

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2005
PLAN DE ESTUDIO 1993



Universidad de El Salvador

Hacia la libertad por la cultura

**"EFICACIA JURÍDICA DEL RECONOCIMIENTO LEGAL DEL
CONCEBIDO COMO PERSONA 1999-2005".**

TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTAN:

ISIS YAMILETH CERON VASQUEZ
GLADIS BEATRIZ GAMERO MENJIVAR

DIRECTOR DE SEMINARIO:
LIC. OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JULIO DE 2006.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA
DRA. MARIA ISABEL RODRIGUEZ

VICE-RECTOR ACADEMICO
ING. JOAQUIN ORLANDO MACHUCA GOMEZ

VICE-RECTORA ADMINISTRATIVO
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
LICDA. 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 GRADUACIÓN
LICDA. BERTA ALICIA HERNÁNDEZ AGUILA

DIRECTOR DE SEMINARIO
LIC. OSCAR RIVERA MORALES

AGRADECIMIENTOS

A nuestro Padre Celestial, por que en mi vida él ha sido el que me ha iluminado, me brindó sabiduría y me dio la oportunidad de poder culminar mi carrera satisfactoriamente, sin su amor e infinita misericordia no hubiera podido lograr este triunfo.

A mis padres: Lucio Cerón, Alma Lorena de Mejía y Mario Mejía, por que en todas las etapas de mi vida me han brindado su amor, comprensión, y ayuda tanto material como espiritual. Asimismo me acompañaron en el trayecto de mis estudios, compartiendo buenos y malos momentos, dándome siempre buenos consejos y palabras de aliento cuando más lo necesitaba.

A mi tío Luis Abercio Vásquez Mejía, por que a lo largo de mi carrera siempre me proporciono su apoyo moral e intelectual, me ofreció con mucho cariño su tiempo y su orientación; facilitándome el camino para llegar a la meta.

A mis hermanos: Lorena Yasmín, Luis Miguel, Elizabeth Margarita, Miguel Raymundo, hermana espiritual: Reyna Marina y mi sobrinita Maryori Aréli: por que vivieron conmigo constantemente momentos de alegría y tristeza; me han dado su amor y compañía, ayudándome siempre cuando más los he necesitado; favoreciendo placenteramente el éxito que he obtenido.

A mis amigos y demás seres queridos: por que estuvieron a mi lado alentándome en todos los periodos de mi carrera, me ofrecieron ayuda, tolerancia, y solidaridad; Con sus estimulaciones influyeron a que mis objetivos se cumplieran con el mejor de los desempeños.

Al Director de seminario Lic. Oscar Antonio Rivera Morales, por su instrucción y aportación de conocimientos contribuyendo en gran medida a la realización del presente trabajo de graduación.

Isis Yamileth Cerón Vásquez.

AGRADECIMIENTOS

Cuando finalmente cumplo una de mis metas, como lo es el graduarme de la Universidad de El Salvador, quiero compartir mi triunfo primeramente con Dios todo poderoso, por darme la vida, sabiduría y entendimiento. A la virgen santísima por que en tomo momento me guardo y acompaño.

*Quiero rendir el mas profundo y especial de mis agradecimientos a mis padres **MARIA GLADIS MENJIVAR DE GAMERO** y **ANDRES GAMERO CHAVARRIA**, quienes son mi principal fuerza así como razón de existencia; durante toda mi carrera fueron mi aliciente, siempre me apoyaron me brindaron todo su amor comprensión y cariño; me enseñaron el sentido del estudio y jamás me abandonaron en este duro caminar.*

*Quiero darle las Gracias a mi hermano **ANDRES GAMERO MENJIVAR**, por que confió en mi y estuvo con migo cuando me sentía desmayar, siempre tenia una palabra sabia para darme la fortaleza de seguir luchando.*

También quiero darle mis gratitudes a mis abuelos CRUZ MARÍA ABRÉGÓ, por sus sabios consejos que me guiaron y me dieron la sensatez y paciencia necesaria en aquellos momentos en que mas lo necesitaba así mismo a JOSE HERIBERTO MENJIVAR quien se perfectamente que desde el cielo comparte mi alegría y satisfacción.

También quiero darle las gracias a mi tía materna J. A., y a mis tío paterno DOMINGO GAMERO, por el apoyo que me manifestaron y siempre se mantuvieron pendientes de mi y de cómo marchaban mis estudios. De igual forma agradezco a mis primos en especial a HERIBERTO MENJIVAR.

Al Director de seminario Lic. Oscar Antonio Rivera Morales, quiero agradecerle su paciencia y conocimientos. Finalmente quiero agradecer a mis padrinos, amigos y compañeros que siempre me brindaron su apoyo y cariño.

Gladis Beatriz Gomero Menjivar.-

INDICE

Nº de Pág.

INTRODUCCIÓN	i
--------------------	---

CAPITULO I INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL PROBLEMA

1.1 Situación Problemática	1
1.2 Delimitación Del Problema	5
1.2.1 Delimitación Espacial	5
1.2.2 Delimitación Temporal	6
1.2.3 Delimitación Teórica	6
1.2.4 Delimitación Practica	6
1.3 Formulación del Problema	7
1.3.1 Planteamiento del Problema	7
1.3.2 Enunciado del Problema	9
1.3.3 Operacionalización de la Hipótesis	10
1.3.3.1 Hipótesis General	10
1.3.3.2 Hipótesis Específica	11

CAPITULO II ANTECEDENTES HISTORICOS Y EVOLUCIÓN

DEL RECONOCIMIENTO DEL CONCEBIDO COMO
PERSONA.

2.1 Antecedentes históricos del Reconocimiento del concebido como	
persona	12
2.1.1 Etimología de la palabra Persona	12
2.1.2 Definición de la Persona	13
2.1.3 Elementos constitutivos del concepto de Persona	14
2.1.4 Origen de la vida humana	14
2.1.5 Criterios para determinar el inicio de la vida en un	
Momento diferente al de la concepción	17
2.2 Teorías acerca del origen de la vida humana	19
2.2.1 Teoría Científica	19
2.2.2 Teoría Religiosa	24
2.3 La Persona Humana, principio de su existencia	29
2.3.1 Existencia Biológica	29
2.3.2 Existencia Legal	32
2.3.3 Teoría de la Vitalidad	36
2.3.4 Teoría de la viabilidad	37
2.4 Autores que reconocen a la persona desde el instante de	
la concepción	39
2.5 Autores que no reconocen a la persona desde el instante	
de la concepción	48

CAPITULO III ESTABLECIMIENTO Y NORMATIVA JURÍDICA DE LOS DERECHOS FAMILIARES QUE LE CORRESPONDEN A LA PERSONA CONCEBIDA.

3.1 Doctrina referente a los derechos familiares que le corresponden a la persona concebida	54
3.1.1 Capacidad jurídica del concebido	55
3.1.2 Los derechos fundamentales de la persona concebida	56
3.1.3 Los derechos familiares fundamentales.....	59
3.2 Normativa Jurídica referente a los derechos del concebido.....	72
3.2.1 Análisis de las disposiciones de la Constitución de la Republica.....	72
3.2.2 Análisis de las disposiciones del Código Civil Salvadoreño.....	74
3.2.3 Análisis de las disposiciones de la legislación de Familia salvadoreño	75
3.2.3.1 Código de Familia	75
3.2.3.2 Ley Procesal de Familia	78
3.2.3.3 Ley del Nombre de la Persona Natural	79
3.2.3.4 Ley Contra la Violencia Intrafamiliar	80
3.2.4 Análisis de las disposiciones del Código Penal Salvadoreño	80
3.3 Análisis de las disposiciones de Convenios y Declaraciones	

Internacionales	82
3.3.1 Convención Americana Sobre Derechos Humanos	83
3.3.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos	83
3.3.3 Declaración Americana de los Derechos y Deberes Del hombre.....	84
3.3.4 Declaración de los Derechos del Niño	85
3.3.5 Convención Sobre los Derechos del Niño	87
3.4 Derecho Comparado	89
3.4.1 Estatuto jurídico del embrión en el Derecho Argentino actual	90
3.4.2 Estatuto jurídico del embrión en el Derecho Chileno	95
3.4.3 Estatuto jurídico del embrión según el Derecho Brasileño	99
3.4.4 Estatuto jurídico del embrión según el Derecho Boliviano	100
3.4.5 Estatuto jurídico del embrión según el Derecho Colombiano	101
3.4.6 Estatuto jurídico del embrión según el Derecho Ecuatoriano	102
3.4.7 Estatuto jurídico del embrión según el Derecho Peruano	104
3.4.8 Estatuto jurídico del embrión según el Derecho	

Venezolano	108
3.4.9 Estatuto jurídico del embrión según el Derecho	
Paraguay	110
3.4.10 Estatuto jurídico del embrión según el Derecho	
Uruguay	111
3.4.11 Estatuto jurídico del embrión según el Derecho	
Costarricense	111
3.4.12 Estatuto jurídico del embrión según el Derecho	
Panameño	112
3.4.13 Estatuto jurídico del embrión según el Derecho	
Español	112
3.5 Instituciones y Mecanismos de garantía, protección y exigibilidad de los Derechos del concebido.....	114

CAPITULO IV RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO SOBRE LA “EFICACIA JURIDICA DEL RECONOCIMIENTO LEGAL DEL CONCEBIDO COMO PERSONA”

4.1 Entrevista Dirigida a Profesionales del Derecho Especializados en el área De familia.....	118
4.2 Entrevista Dirigidas a Los Diputados de la Honorable Asamblea	

Legislativa.....	121
4.3 Entrevista Dirigida a Jueces de Familia.....	124
4.4 Entrevista Dirigida a Los Procuradores de Familia.....	126
4.5 Entrevista Dirigida a Médicos Legistas del Instituto de Medicina Legal "Dr. Alberto Masferrer".....	128
CAPITULO V "CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES"	
5.1 Conclusiones.....	131
5.2 Recomendaciones.....	134
Bibliografía.....	137
Anexos	

INTRODUCCIÓN

Con el propósito de cumplir uno de los requisitos principales para optar al Título de Licenciatura en Ciencias Jurídicas realizamos el presente Trabajo de Graduación en el cual exponemos el tema **"EFICACIA JURÍDICA DEL RECONOCIMIENTO LEGAL DEL CONCEBIDO COMO PERSONA 1999-2005"** Para la elaboración del mismo hemos recopilado una serie de información correspondiente al problema objeto de estudio, con la finalidad de dar a conocer el fundamento que nos impulso a hacer la investigación de dicho tema.

Nuestro trabajo se desarrolla en cinco capítulos, en el primer capítulo que lleva como título "Introducción al estudio del problema" se expresa la situación problemática, la delimitación y formulación del problema. Así como también se plantea las hipótesis tanto general como específicas.

En el segundo capítulo se dan a conocer los antecedentes históricos luego se realiza un estudio minucioso sobre la evolución del reconocimiento del concebido como persona.

El tercer capítulo establece la normativa jurídica de los derechos familiares que le corresponden a la persona concebida, con el objetivo de analizar las diferentes disposiciones legales tanto nacionales como internacionales.

El cuarto capítulo contiene los resultados de la investigación de campo que se realizó con la necesidad de mostrar, de la forma más clara las diferentes opiniones de la población que fue entrevistada acerca de la existencia y del reconocimiento del concebido como persona, dichos resultados nos ayudaron a realizar la comprobación de la hipótesis general y específica que se plantearon en el primer capítulo.

Finalizamos el trabajo realizando las conclusiones y señalando las recomendaciones necesarias las cuales se detallan en el capítulo quinto, en base a todo el estudio que se hizo de dicho tema.

Es así como después de haber expuesto el contenido de nuestro trabajo, esperamos sea de completo interés para los lectores y que los conocimientos ofrecidos en el desarrollo de la investigación puedan llenar los vacíos que existen en relación a la eficacia del reconocimiento legal del concebido como persona.

CAPITULO I “INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL PROBLEMA”

1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA:

La Asamblea Constituyente, animada del ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana en la construcción de una sociedad mas justa esencia de la democracia y el espíritu Libertad y Justicia valores de nuestra herencia Humanista, Decretó, Sancionó y proclamó la Constitución de El Salvador,¹ la cual entro en vigencia el día veinte de diciembre de 1983, y en el Art. 1 de la misma se establecía que:

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

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

En relación con el artículo citado, según acuerdo de reforma constitucional² y tomando en consideración:

¹ Decreto Legislativo Numero 38 de fecha quince de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial Numero 234, tomo número 281, del día dieciséis de diciembre de 1983.

² Acuerdo de reforma constitucional de fecha 30 de abril del año de 1997, publicado en el Diario Oficial número 87, tomo 335 de fecha quince de mayo de 1997.

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. Que la falta de la debida protección de la vida humana resquebraja en su misma base 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, La Asamblea Legislativa acordó reformar la Constitución adicionándole un inciso segundo al artículo 1; que dice:

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

Dicho acuerdo fue ratificado en el año de 1999³, tomando en consideración:

“Que según lo establecido en el Art. 248 de la Constitución, la Asamblea Legislativa del anterior período, con fecha 30 de abril del año de 1997, acordó reformar el Artículo 1 de la misma, emitiéndose el Acuerdo de Reformas Constitucionales correspondiente; Que de conformidad a la disposición constitucional citada en el considerando que antecede, la reforma mencionada,

³ Por Decreto Legislativo número 541 de fecha 3 de febrero de 1999, publicado en el Diario Oficial número 32, tomo número 342 del dieciséis de febrero del año 1999

para su plena vigencia debe ser ratificada por la actual legislatura; Que habiéndose cumplido con los requisitos que la misma Constitución establece para su modificación, es procedente ratificar la reforma a su Art. 1, en el sentido de reconocer como persona humana a todo ser humano, desde el instante de la concepción”; decretó la ratificación del Art, 1 del acuerdo de reforma⁴, adicionándole un inciso segundo al artículo 1 de la Constitución, por lo que dicha disposición quedó redactada de la manera siguiente:

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

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

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

Al analizar la reforma mencionada juntamente con la legislación secundaria, podemos darnos cuenta que tácitamente queda derogado lo establecido en el Art. 72 del Código Civil, el cual literalmente dice: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

⁴ De fecha 30 de abril del año de 1997, publicado en el Diario Oficial número 87.

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 reputara no haber existido jamás.”

Cuando analizamos el Art. 1 de la Cn. con relación al Art. 72 del Código Civil, nos damos cuenta que tienen una concepción diferente de cuando se va a considerar persona a un ser humano ya que el Art. 72 del Código Civil, le niega la calidad de persona al concebido, en cambio el Art. 1 de la Cn. reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. Igual que con el Código Civil ocurre con el Código de Familia, decretado por la Asamblea Legislativa en 1994,⁵ el cual no le reconoce la calidad de persona al concebido, y solamente ha llegado a regular y establecer derechos para el no nacido, pero no para la persona desde el momento de la concepción, ni tampoco existe un mecanismo que establezca el ejercicio de los derechos de la persona desde el momento de la concepción. Esto es así, debido a que la reforma del artículo 1 de la Constitución se realizó 5 años después de haber entrado en vigencia El Código de Familia Salvadoreño, y a pesar de ello no se han reformado las disposiciones del mismo, pese a la necesidad que se suscita ya que se genera un problema al no estar dicho cuerpo normativo en congruencia con lo establecido en el inciso segundo del artículo 1 de la Constitución.

⁵ Según Decreto Legislativo número 677, publicado en el Diario Oficial Numero 231, Tomo Número 321, del día 13 de diciembre de 1993, cuya vigencia inició el 1 de octubre de 1994.

El problema con el que nos encontramos se refleja en que la legislación de familia salvadoreña no puede darle viabilidad al principio constitucional tal como esta redactado.

1.2 DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1 Delimitación Espacial:

La investigación a realizar comprende el territorio salvadoreño, ya que no se puede delimitar más, en virtud de que la constitución y el código de familia son aplicables en todo el país.

Sin embargo, para el trabajo de campo haremos una guía de entrevistas dirigida a una muestra de procuradores de Familia de la ciudad de San Salvador, así como también litigantes, Jueces, Diputados de la honorable Asamblea Legislativa y Médicos Legistas.

1.2.2 Delimitación Temporal:

Nuestra investigación comprende, un estudio que iniciamos a partir del año de 1997, cuando se acordó por la Asamblea Legislativa la reforma del Art. 1 de la Cn. el cual fue ratificado en el año de 1999, hasta la actualidad. En base a lo anterior tenemos que se contabiliza un período de 6 años.

1.2.3 Delimitación Teórica:

El tema que se plantea investigar corresponde en primer lugar al Derecho Constitucional por referirse a una reforma constitucional sobre el concebido como persona y al Derecho de Familia, por que es el Código de Familia la ley secundaria que debe armonizarse con la constitución, y es ahí donde se encuentra el régimen jurídico de la familia, de los menores y de las personas “adultos mayores” y consecuentemente es donde se regula las relaciones de sus miembros y de éstos con la sociedad y con las entidades estatales.

Aclarando que los Derechos y deberes regulados en el Código de Familia, no excluyen los que conceden o imponen otras leyes en materias especiales y de solidaridad Familiar.

1.2.4 Delimitación Práctica:

Si bien es cierto la reforma al Art. 1 de la Cn., fue necesaria ya que por medio de esta se defendió el derecho más importante que tiene todo ser humano, como lo es el Derecho a la Vida, el problema es que pareciere que el concebido solamente este Derecho posee, lo cual es un error, ya que al reconocerlo como persona se le atribuyen todos los derechos que como tal le corresponden (derecho a la filiación, al tener un nombre, a alimentos etc.) los cuales no le son garantizados jurídicamente, debido a que la ley no los regula así como tampoco establece mecanismos para su ejercicio. Esto afecta al

concebido ya que se le están negando sus derechos y por lo tanto se le niega la calidad de persona que posee.

1.3 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

1.3.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Antes de la reforma del Art. 1 de la constitución ratificada en el año de 1999, la legislación secundaria hacía una diferenciación entre la existencia biológica y la legal. La primera sostenía que se es persona desde la unión de la célula masculina con la femenina, es decir desde el momento de la concepción. La segunda era totalmente diferente ya que establecía que se es persona a partir del nacimiento, y se consideraba que una persona había nacido cuando la criatura se separaba completamente de su madre, esto es cuando se cortaba el cordón umbilical; pero además se requería que hubiese tenido vida después de separarse de la misma, un momento siquiera; de tal forma que el concebido no era objeto ni justificación para la adquisición de derechos y menos aun de personalidad Jurídica.

De lo anterior se deduce que cuando se hablaba de derechos, se hacía referencia directa al ser humano nacido, pues el nacimiento era considerado como el principio de la existencia legal de la persona.

Luego, con la entrada en vigencia del Código de Familia, en octubre de 1994, éste tuvo un avance con respecto al Código Civil, ya que contiene artículos que hacen referencia a algunos de los derechos que tiene el no nacido, por ejemplo el Art. 238 que establece la administración de los bienes del que está por nacer, el Art. 249 que trata de los alimentos a la mujer embarazada, el Art. 351 No2 el cual establece que todo menor tiene Derecho a la vida desde el instante de la concepción, entre otros, con la finalidad de velar por la protección del mismo.

Cuando se produce la reforma constitucional en el año de 1999, se le incorpora un inciso segundo al Art. 1 de dicho cuerpo normativo, reconociendo la existencia de la persona desde el instante de la concepción, es decir desde la unión de la célula femenina con la masculina, coincidiendo en una sola la existencia biológica y legal de la persona.

Con la consideración constitucional que se tiene del concebido como persona, es imprescindible que se hagan las reformas pertinentes en la legislación secundaria, de manera de ponerlas en armonía con la constitución, lo cual hasta el momento no ha ocurrido, ya que al código de familia hasta la fecha no se le han hecho los cambios necesarios; y es que este cuerpo normativo entró en vigencia en 1994, antes de dicha reforma, lo que quiere decir que no se tenía en el momento de su creación la idea actual del concebido.

Producto de lo manifestado es que actualmente el concebido no es tomado en cuenta en el código de familia, el cual solo hace referencia al no nacido. Por ende, los derechos de los cuales debe gozar según mandato constitucional el concebido, no los posee a la luz de la legislación secundaria y mucho menos existe un mecanismo mediante el cual pueda ejercer dichos derechos; por lo que es necesario hacer una investigación al respecto, que proponga cuales son sus derechos y como puede ejercerlos.

