

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURÍDICAS 2006
PLAN DE ESTUDIOS 1993



“APLICABILIDAD DEL DERECHO DE TRANSMISION SUCESORAL A FAVOR DE LA MADRE O DEL PADRE DEL HEREDERO O LEGATARIO QUE NACE MUERTO, A PARTIR DE LA REFORMA DEL ART. 1 DE LA CONSTITUCION Y SU CONTRADICCION CON EL ART. 72 DEL CÓDIGO CIVIL”

TRABAJO DE GRADUACION PARA OPTAR AL TITULO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

PRESENTAN:

GUEVARA MARROQUIN, ANA PATRICIA
PERAZA MENENDEZ, RAFAEL AMILCAR
RIVERA RIVERA, RIGOBERTO

DIRECTOR DE SEMINARIO:

LICENCIADO JOSE REINERIO CARRANZA.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR MARZO DE 2007



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA

DRA. MARIA ISABEL RODRÍGUEZ

VICE-RECTOR ACADEMICO

ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GOMEZ

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVA

DRA. CARMEN ELIZABETH RODRIGUEZ DE RIVAS

SECRETARIA GENERAL

LICDA. ALICIA MARGARITA RIVAS DE RECINOS

FISCAL GENERAL

LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANA

LIC. MORENA ELIZABETH NOCHEZ DE ALDANA

VICE-DECANO

LIC. OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS

SECRETARIO

LIC. FRANCISCO ALBERTO GRANADOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACION

LIC. BERTA ALICIA HERNÁNDEZ AGUILA

DIRECTOR DE SEMINARIO

LIC. JOSE REINEIRO CARRANZA

ASESOR METODOLOGICO

LICDA. MARIA MAGDALENA MORALES

INDICE DEL CONTENIDO

No. Págs.

INTRODUCCION.....	i
CAPITULO I.	
DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE, ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA.	
1.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SUCESIÓN A NIVEL	
MUNDIAL.....	1
1.1.1 Sistema Romano.....	4
1.1.1.1.Código de Justiniano.....	6
1.1.2. Sistema Francés.....	7
1.1.2.1. Código de Napoleón.....	8
1.1.3 Derecho Germánico.....	10
1.1.4 Doctrina Italiana.....	11
1.1.4.1 Teoría de la Personalidad.....	12
1.1.5 Antiguo Derecho Español.....	13
1.1.5.1 Doctrina Española.	13
1.1.6 Doctrina Anglo-Americana.....	14
1.2 ORIGEN HISTÓRICO DE LA FIGURA DEL HEREDERO EN DIVERSOS PAÍSES.....	15
1.3 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SUCESIÓN A NIVEL LATINOAMERICANO.....	19
1.3.1 Sistema Chileno.....	19
1.4 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SUCESIÓN EN EL CONTEXTO DE LA SOCIEDAD SALVADOREÑA.....	22
1.4.1 Legislación Civil Sucesoria a partir de 1860.....	22
1.5 FORMAS DE SUCEDER POR CAUSA DE MUERTE.....	25

1.5.1 Sucesión Testamentaria.....	27
1.5.2 Sucesión Intestada.....	29
1.6 DE LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS.....	30
1.6.1 Asignaciones a Título Universal.....	33
1.6.2 Asignaciones a Título Singular.....	35
1.7 DE LA CAPACIDAD PARA SUCEDER POR CAUSA DE MUERTE.....	38
1.7.1 Capacidad de Goce.....	39
1.7.2 Capacidad de Ejercicio.....	40
1.8 DE LA ACEPTACIÓN Y LA REPUDIACIÓN.....	41
1.8.1 Efectos de la Aceptación y la Repudiación.	41
CAPITULO II	
DEL DERECHO DE TRANSMISION EN LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE, Y SU REGULACIÓN EN EL DERECHO CIVIL SALVADOREÑO.	
2.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE TRANSMISIÓN A NIVEL MUNDIAL.....	42
2.1.1 Derecho Romano.....	42
2.1.2 Derecho Español.	43
2.2 ANTECEDENTES DEL DERECHO DE TRANSMISIÓN EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA.....	44
2.2.1. El Código Civil de 1860.....	45
2.3.UN ENFOQUE DOCTRINARIO DE LA FORMA DE LA TRANSMISIÓN....	45
2.3.1 Campo de Aplicación del Derecho de Transmisión.....	50
2.3.2 La Transmisión Como Vía Indirecta de Suceder a una Persona.....	51
2.4. EL DERECHO DE TRANSMISIÓN DE ACUERDO AL ARTÍCULO 958 DEL CÓDIGO CIVIL. (1860).....	54
2.4.1. Personas que intervienen en el Derecho de Transmisión.....	55
2.4.2 La Existencia como base de la Capacidad en el Transmitente o Transmisor (Segundo en la Línea).....	57
2.4.2.1. Incapacidades.....	60

2.4.2.2. Indignidades.....	63
2.4.3 Requisitos que deben concurrir en el Transmitido (Tercero en la Línea).....	66
2.5 DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO DE TRANSMISIÓN Y EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN.....	68
2.6 EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONA HUMANA A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL RATIFICADA EN 1999.....	71
2.7 CONFLICTO ENTRE LA CONSTITUCIÓN SALVADOREÑA VIGENTE Y EL CÓDIGO CIVIL EN CUANTO A LA TEORÍA DE LA VITALIDAD.....	73
2.7.1. Reconocimiento Constitucional de la Capacidad de Goce desde el Instante de la Concepción.	82

CAPITULO III

MARCO NORMATIVO JURÍDICO QUE SE RELACIONA CON EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.

3.1. NOCIÓN INTRODUCTORIA	86
3.2 LEGISLACIÓN INTERNACIONAL APLICABLE AL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	87
3.2.1. Tratados Sobre Derechos Humanos.....	87
3.2.1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).	88
3.2.1.2. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ONU 1965).....	92
3.2.1.3. Convención sobre los Derechos del Niño.....	92
3.2.1.4 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	94
3.2.1.5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).....	96
3.2.1.6. Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José. Costa Rica 1969).....	97

3.3. LEGISLACIÓN NACIONAL APLICABLE AL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.	99
3.3.1. Norma Primaria.....	99
3.3.1.1. Constitución de la República de El Salvador (1983)....	100
3.3.2. Tratamiento en la Legislación Secundaria.	104
3.3.2.1 Código Civil (1860).....	104
3.3.2.2 Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras Diligencias. (1982).....	117
3.3.2.3 Ley del Nombre de la Persona Natural (1990).....	118
3.3.2.4 Código de Familia (1993).....	119
3.3.2.5 Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio (1995).....	125
3.3.2.6 Código Penal de El Salvador (1997).....	128
3.3.2.7 Acuerdo de Reforma Constitucional del Artículo uno de la Constitución.....	130
3.3.2.8 Decreto de Ratificación de acuerdo de reforma Constitucional del artículo uno de la constitución.....	132
3.5. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL.....	133

CAPITULO IV.

PRESENTACION, ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS DE UNA INVESTIGACION DE CAMPO SOBRE LA SITUACION ACTUAL ACERCA DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE TRANSMISION SUCESORAL SALVADOREÑO A PARTIR DE LO REGULADO EN EL ARTICULO 1 INC 2º DE LA CONSTITUCION Y 72 DEL CODIGO CIVIL.

4.1 PRESENTACION DE RESULTADOS SOBRE LA TECNICA DE TRABAJO DE CAMPO.....	141
4.1.1 Características de la Población encuestada y entrevistada	141
4.1.1.1. Planilla de Codificación para las repuestas de los	

entrevistados respecto a jueces de lo civil e informantes claves.	146
4.1.1.1 Planilla de Codificación para las respuestas de las entrevistas realizadas a dos Doctores en medicina, con especialidad en Obstetricia y Ginecología.	150
4.2 PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN.....	151
4.2.1 Cuadros, gráficos estadísticos y su interpretación	151
4.3 ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS TERMINALES	
4.3.1 En relación a las Hipótesis Jurídicas de Trabajo.....	166
4.3.1.1. Presentación de las Hipótesis Jurídicas.....	166
4.3.1.1.1. Hipótesis General.....	166
4.3.1.1.2. Hipótesis Específicas.....	167
4.3.1.2 Verificación de las Hipótesis Jurídicas de Trabajo....	168
CAPITULO V.	
CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y CONSIDERACIONES FINALES	
5.1 CONCLUSIONES.....	171
5.1.1 Generales.....	171
5.1.2 Especificas.....	172
5.2 RECOMENDACIONES.....	174
BIBLIOGRAFIA.....	175
ANEXOS	

INTRODUCCION

El presente documento constituye la presentación final del trabajo de graduación, para optar al grado de Licenciados en Ciencias Jurídicas, sobre el tema de Investigación titulado: “APLICABILIDAD DEL DERECHO DE TRANSMISION SUCESORAL A FAVOR DE LA MADRE O DEL PADRE DEL HEREDERO O LEGATARIO QUE NACE MUERTO, A PARTIR DE LA REFORMA DEL ART. 1 DE LA CONSTITUCION Y SU CONTRADICCION CON EL ART. 72 DEL CÓDIGO CIVIL”

La Universidad de El Salvador, considerada como una de las máximas instituciones de estudios de educación superior abierta a todos los sectores de la sociedad salvadoreña, fue fundada el dieciséis de febrero de mil ochocientos cuarenta y uno, siendo una de sus primeras facultades en su manifestación histórica la “Facultad de Jurisprudencia”, ya que así se le llamaba a la hoy entonces “Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales”, quien en su administración académica actual exige como requisito previo a la obtención del título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, que todo aspirante esta obligado a presentar su correspondiente Tesis, es decir, “*Una disertación escrita sobre una determinada disciplina jurídica objeto de estudio libremente escogida*”; en el caso en comento la disciplina jurídica sobre la cual versara el presente estudio es : **el Derecho Civil y dentro de éste, El Derecho Sucesorio.**

El propósito central de la presente investigación, es exponer de una manera sistemática los diversos elementos, pasos y procedimientos que definen y enfocan el proceso investigativo realizado.

A continuación y con el objeto de darle una mejor distribución al presente documento, este se encuentra estructurado en cinco capítulos que guardan una relación lógica y discursiva, y que a continuación se describen

El capítulo uno: comprende el Marco Histórico de la Investigación, el cual se encuentra estructurado así:

Primeramente se hace un desarrollo de la historia de la Institución de la Sucesión por Causa de Muerte a Nivel mundial, como se ha venido desarrollando a través de su historia tanto en el Derecho Romano, Derecho Germano, italiano y Español.

Continuando con su desarrollo histórico a nivel latinoamericano, es decir, como la sucesión por causa de muerte ha sido reconocida por las legislaciones de los países que conforman el continente americano, estamos hablando del Derecho Chileno y Argentino especialmente. Para finalmente desarrollar el nacimiento de esta importante figura en el Derecho Civil Salvadoreño, en el año de 1860.

También dentro de este mismo capítulo se ha tomado a bien desarrollar una parte del aspecto que comprende las generalidades de la Sucesión por Causa de Muerte, que comprende la figura del heredero, las formas de suceder por causa de muerte y algo importante que se desarrolla es el aspecto de la capacidad que tiene que tener toda persona para suceder a un causante por causa de muerte.

Posteriormente en el **capítulo dos:** se ha desarrollado una figura que sobre su aplicabilidad o no recae el objeto de la presente investigación y que es el Derecho de Transmisión, del cual, se plantean sus principales Generalidades, en donde se exponen las teorías o elementos teóricos existentes que servirán para fundamentar el problema de la Investigación, el cual se encuentra estructurado de una manera lógica y discursiva, por medio de un desarrollo histórico del problema, atendiendo de la categoría de lo mas general a lo mas específico, tomando en consideración algunas aclaraciones de autores especialistas en el tema, los cuales abonan para una aclaración e

interpretación correcta sobre dicha temática, tanto de la interpretación de la ley y también de su aplicación, para resolver un caso concreto.

El capítulo tres: incluye el tratamiento Jurídico aplicable al problema de investigación, es decir el fundamento normativo contenido tanto en la legislación internacional, legislación nacional, legislación secundaria y finalmente su tratamiento jurisprudencial, que tiene incidencia directa con el problema de investigación. Iniciando por la legislación internacional, luego la legislación nacional que comprende la legislación primaria y que la constituye la Constitución de la Republica de El Salvador de 1983, en la cual se ha hecho un análisis de todos los artículos que tienen intrínseca relación con la investigación.

Posteriormente se hace un análisis de la legislación secundaria que comprende una serie de instrumentos jurídicos que tiene incidencia con el problema de investigación. Para finalizar con un análisis de la Jurisprudencia emanada de los distintos Juzgados y Tribunales que comprenden el Órgano Judicial y que se hayan pronunciado con criterios jurídicos encaminados a resolver el problema que ahora nos ocupa.

El Capítulo cuatro: comprende la presentación, análisis e interpretación de los resultados de la investigación de campo, en este capítulo central del documento se trata de comunicar, analizar, y valorar críticamente los resultados obtenidos durante el desarrollo de la investigación de campo, este a la vez contiene dos partes principales:

En primer lugar una exposición breve de las características de la población tanto entrevistada como encuestada dentro de la cual se expone el primer lugar una diversidad de entrevistas realizadas al Juez Primero de lo Civil de San Salvador, y Juez de lo Civil de la Ciudad de Cojutepeque, departamento de Cuscatlán, este ultimo en sustitución en vista que no quisieron colaborar con

la presente investigación los jueces , segundo, tercero y cuarto de lo civil de San Salvador, y el Juez de lo Civil de Soyapango, no dando justificación alguna para llevar a cabo dicha entrevista, mas que carga de trabajo. Por otra parte se entrevistó a tres informantes claves, en relación a la problemática en estudio y dos Doctores en Medicina con especialidad en Obstetricia y Medicina. Dichos entrevistados sirvieron para obtener y recopilar y mostrar importantes aportes a la presente investigación, en conjunto con la encuesta (de 18 ítems) realizada a cincuenta estudiantes de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, desde el nivel de tercer año hasta egresados de la misma.

Resultados cuantitativos y cualitativos de la presente investigación de campo que en este momento se presentan, todo para poder lograr los objetivos propuestos y comprobar las hipótesis planteadas; para ello se han elaborado Planillas de codificación para las respuestas de los entrevistados y tablas de frecuencia y porcentajes simples y de todas las respuestas dadas a las preguntas obtenidas en la encuesta, y codificarlo de acuerdo a un numero asignado a cada una de las categorías estructuradas.

Posteriormente de acorde a la trascendencia investigativa de cada cuadro estadístico se elaboran los respectivos gráficos estadísticos los cuales constituyen un valioso instrumento primordial para describir fenómenos estudiados y constituyen la fase de reunión, organización y análisis de Interpretación datos.

También se incluye una apartado denominado comprobación y análisis de las Hipótesis de Trabajo, tanto la de carácter general como específico; esto se hace a través de una deducción lógica de principales resultados obtenidos de la investigación de campo con la técnica de trabajo antes expuesta, y, de esta manera quedar claramente determinado en que medida se han cumplido dichas hipótesis, ya sea en su totalidad, parcialmente o por lo contrario no se

cumplieron. También se elabora un apartado similar para los objetivos originalmente planificados en el Diseño de Investigación.

El capítulo cinco: comprende las conclusiones, recomendaciones y consideraciones finales de la presente investigación.

Las conclusiones generales y específicas del presente documento, constituye básicamente un resumen de las impresiones más fundamentales generadas a lo largo de toda la investigación tanto teórica como de campo, 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.

También se agrega una sección de anexos el cual incluye: No.1 El modelo de la encuesta utilizado para la recolección de datos en la investigación de campo aplicada estudiantes del tercer, cuarto, quinto año y egresados de la carrera de Licenciatura en ciencias Jurídicas; No.2 El modelo de la cedula de entrevista aplicada a jueces informantes claves en relación a la investigación efectuada y también la entrevista realizada a dos Doctores en Medicina con especialidad en Obstetricia y Ginecología, todo para un mayor enriquecimiento de la investigación. No. 3 Acuerdo de reforma legislativo de fecha 30 de abril de 1997 del artículo 1 inciso segundo de la constitución, y decreto de ratificación a los 19 días del mes de enero de 1999.

CAPITULO I

DE LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE, ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA.

1.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SUCESIÓN A NIVEL MUNDIAL.

Para dar inicio al presente estudio, abordaremos la temática de la sucesión por causa de muerte desde sus orígenes, para comprender un aproximado de su importancia, cómo se originó, sus precursores y las circunstancias que rodearon el surgimiento de ésta institución civil.

Desde que las primeras personas en la época Antes de Cristo (A.C.) el que tomaron como suyos tanto bienes muebles como inmuebles existentes sobre la tierra, se originó la inquietud de qué sucedería con el patrimonio que poseía el que falleciera; es así que a partir de ésta situación surgió la necesidad de la existencia y creación de una institución jurídica donde se indicara la forma de proceder, el destino de los bienes que dejara el difunto y las personas en cuyas manos estaría solventar esa situación. Debido a que no hubo ninguna institución que reglamentara las relaciones patrimoniales y mucho menos las sucesorias, por lo que mediante la costumbre y por tradición entre los antiguos pueblos, el patrimonio no se encontraba claramente individualizado, sino que indistintamente pertenecía a los miembros de una familia, siendo el padre como jefe de ésta quien los administraba, pasando así tras su muerte, el patrimonio familiar de generación a generación.

Podemos colegir que la Sucesión por Causa de Muerte es tan antigua como el mismo ser humano, y como se verá más adelante, es considerada desde sus precursores como una Institución del Derecho Civil, pues este constituye la rama del Derecho Privado, que regula las relaciones entre los

particulares, considerada por muchos de tal importancia como la *columna vertebral* del Derecho en el mundo, de ello la importancia de la creación y regulación de la institución jurídica de la sucesión por causa de muerte, la cual existe desde tiempos remotos constituyéndose en la figura jurídica mediante la cual se efectúa la transmisión del patrimonio de una persona fallecida.

Por lo que es importante darnos cuenta de su significado etimológico, que se descifra de su origen de la lengua latina en dos sentidos: en primer lugar según Don Felipe Clemente de Diego, “En un sentido lato la palabra sucesión, **successio**, de suceder, sucederé, **sub-cedere**, significa entrar una persona en lugar de otra o seguirse a ella. En este sentido, es sucesor, el que entra o sobreviene en los derechos del otro.

En segundo lugar, en un sentido restringido, la voz sucesión, designa la sucesión o transmisión de los bienes por causa de muerte. En esta acepción, la palabra sucesión, usada sola, designa la sucesión por causa de muerte, dentro del orden jurídico representa la palabra sucesión un hecho mediante el cual, al morir una persona deja a otra la continuación de todos sus deberes y derechos.

Sucesión o sucesión por causa de muerte es pues, la transmisión del patrimonio de una persona difunta o de una cuota de el o de una o más cosas especiales, que se efectúa a favor de determinada persona.”¹ Por este motivo es que se le considera un medio de adquisición de los bienes que en vida pertenecieron a la persona del causante.

“El Derecho romano ha tomado su desarrollo jurídico con la aplicación del rigor de los principios establecidos en éste Derecho, tal es el caso de la Delación que no hacia entrar nada en el patrimonio del heredero y por lo mismo

¹ Claro Solar, Luís; “Explicaciones de Derecho Civil Chileno Comparado”; Segunda Edición, 1992, Editorial Jurídica de Chile tomo VII, Pág. 9 Y 11.

no daba la facultad de adquirir la herencia, facultad que era solamente una eventualidad unida exclusivamente a la personalidad del heredero. Para que esta eventualidad llegara a ser una realidad un derecho patrimonial, era preciso un acto de adquisición, esto era expresamente consagrado por la Constitución de Justinianus del año 534”².

En un inicio consideramos importante caracterizar el patrimonio del causante, debido a que en un principio no se hacía diferenciación en lo que a su naturaleza se refiere, el patrimonio era uno solo sin que fuera necesario clasificar sus componentes; como cuna de muchos de los principios del Derecho Sucesorio, fue en Roma donde “...se estableció por primera vez la indivisibilidad del patrimonio sucesoral, de esta forma, en virtud de la herencia no se distinguía entre bienes muebles o inmuebles, ni por su procedencia, es decir, si eran producto del trabajo del *cujus*, o de alguna herencia o donación que éste haya recibido”.³

A través de diversos datos históricos podemos darnos cuenta que muchas veces se permitió al extranjero transmitir su herencia y se planteó el problema de saber qué ley debía regir la sucesión según las épocas, y como producto de la necesidad del ser humano de poseer lineamientos que le permitieran resolver la casuística en relación a esa área del Derecho, según los caracteres de cada pueblo o raza.

En la historia romana encontramos en vigor toda una serie de reglas dirigidas a disciplinar *“los conflictos de leyes, siendo norma fundamental aquella que indica como competente para regular las relaciones sucesorias mediante el*

² Microsoft Corporation. Diccionario Multimedia, Atlas & Investigator Encarta. Año 1993-2005.

³ Somarriva Undurraga, Manuel; “Derecho Sucesorio”, Cuarta Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile. 1988. Pág. 35.

*derecho personal del difunto*⁴, en otras palabras, al difunto desde un principio se le ha reconocido la absoluta potestad de hacer la asignación de sus bienes conforme su libre voluntad, que puede destinar todo o parte de sus bienes a una o varias personas, ya sean parientes, amigos, instituciones, etc. Como resultado del reconocimiento de la libre testamentifacción.

En un sentido más práctico podemos considerar que el Derecho Sucesorio no es otra cosa que un procedimiento jurídico creado para regular el destino de los bienes del individuo después de su fallecimiento. Así también como una protección por las posibles deudas que pudieran existir respecto del causante. Con miras a esa finalidad han sido concebidos distintos *sistemas*, los cuales difieren entre sí, fundamentalmente, según cual sea el mecanismo o procedimiento empleado para llevar a cabo la transmisión de los bienes del causante a sus sucesores; en este sentido, doctrinariamente y como parte de la evolución histórica del Derecho Sucesorio encontramos en relación a su aporte a esta rama, diversos sistemas sucesorios en distintos países, los cuales damos a conocer a continuación:

1.1.1. Sistema Romano.

No existía legislación alguna que regulara las diversas situaciones civiles originadas de la interacción económica y patrimonial y por ende sucesoral de las personas hasta la aparición del Derecho Romano, el cual constituye una compilación de leyes *“desde la ley de las doce tablas emitida en el año 450 a.c. hasta la muerte de Justiniano I, soberano del Imperio Bizantino en el año 565 d.c.”*⁵

⁴ Iglesias, Juan e Iglesias Redondo, Juan; “Derecho Romano, Historia e Instituciones”; Barcelona, Editorial Ariel, 11ª Edición, 1993. Pág. 58.

⁵ Microsoft Corporation. Enciclopedia Multimedia, Atlas & Investigator Encarta. Año 2005.

En Roma el sistema de sucesión en la persona por causa de muerte constituye una verdadera subrogación o sustitución del "**paterfamilias**"⁶ por el heredero en el puesto de jefe de familia y sacerdote que aquel ocupaba.

Es lo que Bonfante designa como "*sucesión en la posición jurídica del causante*".⁷ Si bien como en la actualidad se establece la adquisición por el heredero de los bienes del causante, ésta constituye solamente una consecuencia de la sucesión que se ha realizado. Es un procedimiento similar al de la sucesión monárquica, en que se heredan por una parte las posesiones reales y, a la vez, el cargo político. Se supone en esta doctrina una completa identificación entre las personas del causante y del heredero, de allí la sentencia "*como una es contada la persona del heredero y la de aquel a quien éste hereda*"⁸, lo cual da origen a la unificación o confusión de los patrimonios de ambos y consecuentemente el heredero responde de las deudas del causante, con sus bienes propios y aún más allá de la cuantía económica que la herencia implica "(responsabilidad *ultra vires hereditatis*), lo que se expresa en el aforismo que *quien contrata lo hace para sí y para sus herederos*.

En el derecho clásico, a unos herederos: *neccesarii* y *sui et neccesarii* (necesarios y suyos y necesarios) se les impone la herencia, sin que les esté permitido repudiar ésta, la herencia más que un derecho constituye una obligación; a otros, *extranei* o *voluntarii* (extraños o voluntarios), solamente se les ofrece y se requiere para la adquisición de la aceptación expresa o tácita del heredero."⁹

⁶ Arguello, Luís Rodolfo. "Manual de Derecho Romano, Historia e Instituciones"; Tercera Edición, Editorial Astrea, 1998, Pag. 463.

⁷ Bonfante, Pedro "Instituciones de Derecho Romano"; Edición Italiana por Bacci, Luís y Larrosa Andrés. Editorial Reus, 1979. traducción de la 8ª, Pag. 48.

⁸ Microsoft Corporation, Novela 48, *Justiniano I*. Ob. Cit.

⁹ Arguello L. R., Ob. Cit. Pag. 468.

En el derecho justiniano, sin embargo, el sistema se uniforma y la adquisición se opera solamente en virtud de la aceptación. La posesión es considerada una situación de hecho, que se agota y renueva en cada momento y no se transmite al heredero.

1.1.1.1. Código de Justiniano.

El Código de Justiniano, es una “compilación legislativa llevada a cabo por el emperador de Bizancio Justiniano I (527-565). Bajo sus auspicios se realizaron cuatro importantes obras que, a partir de la edición completa publicada en 1583 por Dionisio Godofredo en Ginebra, se denominaron Corpus Iuris Civilis.”¹⁰

Estas cuatro obras contienen una síntesis de preceptos y doctrina en cuatro libros de reducida extensión que abordan las siguientes materias: el primero, de las personas; el segundo, de la división de las cosas, de la propiedad, de los demás derechos reales y del *testamento*; el tercero, *de la sucesión intestada* y de las obligaciones que proceden del contrato; y el cuarto, de las obligaciones ex delicto y de las acciones. La obra fue realizada por el “encargo que Justiniano hizo a los juristas Triboniano, Teófilo y Doroteo de realizar una obra de lenguaje accesible que pudiera sustituir a las Instituciones de Gayo en las escuelas. Así fue promulgada el 21 de noviembre del año 533 dedicada a la juventud estudiosa y más tarde, el 30 de diciembre del mismo año, adquirió fuerza de ley. El auténtico esplendor del trabajo de Justiniano se produjo unos seis siglos más tarde de la publicación de estas obras, cuando la cultura europea adoptó su legado como una referencia cargada de autoridad y muy útil para la formación de los nuevos juristas en un Derecho común. El gran mérito de la obra de Justiniano fue condensar el saber jurídico de Roma y

¹⁰ Microsoft Corporation. Ob.Cit.

actuar como el eslabón de continuidad para que ese pensamiento pasara a la conciencia jurídica europea suponiendo, sin duda, el segundo gran momento de expansión del Derecho Romano”¹¹.

Es característica de este sistema el que no existía un nuevo acto o título constitutivo del derecho del heredero, los títulos del heredero eran simplemente los mismos a través de los cuales había adquirido el causante, de esta forma, si éste había adquirido el dominio de un bien determinado en virtud de una compraventa, ese se constituía en traslaticio de dominio del heredero. Por esta razón es que no puede propiamente hablarse en ese régimen de adquisición hereditaria, sino más bien de una sustitución en la posición jurídica del causante.

1.1.2. Sistema Francés.

El Código Civil francés o “Código de Napoleón de 1804, dispone el procedimiento de la sucesión romana, pero no hasta el punto de considerar una misma persona al causante y al heredero como lo hacían aquellos, la *sucesión en la persona* pasa a ser reemplazada por una *sucesión en las titularidades jurídicas*”¹². En la actualidad el Código Civil argentino, aún sigue ese sistema, ilustrando muy bien esta doctrina, cuando dispone en su artículo 3.417 que el heredero *“es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión”*.¹³ Consiste en que la adquisición de la herencia y del dominio es automática y de pleno derecho en el momento del fallecimiento del causante y, no obstante que se establezca aceptación, ésta tiene solamente

¹¹ Paricio, Javier y Fernández Barreiro, Alejandrino. “Historia del Derecho romano y su recepción europea”. 2ª ed. Madrid: Editorial Ceura,. 1997. Pag. 87.

¹² Microsoft Corporation. Ob. Cit.

¹³ Ibidem.

un carácter confirmativo de la adquisición efectuada y constituye más bien una renuncia del derecho de repudiar. Como una consecuencia de lo anterior, no se establece ese régimen lo que conocemos en nuestra legislación como la *herencia yacente*, puesto que no existe un período de *yacencia* de la herencia o de herencia no adquirida. La posesión se transmite al heredero, quien adquiere ésta tanto con sus cualidades como con sus vicios. Asimismo, el heredero responde ilimitadamente de las deudas del causante, pero no porque haya pasado a ser el deudor, sino como una condición o carga anexa a la adquisición de la herencia.

1.1.2.1. Código de Napoleón.

Este Código es considerado uno de los avances más importantes en la historia del Derecho Civil, debido a la extraordinaria gama de instituciones que contempla, a su redacción sencilla que permite fácilmente comprender e interpretar su contenido, practicidad y gran utilidad para la regulación de las diversas actividades de la vida de las personas, etc. Puede decirse que constituye una recopilación mejorada y más actualizada de algunos de los principios más relevantes del sistema romano, muy acorde y práctico al sistema de vida de ese entonces. Constituyendo en ese sentido un valioso aporte de gran trascendencia a nivel mundial en las legislaciones civiles, a tal grado que aún puede vislumbrarse su influencia en el continente europeo y latinoamericano.

“Código de Napoleón fue la denominación oficial que en 1807 se dio al hasta entonces llamado Código Civil de los franceses, aprobado por la Ley de 24 de marzo de 1804 y todavía en vigor, aunque con numerosas e importantes reformas. Los primeros intentos de codificación se deben a la Asamblea Constituyente de 1790, formada durante la Revolución Francesa, que acordó la

creación de un código de leyes civiles comunes a todo el reino, que estuviera redactado de forma simple y clara y conforme al espíritu de la Constitución. El primer proyecto se hizo durante la Convención, al que siguieron otros con un progresivo debilitamiento de los principios revolucionarios. Sin embargo, el auténtico paso hacia adelante tuvo lugar cuando se encomendó la codificación al primer cónsul Napoleón Bonaparte. Se realizaron diversos proyectos particulares en los que llegó a participar de forma activa mostrando su gran tesón, energía y sentido jurídico. Este proceso culminó con el nombramiento en 1800 de una comisión que había de redactar el proyecto definitivo. Así, en poco tiempo se llegó a discutir, aprobar y concentrar en una sola ley los últimos 36 proyectos de ley en un solo año.

El Código de Napoleón está construido sobre el llamado plan romano-francés y, por lo tanto, dividido en tres libros: el primero se dedica al derecho de la persona y sus relaciones familiares (salvo las económicas existentes entre los cónyuges); el segundo a los derechos sobre las cosas y las diferentes modificaciones de la propiedad, y el tercero y último, bajo el título de los diferentes modos de adquirir la propiedad, estudia por este orden la herencia, el contrato y las demás fuentes de la obligación (entre las que se encuentran las relaciones económicas entre cónyuges, contempladas como contrato de matrimonio) y algunos otros temas aislados.”¹⁴ Muchos países se han visto directamente influenciados por este sistema, a tal grado que se ha visto adoptado por el Código Civil español y numerosos códigos americanos, como lo es Chile, nuestro país y muchos otros.

Este Código es digno de elogio por numerosas razones, en primer lugar como ya se mencionó, se encuentra redactado en un lenguaje claro, sencillo,

¹⁴Miquel Gonzáles, Juan. “Derecho Privado Romano”. 2ª Ed., Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1992. (Riguroso estudio del Derecho Privado Romano). Pag. 199.

conciso y de gran valor literario; consigue aunar todos los materiales tradicionales con numerosas ideas de la Revolución francesa, armonizando los factores romanistas, expresando las consecuencias de la soberanía popular conquistada entonces, a través de las ideas individualistas, la protección y tutela de las libertades personales. Se trata de un código de gran precisión técnica en el plano jurídico, que satisface todas las necesidades de la clase burguesa y de una sociedad en vías de desarrollo con intereses liberales y capitalistas.

1.1.3. Derecho Germánico.

En el derecho germánico se establecía la adquisición de pleno derecho de la herencia, sin necesidad de la aceptación, y en caso de ser varios los herederos esta adquisición se opera en favor de la denominada “*Gesammte hand* o *propiedad en mano común*”¹⁵, un patrimonio autónomo, distinto del de los herederos, que actúa como una persona jurídica sin serlo, no correspondiendo a los herederos derecho individual alguno sobre los bienes hereditarios.

En este sistema, derecho de pedir la partición no existe, pues predomina en esta doctrina la noción de propiedad colectiva o común, semejante a uno de los principios estudiados en el sistema romano, donde se consideraba al patrimonio como uno solo e indivisible. Es evidente que con este principio se trata de perpetuar la propiedad. Este sistema puede observarse en el “Código Alemán de 1900 y el Código Suizo actualmente derogados. En la actualidad uno de los países que se rigen por éste sistema es los Estados Unidos de Norteamérica, que instituye la figura del *executor* o *personal representative*,

¹⁵Microsoft Corporation. Ob. Cit.

quien actúa como liquidador y administrador y cumple funciones de intermediación entre la herencia y los herederos.”¹⁶

1.1.4. Doctrina Italiana.

La doctrina italiana fue creada con el propósito de resolver los conflictos que suscitaban en materia de Estado y poder brindar una orientación sobre la ley pertinente a aplicar en cuanto al domicilio, apoyándose para ello en el Derecho Romano. De esta forma, dentro de las teorías que surgieron en ese entonces puede distinguirse tres grandes grupos donde se buscaba plantear la solución más conveniente acerca de si la capacidad de heredar y testar de las personas debía regirse por la ley de su domicilio actual o por la de su ciudad de origen y si podía testarse sobre bienes que se encontraran situados fuera de la ciudad donde habitara actualmente, etc.

Históricamente, Italia es considerada la cuna de la teoría de los estatutos, así en “Bolonia y Florencia se enseñaron los primeros rudimentos de Derecho internacional privado”.¹⁷ Al preguntarse si surgían conflictos entre las leyes en materia de sucesiones, la doctrina Italiana se encontraba diseñada de tal forma que facilitaba todas las soluciones posibles; lo cual es evidencia de una legislación bastante completa en cuanto a proporcionar soluciones a las distintas situaciones que pudieran presentarse en el campo sucesorio, bajo la teoría de la unidad y la universalidad de la sucesión.

Fue entre los autores italianos y sobre todo con Manzini donde se hizo fuerte esta tesis. “Manzini había defendido la teoría al discutirse el Código Italiano de 1865, haciendo prevalecer en su artículo 8 la *Ley Nacional del difunto*. Y en su celebre informe al instituto de Derecho internacional de 1874

¹⁶ Ibidem. Pag. 210.

¹⁷ Paricio, J. y Fernández Barreiro, A. Ob. Cit. Pag. 246.

sostuvo igual criterio sustentándolo con la inclusión del derecho sucesorio dentro del llamado *derecho necesario*.¹⁸

Esta teoría supone que si el testamento es conforme al derecho común no hay duda que rige todos los bienes, si ha sido hecho en la forma de la costumbre de Francia “por ejemplo ante dos testigos, las opiniones son diversas. No obstante la medida en que el testamento es valido se extiende a todos los bienes, pues el efecto del titulo debe ser indivisible como el titulo mismo. La objeción fundada en la idea de testamento tácito se encuentra totalmente descartada”,¹⁹ debido a que ésta es una función incapaz de conferir al heredero abintestato la cualidad de heredero instituido. No puede conferirse a una persona por medio de un documento que no ha sido concretado, como heredero instituido conforme a testamento.

1.1.4.1. Teoría de La Personalidad

“Tuvo la Teoría de la Personalidad en Italia brillantes defensores, durante el siglo XIV la propagaba Alberico de Rosate. La sucesión debía regirse según los autores de este grupo por la ley personal del difunto. El desacuerdo surgía al determinar cual era la personal aplicable pues unos se decidían por la *ley nacional* y otros por la *ley del domicilio*.²⁰

En primer lugar si el difunto tuviere su domicilio en su ciudad de origen y durante un viaje fallece en el extranjero (en Inglaterra por ejemplo) no hay duda para el autor ni dificultad en aplicar a los bienes la *ley nacional* (de su país de origen) porque el fallecido debía ser considerado con la voluntad de que su patrimonio recayese en los herederos con arreglo a las leyes de su país.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibidem.

En el segundo caso si el mismo extranjero fallece en Inglaterra habiendo establecido en esta su domicilio y conservando su nacionalidad anterior, entienden algunos autores que serán aplicables a los bienes del fallecido, las leyes del país de situación, es decir, donde se encontrara residiendo al momento de su muerte, porque fue ahí donde quiso vivir y morir.

En resumen, la Teoría de la Personalidad reconocía que la sucesión se encuentra constituida por una universalidad de bienes lo cual es una cosa incorporal a la que es imposible asignar situación (ubicación) alguna; por tanto todos sus elementos deben regirse por una ley única, y esta ley no puede ser otra que la *personal* del difunto. Haciendo referencia a que debe respetarse la voluntad tácita del fallecido sobre sus bienes.

1.1.5. Antiguo derecho español.

“En el derecho de Las Partidas se recogen los conceptos del Fuero Juzgo, primer Código Nacional español, traducción a la lengua romance del código visigodo Liber Iudiciorum o Liber Iudicum, más conocido como Libro de los Jueces”,²¹ considerada fundamentalmente de inspiración romana, por la notoria influencia de los principios romanos en él establecidos.

1.1.5.1. Doctrina Española.

La doctrina española en el campo del Derecho Civil-Sucesorio, se veía también con bases en el Código Francés, pues constituye uno de los tantos países que retomaron muchas de las normas plasmadas en ese compendio legal como directrices para su propia legislación.

²¹ Microsoft Corporation. Ob. Cit.

Según la historia de la doctrina española, “al comenzar el siglo XIX los conflictos de leyes se resolvían en España conforme a la técnica estatutaria, tanto por los tribunales como por los escasos juristas teóricos que se ocupaban de estas cuestiones. Considerando más conveniente la aplicación de la ley del domicilio que la ley nacional,”²² rigiendo por la ley de *situación* (domicilio) tanto los bienes muebles como los inmuebles en cuanto a sucesiones se refiere.

“No faltaron disposiciones legales que alentasen los comentarios doctrinales sobre esta clase de conflictos sobre la aplicación de la ley. Jurídica y doctrinariamente se había establecido la protección a la herencia abintestato, concediendo los bienes del que muere sin otorgar testamento y no habiendo reclamación alguna sobre ellos, a los clérigos y al cargo de gastos en asuntos de guerra.”²³ Como puede observarse, para esta época aún persistían los conflictos que suscitaban en Italia entre los autores que se encontraban a favor de la *teoría de la personalidad*, en cuanto a la controversia entre la aplicación de la ley del país de origen (*nacional*) o la ley del lugar donde el extranjero residiera (*situación*) al momento de su muerte.

1.1.6. Doctrina Anglo-Americana.

En el caso de la doctrina angloamericana puede observarse en cierta forma aislada del proceso histórico-evolutivo que se ha venido siguiendo desde la aparición del Derecho Romano y el *Corpus Iuris Civiles* de Justiniano, Francia y el Código de Napoleón, Italia y sus escuelas estatutarias, España, Chile, etc. Vislumbrando algunos distintos matices en su legislación sucesoria.

²²Ibidem.

²³Ibidem.

“Hasta comienzos del siglo XIX fue casi nula la aportación inglesa al derecho internacional privado, quizá porque la falta de recepción del derecho romano influyó en el desarrollo jurídico de las islas Británicas y la ausencia de las teorías estatutarias y porque el carácter especial del Common law, la insularidad del pueblo inglés y las supervivencias feudales hacían que los conflictos se presenten muy rápidamente.”²⁴

En los Estados Unidos al contrario desde su independencia es abundante la bibliografía conflictual por la frecuencia de planteamientos de casos conectados con las diferentes legislaciones en vigor de una especie de fusión, inspiradas unas en el derecho francés otras en el common law y otras en las leyes Españolas, como resultado de la ausencia de antecedentes con matices romanos.

1.2. ORIGEN HISTÓRICO DE LA FIGURA DEL HEREDERO EN DIVERSOS PAÍSES.

Las características de la sucesión hereditaria y la figura del heredero es merito del autor “BONFANTE”²⁵, por haber puesto claro cómo todos los principios fundamentales del derecho hereditario romano encuentran la explicación más simple y persuasiva en la idea de que el heredero, o más bien el adquirente de un patrimonio, es una persona investida de una cualidad personal de la que se derivaba la adquisición del patrimonio.

“Así el principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere protest*:

²⁴ Ibidem.

²⁵ Bonfante, P; Ob. Cit. Pag. 321.

Significa la imposibilidad de la coexistencia de la sucesión ilegítima con la sucesión testamentaria, y es consecuencia lógica del principio por el cual quien era llamado en calidad de heredero, adquiría por ello el patrimonio del difunto, de suerte que no había sitio para la sucesión de otro heredero. Instituir a una persona como heredera no significa disponer de los propios bienes, si no atribuir la cualidad de heredero. Por esto la disposición que el testador hiciese de bienes concretos no tenía efectos si no en cuanto nombrase un heredero: *hacer testamento significaba nombrar a un heredero...*Viendo en la familia romana antigua un organismo de naturaleza política, Bonfante fue llevado a ver en el heredero el sucesor en la soberanía familiar.”²⁶ Esta calidad de sucesor de la soberanía familiar no podía ser transmitida a alguien más, es decir, si se era nombrado heredero no era permitido ceder esa asignación a otra persona, incluso si el llamado a la sucesión moría antes de tomar posesión de la herencia mediante la aceptación, no era permitido deferirla a sus herederos. Así como tampoco se permitía a las mujeres suceder como herederos, pues se consideraba que quien sucedía al difunto se colocaba en su lugar, es decir, lo sustituía y para ellos era inapropiado que el *pater familias* fuera sustituido por una mujer.

El derecho hereditario se llama también *derecho sucesorio o de sucesiones* porque hay en él una sucesión jurídica en los derechos y en las obligaciones. Según la Legislación Argentina, a diferencia de la nuestra y de muchas otras, la sucesión se abre desde la muerte del autor y a partir de ese momento el heredero adquiere sus bienes, pues: “*cuando la sucesión tiene lugar entre ascendiente y descendientes, el heredero entra en la posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión, sin ninguna*

²⁶ Cicu, Antonio. “Derecho de Sucesiones Parte General”. Cuarta Edición, Editorial: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. 1988. Pag. 210.

formalidad o intervención de los jueces, aunque ignorase la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia.”²⁷

Como se ha dicho anteriormente, aún pueden observarse los rasgos de la legislación napoleónico-francesa en muchas de las legislaciones tanto a nivel europeo como latinoamericano, tal es el caso de la figura del heredero que nos encontramos estudiando en este apartado; así por ejemplo, como lo veremos a continuación, muchos autores reconocen la imponente influencia de los principios franceses en cuanto a la distinción de si la calidad de heredero provenía de lazos sanguíneos o de afinidad:

“Por oposición a lo que estatúan las leyes romanas que allí se citan, y por adhesión a la doctrina francesa de la saisine de pleno derecho consagrada por los artículos 724 y 1004 del Código de Napoleón, y reducida a los herederos legítimos, que los franceses llaman regulares, limita nuestro Código la posesión hereditaria de derecho a solo las sucesiones entre ascendientes y descendientes, legítimos, se entiende, porque si fuesen naturales, o cónyuges o herederos instituidos tendrían que pedirla a los jueces y justificar su título”²⁸.

