrir en las indicaciones del aborto. Y es que, como afirma la misma sentencia

citando a Hans Hoachim Hirsch, en la problemática sobre la interrupción del embarazo no es la legislación la que desempeña el rol central; se trata más bien de un problema socio-político general. En consecuencia, quien trate de contener los abortos, ha de ver su tarea principal en la remodelación de las correspondientes medidas socio-políticas: por un lado han de jugar un papel destacable las medidas de prevención de los embarazos no deseados – sobre todo en el sector de la población más vulnerable, p. ej., adolescentes– y, por otro, deben crearse posibilidades reales que eviten que la mujer embarazada aborte precipitadamente ante un conflicto personal que no pueda ser resuelto por otra vía.

Así también, me interesa -como lo dice la sentencia- reafirmar que la incuantificable cifra negra de estos delitos será reducida de manera efectiva por otro tipo de medidas como pueden ser la asistencia psicológica y la ayuda social, o como la creación de los denominados centros de asesoramiento, medida implementada en el derecho comparado, los cuales, al ser establecidos por el legislador, se integran por equipos multidisciplinario - ejemplo Alemania, Italia, entre otros-, quienes debe orientar de forma competente a las mujeres embarazadas que tengan diferentes dificultades personales, además de estar provistos de medios económicos y logísticos suficientes para que en el caso de que sea necesario, prestar una eficaz ayuda financiera, social y familiar. Tal propuesta se fundamenta en la obligación del Estado de asegurar la protección y desarrollo de los titulares de derechos constitucionales puestos en conflicto recurriendo sólo a la ley penal como la decisoria y última alternativa válida capaz de ponerle fin a la controversia.

Medidas como las señaladas –u otras que pudieran ser consensuadas con los diferentes sectores sociales nacionales– deben permitir, más allá del castigo penal, coordinar una protección integral de vida humana intrauterina,

con una ayuda igualmente eficaz en el caso de la mujer embarazada - políticas de protección y estabilidad en el trabajo, salud, educación, centro de desarrollo infantil, permisos de lactancia-, mejorando con ello la forma en que la sociedad salvadoreña resolvería sus conflictos sociales. Y ello no implicaría que ésta Sala promueva la defensa del aborto, porque –insisto lo dicho al inicio de mi voto– aquél es en principio contrario al contenido esencial de la Constitución, es decir, a la parte de ese contenido relativo a los derechos fundamentales.

Lo que implica mi posición es que el legislador se encuentra obligado constitucionalmente a establecer dentro de la normativa jurídica, el ente estatal al que otorgaría la competencia para conocer y decidir de la situación planteada, los requisitos que deban cumplirse así como las condiciones en las que ha de decidirse si determinada indicación procede o no, de manera previa a la judicialización penal del conflicto. Utilizar únicamente como vía de solución el proceso penal es una desacertada salida de un Estado que sólo atiende los efectos de los problemas sociales y no sus causas.

En consecuencia, si bien la pretensión de los demandantes ha sido desestimada, en el sentido que el mandato constitucional por ellos advertido y corroborado por esta Sala tiene cumplimiento a partir del contenido del art. 27 C. Pn., tal disposición solo puede operar dentro de la estructura del proceso penal, es decir, consumada la acción. Por ello es que el tribunal ha debido extender, a mi criterio, la sentencia a una declaración de que, sí existe, inconstitucionalidad por omisión por parte del legislador al no haber regulado dentro del sistema jurídico salvadoreño, la posibilidad de que en un conflicto entre los derechos de la madre y los del nasciturus el mismo pueda ser resuelto de manera previa a toda acción perjudicial a los derechos del segundo y que no sea objeto de enjuiciamiento dentro de un proceso penal; es decir, se debió declarar que existe una violación a la Constitución por no

haber determinado la legislación en la que se establezca que puede conocerse y decidirse del supuesto conflicto fuera de un proceso penal y sin que la acción que afectare uno o varios derechos se haya consumado.

En síntesis, defiende el derecho a la vida prenatal, pero el tratamiento o solución del aborto no puede ser sólo punitivo. Deber ser esencialmente preventivo y materializarse también en una política educacional que permita a la mujer valorarse en sus diversos roles: de trabajadora, profesional, madre, etc., con capacidad para diseñar su propio proyecto de vida, respetándose a sí misma y a los derechos de los demás. Las posiciones radicales en el abordaje de esta problemática, impiden todo dialogo que pueda conducir a encontrar respuestas honradas y coherentes con la defensa de la vida. .---- V. DE AVILES-----PROVEIDO POR LA SEÑORA MAGISTRADA QUE LO SUSCRIBE-----S. RIVAS DE AVENDAÑO-----
-RUBRICADAS