1.3.2 ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿CÓMO PUEDEN EJERCER LAS PERSONAS DESDE EL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN, SUS DERECHOS, SI EL CODIGO DE FAMILIA NO LOS REGULA NI ESTABLECE LOS MECANISMOS PARA EJERCERLOS?

1.3.3 OPERACIONALIZACION DE LA HIPÓTESIS.

1.3.3.1 HIPÓTESIS GENERAL:

“Las limitaciones de la legislación de Familia en cuanto a los vacíos que posee, debido al no establecimiento de los derechos del concebido como persona, influyen en la falta de mecanismos para que este pueda ejercer sus derechos, negándosele de tal forma la calidad de persona que le corresponde a partir de la reforma hecha al Art.1 de la Constitución de 1999”.

Cuando el Art.1 de la constitución fue reformado, debieron reformarse las disposiciones legales de otros ordenamientos jurídicos, por ejemplo el Código de Familia y otras leyes afines, lo cual no sucedió, esto a generado una fricción entre la Constitución y las leyes secundarias.

La responsabilidad del que hace las leyes es mantenerlas acorde a la evolución que la sociedad va teniendo y, en este caso, ese cambio no se dio; es decir que a más de once años de vigencia del Código de Familia, el cual aún no ha sido reformado.

Variable Independiente:

Las limitaciones de la legislación de Familia en cuanto a los vacíos que posee, debido al no establecimiento de los derechos del concebido como persona.

Variable Dependiente:

Influyen en la falta de mecanismos para que este pueda ejercer sus derechos, negándosele de tal forma la calidad de persona que le corresponde a partir de la reforma hecha al Art.1 de la Constitución de 1999.

1.3.3.2 HIPÓTESIS ESPECÍFICAS:

1. El reconocimiento del concebido como persona en la legislación de familia, producirá el establecimiento de una serie de derechos a favor del mismo.

Variable Independiente:

El reconocimiento del concebido como persona en la legislación de familia.

Variable Dependiente:

Producirá el establecimiento de una serie de derechos a favor del mismo.

2. Las reformas pertinentes en el Código de Familia, enfocadas a los derechos del concebido, creará los medios o mecanismos necesarios para que este pueda ejercer los derechos que como persona le corresponden.

Variable Independiente:

La existencia de reformas encaminadas a enfocar los derechos del concebido,

Variable Dependiente:

Creará los medios o mecanismos necesarios para que este pueda ejercer los derechos que como persona le corresponden.

CAPITULO II “ANTECEDENTES HISTORICOS Y EVOLUCIÓN DEL RECONOCIMIENTO DEL CONCEBIDO COMO PERSONA.”

2.1 ANTECEDENTES HISTORICOS DEL RECONOCIMIENTO DEL CONCEBIDO COMO PERSONA.

2.1.1 ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA PERSONA

Es preciso tener claro el origen y significado de uno de los elementos principales en el tema de investigación, por lo que iniciamos explicando la etimología de la palabra PERSONA.

La palabra persona se remonta a Grecia y Roma, así se llamaba a la mascara con la boca abierta, provista de laminas metálicas para aumentar la voz en el teatro. Persona era el resonador; mas tarde, este puesto en la mascara o careta; cuando la mascara paso a distinguir tipos y papeles diferenciados, apareciendo los personajes que eran ejemplares o prototipos (un dios, un semi dios), se llamo persona al papel o personaje que significaba la mascara diferenciadora, y, finalmente esa palabra importo señalar al hombre o personaje que estaba dentro de la mascara. La lengua común tomo este último concepto para significar con la voz persona, la función o cualidad que cada individuo representa en la vida y, en este estudio de la evolución del vocablo lo adopto el Derecho.⁶

⁶ Santos Cifuentes, Elementos de Derecho Civil parte general. Buenos Aires Argentina, 1991 Pág.85-86

2.1.2 DEFINICIÓN DE LA PERSONA

La definición del término persona implica en general un grado importante de complejidad, debido a que es una palabra que tiene diferentes concepciones, a continuación se presentan las siguientes:

Freitas, definió la palabra persona como “Todo ente susceptible de adquirir Derechos”⁷

Guillermo Cabanellas define a la persona como la Naturaleza humana encarnada en un individuo, ser humano capaz de contraer derechos y obligaciones; sujeto de Derecho, puede ser un hombre o una mujer. Individuo de la Especie humana.⁸

Joaquín Escriche, establece que en derecho, no es lo mismo persona que hombre; hombre es todo ser humano considerado sin respecto alguno a los derechos que la ley le garantiza o le niega, y persona es el hombre considerado según el estado de que goza y que le produce ciertos derechos y deberes.⁹

Manuel Osorio, define a la persona como “El ser o entidad, capaz de ejercer derechos y obligaciones, aunque no tenga existencia individual física, como las Corporaciones, Asociaciones, Sociedades y Fundaciones”¹⁰

⁷ Rabinovich-Berkman, Ricardo D. Derecho Civil. Parte general. Buenos Aires Argentina 2000 Pág. 135.

⁸ Cabanellas, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental; Argentina 1998 Pág. 67

⁹ Escriche Joaquín, Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. México 1996 Pág. 528.

¹⁰ Osorio, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires Argentina 1982 Pág. 569.

2.1.3 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONCEPTO DE PERSONA

En la aceptación jurídica de este concepto, se descubren dos elementos; el ente y la capacidad Jurídica; esto es, la calidad atribuida por el Derecho de ser titular posible de Derechos y Deberes.

Resulta así que la personalidad jurídica que poseen las personas es algo similar al personaje y requiere dos elementos; el substratus y la cualidad. En el drama es el actor con la mascara y en lo jurídico, el ente con la capacidad jurídica, a lo que podría calificarse como una mascara que el Derecho, otorga al ente para convertirlo en el sujeto posible de prerrogativas y deberes.¹¹

2.1.4 ORIGEN DE LA VIDA HUMANA.

No existe problemática más antigua y esencial a la especie humana como la vinculada con nuestra descendencia biológica.¹² A partir de Savigny en su interpretación del Derecho Romano, se generalizo la idea jurídica de que los no nacidos, pero concebidos en el seno materno no son personas, pues se pensaba que no se podía considerar como hombre a quien se encuentra en esa condición y forma parte de las vísceras de la madre.¹³

El criterio se propago por casi todas las legislaciones, estableciéndose la idea de una institución no definida para el derecho y que podía compararse a

¹¹ Abelanda, Cesar Augusto. Derecho Civil, parte general. Argentina 1985 Pág.197

¹² Rabinovich-Berkman, Ricardo, Ob. Cit. Pág. 188

¹³ Santos Cifuentes, Ob.Cit. Pág. 89

una condición suspensiva, es decir que solo se reconoce la existencia y vigencia del derecho una vez producido el acontecimiento futuro e incierto del nacimiento con vida. Ciertas vacilaciones reguladas, de alguna manera traicionan dicho concepto, por un lado si la persona por nacer muriese antes de estar completamente separada del seno materno, será como si nunca hubiera existido. Esto importa colocarlo en una especie de condición resolutoria, según la cual se admite que es persona pero supeditada al acontecimiento futuro e incierto del nacimiento con vida, es por ello que se ha criticado la solución de la ley, sosteniendo que es una ficción darle personalidad al concebido; que este tiene vida pero no individual y, por ello, no es persona. La solución que sostuviera que es persona el concebido y que si muere antes de nacer quedan sin efecto los derechos y bienes que en ese tiempo adquirió, sin borrar al mismo tiempo su personalidad, que tuvo una vida real en el seno de la madre.¹⁴

Algunos consideran que el interés preponderante es siempre el de la mujer embarazada, constituyendo al feto a una simple prolongación del vientre de la mujer carente por completo de protección, al margen de la protección que merece la mujer misma; a pesar de ello, algunas legislaciones y legisladores en la antigüedad ampararon la vida del Nasciturus, desde el momento de la concepción, como por ejemplo: los ordenamientos fundamentales en el Código de Hammurabí legisladores como Solom y Licurgo; la misma tradición jurídica romana en tiempo de la República, también protegió la vida intrauterina.

¹⁴ Ídem. Pág. 90

Pretender que el “Nasciturus” carece de individualidad vital, por ser todavía parte de su madre y, en consecuencia, reconocerle a ésta la facultad de disponer del fruto de la concepción, es cerrarse a la realidad que nos muestra que ese ser humano nace a la vida como resultado de la conjunción entre óvulo y espermatozoide.¹⁵

Por mas que se le de vueltas al tema, siempre terminamos admitiendo que la vida humana comienza con la unión del óvulo y del espermatozoide” Cada vez es más claro que el comienzo de la existencia de un nuevo ser se produce por la fusión de los gametos de sus progenitores , momento en el que se constituye su programa genético o genoma “ La fecundación in Vitro, no es más que una técnica empleada a veces para esquivar una dificultad en el encuentro entre el óvulo y el espermatozoide” ... La formación del ser humano comienza en la unión del óvulo y el espermatozoide. Desde ese momento existe una unidad orgánica, un organismo, un ser vivo, una persona.¹⁶

La ciencia ha sido con toda pulcritud la que ha demostrado no sólo que desde el momento en que se confunde el esperma con el óvulo se realiza propiamente la fecundación y comienza la existencia de una nueva vida sino que también acredita que esa nueva vida posee una notoria autonomía. La

¹⁵ Kemelmajer de Carlucci Aída. El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. Tomo II Argentina 2000. Pág. 245

¹⁶ Kemelmajer de Carlucci Aída. Ob. Cit. Pág. 246

protección integral debe entenderse como tutela a lo largo de toda la existencia del niño, desde su concepción hasta los 18 años.¹⁷

2.1.5 CRITERIOS PARA DETERMINAR EL INICIO DE LA VIDA EN UN MOMENTO DIFERENTE AL DE LA CONCEPCIÓN

Frente a lo expuesto anteriormente se escucha los más arbitrarios criterios para determinar el inicio de la vida en un momento diferente al de la concepción y así justificar la eliminación de embriones. Estos criterios no son sino injustificadas discriminaciones sin razón de ser. Entre los que se salen esgrimir tenemos:

A) El criterio de la implantación del óvulo fecundado en la pared del útero: En algunos ordenamientos se admite la personalidad hasta que el concebido está en el seno materno. El óvulo fecundado in Vitro no llega a ser persona hasta que es implantado en una mujer. Esto es insuficiente. Nos oponemos a esta interpretación literal y gramatical de los éxitos. El Derecho requiere de una constante interpretación evolutiva o progresiva.¹⁸

Si retomamos que se adquiere la calidad de persona desde el instante de la concepción, los óvulos fecundados, aunque no se hayan implantado en el útero, contienen vida, dejan de ser células y se tiene que reconocer que ya son

¹⁷ Ídem Pág. 247

¹⁸ Pérez Vargas Víctor. Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona. Argentina, 2000 Pág. 247

personas en un estado especial de indefensión. Aún así existen en los laboratorios muchos embriones congelados, que para algunos autores como es el caso de Monroy Cabra, les llama “huérfanos”, y establece que la fecundación in Vitro hace posible que la técnica de embriones congelados se hace efectiva en forma inmediata, congelando los embriones, conservándolos en ázoe líquido. Se puede dar la hipótesis del fallecimiento de los cónyuges o los padres del embrión luego de su congelamiento¹⁹ en tal caso se puede afirmar que dicho embrión es manipulado y desechado; así mismo el Doctor Enrique M. Coperias en un análisis que realiza sobre los embriones humanos, para una revista en los Estados Unidos, dentro de la portada de la misma este Doctor hace referencia a que los embriones muchos científicos los están utilizando y luego los tiran como sino se tratase de una persona²⁰.

B) El criterio del comienzo de las ondas del cerebro:

Sus defensores argumentan que tal embrión no puede sentir ningún dolor o placer y no tiene intereses (en el sentido de cosas deseadas o proyectadas), ya que el embrión no puede experimentar nada hasta que el sistema nervioso central empieza a desarrollarse, alrededor del decimoquinto día desde la fertilización.²¹

¹⁹ Monroy Cabra M.G. Derecho de Familia y Derecho de Menores. Colombia 1993 Pág.82.

²⁰ Coperias, Enrique M. Embriones Humanos de Usar y Tirar. México 1994 Pág.4-5

²¹ Pérez Vargas Víctor. Ob.Cit. pág. 247.

C) El criterio de la diferenciación celular:

Se ha dicho que antes de catorce días, las células de un embrión son totipotentes, no se han diferenciado. Además, antes de ese tiempo una célula puede todavía dividirse para formar una gemela idéntica, como consecuencia (lógica) se afirma que no es posible tratarla como una persona individual.

Este criterio se basa en la concepción de gemelos y su posible función. Los embriólogos fijan la posible división a los catorce días a partir de la concepción, tesis seguida en Inglaterra donde antes de esos catorce días es posible usar embriones para la investigación científica.²²

2.2 TEORÍAS ACERCA DEL ORIGEN DE LA VIDA HUMANA.

2.2.1 TEORÍA CIENTÍFICA:

Determinar el comienzo de la vida humana es un tema polémico. Para algunos es cuando el niño recién concebido se implanta en el útero de su madre. Otros creen que es cuando comienza a latir el corazón. Otros opinan que es cuando se corta el cordón umbilical. Y todavía otros creen que es cuando hay un sistema nervioso maduro y existe pleno uso de la razón. Pero la ciencia ha demostrado que la vida humana comienza mucho antes de las teorías apenas mencionadas.²³

²² Ídem. Pág. 247

²³ <http://www.vidahumana.org/vidafam/aborto/cuando-comienza.html>

Camino que recorren los gametos (el espermatozoide y el ovocito) antes de su encuentro.

Al ser depositados en la vagina, los espermatozoides encuentran un medio ácido que es hostil para ellos, aunque están en el líquido seminal que amortigua la acidez. Posteriormente tienen que atravesar el tapón cervical mucoso, que puede ser más o menos denso dependiendo del momento del ciclo femenino. Llegan al útero de 4 a 5 millones de los aproximadamente 300 millones de espermatozoides que fueron depositados. En el útero, encuentran un medio alcalino, pero tienen que nadar contra corriente. A la trompa de Falopio llegan de 300 a 500 espermatozoides, pero sólo uno es necesario para la concepción.²⁴

El espermatozoide está en contacto con la envoltura del ovocito, llamada zona pelucida, durante 15 minutos y demora 7.5 horas en atravesarla. El espermatozoide entra en el ovocito moviéndose lentamente hasta que se encuentran los dos pro núcleos, el del espermatozoide y el del ovocito. En este momento comienza una nueva vida humana: el cigoto, que es distinta del padre y de la madre, con una carga genética que tiene el 50 por ciento de cada uno de los progenitores. A partir de ese momento, el nuevo ser humano ya tiene sexo y grupo sanguíneo, y aunque permanecerá dentro de su madre alrededor de 9 meses, dicho sexo y grupo sanguíneo pueden ser diferentes al de ella.

²⁴ Ídem, pie de Pág. 22

En las primeras horas de vida puede haber una división y producirse la gemelación. Ello prueba que en el ser humano puede ocurrir temprano lo que en otras especies ocurre tardíamente. De hecho, durante los cuatro primeros días de vida las células de este nuevo ser humano son totipotenciales, o sea, que de ellas se puede derivar todo un nuevo ser. Durante los primeros seis días, vivirá dentro de la oolema como un huevo de gallina está en su cascarón. Durante estos seis días, no hay diálogo hormonal con la madre y recibirá una nutrición muy rudimentaria de la trompa. Luego, al cabo de esos seis días, el nuevo ser humano, en etapa de blastocisto, se implanta en el útero de su madre

Una vez que el ovocito es fecundado y comienza la vida del cigoto ha comenzado una nueva vida humana y todo lo que atente contra ella, sea un micro aborto, un aborto, una enfermedad o un accidente, termina con la vida de una persona.²⁵

Proceso de Formación de La Persona Humana.

La primera fase es la fecundación, en la cual el óvulo mediante la membrana celular exterior que lo protege puede ser atravesado por más de un espermatozoide a la vez. Pero, al interior del plasma celular del óvulo penetra el espermatozoide dominante y en el lapso de unos minutos, la composición química de la pared del óvulo cambia, cerrando el paso a todos los otros

²⁵ www.vidahumana.org/vidafam/aborto/cuando-comienza.html

espermatozoides. La segunda fase es la primera división celular la cual se da unas 12 horas después de la fusión de los cromosomas. El óvulo tiene ahora dos células, cada una de las cuales contiene genes de la madre y del padre. Se va moviendo lentamente hacia el útero, impelido hacia delante por millones de cilios de la trompa de Falopio. Cada 12 o 15 horas, las células se dividen de nuevo; y así continua la división celular ya que las células se multiplican rápidamente y permanecen en el interior de una membrana gelatinosa del óvulo original.

Tres semanas después de la concepción, el embrión humano mide unos 2mm de largo. Los genes comienzan a concentrar el desarrollo en 3 capas germinales de las que emergerán todos los órganos corporales. La capa germinal exterior, la piel del embrión, está hendida por la acanaladura del tubo neural. El abultamiento de arriba es el rudimentario prosencéfalo. Las zonas más pálidas corresponden a las células nerviosas primitivas, las primeras del ser humano. Debajo puede vislumbrarse el rudimentario corazón (que ya empieza a latir), los arcos braquiales y el oído interno.²⁶

A las cinco semanas de la concepción, el corazón y el hígado son enormemente grandes en relación con el cuerpo. Las manos y los pies son aún meramente unos pequeños primordios. Mide unos 10 mm de largo. Cuando el

²⁶ www.vidahumana.org/vidafam/aborto/cuando-comienza.html

embrión tiene 8 semanas, su longitud es de 4cm y pesa unos 13 gramos (excluyendo los órganos auxiliares); Ya en la séptima semana las células nerviosas cerebrales han comenzado a tomar contacto unas con otras por medio de proyecciones y algunas, incluso, se han conectado en haces nerviosos primitivos. A las dieciséis semanas los rasgos faciales comienzan a perfilarse: la frente crece, con los vasos sanguíneos que parecen hebras, totalmente visibles bajo la piel transparente. En los dedos empiezan a aparecer los lechos unguenales, y los brazos son lo suficientemente largos como para que las manos puedan unirse la una a la otra. Los ojos, que para la semana 13 ya están bien desarrollados, están cerrados y no volverán a abrirse hasta que el feto tenga siete meses. No se sabe si el feto puede ver en el interior del útero, pero sí se sabe que sus ojos son sensibles a la luz. Si un médico examina un feto hacia la mitad del embarazo usando un fetoscopio con un dispositivo luminoso, el feto trata de proteger sus ojos de la luz con las manos.