En una gran mayoría de países imperaba la controversia de qué legislación debía aplicarse al momento de resolver sobre la capacidad o incapacidad del heredero así como la dignidad e indignidad, especialmente en el caso de los extranjeros, era notorio que en las disposiciones jurídicas de todos estos no existía uniformidad y/o compenetración entre sus normas sucesorias, pues de haberla no habría discusión sobre cómo resolver, ya que la solución sería la misma en todas ellas; por ejemplo:

²⁷ Ibidem.

²⁸ Microsoft Corporation, Ob. Cit.

*“En derecho Italiano, la doctrina dominante entiende que la incapacidad sucesoria y la indignidad deben regirse por la ley natural del difunto.²⁹ En el Derecho Noruego y Suizo, los problemas de capacidad sucesoria se dilucidaban por la ley que rige la sucesión toda, salvo en Suiza, cuando es aplicable la Ley nacional del Difunto por *professio juris*, mientras que en derecho Alemán y Austriaco rige la capacidad de la ley personal del heredero o legatario y la indignidad la ley sucesoria. Finalmente en el Derecho Español, hay que considerar que la incapacidad de heredar se rige por la ley nacional del heredero o legatario en cuanto se basa en su falta de capacidad jurídica, como por ejemplo ocurre en el artículo 745 C. el problema de la indignidad es más discutido y discutible”³⁰.*

La figura del heredero no fue la única que sufrió cambios durante el transcurrir del tiempo, aunque muy ligada a la primera, la procedencia de los bienes objeto de la sucesión también fue objeto de discusión en algún momento de la historia, como parte de la evolución en las ideas que sobre este punto se venían presentando desde la época del Derecho Romano; en ese sentido, *“fue hasta la Edad Media cuando el Derecho Civil originado en el sistema romano hizo distinción entre bienes muebles e inmuebles, si eran o no adquiridos por el causante de la sucesión por trabajo propio o por herencia, estableciendo la condición de especificar si los había adquirido por la línea materna o paterna y así estos eran llamados bienes maternos o paternos según el caso”³¹.*

²⁹ Entiéndase por **Ley Natural del difunto**: la última expresión de voluntad que hiciera el causante sobre el destino de sus bienes después de su muerte.

³⁰ Simo Santoja, Vicente Luís. “Conflicto de Leyes en Materia de Sucesiones”, Primera Edición; Editorial Tecnos, Madrid. 1968. Pag. 198.

³¹ Microsoft Corporation; Ob. Cit.

1.3. EVOLUCION HISTORICA DE LA SUCESION A NIVEL LATINOAMERICANO

Además del valioso aporte que trajo consigo el Derecho Romano sentando las bases e inspiración para la posterior aparición del Derecho Francés, y su innegable influencia por casi toda Europa con la creación de diversas instituciones civiles que incluso han logrado subsistir hasta nuestra época, su alcance fue tal que trascendió hasta llegar al Continente Americano, siendo Chile uno de los principales receptores de esta legislación.

1.3.1 Sistema Chileno.

Luego de regresar de Francia don Andrés Bello, escritor y político venezolano, al redactar el Código Civil chileno, debió encontrarse en materia de sucesiones con todas las doctrinas y criterios que hemos analizado con anterioridad; en el momento de optar entre uno u otro régimen decidió retomar los principios de la legislación civil francesa pero a la vez incluyendo significativas innovaciones. Por tal motivo no es del todo cierto que el Código chileno en materia sucesoria habría sido una imagen del Código Civil de Francia, como tampoco que estaría basado en el sistema romano. “Bello concibió en el Código chileno la relación sucesoria de la manera siguiente:

- 1) Creó en favor del heredero un derecho de reclamación y adquisición de la herencia, de carácter universal, al cual denominó expresamente "derecho real de herencia".
- 2) Asignó a la sucesión por causa de muerte el carácter de modo de adquirir y

- 3) Caracterizó la herencia como una universalidad jurídica, un ente abstracto, distinto de los bienes que la componen, que consta de activo y pasivo y que puede comprender toda clase de bienes: derechos reales, créditos, frutos, bienes futuros y, aún, las deudas del causante. Acogiendo la teoría clásica que considera que el patrimonio es un atributo de la personalidad.³²

En realidad debe reconocerse el valioso aporte de don Andrés Bello en el área civil, al brindarnos una perspectiva más novedosa y práctica sobre lo que ya se conocía y además por la creación de las instituciones civiles que aún tiene vigencia en nuestras legislaciones; con la creación de los tres factores mencionados anteriormente, prácticamente se han determinado las bases del derecho sucesorio chileno, el cual es un sistema con matices distintos a los que se habían venido viendo hasta ese entonces, propio de ese Código Civil. Según el cual, producido el fallecimiento del causante se generan dos hechos: *la apertura de la sucesión y la delación de las asignaciones*, nace entonces a favor de los herederos un derecho *real* de herencia, que tiene por objeto el patrimonio del difunto o una parte de él. Este derecho puede ser ejercitado positiva o negativamente por el heredero aceptando o repudiando la herencia que le ha sido deferida, y sólo en caso de aceptación se produce la adquisición de ésta, a través del modo de adquirir sucesión por causa de muerte. De esa manera, no se operan en el Derecho chileno la transmisión y adquisición inmediatas que establecía el derecho francés o germánico, puesto que para la adquisición de la herencia el legislador ha establecido la exigencia de la *aceptación* expresa o tácita del heredero. Como consecuencia de ello se contempla la denominada *herencia yacente*.

³² Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. Microsoft Corporation.

Pero, según el sistema del Código, el fallecimiento del causante da origen a la comunidad hereditaria, la cual termina con la partición y adjudicación de los bienes a los herederos, y durante todo ese lapso éstos carecen de todo derecho sobre los bienes que integran la herencia, *“considerados uti singuli, teniendo solamente un derecho que se ejerce respecto de la herencia, la cual se caracteriza como una universalidad jurídica, una entidad abstracta distinta y separada de los bienes que la componen, cual es el denominado derecho real de herencia contemplado en el artículo 577, inciso 2°, del Código. Sin duda alguna la difusión del Código Civil francés fue extraordinaria, imponiéndose en diversos territorios europeos durante las Guerras Napoleónicas y se aceptó en Bélgica, donde todavía sigue vigente. Influyó en todas las codificaciones del siglo XIX, en particular en el Código Civil italiano de 1865, en el español de 1889 a través del proyecto nonato de Florentino García Goyena de 1851, y se halla en la base de diversos Códigos Civiles sudamericanos, destacando el argentino de 1869 (obra de Dalmacio Vélez Sársfield) y el de Chile (obra de Andrés Bello en 1858), del que de hecho fueron copiados los de El Salvador (en 1860), Ecuador (1861) y Colombia (1873)”*³³.

En el transcurso de los tiempos, y la evolución de las legislaciones a nivel mundial, el Derecho Civil que tuvo por cuna el antiguo Derecho Romano, se ha extendido hacia diversos países que han tomado como guía las bases que éste sentara, desde los tiempos de Justiniano y su valioso aporte a ésta institución como uno de los pioneros del Derecho Civil, pasando por el Código de Napoleón Bonaparte en Francia, luego a España y Chile hasta llegar a formar parte de la legislación civil salvadoreña vigente hasta el día de hoy.

³³ Ibidem.

1.4. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA SUCESIÓN EN EL CONTEXTO DE LA SOCIEDAD SALVADOREÑA.

1.4.1 Legislación Civil Sucesoria a partir de 1860.

En El Salvador, la sucesión por causa de muerte siempre se había practicado, y aunque no se contaba con un cuerpo de leyes propio, las relaciones sucesorias se regían por la legislación española, como resultado de la conquista y colonización. Siendo durante la época 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.”³⁴

Como hemos visto, nuestro Derecho Civil Sucesorio se ha visto enriquecido hasta cierto punto con la adopción y promulgación del Código Civil en 1860, como una imagen del redactado en Chile por el Dr. Andrés Bello, estableciendo las reglas pertinentes que han de regir la aplicación de la sucesión por causa de muerte, y con ello enumerando los requisitos y situaciones que deberá observarse para que ésta tenga lugar, con una redacción más precisa que la que hasta entonces había ofrecido la legislación

³⁴ Gaceta Oficial No. 85 – Tomo 8 del 14 de abril de 1860.

civil española, 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, esto también es antiguamente reconocido por las primeras constituciones federales, partiendo de la de 1824 y siguientes, es por ello que el Código Civil de 1860, regula 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*”³⁵.

Se han contemplado desde un principio dos grandes y ya conocidas clasificaciones de la sucesión, y las características a observarse para cada una, dejando así establecido que 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 como ya sabemos, significa *sin testamento*, es decir, cuando la persona fallece sin haber manifestado 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.

Cabe mencionar que desde la promulgación del Código Civil quedó legalmente establecido que para que se dé la Sucesión por Causa de Muerte,

³⁵ Código Civil de la República de El Salvador. Segunda Edición. Editorial Lis. 1998.

es menester que la persona a quien el causante le deja sus bienes o patrimonio o una parte de el, “*exista*”³⁶, es decir, que tenga existencia real al momento de la asignación; diremos entonces por lógica, que no tendría razón de ser que se le dejen bienes a una persona que ya está muerta, pues carecería de la posibilidad de disfrutarlos o en su caso de incrementarlos.

Dentro de la libertad de una persona de disponer libremente de sus bienes, o libertad de testar reconocida en el artículo 22 de la Constitución de la República de El Salvador, diremos que la persona del causante, puede dejar sus bienes a cualquier persona, ya sea unida en parentesco con él o no, es decir, que no necesariamente tiene la obligación de dejar como herederos a familiares, sino también a particulares; aunque desde tiempos antiguos es costumbre la asignación de los bienes a los descendientes, pasando así éstos de generación en generación entre la familia misma, y es comprensible que los herederos sean aquellas personas que en cierta medida han participado ya sea en la realización y/o en el incremento de dicho patrimonio como lo son generalmente los familiares.

En El Salvador, esta libertad de testar no es absoluta, debido a que excluye a seres que no son personas, es decir, que no se consideran sujetos de derecho hereditario a los animales, como a veces sucede en legislaciones de otros países. Pues si observamos cuando habla de sujetos de derecho, única y expresamente se refiere a personas naturales y personas jurídicas

Con respecto ésta existencia física o legal 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**

³⁶ Ibidem. Art. 963.

madre o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás.”³⁷

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 a la teoría de la vitalidad contemplada hasta entonces en la legislación salvadoreña, por lo que al verse modificada la Carta Magna ha resultado una contraposición con respecto a la legislación secundaria que por no haberse adecuado a dicha reforma aún se encuentra regulando la existencia de la persona humana desde su nacimiento; siendo éste un punto que se verá más ampliamente desarrollado en el próximo capítulo.

1.5. FORMAS DE SUCEDER POR CAUSA DE MUERTE.

En palabras sencillas, la Sucesión por Causa de Muerte opera por dos vías: “**una Testamentaria**,”³⁸ que se da cuando una persona dispone de sus bienes dejando un documento donde plasma su ultima 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**,”³⁹ 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

³⁷ Ibidem., Art. 72.

³⁸ Ibidem. Art. 953.

³⁹ Ibidem.

través de los notarios y/o de los Jueces, de hacer la transferencia de los bienes a los herederos.

Como ya se dijo, la sucesión por causa de muerte puede hacerse mediante dos vías: una por testamento o *Testamentaria* y la otra por la ley, *intestada* o abintestato. Es cronológicamente indiscutible que primero hizo su aparición en la humanidad la sucesión intestada y, con posterioridad, la testamentaria, como se ha visto en los *antecedentes históricos de la sucesión*, en efecto en los comienzos de las sociedades humanas no existió la propiedad privada, sino que cierta forma de propiedad colectiva, que pertenecía a la tribu o la familia y que se era administrada por el jefe de este grupo étnico-social. Al fallecer el jefe (*pater familias*, del que ya se habló), sus sucesores pasaban a administrar esta propiedad colectiva.

Posteriormente nace la “*sucesión testamentaria como consecuencia de dos Hechos*:

- 1.- *Del aparecimiento de la propiedad privada como una reacción del individualismo en contra del grupo social y,*
2. – *De un mayor desarrollo jurídico de los pueblos; en efecto, la sucesión intestada es primaria, de modo que aun los pueblos primitivos estaban en situación de captarla y entenderla. El testamento supone mayores conceptos jurídicos para ser comprendido, y por ello aparece con posterioridad.”⁴⁰*

En cambio, jurídicamente tiene primacía la sucesión testamentaria, ya que la intestada se aplica precisamente cuando por cualquier motivo no existe testamento, es decir, se recurre a las reglas de la sucesión intestada a falta de

⁴⁰ Puig Peña, Federico; “Tratado de Derecho Civil Español”; Vol. 1, (Teoría General de las Sucesiones). Segunda Edición, 1990, Pag. 168.

testamento. Y en la sucesión abintestato, el legislador trata de interpretar la voluntad del que no testó; otra cosa distinta es que en la práctica abunde más la sucesión intestada que la testamentaria.

1.5.1 Sucesión Testamentaria.

En la sucesión testamentaria, es el causante el que al otorgar testamento, distribuye sus bienes y designa a sus herederos o legatarios. *“La Sucesión Testamentaria es la institución del Testamento y de los legados, considerados desde el punto de vista de sus efectos.”*⁴¹

La sucesión testamentaria depende de la voluntad expresa manifestada por el testador en su testamento, al cual definiremos como: el acto otorgado con las solemnidades legales, en que una persona dispone del todo o parte de sus bienes, para que tenga efecto después de sus días. Habiendo testamento en que el difunto hubiere dispuesto de sus bienes o de parte de ellos, la sucesión tiene lugar con respecto al testamento y de aquí su nombre de sucesión testamentaria. *“Si no hay testamento no ha dispuesto el testador de sus bienes o solo ha dispuesto de una parte de ellos, la sucesión es intestada en su totalidad o respecto de la cuota de bienes de que el testador no ha dispuesto.”*⁴²

El art. 954 C. denomina *asignaciones por causa de muerte* las que hace la ley o el testamento de una persona difunta para suceder en sus bienes. La asignación testamentaria *“es el acto de disposición que el testador hace de sus bienes, instruyendo herederos o legatarios”*.⁴³ La expresión también

⁴¹ Bonnecase, Julien, “Tratado Elemental de Derecho Civil”, Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie, Volumen 1. Editorial Harla, 1997, Pag. 18.

⁴² Ibidem.

⁴³ Urquilla Bermúdez, Carlos Humberto; “Derecho Sucesorio Salvadoreño, Veinticinco Guías para su Estudio”, Primera Edición, Editorial Ministerio de Justicia, 1996, Pag. 67.

designa la herencia o legado en si mismo, esto es el contenido u objeto de la asignación.

Entre los requisitos subjetivos y objetivos que deberán cumplirse para que haya eficacia de la asignación testamentaria se encuentran: “*requisitos subjetivos* o relativos a la persona del asignatario y *objetivos* o relacionados con el objetivo del acto de disposición. La asignación requiere que el asignatario reúna las condiciones generales para suceder por testamento o abintestato ha de ser capaz y digno. Pero tratándose de las asignaciones testamentarias, hace falta un requisito subjetivo más: que el asignatario sea persona cierta y determinada. En cuanto al objeto de la asignación testamentaria debe ser determinado o determinable; en cuanto a la certidumbre y determinación del asignatario el art. 1039 C. dispone que *todo asignatario testamentario, deberá ser una persona cierta y determinada, natural o jurídica ya sea que se determine por su nombre o por indicaciones claras del testamento.*”⁴⁴

Ya sea a título “universal” o “singular”⁴⁵, al momento de la muerte del testador o causante, se abre la sucesión, ante lo cual la ley hace a los asignatarios el llamamiento para aceptar o repudiar dicha asignación, por lo que deberá seguirse las tres fases siguientes:

- a) Apertura de la sucesión;
- b) Delación;
- c) Aceptación o repudiación de la asignación.”⁴⁶

Las dos primeras fases suelen ser confundidas por algunas personas, pues se dan casi al mismo tiempo; sin embargo una es a consecuencia de la otra, por lo que no pueden ser una sola. *La apertura* de la sucesión tiene lugar

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Código Civil., Ob. Cit. Art. 952

⁴⁶ Urquilla Bermúdez, C. H, Ob. Cit. . Pag. 67

tras la muerte del causante y “ *habilita a los herederos para tomar posesión de los bienes hereditarios*”⁴⁷, pues al dejar de existir es cuando sus bienes quedan sujetos a su última voluntad; *la delación* sin embargo, nace a consecuencia *de la apertura de la sucesión*, lo cual implica el *actual llamamiento* para que el sucesor comparezca y manifieste su voluntad de aceptar o repudiar la asignación, es decir, es el ofrecimiento de si acepta o no el patrimonio que el *cujus* le hubiere asignado.

Y es esto lo que se conoce como *deferimiento*, el llamamiento que la ley hace a los asignatarios para que se pronuncien. Mientras el o los asignatarios a quienes se les ha deferido no se manifiesten al respecto, dicha asignación “*yace, es decir, descansa.*”⁴⁸ *La aceptación* como ya se dijo, es la manifestación libre de la voluntad del asignatario de forma positiva ante el llamamiento que se le hiciera tras la muerte del causante y la apertura de la sucesión, con la cual ha ejercido su derecho de opción.

1.5.2. Sucesión Intestada.

El artículo 953 C. establece que si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama *testamentaria*, y si se sucede en virtud de la ley será *intestada o abintestato*. Esta última será el objeto de estudio del presente apartado.

Puede definirse a la sucesión intestada como: “la transmisión que hace la ley de los bienes, derechos y obligaciones transmisible de una persona difunta.”⁴⁹ Como una clara influencia de la tradición romana, a falta de

⁴⁷ Ibidem. Pag. 36.

⁴⁸ Valencia Cea, Arturo. “Derecho Civil”, Tomo I, “Parte General y Personas”; Editorial Temis, Bogotá, 1958, Pag. 75.

⁴⁹ Urquilla Bermúdez, C. H. Ob. Cit. Pag. 45.

testamento, la ley designa a los herederos del difunto, interpretando de esta manera, una voluntad que nunca llegó a externarse. Es por ello que se dice que “*las reglas de la sucesión intestada constituyen el testamento tácito o presunto del causante*”⁵⁰ de acuerdo al orden establecido en el artículo 988 del Código Civil.

Según Urquilla Bermúdez, de acuerdo a lo contemplado en nuestro Código Civil en el art. 981, son tres los casos por los cuales puede haber lugar a la sucesión intestada: “*1º cuando el difunto no dispuso de sus bienes, 2º cuando sí dispuso pero no lo hizo conforme a derecho (por ejemplo cuando es nulo por defecto de forma o de fondo, cuando es nula alguna de sus cláusulas, etc.), 3º cuando la disposición no ha tenido efectos jurídicos (cuando la asignación era condicional y no se cumplió la condición, cuando el asignatario designado repudió la asignación o se hizo indigno o incapaz).*”⁵¹

1.6. DE LAS ASIGNACIONES TESTAMENTARIAS.

En primer lugar, debemos definir lo que entenderemos doctrinariamente por asignaciones y asignaciones por causa de muerte, en ese sentido: “*Asignación es la acción o efecto de asignar; y como asignar significa señalar, destinar, asignación por causa de muerte, “es el señalamiento o destinación del todo o parte de los bienes de una persona difunta, hecha en el testamento o en la ley, para que otra u otras le sucedan en sus bienes.*”⁵² En otras palabras, es el acto de disposición que el testador hace de sus bienes, instituyendo herederos o legatarios.

⁵⁰Ibidem.

⁵¹ Ibidem. Pag. 47 y 48.

⁵²Claro Solar, L.;Ob. Cit. Pág. 17.

En otras palabras, cuando hablamos de *asignaciones* nos estamos refiriendo a señalar lo que le corresponde a una persona; la palabra asignación como ya se explicó quiere decir destinarle una cosa a alguien para que la reciba como *asignación*, a esta persona el Código la denomina “asignatario”; en este caso las asignaciones que nos interesan son las *asignaciones por causa de muerte*, ya que pueden haber asignaciones entre vivos también, por lo que es necesario especificar un poco más y explicar en primer lugar acerca de lo que es la *sucesión*, ya que en el derecho no se concibe hablar de derechos subjetivos por la eternidad, los derechos de un sujeto finalizan con su muerte, y es aquí donde debe tenerse la certeza de a quién le corresponderá ocupar el lugar del difunto al heredar sus bienes, derechos y obligaciones; desde luego que no todos los derechos y obligaciones son susceptibles de ser heredados, pues ciertas relaciones y algunos derechos se extinguen con la vida de la persona, un ejemplo de esto son los derechos de uso (art. 776 inc. 2º C.), los derechos de habitación (según el art. 821 C.), las obligaciones adquiridas por responsabilidad penal, etc. También, según lo explica Claro Solar, “*son intransmisibles y no pasan por lo tanto a los herederos: ...el derecho de alimentos forzosos, y los que se le asemejan como las pensiones de gracia o rentas del Estado, que suponen una relación personal con el deudor o una cualidad especial de la persona que la goza, tampoco los derechos que nacen de contratos que terminan por la muerte de uno de los contratantes o que se otorgan durante la vida del acreedor o de una tercera persona, como el mandato, el comodato, la renta vitalicia..., los derechos que nacen exclusivamente de la ley como la capacidad personal o la facultad para obtener un título o ejecutar ciertos actos...*”⁵³ ; los derechos principalmente de naturaleza pecuniaria o patrimonial sí mantienen su existencia pasando a los herederos y aquí es donde principia la sucesión por causa de muerte, la cual es

⁵³ Ibidem. Pág. 12.

el objeto de nuestra investigación y puede ser a título universal o a título singular como lo veremos más adelante.

La voz *asignación* hace suponer la idea de expresión de la voluntad de quien puede disponer de los bienes asignados y más propiamente es aplicable a la sucesión testamentaria en que el testador señala o destina los bienes que deja a determinada persona, de una forma directa.

Las asignaciones testamentarias pueden clasificarse legal y doctrinariamente en tres grupos: a) “puras y simples y sujetas a modalidades, según que los efectos de las asignaciones produzcan inmediatamente o vayan a verse afectadas por algunas de las modalidades, de las cuales son la condición, el plazo o el modo; b) asignaciones a título universal o herencia, asignaciones a título singular o legados; c) asignaciones voluntarias o forzosas, las primeras son aquellas que el testador está en libertad de efectuar o no, según su arbitrio o deseo, las segundas está en la obligación de hacerlas...”⁵⁴ Es necesario aclarar en virtud de esta última clasificación que una disposición testamentaria no puede ser forzosa, pues perdería su objetivo en el sentido que el testador debe “*disponer libremente de sus bienes*”⁵⁵, por lo que una disposición que se hubiere originado por algún motivo ajeno a la voluntad del testador no tendrá razón de ser.

La palabra asignaciones implica que se designa tanto las disposiciones testamentarias a título universal como las disposiciones a título singular, es decir ya se refieran a la totalidad o a una parte alícuota de los bienes del difunto; de ahí la clasificación que hace nuestro Código de las asignaciones testamentarias en herencias y legados.

⁵⁴ Urquilla Bermúdez, C. H., Ob. Cit. Pág. 23.

⁵⁵ Código Civil. Ob. Cit. Art. 996 inc. 2º.

1.6.1 Asignaciones A Título Universal.

Estamos ante una sucesión universal de acuerdo al inciso segundo del artículo 952 del Código: “*cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto.*” puede ser *testamentaria o abintestato*, pues en la sucesión intestada según el art. 989 C. “...la herencia se dividirá por partes iguales entre las personas...” llamadas a suceder, lo cual concuerda con la forma en que opera la sucesión universal; en ese sentido, cuando el difunto deja un testamento en donde se designa específicamente a los herederos estamos ante una *sucesión testamentaria* y cuando se habla de una sucesión abintestato se está refiriendo a una sucesión en la cual el causante murió sin dejar un testamento y en este caso es la ley quien señala quienes serán los llamados a suceder, encontrándose en primer lugar según el orden del Código para la “*sucesión intestada*”⁵⁶, los parientes más cercanos o primeros en la línea sucesoria.

Como sabemos, una sucesión por causa de muerte puede estar formada por todo el patrimonio, una cuota del mismo o cosas específicamente designadas, en ese caso es el causante el que designa quien será su heredero y qué parte le corresponde a cada uno por medio del testamento y en el caso de no haberlo hecho por alguna razón, es la ley (como ya se dijo), la que se encarga designar quienes serán los herederos. Partiendo de la definición legal enunciada en el párrafo anterior, entendemos que cuando se le asigna a una persona una parte o la totalidad del patrimonio hablamos de una asignación a *título universal* porque se le está asignando la totalidad o una parte de esa totalidad sin hacer especificación, ya que al hablar del “patrimonio que se

⁵⁶ Ibidem. Art. 988.

asignará” nos referimos a una serie de bienes, derechos y obligaciones que formaban parte del patrimonio del difunto, que se transmiten al heredero en parte o en su totalidad sin señalar directamente ningún elemento, a diferencia de las asignaciones a título singular en las que se señala un bien de forma concreta, a esto se refiere la universalidad jurídica denominada patrimonio; en consecuencia y por lógica, al heredero al cual se le asigna la totalidad del patrimonio del difunto se le llama *heredero universal* porque se le ha nombrado y puede llegar a ser el dueño de la totalidad del patrimonio.

El objeto de la sucesión a título universal es una universalidad (totalidad), ya se refiera a la totalidad, ya solamente a una cuota de ella; en el mismo caso si uno o varios sucesores han sido llamados a la herencia sin designación de cuotas, han de dividirse los bienes que la constituyen en proporciones iguales, siendo en definitiva sucesores de “*cuota*”⁵⁷ en el patrimonio a que han sido llamados a suceder al difunto.

Puede haber uno o más herederos universales a los cuales les corresponde la totalidad de la herencia (bienes, derechos y obligaciones) en estos casos la totalidad del patrimonio del difunto se divide entre todos los herederos universales pero si alguno de ellos rechaza su parte, ésta se sumará a la totalidad de la herencia de los demás herederos universales, aumentando su parte de la herencia según lo que se llama “*derecho de acrecer*”⁵⁸, Por ejemplo: “...dejo todos mis bienes a mis hijos Juan, Pedro y a mi esposa María...” No opera este derecho en el caso de los herederos de cuota, pues una de las diferencias fundamentales entre estos y los herederos universales es que en caso que uno de los herederos a los que les corresponde una cuota no la acepte por que no puede o no quiere esto no aumenta la cuota de los otros herederos de cuota, en estos casos no se da el derecho de acrecer según el

⁵⁷ Ibidem, Art. 952

⁵⁸ Ibidem, Art. 1123.

art. 1124 C., porque aquí cada quien ya tiene su cuota asignada a menos que en la asignación haya dos herederos de la misma cuota, aquí si se puede dar el derecho de acrecer.

Cabe destacar en base al art. 1078 C. una característica fundamental de los herederos a título universal y es que estos son los que pasan a ocupar el lugar del difunto y lo representan dado que estos no solo heredan sus bienes y derechos si no que también sus obligaciones esto quiere decir que en caso que el difunto haya tenido acreedores estos pueden cobrarse con la herencia del causante y hasta con los bienes del heredero pues el patrimonio del causante y del heredero pasan a ser uno solo una vez aceptada la herencia y la única forma de evitar que los acreedores se cobren con los bienes del heredero es que este acepte la herencia con “*beneficio de inventario*”⁵⁹ ya que puede darse el caso que las obligaciones sobrepasen los bienes del causante.

1.6.2 Asignaciones a Título Singular.

Una asignación a título *singular* en palabras sencillas y en base a lo estipulado por nuestro Código Civil en los artículos 952, y del 1083 al 1112, es cuando se hace una asignación de una parte específica del patrimonio a una persona, cuando se señala una cosa determinada a una persona para que la suceda de otra persona cuando esta fallece, es decir, cuando la cosa asignada se ha individualizado, cuando se ha abstraído para ser considerada en forma separada de la universalidad de que forma parte; se dice que la asignación es a título singular porque en estos casos no se sucede en la universalidad de la herencia ni en una parte de ella si no en una o varias cosas que son especificadas expresamente en el testamento.

⁵⁹ Ibidem, 1169.

Las asignaciones a título singular solamente pueden ser testadas o sea solamente se dan por testamento y son denominadas por nuestro Código como: “*legados*”⁶⁰, estos son cosas específicas que se dejan a una persona. Por lo tanto, el legatario no sucede en la universalidad de la herencia y en consecuencia no es un heredero, solo “*los asignatarios a título universal son herederos*,”⁶¹ los asignatarios a título singular son en consecuencia: *legatarios*.

En los casos donde en una herencia se dejan legados los obligados a pagarlos son los herederos a título universal, pero la obligación de pagar los legados también puede recaer en un legatario a quien se dejó la obligación de pagar el legado a otro llamado vice-legatario, en este caso el primer legatario es el que disminuye en su asignación para pagar al vice-legatario, el legado o porción específica de la herencia que se le da al vice-legatario se le denomina sub-legado dado que depende de un legado anterior a esto se refiere el artículo 1245 C. Que dice “*el legatario obligado a pagar un legado lo será solo hasta la concurrencia del provecho que reporte de la sucesión, pero deberá hacer constar la cantidad en que el gravamen exceda al provecho*” a lo que se refiere este artículo es que el segundo legado no puede ser mayor que el primero y si lo es el primer legatario no está obligado a pagar el exceso.

Cuando el legatario no acepta el legado por que no puede o lo repudia, el legado vuelve a ser parte de la totalidad de la herencia o “se junta a las porciones de otros”,⁶² es decir, acrece a algún co-legatario si lo hubiere en estos casos y para evitar que pase esto el causante puede designar a un segundo asignatario para que ocupe el lugar del anterior esto en el caso que no

⁶⁰ Ibidem, Art. 955.

⁶¹ Ibidem, Art. 1078.

⁶² Ibidem, Art. 1123.

podiera o no quisiera aceptar el legado, a este sustituto se le denomina doctrinariamente vice-legatario y la asignación es denominada vice-legado.

Puede afirmarse por lo tanto que un legatario es una persona a la que se le ha dejado una cosa específica del patrimonio, estos no heredan a título universal si no a título singular ya que como se ha dicho anteriormente, lo que heredan no es la universalidad si no una parte específica de ella, un cuerpo cierto, una especie determinada y por lo tanto no pasan a representar al fallecido como lo hacen los herederos a título universal en sus obligaciones y en caso que el causante haya dejado acreedores, estos deben cobrarse primero de los herederos y luego de los legatarios los cuales solo responden a prorrata de los valores que se les ha legado y no por su propio patrimonio, como lo establecen los art. 1246 y 1238 del Código Civil.

En conclusión, de acuerdo a los artículos 952 y 955 C. “El título es *universal* cuando se sucede al difunto en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, un tercio o un quinto. El título es *singular* cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos...”, como tal carro, tal casa “...o en una o más especies indeterminadas...”⁶³ del mismo género, como mil dólares, cuatro inmuebles. Las asignaciones a título universal se llaman *herencias*, y las asignaciones a título singular se llaman *legados*. El asignatario de herencia se llama *heredero*, el asignatario de legado se llama *legatario*.

⁶³ Ibidem, Art. 952.

1.7 DE LA CAPACIDAD PARA SUCEDER POR CAUSA DE MUERTE.

La capacidad que la ley le reconoce a las personas puede definirse según Somarriva como: “*la aptitud de una persona para adquirir derechos y poderlos ejercer por sí misma*”⁶⁴. De ésta definición según ellos se desprende que la capacidad puede ser: de *goce o adquisitiva y de ejercicio*.

Puede definírsele también como: “*Aptitud que se tiene, en relaciones jurídicas determinadas, para ser sujeto activo o sujeto pasivo de las mismas.*”⁶⁵ De esta forma, la capacidad puede ser absoluta, si permite actuar en toda clase de actos jurídicos y políticos, y puede ser relativa cuando consiente realizar algunos de ellos y otros no. Tanto la *edad*, el *estado familiar*, y la *salud mental* constituyen aspectos primordiales en la cuestión de la capacidad.

Todas las personas como sujetos de derecho son susceptibles de beneficiarse con las disposiciones de una regla de derecho o de una institución jurídica, de sufrir también eficazmente su coacción y de cumplir sus mandamientos. Si se desea tener una noción exacta de capacidad debe relacionarse con la noción de personalidad. Es por ello que el termino *capacidad* significa “la aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho, de familia o patrimonial, y para hacer valer por si misma los derechos de que esté investida”.⁶⁶ La capacidad concebida con este alcance general es, en suma, la expresión de la actividad jurídica íntegra de una persona. Esta

⁶⁴ Somarriva Undurraga, Manuel y Alessandri Rodríguez, Arturo; “Fuente de las Obligaciones”, Tomo IV. , Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, 1942. Pag. 176.

⁶⁵ Osorio, Manuel; Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales; Viamonte 1730, Buenos Aires, Argentina. Segunda Edición.

⁶⁶ Bonnacase, Julien; “Tratado Elemental de Derecho Civil”; Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie Vol. I. Editorial Harla. 1997, Pag. 164.

noción de capacidad se descompone en dos nociones totalmente distintas: La Capacidad de goce y la Capacidad de Ejercicio.

Encontramos definida también la *capacidad para suceder* según Manuel Ossorio como el “Conjunto de condiciones legales que se necesitan para ser sujeto pasivo de la transmisión hereditaria”.⁶⁷

1.7.1 Capacidad de Goce.

La *Capacidad de Goce* es “la aptitud de una persona para adquirir derechos, para ser titular de ellos, para poder ser sujeto de derechos”.⁶⁸ Estos autores en su obra sostienen que “la persona privada de la capacidad de ejercicio puede ser titular de derechos, incorporarlos a su patrimonio y obtener todos los beneficios pecuniarios que sean susceptibles de producir, pero para hacerlos valer requiere el ministerio de otra persona”⁶⁹. Según Ramón Meza Barros, “en Derecho Hereditario, cuando se habla de capacidad o incapacidad, ello queda circunscrito a la capacidad o incapacidad de goce, no teniendo nada que ver la capacidad o incapacidad de ejercicio para suceder por causa de muerte.”⁷⁰ Sostiene además que “toda persona, por el mismo hecho de serlo, tiene capacidad de goce, contrariamente a lo que antes ocurría, pues no bastaba pertenecer al género humano para tenerla, y estaban privados de ella los esclavos, los extranjeros, los monstruos y los muertos civiles.”⁷¹

⁶⁷ Ossorio, M. Ob. Cit. Pág. 132.

⁶⁸ Alessandri, Arturo y Somarriva, Manuel; “Curso de Derecho Civil”, Tomo IV, “Fuentes de las Obligaciones” Editorial Nacimiento, Santiago de Chile, 1942, Pág. 176, 177.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Meza Barros, Ramón; “Manual de la Sucesión por causa de Muerte y Donaciones entre Vivos”, Cuarta Edición, Editorial Jurídica de Chile 1974, Pag. 35.

⁷¹ Ibidem.

La capacidad de goce “es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación”.⁷² En una fórmula más breve, se dirá que la capacidad de goce es la aptitud de ser titular de un derecho. Según Bonnecasse, esta noción de capacidad de goce se identifica, pues en el fondo con la noción de personalidad, por ello estos términos son equivalentes, no debe concebirse la noción de personalidad sin la capacidad de goce.

1.7.2 Capacidad de Ejercicio.

Para Alessandri y Somarriva, la Capacidad de Ejercicio es “la aptitud legal de una persona para poder ejercer personalmente, por sí misma los derechos que le competen”.⁷³ Conocida también como *capacidad de obrar* por sí mismo, y cuyos actos realizados tienen validez jurídica. En este caso no será necesaria la intervención de una tercera persona que actúe en su nombre y representación, pues la persona se encuentra completamente avalada por la ley para el ejercicio personal de sus derechos y deberes. Coincidiendo con ello Urquilla Bermúdez al sostener que a diferencia de la de goce, “...la capacidad de ejercicio requiere valerse por sí mismo para ejercitar o reclamar sus derechos”.⁷⁴

⁷² Bonnecasse, J. Ob. Cit. Pag. 22

⁷³ Alessandri, A. y Somarriva Undurraga M.; Ob. Cit. Pág. 177

⁷⁴ Urquilla Bermúdez, C. H; Ob. Cit. Pág. 19.

1.8 DE LA ACEPTACION Y LA REPUDIACION.

Podemos definir la *Aceptación* como: “la declaración expresa o tácita que hace el sucesor o heredero del causante de tomar para sí la asignación con los derechos y obligaciones que supone dicha sucesión.”⁷⁵ Ésta a su vez puede ser pura, es decir, sin reserva de ninguna clase, esto es, sin beneficio de inventario, sin limitar el sucesor su responsabilidad por las deudas del causante al importe de los bienes recibidos como parte de la sucesión.

1.8.1. Efectos de la Aceptación y la Repudiación.

Al aceptar una asignación, se ha realizado un pronunciamiento positivo ante el llamamiento realizado, ya sea a raíz del testamento del *cujus* o por el orden de la sucesión intestada señalado en el Código Civil. Siendo a través de ésta manifestación de voluntad que se puede entrar en posesión de los bienes del causante; esta “*aceptación de herencia para que produzca efectos legales ha de ser expresa*”⁷⁶ según las reglas del Código Civil. La repudiación por el contrario, es el pronunciamiento de forma negativa o rechazo, ante el ofrecimiento de los bienes del causante. Como consecuencia de este rechazo, las disposiciones testamentarias quedan sin efecto en la esfera jurídica.

Ambos ponen fin a la última etapa del proceso de aceptación de herencia regulado por la ley, pues tanto la una como la otra constituyen el ejercicio del derecho de opción reconocido mediante el deferimiento de la sucesión.

⁷⁵ Claro Solar, L; Ob. Cit. Pág. 53,

⁷⁶ Cod. Civil, Ob. Cit. Art. 1162

CAPITULO II

DEL DERECHO DE TRANSMISION EN LA SUCESION POR CAUSA DE MUERTE Y SU REGULACIÓN EN EL DERECHO CIVIL SALVADOREÑO.

2.1 EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO DE TRANSMISION A NIVEL MUNDIAL.

2.1.1 Derecho Romano

Debido a que todos los principios del Derecho Civil eran de carácter riguroso, la posibilidad de la transmisión a los herederos del derecho a una herencia no asignada de manera directa por el *cujus* se veía imposibilitada, aunque en ciertos casos experimentó algunas excepciones que daban como resultado dicha transmisión, conocida en ese entonces como *Transmisiones*, “si el heredero fallecía antes de hacer adición a la herencia, su llamamiento a la sucesión no se transmitía a sus propios herederos, por aplicación de la máxima *hereditas non adquisita non transmittitur ad heredes*. Empero, aquel principio sufrió importantes derogaciones con Justiniano que llegó a reconocer con el nombre de *Transmisiones*, la transmisión hereditaria del derecho derivado de la delación de la herencia. Precedentes clásicos de *transmisiones* encontramos en el caso del pretor que otorgaba a los herederos del llamado a heredar una *in integrum restitutio*, cuando éste se hallaba impedido de adquirir la herencia (*transmissio ex capite in integrum restitutionis*). También en el supuesto del *paterfamilias* que tenía derecho a adquirir la herencia si el *filiusfamilias infans* llamado a ella, moría antes de haber efectuado la adición (*transmissio ex capite infantiae*).⁷⁷; otra de estas era la que tenía lugar cuando el *cujus* se hallaba en el caso de la restitución contra la repudiación o la omisión de una sucesión y fallecía antes de haber sido restituida, transmitía a

⁷⁷Arguello, L. R., Ob. Cit. Pág. 513

sus herederos el derecho de obtener esa restitución, lo que implicaba el derecho de poder aceptar la sucesión que había sido repudiada u omitida.

Un ejemplo claro es el de Teodosio II, quien permitió a los hijos (en general a los descendientes) instituidos por un ascendiente, si moría antes de abrirse el testamento, transmitir el derecho de herencia que les era deferido a sus herederos descendientes, aunque murieran sin haber tenido conocimiento de la Delación.

“En el Derecho Imperial se conoció la transmissio Theodosiana, creada por Teodosio II, por la cual si moría el descendiente instituido antes de la apertura del testamento, su derecho a la adquisición de la herencia se transmitía a sus hijos. Por fin, Justiniano estableció el principio general de que el heredero testamentario o intestado que moría sin haber aceptado o repudiado la herencia, transmitía a sus propios herederos el poder de aceptarla, dentro del plazo de un año (Transmissio Iustiniana).”⁷⁸ Aportación tan importante que aún sigue vigente en el Derecho Civil, regulado específicamente en el art. 958 de nuestro Código, figura de suma utilidad y que brinda una solución práctica a sus herederos cuando el asignatario muere sin haberse pronunciado.

2.1.2 . Derecho Español

El antiguo Derecho Español, fundamentado en los principios de la legislación romana a que se ha hecho referencia, establecía también la *“necesidad de la Adición de la herencia o legado,”⁷⁹* es decir, la intervención de

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ Ibidem.

un tercero que se adhiriera a la sucesión del primer causante, para que pudiera considerarse que esa herencia o legado, había sido definitivamente adquirida.

La Institución Civil del Derecho de Transmisión o Derecho de Opción, ha venido siendo regulada por los Códigos Civiles tanto de España como de Chile, éste último, redactado conforme la doctrina española, retomando los principios rectores de ésta, dejando de esta forma sentado un precedente en la legislación civil que como parte del Derecho Sucesorio pronto sería adoptado por otros países de Latinoamérica.

2.2 ANTECEDENTES DEL DERECHO DE TRANSMISION EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA.

En El Salvador, esta figura ya había sido practicada anteriormente, aunque no era regulada mediante una ley propia de nuestro país, ya que como se explicó en los antecedentes de la Sucesión, antes de 1860 “nos regíamos por leyes civiles españolas,”⁸⁰ siendo legalmente reconocida en un cuerpo de leyes salvadoreño precisamente hasta la adopción y promulgación del Código Civil en 1860, como una copia fiel del Código Civil Chileno; regulando en el artículo 958 de éste la posibilidad que una persona que no alcanzó a aceptar una asignación o muere sin darse cuenta que se le había deferido, pueda transmitir su derecho de opción como parte de su patrimonio a sus herederos, pues recordemos que la facultad de aceptar o repudiar una asignación es *un derecho*, y el patrimonio de una persona se encuentra compuesto no solamente por bienes muebles e inmuebles, sino también por *derechos* y obligaciones.

⁸⁰ Gaceta Oficial No. 85 – Tomo 8 del 14 de abril de 1860.

2.2.1 El Código Civil de 1860.

El Código Civil salvadoreño, siguiendo las bases que establecidas en el Código Francés, con respecto a la figura de la Transmisión manifiesta un principio contrario al de otras legislaciones, pues se transmite el derecho de aceptar o repudiar la asignación aunque el asignatario del segundo causante ignore que se le ha deferido como parte del patrimonio objeto de la sucesión.