De las diecinueve a las veintidós semanas, el feto comienza a moverse hacia la octava semana de embarazo, y continúa haciéndolo hasta su nacimiento. Durante mucho tiempo sus movimientos comprenden reflejos primitivos en los brazos y las piernas, pero en el quinto mes los movimientos fetales se hacen más deliberados y coordinados. Esto es un signo de que las

fibras nerviosas están siendo conectadas. A esta altura mide unos 24 a 25 cm y pesa unos 340 gramos.²⁷

El enfoque científico es contundente al afirmar que el aceptar el hecho de que una vez producida la fertilización o surgido un nuevo ser humano, ya no constituye una cuestión de gustos o de opiniones. La naturaleza humana del individuo desde la concepción hasta la muerte no es una hipótesis metafísica, sino una evidencia experimental.²⁸

La ciencia, certifica que la vida comienza en el momento de la concepción, pues una declaración que da autoridad a esa afirmación es la que brindo la conferencia internacional sobre el aborto, patrocinada por la Facultad de Harvard Divinity y la fundación Kennedy en 1967, según la declaración de los obispos Illinois que dice: el potencial para el futuro desarrollo de la persona humana es tan grande en el óvulo fecundado como en el embrión, en el feto, en el prematuro y en el niño.²⁹

2.2.2 TEORÍA RELIGIOSA:

La enseñanza teológica de la iglesia católica Romana, sostiene que la vida humana se inicia en el momento de la concepción y por ende, consideran que ese nuevo ser tiene derechos y consideran el aborto como un crimen. La

²⁷ www.geocities.com/Wellesley/Garden/3929/crecer.htm

²⁸ www.vidahumana.org/vidafam/aborto/cuando-comienza.html

²⁹ Martínez Val, José María, El nasciturus es persona humana. Revista general del derecho, pág. 446

iglesia de acuerdo a las necesidades que presenta la sociedad del siglo XX, va buscando acomodar sus doctrinas y sus encíclicas desde la concepción hasta la muerte natural de la persona.³⁰

Desde hace tiempo el movimiento pro abortista se ha dedicado a la tarea de negar que desde el instante de la concepción exista un ser humano. Esta falsedad cobro fuerza con la promoción de la "anticoncepción de emergencia", la cual es en realidad otra forma de causar abortos en las primeras etapas del embarazo. Pero la iglesia siempre se ha mantenido en la postura de que sí existe un ser humano desde el momento de la concepción o, para ser más preciso: desde el momento de la fertilización del óvulo por el espermatozoide. De manera que desde el punto de vista científico no se puede negar esa verdad.³¹

Sin embargo, existen personas y grupos, aún dentro de la misma Iglesia Católica (como por ejemplo, "Católicas por el Derecho a Decidir"), que niegan que el Magisterio de la Iglesia haya tenido una doctrina segura sobre la existencia del ser humano desde su concepción y por tanto tampoco sobre la gravedad del aborto desde ese momento en adelante. Es por eso que la enseñanza de la Iglesia Católica ha reiterado y aclarado en muchas ocasiones la gravedad del aborto provocado en cualquier momento del embarazo y, por implicación, su sólida enseñanza sobre la existencia de un ser humano desde el

³⁰ Cruz Jurado, Rosa Belis. Tesis UES "Lesiones en el feto" El Salvador 1994 Pág. 8-10.

³¹ Catecismo de la Iglesia Católica, Roma Octubre 11 1992, N°. 2271.

momento de la concepción y el absoluto respeto debido a su vida desde ese momento. El nuevo Catecismo de la Iglesia Católica enseña que "desde el siglo primero, la Iglesia ha afirmado la malicia moral de todo aborto provocado. Esta enseñanza no ha cambiado; permanece invariable. El aborto directo, es decir, querido como un fin o como un medio, es gravemente contrario a la ley moral".³²

Escritos cristianos antiquísimos y muy influyentes en la Iglesia Católica desde sus comienzos, contienen la siguiente afirmación: "No matarás al embrión mediante el aborto, no darás muerte al recién nacido".³³

Durante toda su historia la Iglesia ha continuado esta enseñanza a favor de la vida y en contra del aborto, a pesar de que luego hubo ciertas teorías, basadas en datos biológicos ya obsoletos, de que Dios infundía el alma después de la concepción. A estas falsas teorías se les llamaba "animación tardía". (La animación se refiere a la infusión del alma en el cuerpo humano.) "A lo largo de toda la historia, los Padres de la Iglesia, sus Pastores, sus Doctores, han enseñado la misma doctrina, sin que las diversas opiniones acerca del momento de la infusión del alma espiritual hayan suscitado duda sobre la ilegitimidad del aborto."³⁴

³² Ídem N°. 2271

³³ Didaché, 2, 2; Bernabé, esp. 19, 5; Epístola a Diogneto 55.

³⁴ Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, Declaración De aborto procurato, sobre el aborto procurado, Parte II, no. 7. Roma 1997.

La Iglesia señala cómo hoy en día "la ciencia genética moderna aporta preciosas confirmaciones. Ella ha demostrado que desde el primer instante queda fijado el programa de lo que será este ser viviente: un hombre, un individuo, con sus notas características ya bien determinadas. Con la fecundación ha comenzado la aventura de una vida humana, cada una de cuyas grandes capacidades exige tiempo, un largo tiempo, para ponerse a punto y estar en condiciones de actuar. Lo menos que se puede decir es que la ciencia actual, en su estado más evolucionado, no da ningún apoyo sustancial a los defensores del aborto."³⁵ Y por si pudiera quedar alguna duda en la mente de aquellos que todavía creen en la posibilidad de una animación tardía, la enseñanza de la Iglesia señala algo que toda persona honesta y con sentido común debiera reconocer como evidente: que cualquier duda debe resolverse en favor de la vida. "Ahora bien, desde el punto de vista moral, esto es cierto: aunque hubiese duda sobre la cuestión de si el fruto de la concepción es ya una persona humana, es objetivamente un pecado grave el atreverse a afrontar el riesgo de un homicidio."³⁶

Por estas razones la Iglesia afirma categóricamente que "el ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante mismo de su concepción y, por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer

³⁵ Ídem., Parte III, no. 13.

³⁶ Ídem.

los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida".³⁷

Lo único que cambió durante la Edad Media, época en la cual se hicieron populares las teorías sobre la animación tardía, fue el grado de la pena eclesiástica para el aborto, pero no su gravedad moral. O sea, se creía que el aborto provocado era más grave y que merecía una pena mayor después de la animación que antes, pero en ambos casos era pecado grave. El mismo Santo Tomás, por ejemplo, el teólogo más grande e influyente de la Iglesia, quien también creía en la animación tardía, no dejó, sin embargo, de condenar todo tipo de aborto provocado como un pecado grave contra la ley natural.³⁸

En 1869 el Papa Pío IX oficialmente retiró del Código de Derecho Canónico la distinción entre feto pre-animado (antes de la animación) y feto animado (después de la animación). Desde entonces el Código de Derecho Canónico le adjudica la misma pena de excomunión automática a quien, a pesar de conocer la enseñanza de la Iglesia y la pena correspondiente, practique o colabore en cualquier aborto provocado desde la concepción.³⁹ "La cooperación formal a un aborto constituye una falta grave. La Iglesia sanciona con pena canónica de excomunión este delito contra la vida humana. "Quien

³⁷ Catecismo, no. 2270.

³⁸ De aborto procurato, Parte II, no. 7

³⁹ Donald De Marco, In My Mother's Womb, EEUU 1995 Pág. 15.

procura el aborto, si éste se produce, incurre en excomunión latae sententiae [o sea, automática]' (CIC can. 1398)."⁴⁰

Esto no quiere decir que no haya posibilidad de perdón para el pecador, si él o ella se arrepienten sinceramente y recurre al Sacramento de la Confesión, en cuyo caso no sólo recibe el abundante y generoso perdón de Dios, sino también se le retira la excomunión. La misericordia y el amor de Dios son infinitos y Él sólo está esperando que pidamos perdón para perdonarnos.

Lo que nos enseña la severidad de esta pena canónica es la gravedad del aborto. "Con esto la Iglesia no pretende restringir el ámbito de la misericordia; lo que hace es manifestar la gravedad del crimen cometido, el daño irreparable causado al inocente a quien se da muerte, a sus padres y a toda la sociedad."⁴¹Ya el Concilio Vaticano II había afirmado que "el aborto y el infanticidio son crímenes abominables".⁴²

2.3 LA PERSONA HUMANA, PRINCIPIO DE SU EXISTENCIA.

En este apartado se estudian las principales teorías que se refieren a la existencia de la persona humana; tales como la existencia biológica y la existencia legal, así como también la teoría de la vitalidad; explicando diferentes posturas en cuanto al inicio de la existencia de la persona, con la finalidad de

⁴⁰ Catecismo, no. 2272.

⁴¹ Ídem.

⁴² Concilio Vaticano II, Constitución Pastoral Gaudium et spes, sobre la iglesia en el mundo actual, No51. Roma 1998.

determinar cual es la que cuenta con mayor aceptación, o, la que concuerda con la nueva normativa jurídica.

2.3.1 EXISTENCIA BIOLÓGICA.

Esta teoría se adhiere a la teoría científica, la cual fue explicada anteriormente, ya que sostiene que se es persona desde la unión de la célula masculina con la femenina, es decir desde el momento de la concepción.

Algunos autores establecen que la evolución del nuevo ser engendrado reconocía varios estadios biológicos diferenciados, cada uno con características peculiares, los que son identificados con nombres científicos distintos; estos marcan etapas importantes desde que el óvulo y el espermatozoide se unen, hasta el nacimiento de la nueva criatura.⁴³

Esas etapas o fases que las ciencias biomédicas han demarcado pueden sintetizarse en las siguientes:

- a) La fase de formación del PRECIGOTO que es aquella que va desde la penetración del ovocito hasta la formación del cigoto de una sola célula.⁴⁴
- b) Etapa previa a la implantación del embrión o etapa preimplantatoria o del preembrión que comprende la fase del desarrollo embriológico que se extiende desde que se ha

⁴³ Loyarte Dolores- Rotonda E. Adriana, Procreación Humana Artificial: un desafío bioético. Argentina 1995. Pág. 189.

⁴⁴ Ídem. Pág. 189

producido la fecundación del óvulo hasta 14/16 días más tarde, cuando se forma la línea primitiva o cresta neuronal (esbozo del sistema nervioso), coincidiendo con la implantación definitiva en el útero de la madre (incluye la evolución del cigoto de una sola célula y de dos células; mórula; blas tocito) ⁴⁵

- c) Fase post implantatoria o etapa del embrión propiamente dicho, llamado así desde la implantación o nidación del embrión en la mucosa uterina, hasta aproximadamente el tercer mes del comienzo de la última menstruación de la mujer; es la fase de la organogénesis, puesto que a partir de la aparición de la línea primitiva o cresta neuronal, comenzarán a desarrollarse los órganos corporales, al menos los más importantes que continuaran su evolución madurativa en la fase fetal.⁴⁶
- d) Etapa fetal, o fase de formación del feto, que comprende el desarrollo del ser humano desde aproximadamente el tercer mes de la gestación hasta el parto.⁴⁷

Hasta fines de los años 70 estas diferenciaciones en el proceso evolutivo de la gestación carecían de la importancia social que cobra en nuestra época actual, ya que el embarazo era obra de la naturaleza, o al menos era logrado mediante una ayuda científica menos comprometedora que ahora. Muchas son

⁴⁵ Ídem 190

⁴⁶ Ídem 190

⁴⁷ Ídem Pág.190

las posiciones del pensamiento moderno que han querido ver en aquellas fases biológicas una función decisiva a la hora de fundamentar la situación jurídica del engendrado no nacido. Algunas de ellas intentan apoyarse en las diferencias morfológicas y fisiológicas que caracterizan los diferentes estadios del proceso evolutivo del “por nacer”, para dar por ello sentado que el hombre puede ser reputado tal después de cumplidas determinadas etapas de su desarrollo físico.⁴⁸

2.3.2 EXISTENCIA LEGAL

Esta teoría establece que se es persona a partir del nacimiento. Según lo regulado en el **Art. 72 CC**. El cual literalmente dice que la existencia de toda la persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. Y agrega, reconociendo la existencia biológica, que 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 reputara no haber existido jamás.⁴⁹

Nacimiento: para que el nacimiento constituya un principio de existencia, generador de personalidad, se requieren tres condiciones:

a) que el niño sea separado de su madre. El desprendimiento del feto del claustro materno puede obtenerse natural o artificialmente por medios

⁴⁸ Ídem Pág. 191

⁴⁹ Luis Vásquez López, Código Civil Salvadoreño 2003.

quirúrgicos. Es indiferente a la ley una forma u otra, pues al respecto no hace distinción alguna.

b) Que la separación sea completa ¿qué ha querido decir el legislador con esta frase? En opinión de ciertos interpretes, que ningún vinculo haya entre la madre y el hijo, ni siquiera el del cordón umbilical, que une al embrión con la placenta y sirve de conducto a la sangre de la madre que nutre al feto. Otros piensan que las palabras del legislador se refieren al hecho de que la criatura salga todo del seno materno, sin que importe que el cordón umbilical este cortado o no. En otras palabras, los primeros sostienen que hay separación completa cuando la criatura ha salido toda del vientre, y ha sido cortado el cordón, o cuando, sin estarlo, la placenta ya estuviese expulsada; los segundos afirman que basta que el cuerpo integro del hijo haya salido, aunque este unido todavía a la madre por el cordón umbilical.⁵⁰

Estos últimos apoyan su manera de ver en los fragmentos siguientes:

La integridad del cordón no significa propiamente unión de los dos cuerpos, pues dicho lazo es un nexo que no pertenece al cuerpo del niño ni al de la madre. Si el individuo no comenzara a existir, sino después de practicada la operación a que se alude, resultaría que el nacimiento no sería un acto

⁵⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo; curso de Derecho Civil, parte general y los sujetos de derecho. Santiago de Chile, 1971 Pág. 157.

puramente natural, sino que en muchos casos esencialmente artificial. Los padres podrían decidir a voluntad el principio de la existencia de la persona.⁵¹

Los otros contra argumentos que el tenor literal de la disposición en estudio revela que el legislador habla de una separación material entre la madre y el hijo, y a esta separación nada debe faltar para que se estime completa. Si el cordón permanece uniendo el hijo al cuerpo de la madre, faltaría el seccionamiento de este lazo, para reputar completa la separación. La separación completa que menciona el código civil, es, pues, una separación total material y no la separación fisiológica que no implica el corte del cordón umbilical.⁵²

En concepto del redactor de esta explicación el sentido de la ley no es claro y si bien el tenor literal parece ajustarse mas a la opinión de la separación material, cree preferible, por las consecuencias la interpretación de la separación fisiológica.

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

⁵¹ Alessandri Rodríguez, Arturo. Ob.Cit. pág. 158

⁵² Ídem Pág. 159

La supervivencia del hijo a la separación puede probarse por los medios ordinarios y principalmente recurriendo al testimonio del medico, pero este medio solo será posible cuando los signos de vida hayan sido muy ostensibles. Habrá entonces que pedir auxilio, entonces a los procedimientos medico legales, dirigidos a comprobar las huellas de la respiración, signo por excelencia de la vida.⁵³

Se considera la prueba de Docimasia Pulmonar Óptica: Que consiste en examinar microscópicamente el tejido pulmonar, también existe la docimasia pulmonar e intestinal.⁵⁴

El más usado y el que presenta mayor valor científico, dentro de la relativa seguridad de todos, es de la Docimasia Pulmonar Hidrostática, la cual consiste previas operaciones adecuadas, en sumergir los pulmones de la criatura en una vasija con agua, y si flotan significa que ha respirado, por que la entrada del aire disminuye la densidad de los pulmones, haciéndolos que sobrenaden; si caen al fondo debe suponerse lo contrario. Hay diferentes hechos que conducen al mismo resultado y que no envuelven la respiración o su ausencia, según el caso, por lo cual la experimentación debe hacerse por un perito. En síntesis, no es esta una prueba categórica, pero si de mucho peso; puede establecerse que si los pulmones flotan, la criatura ha respirado; mas si

⁵³ Ídem Pág. 159

⁵⁴ Naranjo Ochoa, Fabio. Derecho Civil, Personas y Familia. Colombia 1993 Pág. 107

caen al fondo es preciso guardar reservas y acumular otras pruebas para resolver que no ha vivido.⁵⁵

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

2.3.3 TEORÍA DE LA VITALIDAD.

Nuestro código nos exige para conceder la personalidad que la criatura nazca viva; la duración de la vida extrauterina es indiferente: para la adquisición de los derechos basta vivir el más mínimo espacio de tiempo. Esta es la doctrina jurídica de la vitalidad: para ser persona, solo es indispensable nacer vivo.

Esta teoría considera que la existencia de la persona humana da inicio con el nacimiento, debiéndose cumplir tres requisitos fundamentales:

- a) Que el niño sea separado de su madre
- b) Que la separación sea completa
- c) Que viva después de esta separación un instante siquiera.⁵⁶

⁵⁵ Alessandri Rodríguez, Arturo. Ob.Cit. pág. 160

⁵⁶ Luis Claro Solar, Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado de las Personas, Chile 1978 Pág.217

2.3.4 TEORIA DE LA VIABILIDAD.

Viabilidad significa nacer vivo y en condiciones viables, es decir con la aptitud necesaria para continuar viviendo fuera del seno materno; supone pues que la criatura ha nacido viva y que es capaz de seguir viviendo extra uterinamente.

La viabilidad es la capacidad del nuevo ser de poder vivir fuera del útero aunque sea con especial ayuda médica, tal es el caso de los niños prematuros, ya que de acuerdo al desarrollo que ha experimentado la medicina actualmente son viables.⁵⁷

Ciertas legislaciones como la francesa y la española, acogen dicha teoría la de la viabilidad, y presumen viable aquella criatura que viva como mínimo veinticuatro horas, sin embargo la ciencia demuestra que el niño puede vivir dicho lapso y no ser viable. Andrés Bello añade una dificultad, de medir con absoluta precisión este espacio de tiempo, lo cual es arbitrario e injustificado porque si exige veinticuatro horas, por qué negarle la existencia legal a criatura que solo vive doce horas, seis horas o cinco minutos. Esta doctrina merece críticas por las muchas dificultades que ofrece. Desde luego se basa en un pronóstico y no en hechos como la doctrina de la vitalidad, ya que para afirmar que un recién nacido no es viable, menester es predecir que morirá.⁵⁸

⁵⁷ Ardon Norma Verónica, La aplicabilidad de la reforma del Art. 1 de la Cn. de la Republica como mecanismo de protección del derecho a la vida del no nacido, Tesis UES. El Salvador 2001 Pág. 39

⁵⁸ Alessandri Rodríguez, Arturo. Ob.Cit. pág. 161

Tendencia moderna.

La tendencia moderna, que revelan los códigos Alemán y Suizo, es aceptar la doctrina de la vitalidad , pues esta mas de acuerdo con los actuales principios que atribuyen la personalidad al ser humano por el solo hecho de ser tal, sin consideración a la mayor o menor duración de su existencia o a cualquier otra circunstancia.⁵⁹

El nacimiento con vida es pues, un hecho trascendente del hombre, porque lo confirma ontológicamente. La anidación es también un hecho importante, porque sin madre que anide y sin que prenda el embrión, no habría luego nacimiento. Pero tampoco lo habría sin fecundación. No hay embarazo ni parto sin “fruto viviente” para implantar y parir. O sea, lo decisivo es que haya fruto viviente y lo hay desde la fecundación. La anidación no es otra condición resolutoria. No ha sido prevista como tal, porque la ontología humana es un continuo: fecundación, anidación, nacimiento con vida; muerte.⁶⁰

La Real Academia de Doctores de España, en el informe del 25 de abril de 1983, menciona que el concebido no es una parte del organismo materno sino un efectivo ser humano, perfectamente individualizado, que por tanto no puede ser objeto de deposición ni siquiera por sus progenitores, nadie por tanto tiene derecho a destruirlo.⁶¹

⁵⁹ Ídem. Pág. 161

⁶⁰ Loyarte Dolores- Rotonda E. Adriana Ob.Cit. Pág. 213

⁶¹ Garrido de Palma, Víctor M. El nasciturus y el Derecho Civil, Argentina 1985 Pág. 125

Tomando en consideración el concepto de persona es innegable que hasta no llegar a la adultez, es difícil suponer que conjugue un ser humano todos los caracteres que lo definen como persona. Y habrá casos en que, ni aun llegada esa etapa, así suceda. Sin embargo, nadie deja de reconocer que merece respeto como persona un niño, aunque no tenga conciencia de ser persona. Y también se le reconoce como tal a un incapaz profundo, aunque tampoco reúna todos los caracteres definidos. Es la potencialidad de ser persona, lo que se protege en la gestación, o en la infancia; pero en un discapacitado o en un incapaz que no tenga posibilidades ciertas de recuperación, donde se reconoce la ausencia de la mayoría de los caracteres enumerados, igualmente existe consenso en reconocerlos como “personas”. Y ello, por una razón puramente ética: porque reconocemos en ellos su esencia.⁶²

2.4 AUTORES QUE RECONOCEN A LA PERSONA DESDE EL INSTANTE DE LA CONCEPCION.

A continuación se dan a conocer una serie de autores que toman en cuenta al concebido como persona, estableciendo que éstos a partir de los avances científicos, gozan de una serie de Derechos, así como también que necesitan de la protección jurídica que como tales les corresponden.