En el caso de los Nasciturus, cuando se les deja una asignación testamentaria, a la luz del Código Civil opera el Derecho de Transmisión, pero éste tuvo que haber nacido al momento de la asignación de la herencia o legado, estableciendo además que no basta con el nacimiento de la criatura, sino que ésta debe haber nacido viva, y que haya subsistido por sí mismo “siquiera un momento”⁸¹ después de ser completamente separado de su madre, en correspondencia con la “Teoría de la Vitalidad”⁸² empleada por éste Código, y si muere sin ejercer su derecho de opción, o sus padres en representación suya, podrá transmitir el derecho de aceptar o repudiar la asignación a su ascendiente más cercano, pues es físicamente imposible que un recién nacido tenga descendencia.

2.3 UN ENFOQUE DOCTRINARIO DE LA FORMA DE LA TRANSMISIÓN.

Para que ésta figura tenga lugar en el ámbito jurídico debe observarse una serie de características que brinden las condiciones propicias para su aplicación. Cuando el heredero o legatario de una asignación permanece sin manifestar su voluntad de aceptar o repudiarla, ésta se encuentra en suspenso,

⁸¹ Cod. Civil; Ob. Cit. Art. 72.

⁸²Gayardo, Samuel; “Manual de Medicina Legal”; Manuales Jurídicos N° 8, Editorial Jurídica de Chile, 1948. Pag. 51.

y sin la certeza que ésta será incorporada al patrimonio del asignatario, sin embargo, el derecho de opción se encuentra dentro de su patrimonio, pues recordemos que como lo han establecido muchos autores “*el patrimonio de una persona se encuentra compuesto no sólo por bienes materiales muebles e inmuebles, sino también por derechos y obligaciones (presentes y futuras ciertas, inciertas o aleatorias)*”⁸³ y dentro de esos derechos del asignatario se encuentra el de aceptar o repudiar cuando se le haya deferido una asignación.

Al morir dicho asignatario sin haberse pronunciado de forma positiva o negativa, es decir, sin haber ejercido su derecho de opción, “*éste derecho queda formando parte de su patrimonio activo*”⁸⁴, y como tal pasará a manos de sus herederos; de ésta forma, el derecho de aceptar o repudiar la asignación del primer causante se transmite a los herederos del segundo causante como si les hubiera sido deferida a ellos directamente. Pero es necesario tener presente que el primer causante transmite el derecho de opción sólo si al fallecer sin ejercerlo para sí mismo aún no han prescrito sus derechos a la sucesión, es decir, si aún no han pasado treinta años (que la ley establece) a partir del deferimiento de la misma, ya que de ellos (derechos sucesorios) emana dicha facultad.

Por lo tanto, no tendrá lugar la transmisión si al tiempo en que muera el segundo causante, sus derechos a la sucesión del primero ya prescribieron; pues según el Código Civil pierde éste derecho al haber dejado transcurrir el plazo de “treinta años”⁸⁵ sin hacer pronunciamiento alguno sobre la sucesión,

⁸³ Planiol, Marcel y Ripert, Georges; “Derecho Civil”; Primera Serie, Volumen 8; Biblioteca Clásicos del Derecho, año 2002; (“*Traité Practique de Droit Civile Français*”). Paris 1926. Pag. 292.

⁸⁴ Colin y Capitant. “Embriología Médica”, Tomo 8, Séptima Edición; Editorial Reus. Madrid 1957. Pag. 242.

⁸⁵ Cod. Civil; Ob. Cit. Art. 1191.

siendo ésta una especie de sanción que la misma ley ha establecido para el asignatario que no ejerza éste derecho oportunamente.

Esta figura conocida también como Derecho de Opción es explicada por Urquilla Bermúdez de la siguiente forma: “si la asignación ya había sido deferida y el asignatario fallece sin haber expresado si la aceptaba o repudiaba, no ejerció su derecho de opción, transmite ese derecho a sus herederos, toda vez que sus derechos a la sucesión a la que fue llamado no hubieren prescrito”.⁸⁶ Según dicho autor, puede ocurrir que después de deferida la asignación fallezca el asignatario, dándose así tres posibles situaciones:

a) “Que el asignatario antes de fallecer alcance a repudiar la asignación; en cuyo caso, de acuerdo al art. 1161 del Código Civil, es como si nunca hubiere sido asignatario y nada transmite a sus herederos respecto a dicha asignación repudiada.

b) Puede suceder que el asignatario acepte la asignación antes de fallecer, habiéndose deferido la asignación. En dicho caso, transmite a sus herederos los bienes comprendidos en la asignación como parte de su propio patrimonio.

c) Como tercera posibilidad se encuentra la de que el asignatario fallezca sin haber logrado aceptar o repudiar la herencia o legado que le fue deferido”⁸⁷; y es precisamente en ésta situación en particular donde se opera la transmisión de la opción o Derecho de Opción, que, como ya se dijo anteriormente, no es otra cosa que la facultad de aceptar o repudiar la asignación de parte del segundo causante.

⁸⁶ Urquilla Bermúdez, C. H. Ob. Cit. Pág. 40.

⁸⁷ Ibidem.

Según explica dicho autor, para que el derecho de transmisión pueda ser reclamado por terceras personas a la autoridad competente es necesario que éstas sean herederas del segundo causante, pues *“el propio legislador ha consagrado este principio en el artículo 958, al decir que el heredero o legatario que fallece sin haberse pronunciado sobre la asignación deferida transmite a sus herederos, etc.”*⁸⁸, al hablar de terceros en este caso en particular, nos referimos a: los padres del heredero o legatario que nació muerto, pues al ser físicamente imposible que tuviera descendencia o que hubiera otorgado un testamento (ya que se trata de alguien que según el punto de vista constitucional sólo existió como persona dentro del vientre de su madre), no puede reconocérsele más herederos que sus progenitores. Ahora bien, dependiendo de la situación el tercero pudiera ser sólo la *madre*, sólo el *padre* o *ambos*. A) Pudiera ser sólo la *madre* cuando hubiera sido el padre del que nació muerto quien le dejare a su hijo una asignación estando éste en el vientre de la madre, falleciendo el padre después de esto y luego naciendo muerto su hijo, quedando la madre como única heredera del hijo según el orden de los llamados a suceder del Código Civil.

Por ejemplo; *Juan y María se unen como pareja y como resultado de su convivencia marital, María se encuentra en estado de embarazo, Juan está enfermo y para asegurar el bienestar económico de su hijo que está por nacer, lo nombra en su testamento como heredero universal de todos sus bienes, falleciendo Juan (padre del concebido) antes del nacimiento de su hijo y pocos meses después al dar a luz María los médicos le comunican que su hijo ha nacido muerto. En éste caso en particular la única llamada a suceder (como heredera de su hijo) de acuerdo al orden del Código Civil es la madre del heredero que nació muerto, pues al ser concebido según el art. 1 de la*

⁸⁸ Claro Solar, L; Ob. Cit. Pág. 53.

Constitución se le consideró como persona para el goce de sus derechos, es decir, se le reconoció su existencia como persona. Y como ya sabemos uno de los requisitos que debe cumplir el tercero para solicitar se le reconozca el derecho de Transmisión, es ser heredero del que murió sin ejercerlo.

B) Pudiera ser sólo el *padre* en el caso que quien hubiere dejado una herencia o legado al que estuviere aún en el vientre de la madre, fuere una tercera persona; y que al tiempo del parto el heredero o legatario naciere muerto y la madre muriera también ya sea durante o después del parto; en cuyo caso el padre sería quien tendría el derecho de ejercer el derecho de opción de su hijo biológico.

Ejemplo; *Juan y María se unen como pareja y como resultado de su convivencia marital, María se encuentra en estado de embarazo, Roberto, amigo de la pareja está enfermo y por el cariño que les tiene a Juan y María decide nombrar al hijo que esperan en su testamento como legatario de una casa, un rancho en el mar, y un inmueble rústico. Falleciendo Roberto antes del nacimiento del hijo de Juan y María. Pocos meses después al dar a luz María los médicos le comunican a Juan que su hijo ha nacido muerto y que María también murió por complicaciones en el parto. En éste caso en particular el único llamado a suceder (como heredero de su hijo) de acuerdo al orden del Código Civil es el padre del heredero que nació muerto.*

C) Pudieran ser ambos padres en el caso que un tercero dejara un legado a su hijo y que éste muriera antes o durante el parto.

Ejemplo; *Juan y María se unen como pareja y como resultado de su convivencia marital, María se encuentra en estado de embarazo, Roberto, amigo de la pareja está enfermo y por el cariño que les tiene a Juan y María*

decide nombrar al hijo que esperan en su testamento como legatario de una casa, un rancho en el mar, y un inmueble rústico. Falleciendo Roberto antes del nacimiento del hijo de Juan y María. Pocos meses después al dar a luz María los médicos le comunican que su hijo nació muerto. Ante lo cual por encontrarse vivos tanto el padre como la madre del legatario y al no hacer el Código Civil en su artículo 988 ninguna distinción entre ambos al llamarlos a suceder, pues los nombra en un mismo numeral, serán ambos quienes podrán solicitar el derecho de transmisión para ejercer el derecho de opción de su hijo y adquirir a través de éste la asignación que se le hiciera.

2.3.1 Campo de Aplicación del Derecho de Transmisión.

Existen doctrinariamente (según Claro Solar), tres principios fundamentales respecto de la aplicación del Derecho de Transmisión:

En primer lugar, se aplica tanto a la sucesión testamentaria como a la intestada, pues si observamos, el art. 958 que regula esta figura se encuentra en el Título denominado *Definiciones y Reglas Generales*, las cuales son aplicadas tanto a la sucesión testamentaria como a la intestada, no haciendo ninguna distinción sobre una u otra.

En segundo lugar, tiene aplicación tanto en las herencias como en los legados, pues ya el mencionado art. 958 lo dice de manera expresa “*si el heredero o legatario*”.

Por último, el adquirente debe ser siempre heredero, el tercero que adquiere el derecho de opción debe ser heredero suyo porque “*el fundamento*

del derecho de transmisión es que se adquiere el derecho de aceptar o repudiar la asignación por ir éste incluido en la universalidad de la herencia”⁸⁹

2.3.2 La Transmisión como Vía Indirecta de Suceder a una Persona.

Es necesario recordar en primer lugar lo que doctrinariamente y para efectos del presente estudio entenderemos por *Transmisión, Derecho de transmisión* o Transmisión del Derecho de Opción según la doctrina que se encuentra apegada a lo previsto en la legislación salvadoreña. Por lo que a continuación se proporciona una definición de ésta figura:

Partiendo de los elementos característicos del derecho de transmisión hemos podido construir una definición propia de esta figura, en ese sentido, diremos que: *“Es una figura civil que forma parte de la institución de la Sucesión por causa de muerte, que constituye una forma indirecta de suceder en la cual si el heredero o legatario cuyos derechos a la sucesión no han prescrito fallece antes de haber aceptado o repudiado la asignación que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiarla, aún cuando fallece sin saber que se le ha deferido.”⁹⁰*

En el Derecho de Transmisión el legislador únicamente ha explicado las reglas generales a seguir, en donde se deja ver que el transmitido adquiere su derecho de manera indirecta porque va incluido en la herencia del transmitente; es así como para que el transmitido pueda adquirir el derecho de opción sobre la asignación del primer causante, debe primero aceptar la asignación del segundo causante.

⁸⁹ Ibidem, Pag. 27.

⁹⁰ Definición elaborada por el equipo de trabajo del presente trabajo de graduación.

Para comprender la forma indirecta de adquirir que la transmisión representa, (y como ya se ha explicado anteriormente), debemos tener presente que:

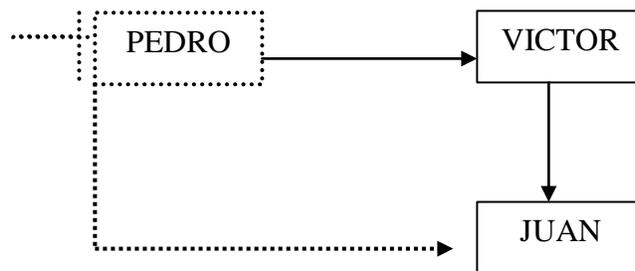
A) Si el Primer causante es quien por medio de testamento deja una herencia o legado a “x”; Segundo causante es la persona “x” a quien el 1º causante dejó la herencia o legado y que murió sin aceptar o repudiar dicha asignación (y que ese derecho de opción ya forma parte de su patrimonio) y por ello se convierte en transmitente del derecho que no ejerció; en consecuencia, Transmitido será un tercero, heredero del 2º causante, que adquiere el derecho de opción como parte del patrimonio del 2º causante y así se convierte en heredero indirecto del primer causante.

B) Que para que el Derecho de Transmisión tenga lugar es necesario además observar los siguientes elementos:

- a) *“Que existan dos causantes, dos sucesiones en que el primer causante le defiere al segundo;*
- b) *Que el segundo causante no haya aceptado o repudiado el derecho a la herencia o legado que le fue deferido;*
- c) *Que ese derecho de opción entre aceptar o repudiar no haya prescrito;*
- d) *Que para ejercitar ese derecho de opción, el transmitido acepte primero la asignación del segundo causante pues es éste quien le dará el Derecho sobre la asignación del 1º causante.*
- e) *Que se trate de una sucesión por causa de muerte, ya sea testamentaria o abintestato.”*⁹¹

⁹¹Urquilla Bermúdez, C. H.; Ob. Cit. Pág. 56

Teniendo en mente las características enunciadas en los literales A) y B), puede comprenderse con mayor facilidad por qué se nombra a la transmisión como una vía indirecta de suceder a una persona; y es porque el transmitido no es un heredero o legatario del primer causante, sin embargo gracias a la figura de la transmisión puede convertirse en su heredero indirecto, tomando para sí los bienes que éste dispusiera para otra persona, que por haber muerto sin pronunciarse sobre ello le brinda la oportunidad de adquirirlos como parte de su patrimonio.



De esta forma JUAN adquiere la asignación de PEDRO a través de la herencia de VICTOR, mediante la figura de la *Transmisión*. Aunque Pedro en su testamento no haya dispuesto dejar sus bienes a Juan, se los dejó a Víctor para que al haber aceptado la asignación haciendo uso de sus derechos como su nuevo y legítimo dueño dispusiera de esos bienes conforme fuera su libre voluntad; resultando que al morir Pedro se declaró abierta la sucesión, y habiéndole nacido el derecho de opción a Víctor, ésta le fue deferida para que cumpliera con la tercera fase del proceso de aceptación de herencia manifestándose de manera positiva o de forma negativa repudiándola; pero Víctor muere antes de lograr ejercer ese derecho que desde la muerte de Pedro ya formaba parte de su patrimonio y al ocurrir esto será su heredero Juan quien lo adquiera como parte la herencia que el *cujus* le dejara.

2.4 EL DERECHO DE TRANSMISIÓN DE ACUERDO AL ARTÍCULO 958 DEL CÓDIGO CIVIL (1860)

El Art. 958 C. dice **“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, aún cuando fallezca sin saber que se le ha deferido”** con lo que está estableciendo que una persona a la que se le ha dejado herencia y muere antes de haberla aceptado o repudiado puede transmitir su derecho a sus descendientes a los cuales pasa el derecho a la herencia, no sin antes haber aceptado la herencia que le correspondía al heredero original, a nombre de este para luego poder aceptar la asignación a título personal. El caso que se está planteando se refiere a la transmisión de una herencia, donde el heredero debe haber muerto sin antes aceptar o repudiar la asignación, ya que si la hubiera aceptado o repudiado no operaría la transmisión porque si la repudia ya no tendría derecho a la herencia pues en este caso del repudio el heredero se está negando a aceptar la herencia y los herederos de este ya no tendrían ningún derecho a la herencia que le correspondía a este, y si la aceptó antes de morir ya no tendría caso la transmisión porque la asignación quedaría a los herederos de este de la forma más común que es por medio de la sucesión directa que transmite a sus herederos la asignación como parte de su propio patrimonio. El transmitente o transmisor segundo en línea (como se ha dicho), debe ser heredero o legatario del primer causante ya sea a título singular o a título universal con esto nos estamos refiriendo a que el segundo en la línea debe haber tenido derecho a la herencia completa o a una parte de esta y la cual no fue aceptada por este al haber muerto antes de hacerlo y de esta manera deja a sus herederos el derecho de aceptarla a su nombre, esto es un requisito indispensable para que el tercero en la línea sucesoria pueda recibir la

herencia, pues si no acepta primero la herencia del fallecido no puede tener derecho a la asignación del 1º causante. Tanto herencia como legado se pueden transmitir porque las personas son llamadas a suceder a título universal y a título singular.

Recordemos que es necesario para que opere el derecho de transmisión que el derecho del transmitente para aceptar la herencia no haya prescrito, es decir, que aún no hayan transcurrido treinta años de haber sido declarada abierta la sucesión, según lo señalado en el artículo 1191 C. donde se establece que el derecho de petición de herencia expira en treinta años. Si ha prescrito nada puede transmitir a sus herederos.

Requisito indispensable es que el heredero segundo en línea sea “*digno y capaz de suceder al primer causante*”⁹², porque si no es capaz ni digno para suceder lógicamente no puede recibir la herencia y no puede transmitir nada a sus herederos ya que además de la *vocación sucesoria* y la *capacidad* también se necesita ser digno de suceder.

2.4.1 Personas que Intervienen en el Derecho de Transmisión.

Básicamente por su participación como sujetos activos por cuyas acciones y decisiones se llega hasta ésta figura, las personas que en un rol protagónico intervienen en el derecho de transmisión son tres:

- a) El Primer Causante,
- b) El Segundo Causante, y
- c) El Adquirente o Transmitido.

⁹²Ibidem; Pág. 43.

El Primer causante, es la persona que a través de su testamento como una manifestación de su última voluntad sobre sus bienes “instituyó un legado o dejó una herencia, respecto a la cual el asignatario no alcanzó a pronunciarse”⁹³ (para el caso en estudio), constituyendo de esta forma el primer eslabón en la sucesión mediante la cual el transmitido adquirirá sus bienes.

El transmitente o transmisor, llamado también segundo causante, es la persona “a quien el primer causante dejó la herencia o legado,”⁹⁴ con cuya muerte le nace el derecho de opción, pero que sin aceptar o repudiar la asignación fallece, y que por no hacer uso de ese derecho, el tal se quedó formando parte de su patrimonio, pues la asignación ya le había sido deferida.

El Adquirente del derecho de transmisión, para poder serlo necesariamente debe ser heredero del transmitente o transmisor, ya que es con la aceptación de su patrimonio como adquiere el derecho que con su muerte dejó sin ejercer y con ello es “a quien pasa la facultad de aceptar o repudiar la asignación que perteneció a su causante.”⁹⁵ Este tercero recibe también el nombre de *transmitido*, y por medio de sucesión testada o intestada puede alcanzar el derecho de opción.

En el caso del heredero o legatario testamentario que nace muerto, el *transmitido* pudiera ser el padre, la madre o ambos, según la situación en particular, pues resulta imposible físicamente que tuviera hijos, o que hubiera dejado un testamento, por lo que los demás sujetos que aparecen como llamados a la sucesión intestada enumerados en el ordinal primero del artículo 988 del Código Civil, como lo son hijos, cónyuge o conviviente, quedan

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Ibidem, Pág. 41.

totalmente descartados en este caso en particular, quedando los padres como los sucesores más inmediatos, como ya se explicará más adelante en los apartados posteriores.

2.4.2 La Existencia como base de la Capacidad en el Transmitedor o Transmisor (Segundo en la Línea).

Tratándose de seres humanos como seres racionales y pensantes, son los únicos a los cuales la ley reconoce la capacidad de heredar, pues es el único ser que se relaciona intersubjetivamente y desarrolla relaciones jurídicas de suma importancia y que han sido reconocidas por la ley, debido a que sus efectos son meramente jurídicos, pero también cabe mencionar que existen otros sujetos de derecho que tienen capacidad de heredar como lo son las Personas Jurídicas.

Para la ley, todas las personas naturales y jurídicas son capaces de constituirse como herederos o legatarios de una persona que fallece, exigiendo básicamente como requisito que esta persona a quien se le dejan bienes, exista material y físicamente, es decir que tenga existencia real al momento que el causante fallece o al momento que se le asigna una herencia o legado. Esto de existir físicamente opera para las personas naturales, pues para las jurídicas por ser personas ficticias no las podemos observar objetivamente.

Con respecto a la existencia física o legal de una persona natural, la ley o más propiamente el Código Civil Salvadoreño, en su artículo 72 reza que **“la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”**, además, en su inciso segundo continúa diciendo. **“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.” Esta disposición como podemos ver, se encuentra totalmente contrapuesta a lo establecido en la Constitución respecto a la existencia de la persona humana.

Este ha sido el parámetro que en la legislación salvadoreña se respetaba a partir de la entrada en vigencia del Código Civil, desde 1860 hasta el 16 de febrero de 1999, para la práctica de la institución de la Sucesión por Causa de Muerte, pues para el artículo antes mencionado, a la persona humana se le reconoce la existencia legal hasta el momento del nacimiento, y es éste según dicho artículo el momento en que adquiere la capacidad para poder heredar, igual a como lo habían venido reconociendo las Constituciones desde Constitución de 1824 hasta la Constitución de 1983.

En el caso de los Nasciturus (entiéndase: **Nasciturus**: “*palabra latina derivada de nascor (que ha de nacer) representa un concepto contrapuesto al natus (nacido ya) y que se refiere al ser humano sujeto de derecho que ha sido concebido, pero todavía no alumbrado*”)⁹⁶ cuando se les deja una asignación testamentaria, a la luz del Código Civil para que opere el derecho de transmisión, tuvo que haber nacido al momento de la asignación de la herencia o legado, y además señala que no basta haber nacido sino que se tiene que nacer vivo, y si no acepta o repudia y luego muere, entonces transmite el derecho a su ascendiente más cercano. De acuerdo a lo previsto en el Artículo 72 y siguientes; diremos entonces desde este punto de vista, que los padres de la persona que nace muerta no tienen ninguna posibilidad de recibir lo que a su hijo le fue asignado, pues si para que pueda darse la figura de la transmisión es necesario que tenga el heredero existencia física y real, entonces se está

⁹⁶ LANGMAN Y T.W. SADLER: “Embriología Médica”, Séptima Edición, Editorial Medica Panamericana. 1998; Pág. 3.

despojando a los padres del asignatario del derecho de adquirir los bienes asignados a su hijo que nace muerto, al no cumplirse los requisitos que el Código requiere para que opere esta figura.

Sin embargo pese a que para los jueces aplicadores del Código Civil una persona no ha existido si no ha nacido viva y sobrevivido al parto, sí reconocen el derecho a que se extienda una partida de defunción a nombre del que nació muerto, si se supone a la luz del Código Civil que no existió, es por ello que no puede ser posible que cuando una persona nace muerta, en el Registro del Estado Familiar se extienda únicamente la Certificación de la Partida de Defunción, lo cual es contradictorio, pues no puede ser que a una persona natural se le reconozca el fin de su existencia y no el principio.

La transmisión por causa de muerte supone como ya lo habíamos mencionado anteriormente la existencia de la persona, es decir se necesita existir para poder suceder por causa de muerte, así como también es la base para tener capacidad. En este caso estamos hablando acerca de la herencia que le corresponde al heredero que muere antes de aceptar la herencia como lo establece el Art. 958 C. que dice *“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 se le ha deferido”* el Código Civil establece que una persona a la que se le ha dejado herencia y muere antes de haberla aceptado o repudiado puede transmitir su derecho a sus descendientes a los cuales pasa el derecho a la herencia, no sin antes haber aceptado la herencia que le correspondía al heredero original, a nombre de este para luego poder aceptar la herencia a nombre personal, a lo que nos referimos específicamente es que la existencia

es algo básico para la capacidad del transmitente o transmisor, básicamente porque se necesita existir primeramente para poder adquirir la capacidad. Ç

Como ya se desarrolló en el capítulo anterior, la capacidad se divide en *capacidad de goce* y *capacidad de ejercicio* aptitud para obtener algo o para hacer algo o para comprar o adquirir un bien o un derecho. Toda persona tiene *capacidad de goce*, es inherente a la persona humana, es decir por el solo hecho de ser persona se tiene capacidad de goce, en cambio la capacidad de ejercicio se adquiere al momento en que la persona cumple la mayoría de edad esto es así porque supone el poder valerse por si mismo para poder ejercitar o reclamar sus derechos.

2.4.2.1. Incapacidades

El Código Civil se refiere a la capacidad en Art. 962 y dice **“será capaz y digna de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz o indigna”** derivado de esto se debe diferenciar entre incapacidades especiales y generales como por ejemplo la de ser menor de edad, que con el transcurso del tiempo desaparece al alcanzar la mayoría de edad.

También se refiere a la *incapacidad* en el Art. 963 donde dice que **“para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión, salvo que se suceda por derecho de transmisión. Bastará existir al momento de abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado”**, como lo aplican algunos jueces al resolver sobre estos casos es que el artículo se refiere a que son capaces de suceder todos aquellos que hayan nacido o estén concebidos al momento de la sucesión, y que lo que se requiere es que el llamado a suceder haya nacido antes de la apertura de la sucesión porque en ese momento debe existir un sujeto de derechos designado

para ocupar el puesto del difunto en la titularidad de las relaciones jurídicas que no se extingan y como la calidad de sujeto de derechos se adquiere por el nacimiento, quien en el momento de la sucesión todavía no había nacido, no debería suceder. Para esto también es necesario saber acerca de la capacidad del nasciturus que es el eje principal sobre el que versa la presente investigación, el nasciturus en si es el ser humano que ha sido concebido pero no ha nacido, en nuestra legislación civil se permite la sucesión incluso al que no ha nacido al momento de la apertura de la sucesión, aunque algunos autores sostienen que *“la capacidad del concebido debe considerarse excepcional”*⁹⁷, esto quiere decir que el concebido no sucede si no nace vivo y cuando muere antes de nacer no hay herencia a su favor y por lo tanto no hay transmisión a sus herederos, ya que el Código Civil establece que la existencia de la persona humana principia al nacer, y que a esto se refiere específicamente cuando se separa completamente de su madre, y como según las reglas del Código Civil la persona que muere antes de nacer es decir dentro del claustro materno o que perece antes de estar completamente separada de su madre o que no haya sobrevivido a la separación ni siquiera un momento se le considera como si no hubiera existido nunca, es el argumento más fuerte empleado para negar el derecho de transmisión, pues argumentan como se ha mencionado, que por esa razón se considera *excepcional* la capacidad del nasciturus por que su capacidad depende de que nazca ya que el Código Civil adopta las teorías de la vitalidad y de la viabilidad del producto.

En este caso del artículo 963 se refiere a la existencia de la persona al abrirse la sucesión del causante por quien se transmite la herencia o legado.

⁹⁷Binder, Julius; “Derecho de Sucesiones”, Primera Edición, Editorial Labor, 1953. Pag. 158.

El Código Civil establece que **“Son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios, o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas”**⁹⁸ esta incapacidad se fundamenta en la designación de que no sean personas jurídicas pues si una agrupación no tiene reconocimiento o aprobación legal es como si no existiera legalmente.

El art. 965 establece como una incapacidad para suceder el que antes de deferírsele una asignación hubiese sido *condenado por adulterio* con dicha persona o acusada de dicho delito en este caso podría considerársele como derecho vigente (porque está en el C.) pero no positivo, ya que el adulterio ya no está considerado como delito en nuestra legislación penal.

Tampoco puede recibir herencia o legado alguno el *“ministro de cualquier culto que haya confesado o asistido al testador durante la misma enfermedad que le causo la muerte”*⁹⁹ o habitualmente en los dos años anteriores al testamento o la Iglesia de que fuera miembro ese ministro; esta causal se fundamenta en que se presumiría en un caso como este que la asignación se supondría obtenida mediante la captación de la voluntad del causante por influencia que causaría en la decisión del testador, ya que la voluntad del testador debe ser libre y no debe estar influida por ninguna injerencia ni temor religioso, esta incapacidad no comprende la Iglesia parroquial del testador; tampoco el *médico de cabecera del testador*, esto se refiere al médico de confianza que atiende con regularidad al testador.

En el caso que se disponga a favor de un incapaz, el Código Civil establece la nulidad como sanción (967 C.). El incapaz no adquiere la herencia

⁹⁸ Cod. Civil; Ob. Cit. Art. 964

⁹⁹ Ibidem, Art. 966.

o legado mientras no prescriban las acciones que contra él puedan intentarse por los que tengan interés en ello (968 C.)

2.4.2.2 Indignidades

Cuando se habla de indignidad se está refiriendo en sí a “la falta de méritos”¹⁰⁰ para poder tener derecho a la herencia o legado que se le ha deferido a un sujeto, el Código Civil establece las “*causales de indignidad*”¹⁰¹ en las que puede caer un heredero, las cuales están expresamente determinadas en el Código Civil y por lo tanto no operan interpretaciones ni analogías en estos casos, esto quiere decir que no operan situaciones parecidas si no las que establece expresamente la ley, o sea las mencionadas en los art. 969, 970, 971, 972 y 973 C.

El artículo 969 C. señala cinco Causales de Indignidad:

1. “El que cometió delito de *homicidio* en la persona del difunto”¹⁰² sin importar que haya sido sin intención, se hace indigno de suceder aunque haya sido homicidio culposo ya que no interesan las causas si no la sentencia que lo declara como homicidio.
2. “*El que cometió un delito contra la vida, el honor o los bienes de la persona de cuya sucesión se trata o de su cónyuge o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos.*”¹⁰³ Una de las primeras causas de indignidad es en el caso que un heredero o legatario que haya cometido actos ofensivos contra el causante, la esposa de este sus

¹⁰⁰ Urquilla Bermúdez, C. H. Ob. Cit. Pág. 25

¹⁰¹ Cod. Civil; Ob. Cit. Art. 969.

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Ibidem.

ascendientes o sea sus padres o sus hijos legítimos se hace indigno para poder heredar de este.

3. “*El cónyuge o consanguíneo dentro del cuarto grado inclusive, que en el estado de enajenación mental o de indigencia la persona de cuya sucesión se trata no la socorrió pudiendo.*”¹⁰⁴ Este constituye otro caso en el que se puede hacer indigno, pues cuando el heredero se ha desentendido de los deberes de la solidaridad familiar se refiere al caso en que el causante no lo ayudó pudiendo hacerlo simplemente porque no quiso; estas situaciones lo obligan moralmente a darle asistencia para su recuperación o en caso de que alguien pase por una pobreza extrema y no se le proporciona ni siquiera alimentos, si la persona no hiciere esto indicaría desafecto, perversidad, ingratitude o que ha defraudado la confianza que el causante haya depositado en el heredero o legatario como lo establece el Código Civil.
4. “*El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto o le impidió testar o variar el testamento.*” Pues como en algún momento ya se ha dicho, se trata de un acto mediante el cual el testador manifiesta su libre voluntad sobre el destino de sus bienes póstumo a su fallecimiento.
5. “*El que dolosamente ha detenido u ocultado un testamento del difunto, presumiéndose dolo por el mero hecho de la detención u ocultación.*”¹⁰⁵ Estas indignidades se sancionan por evidentes violaciones a la voluntad de testar como la fuerza física y moral o sea maltratos y amenazas, el

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ Ibidem.

dolo, ciertas maniobras o intrigas que hagan variar la voluntad del testador desviando su atención de los que quería favorecer.

El art. 970 C. dice: “es *indigno el que no hubiere denunciado o avisado a la policía el homicidio cometido en la persona del difunto* tan pronto como le fuera posible. Con excepción de los impúberes, dementes y sordomudos que no se pueden dar a entender por escrito” este hecho deja ver la ingratitud y hasta puede dar lugar a suponer alguna participación o complicidad en el delito contra el testador.

Art. 971 C. “es *indigno de suceder el impúber demente o sordomudo que siendo llamado a suceder abintestato, no pidió que se le nombrara un curador y permaneció en esta omisión un año entero.*” Esto corresponde a los familiares más cercanos, el plazo del año comienza desde que comenzó la necesidad y tuvo conocimiento el pariente.

Art. 972 C. “son *indignos de suceder el tutor o curador que nombrados por el testador y sin tener incapacidad legal, no entran a servir el cargo, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa al respecto.*” La negativa significa defraudar la confianza otorgada y da lugar a indignidad pero si el testador pone algo al respecto entonces se considera como una liberalidad del testador; por ejemplo si el mismo testador acepta que el nombrado rechace el cargo no hay sanción de indignidad.

También es sancionado “...*el hecho de que a sabiendas de la incapacidad se le haya prometido al difunto hacer pasar sus bienes o parte de ellos a una persona incapaz.*”¹⁰⁶ Aquí lo que se sanciona es la complicidad para

¹⁰⁶ Ibidem; Art. 973.

favorecer un fraude de orden público el cual es motivo de incapacidad, dado que es una defraudación a la ley el cooperar para ello porque en este caso se está dando un acto que tiende a anular las incapacidades prescritas por el Código Civil, sancionado civilmente con la nulidad.

2.4.3 . Requisitos que deben concurrir en el Transmitido (Tercero en la Línea).

El Código Civil establece que en caso de que el heredero muera antes de haber aceptado una herencia queda la posibilidad de que sus herederos puedan aceptar la herencia en su nombre, cuando hablamos del transmitido nos referimos específicamente a la persona que es heredero del transmisor esto quiere decir la persona a la que pasa la facultad para aceptar o repudiar la herencia o legado que le correspondía al transmitente o transmisor.

El transmitido o tercero en la línea sucesoria como se ha venido aclarando es el que adquiere el derecho de la herencia yacente pero para poder adquirir este derecho no solo basta que tenga esta calidad si no que también es necesario que primeramente cumplan una serie de requisitos los cuales se detallan a continuación:

- a) “*Debe ser heredero del transmitente*”¹⁰⁷; cuando decimos transmitente nos referimos a la persona a quien el causante dejó una herencia o legado y que falleció sin antes haber ejercido el derecho de opción que le correspondía, el cual puede ser heredero o legatario del primer causante. El 3º debe ser asignatario a título universal del transmitente o sea que para

¹⁰⁷ Urquilla Bermúdez, C. H.; Ob. Cit. Pág. 43.

poder aceptar la asignación debe ser heredero del que fallece sin aceptar o repudiar, se debe ser heredero universal de este.

b) “*Debe aceptar la herencia del transmitente*”¹⁰⁸ o transmisor como lo dispone el Art. 958 C. que en su inc. Segundo establece que no se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo transmite. Ello es lógico, pues el fundamento del derecho de transmisión es la facultad de pronunciarse sobre la asignación. Va incluida en la universalidad de la herencia, es decir, que en este caso no se puede aceptar solo una parte de la herencia y repudiar otra, el transmitido debe aceptar la universalidad de la herencia para poder adquirir este derecho y si esta no es aceptada tampoco se puede adquirir en el anterior derecho, ya cuando se ha aceptado la herencia que le correspondía al transmitente no hay inconveniente para aceptar la asignación propia y repudiar la que se define por transmisión. La facultad de aceptar o repudiar es indivisible no se puede aceptar una parte y repudiar otra parte. Si una herencia se defiere no se acepta una parte y se repudia otra parte, pero en la transmisión si B (segundo causante) transmite a sus tres hijos, uno de ellos puede repudiar lo de A (primer causante) y aceptar lo de B (segundo causante) esto quiere decir que una vez aceptada la herencia en nombre del transmitente o transmisor pasa a ser como una sucesión normal en la cual los herederos de B pueden aceptar una parte y repudiar otra.

c) “*La Herencia directa es indivisible*”¹⁰⁹; esto quiere decir que no se puede dividir como ya antes se mencionó porque no se puede aceptar solo una parte y repudiar otra parte de la herencia que le correspondía al transmitente o segundo en línea, el transmitido debe aceptar la

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Ibidem.

universalidad de la herencia para poder adquirir este derecho y si esta no es aceptada tampoco se puede adquirir en el anterior derecho, ya cuando se ha aceptado la herencia que le correspondía al transmitente vuelve como una sucesión normal y se puede aceptar o repudiar según le parezca al transmitido.

- d) Que el 3º sea digno y capaz de suceder al 2º causante.

En este caso no se necesita que el tercero en la línea sucesoria sea digno y capaz de suceder a ambos, es decir, al causante y al transmitente si no que solamente a uno el cual es el transmitente, ya que el adquirente solo debe ser digno y capaz de suceder a su causante y no tiene relación con la persona de quien éste adquirió su derecho, ello significa que el que sucede solamente tiene que ser digno de suceder al transmitente mas no al causante original que dejó la herencia, por que no hay ninguna relación entre los dos, por lo cual no hay necesidad de que el 3º sea digno de suceder al primer causante.

- e) Sucesión indirecta; es la que se adquiere por interpósita persona como el derecho de transmisión (caso típico), porque el transmitido adquiere la herencia o legado a través del transmitente.

2.5 DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO DE TRANSMISIÓN Y EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN.

En el presente capítulo hemos hablado acerca del derecho de transmisión que nuestro Código Civil ha tomado dentro de su regulación, siguiendo los parámetros establecidos en el Código Napoleónico francés en el que se transmite la facultad de aceptar o repudiar una herencia aunque el heredero ignore que se le ha dejado y muera antes de aceptarla o repudiarla,

pero esto depende de la aceptación del sucesor que quiere ser heredero y si no quiere ser heredero requiere una renuncia.

Pero existe también dentro de la misma legislación civil otra figura jurídica que se encarga de regular otra situación jurídica similar a la que hemos venido estudiando, por lo que podría llegar a haber en cierto momento algunas confusiones ya que regulan situaciones similares, nos referimos al “*derecho de representación*”¹¹⁰, éste y el derecho de transmisión son dos figuras que tienen cierto parecido y entran en funcionamiento en la sucesión por causa de muerte, pero existen diferencias entre ellas según explica Urquilla Bermúdez las cuales serán enunciadas a continuación:

- Una diferencia en primer lugar, es que “el derecho de *transmisión* tiene lugar en las sucesiones testamentarias e intestadas, en este caso la asignación no se recibe de forma directa del primer causante si no de quien ha sido llamado a suceder pero que por alguna razón no aceptó la herencia y muere dejando el derecho latente de aceptarla o repudiarla a sus herederos; el derecho de representación procede solo en la sucesión intestada salvo en el caso del Art. 1046 C. que establece que lo que se deje a los parientes indeterminadamente se entiende dejado a los consanguíneos de grado más próximo que no hubieren sido instituidos herederos o legatarios en el mismo testamento, observándose el orden de la sucesión abintestato y teniendo lugar el derecho de representación.

- En el derecho de *transmisión* no es necesario que haya un parentesco entre el causante y sus herederos y aprovecha a cualquier heredero aunque no sea pariente del causante, a diferencia del derecho de *representación* que sí

¹¹⁰ Cod. Civil; Ob. Cit. Art. 984. inc. 2°.

exige un parentesco; el representante debe ser descendiente y el representado hijo o hermano del causante.

➤ En el derecho de *transmisión*, el transmitente (segundo en línea sucesoria) debe sobrevivir al primer causante que deja la herencia, en el derecho de *representación* no es requisito indispensable que el representado sobreviva al causante debido a que el derecho de representación tiene aplicación en casos diferentes como por ejemplo cuando el padre o madre es incapaz de suceder por haber fallecido.

➤ En el derecho de *transmisión*, no son requisitos indispensables que el transmitido sea digno y capaz de suceder al causante principal pero si es requisito indispensable que sea digno y capaz de suceder al transmitente; a diferencia del derecho de *representación*, en el cual basta que el representante sea capaz y digno de suceder al causante porque se prescinde del representado, ya que es otro el que lo representa y acepta la herencia en su nombre, por lo que no se necesita que sea digno al no ser él quien acepta si no su representante.

➤ El derecho de *transmisión* supone la muerte del transmisor sin expresar su propósito de aceptar o repudiar la herencia, esto a diferencia del derecho de *representación* donde no es necesaria la muerte del representado ya que se puede representar al vivo.

➤ Por el derecho de *transmisión* se pueden adquirir tanto herencias como legados; en cambio, por el derecho de *representación* sólo se adquieren

herencias ya que únicamente procede en la sucesión intestada y la ley no instituye asignaciones a título singular.”¹¹¹

2.6 EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONA HUMANA A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL RATIFICADA EN 1999.

Desde sus inicios, todas las Constituciones existentes en su parte inicial regulaban el reconocimiento de la persona humana como origen y fin de las actividades del Estado, y reconociéndole asimismo una serie de derechos, entre ellos el derecho a la vida a partir de su nacimiento; registrándose la misma disposición en las siguientes Constituciones incluyendo la de 1983, hasta que en 1997 “a raíz de una discusión en la Asamblea Legislativa sobre el proyecto de reforma parcial al Código Penal en cuanto a la despenalización del aborto terapéutico, ético y eugenésico, diversas instituciones y organizaciones no gubernamentales tales como: la Fundación Si a la Vida, La Iglesia Católica a través de la Conferencia Episcopal de El Salvador (CEDES), El Comité para la Defensa de la Vida Humana y la Dignidad de la Persona, y otros, se manifestaron públicamente frente a la Asamblea Legislativa solicitando la no despenalización del aborto, haciendo énfasis en que despenalizar el aborto sería hacer que la ley permitiera el homicidio de un ser humano en formación,”¹¹² lo cual atentaría contra las garantías fundamentales que la Constitución reconoce, como lo es el derecho a la protección de la vida, la integridad física, etc. y contra los principios morales y religiosos que en la sociedad salvadoreña se inculcan; por lo que solicitaron además la protección del derecho a la vida desde el instante de la concepción, pues con la fusión de

¹¹¹ Urquilla Bermúdez; C. H.; Ob. Cit. Pág. 29.

¹¹² Datos tomados de: Montano Valdez, Patricia Eugenia. Trabajo de Graduación: “Efectos jurídicos producidos a raíz del reconocimiento de la persona humana a partir de la reforma del art. 1 de la Constitución y la modificación de la teoría de la vitalidad según el Código Civil” año 2001; Pag. 22, 23 y 24.

la célula reproductiva femenina con la masculina se crea un nuevo ser de la especie humana, que a partir de ese instante comienza a desarrollarse como tal.

Presentando el Comité para la Defensa de la Vida Humana y la Dignidad de la Persona a la Asamblea Legislativa una enmienda de reforma constitucional del artículo uno en la cual solicitaban el establecimiento de un inciso segundo en el que se reconociera a todo individuo de la especie humana como persona desde el mismo instante de la concepción hasta su muerte.

Como consecuencia de la manifestación de éstas distintas organizaciones en la que presentaron la iniciativa de reforma, la Asamblea Legislativa correspondiente al período 1994 – 1997 en su última sesión plenaria, sin realizar un estudio profundo y sin una prolongada discusión sobre el asunto como es acostumbrado al tratarse de cuestiones de gran trascendencia, el 30 de abril de 1997 aprobó la reforma del artículo uno de la Constitución, fundamentándose en *“que el derecho humano más fundamental y bien jurídico máspreciado es la vida humana y ningún otro derecho tiene sentido si no se protege éste férreamente. La falta de la debida protección de la vida humana resquebraja el estado de derecho y la paz social; 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 expresas del Pacto Internacional de Derechos Civiles, y Políticos de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de la Convención sobre los Derechos del Niño.”*¹¹³

¹¹³D.O. N° 37 Tomo N° 335, “Acuerdo de Reformas Constitucionales” N° 1.

Dicha reforma fue ratificada por la “*legislatura de la Asamblea Legislativa del período 1997 – 2000, el día 3 de febrero de 1999*”,¹¹⁴ a petición del Comité para la Defensa de la Vida Humana y la Dignidad de la Persona, quienes además fueron respaldados en su solicitud por miles de firmas de ciudadanos y los organismos no gubernamentales mencionados anteriormente.

Con la reforma de la actual Constitución vigente que contempla una innovación en lo que respecta al reconocimiento de la existencia legal de las personas naturales, pues en su artículo uno inciso segundo reza, “***Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción***”, han surgido una serie de derechos para el concebido, pues al reconocérsele el valor como persona humana con identidad independiente de su madre se le están reconociendo una serie de *derechos y garantías que la Constitución establece* como inherentes para las personas por el solo hecho de serlo, y que de no respetarlas se está violando la norma jurídica constitucional, la cual por el principio de jerarquía se encuentra en el nivel más alto sobre las demás normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico.

2.7. CONFLICTO ENTRE LA CONSTITUCION SALVADOREÑA VIGENTE Y EL CODIGO CIVIL EN CUANTO A LA TEORIA DE LA VITALIDAD.

En la actualidad, después de la reforma constitucional ratificada en 1999, han surgido una serie de consecuencias jurídicas respecto a todo lo que en éste ámbito se encuentre relacionado al reconocimiento del principio de la existencia humana.

De ésta forma, el artículo 72 del Código Civil y todas sus disposiciones relacionadas a la existencia humana se encuentran en conflicto con lo dispuesto

¹¹⁴D.O. N° 32 Tomo 342, Decreto 541, “Ratificación de reforma del artículo 1 de la Constitución” San Salvador, 16 de febrero de 1999, Pág. 42.

en la Constitución y ello genera una problemática al intentar hacer efectivas ciertas figuras civiles en las que uno de los requisitos de aplicabilidad es la *existencia*; tal es el caso del derecho de transmisión en el cual una de las condiciones para su procedencia es que la persona a la que se le hizo una asignación ya sea herencia o legado debe tener “*existencia al momento de abrirse la sucesión*”,¹¹⁵ con lo cual en el caso del que nace muerto, al aplicar el artículo 72 C. se estaría señalando que éste nunca existió y por lo tanto no es posible aplicar el *derecho de transmisión* a favor de su padre o madre; sin embargo, si se aplica el artículo uno de la Constitución, reconociendo que el asignatario es persona desde su concepción y por lo tanto que sí tubo existencia al momento de abrirse la sucesión, no existiría impedimento para aplicar dicha figura, pues el resto de requisitos son el no haber ejercido el derecho de opción (el cual los padres en representación del hijo no ejercieron por haber nacido muerto), que aquellos en cuyo favor se solicita la transmisión sean herederos del asignatario y que sean dignos y capaces de recibir la asignación.

Sin embargo al parecer, en la práctica los Jueces de lo Civil continúan aplicando el artículo 72 del Código Civil, argumentando que al haber nacido muerto no existió como persona capaz, que fue un feto solamente y por lo tanto inhabilitado para recibir una asignación; con lo cual niegan la posibilidad de hacer valer el *derecho de transmisión* para que los padres reciban lo que a su hijo le fue asignado, dando prioridad a una norma secundaria sobre la primaria y a la vez haciendo caso omiso de la reforma constitucional ratificada en 1999.

Tomando como base esta reforma, diremos que por la jerarquía que posee la Constitución como norma primaria con respecto al Código Civil que es una ley Secundaria, el artículo 72 de este último, vendría a quedar tácitamente

¹¹⁵ Cod. Civil, Ob. Cit. Art. 963.

derogado, prevaleciendo entonces el artículo 1 inc. 2 de la Constitución en donde se le reconoce la existencia legal a una persona desde el instante de la concepción para el goce de sus derechos, y así debe entenderse y aplicarse, pues de no ser así, se estaría pasando sobre la norma de mayor jerarquía a nivel nacional.

Como ya se mencionó anteriormente, antes de la reforma había perfecta concordancia entre Constitución y Código Civil, y a partir de ella es que se puede observar una clara contraposición entre lo que regula la Constitución con respecto al principio de la existencia de la persona humana y lo previsto en el Código Civil para la misma, y las reglas establecidas en él para que opere el Derecho de Transmisión.

Partiendo de esta contradicción entre la Constitución y el Código Civil, en materia de Derecho Sucesorio, diremos que este impase todavía subsiste de no saber qué norma tomar de referencia para resolver ciertos casos que se presentan en la realidad, debido a ello los profesionales del Derecho se han quedado en incertidumbre con respecto a la existencia legal de las personas y cómo aplicar ésta en la Institución de la Sucesión.

Debemos recordar que amparándose en el artículo 22 de la Constitución de la República, en donde se consagra el derecho de la libre testamentación, a cualquier persona se le podría ocurrir realizar en su testamento una asignación a favor de una persona que se encuentra todavía en el vientre materno, lo cual a la luz de la Constitución y Código Civil es totalmente legal, pues ésta reconoce la existencia humana desde la concepción, por lo que debemos entender que ese ser ya posee derechos y tiene la capacidad para heredar, pero no así para el Código Civil, para el cual, esta persona no existe por lo tanto no posee capacidad hereditaria, pues este exige existencia física y que la reconoce hasta el momento del nacimiento.

Es de preguntarse entonces, ¿cómo quedaría esta asignación testamentaria en caso de que la persona muera en el vientre materno, o nace, pero nace muerta, sin poder aceptar o repudiar dicha asignación?

Es evidente la dificultad al momento de demostrar la existencia legal de las personas, y en este caso del que nace muerto para que sea considerado sujeto de derecho, pues es un ser humano que nace sin vida o que muere dentro del vientre materno y que para el Código Civil esta persona nunca ha existido.

Por su parte, los aplicadores del Derecho Civil se muestran renuentes a acatar la reforma constitucional, empeñándose en que si la criatura muere en el vientre materno, o 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; y en esto se basan para sostener que los requisitos de la personalidad son dos: separarse completamente de la madre (nacer), y vivir un momento siquiera, en otros términos: nacer vivo, lo cual desde un punto de vista constitucional es totalmente contradictorio, y a pesar de ello continúan avalando la práctica de antiguas pruebas tan crueles para *comprobar que hubo vida* en el recién nacido como la “DOCIMASIA PULMONAR HIDROSTÁTICA”¹¹⁶, denominado desde antaño como “el más seguro examen”¹¹⁷ por considerar que después de la respiración los pulmones sufren modificaciones debido al oxígeno y al aire que en ellos ha penetrado; dicho examen consiste en extraer los pulmones del recién nacido, introducirlos en un recipiente con agua; si flotan en la superficie, ello indicaría que contienen aire, como consecuencia de la respiración; y; en consecuencia se estimaría que

¹¹⁶ Samuel Gayardo C. “Manual de Medicina Legal”; Manuales Jurídicos N° 8, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1948. Pág. 50, 51 y 52.

¹¹⁷ Ibidem.

el niño ha vivido; si caen al fondo se estimaría lo contrario. Pero aún esta prueba no era considerada de valor absoluto, por encontrarse sujeta a posibles errores, pues los pulmones podrían flotar sin que la criatura haya vivido, por haberseles introducido aire artificialmente o a causa de los gases de la putrefacción; o podrían no flotar aunque la criatura haya vivido, a causa de encontrarse congestionados, debido a lo cual la respiración no habría sido lo suficientemente amplia. Todo esto aún cuando la Constitución nos está diciendo que desde que fue concebido ya es una persona, y, debido a que el objetivo de éstas prácticas era demostrar que la criatura tuvo vida y por lo tanto existió como persona para el goce de sus derechos, este tipo de antiguas prácticas se vuelven total y constitucionalmente innecesarias.

Al haber realizado ésta reforma constitucional se ha sentado un precedente rompiendo con la antigua tradición de las anteriores Constituciones, que se encontraba apegada a la legislación chilena en cuanto al reconocimiento de la persona humana, la cual se encuentra basada en la “*Doctrina de la Vitalidad*”¹¹⁸ que sostiene que para ser persona ante la ley es menester que el hijo nazca vivo. Obviamente nuestra Constitución ha evolucionado y superado esta doctrina pues legalmente somos personas desde que se fuimos concebidos, y desde ese momento somos protegidos por la ley para el goce de nuestros derechos.

Existía también otra doctrina que en su momento fue muy tomada en cuenta, y ésta era la “*Doctrina de la Viabilidad*”¹¹⁹, adoptada por el Código Francés, la cual iba más allá de la vitalidad; para ella, no bastaba el hecho de la vida para ser persona, sino que era necesario además que el hijo hubiera nacido *viabile*, esto es con aptitud de seguir viviendo, lo que suponía la madurez

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ Ibidem.

suficiente del feto, un estado de salud que permitiera el ejercicio regular de las funciones fisiológicas y que no existieran vicios de conformación incompatibles con la vida, a consecuencia de ello, no se consideraban personas a los niños que nacían con alguna enfermedad, pues podían morir; como puede verse, ésta se encuentra aún más alejada de nuestra realidad jurídico- constitucional, basándose en un pronóstico, en un hecho incierto y discriminatorio.

En ese entonces se diseminaron una serie de teorías, desde las más rigurosas hasta las más absurdas, como la que prohibía considerar personas a los hijos que nacieran con alguna malformación congénita o que carecieran de algún miembro, y, según esta teoría que aún puede verse reflejada en algunos textos antiguos de Derecho Civil no se trataba de personas sino de monstruos.

En resumen, todas las teorías anteriormente mencionadas han dejado de formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, pues aún la teoría de la vitalidad ha dejado de estar acorde a lo que nuestra Constitución como Carta Magna de la República de El Salvador nos ordena. Por lo que una solución viable a ésta situación sería una reforma clara al Código Civil en todas las disposiciones que contraríen a la Constitución, como ha ocurrido con el Código de Familia y su ley procesal.

Al buscar una posible solución a la problemática planteada, desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho, encontramos que el origen de la vida ha sido un punto controversial desde el principio de los tiempos, cuando filósofos y científicos incursionaban en su descubrimiento, para comprender su inicio, evolución y fin. Entendiendo por Filosofía del derecho el “área especializada de la filosofía que estudia los fundamentos morales y espirituales del derecho,

analizando la relación entre el Estado y el ciudadano, la legitimidad de las penas y las relaciones entre *ser* y *deber ser*.¹²⁰

De ésta forma el alemán Federico Engels, definió la vida como “la modalidad de existencia de los cuerpos... y esta modalidad de existencia consiste sustancialmente, en el intercambio constante de sustancias con la naturaleza externa que los rodea”¹²¹. Así surgieron diversas teorías sobre la vida, tales como *el Vitalismo* que es una teoría biológica idealista que considera al proceso de desarrollo embrional, desde el punto de vista vitalista es una tendencia del germen a alcanzar un fin preestablecido, y la “Filosofía de la Vida”¹²², que es una corriente subjetiva de la filosofía burguesa, que surgió en Alemania y Francia entre el siglo pasado y el actual, representando un intento de superar limitaciones del materialismo respecto a la existencia; de ahí que la palabra *existencia* proviene de la raíz latina *existentia*, y es concebida como toda la diversidad de las cosas variables en su conexión e interacción.”¹²³ De acuerdo a ésta definición, no es posible reducir la existencia de las cosas ni a su esencia interna ni exclusivamente a su manera de existir (sea dentro o fuera del vientre materno, para el caso en estudio). El criterio acertado en esta cuestión está en relación a que ni la esencia del ser es posible sin la existencia, ni la existencia es posible sin la esencia, pues la fusión entre la existencia y la esencia del ser permiten comprender todo lo existente, es decir, el ser humano como cuerpo y espíritu, ambos en unidad armoniosa, que merecen el reconocimiento de una protección para postergar su conservación desde el momento de su existencia; lo cual ha sido una de las causas que motivaron al Órgano Legislativo a adicionar un segundo inciso al art. 1 Cn. En el que se

¹²⁰ Biblioteca de Consulta Microsoft © Encarta © 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

¹²¹ M.M Rosental P.F. Iudin. “Diccionario de Filosofía” Pág. 483.

¹²² Idem. Pag. 481.

¹²³ Idem. pag. 163.

estableciera la responsabilidad de la protección y conservación del bien jurídico vida, desde el instante de su existencia, y con ello el reconocimiento de una serie de derechos.

Según la corriente del *Naturalismo*¹²⁴, el hombre en la formación de la sociedad, modifica de manera esencial la propia naturaleza, entrando en conocimiento de sus leyes objetivas, e influyendo sobre ella, al regular jurídicamente determinadas situaciones de la vida humana en sociedad. Es así como el Derecho en términos filosóficos es la voluntad elevada a la categoría de ley de la clase dominante. Su contenido está determinado por las condiciones materiales de la vida de esa clase y por los intereses de la misma; Es esta una de las causas de la mencionada reforma constitucional ratificada en 1999, ya que como se ha dicho anteriormente, se efectuó debido a una iniciativa de diversas instituciones de protección a la vida, y reconociendo “*que el derecho humano más fundamental y bien jurídico máspreciado es la vida humana, y ningún otro derecho tiene sentido si no se protege éste férreamente.*”¹²⁵

Desde un punto de vista filosófico, tanto la Vida, el Universo y todo lo que en él hay, se encuentra intrínsecamente relacionado a la vida del hombre, el cual para auto regirse ha reconocido la existencia de leyes de origen divino y leyes de origen humano con las cuales se reconocen derechos y deberes relativos a la naturaleza del ser y las relaciones económicas, sociales y culturales con sus semejantes. En nuestra realidad jurídica, después de la reforma constitucional ratificada en 1999, han surgido una serie de consecuencias respecto a todo lo que en éste ámbito se encuentre relacionado al reconocimiento del principio de la existencia humana.

¹²⁴ M.M Rosental, Ob. Cit. Pag. 19.

¹²⁵ Acuerdo de Reformas Constitucionales, Ob. Cit.

De ésta forma, el inciso segundo del artículo 72 C. y todas sus disposiciones relacionadas a la existencia humana se encuentran en conflicto con lo dispuesto en el inc. Segundo del Art. 1 Cn. y ello genera una problemática al intentar hacer efectivas ciertas figuras civiles en las que uno de los requisitos de aplicabilidad es la *existencia*; tal es el caso del *derecho de transmisión* en el cual una de las condiciones para su procedencia es que la persona a la que se le hizo una asignación ya sea herencia o legado *debe tener existencia al momento de abrirse la sucesión*, con lo cual en el caso del que nace muerto, al aplicar el inc. Segundo del artículo 72 C. se estaría señalando que éste nunca existió y por lo tanto no es posible aplicar el *derecho de transmisión* a favor de su padre o madre; sin embargo, si se aplica el artículo uno de la Constitución, reconociendo que el asignatario es persona desde su concepción y por lo tanto que sí tubo existencia al momento de abrirse la sucesión, no existiría impedimento para aplicar dicha figura, pues el resto de requisitos son el no haber ejercido el derecho de opción (el cual los padres en representación del hijo no ejercieron por haber nacido muerto), que aquellos en cuyo favor se solicita la transmisión sean herederos del asignatario y que sean dignos y capaces de recibir la asignación. Según el *Materialismo*, el cual es una doctrina en la que toda existencia se puede reducir a materia o a un atributo o efecto de la materialidad, la materia es la última realidad y el fenómeno de la conciencia se explica por cambios fisicoquímicos en el sistema nervioso. De acuerdo con la teoría mente-materia del monismo, según la expuso el metafísico británico William Clifford, la materia y la mente son consustanciales, siendo la una un mero aspecto de la otra. Por lo tanto, siendo que el producto humano de la concepción existe materialmente, se tiene capacidad de goce y se es sujeto de derechos.

2.7.1. Reconocimiento Constitucional de la Capacidad de Goce desde el Instante de la Concepción.

De acuerdo a los autores Alessandri y Somarriva, la capacidad de goce puede existir sin la de ejercicio, porque pueden tenerse derechos y no ejercerlos por sí mismos, sino por ministerio o autorización de otra. Señalan además que *la capacidad es la regla, que constituye el estado ordinario de las personas*; coincidiendo con Meza Barros señalan que *“la ley presume que todo sujeto por ser persona es capaz”*.¹²⁶

Para dichos autores, 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”*¹²⁷. Más adelante señalan expresamente que *“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.”*¹²⁸

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 hechos por los autores anteriormente citados, 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

¹²⁶Rodríguez, A. y Somarriva Undurraga, M; Pag. 177. Ob. Cit.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸Ibidem Pág. 178.

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*”¹²⁹; 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*”¹³⁰, 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 nuestro país se debe reconocer a la persona humana desde el instante de la concepción 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*, etc., 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 que es constitucionalmente, deben reconocérsele todos éstos derechos como parte de su capacidad de goce.

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, si se nos preguntara cómo debería interpretarse lo afirmado por el artículo 963 C. al señalar que: “*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*”, como respuesta a ello tendríamos que recordar que si existimos como personas desde el instante de la concepción, bastará *estar concebido* al momento de abrirse la sucesión para ser capaz de suceder.

¹²⁹Claro Solar, L; Ob. Cit. Pág. 23.

¹³⁰ Ibidem.

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, es decir, por la vía judicial.

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, sino que debe realizarse dicho procedimiento por la vía judicial, es decir que cuando se trata de un heredero o legatario que muere en el vientre de su madre, en la realidad jurídica salvadoreña es el Juez quien decide que norma tomará como referencia con respecto al reconocimiento del principio de la existencia legal de la persona humana para considerarlo o no como sujeto de derechos.

En la práctica del derecho sucesorio, y para el caso cuando se presenta este fenómeno en las Diligencias Judiciales de Aceptación de Herencia, los Jueces de lo Civil, al parecer siguen aplicando los artículos 72 y 75 del Código Civil dejando a un lado el Art.1 inc. 2 de la Constitución, lo cual puede considerarse como una clara violación a dicho artículo, al estar aplicando una norma jurídica de menor jerarquía y que además se encuentra totalmente contrapuesta a lo que al respecto señala nuestra carta magna, al no reconocer la existencia y capacidad de goce de la persona humana desde el instante de la concepción.

Cabe entonces preguntarnos ¿es o no aplicable el Derecho de Transmisión Sucesoral en materia civil a favor de la madre o del padre del hijo a quien se le ha deferido una Asignación Testamentaria pero que muere en el vientre materno, tomando en cuenta el reconocimiento de la existencia legal de la persona según el artículo uno de la Constitución, con referencia a los Art. 72, 75, 958 y 963 del Código Civil?

Como respuesta a la anterior interrogante y como resultado de un análisis jurídico- constitucional y doctrinal de la situación, puede afirmarse que si el transmitente o transmisor existe tiene capacidad de goce y si tiene capacidad de goce sí es aplicable el derecho de transmisión a favor de sus padres aún cuando éste haya nacido muerto, pues lo que cuenta es que al ser concebido existió como persona.

CAPITULO III

MARCO NORMATIVO JURIDICO QUE SE RELACIONA CON EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

3.1. Noción Introductoria

El marco normativo jurídico, es en el que se desarrolla todo un análisis pormenorizado de los diferentes Instrumentos Jurídicos nacionales e internacionales, para determinar la forma de cómo esta regulada la problemática objeto de nuestra investigación, verificar como se ha desarrollado y que tratamiento se le ha aplicado para encontrar la solución correcta y apegada a principios y valores que han sido consagrados en la Legislación Nacional e Internacional, la doctrina en materia de la Ciencia Jurídica y otras ciencias sociales, respetando en la manera de lo posible todos aquellos derechos que como personas humanas se nos han reconocido a través del transcurso de los años.

Para efectos del presente estudio y por la naturaleza del problema de investigación, comenzaremos haciendo un análisis del ordenamiento Normativo Internacional, porque se considera que es a partir de estos instrumentos que se retoman principios y aspectos fundamentales para reformar las legislaciones internas de los países del continente Americano. “La problemática que en este momento es objeto de investigación, parte específicamente de un Instrumento Internacional”¹³¹, el cual sirvió de base para que se reformara, agregándole un inciso 2º al artículo 1 la Constitución de 1983 de la República de El Salvador, y que fue a partir de su ratificación en el año de 1999, que ha generado una aparente contradicción con la legislación

¹³¹Convención Americana sobre los Derechos Humanos. (Pacto de San José de Costa Rica, (1969).

secundaria interna, específicamente con el artículo 72 del Código Civil, en lo que se refiere al reconocimiento legal del principio de la existencia de la persona humana. Es por ello, que como grupo de trabajo hemos tomado a bien comenzar por la legislación Internacional, luego se desarrolla la legislación interna comenzando por la Legislación Primaria, Secundaria, leyes o normas Especificas como Reglamentos u Ordenanzas si las hay y, para finalizar con un análisis de la Jurisprudencia o sentencias pronunciadas por los distintos Tribunales que en cierta manera se han pronunciado con criterios jurídicos, y apegados a lo establecido en la ley y la doctrina en materia de Derecho para resolver situaciones que se hayan presentado en la realidad jurídica con respecto al problema ahora estudiado.

3.2. Legislación Internacional Aplicable al Problema de Investigación.

La legislación internacional es aquella que rige en cierta medida en todos los países del mundo, partiendo de la base de su ratificación, es decir, que para que tenga vigencia en todos los países, es necesario que esta legislación sea ratificada por los mismos y convertirse en leyes internas dentro de los países suscriptores, pero siempre en un rango menor a la Constitución. Este Ordenamiento Internacional, es prácticamente la fuente de todo ordenamiento jurídico interno, pues éste consagra, protege y regula en su mayor parte todos los derechos subjetivos que como seres humanos poseemos, los cuales son retomados y consagrados en el Derecho Positivo interno de los países.

3.2.1 Tratados sobre Derechos Humanos

Los Tratados Sobre Derechos Humanos son aquellos ordenamientos jurídicos internacionales que prácticamente regulan solo derechos subjetivos básicos e innatos al ser humano de ahí su nombre, porque solo regulan

derechos que permiten un desarrollo íntegro como personas. Dentro de estos tratados sobre derechos humanos se encuentran diversos cuerpos normativos, de los cuales, unos regulan Derechos Civiles, otros derechos económicos, sociales y culturales, los cuales de una u otra forma tienen mucha incidencia para que también se de la protección de estos derechos por el resto de los países. A continuación se desarrolla una serie de instrumentos jurídicos internacionales sobre Derechos humanos que tienen mucha relación con el objeto de nuestra investigación.

3.2.1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948)

Siendo la Declaración Universal de Derechos Humanos, uno de los instrumentos internacionales más importantes, porque se considera que es el primero que consagra dentro de un ordenamiento positivo, todos los derechos subjetivos innatos que los seres humanos poseen de forma natural para poder desarrollarse como personas y con sus semejantes. Derechos tales como la vida, la libertad, la propiedad, la integridad personal etc. han sido consagrados en este instrumento para que sean respetados por todo estado suscriptor de dicho instrumento y por toda persona particular, y que debido a su importancia, ha sido ratificado por la mayoría de los países que conforman el mundo.

En ese sentido en su articulado regula uno de los derechos subjetivos más preciados o con más valor, nos referimos al derecho a la vida, manifestada en la existencia misma del ser humano y que es considerado como el que da vida a los otros derechos tales como: La libertad, el Honor, el Patrimonio etc., sin el derecho de la vida, los otros no se pueden ejercer.

Otro de los derechos fundamentales que regula este instrumento es el derecho a la propiedad, reflejada esta el uno de los atributos de la Personalidad Jurídica del Sujeto de Derecho y que se materializa en el Patrimonio, entendido este ultimo como: “El conjunto de derechos de contenido total o parcialmente económico que una persona posee y de obligaciones también total o parcialmente económicas que deben ser satisfechos por aquellos”¹³².

Nos enfocaremos en el desarrollo del presente Marco Normativo Jurídico solo en la regulación y análisis de estos dos derechos, porque se considera que son los que se relacionan con la problemática de investigación; pues la misma esta enfocada a determinar a partir de que momento se inicia legalmente el derecho a la vida para poder adquirir la capacidad de goce y por lógica ser sujeto de derechos. Dentro de los derechos de los que se puede ser titular, se encuentran los derechos patrimoniales y que pueden ser adquiridos y transmitidos mediante la Institución Jurídica de la Sucesión por Causa de Muerte. Estos derechos subjetivos se regulan en el Art. 5 en donde manifiesta que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Desde el punto de vista filosófico, la vida debe de ser el bien mas grande tutelado por las leyes, es el valor principal dentro de la escala axiológica de los derechos del hombre. La vida debe ser especialmente protegida por el ordenamiento jurídico, pues es el fundamento mismo de la existencia de la persona.

El hombre posee al igual que los demás seres de la naturaleza, una vida biológica, la cual, en su caso concreto constituye no solo un hecho cuya

¹³² Barriere, Jorge Alberto: Guía para el Estudio del Derecho Civil II, Bienes, Pág. 1.

realidad e integridad deben ser protegidas por las normas, sino además un derecho. Esto quiere decir Según Recasens Siches: “que socialmente el hombre tiene el derecho a no ser privado injustamente de la vida, a que esta no sufra ataques injustos del prójimo o del poder publico”.¹³³

Lógicamente el derecho vida se refiere en primer termino a la biológica del ser humano, no obstante según Hernández Valle: “que la vida humana no se agota, como en el caso de los animales, en su manifestación netamente biológica. En el por el contrario, lo más importante de su existencia es su aspecto espiritual, dado que es el único ser de la naturaleza cuya conducta es teleológica , es decir, el único ser que introduce fines en ella, para tratar de conformarla de acuerdo con sus ideas y aspiraciones espirituales, en esa condición de ser cultural , que es propia, exclusiva e inherente del hombre, radica la explicación de que la vida biológica, además de ser un hecho natural , constituye un derecho humano que se encuentra tutelado por el ordenamiento jurídico”.¹³⁴

Es importante mencionar dentro de este aspecto que muchos ordenamientos jurídicos no consagran la protección del bien jurídico vida, ya que estiman tan especial y natural su conservación y defensa que no consideran necesario consignarlo, pese a ello su protección ha existido desde la antigüedad castigándose el homicidio y otras formas de agresión en su contra. Otros instrumentos si lo hacen por ejemplo La declaración del buen pueblo de virginia (1776) que ha sido considerada la más antigua y relevante declaración Americana, reconocía en su Sección I el Derecho al goce de la

¹³³ Recasens Siches; Luis: Tratado General de Filosofía del Derecho, Editorial Porrúa, México, Pág. 559, Año 1978.

¹³⁴ Hernández Valle; Rubén: Las Libertades Públicas en Costa Rica, Juricentro San José, Pág. 67-68 1980.

vida, como un derecho innato a la persona humana, la cual no podía ser privada ni desposeída de la misma por ningún pacto.

Así como también en su artículo 17 menciona que Toda persona tiene derecho a la propiedad individual o colectivamente, y que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Se entiende que éste instrumento se considera la base del reconocimiento de los derechos civiles, los cuales son inalienables a toda persona como ser humano sin distinción alguna.

La vida y el patrimonio son muy importantes porque en los capítulos anteriores se ha tratado de establecer, después de un estudio de la legislación y la doctrina en materia de las ciencias jurídicas y tomando en cuenta la legislación internacional que el ser humano tiene vida desde el momento en que es concebido y por lo tanto es sujeto de derecho y como sujeto de derecho tiene capacidad para suceder por causa de muerte, y por tanto titular de un patrimonio y a futuro poder disponer del mismo mediante la institución de la Sucesión por causa de muerte y dentro de esta el Derecho de Transmisión.

Por principio se considera que algunos de los derechos y obligaciones de una persona no se extinguen con la muerte, es por ello que el patrimonio según las legislaciones es un derecho que no termina con su titular, sino que puede transmitirse por causa de muerte a sus descendientes o ascendientes.

3.2.1.2 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (ONU 1965)

La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, obliga a todos los Estados miembros a eliminar y prohibir la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico y particularmente en el goce de todos los derechos humanos.

Dentro de la igualdad ante la ley, se encuentra el goce de todos los derechos, por lo que este cuerpo normativo enumera una serie de derechos que los Estados se obligan garantizar a toda persona, Siendo que el artículo 5 en su literal d, ordinales 5 y 6 garantiza el derecho que tiene toda persona a ser propietario individual y colectivamente y el derecho a heredar respectivamente.

Como puede verse, esta Convención al igual que la anterior regula el Derecho de Propiedad que tiene toda persona natural para ser titular de un patrimonio y en especial al derecho de heredar por medio de la Sucesión por causa de muerte independientemente de la condición.

3.2.1.3. Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención de los Derechos del Niño, es un Instrumento Internacional que regula todos los derechos del niño después de su nacimiento hasta cumplir la mayoría de edad, pues así es el tratamiento que le da dicho instrumento a toda persona que según la ley del país de su nacionalidad, no hubiere alcanzado la mayoría de edad.

Cabe citar algunos artículos de la convención en mención, porque dentro de su estructura retoma todos los derechos de los menores o incapaces con miras a protegerlos por la situación de indefensión en la que se puedan encontrar aun viviendo con sus progenitores. Es así que dentro de los artículos más importantes, se encuentran: el Art.1. que menciona 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 (1) la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Además en su artículo 6 menciona que los estados que son parte de esta convención, están obligados a reconocer que todo niño tiene derecho a la vida y que deben garantizar en la medida de lo posible la supervivencia y desarrollo del mismo.

Otro de los artículos importantes es el Art.7.- en donde regula que todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho después de que nace a su nombre, adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Además, los Estados partes velarán por la protección de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera sobre todo cuando el niño resultase de otro modo “apátrida”¹³⁵.

Los artículos citados, regulan una infinidad de derechos de los menores, pero solo se han retomados ciertos de ellos, porque se considera que son los pertinentes a nuestra investigación como son: el nombre como requisito para la

¹³⁵ **Apátrida:** “Es la persona que carece de nacionalidad, lo que puede ocurrir por no haberla tenido nunca, por haber renunciado a la que se tenía sin adquirir otra distinta o por haber sido privada de ella, bien por determinación legal de la autoridad, bien por un acto individual relacionado con el nacimiento o con el casamiento, bien por violación de las leyes de su país que lleva implícita la pérdida de la nacionalidad; como sucedería el caso de enrolarse en un ejército extranjero.” (Osorio, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L. Pág. 60.).

inscripción en el registro del Estado Familiar y que es mediante el cual se reconoce que una persona existe para el Estado. Así mismo es necesario mencionar que no solo es importante que se reconozca el derecho a la vida sino también la protección del Derecho mismo. Es por ello que para efectos de nuestra investigación relacionaremos los artículos que regulan tanto el derecho a la vida como su protección.

Es de hacer notar que tomando en cuenta otros Instrumentos Internacionales de los cuales se hará mención más adelante en donde se reconoce a todo ser humano desde el instante de la concepción, como lo reconoce la Convención Americana sobre Derechos Humanos, podríamos decir que a partir de la concepción se considera niño al producto de la concepción, pero como la Convención de los derechos del niño no hace alusión a partir de qué momento una persona se considera niño, entonces debe entenderse que la protección de esos derechos también están consagrados y le asisten a favor del producto de la concepción, por lo cual sin importar su condición, debe ser considerado menor y se le garantizan todos los derechos reconocidos a los ya nacidos en este Instrumento Jurídico.

3.2.1.4. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Este instrumento, en su Capítulo I denominado “Derechos” Consagra principalmente en su art. 1 la vida consagrando que toda persona tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Esta es una de las disposiciones en las cuales se evidencia que la Constitución de la Republica de El Salvador de 1983 retomó los mismos

principios para garantizar éste derecho, pues lo regula en su art. 2 en total relación.

Así mismo en su Art.23 también regula el Derecho de Propiedad en los términos siguientes: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa que contribuya a mantener la dignidad de una persona y del hogar”.

Partiendo de esta base, es importante distinguir que los derechos civiles siempre han sido reconocidos por derecho natural, pero que es a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que fueron reconocidos como derecho positivo. A partir de allí, las siguientes Convenciones, Declaraciones, Pactos y Protocolos, han venido reconfirmando y de estos también las legislaciones internas de los países los han retomado y consagrado en sus Cartas Magnas. En el caso del derecho a la vida que se considera el más fundamental, éste ha sido reconocido por derecho natural; y el Derecho a la Propiedad se ha reconocido tomando en cuenta estos instrumentos con excepción de algunos países de corte socialista, para los cuales el derecho a la propiedad individual está restringido y por lo tanto dentro del Derecho Positivo no existe la Institución de la Sucesión por Causa de Muerte. En el caso de El Salvador, nuestra Constitución sí los consagra dentro de su parte Dogmática en su capítulo de los Derechos Individuales por el sistema político en el que vivimos, por lo cual se analiza de la siguiente forma:

Se puede decir entonces que ésta Convención regula el derecho de propiedad, el cual se puede transmitir mediante la figura de la Sucesión por Causa de Muerte, la que constituye el género a estudiar y/o analizar dentro de la problemática estudiada, es decir de qué formas se puede transmitir el patrimonio de un causante a sus descendientes, ascendientes, etc.

3.2.1.5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula el derecho a la vida de todas y cada una de las personas naturales y lo hace de manera casi igual al “artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”¹³⁶, que se cita a continuación de esta, pero agrega ciertas diferencias, porque en su artículo 6 Numeral 1° reza lo siguiente: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará Protegido por la ley; nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

Dentro de éste artículo, lo más importante es el numeral antes mencionado, pues en el se reconoce el derecho a la vida al igual como lo hace la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 4 y los siguientes cinco numerales regulan exactamente lo mismo con respecto a la protección del mismo derecho, el cual solo se ve violentado legalmente cuando se impone la pena de muerte por la vía legal.

También el art. 7 de éste mismo cuerpo normativo prohíbe ciertos actos, acciones u omisiones y conductas que pueden ser cometidas por personas naturales o jurídicas o Estados y que son consideradas atentatorias o nocivas para la conservación del derecho a la vida y lo regula de la siguiente forma: “Nadie podrá ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos y científicos”.

Este artículo es claro en reprochar cualquier tipo de conducta, acción u omisión en la que se ponga en peligro o grave riesgo la vida de las personas,

¹³⁶D. O. N. 113, Tomo N.259, de 19/06/78.

con el fin de obtener de ello un provecho ilícito o para efectos de obtener medios de prueba en ciertos casos especiales como podría considerarse los imputados de ciertos delitos para que confiesen, o los prisioneros de guerra. Es decir que se está prohibiendo toda especie de amedrentamiento tanto físico como Psicológico que ponga en un leve riesgo el derecho a la vida.

Se ha retomado este artículo porque se considera que siendo el derecho a la vida el más preciado, es importante reconocer que además de su reconocimiento, es importante su protección contra actos, acciones u omisiones que atenten contra el mismo.

3.2.1.6 Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José. Costa Rica 1969)

La Convención Americana Sobre Derechos Humanos es muy importante, pues contiene una norma que es de la que retomaron los legisladores salvadoreños en el año de 1997, principios y parámetros importantes para reconocer la realidad jurídica y la necesidad reformar el artículo 1 de la Constitución en la que se le agrega un segundo inciso, que vino a originar en cierta manera una aparente contradicción entre la ley primaria y la ley secundaria específicamente con el Código Civil sobre lo que se entendía como inicio de la vida o de la existencia humana de la persona natural.

Es por ello que en su Capítulo II titulado Derechos Civiles y Políticos, se encuentra el Artículo 4 que en su numeral 1º regula el derecho que tiene toda persona a la vida, y que reza de la siguiente manera: “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. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Es importante esta disposición citada, porque regula el derecho a la vida, y es a partir de este artículo que se origina en cierta medida la problemática en investigación. Con respecto a lo que regula el ord. 1º podríamos decir que es este el que da origen al reconocimiento de la existencia de la persona humana desde el momento de la concepción, lo que motivó la reforma a la Constitución agregando un inciso 2º al Artículo 1, que vino a derogar el Artículo 72 del Código Civil que retomaba la Teoría de la Vitalidad y de la Viabilidad, para efectos del inicio de la existencia legal de la persona natural; reconociendo además, la capacidad de goce al producto de la concepción y por lógica consecuencia, una infinidad de derechos en beneficio y para la protección de la criatura que se encuentra en el vientre materno.

También dentro de este artículo además del reconocimiento de la vida desde ese momento, en los siguientes 5 numerales se esta protegiendo el derecho a la vida, la cual puede ser objeto de restricción solo por la vía legal cuando ciertos países contemplan la pena de muerte.

Otro de los artículos que tiene importancia para nuestro estudio, es el artículo 21 de este mismo cuerpo de leyes, el cual regula otro de los Derechos subjetivos consiste en el derecho de propiedad privada y se materializa en el patrimonio regulado en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho al uso u goce de sus bienes. La ley puede subordinar ese uso y goce al interés social.

Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

Esta disposición está garantizando el derecho de toda persona de ser dueño y poseedor de sus propios bienes y con ello formar su propio caudal patrimonial y que puede transferirlo o enajenarlo a otras personas si quisiere, mediante la Sucesión, por Donación u otro contrato.

3.3. LEGISLACIÓN NACIONAL APLICABLE AL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La Legislación Nacional o interna de los países, es la que regula todas las conductas de las personas particulares entre si y de estas con el Estado. Es decir, regula todo el funcionamiento del Estado tanto de sus órganos de gobierno, instituciones oficiales autónomas y las relaciones de estas con las personas particulares. Es el ordenamiento sobre el cual se rige toda la actividad de las personas para convivir de una forma respetuosa hacia los demás, esto partiendo de la Constitución de la Republica, Tratados Internacionales, Legislación Secundaria, Decretos, y finalmente los Reglamentos.

3.3.1 Norma Primaria.

Dentro de la legislación interna del Estado de El Salvador, existe una norma que se tiene primaria o fundamental, la cual regula todos los derechos que le asisten a la persona humana sin distinción, tanto derechos civiles, llamados también derechos individuales, derechos sociales, culturales, económicos, políticos etc. Estos los regula en su parte dogmática, los cuales son desarrollados en una forma más amplia en la legislación secundaria, generalmente todos estos derechos ya han sido consagrados como lo dijimos

antes por el ordenamiento jurídico internacional, y luego retomados por las Constituciones. También regula la forma del Estado, sus órganos que lo componen, sus atribuciones, sistema de gobierno etc., regulado esto último en su parte orgánica. En síntesis, esta norma primaria no es más que la Constitución, y que es la ley más importante de la cual se retoman todos los derechos, valores y principios para ser protegidos y regulados por determinados cuerpos jurídicos secundarios, sin permitirse la contradicción entre éstos últimos y la misma. La presente investigación tiene como punto de estudio la Constitución de la república de El Salvador de 1983 y dentro de esta específicamente artículo 1, el cual se expondrá a continuación.

3.3.1.1. Constitución de la República de El Salvador (1983)

Específicamente en su parte dogmática, la Constitución de la República, tiende a desarrollar como parte primordial, en su artículo 1 DERECHOS Y GARANTIAS INDIVIDUALES.

El Título I, Capítulo I, artículo 1, y específicamente el inciso segundo de la constitución reza expresamente:¹³⁷ **“Así mismo reconoce como persona humana a todo Ser Humano desde el instante de la concepción”**.¹³⁸

¹³⁷COMENTARIO: Esta reforma constitucional, constituye el punto partida de la presente investigación, debido a que en el año de 1999 se le introduce un nuevo inciso a dicho artículo, el cual se considera que ha sido retomado de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969) y es donde se reconoce la existencia de la persona desde el instante de la concepción. Esta reforma ratificada en el año 1999 vino a modificar lo que antes se entendía según el art. 72 del Código Civil como el inicio o reconocimiento legal de la existencia de la persona humana a partir del nacimiento; y en consecuencia derogando a la vez la implícita teoría de la vitalidad.

¹³⁸ Reforma adoptada por decreto legislativo N. 551 de Fecha 30 de Abril de mil novecientos noventa y nueve.

Este inciso segundo del artículo uno de dicha normativa primaria reza su importancia a partir de la reforma que se adoptara por la Asamblea Legislativa en el año 1997 ratificada en 1999, inciso segundo que de manera tácita derogó lo contemplado por el artículo setenta y dos del Código Civil, ya que este último expresaba que el inicio de la vida del ser humano principia al nacer es decir cuando el ser humano se desvincula totalmente del vientre materno, si este nació vivió y sobrevive por lo menos un minuto (teoría de la vitalidad) o en su caso, este ser humano sale del vientre materno, nació vivo y continúa viviendo (teoría de la viabilidad).

A hora bien el inciso segundo del artículo 1 de la Constitución ya no contempla que el inicio de la vida del ser humano principia al nacer tal y como lo contempla actualmente el Código Civil,¹³⁹ sino como lo dice dicho inciso **el inicio de la vida del ser humano principia desde el instante de la concepción**, es decir desde el instante en que el Espermatozoide penetra en el óvulo y nace vida nueva, y ya no desde que sale del vientre materno.

En opinión de especialistas en materia civil, con respecto a que **el inicio de la vida del ser humano principia desde el instante de la concepción**, expresan que materialmente no es posible (aunque la Constitución es norma primaria) por que no puede considerarse persona a un producto de la concepción, cuando su vida depende de la vida de otra persona, tal es como se alimenta de la madre y que separada de ella no sobreviviría, en ese caso en particular.

Pero independientemente de la posición civilista, la Constitución es norma primaria y prevalece sobre la secundaria, además, para considerar el

¹³⁹ COMENTARIO: La Asamblea legislativa, al crear el inciso segundo del artículo uno de la constitución debió derogar completamente el artículo 72 del código civil,

principio de la existencia, el requisito básico es que << **SE TENGA VIDA,** >> no importando que la vida de ese ser, dependa de la de otra persona, en este caso, de su progenitora.- Debe entenderse por lo tanto que la Constitución no hace distinción con respecto a este punto, y taxativamente consagra el principio de la existencia desde ese preciso instante como ya lo mencionamos cuando el espermatozoide fecunda en el ovulo y crea nueva vida.

Es decir la problemática de la presente investigación se enmarca sobre dos de los derechos individuales, el primero que es el derecho a la vida y el segundo el derecho a la propiedad, es necesario verificar como se regulan, porque ambos derechos vienen siendo regulados desde los instrumentos internacionales hasta las legislaciones secundarias internas dentro de los países, además de la protección ante posibles violaciones o restricciones a los mismos.

Si bien es cierto que para efectos de esta investigación el punto de partida y análisis es el inciso segundo del artículo 1 de la Constitución, antes analizado, este se encuentra ampliamente relacionado al siguiente articulado de dicho cuerpo de ley:

El artículo 2 de nuestra Norma Primaria, expresa que el derecho a la vida y a la propiedad; son garantizados y al mismo tiempo protegidos constitucionalmente y además que también se garantizan otros derechos humanos que son fundamentales para el desarrollo de la vida del Ser Humano a parte de la vida, tales como: derecho a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión y a ser protegido en la conservación y defensa de los mismos, el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, además menciona que se establece la indemnización conforme a la ley por daños de carácter moral. y otros derechos,

que como menciona la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia, no solo tiene derecho el ser humano a los derechos enumerados expresamente en el presente artículo de manera tácita, dado que dicho artículo (dos de la Constitución) es un catálogo abierto de derechos, tal es el caso del derecho del ser humano a un medio ambiente sano.¹⁴⁰

Respecto al derecho a la propiedad, hagamos un paréntesis respecto a su tratamiento constitucional, y específicamente el artículo veintidós de dicho cuerpo de ley.