⁶² Loyarte Dolores- Rotonda E. Adriana Ob.Cit. Pág. 217

RICARDO D. RABINOVICH-BERKMAN, escritor Argentino que analiza la legislación de su país tomando en cuenta siempre el valor moral tal y como lo manifiesta en el prologo de sus libros. Así mismo establece que la categoría de preembrión es destacada por quienes propugnan las técnicas de fecundación artificial, así como la experimentación con los resultados de tales procedimientos. Si el preembrión no es persona, necesariamente es cosa afirma Rabinovich, y entonces puede ser manipulado, congelado, transferido, destruido, etc. Pero este autor continuo diciendo que a la luz de las legislaciones esto no es así ya que las leyes hablan sobre concebido no preembrión. Rabinovich afirma que existen fuentes medicas que llevan el momento de la concepción muy atrás, cuando por ejemplo dicen que un gameto masculino o espermatozoide se une a un gameto femenino u ovulo para formar un cigoto en el momento de la concepción. Pero que esto no parece ser la solución acorde con el actual estado de la biología y la genética.⁶³

Entre la unión de los gametos y la singamia (realización del coito)⁶⁴ existe un breve lapso, durante el cual aún no se ha formado un código genético nuevo. Técnicamente entonces no se tendría un individuo.

El reconocimiento expreso de personalidad al embrión coincide con las enseñanzas de la biología. El concebido tiene características biológicas propias,

⁶³ Rabinovich-Berkman, Ricardo. Ob. Cit. Págs.227-228.

⁶⁴ Enciclopedia Encarta 2003

con formación somática exclusiva, incomunicable y diferente a las de sus progenitores.

Así mismo agrega que en la actualidad ya es posible dejar de lado la discusión sobre la naturaleza del nasciturus, pero siempre y cuando se tomen en cuenta los aportes científicos, esto es a que el concebido es un ser independiente totalmente diferente a la madre.⁶⁵

SANTOS CIFUENTES, es otro autor Argentino que propugna por los Derechos del concebido, estableciendo que esté no únicamente tiene Derecho de adquirir bienes por donación o por herencia, sino que también puede gozar de créditos por alimentos, ser beneficiario de un seguro de vida, entre otros. Además este autor expresa que la teoría que sostiene que si la criatura muriere en el vientre materno se reputara como si no hubiera existido nunca, es una crítica que puede hacerse a la ley ya que es como colocar a la persona concebida en una condición resolutoria. En tal sentido afirma Cifuentes se le niega la calidad de persona al concebido.

Cifuentes difiere de otros autores tales como Rabinovich, en el sentido de que el primero sostiene que la discusión producida por las últimas novedades de la ingeniería genética, se reducen a establecer cuando puede afirmarse que hay concepción firme y verdadera y el acepta la postura del preembrión hasta

⁶⁵ Rabinovich-Berkman, Ricardo D. Responsabilidad del Médico; aspectos civiles, penales y procesales. Argentina 1999 Pág.277.

los catorce días de la unión del ovulo con el espermatozoide, estableciendo que durante ese periodo este carece de cualidades de estabilidad, estructura cerebral y nerviosa autónoma, que permita individualizar aún sujeto.⁶⁶

Ciertamente, Santos Cifuentes aun y cuando le reconoce sus derechos al concebido, se encuentra alejado de la realidad científica en cuanto al momento de la concepción, es decir que no considera persona al concebido desde la unión del ovulo con el espermatozoide, sino hasta después de los catorce días.

Diferente a la postura que sostiene el autor que se acaba de citar encontramos a **CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO**, quien sostiene firmemente desde la fecundación existe un ser vivo y estamos frente a la presencia de un ser que no puede tener distinta naturaleza a la humana y agrega que el sector de científicos que sostienen que antes de los catorce días no habría vida humana individualizada cabría el preguntarles ¿cual seria la naturaleza de ese ser? Y manifiesta que también es necesario precisar que, a la altura del actual nivel de la ciencia, ni la anidación ni el desarrollo cerebral marcan, de por si, el inicio de una nueva vida humana. Continua diciendo que, la anidación no añade nada a la programación del nuevo ser, aunque influye en su realización y en cuanto al desarrollo cerebral comenta que desde las fases iniciales de la evolución del embrión existen células con actividades nerviosas.

⁶⁶ Santos Cifuentes. Ob. Cit. Pág. 92-99.

Sessarego sostiene que el ser que surge en el instante de la concepción es un ser humano, único, irrepetible e irremplazable y que su identidad está dada desde el momento en que los veintitrés cromosomas del padre se unen a igual número de cromosomas procedentes de la madre y que los aportes de la ciencia expresan que desde la concepción el ser humano tiene una determinada identidad, innata, que irá luego desarrollando y enriqueciendo.⁶⁷

Autores tales como **DOLORES LOYARTE Y ADRIANA ROTONDA**, sostienen que biológicamente desde que se encuentran el ovulo y el espermatozoide, y se fusionan sus núcleos y comienza a existir una nueva entidad que se diferencia del cuerpo materno, que tiene además cualidades genéticas propias y singulares. Desde la fecundación, este individuo de la especie humana tiene el potencial genético que, con un desarrollo adecuado y en un proceso ininterrumpido, lo llevará a expresarlo en sus diversas etapas biológicas y psicológicas hasta su muerte. Las referidas autoras establecen que la biomedicina, dice mucho acerca de la vida humana, pero es insuficiente para que se defina con sus herramientas al hombre mismo y que este es un ser biológico que no necesita ser corpóreo, es decir tener una existencia visible para ser persona.⁶⁸

⁶⁷ Sessarego Fernández, Carlos Derecho a la Identidad Personal. Argentina 1992 Págs. 20-21.

⁶⁸ Loyarte Dolores- Rotonda E. Adriana. Ob. Cit. Pág. 206.

Por otro lado Loyarte y Rotonda analizan como algunos científicos intentan la búsqueda de razones para justificar que solo en estudios superiores del desarrollo embrionario existe una mejor definición de lo que será persona tales como:

- a) Hasta que el embrión no tenga tejidos cerebrales que le permitan en el futuro tener aquellos caracteres de persona, no se podrá asegurar que así sea. Sobre esto las autoras sostienen que no es la aparición del tejido cerebral en el hombre el que determinara su calidad como tal, sino que todos sus estudios estén igualmente protegidos, para permitir que su proceso no sea interrumpido en forma antojadiza. Los científicos que establecen que entre los primeros 14 y 15 días solo hay un periodo preembrionario, es por que pretenden que los accidentes que se cometan en el feto durante ese periodo por formas de reproducción asistida, no sea un asesinato hacia una persona debido al estatus jurídico que para ellos tiene el preembrión. Loyarte y Rotonda dicen que si se persiste en esta idea el avance tecnológico finisecular nos acercara paradójicamente al viejo concepto del Derecho Romano de tener por signos aparentes de humanidad la presencia de la cabeza.⁶⁹
- b) otro argumento con que se quiere justificar un estatuto diferente para el embrión, es el que sostiene que la anidación define el inicio de vida en relación del hijo con la madre; en una fecundación extrauterina, el

⁶⁹ Ídem. Pág. 208

embarazo de la mujer comienza cuando el fruto implantado anida; pero eso no quiere decir que no se haya iniciado antes la gestación, además la ontología humana es un continuo, fecundación anidación; nacimiento y muerte.⁷⁰

- c) Otros pretenden esperar hasta que el preembrión deje de ser tal y defina sus caracteres tipificantes (unicidad y unidad), para otorgarle a partir de ese momento protección lo cual las referidas autores sostienen que no es así ya que es incongruente que en un principio no se proteja preventivamente, porque eventualmente puede resultar mas de un embrión (gemelos monocigóticos). Protegiendo a un individuo de la especie humana desde el inicio de su formación, el amparo preventivo luego se hace extensivo a los que de él surjan por subdivisión natural.⁷¹

Por todas las razones expuestas anteriormente es que Loyarte y Rotonda, sostienen que el nasciturus debe ser reputado como persona desde el inicio de su vida, es decir desde la unión de la célula masculina con la femenina; así mismo protegerse jurídicamente.

CESAR AUGUSTO ABELANDA, autor argentino, en su libro Derecho Civil, parte general, expone el tema “Comienzo de la existencia de las personas físicas”, en el cual dice que la existencia jurídica del ser humano como persona,

⁷⁰ Ídem. Pág. 209

⁷¹ Ídem. Pág. 210-211

es decir como sujeto potencial de derechos y deberes comienza según el Código Civil Argentino en el mismo instante en que, con la fecundación del óvulo materno tiene principio su vida natural. En este sentido retoma lo que establece el referido Código en el Art. 70 “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido...”⁷²

VÉLEZ SÁRSFIELD, convencido de la verdad de la doctrina de Freitas, a la que adhiere y apoya con nuevos argumentos, desechó los criterios imperantes en doctrina reflejados en la legislación vigente (que de conformidad con el sistema general del derecho romano, toma como comienzo de la existencia jurídica de las personas el momento de su nacimiento), y estableció en cambio, que lo es el de la concepción en el seno materno; y que desde entonces, el ser humano concebido tiene existencia real como persona.⁷³

DANIEL HUGO D' ANTONIO Autor Argentino, en su libro Derecho de Menores, en su capítulo fundamentación del Derecho de Menores, establece el comienzo de la existencia del sujeto, aclarando que el derecho de menores sustenta su autonomía en la especificidad del sujeto y éste, como destinatario de la regulación jurídica protectoria, comienza desde la concepción.⁷⁴

⁷² Cesar Augusto Abelanda, Ob. Cit. Pág. 209

⁷³ Ídem. Pág. 211

⁷⁴ D'Antonio Daniel Hugo, Derecho de Menores. Argentina 1994 Pág.42

Sostiene que la protección de la persona por nacer y la pertinente regulación del derecho de menores, traducen la primera forma de resguardo y permite que la norma tienda a asegurar el nacimiento del ser concebido. Todos los Códigos modernos siguen la concepción romanista conforme a la cual la personalidad jurídica comienza con el nacimiento, más adicionan las enseñanzas de Savigny, reconociendo derechos al ser concebido. Su doctrina se adhiere en forma prácticamente unánime a la solución adoptada por Vélez Sársfield, quien sigue a Freitas al consagrar la concepción como el comienzo de la existencia de la persona natural. Por su parte concuerda con la apreciación legal, ya que es indudable la existencia del sujeto a partir de la concepción y es precisamente durante dicho período donde habrá de otorgársele la necesaria protección, a fin de que culmine el proceso natural con el nacimiento.⁷⁵

LARENZ señala que el embrión es un “ser humano en formación” y necesita la protección del ordenamiento jurídico. Reconoce que la estructuración de un ser humano comienza en el momento de la procreación y expresa que su formación es un fenómeno ininterrumpido que se efectúa desde la fecundación hasta el parto.⁷⁶

⁷⁵ D’Antonio Daniel Hugo. Ob. Cit. Pág.43

⁷⁶ Ídem. Pág. 43

WOLF es un crítico de la legislación y afirma que ésta es contraria al derecho natural, por ello ha debido efectuar numerosas excepciones. Expresa que según el derecho natural, (con el cual él está de acuerdo) la capacidad jurídica de la persona comienza con la procreación, por que en ese momento tiene ya origen la vida humana. Califica el Art. 1 del Código Civil Alemán, como inadmisibles en cuanto al contenido, e ineficaz al contraponerse a otras regulaciones legales.⁷⁷

MARIA JOSEFA MENDEZ COSTA, autora de origen argentina, en su libro Derecho de Familia, retoma las disposiciones expresas sobre el comienzo de la existencia de las personas físicas, en su apartado referente al tema de la Filiación establece que las normas y principios aplicables en cuanto hacen a la filiación son: a) La personalidad del nasciturus desde su concepción, lo que excluye el tratamiento del embrión como una cosa y la discusión sobre el comienzo de la vida humana (en la fecundación del óvulo) anticipado al comienzo de la persona humana (con la anidación completa del embrión en el útero). b) La protección de los derechos humanos que priva en el derecho positivo comenzando con la protección del derecho a la vida desde la concepción.⁷⁸

⁷⁷ Ídem. Pág. 44

⁷⁸ D' Antonio, Daniel Hugo; Méndez Costa María Josefa. Derecho de Familia. Argentina 1995 Pág. 63-64

2.5 AUTORES QUE “NO” RECONOCEN A LA PERSONA DESDE EL INSTANTE DE LA CONCEPCION.

LUTTGER, HANS autor alemán, en su libro Medicina y Derecho Penal desarrolla el tema “La distinción del embrión y feto frente a la calidad de persona en el proceso (cotergan), y manifiesta que el Código Penal Alemán contiene una interesante prescripción dogmática y político criminal sobre el pasaje del feto a la persona humana, la ley incluye el tiempo durante el cual tiene lugar el nacimiento, la cesura se encontrara necesariamente en el comienzo del nacimiento; éste es el que determina, por tanto el comienzo de la cualidad de persona, y al mismo tiempo el término del estadio fetal.⁷⁹

La cesura del “comienzo del nacimiento” como límite que distingue el feto de la persona no es casual, sino que corresponde a una vieja tradición. Tampoco es casualidad que el Derecho Penal Alemán conformado la protección de la vida antes y después de tal limite de una manera diferente. El legislador histórico no ha considerado seriamente durante generaciones la posibilidad de innovar incluyendo una norma penal sobre lesiones del feto. Por lo tanto, la conformación de la protección de la vida que surge de la fórmula “comienzo del nacimiento” no refleja sino una decisión básica consciente y querida del legislador. La ley quiere que la vida de la persona en el sentido del derecho penal, sea considerada como tal ya antes de la capacidad del sujeto jurídico del

⁷⁹ Luttger Hans, Medicina y Derecho Penal. España 1984. Pág. 63

Derecho Civil. Y si, por el contrario en otros países se verifican tendencias a tratar al feto como persona ya antes del comienzo del nacimiento, tal conclusión del derecho comparado carece, por lo menos de lege lata, de todo interés, pues nada impide que el Derecho alemán sea distinto.⁸⁰

Otro tema que desarrolla dicho autor es “la noción de persona desde el punto de vista penal” en el aclara que la cuestión de cuándo termina el estadio embrional y comienza la persona ha sido decidida en el Derecho Alemán por el legislador. La cesura se encuentra en el comienzo del nacimiento. Con ésta regla la ley quiere adelantar la protección penal de la “persona” (considerablemente más amplia que la protección penal del embrión o feto) al de la zona del comienzo biológico-temporal del nacimiento. Este fin político-criminal de la ley sólo puede llevarse a cabo íntegramente si se toman en consideración para la interpretación del concepto jurídico “comienzo del nacimiento” (o parto), el cual se refiere al comienzo de los intentos de expulsión del cuerpo de la madre o sea el comienzo de las labores parturientum, que en su repetición conducen a la expulsión.⁸¹

ORGAZ, “en su obra Personas individuales” sostiene que el razonamiento de quienes aceptan la personalidad jurídica del concebido no nacido, en cuanto hacen referencia, para fundamentar su tesis, al hecho

⁸⁰ Ob. Cit. Pág. 65-72

⁸¹ Ídem Pág. 83-84

incontrovertible de que el derecho penal y el derecho civil protegen al ser humano desde su concepción parten de un equívoco: "el de asimilar vida humana con persona humana; la ley protege la vida y los intereses del concebido sin que esto signifique que el feto es ya una persona. Protege por respeto a la vida humana, que ya existe y en consideración a la eventual personalidad futura del concebido."⁸²

En la actualidad los Códigos extranjeros, por lo común establecen que la existencia jurídica del individuo humano, es decir su condición de sujeto de derecho o capacidad jurídica, comienza con el nacimiento, destacando algunos como el Alemán, Art. 1º, que es con la consumación de él y otros con la separación completa del seno materno. Hay además algunos códigos que exigen como el francés que el nacido tenga viabilidad, o sea aptitud para la vida y otros como el español, que transcurran 24 horas desde el nacimiento con vida.⁸³

BOSSERT, sostiene que "el preembrión es una masa de células sin forma humana reconocible y que tiene pocas posibilidades de quedar implantando y llegar a término". Recién se transforma en embrión catorce días después de la singamia, mas o menos al tiempo de la anidación en la pared del útero⁸⁴.

⁸² Cesar Augusto Abelanda. Ob.Cit. Pág. 209

⁸³ Ídem pág. Pág. 210

⁸⁴ Rabinovich-Berkman, Ricardo Ob.Cit. Pág. 284

FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO autor chileno, en su libro Persona, pareja y familia, en el capítulo segundo llamado Persona, Biología y Ética, manifiesta que no es lo mismo persona que el que está por nacer; tomando como argumento lo que establece el art. 74 del Código Civil de Chile, el cual señala que la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es al separarse completamente de su madre. Antes de la separación completa de la criatura y de su sobrevivencia por “un momento siquiera”, esa criatura no es persona aún, en consecuencia la Constitución política y el Código Civil de Chile le denominan “el que está por nacer” por lo que dicho autor se adhiere a tal opinión.⁸⁵

Después de haber realizado un análisis de las diferentes teorías expuestas sobre si el concebido es considerado persona o no, tomando como fundamento los avances científicos y sobre todo la actual reforma al Art. 1 de nuestra Constitución, consideramos que el comienzo de la vida de la persona se da en el instante mismo de la concepción, entendido este como el momento en el cual se unen la célula masculina con la femenina, esto debido a diferentes razones, tales como: que no es la aparición del tejido cerebral en el hombre el que determinara su calidad, sino que lo que debe de tratarse es que el proceso del mismo no sea interrumpido.

⁸⁵ Figueroa Yañez, Gonzalo. Persona, Pareja y Familia. Chile 1994 Pág. 43

Otra postura que es irrazonable es el pensar que el concebido no es persona porque no se sabe si llegara a nacer o no, dada la posibilidad de que este muera en el vientre materno. Ya se dejo mas que claro en el proceso de formación de la persona, que la vida en formación tiene independencia total de su madre y que desarrolla muchas de sus partes a partir de las primeras semanas de gestación, también se entiende que de lo que se trata es de garantizarle los derechos al concebido que se encuentra desprotegido, para que no se intente ningún daño en contra del mismo.

CAPITULO III “ESTABLECIMIENTO Y NORMATIVA JURIDICA DE LOS DERECHOS FAMILIARES QUE LE CORRESPONDEN A LA PERSONA CONCEBIDA”

En el presente capitulo se efectúa un estudio de los Derechos que doctrinariamente y según normativa internacional le corresponden al concebido dada su calidad, y que actualmente nuestra legislación no le regula. Así mismo se realizará un análisis de las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, referentes al concebido como persona, así como también de convenios y declaraciones internacionales, relacionadas con el tema de investigación.

3.1 DOCTRINA REFERENTE A LOS DERECHOS FAMILIARES QUE LE CORRESPONDE A LA PERSONA CONCEBIDA

Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirirse algunos derechos como si ya hubiesen nacido. Dichos derechos quedan irrevocablemente adquiridos aun y cuando estos no llegasen a nacer.⁸⁶

⁸⁶ Loyarte Dolores- Rotonda E. Adriana. Ob. Cit. Pág. 192

A continuación haremos un análisis, sobre la capacidad jurídica del concebido, para determinar si se le atribuye o se le niega dicha capacidad, de la cual tiene que gozar, por su calidad de persona.

3.1.1 CAPACIDAD JURÍDICA DEL CONCEBIDO:

La capacidad es la aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones, o facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en derecho.⁸⁷ Para la doctrina la capacidad es el atributo más importante que posee la persona humana.⁸⁸

Nuestra constitución adopta la teoría de la existencia de la persona humana, desde el momento de la concepción, esto significa que la capacidad jurídica se adquiere desde la unión del ovulo con el espermatozoide, hasta el momento de la muerte de la persona, así lo afirma Nicolás Coviello, quien establece que "la capacidad de goce se pierde con la muerte de la persona".⁸⁹

En todos los ordenamientos jurídicos hay disposiciones que otorgan al concebido la posibilidad de gozar de la titularidad actual de situaciones jurídicas. Esta posibilidad de ser destinatario de efectos jurídicos es precisamente la capacidad jurídica y en ella consiste el atributo fundamental de la personalidad en sentido jurídico. Para algunos autores como Orgaz, "el concepto general de persona, es decir el concepto que conviene a todos los

⁸⁷ Real Academia Española, Diccionario. España 2000 Pág. 263

⁸⁸ Rojina Villegas, Roberto. Derecho Civil Mexicano. México 1959 Pág. 114.