El artículo 22 de la Norma Primaria reza expresamente, que toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes conforme a la ley. La propiedad es transmisible en la forma en que determinen las leyes. Habrá libre testamentifacción.

Mención especial requiere el derecho a la libre testamentifacción, pues un causante amparado en dicha facultad puede constituir como heredero o legatario a una persona que aun se encuentre en el vientre materno (tal es el caso del artículo 1 inciso 2) y como constitucionalmente todo ser humano tiene capacidad de goce desde el instante de la concepción, aun sin haber nacido, y por lógica puede ser titular de derechos y obligaciones y hasta heredar por causante de muerte, de forma testamentaria.

Otros de los artículos constitucionales que protegen el derecho a la propiedad privada son los que pertenecen al Título V del Orden Económico, tal es el caso del artículo 103 el cual reconoce y garantiza el derecho a la

¹⁴⁰ Apuntes de clase. Curso Político Social. Ciclo I-2005.

propiedad privada en función social. Se reconoce así mismo la propiedad intelectual y artística por el tiempo y en la forma determinada por la ley.

Este inciso segundo aunque no regula el derecho a la propiedad que recae sobre bienes materiales como son los inmuebles, si se considera que los derechos de autor pueden ser transferidos a los herederos por causa de la muerte de su titular para su explotación.

Otro de los articulo que merece importancia traer a mención es el articulo 105 de la Constitución en el cual El Estado reconoce, fomenta y garantiza el derecho de la propiedad privada sobre la tierra rústica, ya sea individual, cooperativa, comunal o en cualquier otra forma asociativa; y no podrá por ningún concepto reducir la extensión máxima de tierra que como derecho de propiedad establece esta Constitución, partiendo de lo anterior Este artículo viene a confirmar que el Estado es el garante del derecho de propiedad privada ya sea individual o colectiva para una mejor explotación, en el caso de la propiedad individual siempre es susceptible de transferirse por sucesión a sus descendientes o ascendientes del causante.

3.3.2 Tratamiento en la Legislación Secundaria

3.3.2.1. Código Civil (1860)

Este instrumento jurídico es el más importante dentro de la legislación Secundaria porque en el se regula parte del problema de investigación, ya que contempla las **“teorías de la vitalidad y viabilidad”**, es decir, reconociendo la existencia de un ser humano a partir del nacimiento, esto es al separarse la criatura de su madre y que no esté ligada por el cordón umbilical, lo regula en su art. 72 el cual queda tácitamente derogado por la primacía de la Constitución

y que al reformarse y agregarse el inciso 2 al art. 1 en donde ya se reconoce a la persona desde el instante de la concepción, viene a reconocérsele la capacidad de goce a esa persona que se encuentra en el vientre materno, es decir, que puede ser sujeto de derechos por su misma existencia desde ese momento, pudiendo aplicarse en todos los aspectos de la vida jurídica, es por ello que para el objeto de la presente investigación solo se retomarán los artículos más importantes y que en cierta medida, se relacionan con el problema de investigación.

Es así que dentro del Título II Capítulo I llamado “Del Principio de la existencia de las personas, se encuentra uno de los artículos más importantes en lo que se refiere al objeto de nuestra investigación y que lo constituye el Artículo 72, que en lo medular regula que el principio de la existencia de las personas es al nacer y que además, ésta, este separada completamente de su madre; mencionando además que para la legislación civil, 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, la ley expresamente lo declara no haber existido jamás.

Otro de los artículos que merece mención porque aparentemente en cierta forma contradice lo regulado por el artículo 72, es el artículo 73, ya que dentro de su espíritu, esta protegiendo la vida de la criatura que se encuentra en el vientre materno, pues otorga la facultad a los jueces para que de oficio o petición de cualquier persona practique todas las providencias que le parezcan convenientes para protegen la existencia del no nacido, siempre que el juez considere que de algún modo pueda estar en peligro.

Estos dos artículos son los que en cierta medida contradicen lo que regula el Artículo 1 Inc. 2 de la Constitución, especialmente el artículo 72 pues

con la reforma del mencionado artículo se deroga tácitamente este último, el cual puede considerarse aun como Derecho Positivo no vigente; pero para no generar dicha contradicción, también se debió en su debido momento reformar la ley secundaria (Código Civil) para que quedara en concordancia con la Constitución con respecto al reconocimiento de la existencia de la persona humana, pero no se realizó y tal parece que en la práctica para ser titular y gozar de derechos sucesorales todavía se sigue aplicando el Art. 72 Código Civil, el cual dentro de su espíritu como lo mencionamos antes comprende la teoría de la viabilidad, en detrimento de lo que reza la Constitución. Es decir que todavía aún se reconoce que para que una persona exista debe nacer vivo para que puedan operar ciertos derechos que en materia sucesoral deberían aplicar si se toma en cuenta la teoría de la concepción según la Constitución.

Además, la teoría de la Viabilidad no tiene razón de ser, debido a que la misma ley secundaria ya protege la vida del que está por nacer en el Art. 73 Código Civil antes citado, y es que en cierta medida ya se está reconociendo la existencia de una persona aunque se encuentre en el vientre materno porque se considera que el producto de la concepción tiene vida, entendida esta como el requisito de la existencia de una persona y que a la vez dicha existencia se convierte en el requisito básico para la aplicabilidad del Derecho de Transmisión Sucesoral.

Se puede decir entonces que la capacidad de goce es adquirida desde el momento de la concepción y así lo reconoce la ley, pues en el Art. 75 de este mismo cuerpo normativo se reconoce que una criatura que se encuentra en el vientre materno puede ser sujeto de derechos, y esto lo confirma el Art. 75 que menciona que los derechos que se difieran a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia,

entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se difirieron. En el caso del Art. 75 parte final pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.

Este artículo es otro de los más importantes anteriormente citados. Es decir, regula tanto la posibilidad de que a una persona que está en el vientre se le puedan deferir derechos, entiéndase derechos de toda clase, tanto civiles como patrimoniales.

Al desglosar el artículo se puede establecer que por la misma capacidad de goce que se le ha reconocido a la criatura que se encuentra en el vientre materno, éste puede ser titular de derechos, tal es caso de los derechos patrimoniales, que se le puedan diferir a una persona antes de su nacimiento, mediante la Institución de la Sucesión por Causa de Muerte; es por ello que si nos encontramos en un caso de tal naturaleza, estos derechos estarán en suspenso hasta el momento del nacimiento, dado que si nace y vive se reconocerá entonces que existió como persona en el tiempo en que se le difirieron. Es decir que en este caso se reconoce o no la existencia legal desde el momento en que se le defirieron, pero está condicionado al nacimiento vivo de la criatura, caso contrario si el goce de dichos derechos depende del nacimiento vivo y si este no se realiza y la criatura nace muerta se tomará como que esa persona no ha existido, esto lo regula la parte final del Art. 75 Código Civil. analizado, pues es un aspecto que tiene que ver con la transmisión de derechos, que es un apartado analizado dentro de lo que comprende el capítulo dos del presente informe final de investigación, pero si se presenta el caso de que a una persona que está en el vientre materno y que se le haya diferido un derecho hereditario y este no nace o nace, pero nace muerto, de acuerdo al Art. 75 Código Civil en su parte final pasarán dichos derechos a otras personas y como según el Código Civil, el nacimiento es el principio de la existencia

humana y esto a la vez el requisito para el goce de tales derechos, si la persona nace muerta transmite tales derechos y se tomará como que no hubiese existido jamás aplicando lo establecido por el artículo 72 de este mismo cuerpo de leyes.

Es decir que según éste artículo una persona que nace muerta o muere en el vientre materno puede transmitir tales derechos a sus familiares más cercanos, lo cual tiene relación con la transmisión de derechos sucesorales, en donde se puede dar el caso de que el heredero sea una criatura que se encuentra en el vientre materno y que nace, pero nace muerta, es decir, muere en el vientre. Esto es lo que regula los artículos dentro del Libro Tercero llamado “De la Sucesión por causa de muerte y de las Donaciones entre vivos” que se desarrollará a continuación:

Dentro de éste Libro y siguiendo los lineamientos que se han venido retomando de considerar solo los artículos que se consideran más relevantes, se encuentra el Art. 958 que regula básicamente en que momento opera el Derecho de Transmisión y menciona que si los derechos a la sucesión de un heredero o legatario no han prescrito y si fallece sin aceptarla o repudiarla, se van a transmitir a sus herederos el derecho que tenía de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aunque fallezca sin darse cuenta que tenía tal calidad, además menciona que no se puede ejercer este derecho sin haber aceptado o repudiado la herencia de la persona que lo transmite.

Este artículo tiene mucha relación con el Art. 75 Código Civil parte final, con la diferencia que debemos entender que se refiere a una persona que efectivamente ya existe y que tiene la calidad de heredero o legatario, pero fallece sin haber aceptado o repudiado dicha herencia, se entiende que en este caso si se da cuenta que es heredero o legatario y aún así no lo hace, en este

caso va a transmitir a sus herederos más cercanos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, pero el artículo va más allá, pues establece que cuando esta persona fallece y no se daba cuenta que tenía calidad de heredero o legatario también en este caso va a transmitir su derecho a sus herederos.

Es decir que en ambos casos, lo que se transmite es el derecho de opción, ya sea de aceptar o repudiar la herencia o legado, que si este es el caso, haría uso de este derecho del causante heredero, la persona a quien se lo transmita, y es esta, quien puede rechazar o aceptar dicho legado o herencia. Para ello, primero debe aceptarse la herencia de la persona que al fallecer y lo transmite.

Otro artículo importante es el Art. 962 de este mismo instrumento aunque no regula sobre la existencia como requisito de transmisión sucesoral, si regula la capacidad para poder tener la calidad de heredero o legatario, el cual sencillamente menciona que será capaz y digno de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz o indigno.

De este artículo se puede retomar dos aspectos, el 1º que se refiere a la capacidad y que aquí se esta refiriendo a la capacidad en general, entendida esta como la capacidad de ejercicio para realizar ciertos actos jurídicos y que es necesario relacionar una serie de artículos, y el 2º lo que se refiere a la indignidad que es una especie de sanción jurídica a las personas que han atentado contra el causante, que los inhibe de poder sucederle en sus bienes. Esto lo regula la ley y hace referencia en que casos una persona es indigna para suceder.

Retomando lo que menciona el artículo se puede decir que será capaz de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz. En lo que se refiere a la capacidad es necesario hacer referencia al Art. 1317 de este mismo cuerpo de leyes que menciona que toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces.

Para analizar sobre este artículo es necesario citar el Art. 1318 que en su texto menciona que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

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

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

Todos los artículos relacionados con la capacidad de las personas naturales van referidas a “la capacidad de ejercicio que se adquiere al cumplir la mayoría de edad que según el código de familia es de dieciocho años de edad”¹⁴¹, de lo contrario se posee la capacidad de goce como es el caso de los

¹⁴¹ Código de Familia. **Art.345.**- Son menores de edad toda persona natural que no hubiere cumplido dieciocho años de edad. En caso de duda se presumirá la minoridad mientras no se pruebe lo contrario.

menores de edad, y como uno de los requisitos para suceder dice la ley es que el asignatario sea capaz, es por ello que fue necesario referirse a la capacidad para realizar ciertos actos como es la capacidad de ejercicio.

Retomando los artículos del libro Tercero del Código Civil que se relacionan con el problema de investigación, es necesario retomar el Art. 963 que esta regulando el requisito para ser capaz de suceder por causa de muerte, y que se materializa básica y necesariamente en la existencia al tiempo de abrirse la sucesión; salvo que se suceda por derecho de transmisión, según el Art. 958, pues entonces bastara existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado.

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

Con todo, las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidaran por esta causa si existieran dichas personas antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión.

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

Este artículo tiene mucha importancia pues regula la capacidad para heredar, la cual viene referida a la existencia al momento de abrirse la sucesión, la que podría considerarse que queda tácitamente sin razón de ser, debido a que con la reforma del artículo uno de la Constitución en la cual se reconoce la

existencia de la persona humana desde el instante de la concepción, se le ha reconocido la capacidad de goce y por lo tanto la capacidad de suceder al producto de la concepción o (nasciturus).

Para poder heredar bienes del causante se considera que el testador tiene al menos la idea de que ese asignatario a quien piensa instituir como heredero o legatario si existe de, lo contrario no tendría caso constituir como heredero o legatario a una persona que no se tiene la idea de que existe o al menos la certeza de que va a existir.

Este artículo va más allá de lo antes expresado, pues en su inciso tercero, regula que las asignaciones deferidas a personas que se espera que existan aunque no existan al momento de abrirse la sucesión valdrán, si existen antes de transcurridos treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión.

Igual importancia requiere hacer mención que las asignaciones otorgadas en premio valen aunque el que preste el servicio no importa en que tiempo lo realice, o si no existía al momento de la muerte del testador.

Dentro de la Sección denominada de las Asignaciones Testamentaria, se encuentra el Art. 1039 que taxativamente esta regulando el requisito que debe cumplir toda persona que tenga la calidad de heredero o legatario testamentario. Debe ser menciona dicho articulo, una persona cierta y determinada, natural, colectiva o jurídica, ya sea que se determine por su nombre o por indicaciones claras del testamento. De otra manera la asignación se tendrá por no escrita.

Valdrán con todo las asignaciones destinadas a objetos de beneficencia, aunque no sean para determinadas personas.

Las asignaciones que se hicieren a un establecimiento de beneficencia sin designarlo, se darán al establecimiento de beneficencia que el poder ejecutivo designe, prefiriendo alguno de los del departamento del testador.

Retomando este requisito y relacionándolo con la existencia reconocida por mandato Constitucional a un Nasciturus y para que este tenga la calidad de heredero o legatario, se entiende que necesariamente su asignación debe ser testamentaria y no intestada.

Si este fuera el caso, se entendería que cuando un causante en su testamento designa como heredero o legatario a una persona, lo hace con conocimiento real y natural que esa persona existe y por eso lo designa como su heredero o legatario. En el caso del Nasciturus, por consiguiente se considera que el testador ya tenía conocimiento que esa persona existe aun en el vientre materno lo cual es confirmado legalmente por la Constitución. Es decir, que necesariamente para designar en un testamento como heredero o legatario a una persona esta debe existir al momento de la apertura de la sucesión aunque después muera.

Los artículos que se desarrollan a continuación son importantes porque citan básicamente la diferencia entre Derecho de Transmisión, Derecho de Acrecimiento y el Derecho de Sustitución, además, mencionan la forma de exclusión entre ellos y su ámbito de aplicación. Aspectos básicos que es necesario mencionarlos porque de una u otra manera se están relacionando con el objeto de estudio.

Por ejemplo, el Art.1050 esta regulando a nuestro entender que la asignación que por faltar el asignatario se transfiere a distinta persona, por acrecimiento, sustitución u otra causa, llevara consigo todas las obligaciones y cargas transferibles, y el derecho de aceptarla o repudiarla separadamente.

La asignación que por demasiado gravada hubieren repudiado todas las personas sucesivamente llamadas a ella por el testamento o la ley, se deferirá en ultimo lugar a las personas a cuyo favor se hubieren constituidos los gravámenes.

Este articulo es necesario mencionarlo pues regula el caso de que si un asignatario faltare y no haya aceptado o repudiado su asignación, faculta para que se transfiera el derecho de aquel a otro asignatario por acrecimiento, derecho que opera cuando se asigna una cuota a dos o mas herederos o legatarios sin distinguir que porción le corresponde a cada uno, al igual cuando el testador ha sustituido a un heredero o legatario con el nombramiento de otro para que lo sustituya si aquel no acepta o repudia dicha asignación. En este caso dicha asignación se transferirá con todos los gravámenes y obligaciones que contenga, pero cuando dicha asignación ha sido rechazada por otros herederos, se deferirá obligatoriamente a los herederos a favor de los cuales se han constituido dichas cargas.

El articulo 1129 esta regulando la exclusión que se presente en la aplicabilidad del derecho de Transmisión establecido por el artículo 958, y el derecho de acrecer.

Hay que hacer una diferencia en lo que se refiere al derecho de Transmisión y el acrecimiento, pues las dos figuras son diferentes y operan también de forma distinta y la ley las excluye taxativamente. Tal y como lo

hemos mencionado, el derecho de transmisión opera cuando una persona constituida como heredero o legatario muere sin haber aceptado o repudiado la asignación testamentaria que se le había diferido, ya sea por que no lo quiso hacer o porque no se dio cuenta que tenia la calidad de sucesor. Entonces exclusivamente en este caso transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha asignación que se le había diferido, incluso aunque estos no existan al momento de su muerte. Ahora hay que entender que si aquel si tiene herederos ascendientes o descendientes que si existen, por consecuencia a ellos les transmite dicho derecho.

Esta figura opera a favor de una persona que no tiene la calidad de heredero del causante, el cual no esta vinculada en la relación testador (causante) y heredero o legatario, sino que se ve beneficiado por un hecho del cual puede ocurrir sin la voluntad del sucesor o transmisor y ahí entraría ya en calidad de heredero pero del que tenia la calidad de asignatario del primer causante.

No ocurre la mismo con la figura del acrecimiento, pues aquí la persona que se beneficia del acrecimiento mediante el cual su participación hereditaria se ve aumentada, también tiene la calidad de heredero o legatario del causante en la misma calidad y posición del heredero que falta, es decir que están constituidos como herederos o legatarios de la misma herencia o legado sin hacer mención a que parte de dicha herencia o legado le corresponde a cada uno, es por ello, que al faltar un heredero que esta en la misma condición del que sobrevive, su derecho no se transmite sino que acrece al del otro heredero, es por esta razón que estas dos figuras son excluyentes entre si.

También el Art.1140 esta regulando la exclusión entre están tres figuras jurídicas, y lo hace en los siguientes términos: El derecho de transmisión excluye al de sustitución, y el de sustitución al de acrecimiento.

Como ya lo mencionamos anteriormente además de que el derecho de transmisión excluye al de acrecimiento, aquel también excluye al de sustitución porque no puede operar una figura si la otra esta consagrada en el testamento por el causante.

Para que tenga aplicación el derecho de sustitución, este debe de partir del testamento mismo, en donde el testador ha manifestado o ha constituido a otra persona como heredero sustituto en segunda línea de otro heredero en primera línea, mediante el cual, aquel va ha tener derecho de optar por dicha herencia o legado solo y exclusivamente si el heredero o legatario primero en línea, no acepte, o que antes de deferírsele la asignación, llegue a faltar por fallecimiento.

En este caso, es el mismo testador el que pone limitantes para que no opere la transmisión y el acrecimiento pues el mismo se ha encargado de solucionar el problema en caso de que suceda, nombrando otro heredero. En el caso de la transmisión, su operancia esta sujeta a un evento que no depende de la voluntad ni del testador ni del transmisor, como es el caso de la muerte.

Asimismo el de sustitución excluye al de acrecimiento por las mismas razones, pues el testador ya ha nombrado quien va ha sustituir en calidad de heredero al otro en caso de que este ultimo no acepte o fallezca, no dando la oportunidad de que otro heredero pueda beneficiarse de dicha asignación.

Asimismo el Art.1152 regula que no se puede aceptar una parte o cuota de la asignación y repudiar el resto.

Pero si la asignación hecha a una persona se transmite a sus hederos, según el artículo 958, puede cada uno de estos aceptar o repudiar su cuota.

Una asignación testamentaria deferida a una persona, es considerada como una unidad o un todo que para efectos de la aceptación o repudiación no puede dividirse en partes, es por ello que la ley obliga al heredero o legatario que al aceptar o repudiar debe de hacerlo sobre todo lo que contiene la asignación y no esta facultado para aceptar una parte y repudiar la otra, esto es cuando se es heredero en primera línea, pero cuando se sucede por derecho de transmisión, y los herederos del transmisor son varios, es aquí donde opera la sucesión intestada porque el transmisor murió sin la posibilidad de expresar su ultima voluntad, es así que se entiende que en este caso la ley hará el llamamiento como herederos universales a todos de consuno, es decir que se hará la partición de los bienes de la herencia en partes iguales a todos ellos. En este caso la masa hereditaria ya se dividió y es el momento en que puede darse la aceptación o repudiación si es el caso de uno de los herederos universales de la cuota que le corresponde de forma separada aunque los otros herederos acepten la suya propia.

3.3.2.2. Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias. (1982)

Dentro de éste cuerpo normativo solo tiene relevancia para la investigación lo que se refiere al artículo que regula la competencia para proceder en las Diligencias Judiciales de Aceptación de Herencia cuando el heredero o legatario es una persona incapaz.

Es por ello que el Art. 2 Inc. 2 de dicho cuerpo normativo establece que si alguno de los interesados fuere persona natural incapaz, no se podrá optar por el procedimiento ante notario.

Como se sabe, las diligencias de aceptación de herencia son un proceso que se puede seguir vía notarial o vía judicial, y esto lo confirman los Arts. 18 y 19 de este mismo cuerpo normativo, es decir, queda a criterio de los herederos o legatarios, pero se debe entender que se está refiriendo a personas capaces, es decir, personas mayores de dieciocho años, Pero cuando se trata de un heredero o legatario incapaz como sería el caso de un nasciturus, menores, o mayores incapaces, estas diligencias no pueden seguirse vía notarial, sino exclusivamente vía judicial y como se ha dicho, tratándose de nasciturus con mucha más razón, pues es el juez de lo civil quien determinará con aplicación de criterios jurídicos la existencia o no como persona al producto de la concepción y su capacidad sucesoral, aspectos que son la base para la aplicación del derecho de transmisión.

3.3.2.3 Ley del Nombre de la Persona Natural (1990)

Esta ley regula lo concerniente al derecho que tiene toda persona natural a tener un nombre propio que lo distinga de las demás personas, es por ello que en el capítulo denominado del nombre en general, se encuentran dos artículos que son básicos relacionarlos, pues dentro del Art. 1 se reconoce el derecho que tiene toda persona a usar un nombre con el cual debe identificarse e individualizarse.

Asimismo el Art. 4, esta regulando el documento en el cual a las personas se les asigna el nombre, además de que es el documento base en el

que se inscribe el nacimiento de una persona. Este artículo menciona en lo fundamental que las partidas de nacimiento después del número del asiento que corresponda, se encabezarán con el nombre propio del inscrito y deberán contener los otros datos que sean necesarios para una plena identificación y que son regulados en esta misma ley y en el Código Civil

Es importante mencionar que se han citado estos dos artículos, porque se considera que el nombre es el más importante para individualizar a una persona y distinguirla de las demás. Además, es el requisito básico para otorgarle la personalidad jurídica a una persona natural, y con el se reconoce la existencia legal de la persona para el Estado mediante la inscripción de la correspondiente certificación de la partida de nacimiento.

Y es que a partir de la inscripción en el registro de nacimientos del Registro del Estado Familiar, puede determinarse que esa persona natural existe legalmente. Nótese que se habla de existencia legal no así de existencia material, pues materialmente y según la Constitución la persona existe desde el instante de la concepción.

3.3.2.4. Código de Familia (1993)

El Código de Familia como instrumento jurídico base para la protección de la familia, retoma el principio de la existencia de la persona humana desde el instante de la concepción aunque no expresamente, pero su espíritu se entiende va encaminado a su reconocimiento. Reconoce la existencia de muchos derechos del no nacido, los cuales se desarrollarán a continuación.

En Libro Segundo denominado “Filiación y Estado Familiar”, dentro del Título de la Filiación, en su Capítulo II, llamado “De la Filiación Consanguínea”,

en la parte segunda regula el reconocimiento voluntario, y dentro de los artículos más importantes se encuentra el Art. 144 que faculta para que el supuesto padre pueda reconocer voluntariamente al hijo concebido que es lo normal, pero también faculta para que incluso se pueda reconocer al hijo fallecido por cualquiera de los medios establecidos por éste mismo Código que fueran aplicables. Además menciona que el reconocimiento del hijo fallecido solo aprovechará a su descendencia. Así mismo Art. 146 inc. 2° regula que la mujer embarazada también tendrá derecho a que el hombre de quien ha concebido sea citado ante el juez a declarar si reconoce ser el padre de la criatura que está por nacer.

Estos dos artículos están regulando en primer término el derecho a la vida de la persona que está por nacer y es que debido a ese reconocimiento de la existencia de dicha persona le asisten otros derechos como es el que sea reconocido voluntariamente como hijo, por el padre que lo engendró, además se entiende que no puede solo reconocerlo si está en el vientre sino también si este nace muerto y es allí donde tiene importancia, pues no tendría sentido reconocerlo si este no fuera considerado un ser humano aún antes del nacimiento, es decir se reconoce su existencia. Debe entenderse que el reconocimiento también puede hacerse de un hijo mayor adulto que efectivamente ya tiene descendencia, si ese es el caso tal reconocimiento solo aprovechará a su descendencia para efectos de derechos sucesorales u otros derechos inalienables a la persona humana.

Seguidamente, encontramos el artículo 188 que regula sobre los hechos y actos inscribibles en el registro del estado familiar que es la dependencia que se encarga de inscribir a la persona natural y por consiguiente reconocerle su existencia.

Tal artículo menciona que en el registro del estado familiar se inscribirán los nacimientos, matrimonios, defunciones, adopciones, divorcios y demás hechos o actos jurídicos de las personas naturales que determine la ley”.

Este artículo es importante porque regula el acto que en palabras sencillas le otorga la existencia legal para el Estado a una persona natural, pues en el registro de nacimientos mediante la inscripción y el otorgamiento de la correspondiente Certificación de la Partida de Nacimiento, se le otorga la personalidad jurídica a todo sujeto de Derecho y por lo tanto a partir de este momento existe para el estado.

Uno de los derechos que regula este cuerpo de leyes a favor de los hijos y que se relaciona mucho con nuestro objeto de investigación, se encuentra establecido en el Art. 203 el cual en su ordinal 4° menciona que los hijos tienen el derecho de heredar de sus padres en igualdad de condiciones cualquiera que sea su filiación.

Aparte de los anteriores artículos, también es necesario mencionar que el libro tercero en su título II Denominado de la Autoridad Parental, en su Capítulo III regula lo concerniente a la Representación Legal, y dentro de los artículos más importantes para la investigación se encuentran los siguientes.

El ejercicio de la autoridad Parental que regula a los padres a favor de los hijos, no va referida entendiéndose solo a los hijos ya nacidos sino también a los que están por nacer y tiene lógica por que si Constitucionalmente el inicio de la vida comienza al nacer, es necesario protegerlos desde el momento en que son concebidos

El artículo 223 en su inciso primero regula que el ejercicio de la representación legal que es uno de los deberes en que se materializa la autoridad parental debe de ser ejercido por el padre y la madre que ejercieren la autoridad parental, dicha representación incluye a sus hijos menores o incapaces pero además, velaran por la conservación y defensa de los que hubieren concebido.

El padre o la madre a quien se hubiere confiado mediante resolución judicial el cuidado personal del hijo tendrán exclusivamente la representación legal del mismo.

Otro de los artículos interesantes se encuentra Dentro del Capítulo IV titulado "De la Administración de los Bienes", allí el Art. 226 menciona que los padres administraran y cuidaran los bienes de los hijos que estén bajo su autoridad parental, realizaran todos los actos administrativos ordinarios a fin de conservar y hacer más productivos dichos bienes y serán solidariamente responsables hasta de la culpa leve. Asimismo, el Art. 227 reza que los padres no administrarán los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado cuando el donante o testador así lo hubiere dispuesto expresamente, en cuyo caso la administración estará a cargo de la persona designada por el donante o testador y en su defecto por la que nombrare el juez.

Si a uno de los padres se hubiere impuesto la prohibición, la administración corresponderá al otro. Además menciona que el padre o la madre tampoco administraran los bienes que hubiesen pasado al hijo por indignidad o incapacidad del padre o de la madre o de ambos.

Dentro de este capítulo el artículo más importante es el 238, pues esta reconociendo que efectivamente los hijos concebidos pueden ser titulares de

derechos hereditarios tomando en cuenta que como persona ya posee la capacidad de goce y puede ser titular de todos los derechos que como persona humana se le han reconocido y por ser un menor incapaz serán sus padres quienes lo representan y eventualmente administraran dichos bienes. Es por ello que según dicho artículo los padres o la madre en su caso administraran los bienes que eventualmente pertenecerán al hijo que esta por nacer, con las mismas facultades y restricciones impuestas en este capítulo o en lo que fuere aplicable.

Este podríamos considerar que es uno de los más importantes, pues regula la posibilidad de que el hijo no nacido pueda eventualmente ser titular de bienes. Puede ser por donación o herencia y que los bienes serán administrados por sus padres lo cual viene a confirmar la tesis de que el ser humano aun en el vientre materno ya existe y por lo tanto puede ser sujeto de derechos y suceder por causa de muerte.

En el Libro Quinto titulado “De los menores y de las personas de la tercera edad”, en el Título Primero De los Menores, en el Capítulo I De los Principios rectores, derechos fundamentales y derechos de los menores se encuentran dos artículos que consideramos de suma importancia

Dentro de la protección integral que todo menor debe tener para un desarrollo normal en todas las etapas de su vida se encuentran una serie de aspectos que son traídos a colación por el Art. 346.-mediante la cual, la protección del menor deberá ser integral en todos los períodos evolutivos de su vida, inclusive el prenatal y en los aspectos físicos, biológico, psicológico, moral, social y jurídico.

El afecto, la seguridad emocional, la formación moral y espiritual, los cuidados que el desarrollo evolutivo del menor demande, el ambiente adecuado y la recreación son aspectos esenciales de la protección integral.

Este artículo es de suma importancia. Es de destacar que desarrolla todos los aspectos que tienen que ver con una verdadera protección integral tanto en el período prenatal como después del nacimiento, lo cual es esencial, pues la legislación de familia ya considera como menor a la persona que todavía se encuentra en el vientre materno y es por ello que obliga a su protección en todos los aspectos que el artículo cita, nótese la importancia de la protección prenatal que la ley le otorga al producto de la concepción por el mismo hecho de considerarlo menor. Asimismo como menor tiene una serie de derechos que son regulados en el .Art. 351, dentro del cual los dos derechos mas importantes pueden ser: **1°** A nacer en condiciones familiares, ambientales y de cualquier otra índole que le permitan obtener su completo y normal desarrollo bio-psico social; y **2°** A la protección de su vida desde el momento en que sea concebido.

Dentro de los derechos fundamentales de los menores y para los efectos de la presente investigación se han retomado los más importantes, ya que como se dijo anteriormente, se está considerando menor a la criatura que está en el vientre materno, el ordinal 2° ya citado es sumamente importante, pues considera menor desde el momento que es concebido, considerándolo persona desde el instante de la concepción, instante a partir del cual adquiere derechos, pues ya posee capacidad de goce.

3.3.2.5. Ley Transitoria del Registro del Estado Familia y de los Regimenes Patrimoniales del Matrimonio (1995)

La presente ley también posee disposiciones relevantes e importantes para la presente investigación, ya que regula todo lo concerniente a los actos sujetos a inscripción en dicho Registro, pero para efectos de la investigación retomaremos solo lo que se refiere a los nacimientos, y las defunciones, porque mediante la inscripción es que se reconoce la existencia legal y mediante el registro de las defunciones, la muerte o el fin de la existencia legal de una persona natural, es por ello que se retomaran los artículos en los cuales se regulan dichos actos.

Dentro del Título V denominado “Del Registro del Estado Familiar” en su Capítulo II titulado “Del registro de nacimientos” se encuentra el Art. 25 que establece que en ese 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 unido a la placenta.

Este artículo está regulando el acto del nacimiento vivo de una persona humana y es por ello que la palabra nacer no se aplica solo como condición a que se nazca vivo, sino también cuando se nace muerto, para determinar si efectivamente se ha nacido vivo, la criatura debe presentar cualquiera de los signos que el texto del mismo artículo arriba citado detalla. Es necesario mencionar que con que se manifieste uno de ellos puede determinarse que nació vivo y entonces puede considerarse para inscribirlo en el Registro e

Nacimientos, aunque después muera, pues la ley no dice nada al respecto, y es que a partir de ese momento que para la ley secundaria (Código Civil) la persona natural existe como persona cierta y determinada, y lo habilita para inscribirlo en el registro de nacimientos y si minutos u horas después muere se inscribirá en el registro de defunciones.

Con respecto a la regulación para determinar el fin de la existencia de una persona natural se ha establecido un registro de defunciones en el cual se inscriben todas las personas que fallecen. Este acto es regulado por el Art. 39 que menciona que en ese registro se inscribirá toda defunción de personas, es decir la desaparición permanente de todo signo de vida, cualquiera que sea el tiempo desde el nacimiento con vida, según la definición de nacer vivo que se ha detallado en el Artículo arriba mencionado.

No estarán sujetas a inscripción las defunciones fetales, es decir las muertes ocurridas con anterioridad a la expulsión completa o extracción del cuerpo de la madre de un producto de la concepción, cualquiera que haya sido la duración del embarazo. La defunción se determinará por el hecho de que después de la expulsión o extracción, el feto no muestra ninguno de los signos de vida especificados en el artículo 25 de la presente ley. De estas defunciones únicamente se llevará un archivo especial para efectos estadísticos.

Otro de los artículos importantes para nuestra investigación según esta ley, es Art. 43, el cual contiene todos los requisitos o datos que los padres deben proporcionar a la hora de registrar una defunción fetal tales requisitos son: El nombre propio, apellido, edad, estado familiar, nacionalidad, profesión u oficio, domicilio, lugar de nacimiento, número y clase de documento de identidad de los progenitores del fallecido o de la madre, en su caso; y el número de semanas completas de gestación.

Estos dos artículos están regulando las defunciones de seres humanos o muerte, cuando ésta se produce con anterioridad a la expulsión completa del cuerpo del producto de la concepción, es decir, la muerte en el vientre materno, lo cual constituye el objeto de investigación. Como también cuando ya se haya nacido en este último caso se entenderá cuando ya se está inscrito en el registro de nacimientos del registro del estado familiar.

Estos artículos que están dentro de un ordenamiento jurídico especial, el cual regula los registros de nacimientos y otros que comprende el estado familiar de las personas, y que dentro del registro de defunciones comprende el registro de defunciones fetales, se puede concluir que es con este registro mediante el cual se reconoce el fin de la existencia de la persona humana. El Registro de Defunciones es mediante el cual se registran o inscriben las personas que han fallecido, después de haber vivido un momento siquiera, en el caso de las muertes fetales, menciona dicho artículo que solo se llevará un archivo para efectos estadísticos. Hay que entender que para que se tenga la idea de que una persona ha muerto, lógicamente antes vivió, en todo caso no tendría razón de ser en este caso el reconocimiento de la defunción fetal, o sea el fin de la existencia de ese feto como persona, si en contraposición no se le ha reconocido su existencia legal desde la concepción mediante la inscripción lo cual sería el principio de la existencia desde la concepción según la Constitución.

Aspecto importante éste, que según este ordenamiento por ser de carácter especial entraría, por decirlo así en contradicción con el Art. 72 Código Civil, lo cual vendría a su vez a derogar éste último.

3.3.2.6. Código Penal de El Salvador (1997)

Este instrumento jurídico es importante para la investigación, pues es el único dentro de todas las leyes de la República que consagra, protege y garantiza el derecho a la vida, es decir lo regula como delitos y sanciona con penas privativas de libertad ambulatoria todas aquellas acciones u omisiones que vayan encaminadas a atentar contra la vida de las personas, dependiendo a como sea la gravedad de la agresión y al tipo penal o bien jurídico perjudicado. Lo hace porque la vida caracterizada como el bien jurídico más valioso merece protegerse contra cualquier atentado contra la misma, pues los demás bienes jurídicos sin la vida no tendrían razón de ser.

Dentro de los delitos más comunes y más graves, se encuentran los relativos a la vida, que para efectos de esta investigación tiene mucha importancia y lo protege a partir del artículo 128 al 132 que va referido en especial al tipo penal de el Homicidio y todas sus formas, tales delitos son castigados por ser cometidos contra seres humanos ya nacidos o separados de su madre no importando su edad. Se han mencionado porque se considera que tienen mucha relación con la investigación, pues la vida es la existencia misma de las personas, y que los ataques a la misma generan perjuicios y que dependiendo de la gravedad de la agresión puede o no terminar con la existencia del ser humano.

Todas las figuras penales reguladas en los cinco artículos partiendo del 128 al 132 de este código solo pueden realizarse en contra de la vida de las personas, pero además de estos, existen otros tipos penales, que si son mas importantes con relación a lo que se estudia, la cual versa su objeto en determinar por mandato constitucional que efectivamente la persona existe a partir de la concepción y que por lo mismo, es susceptible de ser victima de ataques contra su vida. Esto lo reconoció el legislador y lo consagro como digno de merecer protección por la Legislación Penal. Aquí nos detendremos a

desarrollar todos aquellos delitos que son atentatorios contra la vida del ser humano en formación.

Es por ello que en el Capítulo II denominado de los Delitos Relativos a la vida del Ser Humano en Formación, le dedica un capítulo completo y califica todas las posibles acciones u omisiones en caso de realizarse, como atentatorias contra la vida. El legislador está reconociendo que el producto de la concepción tiene vida y por lo tanto es persona, es así que a partir de los artículos 133 al 141, regula todos los delitos que se puedan cometer en contra de esa persona que se encuentra en el vientre materno.

El artículo 133 regula el aborto consentido y propio, el artículo 134 el aborto sin consentimiento, el artículo 135 el aborto agravado, el artículo 136 regula la inducción o ayuda al aborto, el artículo 137 el aborto culposo, el artículo 138 regula lo concerniente a delito de lesiones en el no nacido, así como el artículo 139 que regula las lesiones culposas en el no nacido y finalmente los artículos 140 y 141 regulan la manipulación genética y la manipulación genética culposa respectivamente.

Todos los artículos antes mencionados son básicos para comprobar que el legislador ha reconocido que la criatura que se encuentra en el vientre materno es sujeto de derechos y que por tal calidad la hace merecedor de protección de cualquier acción que pueda afectar su desarrollo. Todos los artículos son importantes, pues en síntesis, la legislación penal recoge todos estos tipos penales y sanciona con pena de prisión a las personas que los cometan para garantizar que dicho producto de la concepción pueda nacer en condiciones adecuadas. Se considera entonces que confirma la ley penal la existencia como persona natural al producto de la concepción aun y cuando esta no haya nacido todavía, retomando los principios constitucionales.

También dentro del libro tercero de este mismo cuerpo de leyes, se regula el capítulo relativo a las faltas y sus penas y en él se encuentra el título II, dentro del cual en su capítulo I, denominado de las faltas relativas a la vida, el artículo 373, sanciona la venta ilegal de abortivos, así mismo el artículo 374 sanciona como falta el anuncio de medios abortivos. Estos dos artículos, sancionan posibles conductas que puedan con medios externos aplicados a la madre del hijo no nacido dañar la integridad física del feto y lograr con ello un perjuicio, lesión o deformación en su cuerpo. Aunque el delito es menos grave porque la conducta recae en las personas que utilicen medios que puedan ser utilizados para causar un aborto, y no sobre el producto de la concepción directamente, pero es necesario mencionar que desde este punto de vista ya se está atentando contra la vida del Nasciturus y eso tiene mucha importancia para probar que según este cuerpo de leyes la vida debe protegerse desde el momento en que se empieza a desarrollar, y si tomamos en cuenta que la vida es el requisito básico y fundamental para comprobar la existencia de una persona humana, este código la está reconociendo desde el instante de la concepción, por lo cual concluiremos que la mayoría de los instrumentos secundarios importantes están regulando la existencia de la persona humana a partir del instante de la concepción. En relación con el precepto Constitucional.

3.3.2.7. Acuerdo de Reforma Constitucional del Artículo uno de la Constitución (1997)

En el año de 1997 la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, impulsó una iniciativa de reforma constitucional, en la que se modificó el artículo uno de la Constitución de la República de 1983, mediante el cual se le agregaría un nuevo inciso al artículo mencionado donde se reconocería la existencia de la persona humana desde el instante de la concepción. Se

entiende que dicha reforma fue para adecuar la legislación nacional a los ordenamientos internacionales como lo son el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, la Convención Americana de los Derechos humanos y la Convención de los Derechos del Niño.

Dichos ordenamientos internacionales, han reconocido la protección del derecho a la vida humana desde el instante de la Concepción como es el caso de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o (Pacto de San José. Costa Rica 1969).

Sobre la base de estos instrumentos es que la Asamblea Legislativa adopto la decisión de proteger también ese derecho a partir de la concepción y se considero hacerlo por mandato constitucional y por ser aquellos instrumentos internacionales leyes de la republica de El Salvador por estar ratificados, era necesario que se evitara la contradicción que se generaría entre la constitución y los mencionados tratados si no se adecuaba a los mismos, para lo cual era necesario la mencionada reforma. Es por ello que en el año de 1997, se acuerda la siguiente reforma a la constitución de la Republica, emitida por Decreto Constituyente N. 38, de fecha 15 de Diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial N. 234, Tomo 281 de fecha 16 del mismo mes y año de la siguiente forma:

Art.1.- Adicionase un inciso segundo al artículo uno de la Constitución, así:

“Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”

Con este acuerdo de reforma en donde se agrega el inciso antes mencionado, se dice que la constitución fue mas allá de la simple protección de

la vida desde el instante de la concepción, sino que además esta reconociendo la existencia legal de la persona humana a partir de ese momento, lo cual vino a derogar tácitamente la teoría civilista de la vitalidad. La cual según el Código Civil (Art. 72), reconoce la existencia de la persona humana a partir del nacimiento.

Este acuerdo de reforma fue dado en el Salón Azul del Palacio Legislativo, en San Salvador, a los treinta días del mes de abril de mil novecientos noventa y siete.

3.3.2.8. Decreto de Ratificación de Acuerdo de Reforma Constitucional del artículo uno de la Constitución (1999)

“Por mandato constitucional en el art.248 en su inciso primero y segundo”¹⁴², para que se reforme la Constitución, es necesario que se acuerde dicha reforma por la Asamblea Legislativa del periodo anterior y que sea ratificada por la asamblea legislativa del siguiente periodo. Es por ello que en el año de 1999 la Asamblea Legislativa por decreto 541 ratifica el Acuerdo tomado por la Asamblea anterior de fecha treinta de abril de mil novecientos noventa y siete en donde se acordaba reformar el artículo uno de la Constitución. dicha Asamblea en uso de sus facultades constitucionales y habiéndose dado cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 248 de la Constitución decreta, sanciona y promulga la siguiente reforma constitucional de la siguiente manera:

¹⁴² COMENTARIO: Constitución de la Republica de El Salvador de 1983. Art. 248: La reforma de esta 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 ratificada, se emitirá el decreto correspondiente, el cual se mandara a publicar en el Diario Oficial.

Art.1.-Ratificase el Artículo 1 del Acuerdo de Reformas Constitucionales, de fecha 30 de Abril de 1997, publicado en el Diario Oficial N. 87, tomo 335, de fecha 15 de mayo de 1997 que adiciona un inciso segundo al artículo 1 de la Constitución de la siguiente manera:

“Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”.

Art.2.- El presente decreto entrara en vigencia, ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

Este decreto fue dado en el Salón Azul del Palacio Legislativo, en san salvador, a los tres días del mes de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

Con este decreto de ratificación es que el inciso segundo agregado se convierte en ley de la República y así debe de ser entendido y aplicado por los aplicadores de la ley.

3.4. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

NÚMERO DE REFERENCIA: B) CF01-52-A-2001 CAMARA DE FAMILIA DE LA SECCION DEL CENTRO: San Salvador, a las doce horas con cinco minutos del día cuatro de enero de dos mil dos.

Esta sentencia es pronunciada sobre un recurso de apelación en donde el agraviado lo interpone por habersele declarado improcedente por el juzgado Tercero de familia de San Salvador la demanda de impugnación preventiva de paternidad matrimonial, 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.

Dentro de la parte medular de la sentencia se encuentra que la jueza a quo en la resolución impugnada, sostiene que la presunción legal de paternidad contenida en el Art. 141 del Código de Familia, se refiere a que los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio, se presumen del marido, y alega la señora jueza que la ley reconoce la paternidad si existe un vínculo matrimonial que une a esos 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. 1 de la Constitución 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 más no el ejercicio de los mismos, los que estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe, conforme al artículo 75 del Código Civil. En este hilo de ideas, manifiesta que la presunción legal de paternidad aprovecha al hijo en cuyo interés se ha establecido según los Art. 1,7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño, principio 3 de la Declaración de los Derechos del Niño y 140,141,142,351 Ord. 3 y 4 del Código de Familia, por lo cual dicha paternidad, puede atribuirse sobre un hijo no nacido, y reconocerse por los medios legales establecidos pero no presumirse. Finalmente argumenta que tratándose del nasciturus es improcedente ordenar las pruebas biológicas para determinar la paternidad ya que no existen medios útiles y pertinentes al efecto.

El apelante manifiesta que nuestro ordenamiento jurídico reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción, según el Art. 1 de la Constitución, de ahí que este sea considerado un sujeto de derechos, pudiéndose ordenar todas las pruebas pertinentes a fin de determinar esos derechos.

Que el Art. 152 del Código de familia que señala el plazo de caducidad de la impugnación de la paternidad matrimonial no hace distingo alguno si el hijo ha nacido o se encuentra concebido, por lo que en virtud del principio de igualdad jurídica, la madre puede pedir el reconocimiento del hijo que esta por nacer (Art.144 Código de Familia). Lo mismo puede decirse para el caso que el marido pueda impugnar la paternidad que se le atribuye sobre el hijo nascituro.

Los señores magistrados para resolver el presente caso convinieron en destacar el marco jurídico aplicable con respecto a la cuestión.

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, 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. Que en el Art. 4.1 establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Éste derecho estará protegido por la ley, y en general a partir del momento de la concepción. Y la Convención sobre los Derechos del Niño, 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, y 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 aun 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.

El código de familia, sancionado posteriormente a los instrumentos internacionales mencionados. Adopta un cambio legislativo en tanto reconoce en la definición de menor de edad a toda persona natural que no hubiere cumplido dieciocho años (Art.345). regulando así sus derechos y la protección integral desde la concepción (Art.344 inc.1 y 346 inc. 1 y 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 esta 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 esta 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 integra 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 adopto 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 del momento de la concepción, con lo cual indefectiblemente esta puede adquirir los derechos que a ella se refieran , sin

que los mismos estén suspensos, hasta que el nacimiento se efectúe, como señala la regla del Art. 75 del código civil, hoy derogada por la aplicación del mandato constitucional; en cuyo caso tendrá lugar la representación de las personas por nacer.

En este orden la doctrina de la protección integral del niño actualmente se define en fortalecer el 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 de 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 de los 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 legatarios; 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.

El desconocimiento del hijo preventivo por nacer atiende a las circunstancias que, en el derecho argentino, la existencia de las personas comienza desde su concepción (Art. 70 del código civil), mientras puede constituir un medio eficaz para que en el futuro llegue a configurarse la presunción legal de la paternidad.

En América Latina, los grandes codificadores como Freitas y Dalmacio Velez Sarsfield, se preocuparon desde entonces por la dignificación del concebido como ser humano, desde sus concepción. Para el primero, “no se concibe que ente susceptible de adquirir derechos sin que haya persona”. En cambio en la nota del codificador al Art. 63 del código civil argentino (1869), Velez dispuso que **“las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre”**. Por cierto que en esa nota, critica el Art. 74 del código chileno, que sirvió de fuente a nuestro codificador Isidro Menéndez, indicando que si la existencia legal de toda persona principia al nacer; si los que aun no han nacido no son personas, ¿por qué las leyes castigan el aborto premeditado?, ¿por qué no se puede ejecutar una pena a una mujer embarazada?. Esta sabia nota del codificador argentino, considerada desde antiguo por los Digestos 1, 5 y 7 de Paulo, recogen la formula de **“quien esta en el útero es considerado como si ya estuviera entre los humanos, todas las veces que se trate del provecho del feto mismo, aun cuando de ningún modo puede beneficiar a otro antes que nazca”**, texto que junto con el contenido en el Digesto 50, 16 y 231 origino 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, side ius cómmo agitur, forma latina que en su traducción significa, “la persona por nacer se considera como ya nacida, cuando se trate de su ventaja. (Conf. PETTIGIANI, Eduardo Julio, El Suministro de alimentos a la mujer embarazada, en Derecho de Familia, Revista

Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia 13, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, Pág. 86).

Por aclaración y para efectos de nuestra investigación como grupo de trabajo se ha tomado a bien citar textualmente todos los párrafos arriba mencionados, y que han sido extraídos de la Sentencia en mención, porque de lo que se trata es de determinar en que medida y con qué criterios jurídicos en base a la doctrina y las leyes ciertos sectores de la vida jurídica se han pronunciado sobre lo que se trata de determinar que es la existencia de la persona humana desde el instante de la concepción. Es por ello que todos los párrafos mencionados son los planteamientos de los magistrados de la cámara y de la señora jueza Tercero de familia de San Salvador, asimismo como los de el abogado apelante y no contiene comentarios o razonamientos del grupo porque se considera que alteraría en alguna medida los criterios que como jueces y aplicadores de la ley han pronunciado sobre considerar la existencia o no del nasciturus como persona humana a partir de la concepción.

Sin embargo podemos concluir que los razonamientos de los señores Magistrados, los cuales han sido expresados tomando en cuenta la doctrina y el derecho comparado de otros países y relacionando la legislación interna de El Salvador, son apegados a la ley, pues se ha relacionado tanto los instrumentos internacionales, la Constitución y la ley secundaria, en las cuales se ha reconocido al nasciturus como persona humana y que su inicio principia desde la concepción, por lo tanto sobre esa base han fallado en la presente sentencia, aunque el punto medular de que trata la misma, no es declarar o no la existencia desde la concepción a la persona humana, sino mas bien si se puede impugnar la paternidad preventiva de un hijo no concebido, tomando en cuenta lo regulado sobre este aspecto en el Código de familia.

Al final los jueces determinan que el producto de la concepción es una persona y que goza de los mismos derechos que los ya nacidos, por lo cual sobre la base del principio de igualdad jurídica debe dársele el mismo tratamiento como si ya nació, y fallan declarando la revocación de la providencia que declara improponible la Demanda de Impugnación Preventiva sobre la Paternidad Matrimonial, declarada por el juzgado Tercero de Familia de San Salvador.

Todos los instrumentos jurídicos tanto internacionales como nacionales a que se han referido los magistrados, en los que se reconoce la existencia de la persona humana desde el instante de la concepción ya fueron citados y relacionados y se ha hecho un análisis de las normas mas importantes y que se refieran al problema de investigación en el presente Marco Normativo Jurídico. Es por ello que las normas que citan en sus planteamientos los jueces tienen relación con las citadas dentro del acápite del Ordenamiento Jurídico Internacional y también del Ordenamiento Jurídico Nacional, por lo cual ya no es necesario referirse a ellas.

CAPITULO IV

PRESENTACION, ANALISIS, E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS DE UNA INVESTIGACION DE CAMPO SOBRE LA SITUACION ACTUAL ACERCA DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE TRANSMISION SUCESORAL SALVADOREÑO A PARTIR DE LO REGULADO EN EL ARTICULO 1 INC 2º DE LA CONSTITUCION Y 72 DEL CODIGO CIVIL.

4.1 PRESENTACION DE RESULTADOS SOBRE LA TECNICA DE TRABAJO DE CAMPO.

4.1.1 Características de la Población, Encuestada y Entrevistada.

La presentación de los resultados constituye una de las ultimas etapas del proceso de investigación, su importancia radica en que permite conocer y criticar, corregir y socializar el producto tanto en su contenido como en su forma del problema jurídico objeto de investigación.

El desarrollo del cuarto capitulo de la presente tesis fue desarrollado básicamente en estudiantes y egresados de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, una variedad de informantes entre ellos abogados, estudiantes, profesores y Jueces de lo Civil del Municipio de San Salvador y Cuscatlán, sobre la base de dos de las modalidades instrumentales mas importantes utilizadas para la recolección de información empírica y jurídica durante la fase de investigación de campo, que permitió finalmente una apreciación, ilustración e interpretación sobre el abordaje real y empírico del problema jurídico objeto de estudio, como lo son:

En primer lugar la **entrevista estructurada y dirigida**, la cual se realizo sobre la base de preguntas abiertas (once preguntas) y aplicada a un número reducido de informantes ¹⁴³ que permitió la obtención de un análisis cualitativo del problema de investigación, lo cual es fundamental para la verificación juntos a las encuestas de las hipótesis jurídicas de trabajo y a la vez para la sustentación teórica y empírica de la presente investigación. No omitiendo manifestar que cada una de las preguntas elaboradas en las entrevista no eran de manera generalizada, mas bien algunas de ellas iban dirigidas específicamente, a una persona determinada como es el caso cuando se entrevisto a un Doctor en medicina especialista en Ginecología y Obstetricia. Respecto a las preguntas literales de la entrevista, dicho documento será anexado al final del presente trabajo de graduación.

A la vez, siempre en relación a la cedula de entrevista se tomo como muestra aleatoriamente los siguientes informantes claves:

- A) Juez primero de lo Civil de San Salvador: de nombre: Lic. Mario Aguilar Molina. Entrevista realizada el día 22 de enerote 2007 a las 11:00 A:M. ¹⁴⁴
- B) Juez de Lo Civil de Cojutepeque, departamento de Cuscatlán, Lic. Manuel Paz Canales. Fecha 6 de febrero de 2007, hora: 2:30 P:M.

¹⁴³ **INFORMANTE CLAVE:** Persona que por su posición, conocimiento o nivel cultural puede proporcionar información que otras personas desconocen. Ortiz Ruiz. Eliseo. **GUIA METODOLOGICA PARA EL DESARROLLO DE UN SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS.** Junio de 1999. Pág. 139.

¹⁴⁴ **JUZGADO 1. de lo Civil**, a cargo del Juez: Lic. Mario Aguilar Molina. DIRECCION: Av. Dr. Dimas Funes Hartman, No. 31 Colonia Medica, San Salvador;

- C)** Licda Doris Luz Rivas Galindo. Magistrada de la Cámara de Menores de San Salvador. 7 de febrero de 2007. 1:30 PM.
- D)** Licda. Paola Fuentes Linares. Licenciada en Ciencias Jurídicas, Master en Derechos Fundamentales en España, Colaboradora Judicial del Juzgado cuarto de lo civil de San Salvador. Se entrevisto a esta persona ya que el juez cuarto de lo civil de San Salvador no quiso que lo entrevistáramos a pesar de haber dejado un escrito previo para una audiencia con su persona. Fecha: 8 de febrero de 2007. Hora: 2:30 PM.
- E)** Lic. Juan José Castro Galdámez, Catedrático del Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Miércoles 31 de enero de 2007. Hora: 5:00 PM.
- F)** Dra. Leticia de Horosco, Doctora en Medicina con especialidad en Ginecología y Obstetricia. Especialista del Hospital Nacional de Cojutepeque, Área de Maternidad. 7 de febrero de 2007. Hora: 3:00 P: M.
- G)** Dr. Bernardo Antonio Luna. Doctor en Medicina con especialidad en Ginecología y Obstetricia. Lugar de trabajo: Colonia Medica, diagonal. Avenida Doctor Arturo Romero, San Salvador.¹⁴⁵.

¹⁴⁵ **COMENTARIO:** Para la interpretación, análisis y codificación acerca de las respuestas dadas por los informantes claves durante la entrevista, se tuvo que recurrir la técnica estadística de cerrar las preguntas abiertas diseñadas en la guía de entrevista y de esta manera tener una mejor apreciación cuantitativa de la información registrada esto se llevara a cabo mas adelante por medio de una planilla de codificación para las respuestas de los entrevistados.

En segundo lugar la **encuesta**, la cual se caracteriza por ser de carácter anónimo y diseñada por regla general sobre la base de preguntas cerradas, que en el caso en comento fue estructurada dicha encuesta de 18 ítems y aplicada sucesivamente a una muestra de 50 estudiantes del nivel de tercer, cuarto año , quinto año del ciclo II año dos mil seis, y egresados de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, así como también egresados de dicha Licenciatura, investigación de campo realizada los días 10 y 12 de noviembre del año dos mil seis, que constituyo la base para un análisis cuantitativo del problema de investigación.¹⁴⁶

¹⁴⁶**COMENTARIO:** Para la interpretación y análisis acerca de las respuestas obtenidas durante el desarrollo de la encuesta en la investigación de campo esta se auxiliara en su oportunidad por medio de la presentación e interpretación de cuadros y gráficos estadísticos, los cuales constituyen elementos esenciales junto a la entrevistada estructurada para la verificación de las hipótesis jurídicas y los objetivos de la investigación en relación a la problemática en estudio.

4.1.1.1 Planilla de codificación para las respuestas de los entrevistados respecto a jueces de los civil e informantes claves.

Planilla de Codificación para las respuestas de los entrevistados (a)						CONCLUSIONES
<i>Jueces de los Civil e Informantes Claves</i>	<i>Juez Primero de lo Civil de San Salvador.</i>	<i>Juez de lo Civil de Cojutepque, departamento de Cuscatlan</i>	<i>Magistrada de la Cámara de Menores de San Salvador.</i>	<i>Colaboradora Judicial del Juzgado 4o de lo Civil de San Salvador</i>	<i>Catedrático del Departamento de CCPP YSS, Facultad de JJCC, de la UES</i>	
No. De Preguntas de la Entrevista	Nombre: Lic. Mario Aguilar Molina. Fecha de entrevista: 22 de enero: 11:00 A:M.	Nombre: Licdo. Manuel Paz Canales. Fecha de entrevista: 6 de febrero de 2007, hora: 2:30 PM	Nombre: Licda. Doris Luz Rivas Galindo. Fecha: 7 de febrero de 2007. Hora: 1:30 PM.	Nombre: Licda. Paola Fuentes Linares. Fecha: 8 de febrero de 2007. Hora: 2:30 PM.	Nombre: Lic. Juan José Castro Galdamez. Miércoles 31 de enero de 2007. Hora: 5:00 PM	
Preg. No.1: ¿Que opinión le merece a Usted que en el año de 1999, se haya reformado el artículo uno agregándole un inc. 2o al constitución de la Republica de El Salvador de Diciembre de 1983 en el sentido que se le da el reconocimiento de la existencia legal de la persona humana desde el instante de la Concepción?	Dicha reforma vino a generar una aparente contradicción con la legislación civil	Muy interesante crea una supuesta contradicción con el Código civil	Si, estoy de acuerdo con la reforma, pero no veo cambio alguno, lo único bueno es que la existencia del no nacido ha sido elevado a la categoría constitucional.	Era la forma mas diplomática de ganar votos pues fue con fines políticos que se llevo a cabo dicha reforma,. Dicha reforma al Artículo 1 Inciso 2o, vino a ser un desorden para la interpretación de la norma secundaria, aunque ya se sabe la supremacía constitucional	Tengo conocimiento de dicha reforma y estoy de acuerdo	En términos generales la mayoría de los entrevistados ha manifestado que efectivamente que con la reforma del artículo uno de la constitución se vino a a generar una aparente contradicción entre ambos cuerpos normativos jurídicos y que según su opinión la reforma al artículo 1 inciso 2º, de la constitución ha reconocido la existencia legal de la persona humana de la constitución, esto recogiendo los principios que consagran los instrumentos jurídicos internacionales.

<p>Preg. No.2: Según su criterio personal, ¿Cuales consideran que fueron las causas que motivaron a la Asamblea Legislativa de El Salvador, a promover y ratificar la reforma al artículo 1 inciso 2o de la Constitución en el sentido que se le da reconocimiento de la existencia legal de la persona humana desde el instante de la concepción?</p>	<p>A los tratados internacionales, ya que se debió armonizar con la constitución</p>	<p>En atención a los adelantos científicos, pues desde que se concibe en el vientre materno ese ser, existe nueva vida.</p>	<p>Fueron factores políticos: -periodo electoral- y por la promulgación del nuevo código penal, donde ya se penaliza el delito de aborto y factores religiosos.</p>	<p>Para ganar votos, asuntos políticos y apoyar el delito de aborto para tener una base constitucional con respecto al aborto, para lograr penalizar como delito el aborto.</p>	<p>Dos factores: 1 Auge en aborto, existía en esa época una gran cifra negra en abortos, y 2. factores religiosos, aparición de la Fundación si a la Vida.</p>	<p>En términos generales, según la opinión de los jueces e informantes claves los motivos o causas que generaron dicha reforma, se debió a una serie de factores los cuales los mas relevantes que para ese momento en 1997 hubo un auge en abortos, lo que motivo políticamente a que se reformara la constitución y por consiguientes penalizando la conducta de aborto como delito, y el otro factor fue religioso ya que fue mediante la fundación SI A LA VIDA, que propuso que dichas reformas a las leyes penales se aplicaran para proteger el derecho a la vida del ser humano en formación.</p>
<p>Preg. No.3: A su criterio personal, considera usted que el artículo 1 inciso segundo de la constitución deroga tácitamente el artículo 72 del CC y otras disposiciones afines del CC, donde se considera la existencia legal de la persona humana desde la salida del vientre materno y no desde el preciso instante de la concepción como lo regula en la actualidad el artículo 1 inciso uno de la constitución?</p>	<p>Si lo deroga tácitamente, desde la perspectiva constitucional, pero en la practica en estas situaciones como que se complementan</p>	<p>No lo deroga, mas bien ambas disposiciones son complementarias</p>	<p>No lo deroga, lo que pasa que la constitución reconoce la existencia de otra clase de personas, el no nacido</p>	<p>Si lo deroga. Sin comentarios</p>	<p>Deroga al Artículo 72 del Código civil tácitamente en lo que se opone que solo es la parte primera y que se deroga la teoría de la vitalidad, y la segunda parte se interpreta conforme a la constitución.</p>	<p>Basándose en la opinión de la mayoría de los entrevistados estos son concordantes en su opinión, manifestando que efectivamente el artículo 1 inciso 2º de la constitución, deroga tácitamente el artículo 72 del CC, en lo que se refiere a la teoría de la vitalidad, esto por el principio de Supremacia Constitucional.</p>
<p>Preg. No.4: Si el artículo 1 inc. 2o de la Cn, reconoce la existencia legal desde la concepción a su criterio dicho producto de la concepción posee vocación sucesoria para suceder por derecho de transmisión?</p>	<p>Si, es correcto ya que como persona tiene derecho y si no nace los herederos pueden aceptar la herencia que no acepto el no nacido</p>	<p>SI, tiene vocación sucesoria tomando en cuenta que desde ese momento dicho ser es persona</p>	<p>Si tiene capacidad sucesoria</p>	<p>Si tiene vocación sucesoria para suceder ,</p>	<p>Si puede suceder</p>	<p>Se puede decir que los cinco entrevistados son unánimes que si se toma en cuenta la existencia del no nacido a partir de la concepción, es entonces cuando se le reconoce tácitamente la capacidad de goce y por tanto una serie de derecho entre ellos los patrimoniales por lo que tiene capacidad para suceder por causa de muerte.</p>

<p>Preg. No.5: Tomando en cuenta lo regulado en el artículo 958 de CC, que regula el derecho de transmisión cuando el heredero o legatario no ejerza su derecho de opción, es posible que opere este derecho cuando el heredero o legatario nace muerto y que por lo mismo no acepta o repudia la herencia o legado?</p>	<p>Si puede transmitir su asignación testamentaria</p>	<p>Aquí es donde esta la complementariedad, porque debería entenderse que el no nacido murió sin aceptar o repudiar la herencia que en este caso aplicaría según el artículo 1 inciso 2o de la constitución</p>	<p>No podría suceder la madre al hijo por vía de la representación, y es que el reconocimiento esta para la protección del no nacido no para el ejercicio de otros derechos</p>	<p>Si puede transmitir su herencia o legado</p>	<p>Abstrayéndonos de la existencia material, y retomando criterios estrictamente jurídicos si podría transmitir su herencia o legado</p>	<p>Por mayoría se puede decir que los entrevistados manifiestan de que en caso de muerte del no nacido y que este constituido como heredero o legatario, y si se toma en cuenta el requisito de existencia para que exige el artículo 72 del CC, en relación a la existencia reconocida constitucionalmente, manifiesta que si puede transmitir su herencia o legado a sus ascendientes cuando este murió sin aceptar o repudiar dicha herencia.</p>
<p>Preg. No.6: Considera que en caso de aplicarse el CC, para que opere del Derecho de transmisión y tomar elementos tales como existir legalmente y lo que comprende nacer vivo no se violaría el principio de supremacía constitucional</p>	<p>Si se violaría por que dicha aplicación iría en contra del supremacía constitucional.</p>	<p>No, se viola el precepto constitucional, partiendo de lo que se hablo anteriormente, ya que la aplicación del derecho de transmisión se aplica hasta que la criatura nace.</p>	<p>No, se viola el principio de supremacía constitucional</p>	<p>Si se violaría, y el hecho es que hay que darle una interpretación adecuada a la constitución.</p>	<p>Si se violaría el precepto constitucional si se diera un caso de esta naturaleza</p>	<p>Por mayoría de opinión de los entrevistados manifiestan que en caso de aplicarse el precepto civil haciendo caso omiso del artículo 1 de la constitución se violaría dicho artículo uno si se diera un caso de esta naturaleza, y por lo tanto debería de dársele una interpretación adecuada a la constitución.</p>
<p>Preg. No.7: Tiene conocimiento de un caso concreto en que un no nacido con calidad de heredero legatario que falleció antes de nacer y sus padres quisieran aceptar la herencia que le correspondía a sus padres, estos hayan querido aceptar la herencia que les correspondía a su hijo?</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>
<p>Preg. No.8: Por regla general cual es la normativa jurídica que se aplica actualmente al resolver sobre la existencia de la persona humana en caso de Diligencias de aceptaciones de herencia</p>	<p>la que reconoce a la existencia de la persona humana desde el instante de la concepción</p>	<p>Es la constitución, y con respecto a los derechos sucesorios, ambas disposiciones, la constitución y el código civil</p>	<p>Aplicaría el 72 del Código Civil.</p>	<p>La constitución el artículo 988 del Código Civil</p>	<p>Aplicaría la Norma Constitucional</p>	<p>La mayoría de los entrevistados manifiesta que aplicaría el precepto constitucional en el caso de establecer el inicio de la existencia legal de la persona humana, y en el caso de aplicar derecho sucesorios aplicaría el 988 del CC.</p>

<p>Preg. No.9: Considera que para evitar una aplicación discrecional de normas jurídicas, si se presentaran casos de esta naturaleza antes descritos, debió derogarse totalmente el artículo 72 de CC, al entrar en vigencia el Artículo 1 inc. 2o de la Cn.</p>	<p>No es necesario una reforma pues la norma secundaria debe de ser examinada a la luz de la constitución y la discrecionalidad no opera por la supremacía constitucional</p>	<p>No es necesario la reforma, necesita nada mas interpretación constitucional.</p>	<p>No es necesario una reforma</p>	<p>No es necesario, por que la discrecionalidad de la norma no viene de que exista contradicción de normas jurídicas</p>	<p>No es necesario una reforma</p>	<p>La mayoría de los entrevistados manifiestan que no se requiere realizar una reforma al CC, para adecuarlo a la constitución, sino mas bien que la interpretación de este debe de ser examinada y aplicada a la luz de la constitución, esto respetando el principio de supremacía constitucional.</p>
<p>Preg. No.10: Tiene conocimiento sobre si existe fuente jurisprudencial al respecto para resolver sobre la capacidad sucesoria del no nacido?</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>	<p>NO</p>
<p>Preg. No.11 ? Que opinión le merece la presente investigación y que recomendaciones podría hacer al respecto?</p>	<p>Es interesante para determinar cuando es que comienza la existencia</p>	<p>Muy interesante ya que se trata de hacer un análisis jurídico para tomar de referencia que normas han de aplicarse en casos de esta naturaleza</p>	<p>interesante</p>	<p>Esta bien, es la única forma de coninar la legislación civil y la constitucional con respecto al tema del no nacido</p>	<p>Muy interesante para conocer el vacío legal</p>	<p>Todos los entrevistados manifiestan que la presente investigación es interesante para conocer el vacío legal que se ha presentado sobre que norma aplicar para determinar el comienzo e inicio de la existencia legal de la persona humana, esto para la aplicación de derechos sucesorios.</p>
<p>CONCLUSIONES GENERALES: Se puede finalizar diciendo que respecto a la opinión vertida respecto de las interrogantes planteadas en la presente entrevista, que efectivamente por el reconocimiento del mandato constitucional y a la vez tomando en cuenta la legislación internacional que el ser humano existe a partir del instante de la concepción y dicho reconocimiento le otorga al producto de la concepción capacidad de goce, al mismo tiempo una serie de derechos dentro de los cuales están derecho sucesorios, estos según el artículo 22 de la constitución y finalmente en caso de muerte de este y tratándose de que es considerado un incapaz, que este constituido via testamentaria como heredero o legatario este, y que muera sin aceptar o repudiar dicha herencia este puede transmitir a sus herederos o legatarios (entiéndase ascendientes como el padre o la madre) tomándose en cuenta que el requisito para que opere dicho derecho es la existencia.</p>						

4.1.1.2 Planilla de codificación para las respuestas de las entrevistas realizadas a dos Doctores en Medicina, con especialidad en Obstetricia y Ginecología

Planilla de Codificación (B)		
<i>Doctores en medicina con especialidad en Ginecología y Obstetricia</i>	<i>DOCTOR EN GINECOLOGIA Y OBSTETRICIA 1</i>	<i>DOCTOR EN GINECOLOGIA Y OBSTETRICIA 2</i>
Preguntas de la Entrevista	Doctor Bernardo Antonio Luna. RESPUESTAS DEL ENTREVISTADO	Doctora Leticia de Horozco RESPUESTAS DEL ENTREVISTADO
Preg. No.1: Científicamente ¿a partir de cuando se puede determinar que una mujer esta embarazada?	A partir del mismo día de la concepción	A partir del momento de la unión del ovulo femenino con el espermatozoide masculino
Preg. No.2: ¿Que tipo de pruebas pueden realizarse para determinar si una mujer esta embarazada?	Las mas comunes: A. Hemograma ,B) por la orina, C) ultrasonografía.	Hemograma y el Examen de orina
Preg. No.3: Científicamente ¿a partir de que momento se origina la vida, y por consiguiente poder considerar a la persona humana producto de la concepción?	Desde el momento de la concepción, se puede hablar de persona humana, pero en formación.	Desde el momento en que se da la unión del ovulo y el espermatozoide, y se empiezan a dar una serie de cambios celulares, es considerado un ser humano en proceso de formación, dependiendo de su madre, pero ya posee vida propia.
Preg. No.4: ¿Que circunstancias pueden ocasionar la muerte de un feto en el vientre materno?	A) Defectos de los padres, B) mal formaciones congénitas, C) trastornos hormonales, D) toxicomanías y E) agentes externos en el ámbito laboral, F) uso de píldoras. Etc.	La muerte de un feto dependerá de la edad del embarazo, a partir de las veinte semanas podríamos decir que es un aborto. La muerte puede ser ocasionada por enfermedades maternas del mismo feto accidentes de la madre.
Preg. No.5: ¿Como se logra determinar si un bebe nació muerto o vivió siquiera un momento antes de su muerte?	Chequeo de signos vitales: respiración, chequeo del área pectoral y abdominal, chequeo del pulso sanguíneo (examen del área torácica) C) observación de movimientos corporales involuntarios	Inmediatamente un bebe nace, es atendido por un pediatra o un ginecólogo y se utilizan técnicas de resucitación si el bebe lo necesita y se le revisan los signos vitales y con ello se logra determinar si lacio muerto.
Preg. No.6: ¿En que consiste la prueba de la Docimacia Pulmonar Hidrostática?	No conozco con exactitud en que consiste, pero considero que puede ser para determinar según un forense las causas de muerte de un feto, pero eso ya le corresponde a el.	Cuando existe duda sobre la muerte, es que entiendo que se puede proceder con esa prueba, en realidad no conozco en que consiste, pero creo que le correspondería al medico forense.
Preg. No.7: ¿Existe otro tipo de prueba aparte de la anterior para determinar si un bebe nació vivo o muerto?	Generalmente las más practicas y comunes: Revisión de Signos vitales y Chequeo de pulso Sanguíneo.	Signos Vitales, y presión Cardiaca
Preg. No.8: ¿Como se llama el documento en que se datalla la muerte de un bebe que fallece en el vientre materno para efecto de registro de defunciones fetales que lleva el Registro del Estado Familiar?	Generalmente no se lleva ningún documento cuando se trata de abortos en edad fetal	Registrar la muerte dependerá de la edad fetal, porque si hablemos de un feto en edad en que se considera aborto, no se llena ningún tipo de documento, como cuando se trata de un ovito fetal (muerte en el utero).

Preg. No.9: ¿Que circunstancias pueden ocasionar un aborto?	A) Voluntarios: provocado, píldora antigestacional, dilatación y legrado por aspiración, extracción fetal, B) Involuntarios: espontáneo, ovulare (patología ovular) Materiales: infecciones, Diabetes.	Placentaria, inyección venosa de prostaglandina, administración intraamniótica, espontáneamente, uso de píldoras.
Preg. No.10: ¿A partir de que momento puede dejar de hablarse de aborto para hablar de nacimiento?	Si el aborto es la interrupción del embarazo antes que el feto sea viable, a partir de los cinco meses deja de ser aborto y después de los cinco meses de gestación se habla de nacimiento.	Después de los cinco meses de la etapa de formación, ya no puede hablarse de aborto, sino de muerte materna.
CONCLUSIONES GENERALES: Científicamente en términos médicos, los profesionales de medicina arriba entrevistados al cuestionárseles sobre a partir de que momento comienza la vida del ser humano, son unánimes en manifestar de que dicha vida se inicia desde el instante de la concepción, entiéndase este momento a partir de la unión del ovulo con el espermatozoide y que es ahí cuando comienza a desarrollarse un nuevo ser que ya posee vida propia y que por consiguiente ya se le considera como persona individual que posee manifestaciones vitales en sus órganos internos. Y son concluyentes en manifestar que en caso de muerte se determina por practica de pruebas de primeros auxilios tales como, revisión de signos vitales, presión cardiaca, etc., son las que se les practican en el caso de que este muera en el vientre materno, y que dependiendo de la edad en el proceso de desarrollo en el que se produzca esta muerte, será el parámetro para determinar si es constitutiva de aborto u vito feta (muerte en el Utero) . Es decir de que en opinión de los conocedores de las ciencias medicas se ha probado de que el producto de la concepción existe a partir del momento de la concepción solamente que es considerado como ser humano en formación.		

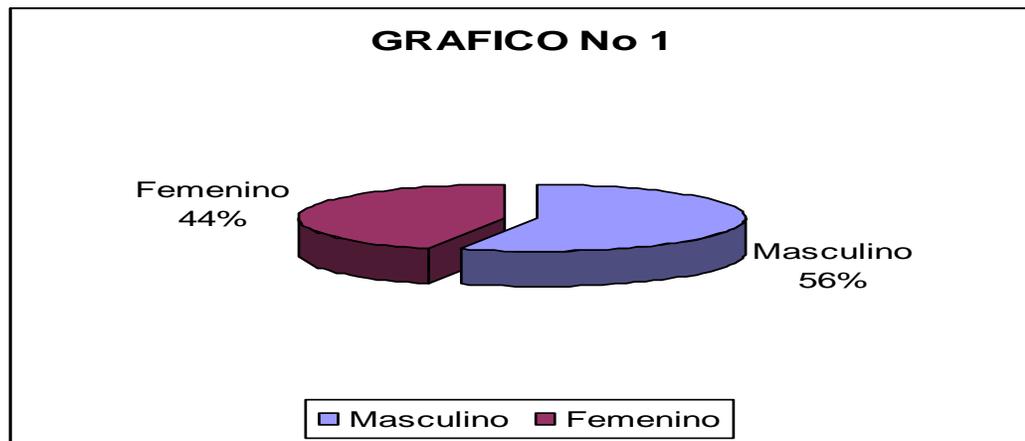
4.2 PROCESAMIENTO DE LA INFORMACION.

4.2.1 Cuadros, Gráficos Estadísticos y su Interpretación.

A.- DATOS GENERALES PARA EL ESTUDIO

1 DISTRIBUCION TOTAL DE LA POBLACION ENCUESTADA POR LA VARIABLE SEXO

CUADRO NO. 1						
Población estudiantil encuestada en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador por la Variable Sexo.	Masculino		Femenino		sub-TOTAL	
	FR.	%	FR.	%	FR.	%
	28	56%	22	44%	50	100%

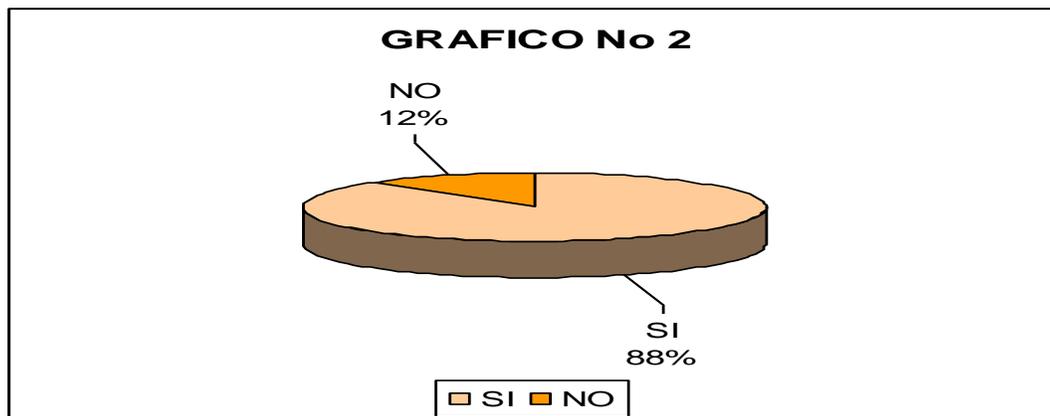


NOTA INTERPRETATIVA: De un total de cincuenta encuestados a estudiantes y egresados de la Carrera de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, realizada los días 10 y 12 de noviembre de dos mil seis, los resultados que se obtuvieron fueron los siguientes: veintiocho personas del sexo masculino, que representa el 56% de la población encuestada de los cuales diecinueve era de quinto año, cinco de cuarto año, tres de tercer año y un egresado de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, oscilando sus edades entre 22 y 54 años de edad. Por otra parte, se encuestaron veintidós personas del sexo femenino, que representa el 44% de la población encuestada de las cuales doce eran de quinto año, cuatro de cuarto año, una de tercer año y cuatro egresadas de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas, oscilando sus edades entre 22 y 37 años de edad.

B. DATOS DE OPINION.

Preg. 4 Es de su conocimiento la reforma constitucional de 1999 específicamente en el inc. 2º del art. 1 por medio del cual se reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción y además le reconoce capacidad de goce, sin importar si nace viva o muerta?

CUADRO NO. 2						
Preg. N.4	SI		NO		sub-TOTAL	
	FR.	%	FR.	%	FR.	%
	44	88%	6	12%	50	100%

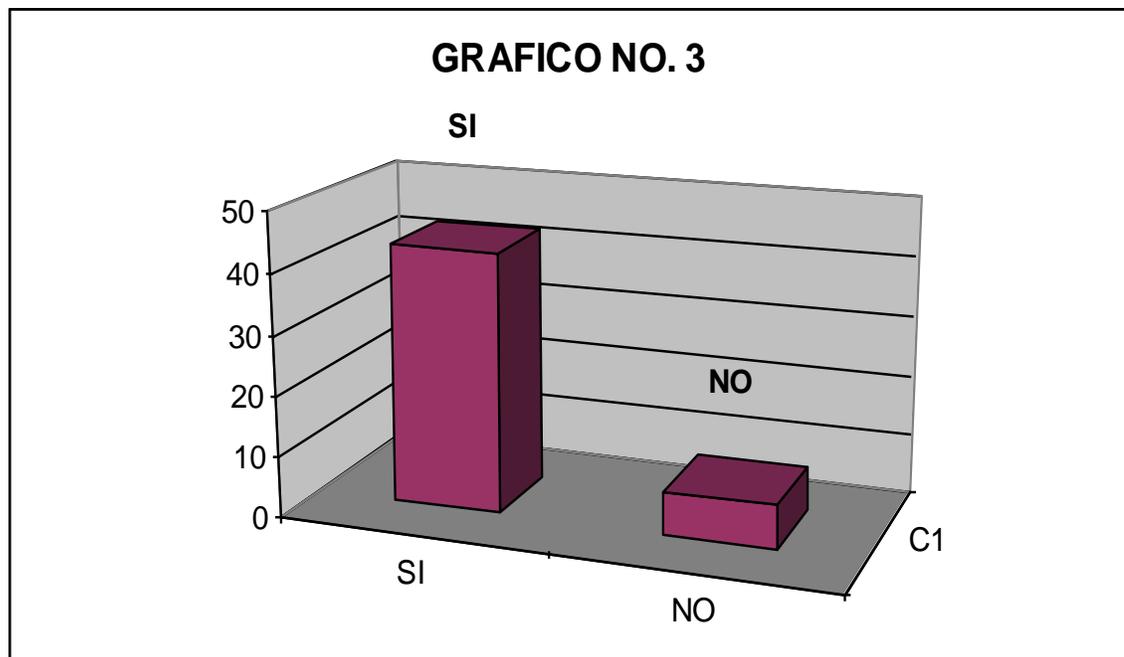


NOTA INTERPRETATIVA: De una muestra de cincuenta encuestados al cuestionárseles si consideraban si existe contradicción entre el artículo 1 inc 2º de la constitución y 72 del CC, un 86% opino que si manifestando que por medio de la constitución una persona legalmente existe desde el instante de la concepción, mientras que para el resto de los encuestados (12%) opinan que no existe contradicción entre ambas disposiciones ya que el código se refiere a derechos civiles y la constitución a derechos fundamentales.

Este pregunta de la encuesta se encuentra ampliamente relacionada a la pregunta No 6 de la encuesta, en la cual se le cuestiona al encuestado si esta de acuerdo que con dicha reforma se reconozca la existencia legal de la persona humana desde el instante de la concepción y ya no como lo trataba la posición tradicionalista civilista, de los cuales un 80% opino en que esta de acuerdo con dicha reforma manifestando que es necesario dicho reconocimiento legal del ser humano en gestación, mientras que un reducido 20% opino que no esta de acuerdo con la reforma hecha al artículo 1 inciso segundo de la constitución ya que si el ser en gestación no esta totalmente formado dicho ser no esta por lo tanto completo del todo.

Preg. No. 5 ¿ Considera usted que el artículo 72 del Código Civil contradice al art. 1 Cn al reconocer la existencia de la persona humana a partir de su nacimiento y con la condición que éste nazca vivo?

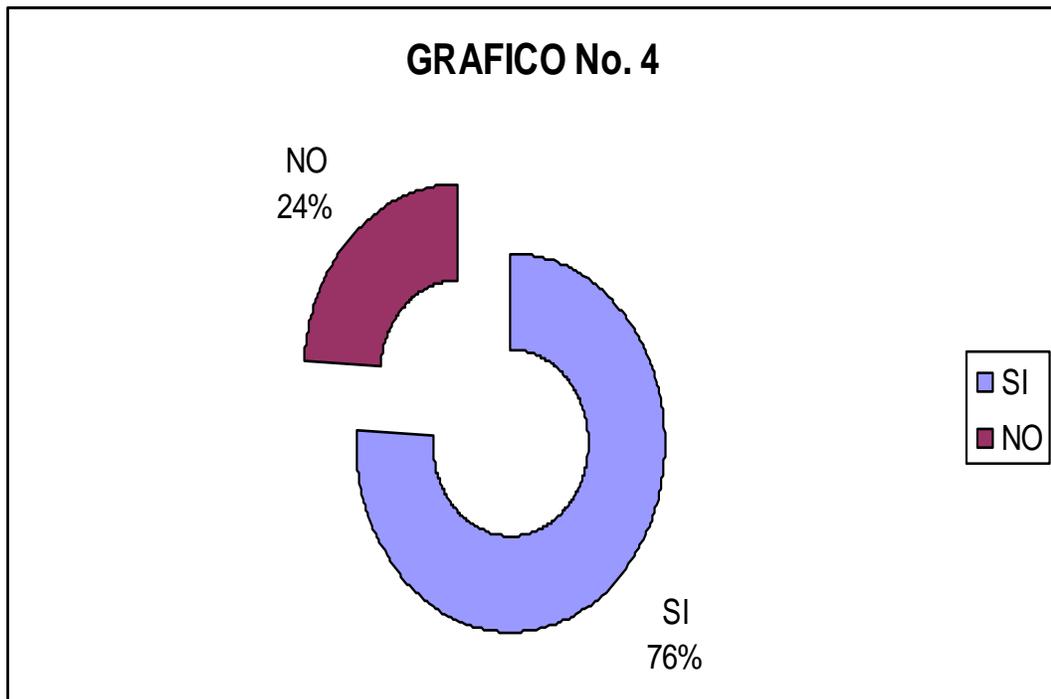
CUADRO NO. 3						
Preg. N.5	SI		NO		SUB-TOTAL	
	FR.	%	FR.	%	FR.	%
	43	86%	7	14%	50	100%



NOTA INTERPRETATIVA: De una muestra de cincuenta encuestados al cuestionárseles si consideraban que el artículo 72 de CC, el cual establece la existencia de la persona humana a partir de su nacimiento y con la condición de nazca vivo ¿contradice esa disposición civil el artículo 1 inciso 2º de la constitución?, un 86% opino que si la contradice porque desde el punto de vista constitución la persona humana existe desde el instante de la concepción, y el código civil no es desde el instante de la concepción, sino a partir de que salga del claustro materno y con la condición de que nazca vivo; mientras que el resto de la población encuestada es decir un 14% opino que no existe contradicción entre constitución y código civil, porque el código civil se refiere única y exclusivamente a derechos civiles y el artículo 1 inciso segundo de la constitución a derechos fundamentales, basta con ver el título constitucional bajo el cual se encuentra cobijado dicho artículo.

Preg. No. 7 Sabe usted en qué consiste la figura de la “Transmisión” en el Derecho Sucesorio?