⁸⁹ Coviello, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. México 1939 Pág. 161

sujetos de derecho, sean o no individuos humanos, debe ser fijado con rigor. En su acepción jurídica, persona es simplemente el titular de un derecho o de un deber, todo derecho en sentido subjetivo, como poder jurídico pertenece a alguien”.⁹⁰

Si la capacidad jurídica es la posibilidad de captar situaciones jurídicas (no solo derechos subjetivos), aunque la ley diga que se adquiere con el nacimiento, la verdad es que ya antes de tal momento ese ser humano, ya desde que había sido concebido había sido destinatario (como sujeto, no como objeto) de las consecuencias jurídicas del ordenamiento. En conclusión la capacidad jurídica acompaña al sujeto durante toda su existencia, desde la concepción. Es la capacidad de actuar, no la capacidad jurídica, la que puede sufrir transformaciones con la edad y la salud.⁹¹

Muchas son las situaciones jurídicas de las que es titular el concebido en modo actual, podríamos clasificarlas en patrimoniales, personales, aunque los que nos conciernen para nuestra investigación son los Derechos familiares.

3.1.2 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA CONCEBIDA.

Los derechos fundamentales son verdaderos derechos subjetivos que corresponden a la condición humana de persona sin cuyo reconocimiento al

⁹⁰ Kemelmajer de Carlucci Aída. Ob. Cit. Pág. 248-249.

⁹¹ Ídem . Pág. 250.

mas alto nivel normativo, no podría hablarse con propiedad de la existencia de un verdadero Estado de Derecho y la protección efectiva de los derechos fundamentales trasciende el significado individual para adquirir una dimensión objetiva.⁹²

A) DERECHO A LA VIDA.

El valor jurídico de la vida del concebido: La protección integral exige considerar al concebido como un niño en sus primeras etapas de desarrollo, que merece por su condición especial, un tratamiento jurídico especial. Entre las personas por nacer y las personas de existencia visible de lo único que hay es una diferencia de etapa de desarrollo, se trata de diferentes etapas de las llamadas “personas naturales”.⁹³

Todo ser humano tiene derecho a la vida y se sostiene que la vida comienza desde el momento en que se une un ovulo y un espermatozoide con lo cual se inicia el periodo de gestación en una mujer. Por ello la vida debe protegerse desde que la mujer conoce su estado de preñez.

El derecho a la vida y el consecuentemente derecho a la libertad de vivir, son principios inseparables de la persona humana, que condicionan su existencia permitiendo un desenvolvimiento espiritual y material. Sin duda no hay libertad ni posibilidad alguna de ejercer los derechos naturales que

⁹² Solano Ramírez, Mario Antonio. Estado y Constitución. San Salvador, El Salvador, 1998 Pág. 173.

⁹³ Kemelmajer de Carlucci Aída. Ob. Cit. Pág. 253

conforman la esencia de la personalidad, ni tampoco la amplia gama de potestades que en consecuencia le reconoce al individuo la ley positiva.⁹⁴

Contra este derecho elemental a la vida se desarrolla en la vida social constante y aleatorio método de la transferencia embrionaria, que de paso deja muchos cadáveres de niños por nacer, por que la verdad es que en la práctica se sabe que no serán viables todos los óvulos que se fecundan artificialmente.

El derecho a la vida exige que sea absolutamente prohibida y sanciona penalmente la producción artificial de embriones con un fin diverso a su pronta implantación en el seno materno, o de embriones supernumerarios para escoger cuál o cuales se implantan o para implantar varios a sabiendas estadísticas de que morirán algunos para que nazca su hermano póstumo.⁹⁵

B) EL DERECHO A LA IDENTIDAD EN EL PROCESO DE LA VIDA HUMANA.

Este proceso se inicia en el instante de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide, ya sea en el seno de la mujer, por un acto natural, o fuera del mismo, en una probeta de laboratorio. En este último caso se trata de una fecundación extracorpórea, artificial, in Vitro, asistida como indistintamente se le

⁹⁴ Ídem. Pág. 254.

⁹⁵ Ídem. Pág. 254-255.

suele designar. El ser producto de la fecundación antes referida no es otro que un ser humano, desde ese mismo instante.⁹⁶

El ser que surge en el instante de la concepción no es otro que un ser humano, irrepetible, único e irremplazable. La identidad del nuevo ser humano está dada desde el momento en que los veintitrés cromosomas del padre se unen a igual número de cromosomas procedentes de la madre. Se trata de un “nuevo” ser genéticamente diferente a sus progenitores.

De los aportes de la ciencia, se deduce que, desde la concepción, el ser humano tiene una determinada identidad, innata, que irá luego desarrollando y enriqueciendo a través de toda su vida, pasando por la infancia, la adolescencia, la juventud y la edad adulta, hasta la muerte. Al hablar de derecho a la identidad personal nos referimos al derecho de cada individuo a no ver alterada la propia personalidad.⁹⁷

El ser humano tiene derecho a ser sí mismo, a conocer su origen y al moldear su propia identidad. Contra este derecho se intenta tener el poder sobre la identidad genética de los concebidos. Este derecho se opone a toda manipulación no terapéutica. Los bancos de semen o de óvulos atentan contra el derecho a la identidad, ya que terminan impidiendo que la persona tenga

⁹⁶ Fernández Sessarego, Carlos; Ob. Cit. . Pág. 19.

⁹⁷ Ídem. Pág. 21.

conocimiento de quienes son sus propios padres, ya que es derecho a conocer el propio origen genético es fundamental.⁹⁸

3.1.3 LOS DERECHOS FAMILIARES FUNDAMENTALES:

Toda persona posee derechos fundamentales, los cuales están plasmados en la Constitución, a parte de ello, es también titular de una serie de derechos familiares, los cuales son regulados en la Legislación de familia.

A continuación se realiza un análisis sobre algunos derechos familiares de los cuales debe gozar la persona concebida, aún y cuando explícitamente no se encuentran establecidos.

A) DERECHO A LA PERSONALIDAD Y SU ENTORNO FAMILIAR.

Los Derechos de la personalidad, son aquellos Derechos que posee todo ser humano para defender su integridad, así como su dignidad ejemplo el derecho a la vida, al honor, al nombre etc.⁹⁹

Para algunos autores los derechos de la personalidad dada su esencialidad para la vida del ser humano, tienen vicisitudes temporales paralelas a las de su propia existencia. Es decir, se adquieren desde que la persona es concebida y se extinguen con su fallecimiento.¹⁰⁰

⁹⁸ Kemelmajer de Carlucci Aída. Tomo II. Ob. Cit. Pág. 255-256.

⁹⁹ Torre Abelardo. Introducción al estudio del Derecho. Argentina 1997 Pág. 218.

¹⁰⁰ Kemelmajer de Carlucci Aída. El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas. Tomo I, Argentina 1999. Pág. 149.

El derecho a la vida se complementa inmediatamente con el derecho a la identidad personal, cuyo momento inicial lo determina el nombre. La conexión de los derechos de la personalidad con la familia se analizan primero en el ámbito de la relación intrafamiliar en cuanto a la igualdad, y la modificación de derechos patrimoniales individuales por ejemplo sobre la vivienda, por reflejar la protección de la ley en aras del interés superior familiar. Un segundo aspecto considera la familia en cuanto a los derechos del individuo en su posición familiar para su identificación por el nombre, sexo y nacionalidad.¹⁰¹

B) DERECHO A UN NOMBRE.

Toda persona posee atributos que lo hacen individualizarse e identificarse de las demás, este atributo es indispensable para el ser humano, debido a que es inherente a la persona humana, y además por ser ésta el centro de protección del Estado, quien está obligado a garantizarle los derechos y entre ellos encontramos el derecho al nombre.

El conjunto de palabras que componen un nombre propiamente dicho y los apellidos, tienen como fin fundamental individualizar a cada persona.¹⁰²

El derecho al nombre, a diferencia del derecho a la vida, que no requiere más requisito que la propia existencia, exige su imposición que la ley regula con toda precisión. La identidad personal, comprensiva de un doble elemento, el

¹⁰¹ Ídem. Pág. 151.

¹⁰² Bautista Rafael. Protección Jurídica de datos personales. Argentina 1993 Pág. 53

llamado nombre propio y el apellido de uno o de ambos progenitores. Este doble elemento se rige por reglas diferentes. El apellido deriva del de los progenitores por mandato legal; el nombre propio requiere su elección para su constancia en el Registro Civil, siendo ya inmutable por regla general para la identificación personal junto al apellido.¹⁰³

El nombre de la persona viene de generación en generación, pero es un derecho subjetivo de carácter extramatrimonial; o sea que el padre del concebido no puede heredar al hijo que está por nacer un nombre, pero si lo puede reconocer antes de nacer.¹⁰⁴

Hay que destacar que la ley reconoce a los padres el primer rango para dar nombre al nacido, más no existe regulación alguna referente a que el concebido en el seno materno por tener la calidad de persona también posee dicho derecho, tampoco establece el derecho-deber a los padres para que le atribuyan un nombre con el cual se pueda individualizar e identificar a la persona concebida.

C) DERECHO A UN HOGAR Y UNA FAMILIA:

Todo niño tiene derecho a una familia donde se comparta su guarda, crianza y educación, para un adecuado balance de la influencia de las figuras

¹⁰³ Kemelmajer de Carlucci Aída. Ob. Cit. Tomo I. Pág. 150.

¹⁰⁴ Rojina Villegas, Roberto. Ob. Cit. Pág. 114.

paterna y materna, y de un adecuado desarrollo e identificación con su rol sexual.

Frente a este derecho se trata de afirmar la posibilidad de inseminación artificial de mujeres solteras y la inseminación post mortem que abre la posibilidad de implantar embriones, incluso muchos años después del fallecimiento de los que aportaron los gametos. Igualmente grave se presenta la posibilidad de autorizar a hombres solteros a tener hijos mediante la posibilidad de comprar un óvulo y de encargar el trabajo a una gestante, mediante el llamado contrato de maternidad sustituta. En estos casos el niño es un medio para satisfacer un deseo. La maternidad sustituta o arrendamiento de vientre atenta contra el derecho del niño a no ser cosificado como objeto en el comercio.¹⁰⁵

Estos Derechos familiares del niño chocan abiertamente con el pretendido derecho a la maternidad de la mujer soltera, divorciada o viuda proclamando por las “partenogénofilas” y por los movimientos feministas , que aducen que el estado familiar no puede ser un criterio para discriminar a las mujeres ni para limitarles el derecho a ser madres. Se alega la existencia de los convenios relativos a la no discriminación de las mujeres, pero igual rango

¹⁰⁵ Kemelmajer de Carlucci Aída. Tomo II Ob. Cit. Pág. 258-259.

formal tienen la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto de San José.¹⁰⁶

Por más respetable que sea el derecho de la mujer a ser madre o del hombre soltero a ser padre, este derecho no debe ir en contra de los intereses fundamentales de todo niño a tener con el a sus padres y a un hogar.

D) DERECHO A UN ADECUADO EJERCICIO DE LA AUTORIDAD PARENTAL

La autoridad parental, se define como el conjunto de poderes en los cuales se actúa orgánicamente la función social confiada a los progenitores, de proteger, educar e instruir a los hijos menores de edad, en consideración a su condición.¹⁰⁷

Colin y Capitant expresan que es “el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes del hijo, en tanto que es menor y no emancipado, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre ellos”¹⁰⁸

En nuestro Código de Familia, la denominación autoridad parental, refleja la idea de que las facultades conferidas por la ley a los padres, deben ponerlas

¹⁰⁶ Idem. Pág. 260.

¹⁰⁷ Messineo, Francisco. Citado por Corelesal en la exposición de motivos en el anteproyecto del código de Familia. Pág. 415

¹⁰⁸ Monroy Cabra M.G. Ob. Cit. Pág. 159.

al servicio del interés del hijo, y desde luego que esos deberes han de ser compartidos por ambos progenitores en el plano de igualdad.¹⁰⁹

Todo niño tiene derecho a una paternidad responsable de sus progenitores¹¹⁰.

La practica de métodos de concepción asistida debe realizarse en el seno de una familia, para que el concebido como persona pueda recibir los cuidados que le deben tanto su padre como su madre.

E) LA FILIACIÓN COMO DERECHO DEL CONCEBIDO.

El derecho de la filiación hace referencia, a su vez, al conjunto de normas jurídicas relativas al emplazamiento también llamado “determinación” o “establecimiento” de las relaciones paterno-materno filiales en los tres ámbitos posibles actualmente conocidos: a) la procreación por naturaleza (emergente de la copula carnal); b) la generación por los más diversos métodos de fecundación artificial, y, c) la filiación adoptiva.¹¹¹

No se discute en doctrina que filiación, en una punta, y maternidad o paternidad en la otra, son términos correlativos; de manera que no constituyen cosas distintas, sino que tienen una misma sustantividad. En todo caso, la

¹⁰⁹ Calderón de Buitrago, Anita y otros, Manual de Derecho de Familia. El Salvador 1995. Pág. 600.

¹¹⁰ Kemelmajer de Carlucci Aída. Ob. Cit. tomo II Pág. 258.

¹¹¹ Mizrahí, Mauricio Luis, Identidad Filiatoria y pruebas biológicas. Pág. 6

primera expresión implica considerar el vínculo materno-paterno filial desde el emplazamiento del hijo, y la segunda desde la óptica de la madre o del padre.

Ambos enfoques, según Puig Peña, prefiguran una única relación son “los dos nombres de las puntas del eje paterno filial”, pues se trata de dos ideas que comportan una relación lógica y necesaria... ya que el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin su padre.¹¹²

Una consecuencia importante de los avances de la ciencia médica, especialmente de la biomedicina y la biotecnología, es la alteración de los conceptos de paternidad, maternidad y filiación. Si antes se hablaba de maternidad biológica, ahora existe la maternidad genética. Desde 1984 la ciencia médica y sus avances abrieron la posibilidad de que por ejemplo la madre que da a luz no sea la madre genética del niño. La mujer puede quedar embarazada a consecuencia de donación de embriones. Lógicamente esta circunstancia afectan los conceptos de paternidad y filiación.¹¹³

Determinación de la filiación

Los siguientes párrafos pretenden responder a la determinación de la filiación en cada uno de los casos analizados, teniendo en cuenta las pautas recién expuestas y dejando los detalles de la problemática de las acciones de filiación en idénticos supuestos para que puedan ser considerados.

¹¹² Mizrahí, Mauricio Luis, Ob. Cit. Pág. 7

¹¹³ Miranda Luna, Raúl Eduardo. Bioética y Derecho de Familia. El Salvador 2000. Pág. 1002

Inseminación artificial: Se procura con el depósito del semen en la vagina o su introducción en el útero (inseminación intrauterina) o en su cuello (inseminación intracervical) o en las trompas (inseminación intratubaria) para conseguir la fecundación dentro del organismo femenino sin que haya mediado el coito. Es una posibilidad la transferencia intratubaria de gametos (óvulos y semen recién obtenido o descongelado), a la que se denomina GIFT o TIG.¹¹⁴

Filiación de la persona concebida por inseminación artificial de la mujer con semen del marido

De la esposa, es decir en vida del marido. El comienzo de la existencia del concebido contemporánea a la fecundación del óvulo se logra, normalmente, con una diferencia básica con respecto al proceso íntegramente natural al haber sido inseminado el óvulo prescindiendo del acto sexual.¹¹⁵

De la viuda, es decir, con semen del marido difunto. De aceptarse la paternidad del marido, el que naciera después del término de duración máxima de embarazo (300 días) no habría sido persona a la muerte de aquél y carecería de llamamiento hereditario, pero si gozaría oportunamente de llamamiento en la sucesión de los parientes del padre difunto. Podría asimismo reclamar alimentos dentro de su régimen especial.¹¹⁶

Filiación de la persona concebida extra corporalmente (in Vitro, FIV). Se entiende por fecundación extracorpórea o in Vitro la lograda fuera del

¹¹⁴ D' Antonio, Daniel Hugo; Méndez Costa María Josefa. Ob. Cit. Pág. 63-67.

¹¹⁵ Ídem. Pág. 68.

¹¹⁶ Ídem. Pág. 69-70

organismo femenino, en instrumental de laboratorio, con posterior implantación del embrión en el útero de una mujer. Admite todas las posibilidades precedentes según de quién haya sido extraído el óvulo, a quién pertenezca el semen y e quién se efectúe la implantación, aplicándose las conclusiones sobre la filiación expuestas para cada supuesto. Generalmente se obtienen de esta manera las inseminaciones artificiales y el óvulo fecundado a gestar por madre portadora. Asimismo le son extensibles las valoraciones enunciadas, destacándose lo disvalioso de la manipulación de los embriones y de su eventual supresión si los hay “sobrantes”, a pesar de que son personas, y de su conservación por congelamiento con destinos ajenos a la voluntad de los padres, incluida la experimentación con las más variadas finalidades.¹¹⁷

Reclamación de la filiación

Las acciones de reclamación de la filiación matrimonial y extramatrimonial se distinguen dos sujetos: *El sujeto activo*: El hijo menor de edad actúa a través de sus representantes legales, si se trata de persona por nacer la acción no procede pues media prohibición de suscitar pleitos sobre la filiación del no nacido (Art. 67 Código Civil de Argentina), pero se admite que la madre promueva la acción y se corra traslado de la demanda ante la posibilidad de que se conteste admitiendo la paternidad, supuesto en el cual no habría litigio. *El sujeto pasivo*: ambos progenitores.¹¹⁸

¹¹⁷ Ídem. Pág. 71-73.

¹¹⁸ Daniel Hugo D' Antonio, Actividad Jurídica de los menores de edad. Argentina 1995. Pág. 110

F) DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

Se considera alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o del adolescente. También los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del parto.¹¹⁹

La obligación de proporcionar alimentos, tiene un profundo sentido ético, como jurídico, debido a que la persona por su propia debilidad, desde el instante de la concepción no puede valerse por sí misma; por ello necesita la protección y ayuda de sus progenitores o parientes, no solo para sobrevivir si no para poder desarrollarse.¹²⁰

El derecho del hijo a ser sostenido por sus padres o progenitores que han hecho posible su concepción, nace desde el momento que tiene vida, ya que está imposibilitado de alimentarse por si mismo y esta situación de necesidad, se mantiene hasta en otras etapas del desarrollo.¹²¹

El feto tiene derecho a ser alimentado correctamente y a no recibir agresiones físicas de sustancias toxicas, por ejemplos el alcohol, el cigarrillo, la marihuana, la cocaína, los ácidos y cualquier otra sustancia o compuesto farmacológico con efectos secundarios sobre él y el curso normal del embarazo.¹²²

¹¹⁹ Fermín Chunga Lamonja, Derecho de Menores. Colombia 1990 Pág. 357

¹²⁰ Calderón de Buitrago, Anita y otros, Ob. Cit. Pág. 637.

¹²¹ Martínez Aguilar, Vanesa. Quehacer Judicial. El Salvador. 2006 Pág. 15

¹²² www.monografias.com/trabajos14/cbios-const-feto/cbios-const-feto.shtml.

Es de hacer notar que el concebido como persona debido a sus condiciones, no puede reclamar por sí mismo su derecho de alimentación, al respecto nuestro Código de Familia ha intentado velar por el cumplimiento de dicho derecho estableciendo los alimentos a la mujer embarazada, como si el concebido fuere un dependiente de la madre, y no lo toman en cuenta como un ser con su propia autonomía, por lo que se considera que dicha disposición no está acorde con las tendencias modernas que le dan la calidad de persona al concebido.

En el caso de alimentos, como está unido a la madre, únicamente si ésta no tiene derecho alimentario podría invocarse el del concebido, como cuando aquella está divorciada y perdió ese derecho por ser declarada culpable, la acción podría dirigirse contra el padre en representación del nasciturus.

G) DERECHO A LA SALUD

Nuestra Constitución en su Art. 65 establece que la salud de los habitantes de la Republica constituyen un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento.¹²³ Es por ello que consideramos que si la salud es indispensable para el desarrollo de toda persona humana y más aún si ésta se encuentra en el claustro materno, es necesario que la sociedad los padres y el estado velen por el concebido.