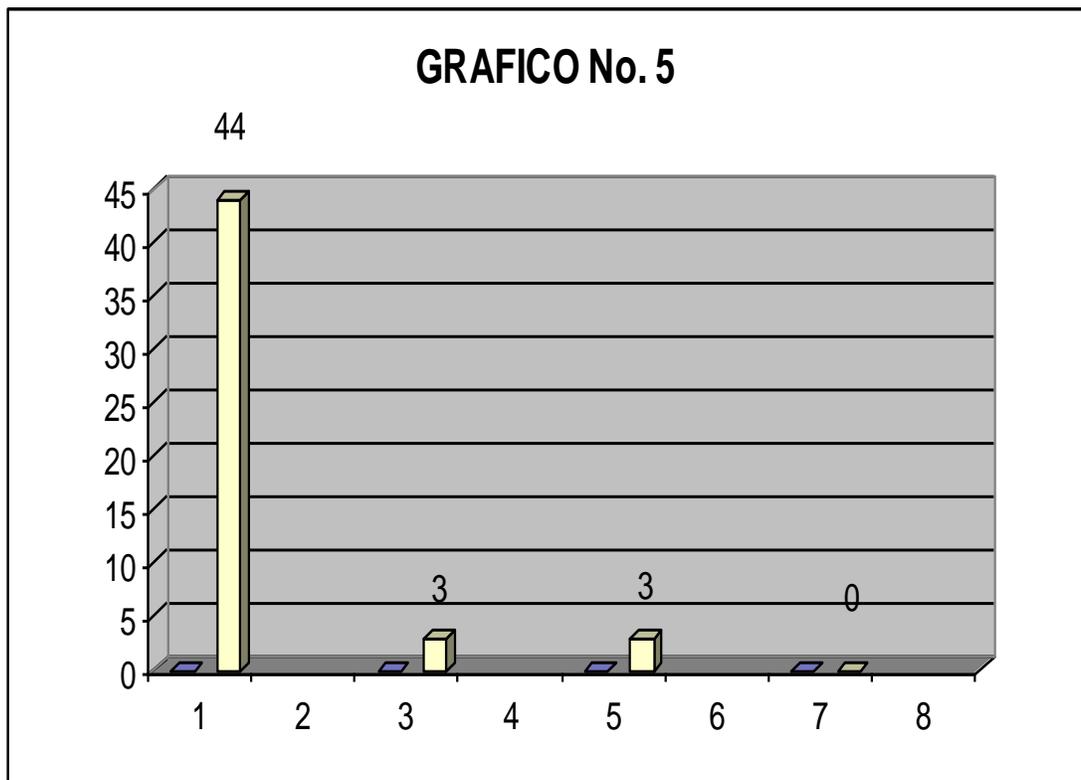
CUADRO NO. 4						
Preg. N.7	SI		NO		sub-TOTAL	
	FR.	%	FR.	%	FR.	%
	38	76%	12	24%	50	100%



NOTA INTERPRETATIVA: De una muestra de cincuenta encuestados al cuestionárseles si conocen en que consiste la figura de la transmisión en el derecho sucesorio, un 24% de los encuestados opino que No conocen dicha figura civilista, mientras que el 76% de la población encuestada manifestó que si conocen en que consiste la figura de la transmisión en el derecho sucesorio, en la cual en síntesis, dan entender que dicha figura consiste en la operación mediante el cual puede heredarse “el derecho de opción” ya sea sobre una herencia o sobre un legado.

Preg No. 8. Desde su punto de vista personal, la figura << persona humana >> comienza a surtir efectos a partir de:

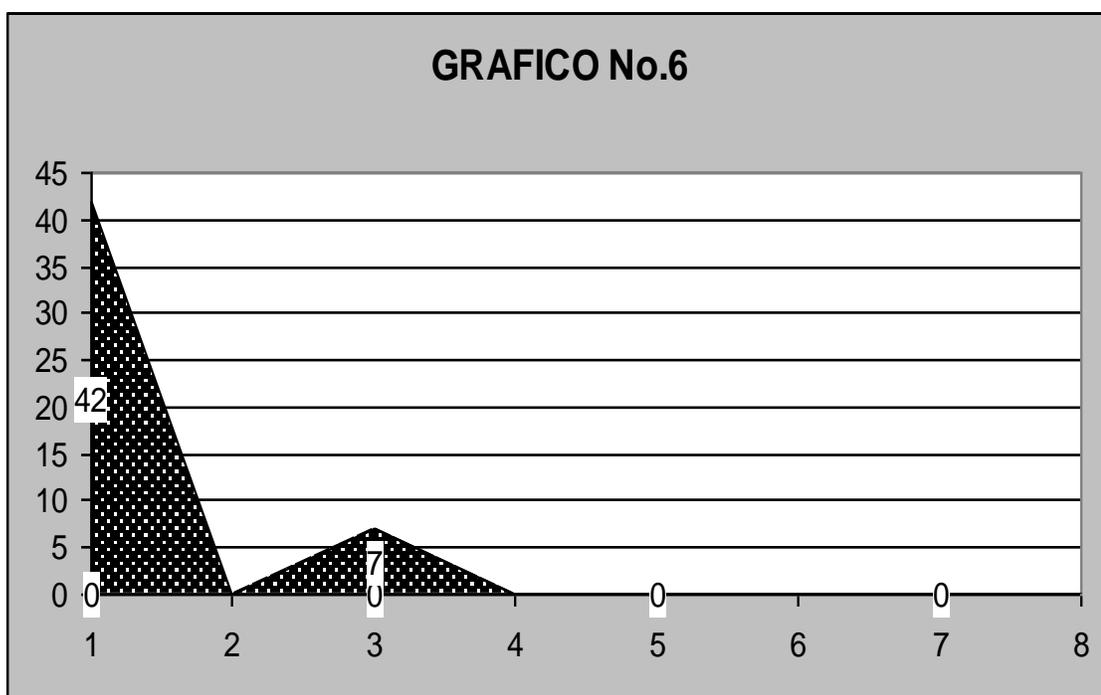
CUADRO NO. 5										
Preg. N.8	Desde el instante de la concepción		Cuando el feto se desarrolla en el vientre materno		A partir del corte del cordón umbilical		Cuando dicho ser sale del vientre materno		TOTAL	
	FR.	%	FR.	%	FR.	%	FR.	%	FR.	%
	44	88%	3	6%	3	6%	0	0%	50	100%



NOTA INTERPRETATIVA: De una muestra de cincuenta encuestados al cuestionárseles desde su perspectiva personal si la figura “PERSONA HUMANA”, desde cuando según su criterio comienza a surtir efectos jurídicos para la transmisión del derecho sucesoral, el 88% opino que desde el instante de la concepción ya que así lo expresa el artículo 1, inciso segundo de la constitución; por otra parte un 6% opino que se le considera persona humana cuando el feto se desarrolla en el vientre materno mas o menos a los cuatro meses y es porque precisamente el feto ya esta formado como persona, por otra parte un 6% opino que se le considera persona humana a partir del corte del cordón umbilical porque es cuando definitivamente ese nuevo ser se separa de su madre y comienza vida nueva, tal y como lo dispone el artículo 72 del CC, nació vivo, esta formado, y ya no depende su vida a la de su madre.

Preg. No. 9 Desde su punto de vista personal, cual debería ser específicamente la norma jurídica aplicable a utilizar en cuanto al “reconocimiento de la existencia de la persona humana para efectos de la sucesión”.-

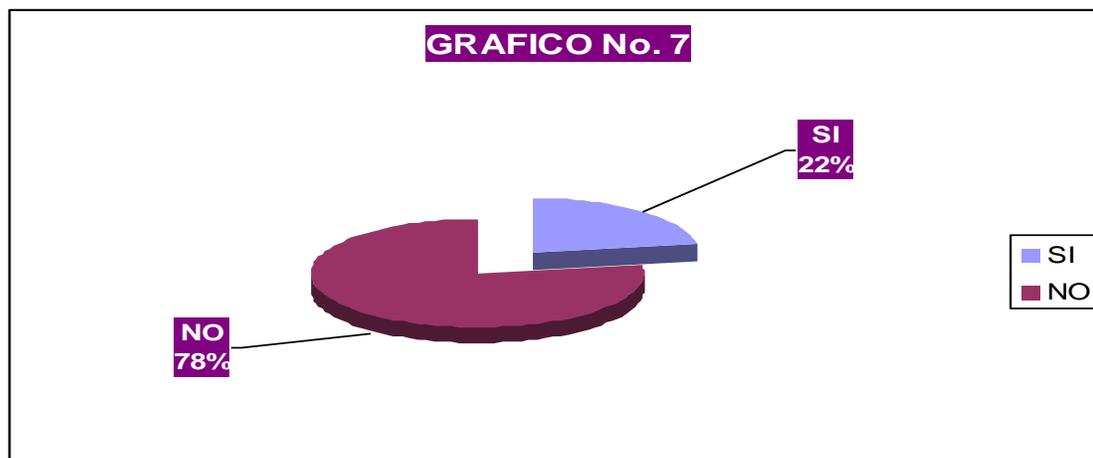
CUADRO NO. 6										
Preg. N.9	Constitución		Código Civil		Normativa Internacional		Leyes afines		TOTAL	
	FR.	%	FR.	%	FR.	%	FR.	%	FR.	%
	42	84%	7	14%	0	0%	0	0%	50	100



NOTA INTERPRETATIVA: De una muestra de cincuenta encuestados al cuestionárseles desde su punto de vista personal cual debería ser la norma jurídica aplicable a utilizar en cuanto al reconocimiento de la persona humana para efectos de la sucesión, un 84% opino que la constitución debe de ser la norma jurídica aplicable en estos casos, por primaria y en virtud del principio de supremacía constitucional, mientras que el resto de los encuestados es decir el 14% opino que debe de ser el código civil, pero solo para efectos de la sucesión, ya que es cuando sale del vientre materno que ese ser ya esta formado y se le puede considerar una persona y no desde la concepción ya que es sangre o liquido todavía en el vientre materno, aun no se ha formado como persona, mientras que nadie opto por la opción normativa internacional y otras leyes afines.

Preg No. 10. Partiendo del principio de Supremacía Constitucional: Esta usted de acuerdo en la posición que adoptan en la actualidad los jueces de lo Civil de San Salvador, en cuanto a que sigan considerando aun a la persona humana desde la separación de la madre por medio del corte del cordón umbilical según el artículo 72 del Código Civil, aunque la constitución diga todo lo contrario en el artículo 1 inciso 2°.

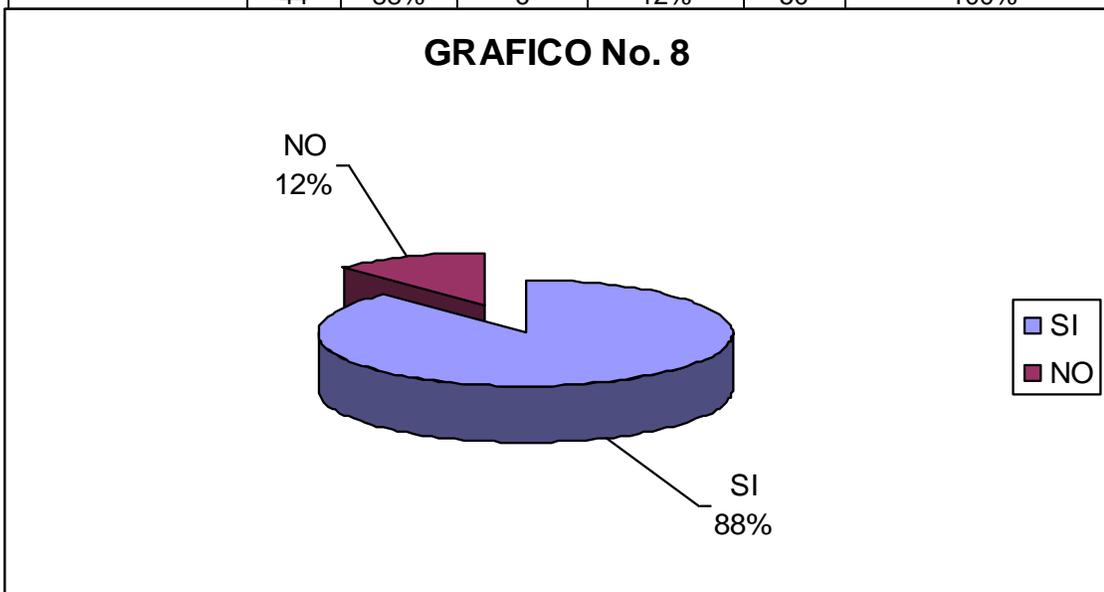
CUADRO NO. 7						
Preg. N.10	SI		NO		sub-TOTAL	
	FR.	%	FR.	%	FR.	%
	11	22%	39	78%	50	100%



NOTA INTERPRETATIVA: Esta pregunta se hizo sobre la base de una investigación de campo piloto previo a la investigación de campo definitiva, en la cual entrevistamos a un ex juez primera instancia de san salvador, el cual nos manifiesta que para el prevalece en estos casos el código civil y no la constitución, ya que no es posible que pueda suceder por derecho de transmisión alguien que aun no esta formado como persona y que su vida depende de la vida de otros ser, y por lo tanto a tenor de lo antes expuesto, de una muestra de cincuenta encuestados se les cuestiona si están de acuerdo y que opinión les merece que algunos jueces de lo civil de San Salvador considere a la persona humana desde la separación de la madre por medio del corte del cordón umbilical, aunque la constitución diga todo lo contrario en el artículo 1 inciso segundo, un 78 % de los encuestados no esta de acuerdo en ello porque definitivamente la constitución prevalece sobre la ley secundaria y por lo tanto de aplicarse la constitución en estos casos, y los jueces de lo civil como aplicadores de la ley así deberían de hacerlo, mientras que el resto de la población encuestada (22%) están de acuerdo con la posición que adoptan los jueces de lo civil de San Salvador, ya que según su saber y entender el no nacido no tiene capacidad de ejercicio porque aun depende de su madre.

Preg. No 11. Partiendo de lo contemplado en el artículo 1 Inciso 2º de la Constitución, que considera a la persona humana desde el instante de la concepción, es decir desde que el espermatozoide fecunda en el Ovulo femenino; a su criterio ¿Debería los jueces de lo civil de Sal Salvador, aplicar dicha normativa, y por lo tanto reconocer la capacidad de goce al no nacido desde la concepción y abandonar la posición tradicionalista contemplada en el artículo 72 del CC?

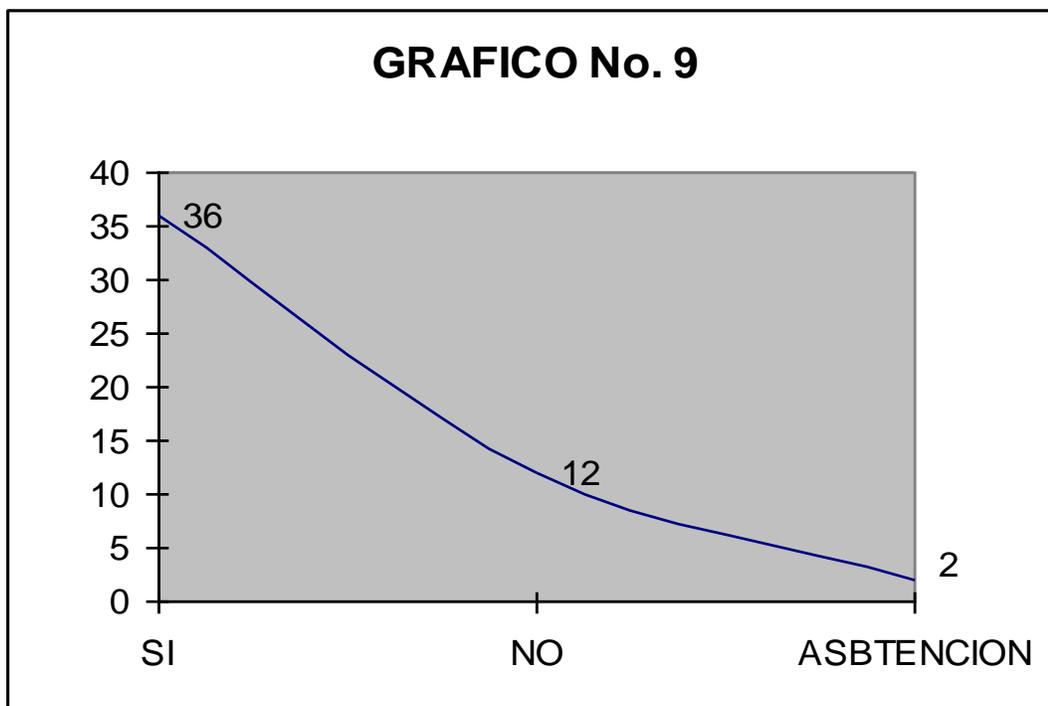
CUADRO NO. 8						
Preg. N.11	SI		NO		sub-TOTAL	
	FR.	%	FR.	%	FR.	%
	44	88%	6	12%	50	100%



NOTA INTERPRETATIVA: Esta pregunta se hizo sobre la base de la anterior, queriendo capturar la impresión de los encuestados respecto a la problemática en estudio, y en síntesis el 88% opino que efectivamente y como ya lo mencionaron en casos de sucesión por derecho de transmisión en el no nacido, debe de tomarse en cuenta por parte de los jueces de lo civil lo dispuesto en el artículo 1 inc. 2º de la Constitución, por que la constitución deroga tácitamente lo dispuesto por el CC en estos casos y por lo tanto dicho producto “el ser” posee capacidad de goce para ejercer derecho y obligaciones; y por otra parte el resto de la población encuestada es decir un 12% opina que no deben los jueces de lo civil aplicar el artículo 1 inciso segundo de la constitución por deber imperativo en caso de sucesión por derecho de transmisión en el no nacido, ya que el artículo 72 del código civil no se ha deroga expresamente y por lo tanto puede dar lugar a una aplicación discrecional del mismo.

Preg. No 12. Considera usted que la contradicción entre la constitución y el Código Civil en relación a “la consideración de la existencia de la persona humana” pueda generar una aplicación discrecional de las leyes por parte de los jueces de lo civil de San Salvador?

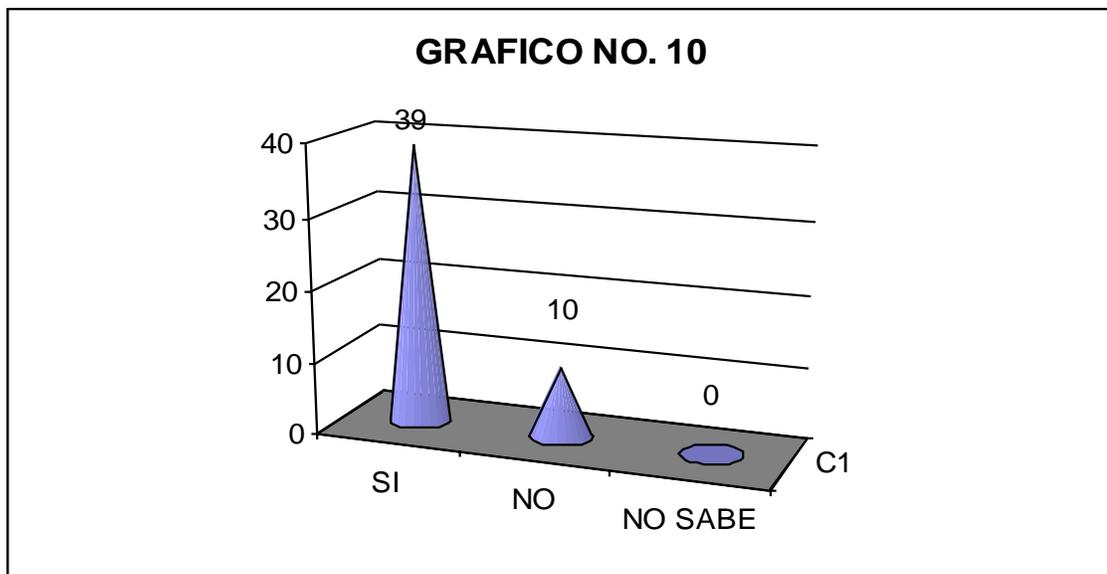
CUADRO NO. 9								
Preg. N.12	SI		NO		Abstención		TOTAL	
	FR.	%	FR.	%	Fr.	%	Fr.	%
	36	72%	12	24%	2	4%	50	100%



NOTA INTERPRETATIVA: Esta pregunta se hizo sobre la base de la anterior, queriendo capturar la impresión de los encuestados respecto a la problemática en estudio, y en síntesis el 72% de los encuestados manifiesta que en vista que no se ha derogado el artículo 72 del código civil, puede dar lugar a aplicación discrecional por parte de los jueces de lo civil de San Salvador en casos de sucesión por derecho de transmisión en el no nacido, porque al haber dos leyes que normen una misma situación pueden optar por aplicar o la una o la otra, mientras que un 24% opino que no da lugar a aplicación discrecional ya que debe de aplicarse la normativa constitucional en detrimento de la civil, es decir que esta última no opera, y finalmente existió un nivel de abstencionismo respecto de la preg, 12 de la encuesta del 4%.

Preg No. 13. A su criterio, un feto estando en el vientre materno, al reconocérsele constitucionalmente como persona humana desde el instante de la concepción (artículo 1 inciso 2º) planteando el caso que: Si se deja una herencia a un ser que aún se encuentra en el vientre materno y luego de abrirse la sucesión éste nace muerto ¿considera que puede transmitir dicha asignación a sus padres?

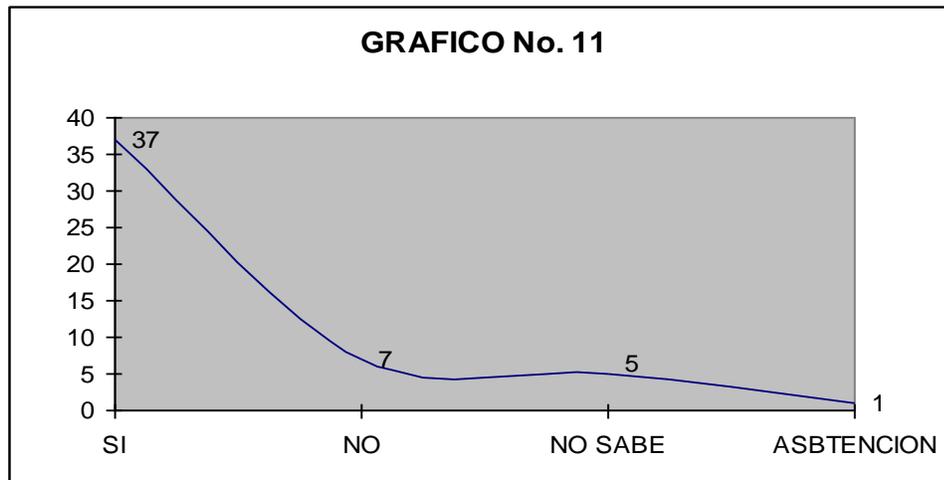
CUADRO NO. 10								
Preg. N.13	SI		NO		NO SABE		TOTAL	
	FR.	%	FR.	%	FR.	%	Fr.	%
	39	78%	10	22%	0	0%	50	100%



NOTA INTERPRETATIVA: De una muestra de cincuenta encuestados al cuestionárseles, que sobre la base de los dispuesto en el artículo 1 inciso segundo de la constitución, si se deja herencia a un ser que aun se encuentra en el vientre materno y luego de abrirse la sucesión este nace muerto ¿ese ser puede transmitir dicha asignación a sus padres?; al respecto el 78 de los encuestados considera que si es posible ello, porque si se toma como requisito la existencia de dicho derecho según la constitución debe de aplicarse y por lo tanto puede transmitir su herencia a sus padres; un 22% opino que no es posible que un ser que nazca muerte y a el previo se le dejo un legado no puede transmitir ese legado a sus padres por el código civil habla de "personas" que no aceptaren o rechazaran sus herencias o legados, no dice no nacidas y por lo tanto no hay persona humana que pueda hacer uso de ese derecho de opción.

Preg. No. 14. Como estudioso del Derecho ¿cree usted que haya algún vacío legal con respecto a la sucesión por causa de muerte de un menor que muere antes de nacer?

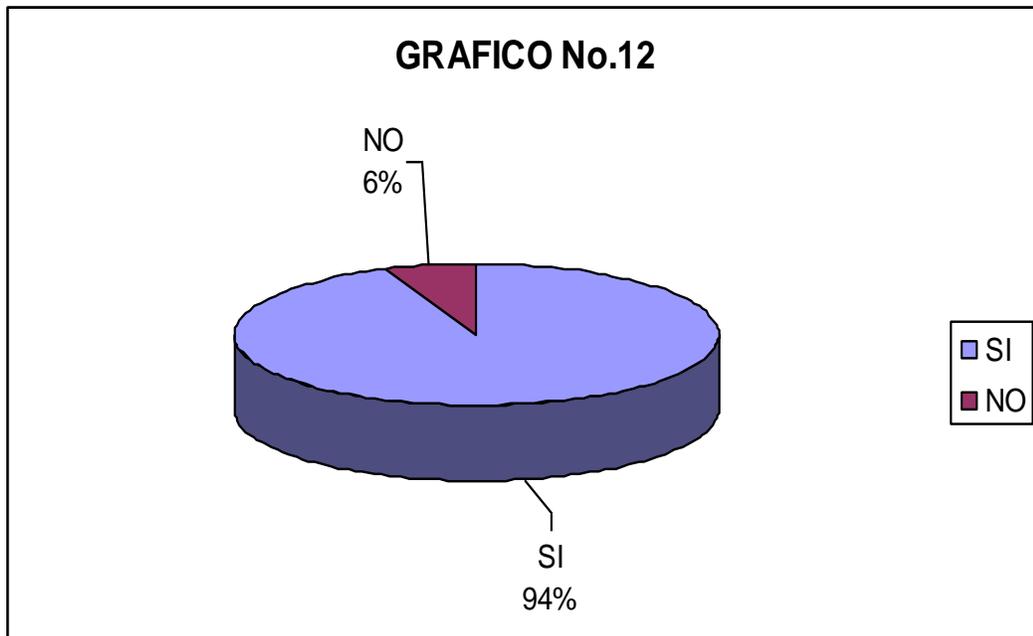
CUADRO NO. 11										
Preg. N.14	SI		NO		NO SABE		Abstención		TOTAL	
	FR.	%	FR.	%	FR.	%	Fr.	%	Fr.	%
	37	74%	7	14%	5	10%	1	2%	50	100%



NOTA INTERPRETATIVA: De una muestra de cincuenta encuestados al cuestionárseles sobre la base de la problemática en estudio, si consideran que exista un vacío legal con respecto a la sucesión por causa de muerte de un menor que muere antes de nacer, al respecto un 10% no sabe, un 2% se abstuvo de opinar y un 74% opino que si existe un vacío legal por si dos leyes se encuentran vigentes y regulan una misma situación puede dar lugar a una aplicación discrecional sobre el mismo, debió derogarse parte del artículo 72 del CC, al entrar en vigencia el Artículo 1 inciso 2º de la constitución; mientras un resto de la población encuestada (14%) opino que no existe vacío legal respecto de la problemática e estudio.

Preg. No 15. Está de acuerdo con que debe realizarse una reforma de todas las disposiciones del Código Civil que contradigan la Constitución?

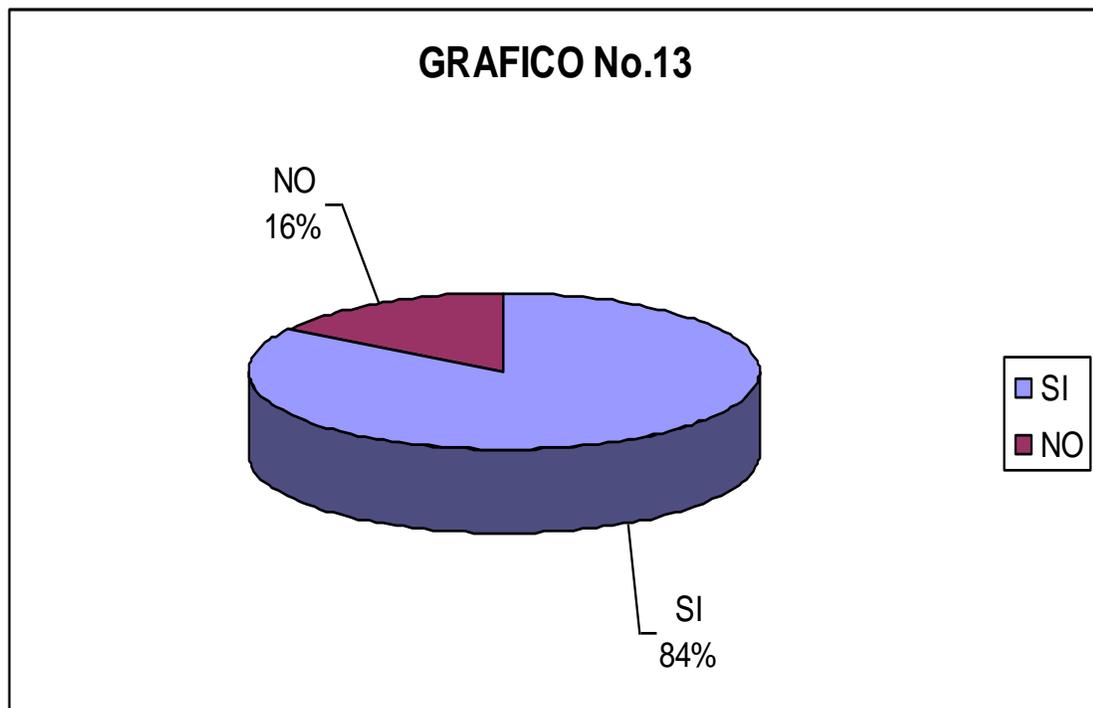
CUADRO NO. 12						
Preg. N.15	SI		NO		sub-TOTAL	
	FR.	%	FR.	%	FR.	%
	46	92%	3	8%	50	100%



NOTA INTERPRETATIVA: De una muestra de cincuenta encuestados al cuestionárseles si esta de acuerdo a que debe de realizarse una serie de reformas a todas las disposiciones del CC, que contradiga la constitución un reducido 6% opino que no es necesario, ya que por principio de supremacía constitucional esta prevalece sobre la secundaria y en todo caso si una ley secundaria contradice la constitución, debe entenderse derogada tácitamente, mientras que el resto de la población encuestada es decir 94% considera que si es necesario llevar a cabo dicha reforma, por ejemplo cuando entro en vigencia el articulo 1 inciso segundo de la constitución, debió derogarse disposiciones del CC, que contradijeren lo dispuesto en esta norma primaria.

Preg No. 16. Cree usted que debería realizarse una reforma en cuanto a lo que respecta a la existencia de la persona humana en el Código Civil?

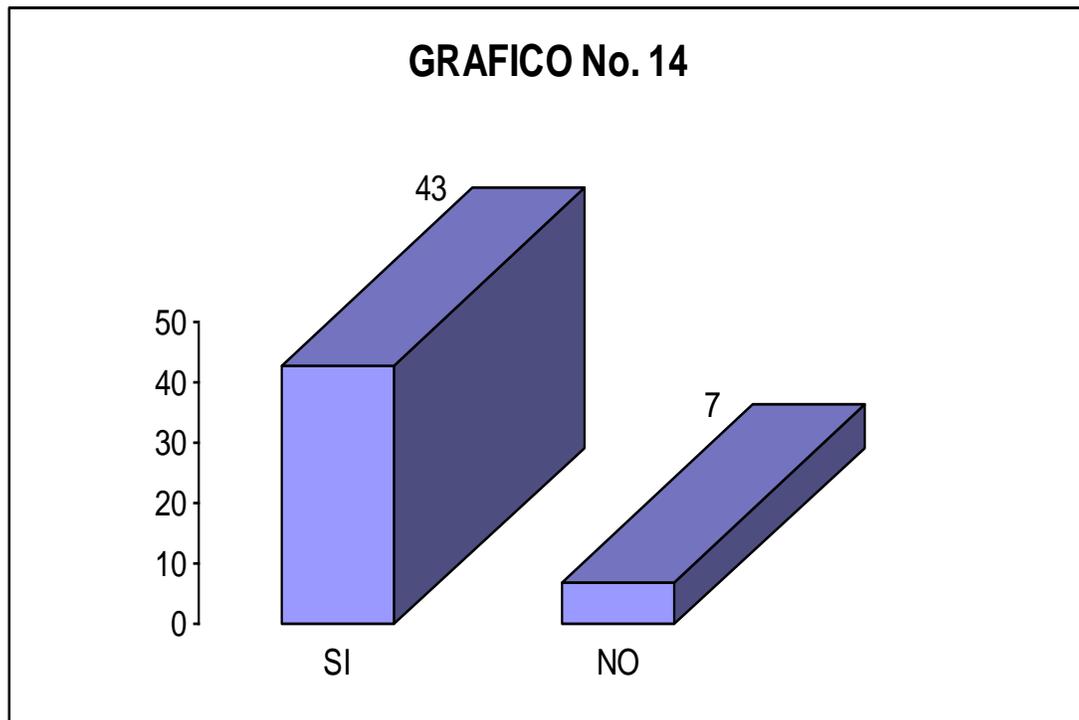
CUADRO NO. 13						
Preg. N.16	SI		NO		sub-TOTAL	
	FR.	%	FR.	%	FR.	%
	42	84%	8	16%	50	100%



NOTA INTERPRETATIVA: De una muestra de cincuenta encuestados al cuestionárseles, específicamente si consideran que en el caso en particular si la constitución establece en el artículo 1 inciso segundo que el ser humano existe a partir del instante de la concepción, el código civil debe estar en concordancia a lo dispuesto en la cn, es decir, el código civil, debe eliminarse en el código civil, lo denominado teoría de la vitalidad y acoger la teoría de la concepción tal y como lo contempla la norma primaria, por lo que al respecto un 84% esta de acuerdo en ello en contraposición a una negatividad del 16%.

Preg. No 17 Considera usted que la contradicción entre la constitución y el Código Civil en cuanto a la existencia de la persona humana podría dar lugar a una violación de los derechos sucesorios de los herederos de un menor que nace muerto

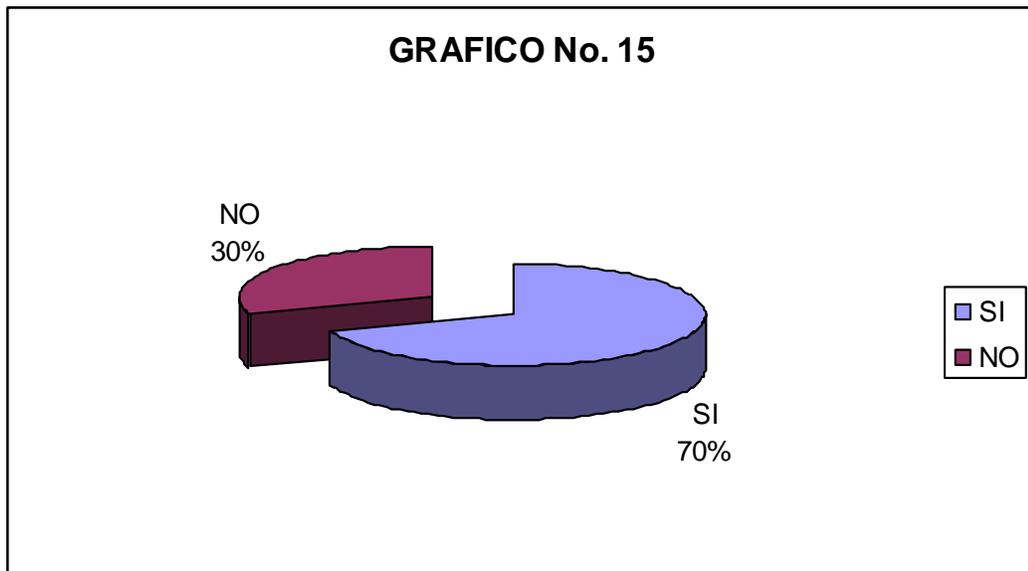
CUADRO NO. 14						
Preg. N.17	SI		NO		sub-TOTAL	
	FR.	%	FR.	%	FR.	%
	43	86%	7	14%	50	100%



NOTA INTERPRETATIVA: De una muestra de cincuenta encuestados al cuestionárseles si la contradicción entre artículo 1 inciso segundo de la constitución y 72 del CC, puede dar lugar, a una violación de derechos sucesorios de los herederos de un menor que nace muerto un 86% opino que si por según los criterios que recoge el artículo 72 de CC, este no consagra el derecho de suceder por transmisión a un no nacido porque este no ha existido o mas bien no ha nacido vivo, mientras que el 7% opina que no mas no hicieron comentario alguno respecto de la pregunta 17 de la encuesta.

Preg. No 18. Considera que un juez que aplica las reglas establecidas en el código civil en cuanto a la existencia de la persona humana para efectos de una sucesión esta cometiendo una inconstitucionalidad, por el principio de supremacía constitucional?

CUADRO NO. 15						
Preg. N.18	SI		NO		sub-TOTAL	
	FR.	%	FR.	%	FR.	%
	35	70%	15	30%	50	100%



NOTA INTERPRETATIVA: De una muestra de cincuenta encuestados al cuestionárseles que si considera que un juez que aplique las reglas establecidas en el CC, en cuanto a la existencia de la persona humana, para efectos de una sucesión esta cometiendo una inconstitucionalidad, por el principio de supremacía constitucional, el 70% de los encuestados menciona que si, por que al aplicar la legislación secundaria en caso de un heredero no nacido que nace muerto violaría la disposición constitucional el cual establece, que todo ser humano lo es desde el instante de la concepción; en contraposición de un 30% que opino que No, ya que ambas disposiciones se complementa y dan lugar a una aplicación discrecional de los mismos.

4.3 ANALISIS E INTERPRETACION DE LOS RESULTADOS TERMINALES.

4.3.1. En relación a las Hipótesis Jurídicas de trabajo.

Etimológicamente la palabra hipótesis viene del idioma griego y significa poner abajo, someter; tiene raíces semejantes al vocablo latino suposición. En ambos casos significan “La aceptación provisional de una afirmación acerca de algún hecho, o de alguna relación funcional, como cierta, aun cuando no tenga base experimental adecuada y suficiente.”¹⁴⁷

Por otra parte las hipótesis de trabajo es una afirmación categórica que aun no ha sido sometida a verificación, de tal modo que no se puede decir de ella que es falsa o verdadera; lo único que se puede aseverar es si es pertinente con el problema de investigación o es cierta a partir de la información disponible en ese momento.

La hipótesis de Trabajo tanto la de carácter general como las investigación específicas que hasta este momento se presenta como parte de la presente investigación son:

4.3.1.1 Presentación de las Hipótesis Jurídicas.

4.3.1.1.1 Hipótesis General.

“La reforma del artículo 1 Inc. 2° de la Constitución, en lo que se refiere al reconocimiento legal de la existencia de la persona humana desde el instante de la concepción, le reconoce capacidad de goce y una serie de Derechos al no nacido; por lo cual deroga tácitamente lo regulado por el

¹⁴⁷ **Ibíd.** Pág. 100

artículo 72 y otras disposiciones afines del Código Civil, en lo que se refiere al reconocimiento legal de la existencia de la persona humana a partir del nacimiento como requisito para suceder”.

4.3.1.1.2 Hipótesis Específicas:

“La derogación tacita del artículo 72 del Código Civil en lo que se refiere al reconocimiento legal de la existencia de la persona humana a partir del nacimiento, como requisito para suceder; permite la aplicabilidad del Derecho de Transmisión y otros Derechos Sucesorales, a favor de la madre o del padre del heredero o legatario que nace muerto”.

“La falta de una reforma al Código Civil, adecuándolo a lo regulado por el Artículo 1 Inc. 2° de la Constitución; genera una aplicación discrecional del artículo 72 por parte de los Jueces de lo Civil en las Diligencias Judiciales de Aceptación de Herencia, negando la aplicabilidad del Derecho de Transmisión y otros Derechos Sucesorales a favor de la madre o del padre del heredero o legatario que nace muerto”.

“La aplicación discrecional del artículo 72, por parte de los Jueces de lo Civil en las diligencias Judiciales de Aceptación de Herencia, negando la aplicabilidad del Derecho de Transmisión y otros Derechos Sucesorales a favor de la madre o del padre del heredero o legatario que nace muerto; Viola el artículo 1 Inc. 2° de la Constitución en lo que se refiere al reconocimiento legal de la existencia de la persona humana desde el instante de la concepción, como requisito para que opere dicho derecho”.

4.3.1.2 Verificación de las Hipótesis Jurídicas de Trabajo

En Relación a las hipótesis General, es necesario aclarar previamente que solo fue posible entrevistar a un Juez de los cuatro jueces de lo Civil de San Salvador, ya que respecto a los demás no fue posible poder tener acceso a ellos, manifestando no estar dispuestos a colaborar, por lo cual se recurrió a entrevistar a Jueces de otros departamentos (Como es el caso del Juez de lo Civil de Cojutepeque, departamento de Cuscatlán), siempre en materia civil e informantes claves conocedores del tema en estudio.

Por lo cual efectivamente en base a dicha investigación de campo realizada se ha comprobado que el artículo 1 inciso segundo de la constitución deroga de manera tacita no todo el artículo 72 del CC, sino solamente en lo que se opone a la existencia de la persona humana, ya que se deroga la teoría de la vitalidad y se adopta la de la existencia desde la concepción, a la vez que le reconoce la capacidad de goce y una serie de derechos individuales al no nacido por el hecho de haber sido elevado el reconocimiento de su existencia a la categoría constitucional otorgándole vocación sucesoria para suceder por la vía testamentaria. Con respecto a la segunda parte de dicho artículo debe de hacer una interpretación de acuerdo a la constitución así lo manifiesta la mayoría de la población entrevistada, y el 86% de la población estudiantil encuestada.

Por otra parte, en vista que estando vigente ambas disposiciones en relación a la existencia de la persona humana (Constitución Art. 1 Inc. 2º y 72 de CC) ya que cuando en vigencia dicha reforma constitucional no se reformo lo que atañe al código civil que se opone a la constitución en estos

casos lo que da lugar a una aplicación discrecional de las disposiciones jurídicas relativas a la existencia de la persona por parte de los aplicadores de la ley, así lo detalla el 72% de la población estudiantil encuestada y población entrevistada.

Por las consideraciones antes expuestas se da por comprobada en su totalidad la Hipótesis General número 1.

Respecto a la Hipótesis específica No. 1 , efectivamente el artículo 1 Inciso 2º de la Constitución reconoce a los no nacidos una serie de derechos como ser humano, ya que por medio a la entrevista a los médicos ginecólogos este existe desde el instante de la unión del óvulo con el espermatozoide, y es por ello de que posee capacidad de goce y por lo tanto es sujeto de derechos y obligaciones aunque nazca muerto, ya que para verificar si murió antes de nacer ginecológicamente, esto puede ser comprobado a través de diversas pruebas, tales como revisión de signos vitales, presión cardiaca, etc., Lo anteriormente planteado según los informantes claves, es decir que un no nacido puede transmitir a sus padres por derecho de transmisión su derecho de opción según los informantes claves es un caso que en rara ocasión se presenta y que por lo tanto debe el juez aplicador de la ley, ceñirse a lo que dispone la carta magna, que según la investigación de campo, aplican esta situación de manera discrecional a través del artículo 72 del CC. Por las razones anteriormente expuestas se da por comprobada la hipótesis específica número 1 de la presente tesis jurídica.