¹²³ Luis Vásquez López. Constitución de El Salvador Explicada. 2005

Todos los procedimientos artificiales de fecundación asistida, ponen en peligro la salud. No hay ninguna certeza de que en ningún descongelamiento de embriones no dañe la futura salud de este ser humano. No puede negarse, a demás, el riesgo de mal formaciones procedentes de la congelación y descongelación de embriones.¹²⁴

A continuación se enuncian los derechos del feto, dichos derechos son normas básicas para proteger la salud fetal. Tanto en lo psíquico como en lo físico: El feto tiene derecho a recibir atención y seguimiento médico a lo largo de toda su vida. El feto tiene el derecho a no ser rechazado por su madre ni su padre y deberá vivir en un medio armonioso sin peleas, gritos, insultos ni ruidos excesivamente intensos.

Cabria preguntarse también la responsabilidad que tendría un medico si la salud del concebido llegase a ponerse en peligro gracias a una mala praxis, obviamente esto traería consecuencias penales. Pero si estuviésemos ante daños ocasionados mediante técnicas de inseminación artificial, seria difícil deducir responsabilidades.¹²⁵

Estos derechos, deben ser leyes constitucionales en todo el mundo, penando así a todo aquel que no los cumpla con trabajos sociales y en otros casos la encarcelación del infractor.¹²⁶

¹²⁴ Kemelmajer de Carlucci Aída. Ob. Cit. tomo II Pág. 254.

¹²⁵ Alegria Hector. Eduardo A Zannoni. Revista Daños a la persona. Argentina 1998. Pág.145-149

¹²⁶ www.monografias.com/trabajos14/cbios-const-feto/cbios-const-feto.shtml

3.2 NORMATIVA JURÍDICA REFERENTE A LOS DERECHOS DEL CONCEBIDO.

Dado que la concepción es un hecho por el cual se genera la vida humana, debe tener una protección adecuada por la ley;¹²⁷ es por ello que a continuación se hace un razonamiento de la legislación de nuestro ordenamiento jurídico así como también de la normativa internacional referentes a los derechos que tiene el concebido.

3.2.1 ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

A partir de 1999 en nuestro país se generó una coyuntura política que provocó cambios en el momento en que se inicia la vida y en consecuencia su protección. Esta situación se originó desde el momento en que la Asamblea Legislativa discutía la despenalización del aborto.¹²⁸

Dada las condiciones que se vivía en ese momento, instituciones y organismos no gubernamentales tales como: La Fundación si a la vida, el Comité para la defensa de la vida humana y la dignidad de la persona y la Iglesia Católica a traves de la conferencia episcopal de El Salvador; se abocaron a la Asamblea Legislativa realizando manifestaciones públicas frente

¹²⁷ Anaya Mozo y otros. La reproducción humana asistida y su relación con nuestro Derecho sucesorio. El Salvador 1994. Pág. 41.

¹²⁸ Ardon Norma Verónica. Ob. Cit. Pág. 1-2

a este órgano del Estado para que se garantizara el Derecho a la vida a partir de la concepción.

De ahí que la Constitución fue reformada quedando su **Art. 1**, inciso segundo de la siguiente manera: “Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”.¹²⁹

Bajo el amparo de esta disposición se considera persona, al ser humano aunque no haya nacido, ya que tiene existencia; y en consecuencia, tiene derechos dada su calidad.

En el Capítulo I, Título II de la Constitución, aparecen regulados algunos derechos que el ser humano posee; es así como en el **Art. 2** se regula que los Derechos que posee una persona están protegidos y garantizados por el Estado y la sociedad y es éste quien deberá velar por el establecimiento de los derechos del concebido dado que su fin es la persona humana, adquiriendo esta calidad como se dijo anteriormente a partir de la concepción.

El **Art.11** del mismo cuerpo normativo manifiesta en lo referente a los derechos y garantías fundamentales de la persona que: ” ninguna persona puede ser privada a la vida.....” , por lo que dada la calidad del concebido el Estado ésta en la obligación de garantizarle dicho derecho.

Especial Interés nos da el **Art. 36 Cn**. Ya que regula el Derecho al nombre; es decir que el concebido tiene Derecho al nombre aun y cuando la ley secundaria no lo regulase de esta forma, ya que es un atributo inherente de la

¹²⁹ Vázquez López, Luis Constitución de El Salvador explicada 2005

persona garantizado por la Constitución misma. Como complemento de esta idea encontramos el **Art. 246 Cn.** El cual establece que los principios, derechos y obligaciones contenidas en la Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulan su ejercicio y confirma la supremacía de la carta magna, por lo que un concebido debe tener un nombre ya que él es una persona.

Muchos se equivocan al pensar que la reforma al Art. 1, solo se refiere al Derecho a la vida, cuando no es así ya que dada la calidad de persona al concebido este deberá gozar de la igualdad de los derechos sin distinción alguna.

3.2.2 ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES DEL CODIGO CIVIL SALVADOREÑO

El Código Civil, se encuentra tácitamente derogado en algunas de sus disposiciones, dado que sigue la teoría de la vitalidad, tal es el caso del **Art. 72** del referido cuerpo normativo, el cual literalmente dice: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separado de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputara no haber existido jamás.”¹³⁰

¹³⁰ Vásquez López, Luis. Código de Familia. 2004.

Al hacer un análisis del Art. 1 de la Cn. Con relación al Art. 72 del Código Civil, nos damos cuenta que tienen una idea diferente de cuando se va a considerar persona a un ser humano ya que el Art. 72 del Código Civil, le niega la calidad de persona al concebido.

3.2.3 ANALISIS DE LAS DISPOSICIONES DE LA LEGISLACIÓN DE FAMILIA SALVADOREÑO

A continuación estudiaremos la normativa de familia, mediante la cual podremos demostrar que los Derechos del concebido no se encuentran regulados, así como tampoco existe un mecanismo a traves del cual pueda ejercer los Derechos que por mandato constitucional le corresponden.

3.2.3.1 CODIGO DE FAMILIA SALVADOREÑO

En el libro V; *Los menores y las personas Adultos Mayores*. En su Capitulo I del titulo I. Expresa claramente los principios rectores, derechos fundamentales y deberes de los menores”; es así como el **Art. 344** de nuestro Código de Familia establece los principios en que se fundamenta la protección del menor, reconoce y regula sus Derechos desde la concepción hasta los dieciocho años de edad; además regula los deberes de la familia, la sociedad y el Estado para garantizar la protección integral del menor.

Esta norma es fundamental en nuestra investigación, verdaderamente normas de esta categoría son las que necesita la persona concebida para que se le plasmen sus Derechos.

El Art. 345 contiene una definición de menor de edad y expresa: “Son menores de edad toda persona natural que no hubiere cumplido dieciocho años. En caso de duda, se presumirá la minoridad mientras no se pruebe lo contrario.” Como complemento tenemos que Guillermo Cabanellas define al menor de edad, como aquella persona que no ha cumplido todavía la edad que establece la ley para gozar de la plena capacidad jurídica.¹³¹ Podemos decir entonces que la mayoría de edad tiene un límite aun y cuando no regula su inicio, es decir desde cuando se considera concebida a la persona, y la ley debería hacer la aclaración para que no se realicen erróneas interpretaciones de la misma.

El Art. 346 versa sobre la protección integral y dice: “La protección del menor deberá ser integral en todos los periodos de su vida, inclusive el prenatal y en los aspectos físico, biológico, psicológico, moral social y jurídico.”¹³²

Se debe aclarar que la protección integral de la que habla este artículo debe enfocarse al concebido que está en el claustro materno el cual tiene que gozar de estos beneficios.

¹³¹ Cabanellas de Torres, Guillermo. Ob. Cit. Pág. 254.

¹³² Vázquez López, Luis. Código de Familia. 2004.

En relación con dicha protección tenemos lo que estipula el **Art. 348**, sobre la protección especial del Estado y establece : “El Estado asume la responsabilidad de proteger a todos los menores y de manera especial a los que se hallen amenazados y violentados en sus derechos y al menor infractor, a los discapacitados y minusválidos; a los desamparados por carecer su familia de los medios de subsistencia que satisfagan sus necesidades básicas; a los afectados por conflictos armados, desplazados y repatriados; y en general a todos aquellos menores que se encuentren desprotegidos.

También deberá proteger a la mujer embarazada, particularmente si fuere menor o abandonada, y en general a la madre, cuando asume sola la responsabilidad de sus hijos".¹³³

Se tiene la necesidad de expresar claramente en este artículo la protección especial que tiene que brindar el Estado a los concebidos, ya que hasta la fecha no hay regulación de una forma directa para éstos, por que solamente toma en cuenta a la mujer embarazada, pero hay que individualizar las garantías y derechos de los que gozan cada uno como personas, ya que puede presentarse el caso en que la madre ocasione daños al concebido, por lo que es necesario prever dichas circunstancias.

Así mismo el Código de Familia con respecto a los menores establece: “Todo menor tiene derecho: **Art. 351 N° 2**, A la Protección de su vida desde el momento en que sea concebido”.

¹³³ Vázquez López, Luis. Código de Familia. 2004.

Por su parte el **Art. 353**, del capítulo II, sobre la protección del Menor dice: “La protección a la vida y salud del menor se ejecutará mediante un conjunto de acciones legales, sociales, preventivas y de asistencia que garanticen su desarrollo integral desde la concepción hasta su mayoría de edad”¹³⁴.

3.2.3.2 LEY PROCESAL DE FAMILIA

Esta ley fue decretada¹³⁵ con el objeto de establecer la normativa procesal para hacer efectivos los derechos y deberes regulados en el Código de Familia y otras leyes relacionadas.

El **Artículo 19** de dicho cuerpo normativo dice: “En cada juzgado de familia habrá un procurador de familia, delegado del procurador general de la república, quien velará por el interés de la familia, de los menores, incapaces y de las personas adulto mayores...”¹³⁶ Este artículo establece la representación que efectúa el procurador de familia para determinados sujetos procesales, no tomando en cuenta al concebido, ni estableciendo la forma de como este puede ser representado, en el caso que necesitara hacer valer sus derechos.

Por su parte en la sección quinta del Código en análisis regula lo relativo a los menores, incapaces y los adultos mayores y en el **Art. 144**, establece que

¹³⁴ Vásquez López Luis. Código de Familia 2004.

¹³⁵ Según Decreto Legislativo Número 133 de 1995.

¹³⁶ Vásquez López Luis. Ley Procesal de Familia 2004.

en los procesos que tienen por objeto la protección del menor, el Juez podrá ordenar medidas de protección que estime convenientes. Quiere decir que si por ejemplo una madre consume bebidas alcohólicas en estado de embarazo un juez puede prohibirle a ésta, el consumo de toda bebida embriagante o cualquier otra sustancia que genere perjuicio físico o psíquico al concebido.

3.2.3.3 LEY DEL NOMBRE DE LA PERSONA NATURAL

El nombre es uno de los atributos de toda persona y como medio de su individualización e identificación debe ser protegido por el Estado por lo que el Art. 36 inc.3º de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a un nombre; dando cumplimiento a este principio constitucional, es como la Ley del Nombre de la Persona Natural en **el Art. 1** establece: “Toda persona natural tiene derecho al nombre, que usa legítimamente con el cual debe individualizarse e identificarse.”¹³⁷

La interrogante en este caso sería por que si el concebido es persona, no se le atribuye un nombre, si tanto la Constitución como la Ley del Nombre de la Persona Natural, establecen este derecho como un atributo inherente a todas las personas sin distinción alguna de su condición.

¹³⁷ Vázquez López Luis. Ley del nombre de la Persona Natural 2005.

3.2.3.4 LEY CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

La violencia intrafamiliar es un fenómeno social complejo y se comete por o contra alguno de los miembros de la familia, constituye una agresión constante a la integridad física y seguridad de las personas. El **Art. 1 lit. B** establece como uno de los fines de ésta Ley el aplicar medidas preventivas, cautelares y de protección necesaria para garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas de violencia intrafamiliar. **El artículo 15** expresa que cualquier persona que tenga conocimiento de un hecho de violencia Intrafamiliar puede denunciarlo ante cualquier autoridad competente¹³⁸. Hay que aclarar que ésta Ley no regula al concebido y debería de hacerlo ya que la vida de éste puede correr peligro, siendo una víctima indirecta de los abusos familiares.

3.2.4 ANALISIS DE LAS DISPOSICIONES DEL CODIGO PENAL SALVADOREÑO

Nuestro Código penal en su Libro segundo parte especial de los delitos y sus penas Título I, delitos relativos a la vida capítulo II de los delitos relativos a la vida del ser humano en formación, regula el Derecho a la vida que tiene el concebido, es así como establece cuatro clases de aborto:

Art.133 C pn. El que provocare un aborto con el consentimiento de la mujer o la mujer que provocare su propio aborto o consintiere que otra persona

¹³⁸ Vázquez López Luis. Ley contra la Violencia Intrafamiliar 2005.

se lo practicare, serán sancionados con prisión de dos a ocho años. Este Artículo regula el aborto consentido y propio, el cual es un delito doloso.

Art.134 C pn. El que provocare un aborto, sin el consentimiento de la mujer, será sancionado con prisión de diez a cuatro años. El presente Artículo regula el aborto sin consentimiento, es por ello que la pena al que incurra en este delito es mayor.

Art.134 C pn. Si el aborto fuere cometido por medico, farmacéutico o por personas que realizaren actividades auxiliares de las referidas profesiones, cuando se dedicaren a dicha practica, será sancionado con prisión de seis a doce años. Se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad por el mismo período. Acá se regula el aborto agravado, esto debido a la calidad del sujeto activo, por ello también este es un delito doloso.

Finalmente encontramos el Aborto Culposo el cual se encuentra regulado en el **Art.137 C pn.** Y literalmente dice: "el que culposamente provocare un aborto, será sancionado con prisión de seis meses o dos años"¹³⁹

Es de hacer notar que las penas que establecen estos Artículos no le dan al sujeto pasivo (concebido) la calidad de persona y esto puede comprobarse al relacionarlos con el **Art.128** del mismo cuerpo normativo, cuando establece que el que matare a otro será sancionado con prisión de diez a veinte años.

¹³⁹ Vázquez López, Luis. Código Penal de El Salvador 2006.

A continuación se da a conocer una serie de artículos del código penal en los cuales se regula las lesiones en el no nacido, es decir que estos no toman al concebido como persona al igual que el Código de Familia, por lo que también es necesario que el Código Penal sea reformado.

El **Art. 138 C pn.** Regula las lesiones en el no nacido y el **Art. 138 C pn** normaliza las lesiones culposas en el no nacido".¹⁴⁰

La legislación secundaria no toma al concebido como persona y eso lo comprobamos al no encontrar normas expresas que establezcan los derechos de éstos, al contrario, nos demuestra que existe un vacío legal el cual debe de reformarse ya que los derechos de las personas concebidas se están vulnerando y al mismo tiempo no se le esta dando viabilidad al principio constitucional que regula el Art.1 inc. 2do.

3.3 ANALISIS DE LAS DISPOSICIONES DE CONVENIOS Y DECLARACIONES INTERNACIONALES.

El **Art. 144** de nuestra Carta Magna establece que los tratados Internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la república al entrar en vigencia.¹⁴¹ Por lo que a continuación estudiaremos algunas de ellas en cuanto a los Derechos del concebido.

¹⁴⁰ Vásquez López, Luis. Código Penal. 2006

¹⁴¹ Vásquez López, Luis. Constitución de El Salvador.

3.3.1 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

El Poder ejecutivo de nuestro país acuerda aprobar y ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada “Pacto de San José de Costa Rica”.¹⁴² La referida convención fue suscrita en Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969. y dentro de ella se acordó en su capítulo II, referente a los Derechos Civiles y Políticos¹⁴³ en el **Art. 4.I** Proteger el Derecho a la vida, y, literalmente reza: “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.”¹⁴⁴

3.3.2 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En la Declaración de los Derechos Humanos encontramos en el artículo 1 cuando se refiere a la igualdad de dignidad y derechos de los seres humanos que los considera de este modo a partir de su nacimiento. Nos damos cuenta entonces que no se pensó en los derechos del concebido en el momento de su realización; pero en el Art. 2, en su primera parte hace referencia a que se tienen los mismos derechos y libertades no importa su nacimiento o no. Este Artículo es muy importante ya que aclara someramente todas las dudas que se tenían con respecto a que si toma en cuenta al concebido o no.

¹⁴² Por acuerdo Legislativo N° 405 de fecha, catorce de junio de 1978 y ratificada por decreto Legislativo N°5 de fecha quince del mismo mes y año; publicada en el Diario Oficial N° 113 de fecha 19 de junio de 1978.

¹⁴³ Naciones Unidas Oficina del alto comisionado para los Derechos Humanos. Normas Básicas de Derechos Humanos. Tercera edición, 2004. Pág. 181.

¹⁴⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De aquí concluimos que se le considera persona y por lo tanto que está observado por los siguientes Artículos:

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

Art. 5 ..." Nadie será sometido a torturas ni apenas o tratos crueles, inhumanos o degradantes "...

Art. 6..."Todo ser humano tiene derecho, en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica". Aún cuando se encuentra en el vientre de su madre.¹⁴⁵

3.3.3 DECLARACION AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana de 1948, tomando como uno de los considerandos que los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana; y establece en su Capítulo Primero referente a los Derechos de la persona **Artículo I** Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona. Y agrega en su párrafo segundo "Todo

¹⁴⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos.

ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona".¹⁴⁶

También el **Artículo VII** establece el Derecho de protección a la maternidad y a la infancia. Y expresa que toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

En el **Artículo XVI**, encontramos la obligación que tiene el Estado y la Sociedad misma de velar por por la seguridad social de la persona concebida cuando establece lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de... la incapacidad proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia." Así mismo en el inciso segundo regula el Derecho de reconocimiento de la personalidad y finalmente el Artículo establece que Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre establece en su capítulo II, referente a los Deberes de las personas en el **Artículo XXX**, los deberes para con los hijos y los padres; y dice: "Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos

¹⁴⁶ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre.

menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten". ¹⁴⁷

3.3.4 DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Declaración de los Derechos del Niño fue Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre 1959; Considerando que las Naciones Unidas habían proclamado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ella, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquiera otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición, y considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento, La Asamblea General proclama la Declaración de los Derechos del Niño.

Es así como el **principio 1** de dicha Declaración, establece lo siguiente: "El niño disfrutara de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños, sin excepción alguna, ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su

¹⁴⁷ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

familia".¹⁴⁸ Si se retoman algunas de las palabras del artículo citado, específicamente cuando dice que el niño disfruta de una serie de derechos que regula la declaración sin excepción alguna de su nacimiento u otra condición, es claro que en esa última frase, entra la persona concebida, siendo este titular de determinados derechos; lo lamentable es que a los principios plasmados en la referida convención no puedan dársele viabilidad debido a la falta de normativa interna.

3.3.5 CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Antecedentes y Aprobación

En oportunidad de celebrarse el trigésimo aniversario de la Declaración de los derechos del niño, la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, mediante Res. 1386 (XIV), aprobó la Convención sobre los derechos del niño, tras diez años de la elaboración de sus contenidos.¹⁴⁹ Debido a las profundas transformaciones que ha sufrido la sociedad en el transcurso del tiempo y la sanción de numerosos y trascendentes pactos internacionales relativos a los derechos de la humanidad que incluían al niño en forma más o menos directa, se determinó la necesidad de otorgar un instrumento que reflejara tales avances, a la vez que constituyera un compromiso de la sociedad representada por los diferentes estados.

¹⁴⁸ Declaración de los Derechos del niño

¹⁴⁹ D' Antonio, Daniel Hugo Ob. Cit. Pág.4

La aprobación de la Convención de los Derechos Humanos del niño, en nuestro país fue hecha por el órgano ejecutivo, en el ramo de Relaciones Exteriores.¹⁵⁰

Los considerandos de creación de la convención sobre los Derechos del Niño son diversos y se fundamentan siempre en la necesidad de protección que debe brindársele a los menores de edad, pero el que más se aplica al tema objeto de estudio es el que literalmente establece lo siguiente: "el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especial, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"¹⁵¹.

Los derechos fundamentales de la niñez participan del carácter de los derechos fundamentales en general, aunque algunos corresponden a una temporalidad, ya que se determinan que algunos derechos son propios de ciertas etapas del desarrollo de la persona.

A continuación se hace un análisis de las disposiciones de la Convención sobre los derechos del niño.

El **Art. 1** Establece que se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años.¹⁵² De acuerdo a lo que expresa este artículo, puede notarse que el concebido entra en la categoría de niño, ya que es un ser humano.

¹⁵⁰ Por Acuerdo N° 237 de fecha 18 de abril de 1990, y ratificada mediante Decreto N° 487 de fecha veintisiete del mismo mes y año; publicada en el Diario Oficial número 108 el día nueve de mayo de mil novecientos noventa, tomo número 307.

¹⁵¹ D'Antonio, Daniel Hugo. Ob. Cit. Pág. 3

¹⁵² Convención Sobre los Derechos del Niño.

La palabra niño comprende diversas categorías, cada una de las cuales tiene derechos particulares:

- Los concebidos
- Los impúberes
- Los adolescentes
- Los jóvenes

Todos ellos entran en cuanto sean menores de 18 años, dentro del concepto de niño de la Convención sobre Derechos del Niño.

El **Art. 6** Establece que los estados parte reconocen que todo niño tiene derecho a la vida.¹⁵³ Y como ya se dejó claro anteriormente, que el derecho a la vida inicia desde la concepción; aun y cuando este derecho a la vida del concebido aparece falto de contenido si no se le complementa con el derecho del desarrollo de la persona, en condiciones apropiadas para asegurar su realización de ser humano en plenitud. Por eso ese mismo artículo en el inciso segundo establece el compromiso estatal, de garantizar en la medida máxima posible, la supervivencia y el desarrollo del niño.

3.4 DERECHO COMPARADO

En este apartado se pretende dar a conocer la forma en como otras legislaciones del mundo retoman al concebido como persona, y a la vez darnos cuenta de que algunos países se encuentran avanzados en lo referente al tema de investigación.

¹⁵³ Convención Sobre los Derechos del Niño.

3.4.1 ESTATUTO JURIDICO DEL EMBRIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO ACTUAL.

Los avances científicos cursan por delante del derecho, que se retrasa en su acomodación a las consecuencias de aquellos. Las nuevas técnicas de reproducción asistida han sido generadoras de muchos vacíos, por sus repercusiones jurídicas de índole administrativa, civil, familiar y penal. Se hace precisa una revisión o valoración de cuantos elementos confluyen en la realización de las técnicas de reproducción asistida, y la adaptación del derecho ahí donde proceda.

En Argentina como lo han hecho en otros países del mundo, se deben crear normas de fondo para regular dicha materia.

El derecho constitucional argentino.

En la organización jurídica del Estado Argentino, la constitución nacional ha sido situada en el vértice superior de la pirámide imaginaria del sistema legal; en el esquema tradicional de dicha constitución nacional el *nasciturus* no cuenta con una norma expresa que garantice sus derechos como persona. Éstos están reconocidos en aquella (en la parte dogmática) en los artículos que contienen las declaraciones sobre los derechos del hombre, algunos de los cuales están declarados en forma específica y otros de manera genérica.

El **Art. 14** de la Constitución, garantiza en su enunciación “la protección integral de la familia”¹⁵⁴ en una expresión que abarca todos los derechos individuales de sus miembros y todos los derechos del grupo o sistema social como tal, porque reconoce a ésta como la célula básica de la sociedad. Asimismo y dentro de los derechos personales, hay un reconocimiento de rango superior a determinados derechos llamados personalísimos, como el derecho a la vida y a la dignidad.

Los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional.

El reconocimiento constitucional de la libertad procreacional y del derecho a la vida del nasciturus.

La libertad “procreacional” o el “derecho a procrear libremente” ha sido reconocido de manera expresa en la **convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer**. A partir de la enunciación taxativa del **Art. 75 inc. 22** segundo párrafo, que efectúa la reforma de la Constitución nacional de 1994, esta convención tiene un rango aún mejor, pues es considerada norma constitucional. Por tanto la libertad procreacional ahí reconocida figura como un derecho explícito de toda mujer en un plano de igualdad con el hombre.

El **Art. 16** garantiza la facultad de decidir sin interferencias en número de hijos, así como el intervalo entre los nacimientos. En efecto, la norma no aclara

¹⁵⁴ Constitución de la República Argentina.

cuál puede ser el método por el que las mujeres y los hombres decidirán el número de hijos, tampoco el sistema por el cual impedirán los nacimientos no deseados; es decir que en esta convención al menos, no surge de modo alguno el reconocimiento del derecho humano a gozar de “libertad procreacional” por encima del otro derecho humano fundamental, como es el “derecho a vivir” del niño ya concebido.

Retomando este último derecho, en la mayoría de los diez tratados internacionales y declaraciones universales enunciados en el segundo párrafo del inc. 22 del Art. 75 de la nueva constitución de Argentina, se reconoce expresamente que esa protección se extiende desde la concepción.

La convención americana sobre Derechos Humanos, fue ratificada por la República de Argentina¹⁵⁵ y en cuanto al Art. 4 de dicha Convención que dice: “Derecho a la vida”. Este derecho será protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”¹⁵⁶ Hoy esta convención tiene rango de norma constitucional. Es decir Argentina mantiene en su derecho positivo la misma posición filosófica original, procurando garantizar “el derecho humano a la vida” desde su origen; ya que según rezan tales artículos el derecho a la vida de toda persona desde la concepción y el derecho de aquella a la integridad psicofísica y moral, entre otros derechos humanos.

¹⁵⁵ Ratificada en la República de Argentina por ley 23.054, del mes de marzo de 1984

¹⁵⁶ Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Otro tratado al cual hay que hacer referencia, especialmente, y que goza de jerarquía constitucional es: **La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño**. Está convención fue ratificada por el Poder Legislativo de Argentina.¹⁵⁷ El texto legal estableció cuatro “reservas” de diversa índole e importancia al referido documento internacional.

Por ello reza el Art. 2 de la ley 23.849 “Al ratificar la convención deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: .. Con relación al Art. 1 de la Convención sobre los derechos del Niño la Republica Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido de que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”. Un aspecto trascendente de la reserva de argentina es reafirmar la posición de considerar sujeto de derecho a la persona desde su concepción. El derecho positivo no produce distinguos en cuanto a períodos pre embrionarios y cuando fija el período de la concepción, abarca desde el momento mismo de la fecundación, hasta el momento legalmente determinado conforme lo señalado por el **Art. 76** del Código Civil de Argentina.

El Código Civil de la República Argentina establece en su **Artículo 54**, lo referente a la capacidad de la persona y dice de la siguiente manera: Tienen incapacidad absoluta: **1**. Las personas por nacer.

¹⁵⁷ Mediante ley 23.849

Artículo 56.- Los incapaces pueden, sin embargo, adquirir derechos o contraer obligaciones por medio de los representantes necesarios que les da la ley.¹⁵⁸

Artículo 57.- Son representantes de los incapaces: 1. De las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre;

Artículo 63. - Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.

Artículo 64. - Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia.

Artículo 65. - Se tendrá por reconocido el embarazo de la madre, por la simple declaración de ella o del marido, o de otras partes interesadas.

Artículo 69. - Cesará la representación de las personas por nacer el día del parto, si el hijo nace con vida, y comenzará entonces la de los menores, o antes del parto cuando hubiere terminado el mayor plazo de duración del embarazo, según las disposiciones de este código.¹⁵⁹

Artículo 70. - Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

¹⁵⁸ Código Civil de la República Argentina.

¹⁵⁹ Código Civil de la República Argentina.

Artículo 72. - Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer o por nacer antes de tiempo.

Artículo 73. - Reputase como cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que asistieren al parto hubieren oído la respiración o la voz de los nacidos, o hubieren observado otros signos de vida.

Artículo 74. - Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubiesen existido. Como puede notarse este Artículo retoma que la existencia de la persona principia al nacer. Ya el **Artículo 75.** establece que en caso de duda de sí hubieran nacido o no con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario.

Artículo 76. - La época de la concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximo y el mínimo de la duración del embarazo.¹⁶⁰

3.4.2 ESTATUTO JURIDICO DEL EMBRIÓN SEGÚN EL DERECHO CHILENO.

Distinción necesaria: antes y después de la implantación del embrión en las paredes del útero.

La legislación penal Chilena distingue, en cuanto sanciona el delito de aborto, si el embrión se encuentra ya implantado en las paredes del útero, o si

¹⁶⁰ Código Civil de la República Argentina.

aún no lo ésta, sea porque se trata de un embrión producido *in Vitro*, sea porque se halla en tránsito desde las trompas de Falopio, pero todavía no ha anidado en el útero. En estos casos, técnicamente no existe aún embarazo, circunstancia fundamental para que pueda existir el delito de aborto.¹⁶¹

La protección penal del que “está por nacer” se inicia en consecuencia, tan sólo en el momento de la implantación del embrión en las paredes del útero. Los embriones obtenidos mediante las técnicas de la fertilización *in Vitro* o aquellos que por otras causas no se encuentran aún anidados, no gozan de protección penal.

Se estima que en materia civil procede formular la misma distinción. “El que está por nacer”, cuya vida protege el **Art. 75 del C.C.** no puede ser otro que el embrión implantado en las paredes del útero. No se explica, sino que dicho, se refiera al como la criatura que su madre tiene en su seno, o que el **Art. 77** lo señale como “la criatura que está en el vientre materno” tratará primero acerca de los posibles derechos del embrión no implantado aún, para referirnos luego al que ya lo está.¹⁶²

Estatuto Jurídico del embrión antes de la implantación

Al abordar este tema deben tenerse presentes algunas circunstancias de la realidad médica de nuestra época: en primer lugar que las condiciones

¹⁶¹ Gonzalo, Figueroa Yáñez. Persona, pareja y familia. Chile, 1996 Pág.54

¹⁶² Gonzalo, Figueroa Yáñez. Ob. Cit. Pág. 54

biológicas de una mujer no son a veces las más adecuadas para recibir en su útero el producto de una fecundación *in Vitro*. Para elevar las posibilidades de obtener un embarazo los médicos utilizan a menudo varios embriones, a sabiendas de que en cuanto uno de ellos se implante, los demás serán necesariamente abortados¹⁶³.

Esta técnica exige que mediante la fertilización *in Vitro* se produzcan varios embriones. Si falla el primer intento de implantar algunos de ellos, podrá recurrirse a los otros en intentos posteriores. Si el primer intento resulta exitoso, los embriones que sobran se destruyen, se utilizan en una mujer distinta o se destinan a experimentaciones genéticas. Tanto en la primera alternativa (utilización simultánea de varios embriones) como en la segunda (destrucción o experimentación en embriones) existe un acto abusivo de lo que pudiera ser considerado como un ser humano en potencia. En segundo lugar, debe mencionarse que en la actualidad en diversas partes del mundo se congelan embriones. No está acreditado fehacientemente que en este proceso ellos no sufran alteraciones graves. Estos procedimientos también pueden ser tenidos como abusivos. Los embriones no implantados en el útero tendrán existencia legal? Hay que tomar en cuenta que la madre no se encuentra embarazada antes de la implantación.¹⁶⁴

¹⁶³ Ídem. Pág. 55

¹⁶⁴ Ídem. Pág. 55

Estatuto Jurídico del embrión ya implantado

Una vez que el embrión se implanta (natural o mecánicamente) a las paredes del útero, ya sea de su madre o de una mujer diferente, estamos en presencia del que está por nacer, como lo denomina el Código Civil Chileno. La mujer que lo tiene en su vientre se encuentra técnicamente embarazada y desde ese momento puede producirse el aborto.¹⁶⁵

Conforme a las disposiciones del Código Civil Chileno, el concebido no es persona, pero tiene suficiente relevancia para ser sujeto de una cierta tutela jurídica; es un interés jurídicamente protegido. Tiene una cierta capacidad de goce, puesto que puede ser titular de derechos tales como un patrimonio condicional, compuesto por todos aquellos bienes y deudas que se le abrían deferido, si hubiese nacido y viviese.

El Código Civil Chileno establece en su **Artículo 74** que la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.¹⁶⁶

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

¹⁶⁵ Ídem. Pág. 55

¹⁶⁶ Código Civil de Chile.

Artículo 75. - La ley protege la vida del que está por nacer (...) Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.¹⁶⁷

Artículo 76. - De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento.¹⁶⁸

Artículo 77. - Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inciso 2.º, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.¹⁶⁹

3.4.3 ESTATUTO JURIDICO DEL EMBRIÓN SEGÚN EL DERECHO BRASILEÑO

El Código Civil Brasileño establece en su **Artículo 2** lo referente a la personalidad civil del individuo y dice que esta comienza desde el momento en

¹⁶⁷ Ídem.

¹⁶⁸ Idem.

¹⁶⁹ Idem.

que nace vivo; no obstante, la ley protege los derechos del concebido a partir de la concepción.¹⁷⁰

El estatuto del niño y del adolescente de Brasil de 1990, en su Art. 2 considera niño para los efectos del Estatuto, a la persona hasta los 12 años de edad cumplidos, y adolescente entre los 12 y 18 años.¹⁷¹

En los casos expresos en la ley, se aplican excepcionalmente este Estatuto a personas entre 18 y 21 años de edad. No señala el derecho del concebido. Pero consagró en él capítulo destinado a los derechos a la vida y a la salud disposiciones dirigidas a la protección del gestante.

3.4.4 ESTATUTO JURIDICO DEL EMBRIÓN SEGÚN EL DERECHO BOLIVIANO

El **Artículo 1** del Código Civil boliviano trata sobre el Comienzo de la personalidad y así en el párrafo II dice: Al que está por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, y para ser tenido como persona basta nacer con vida.¹⁷²

Artículo 1008 (Capacidad de las personas).

I. Para suceder es preciso existir en el momento de abrirse la sucesión, nacido o concebido.

¹⁷⁰ Código civil de Brasil.

¹⁷¹ Estatuto del niño y del adolescente del Brasil 1990.

¹⁷² Código Civil de Bolivia

II. Salva prueba contraria se presume concebido en el momento de abrirse la sucesión a quien ha nacido con vida dentro de los 300 días después de muerto el de cujus.

III. Los hijos, aún no estando concebidos todavía, de una determinada persona que vive al morir el testador, pueden ser instituidos sucesores.

El Código del Niño, Niña y Adolescente de fecha 27 de octubre de 1999, regula lo siguiente:

Artículo 2 (Sujetos de protección.- Se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción (...)¹⁷³

En tanto que el código de menor de 1992 ley 1403, consagra el compromiso del Estado para asegurar condiciones dignas para la gestación, nacimiento y desarrollo integral de los menores, y extiende la atención a las madres en las etapas prenatal y posnatal; en los Arts.15 y 16¹⁷⁴

3.4.5 ESTATUTO JURIDICO DEL EMBRIÓN SEGÚN EL DERECHO COLOMBIANO

El Código Civil Colombiano en su **Artículo 91** Dice: La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo

¹⁷³ Código del niño, niña y adolescente, Bolivia. 27 de octubre de 1999.

¹⁷⁴ Código del menor. Bolivia. 1992

peligra.¹⁷⁵ El presente Artículo ha sido objeto de fuertes debates en Colombia en los cuales han participado sectores tales como el Centro de Investigaciones Sobre Dinámica Social, y algunas Universidades Colombianas, se hizo un debate público ya que la Iglesia Católica y otros grupos ciudadanos no quieren que se produzca la despenalización del aborto, tema que ha cobrado relevancia en los últimos diez años.

El Código del Menor Colombiano data desde 1990 y establece lo siguiente: **Artículo 3** los derechos del niño se reconocen desde la concepción. **Artículo 28.** Se entiende por menor a quien no haya cumplido los dieciocho años. Y cuando no haya certeza acerca de la edad de la persona que requiera la protección prevista en este Código y existan motivos de duda razonable, el Juez, antes de tomar medidas aplicables a los mayores, la determinará mediante los medios de prueba legalmente establecidos.¹⁷⁶ En dicha disposición no se refiere al concebido como persona.

3.4.6 ESTATUTO JURIDICO DEL EMBRIÓN SEGÚN EL DERECHO ECUATORIANO.

El Código Civil de Ecuador, al igual que muchos, establece que es necesario que se lleve a cabo el nacimiento para que una persona exista, tal situación se regula en los artículos que se presentan a continuación:

¹⁷⁵ Código Civil de Colombia.

¹⁷⁶ Código del menor de Colombia 1990, retomado por Fermín Chunga Lamónja, Ob. Cit. Pág. 285.

Artículo 60. El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo.¹⁷⁷

Artículo 61. La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra. Toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.¹⁷⁸

Artículo 63. Los derechos que corresponderían 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 le correspondieron. En el caso del Artículo 60, inciso segundo, pasarán estos derechos a otras personas como si la criatura no hubiese jamás existido.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Código Civil de Ecuador

¹⁷⁸ Ídem.

¹⁷⁹ Ídem.

El Código de Menores de Ecuador, del año 1992, precisa en su normativa que:

Artículo 3. Están sujetos a las disposiciones de este Código:

a) Todo ser humano, desde su estado prenatal hasta los dieciocho años. Y las personas mayores de edad, en los casos previstos por la ley. Si existiere duda acerca de la edad de una persona, se le considerará menor mientras no se pruebe lo contrario.¹⁸⁰

3.4.7 ESTATUTO JURIDICO DEL EMBRIÓN SEGÚN EL DERECHO PERUANO

El Código Civil de Perú, le reconoce derechos al concebido, pero dicho cuerpo normativo no establece claramente en ninguno de sus artículos si lo reconoce como persona desde el instante de la concepción, regulando tal situación en su **Artículo 10** el cual dice: “(.) La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.”¹⁸¹

En concordancia con el artículo anterior se tiene:

Artículo 8560. - Derechos del heredero concebido. La partición que comprende los derechos de un heredero concebido, será suspendida hasta su nacimiento.

¹⁸⁰ Código de menores del Ecuador 1992. retomado por Fermín Chunga Lamonja. Ob. Cit.. Pág. 285.

¹⁸¹ Código Civil de Perú. Vigente desde el 14 de noviembre 1984.

En el intervalo la madre disfruta de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos.

Artículo 7280. - pensión alimenticia. Si el testador estuviese obligado al pago de una pensión alimenticia conforme al artículo 415, la porción disponible quedará gravada hasta donde fuera necesario para cumplirla.

En Perú existe la Ley N° 27337 llamada: "**Código de los niños y adolescentes**"

Dicho código establece determinados artículos los cuales brindan protección al concebido, entre los cuales tenemos:

Artículo I.- Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescentes desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad.¹⁸²

El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario.¹⁸³

En fecha siete de septiembre del 2004, se desarrollo en Perú un Proyecto de Ley para darle Protección al concebido. Algunos comentaristas dicen que este proyecto de ley cae en serias incoherencias en su afán de

¹⁸² Código de los niños y adolescentes. Versión publicada en el Diario Oficial El Peruano. 7 de agosto del 2000 y vigente desde el 8 de agosto del mismo año.

¹⁸³ Código de los niños y adolescentes del Perú.

proteger al no nacido. Una de ellas, es establecer como derecho del concebido el no ser calificado como deseado o no deseado.¹⁸⁴

Ésta iniciativa de ley, pretende también cerrar las posibilidades de tener hijos/as de modo artificial, ya que prohíbe la maternidad subrogada, que es el crecimiento del embrión en el vientre de una tercera persona. Además, circunscribe la fecundación artificial a matrimonios y a uniones de hecho.¹⁸⁵

El Proyecto de Ley N° 11082 que crea la Ley de protección al concebido, tiene los siguientes Fundamentos:

En la actualidad, en los ámbitos intelectuales, médicos, biológicos, filosóficos, juristas y políticos comienzan a tomar conciencia del ataque a los derechos básicos de la criatura humana más desprotegida: el niño por nacer, quien no vota, no consume, no protesta, no cuestiona. El desarrollo tecnológico, en nuestros tiempos, ha facilitado que, a través del ADN, se pueda identificar lo humano ya que es depositario de aquellas características que acompañan a todo ser viviente desde el primer instante al último de su historia.¹⁸⁶

Conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Constitución Política del Estado¹⁸⁷ y el artículo 10 del Código Civil¹⁸⁸ por el solo hecho de la concepción se orienta a que el nasciturus tiene perfecto derecho a la vida, aunque no se le considere persona, lo que le da ya la categoría de sujeto de derecho y le ofrece

¹⁸⁴ www.cajpe.org.pe/rij/bases/ni%F1o/a1.htm

¹⁸⁵ Ídem.