Respecto a la Hipótesis específica No. 2, se comprueba por medio de los informantes claves y población estudiantil encuestada que en cierta

medida la falta de una reforma a la legislación secundaria adecuándola al mandato constitucional, genera una aplicación discrecional por parte de los jueces de lo civil de ambas disposiciones jurídicas en caso de que el heredero o legatario sea un no nacido, negando la aplicación del derecho de transmisión a favor de sus herederos ascendientes, en este caso su padre o madre. Por no tener claramente definido que norma se tomara de referencia para determinar la existencia de la persona humana.

Respecto de la Hipótesis Específica No. 3, se puede verificar a través de la investigación de campo, que al negarle derechos hereditarios al no nacido que nace muerto y por consiguiente el derecho de transmisión a sus ascendientes, se está generando una violación al precepto constitucional, y se niega el carácter de supremacía de la constitución, hacia lo manifiesta, un poco del 70% de la población estudiantil encuestada e informantes claves objeto de estudio. Por lo que a aplicar el 72 de CC, en vez del artículo 1 inciso 2º de la constitución, se le niega el carácter de supremacía constitucional a la carta magna. Por las razones anteriormente expuestas se da por comprobada la hipótesis específica número 3 de la presente tesis jurídica. Manifestando incluso un ex juez de primer instancia de San Salvador, que no aplican el artículo 1 Inciso 2º de la Constitución por que no podría llamársele ser humano con capacidad de suceder a una persona que no es independiente es decir que para sobrevivir depende de la unión a otra persona, esto es unido al cordón umbilical de su madre, y por lo tanto no aplicarían el artículo 1 Inciso 2º de la Constitución, posición que mayormente se maneja. Por las razones anteriormente expuestas se da por comprobada la hipótesis específica número 2 de la presente tesis jurídica.

CAPITULO V

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y CONSIDERACIONES FINALES

5.1 CONCLUSIONES GENERALES

▪ Después de finalizado un estudio teórico práctico 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 tomando como punto de partida las ciencias medicas, la doctrina en materia de las ciencias jurídicas y finalmente el derecho positivo, que efectivamente el producto de la concepción es una persona individual, cierta y determinada, que posee vida propia, derechos propios, existencia material propia, y no es persona futura sino que ya existe dentro de su madre y es sujeto de derechos.

▪ 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, y 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, yendo con ello más allá de los alcances de las teorías idealistas de la Vitalidad y la Viabilidad, pues estas reconocen derechos sólo a partir del nacimiento vivo, por lo que podemos afirmar que nuestra Constitución ha superado estas dos teorías, evolucionando a la adopción de la Teoría de la Concepción.

▪ Si con base a la Corriente Materialista, al existir corporalmente una persona consecuentemente puede ejercer sus derechos y deberes 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, que nos enuncia el *Ius Naturalismo*.

5.2. CONCLUSIONES ESPECÍFICAS

- Pese al conocimiento de la reforma del artículo 1 inciso segundo de la constitución, mediante la cual se le reconoce la capacidad de goce y una serie de derechos al no nacido tales como derechos individuales y dentro de estos derechos patrimoniales, se puede concluir que este posee vocación sucesoria para suceder por la Vía Testamentaria, ya que el principal requisito para que se sea capaz de suceder es la existencia material, pero según la investigación de campo realizada aun se continua resolviendo conforme a la teoría de la vitalidad contemplada en el artículo 72 C., al momento de valorarse sobre principio de la existencia de la persona humana.

- 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 (Art. 1 Inciso 2º) desde el instante de la concepción, se esta 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 esta constituido como heredero o legatario y que nace muerto; así lo manifestó la gran mayoría de población encuestada y

entrevistada, por lo cual se estaría cayendo en una violación al precepto constitucional.

- Abstrayéndonos de la existencia material, retomando criterios estrictamente jurídicos, y valorando los requisitos que establece la legislación civil para que opere el Derecho de Transmisión que se materializa en la existencia y lo que comprende nacer vivo, diremos que el mandato constitucional prevalece sobre dicho criterio civil y sobre la base de ello, el heredero o legatario testamentario que nace muerto, si podría transmitir su herencia o legado a sus ascendientes, entiéndase padre o madre, según el orden de la sucesión intestada del Código Civil, porque existe para el Estado desde el instante de la concepción, precepto que consideramos no requiere prueba en contrario, pero en caso de duda podría probarse con un examen médico (ultrasonografía, hemograma o prueba en la orina) o con el testimonio de un especialista.

- Científicamente, los profesionales de medicina arriba entrevistados al cuestionárseles sobre a partir de qué momento comienza la vida del ser humano, son unánimes en manifestar que dicha vida se inicia desde el instante de la concepción, entiéndase este momento a partir de la unión del óvulo con el espermatozoide y que es ahí cuando comienza a desarrollarse un nuevo ser que ya posee vida propia y que por consiguiente ya se le considera como persona individual que posee manifestaciones vitales en sus órganos internos. Y son concluyentes en manifestar que en caso de muerte, ésta se determina por la práctica de pruebas tales como: revisión de signos vitales, presión cardiaca, etc., son las que se les practica en el caso de que este muera en el vientre materno, y que dependiendo de la edad en el proceso de desarrollo en el que se produzca esta muerte, será el parámetro para determinar si es

constitutiva de aborto u vito feta (muerte en el Útero), o nacimiento muerto. Es decir que en opinión de los conocedores de las ciencias médicas se ha probado que el producto de la concepción existe a partir del momento de la concepción solamente que es considerado como ser humano en formación.

5.3. RECOMENDACIONES

- Al entrar en vigencia el artículo 1 inciso 2º de la Constitución, la Asamblea Legislativa, debió reformar el artículo 72 C., 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; según la opinión de uno de los informantes claves entrevistados, no todo el artículo contradice la Constitución y que debe de reformarse solo el inciso 1, no así el segundo que en su opinión se complementa con el precepto constitucional, pero 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.

- La Asamblea Legislativa debe de proporcionar por mandato de su atribución constitucional según el artículo 131 Num. 5 la interpretación auténtica del artículo 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.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS:

1. ARGUELLO, LUIS RODOLFO. **Manual de Derecho Romano, Historia e Instituciones**. Tercera Edición, Editorial Astrea, 1998.
2. BINDER, JULIUS; **Derecho de Sucesiones**, 1º Edición, Editorial labor, 1953.
3. BONFANTE, PEDRO. **“Instituciones de Derecho Romano”**. Edición Italiana por Bacci, Luis y Larrosa Andrés. Editorial Reus, 1979, Traducción de la 8ª Edición.
4. BONNECASE, JULIEN. **Tratado Elemental de Derecho Civil**; Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie Volumen 1. Editorial Harla, 1997.
5. BARRIERE, JORGE ALBERTO. **Guía Para el Estudio del Derecho Civil, Bienes**. Año 2001.
6. BORRELL Y SOLER, ANTONIO M; **Derecho Civil Español**, Sucesiones por Causa de Muerte. Año 1993, España.
7. CICU, ANTONIO. **Derecho de Sucesiones, Parte General**. Cuarta Edición, Editorial: Publicaciones del Real Colegio de España de Bolonia. 1988.
8. CLARO SOLAR, LUIS; **Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado**, De la Sucesión por Causa de Muerte, Tomo XIII. Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile. Año 1992.

9. COLIN Y CAPITANT. **Embriología Medica**, Tomo 8, 7º Edición, Editorial Reus, Madrid, España, Año 1957.
10. DE GASPERI, LUIS; **Tratado de Derecho Hereditario**, Tipografía, Editorial Argentina, 1953.
11. GAYARDO, SAMUEL. **Manual de Medicina Legal**. Manuales Jurídicos, No. 8, Editorial Jurídica de Chile. 1948.
12. HERNANDEZ VALLE, RUBEN. **Las Libertades Públicas en Costa Rica**. Juriscentro, San José. Año 1998.
13. IGLESIAS MEJIA, SALVADOR. **Guía para la Elaboración de Trabajos de Investigación Monográfico o Tesis**. San Salvador, El Salvador. Imprenta Universitaria. 5º Edición Corregida y Aumentada. Año 2006.
14. IGLESIAS, JUAN. E IGLESIAS REDONDO, JUAN. **“Derecho Romano, Historia e Instituciones”**. Barcelona, Editorial Ariel, 11ª Edición. 1993.
15. LANGMAN Y T.W. SADLER; **Embriología Médica**, Séptima Edición, Editorial. Medica Panamericana. 1998.
16. MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT; **Derecho Civil**; Biblioteca Clásicos del Derecho, Primera Serie Volumen 1. Año 2002.
17. MACEUD, LEON Y OTRO; **Lecciones de Derecho Civil**; la Transmisión del Patrimonio Familiar, Parte 4º Vol. II. Año 1994.

18. MEZA BARROS, RAMON; **Manual de la Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre Vivos**, Editorial Jurídica de Chile, Cuarta Edición, Santiago de Chile 1974.
19. MIGUEL GONZALEZ, JUAN. “**Derecho Privado Romano**”. Segunda edición, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1992.
20. MOORE, PERSAUD: **Embriología Clínica**, McGraw Hill Interamericana, Sexta Edición. Año 1991.
21. ORTIZ RUIZ, FRANCISCO ELISEO. **Guía Metodológica para el Desarrollo de un Seminario de Graduación en Ciencias Jurídicas**. San Salvador, El Salvador. Imprenta Universitaria .Editorial San Salador, El Salvador. Junio de 1999.
22. PARICIO, JAVIER; Y, FERNANDEZ BARREIRO, ALEJANDRINO “ **Historia del Derecho Romano y su recepción Europea**”. Segunda Edición, Editorial Madrid, 1997.
23. PLANIOL, MARCEL; Y, RIPERT GEORGES; **Derecho civil**, primera serie, volumen 8, Biblioteca Clásicos del Derecho, año 2002.
24. PUIG PEÑA, FEDERICO: **Tratado de Derecho Civil Español**, tomo V Sucesiones Vol. 1 (Teoría General de las Sucesiones)., Segunda Edición. 1990.
25. RECANSSENS SICHES, LUIS. **Tratado General de Filosofía del Derecho**. Editorial Porrúa, México, 1978.

26. ROMERO CARRILLO, ROBERTO: **Nociones de Derecho Hereditario**, Tercera Edición, Ministerio de Justicia, Centro de Información Jurídica. Segunda Edición Revisada y Aumentada 1988.
27. SIMO SANTOJA, VICENTE LUIS. **Conflicto de las Leyes en materia de sucesiones**, primera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1968.
28. SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL: **Derecho Sucesorio**, Cuarta Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile. 1988.
29. SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL: **Fuente de las Obligaciones**, Tomo IV. Editorial nacimiento, Santiago de Chile. 1942.
30. URQUILLA BERMÚDEZ, CARLOS HUMBERTO: **Derecho Sucesorio Salvadoreño**. Veinticinco guías para su estudio. Primera edición, editorial ministerio de Justicia. 1996.
31. VALENCIA CEA, ARTURO: **Derecho Civil**; Parte General y Personas, Tomo I. Editorial Temis, Bogotá, Colombia. 1958.
32. WITKER, JORGE. **Como elaborar una tesis en Derecho**. Pautas Metodológicas y Técnicas para el Estudiante o Investigador del Derecho. 2003.
33. Adaptada a la normativa española de German Porras Olalla. Editorial Civitas, S.A. 1986, Madrid, España.

PERIODICO:

1. GACETA OFICIAL No. 85, Tomo 8, del 14 de abril de 1860.

BIBLIOTECA VIRTUAL:

1. Biblioteca de Consulta Microsoft ® Encarta ® 2005. Microsoft Corporation.
2. Microsoft Corporation. Enciclopedia Multimedia, Atlas & Investigator Encarta
Año 2005

TESIS:

1. AGUILAR LEMUS, REGINO ANTONIO: **Los Derechos de Representación y Transmisión de la Herencia en la ley de Gravamen de las Sucesiones.**
Año 1992. Universidad de El Salvador.
2. CANDRAY CERON, JORGE ALBERTO: **La Reproducción Humana Asistida y Su Relación con Nuestro Derecho Sucesorio.** Año 1994.
Universidad de El Salvador.
3. GIRALTAR G. JOSE ARQUIMIDES: **De la Capacidad Para Heredar y Testar.** Año 1970, Universidad de El Salvador.
4. MONTANO VALDEZ, PATRICIA EUGENIA: **Efectos Jurídicos Producidos a Raíz del Reconocimiento de la Persona Humana a partir de la Reforma del Art. 1 de la Constitución y la Modificación de la Teoría de la Vitalidad según el Código Civil.** Año 2001, Universidad de El Salvador.
5. OSORIO BARAHONA, SANTOS ISABEL: **Los Derechos del no nacido y las Limitaciones Jurídicas para su Ejercicio.** Año 2004, Universidad de El Salvador.

6. PINEDA NAVAS, CARLOS ALFREDO: **Incapacidades e Indignidades Para Suceder por Causa de Muerte.** Año, 1999, Universidad de El Salvador.

DICCIONARIOS:

1. CLAYTON L, THOMAS: **Tabers Diccionario Medico Enciclopédico,** 19 Edición en Español, Editorial El Manual Moderno S.A. de C.V. México 1997.
2. **GRAN DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO:** Reades Digest, México T. 8, 1975.
3. OSORIO, MANUEL: **Diccionario de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales;** Editorial Eliasta, S.R.L. Viamonte 1730 Buenos Aires Argentina. Año 1992.-

INSTRUMENTOS JURIDICOS:

1. ACUERDO DE REFORMA CONSTITUCIONAL N. 1 DEL 30 DE ABRIL DE 1997: Diario Oficial N. 87 Tomo 335, San Salvador 15 de Mayo de 1997.
2. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR DE 1983. Decreto Número 38. Diciembre de 1983, DC s 15 de diciembre de 1983, DO No. 234, tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.
3. CÓDIGO CIVIL DE 1860. Decreto ejecutivo del 30 de abril de 1860, publicado en el diario oficial el 19 de mayo de 1860.

4. CÓDIGO DE FAMILIA. Decreto Número 677. Publicado en el diario oficial Número 231, tomo numero 321 del día trece de diciembre de 1993.
5. CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR. Decreto No. 1030, casa presidencial, a los treinta días del mes de abril 1997, entró en vigencia el 20 de abril de 1998.
6. LEY DEL NOTARIADO. Decreto No. 218, 6 de diciembre de 1972.
7. LEY TRANSITORIA DEL REGISTRO DEL ESTADO FAMILIAR Y DE LOS REGIMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO. Decreto Legislativo No. 496, D.O. 228, Tomo 329. Publicación 8 de Diciembre de 1995.
8. LEY DEL NOMBRE DE LA PERSONA NATURAL Decreto Numero 450. D.O. No. 103. Tomo No. 307, 4 de Mayo de 1990.
9. LEY DEL EJERCICIO NOTARIAL Y DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y OTRAS DILIGENCIAS. Decreto No. 1073, publicado en el diario oficial No. 66, Tomo 275, del 13 de abril de 1982.
10. RATIFICACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL ART. 1: Diario Oficial Numero 32, Tomo 342, Decreto 541, San Salvador, 16 de Febrero de 1999.

ANEXOS

Anexo. No.1 Modelo de Encuesta

Anexo No. 2 Modelo de la Cedula de Entrevista aplicada a:

- a) Jueces de los civil e informantes claves
- b) Dos Doctores en Medicina con especialidad en Obstetricia y Ginecología.

Anexo No. 3 Acuerdo de Reforma Legislativo de fecha 30 de abril de 1997 del articulo 1 inciso 2º de la Constitución, y Decreto de Ratificación a los 19 días del mes enero de 1999.

ANEXO No. 1

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
Seminario de Graduación en Ciencias Jurídicas 2006.



INTRODUCCION: Se esta realizando una investigación sobre el siguiente Tema: **“Aplicabilidad del Derecho de Transmisión Sucesoral a favor de la madre o del padre del Heredero o Legatario que nace muerto, a partir de la reforma del Art. 1 de la Constitución, y su Contradicción con el Art. 72 del Código Civil”**, Para lo cual es de suma importancia para comprobar las hipótesis de trabajo, realizar una investigación de Campo. Es por ello que de antemano le agradecemos su colaboración en el sentido de llenar la presente encuesta, según las interrogantes que se detallan a continuación:

Indicaciones: Marque con una X la respuesta que considera conveniente:

I. DATOS DE GENERALES

1. **Sexo.** F.____ M.____ 2. **Edad.** _____
3. **Nivel Académico:** 3° año____ 4° año____ 5° año__ egresados de la carrera_____

II. DATOS DE OPINION.

4. Es de su conocimiento la reforma constitucional de de 1999 específicamente en el inc. 2° del art. 1 por medio del cual se reconoce a la persona humana desde el instante de la concepción y además le reconoce capacidad de goce, sin importar si nace viva o muerta?
a) Sí. __ b) No. __
5. Considera usted que el artículo 72 del Código Civil contradice al art. 1 Cn al reconocer la existencia de la persona humana a partir de su nacimiento y con la condición que éste nazca vivo?

- a) Sí b) No

Porque razones _____

6. Esta usted de acuerdo con la reforma hecha a la constitución, específicamente el artículo 1 inciso segundo en cuanto a la existencia de la persona humana desde el instante de la concepción abandonando la posición civilista que reconoce la existencia de la persona humana a partir de su nacimiento y con la condición de que nazca vivo.

- a) Sí b) No.

Porque _____

7. -Sabe usted en qué consiste la figura de la “Transmisión” en el Derecho Sucesorio?

- a) Sí b) No.

Si su respuesta es afirmativa, explique en que consiste tal figura en materia sucesoral: _____

8. Desde su punto de vista personal, la figura << persona humana >> comienza a surtir efectos a partir de:

- a) Desde el instante de la concepción _____
b) Cuando el feto se desarrolla en el vientre de la madre _____
c) A partir del corte del cordón umbilical _____
d) Cuando dicho ser sale del vientre materno _____

Porque razones _____

9. Desde su punto de vista personal, cual debería ser específicamente la norma jurídica aplicable a utilizar en cuanto al “**reconocimiento de la existencia de la persona humana para efectos de la sucesión**”.-

- a) Constitución __ b) Código Civil__ c) Normativa internacional__ d) otras leyes afines__

14. Como estudioso del Derecho ¿cree usted que haya algún vacío legal con respecto a la sucesión por causa de muerte de un menor que muere antes de nacer?.

- a) Sí b) No c) No sabe.

Porque _____

15. Está de acuerdo con que debe realizarse una reforma de todas las disposiciones del Código Civil que contradigan la Constitución?

- a) Sí. b) No.

16. Cree usted que debería realizarse una reforma en cuanto a lo que respecta a la existencia de la persona humana en el Código Civil?

- a) Sí b) No

17-Considera usted que la contradicción entre la constitución y el Código Civil en cuanto a la existencia de la persona humana podría dar lugar a una violación de los derechos sucesorios de los herederos de un menor que nace muerto

- a) Sí b) No.

Porque razón _____

18. Considera que un juez que aplica las reglas establecidas en el código civil en cuanto a la existencia de la persona humana para efectos de una sucesión esta cometiendo una inconstitucionalidad, por el principio de supremacía constitucional?

- a) Si b) No

Anexo No. 2

Modelo de la Cedula de Entrevista aplicada a:

- a) Jueces de lo Civil e Informantes Claves**
- b) Dos Doctores en Medicina con especialidad en Ginecología y Obstetricia.**

ANEXO No. 2 –A

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS 2005

FECHA _____
ENTREVISTA No. _____

MODELO DE CÉDULA DE ENTREVISTA DIRIGIDA A INFORMANTES CLAVES RELACIONADOS AL PROBLEMA DE INVESTIGACION; Y JUECES PROPIETARIOS DE LOS JUZGADOS DE LOS CIVIL DEL MUNICIPIO DE SAN SALVADOR. Información para la recolección de datos y orientación sobre la presente investigación

a) JUEZ DE LO CIVIL 1º ____ 2º ____ 3º ____ 4º ____ del municipio de S.S.

Nombre del Juez _____

Tiempo que tiene de laborar como Juez en dicho Tribunal _____

b) INFORMANTE CLAVE. Nombre Completo _____

Cargo Actual _____

INTRODUCCION: Estimado Entrevistado, estamos realizando un estudio de carácter académico acerca de la "APLICABILIDAD DEL DERECHO DE TRANSMISION SUCESORAL A FAVOR DE LA MADRE O DEL PADRE DEL HEREDERO O LEGATARIO QUE NACE MUERTO, A PARTIR DE LA REFORMA DEL ARTICULO UNO DE LA CONSTITUCION Y SU CONTRADICCION CON EL ARTICULO 72 DEL CODIGO CIVIL". Usted ha sido seleccionado para brindarnos información al respecto, por lo que le suplicamos su valiosa colaboración a efectos de poder orientarnos y completar nuestra tesis de graduación. De antemano gracias por su valiosa colaboración.

P R E G U N T A S

1. ¿ Que opinión le merece a Usted que en el año 1999, se halla reformado el artículo 1, agregando un inciso 2º a la Constitución de la Republica de El Salvador de Diciembre de 1983 en el sentido que se le da el reconocimiento legal de la existencia de la persona humana desde el instante de la concepción?

2. Según su criterio personal ¿Cuales considera que fueron las causas que motivaron a la Asamblea Legislativa de El Salvador a promover y ratificar la reforma al artículo 1 inc 2º de la constitución, en el sentido que se le da reconocimiento legal de la existencia de la persona humana desde el instante de la concepción?

3. A su criterio personal ¿Considera Usted que el artículo 1 inciso 2º de la constitución deroga tácitamente el artículo 72 y otras disposiciones afines del Código Civil, donde se considera la existencia legal de la persona humana desde la salida del vientre materno y no desde el preciso instante de la Concepción como lo regula en la actualidad el artículo 1 inc. 2º de la constitución?
4. Si el artículo 1 inc. 2º de la Cn., da reconocimiento legal de la persona humana desde el instante de la Concepción, a su criterio, dicho producto << El ser vivo como tal en el vientre materno de la madre >> posee vocación sucesoria para suceder por derecho de transmisión?
5. Tomando en cuenta lo regulado en el artículo 958 del Código Civil, que regula que procederá el derecho de transmisión cuando el heredero o legatario no ejerza su derecho de opción, ¿ Es posible que opere este derecho cuando el heredero o legatario << nace muerto >> , y por lo mismo no “acepta o repudia” la herencia o legado”?.?
6. A su criterio personal ¿ Considera que en caso de aplicarse los criterios específicos en el Código Civil, para que opere el Derecho de Transmisión, tomar elementos tales como “ EXISTIR LEGALMENTE” y lo que comprende “NACER VIVO”, ¿no se violaría acaso el principio de de supremacía constitucional en base al artículo 1 inc. 2º de la Cn?
7. Tiene conocimiento de un caso en concreto en que un no nacido con calidad de heredero o legatario << falleció antes de nacer >> , y sus padres quieren aceptar la herencia que le correspondía a su hijo (a) que falleció antes de nacer?
8. ¿Por regla general cual es la normativa jurídica que se aplica actualmente al resolver sobre la << existencia de la persona humana >> en caso de Aceptaciones de Herencia Intestada?

9. ¿Considera que para evitar una aplicación discrecional de normas jurídicas, si se presentaran caso de la naturaleza antes descritos, debido derogarse totalmente el artículo 72 del Código Civil, al entrar en vigencia el Artículo 1, inciso 2º de la Constitución?

10. ¿Tiene usted conocimiento sobre si existe fuente jurisprudencial al respecto para resolver sobre la capacidad sucesoria del no nacido?

11. ¿Que opinión le merece la presente investigación y que recomendaciones podría hacernos en torno al mismo?

GRACIAS POR SU COLABORACION.-

ANEXO No. 2-B

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURIDICAS 2005

FECHA _____
ENTREVISTA No. _____

MODELO DE CÉDULA DE ENTREVISTA DIRIGIDA A MEDICO GINECOLOGO ESPECIALISTA EN GINECOLOGIA Y OBSTETRICIA. Información para la recolección de datos y orientación sobre la presente investigación.

Nombre del Dr. _____
Especiliadad: _____
Otras especialidades _____
Lugar de Trabajo _____

INTRODUCCION: Estimado Entrevistado, estamos realizando un estudio de carácter académico acerca de la "APLICABILIDAD DEL DERECHO DE TRANSMISION SUCESORAL A FAVOR DE LA MADRE O DEL PADRE DEL HEREDERO O LEGATARIO QUE NACE MUERTO, A PARTIR DE LA REFORMA DEL ARTICULO UNO DE LA CONSTITUCION Y SU CONTRADICCION CON EL ARTICULO 72 DEL CODIGO CIVIL". Usted ha sido seleccionado para brindarnos información al respecto, por lo que le suplicamos su valiosa colaboración a efectos de poder orientarnos y completar nuestra tesis de graduación. De antemano gracias por su valiosa colaboración.

PREGUNTAS

1. Científicamente a partir de cuando puede determinarse que una mujer esta embarazada?
2. ¿Que tipos de pruebas pueden realizarse para determinar si una mujer esta embarazada?
3. Científicamente ¿ A partir de que momento se origina la vida, y por consiguiente poder considerar como persona humana al producto de la concepción?
4. ¿Qué circunstancias pueden ocasionar la muerte de un feto en un vientre materno?

5. ¿Cómo se logra determinar si un bebe, nació muerto, o vivió un momento siquiera antes de su muerte?
6. ¿En qué consiste la prueba de la Docimasia Pulmonar Hidrostática?
7. ¿Existe otro tipo de prueba a parte de la anterior para determinar si un bebe nació vivo o muerto?
8. ¿Como se llama el Documento en que se detalla la muerte de un bebe que fallece en el vientre materno, para efectos de registro de defunciones fetales que lleva el Registro del Estado Familiar?
9. ¿Qué circunstancias pueden ocasionar un aborto?
10. ¿A partir de que momento puede hablarse de aborto para dejar de hablarse de nacimiento?

Anexo No. 3

Acuerdo de Reforma Legislativo de fecha 30 de abril de 1997 del artículo 1 inciso 2º de la Constitución, y Decreto de Ratificación a los 19 días del mes enero de 1999.

ACUERDO DE REFORMAS CONSTITUCIONALES N° 1.-

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR.

CONSIDERANDO:

- I.- Que el derecho humano más fundamental y bien jurídico máspreciado es la vida humana y ningún otro derecho tiene sentido si no se protege éste ferreamente. La falta de la debida protección de la vida humana resquebraja en su misma base el estado de derecho y la paz social;
- II.- 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 expresas del Pacto Internacional de Derechos Civiles, y Políticos de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de la Convención sobre los Derechos del Niño;
- III.- Que por lo antes expuesto es procedente introducir la reforma pertinente en la Constitución Política;

POR TANTO,

en uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa de los Diputados, Julio Antonio Gamero Quintanilla, Alfonso Aristides Alvarenga, Carmen Elena Calderón de Escalón, Walter René Araujo Morales, Ricardo Adolfo León Mejía, Norman Noel Quijano, Osmín López Escalante, Vladimir Antonio Orellana Guerra, Amado Aguiluz Aguiluz, Napoleón de Jesús Meléndez, Selín Ernesto Alabí Mendoza, José Roberto Larios y Renato Antonio Pérez,

ACUERDA la siguiente reforma a la Constitución de la República, emitida por Decreto Constituyente N° 38, de fecha 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial N° 234, Tomo 281, de fecha 16 del mismo mes y año y sus reformas posteriores, la cual se considera individual para su ratificación.

Art. 1.- Adiciónase un inciso segundo al artículo uno de la Constitución, así:

“Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”.

DADO EN EL SALON AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO, San Salvador, a los treinta días del mes de abril de mil novecientos noventa y siete.

MERCEDES GLORIA SALGUERO GROSS

PRESIDENTA*

ANA GUADALUPE MARTINEZ MENENDEZ
VICEPRESIDENTA

JOSE RAFAEL MACHUCA ZELAYA
VICEPRESIDENTE

JOSE EDUARDO SANCHO CASTANEDA
SECRETARIO

CARMEN ELENA CALDERON DE ESCALON
SECRETARIA

ALFONSO ARISTIDES ALVARENGA
VICEPRESIDENTE

JULIO ANTONIO GAMERO QUINTANILLA
VICEPRESIDENTE

GUSTAVO ROGELIO SALINAS
SECRETARIO

WALTER RENE ARAUJO MORALES
SECRETARIO

RENE MARIO FIGUEROA FIGUEROA
SECRETARIO

D. O. N° 87

Tomo N° 335

Fecha: 15 de mayo de 1997.

Adar.

DIARIO OFICIAL

Director: LUD DREIKORN LOPEZ

TOMO N° 342

San Salvador, Martes 16 de Febrero de 1999

NUMERO 32

SUMARIO

ORGANO LEGISLATIVO

Memorandum de Entendimiento entre el Equipo Japonés de Estudios de Ejecución y las autoridades involucradas del Gobierno de la República de El Salvador con la Cooperación Técnica Japonesa para el Proyecto Fortalecimiento del Desarrollo y Transferencia de Tecnología Agrícola en la República de El Salvador; Acuerdo Ejecutivo N° 1071, aprobándolo y Decreto Legislativo N° 528, ratificándolo	Pág	2-42
DECRETO No. 541.- Ratificase el Artículo 1 del Acuerdo de Reformas Constitucionales, de fecha 30 de abril de 1997.		42

ORGANO EJECUTIVO

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

Acuerdos Nos. 50, 54 y 83.- Se encargan Despachos Ministeriales a funcionarios Públicos		42-43
Acuerdo N° 95.- Se llama al Doctor Enrique Borgo Bustamante, para que ejerza la Presidencia de la República.		43

MINISTERIO DE ECONOMIA

RAMO DE ECONOMIA

Acuerdo N° 29.- Se otorga concesión para la explotación de un canchero de material pétreo, a favor del señor José Ricardo Ayala Alvarez		43-44
---	--	-------

MINISTERIO DE EDUCACION

RAMO DE EDUCACION

Acuerdos Nos. 15-0414, 15-0415, y 15-2830.- Creación, funcionamiento y reconocimiento de Directores en diferentes centros educativos.		45
Acuerdos Nos. 15-0996 y 15-2562.- Reposiciones de Títulos y Equivalencias de Estudios.		45-46

ORGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Acuerdo No. 473-D y 482-D.- Autorizaciones para el ejercicio de las funciones de Notario y aumentos en la nómina respectiva.		46
Acuerdos Nos. 525-D, 527-D, 533-D, 558-D, 618-D 637-D, 662-D, 691-D y 694-D.- Autorizaciones para el ejercicio de la Abogacía en todos sus ramos.		46-47

INSTITUCIONES AUTONOMAS

ALCALDIAS MUNICIPALES

Decreto No. 2.- Ordenanza de Catastro Tributario Municipal de la Villa de Panchimalco, departamento de San Salvador.		48-49
--	--	-------

SECCION CARTELES OFICIALES

DE PRIMERA PUBLICACION

Cartel No. 191.- Aceptación de Herencia seguida por la PROCURADURIA a favor de CARLOS VILLACORTA.		50
Carteles Nos. 192 (337), 193 (338), 194 (335), 195 (334), 196 (333), 197 (332), 198 (331), 199 (3422), 200 (3223), y 201 (3424).- Públicas Subastas seguidas por el FONDO SOCIAL PARA LA		

VIVIENDA y EL BANCO HIPOTECARIO DE EL SALVADOR, contra los señores JUANA MARGARITA ZARATE, JUAN MIGUEL TEJADA, LUIS ALONSO INOCENTE CACERES, ALBA ROSA BONILLA MARTINEZ, MARVIN ROBERTO HERNANDEZ MENDOZA, OSCAR ARMANDO SANCHEZ JOVEL, JOSE DAGOBERTO MARROQUIN RUANO, DOXIGLAS ISMAEL TREJO MORALES, OSCAR ROMERO SANCHEZ PEREZ y CRISTOBAL FRANCISCO GUZMAN VALLE. ...		50-52
Cartel No. 202(3486).- Convocatoria de la CAJA DE CREDITO RURAL DE ARMENIA, a celebrarse el 13 de marzo/99.		53
Carteles Nos. 274 (4468) y 275 (4471).- Convocatorias de las CAJAS RURALES de CANDELARIA DE LA FRONTERA y de LA LIBERTAD, a celebrarse el 13/3/99.		53

DE SEGUNDA PUBLICACION

Carteles Nos. 167 (3136), 168 (3139), 169 (3140), 172 (3165), 173 (3165), 174 (3167) y 175 (3168).- Públicas Subastas seguidas por EL FONDO SOCIAL PARA LA VIVIENDA, contra los señores JULIO CESAR RIVERA CHICAS, MANUEL ANTONIO VALENCIA QUILIZAPA, JORGE ALBERTO FLORES MARTINEZ, BLANCA MIRIAN PENA DE MELENDEZ, ALEX ANTONIO REYES NAJERA, ERNESTO ESTRADA GARCIA Y FRANCISCO HERNANDEZ.		54-55
---	--	-------

DE TERCERA PUBLICACION

Carteles Nos. 160 (2879) y 161 (2880-Bis).- Pública Subasta seguida por la CAJA DE CREDITO RURAL DE ATIQUIZAYA, contra los señores OVIDIO ALARCON y ESAU MARTINEZ ESTRADA SANDOVAL.		56
Cartel No. 235 (4146).- Convocatoria de la CAJA DE CREDITO RURAL DE CARA SUCIA, SOC. COOP. DE R. L., a celebrarse el 14 de marzo/99.		56
Carteles Nos. 236 (4174) 239 (4140) y 240 (4191).- Convocatoria de el BANCO IZALQUEÑO DE LOS TRABAJADORES, COOPERATIVA DE CAFETALEROS EL PENON DE R. L y EL BANCO HIPOTECARIO DE EL SALVADOR, a celebrarse el 18 y 8 de marzo y 26 de marzo/99.		56-57

SECCION CARTELES PAGADOS

DE PRIMERA PUBLICACION

Carteles Nos. - 3217-1v, 3218-1v, 3220-1v, 3221-1v, 3226-1v, 3236-1v, 3254-1v, 3260-1v, 3263-1v, 3264-1v, 3265-1v, 3278-1v, 3305-1v, 3310-1v, 3311-1v, 3312-1v, 3214-1v, 3215-1v, 3255-1v, 3256-1v, 3186-1v, 3187-1v, 3188-1v, 3189-1v, 3190-1v, 3191-1v, 3192-1v, 3193-1v, 3194-1v, 3219, 3228, 3237, 3246, 3261, 3262, 3273, 3287, 3290, 3297, 3301, 3270, 3309, 3317, 3216, 3259, 3240, 3250, 3274, 3275, 3277, 3282, 3306, 3307, 3308, 3195, 3197, 3198, 3199, 3200, 3201, 3202, 3203, 3204, 3205, 3206, 3207, 3208, 3247, 3209, 3232, 3233, 3272, 3222, 3227, 3258, 3257, 3244, 3245, 3266, 3267, 3271, 4091, 4484, 4550, 3269-C		58-77
---	--	-------

DE SEGUNDA PUBLICACION

Carteles Nos. 2945, 2947, 2953, 2966, 2967, 2976, 2978, 2980, 2984, 2988, 2991, 3004, 3016, 3032, 2943, 2962, 2970-Bis, 2971, 2983, 2993, 2998, 3027, 3028, 2946, 2950, 2968, 2969-Bis, 2972, 2973, 2974, 2975, 2982, 3003, 3024, 3025, 3026, 3033, 3020, 3021, 3022, 2981, 2968-Bis, 3000, 3030, 3031, 2985, 2992, 3006, 3008, 2979, 2743, 14238, 4776, 3185-C, 3062-C.		78-91
--	--	-------

DE TERCERA PUBLICACION

Carteles Nos. 2785, 2786, 2795, 2826, 2831, 2832, 2833, 2835, 2212, 2213-Bis, 2779, 2788, 2792, 2809, 2810, 2811, 2812, 2820, 2821, 2836, 2822, 2823, 2824, 2796, 2807, 2808, 2781, 2828, 2783, 2784, 2755, 2762, 3002, 4088, E-16236, 4124, 2970 C.		92-100
--	--	--------

ORGANO LEGISLATIVO

ACUERDO DE REFORMAS CONSTITUCIONALES No. 1.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR

CONSIDERANDO:

- I. Que el derecho humano más fundamental y bien jurídico más preciado es la vida humana y ningún otro derecho tiene sentido si no se protege éste ferreamente. La falta de la debida protección de la vida humana resquebraja en su misma base el estado de derecho y la paz social;
- II. 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 expresas del Pacto Internacional de Derechos Civiles, y Politicos, de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de la Convención sobre los Derechos del niño;
- III. Que por lo antes expuesto es procedente introducir la reforma pertinente en la Constitución de la República;

POR TANTO,

En uso de sus facultades Constitucionales y a iniciativa de los Diputados, Julio Antonio Gamero Quintanilla, Alfonso Aristides 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 Jesus Meléndez, Selin Firmesto Alabi Mendoza, José Roberto Larios y Renato Antonio Pérez.

ACUERDA la siguiente reforma a la Constitución de la República, emitida por Decreto Constituyente No. 38, de fecha 15 de diciembre de 1993, publicado en el Diario Oficial No. 234, Tomo 281, de fecha 16 del mismo mes y año y sus reformas posteriores, la cual se considera individual para su ratificación.

Art. 1. Adiciónase un inciso segundo al artículo uno de la Constitución. Así

"Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción"

DADO EN EL SALÓN AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO, San Salvador, a los treinta días del mes de abril de mil novecientos noventa y siete.

MERCED ESGLORIA SALGUERO GROSS,

PRESIDENTA

ARA GUADALUPE MARTINEZ MENENDEZ,
VICEPRESIDENTA.

ALFONSO ARISTIDES ALVARENGA,
VICEPRESIDENTE.

JOSE RAFAEL MACHUCA ZELAYA,
VICEPRESIDENTE.

JULIO ANTONIO GAMERO QUINTANILLA,
VICEPRESIDENTE.

JOSE EDUARDO SANCHO CASTAÑEDA,
SECRETARIO

GUSTAVO ROGELIO SALINAS OLMEDO,
SECRETARIO

CARMEN ELENA CALDERON DE ESCALON,
SECRETARIA.

WALTER PENE ARAUJO MORALES,
SECRETARIO

RENE MARIO FIGUEROA FIGUEROA,

SECRETARIO

Art. 2.- El presente Decreto entrara en vigencia desde el dia de su publicación en el Diario Oficial.

DADO EN EL SALÓN AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los trece dias del mes de enero de mil novecientos noventa y nueve.

JUAN DUCH MARTINEZ,
PRESIDENTE.

GERSON MARTINEZ,
PRIMER VICEPRESIDENTE.

CIRO CRUZ ZEPEDA,
SEGUNDO VICEPRESIDENTE.

RONAL UMAÑA,
TERCER VICEPRESIDENTE.

NORMA FIDELIA GUEVARA DE RAMIROS,
CUARTA VICEPRESIDENTA.

JULIO ANTONIO GAMERO QUINTANILLA,
PRIMER SECRETARIO.

JOSE RAFAEL MACHUCA ZELAYA,
SEGUNDO SECRETARIO.

ALFONSO ARISTIDES ALVARENGA,
TERCER SECRETARIO.

GERARDO ANTONIO SÚVILLAGA GARCIA,
CUARTO SECRETARIO.

LIVIA VIOLETA MENJIVAR,
QUINTA SECRETARIA.

JORGE ALBERTO VILLACORTA MUÑOZ,
SEXTO SECRETARIO.

CASA PRESIDENCIAL: San Salvador, a los diecinueve dias del mes de enero de mil novecientos noventa y nueve.

PUBLIQUESE.

ARMANDO CALDERON SOL,
Presidente de la República.

RAMON ERNESTO GONZALEZ GINER,
Ministro de Relaciones Exteriores.

DECRETO No. 541

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR,

CONSIDERANDO:

- I.- Que según lo establecido en el Artículo 248 de la Constitución, la Asamblea Legislativa del anterior periodo, con fecha 30 de abril de 1997, acordo reformar el Artículo 1 de la misma Constitución, emitiéndose en consecuencia el Acuerdo de Reformas Constitucionales correspondiente;
- II.- Que de conformidad a la disposición constitucional citada en el considerando que antecede, la reforma mencionada, para su plena vigencia, debe ser ratificada por la actual legislatura;
- III.- Que habiéndose cumplido con los requisitos que la misma Constitución establece para su modificación, es procedente ratificar la reforma a su Artículo 1, en el sentido de reconocer como persona humana a todo ser humano, desde el instante de la concepción;

POR TANTO,

en uso de sus facultades constitucionales y habiéndose dado cumplimiento a lo preceptuado en el Artículo 248 de la Constitución, DECRETA, SANCIONA Y PROMULGA, la reforma Constitucional siguiente:

Art. 1.- Ratifícase el Artículo 1 del Acuerdo de Reformas Constitucionales, de fecha 30 de abril de 1997, publicado en el Diario Oficial No. 87, Tomo 335, de fecha 15 de mayo de 1997, que adiciona un inciso segundo al artículo 1 de la Constitución, de la manera siguiente:

"Asimismo reconocese como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción."

2. El presente Decreto entrará en vigencia, ocho días después de su publicación en el Diario Oficial.

EN EL SALON AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los tres días del mes de febrero de mil novecientos noventa y nueve.

JUAN DUCH MARTINEZ,
PRESIDENTE

GERSON MARTINEZ,
PRIMER VICEPRESIDENTE.

CIRO CRUZ ZEPEDA PEÑA,
SEGUNDO VICEPRESIDENTE.

RONAL UMAÑA,
TERCER VICEPRESIDENTE.

NORMA FIDELIA GUEVARA DE RAMIROS,
CUARTA VICEPRESIDENTA.

JULIO ANTONIO GAMERO QUINTANILLA,
PRIMER SECRETARIO

JOSE RAFAEL MACHUCA ZELAYA,
SEGUNDO SECRETARIO.

ALFONSO ARISTIDES ALVARENGA,
TERCER SECRETARIO.

GERARDO ANTONIO SUVILLAGA,
CUARTO SECRETARIO.

ELVIA VIOLETA MENJIVAR ESCALANTE,
QUINTA SECRETARIA.

JORGE ALBERTO VILLACOSTA MUÑOZ,
SEXTO SECRETARIO.

ORGANO EJECUTIVO

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

DO N° 50

ARMANDO CALDERON SOL,
Presidente de la República,

uso de sus facultades legales, ACUERDA: encargar el Despacho de la Defensa Nacional, con carácter ad-honorem, el día 13 de enero actual, al Viceministro del Ramo, General ALVARO RIVERA ALEMAN, por ausencia del Titular, General JUAN ANTONIO MARTINEZ VARELA, a quien se le ha encomendado el desempeño de una misión oficial en el exterior, concediéndosele por tal motivo licencia con goce de sueldo durante el periodo indicado.

ADO EN CASA PRESIDENCIAL: San Salvador, a los doce días del mes de enero de mil novecientos noventa y nueve.

ARMANDO CALDERON SOL,
Presidente de la Republica.

ENRIQUE BORG BUSTAMANTE,
Ministro de la Presidencia.

DO N° 54.

ARMANDO CALDERON SOL,
Presidente de la Republica,

uso de sus facultades legales, ACUERDA: encargar el Despacho del Interior, con carácter ad-honorem, durante los días 22 y 23 de enero actual, al Viceministro del Ramo, Don Roberto Machón, en ausencia del Titular, Lic. Mario Acosta Oertel, a quien se le ha encomendado el desempeño de una misión oficial en el exterior, concediéndosele por tal motivo licencia con goce de sueldo durante el periodo antes indicado.