¹⁸⁶ Ídem.

¹⁸⁷ Constitución Política de Perú.

¹⁸⁸ Código Civil de Perú. Vigente desde el 14 de noviembre 1984.

protección legal. “La Ley de protección del concebido”¹⁸⁹ la cual contiene determinados artículos de los cuales a continuación se presentan los más relevantes en cuanto al reconocimiento del concebido:

Artículo 1º- Objeto de la Ley

La presente Ley, tiene por objeto reconocer los derechos que asisten al concebido, a efectos de salvaguardar y preservar su vida e integridad.

Artículo 2º- De la concepción

La vida humana comienza con la concepción. La concepción se inicia con la penetración del espermatozoide en el ovulo, independientemente que la misma se haya producido dentro o fuera del seno materno.

Artículo 3º- De los derechos del concebido

El Estado reconoce y garantiza los siguientes derechos al concebido:

- a) A la vida e integridad física
- b) A crecer en su medio ambiente natural, el seno materno
- c) A no ser manipulado genéticamente ni clonado.
- d) A no ser sometido a procedimientos que afecten su dignidad, integridad e identidad.
- e) Tanto el concebido como su madre tienen derecho a asistencia médica necesaria y a recibir el tratamiento y el cuidado especial que requiera su situación particular

¹⁸⁹ Anteproyecto de ley de protección al concebido. 2004

f) El derecho a no ser calificado como deseado o no deseado

Artículo 14°.- De la creación de híbridos

Será sancionado con una pena privativa de la libertad no menor de seis años quien procediera a:

a) Fusionar embriones portadores de informaciones genéticas diferentes, utilizando para ello al menos en embrión humano.

b) Reunir un embrión humano y una célula que contenga información genética diferente a la contenida en la célula embrionaria, siendo susceptible de continuar diferenciándose junto con el embrión.

c) Producir un embrión susceptible de diferenciarse, por fecundación de un óvulo humano con espermatozoos de un animal o fecundación de un óvulo animal con espermatozoos de un hombre.¹⁹⁰

Hubieron personas que se opusieron a la aprobación de la presente iniciativa de ley, ya que en su interés de reconocerle derechos al concebido atenta contra los derechos de las mujeres y el avance de las tecnologías reproductivas.

3.4.8 ESTATUTO JURIDICO DEL EMBRIÓN SEGÚN EL DERECHO VENEZOLANO

El Código Civil de Venezuela, no reconoce a la persona desde el momento de la concepción, sino que para darle tal calidad es preciso que se haya dado el nacimiento, así lo establece el siguiente artículo:

¹⁹⁰ www.cajpe.org.pe/rij/bases/ni%F1o/a1.htm

Art. 17 El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo.¹⁹¹

Otros artículos que se relacionan con el tema son los siguientes: **Artículo 201** El marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación. Sin embargo, el marido puede desconocer al hijo, probando en juicio que le ha sido físicamente imposible tener acceso a su mujer durante el periodo de la concepción de aquel, o que en ese mismo periodo vivía separado de ella.

Artículo 267 El padre y la madre que ejerzan la patria potestad representan en los actos civiles a sus hijos menores y aun simplemente concebidos, y administran sus bienes (...)

Artículo 809.- Son incapaces de suceder los que en el momento de la apertura de la sucesión no estén todavía concebidos. A los efectos sucesorios la época de la concepción se determinará por las presunciones legales establecidas en los artículos 201 y siguientes para la determinación de la filiación paterna.

Artículo 826 .- Una vez que haya sido establecida su filiación, el hijo nacido y concebido fuera del matrimonio tiene, en la sucesión del padre y de la madre, en la de los ascendientes, y demás parientes de éstos, los mismos derechos que el hijo nacido o concebido durante el matrimonio.

Artículo 827 .- Salvo lo previsto en el artículo 219, el padre y la madre, sus ascendientes y demás parientes del hijo nacido y concebido fuera del

¹⁹¹ Código Civil de Venezuela.

matrimonio, tienen en la sucesión de este último y en la de sus descendientes, los mismos derechos que la Ley atribuye al hijo nacido o concebido durante el matrimonio.¹⁹²

3.4.9 ESTATUTO JURIDICO DEL EMBRIÓN SEGÚN EL DERECHO PARAGUAYO.

En Paraguay poseen un Código de la Niñez y la Adolescencia, el cual se toma en cuenta a la persona por nacer, regulada en el **Artículo 10**, el cual reza: “La protección de las personas por nacer se ejerce mediante la atención a la embarazada desde la concepción y hasta los cuarenta y cinco días posteriores al parto.”¹⁹³

Estarán obligadas a ella el progenitor y, en ausencia de éste, aquellas personas para quienes este Código establece la responsabilidad subsidiaria. Por otra parte el Código de Menor de 1981, cuyo **Art.1°** estableció que los derechos y garantías correspondían al niño desde su concepción.¹⁹⁴

Concordante, la ley 1183, del 18 de diciembre de 1985, por la cual se sanciono el Código Civil, del mencionado país, estableció en su **Art. 28**, la capacidad de derecho de las personas físicas a partir de aquel momento.¹⁹⁵

¹⁹² Ídem.

¹⁹³ Código de la niñez y la adolescencia de Paraguay.

¹⁹⁴ Código del menor de Paraguay. 1981.

¹⁹⁵ Convención sobre los Derechos del niño explicada.

3.4.10 ESTATUTO JURIDICO DEL EMBRIÓN SEGÚN EL DERECHO URUGUAYO.

En Uruguay existe un Código del Niño, en su **Artículo 23** se expresa lo siguiente: “La protección prenatal, comprende la protección del niño antes de su nacimiento entendida en la forma más amplia, moderna y científica. Ella abarca la parte médica, social y moral, siendo la primera realizada por el Ministerio de Salud Pública.”¹⁹⁶

Dicha disposición tiene concordancia con los siguientes artículos: 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 hasta artículo 40 y 41; del mismo cuerpo normativo.

En relación con el Código Civil Uruguayo las concordancias son las siguientes: artículo 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220.

3.4.11 ESTATUTO JURIDICO DEL EMBRIÓN SEGÚN EL DERECHO COSTARRICENSE.

El nuevo código de la Niñez y la Adolescencia costarricense reconoce en su preámbulo como derechos fundamentales de la niñez: la salud, la educación, participar en las decisiones de la familia, expresar opiniones y sentimientos propios, el ambiente sano, el descanso, la vida social, tener acceso a diversas opciones educativas, tener privacidad, y respeto a su intimidad, libertad, reunión

¹⁹⁶ Código del niño. Uruguay.

y asociación y el acceso a la información y educación sobre salud reproductiva; éstos son derechos de todo niño.¹⁹⁷

3.4.12 ESTATUTO JURIDICO DEL EMBRIÓN SEGÚN EL DERECHO PANAMEÑO.

Como humano y como persona la vida del concebido merece pleno respeto el Código de Familia Panameño de 1994 es contundente y fiel al nuevo paradigma de la convención **Art. 484** “El presente libro regula los derechos y garantías del menor entendiéndose como tal a todos ser humano desde su concepción hasta la edad de 18 años. **Art. 489** “Todo menor tiene derecho a la protección de su vida prenatal”.¹⁹⁸

3.4.13 ESTATUTO JURIDICO DEL EMBRIÓN SEGÚN EL DERECHO ESPAÑOL.

En el derecho español como en muchos otros no se consagra al nasciturus como persona. Se reconoce, sí “una expectativa, una esperanza”; pero no se le confiere el carácter, por cierto definido de persona.

En la constitución española, en el **Art. 15**, por ejemplo, se reconoce el derecho a la vida de toda persona, pero no dice desde cuándo la reconoce como tal. Para ello hay que recurrir a la hermenéutica civil. En consecuencia,

¹⁹⁷ Código de la niñez y adolescencia, costarricense.

¹⁹⁸ Código de Familia de Panamá. 1994.

frente al colisión de dos intereses tan importantes como el derecho a la libertad de procrear y el derecho a la vida de una futura persona, ha sido menos confusa para el tribunal constitucional español decidirse por el primero de aquellos.¹⁹⁹

Ellos han distinguido entre “derechos fundamentales” y “bienes jurídicos protegidos”: los primeros son los derechos reconocidos en su constitución, en este caso los derechos a la dignidad de la persona de la madre, a su integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, y su concreción en el ámbito de la maternidad.

Como para los españoles el nasciturus no es aún persona el derecho a la vida humana del engendrado es un bien jurídico constitucional (en espera de que se produzca el nacimiento de aquel para que sea reputado persona), pero no es un derecho fundamental de una persona actual. Hay derecho a la vida por que no es sujeto de derechos.²⁰⁰

¹⁹⁹ Arnau, Marisa Cuerda. Aborto y estado de necesidad. Pág. 229.

²⁰⁰ Arnau, Marisa Cuerda. Ob. Cit. Pág. 229.

3.5 INSTITUCIONES Y MECANISMOS DE GARANTIA, PROTECCIÓN Y EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS DEL CONCEBIDO.

Por el simple hecho de ser traído a la existencia, el concebido adquiere plenos derechos y todas las fuerzas familiares y sociales deben subordinarse a la necesidad de procurarle a éste, un buen desarrollo desde el instante de la concepción. Sus padres, el Estado han de construir para él una cuádruple paternidad, a fin de que esa vida que se inicia adquiera todas las condiciones necesarias para poder venir al mundo.²⁰¹

Especial atención se presenta al ver las innumerables consecuencias jurídicas que derivan de los avances científicos, ya que no se asumen con facilidad dentro de un ordenamiento jurídico,²⁰² en especial cuando se trata de personas quienes en su afán de procrear están manipulando por medios artificiales la vida humana, y sobre esto pueden versar diferentes problemas tal y como se ha explicado en la presente investigación; por ejemplo que una madre soltera procrea y le niegue al menor su Derecho a tener un padre.

Por el contrario puede ocurrir que la madre encontrándose en pleno desarrollo de su embarazo este causándole daños al feto dada la forma de vida que llevan, su alimentación, etc. Puede suceder en otros casos que sea el padre del concebido u otra persona quien este ejerciendo Violencia en el hogar

²⁰¹ Situación de los Derechos de la niñez y la adolescencia Salvadoreña. UNICEF. El Salvador 1999. Pas.106

²⁰² Durán Paloma y Lalaguna. Relaciones de la bioética con el derecho. Granada 1991, Pág.139

y por ende esto afecta al concebido. Ante estos y muchos casos mas es que podemos precisar, que en la actualidad el concebido se encuentra desprotegido; y lo lamentable es que las instituciones gubernamentales y no gubernamentales no hacen nada al respecto, aún y cuando el fin del Estado es velar por la persona humana.

Con el Objeto de evitar cualquier menoscabo sobre el concebido es que resulta necesario, crear mecanismos efectivos para garantizar el adecuado establecimiento y ejercicio de los derechos del concebido, los cuales estarían dirigidos a través de las instituciones Estatales.

Las instituciones competentes, tendrían el compromiso de volver exigibles los derechos de la persona por nacer; sin dejar de lado el compromiso que tiene la sociedad de velar por el bienestar y buen desarrollo de la persona concebida, ya que esta es una tarea conjunta, en la que por una parte el estado por medio de la creación de normativa establezca los derechos del concebido y la forma en como estos pueden ser ejercidos, y por otra la sociedad velando por que las normas tengan eficacia.

El cambio jurídico sufrido en el Art.1 de la Constitución y las nuevas tendencias a nivel mundial que se tienen a cerca del concebido como Persona, plantean la necesidad de establecer y crear mecanismos e instituciones capaces de reconocer y velar por los Derechos del concebido. Se entiende por mecanismos de exigibilidad, el conjunto de acciones y procedimientos,

administrativos y judiciales morales y sociales, dirigidos a asegurar el cumplimiento de los derechos de los niños.²⁰³

Las instituciones involucradas en lo planteado, serian las mismas que en la actualidad velan por los Derechos del niño y del adolescente, es decir todas aquellas que forman parte del Sistema Nacional de Protección al Menor, tales como:

- ✓ el Instituto de Protección al Menor ISPM.
- ✓ La Procuraduría General de la República PGR.
- ✓ La Procuraduría Para la Defensa de los Derechos Humanos.
- ✓ El Ministerio de Salud Publica y Asistencia Social.
- ✓ La Secretaria Nacional de la Familia SNF y
- ✓ Las Asociaciones Comunitarias e Instituciones no Gubernamentales.

²⁰³ Situación de los Derechos de la niñez y la adolescencia Salvadoreña. Ob. Cit Pág. 107-108

CAPITULO IV RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO SOBRE LA “EFICACIA JURIDICA DEL RECONOCIMIENTO LEGAL DEL CONCEBIDO COMO PERSONA”

Los capítulos anteriores se enfocaron en los aspectos bibliográficos y teóricos del tema. El presente capítulo tiene el propósito de presentar y analizar los resultados de la investigación de campo. Los datos provienen de haber aplicado una entrevista dirigida a cinco sectores los cuales se detallan de mayor a menor de acuerdo a la cantidad de entrevistados, iniciando con los Profesionales del Derecho especializados en el área de Familia, en segundo lugar los Diputados de la Honorable Asamblea Legislativa, luego los Jueces de Familia, seguido de los Procuradores de Familia, y por último los Médicos Legistas del Instituto de Medicina Legal "Dr. Alberto Masferrer".

El objetivo de éste capítulo es poder comprobar las hipótesis tanto general como específicas que se plantearon al inicio de ésta investigación.

El análisis de los datos se realiza en relación ha como fueron dirigidas las preguntas en la entrevista; después de recabar la información y analizarla se obtuvieron los resultados siguientes:

4.1 ENTREVISTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO ESPECIALIZADOS EN EL AREA DE FAMILIA.

Se efectuó la entrevista a quince abogados de la Republica, los cuales tienen conocimientos de la Legislación de Familia. Proporcionando las respuestas siguientes:

4.1.1 Opinión sobre el comienzo de la existencia de la persona

Un aspecto importante de la presente investigación era el determinar a partir de que momento iniciaba la existencia de la persona; al respecto el 80% de los entrevistados dijeron que a partir del momento de la concepción; y el 20% expresó que se es persona a partir del nacimiento, ya que estos se inclinan por lo que regula nuestro Código Civil.

4.1.2 Opinión sobre los derechos del concebido como persona

El 53% de los entrevistados señalaron que el concebido es titular solamente de algunos derechos, entre los cuales mencionaron el derecho a la vida, como el fundamental de todos los derechos, así como también el derecho a la integridad física, al nombre, a la protección del Estado, a la salud, a la familia, a la no discriminación, a la libertad, a heredar entre otros. El 33% de los profesionales respondieron que dada la calidad del concebido éste debe poseer todos los derechos que le corresponden como persona. El 7% manifestó que el

concebido no puede ejercer sus derechos si no es a través de su madre y finalmente el otro 7% es de la opinión que no tiene derechos el concebido.

4.1.3 Opinión sobre si la Legislación de Familia Salvadoreña se encuentra preparada para viabilizar los Derechos del Concebido, y como los viabiliza

Con ésta interrogante se pretende en primer lugar establecer que porcentaje de los entrevistados afirma que nuestra Legislación de Familia “si” se encuentra preparada para viabilizar los derechos del concebido y que porcentaje opina lo contrario. El siguiente grafico nos presenta el resultado obtenido:

Opinión	Nº de entrevistados	Porcentaje
Si	6	40%
No	9	60%
Total	15	100%



Las personas que opinaron que “SI” fundamentaron su respuesta aclarando que dichos derechos se viabilizan aplicando la Legislación de Familia auxiliándose de convenciones ratificadas en nuestro país; dicha legislación no tiene inconvenientes en el ejercicio de los derechos del concebido y a través de los diferentes procesos como ejemplo cuota alimenticia o filiación estos pueden ser viabilizados. Por otra parte las personas que contestaron que “NO” complementaron su respuesta con opiniones diferentes, algunos dicen que se podría viabilizar creando un registro público del no nacido, para que exista forma de reclamar acciones en su nombre, otros mencionan la necesidad de reformar tanto el Código de Familia como la Ley Procesal de Familia en el sentido de introducir esos derechos o estableciendo un régimen especial; y finalmente hubieron quienes dijeron que simplemente no se podrían viabilizar.

4.1.4 Opinión sobre si se han promovido demandas a favor del concebido como persona.

Ésta interrogante se realizó con el propósito de dar a conocer si a los abogados entrevistados se les ha presentado la oportunidad de iniciar un proceso interponiendo una demanda a favor del concebido como persona y en base a las respuestas considerar si es eficaz dentro de un proceso ese reconocimiento legal que se le da al mismo.

De los quince profesionales entrevistados solo dos respondieron que si habían promovido demanda a favor del concebido, el resto dijo que no.

4.2 ENTREVISTA DIRIGIDAS A LOS DIPUTADOS DE LA HONORABLE ASAMBLEA LEGISLATIVA.

Un aspecto muy importante en el desarrollo de nuestra investigación de campo es tomar en cuenta las opiniones de determinados diputados de las diferentes fracciones políticas, debido a que las decisiones que se toman dentro de la Asamblea Legislativa influyen en el mejoramiento de la normativa jurídica de nuestro país. Es así como entrevistamos a seis diputados de los cuales tres son pertenecientes al partido político Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN); uno perteneciente al partido Alianza Republicana Nacionalista de El Salvador (ARENA); otro perteneciente al Partido Demócrata Cristiano (PDC) y un último perteneciente al Partido de Conciliación Nacional (PCN).

4.2.1 Opinión sobre el comienzo de la existencia de la persona

Todos coincidieron que desde el momento de la concepción, comienza la existencia de la persona, y algunos hacen referencia a que se encuentra establecido en el artículo uno de nuestra Constitución.

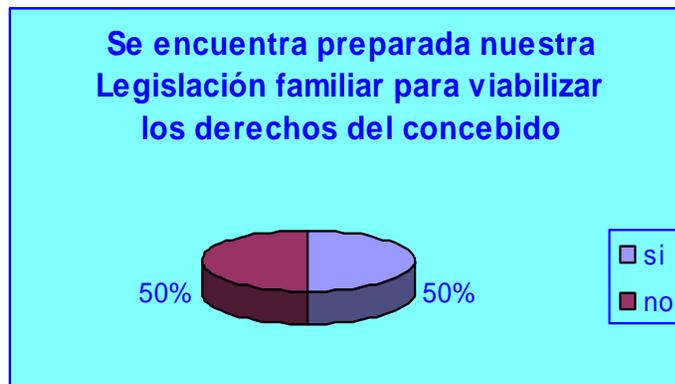
4.2.2 Opinión sobre los derechos del concebido como persona

Cuatro diputados respondieron que el concebido posee todos los derechos que como persona le corresponden y que los encontramos regulados en la Constitución y demás leyes aplicables. Los dos restantes se limitan a mencionar solo el derecho a la vida y a nacer.

4.2.3 Opinión sobre si la Legislación de Familia Salvadoreña se encuentra preparada para viabilizar los Derechos del Concebido y como los viabiliza

4.2.4

Opinión	Nº de entrevistados	Porcentaje
si	3	50%
no	3	50%
Total	6	100%



Los diputados que expresaron que “SI” fundamentaron su respuesta aclarando que la legislación de familia se encuentra preparada y viabiliza los derechos del concebido ya que en ella se garantizan dichos derechos, aunque pesar de ello se necesitan políticas publicas para hacerla efectiva y una Ley especial de protección integral de la niñez.

Dos de los diputados que respondieron que “NO” manifiestan que se podrían viabilizar haciendo las reformas necesarias en la legislación familiar las cuales deben estar acorde con lo que regula la Constitución, y uno opina que con la reforma del Art. 1 de la Cn, se violan los derechos de las mujeres al aborto terapéutico, poniendo al embrión sobre la madre. Por lo que recomienda que no se reforme la legislación de familia si no la Constitución.

4.3 ENTREVISTA DIRIGIDA A JUECES DE FAMILIA

La opinión de los Jueces de familia es trascendental, ya que son ellos los que a diario están aplicando en casos concretos la diferente normativa, por lo que es necesario conocer la interpretación que ellos hacen de la Legislación de Familia y determinar si existe o no eficacia jurídica en el reconocimiento del concebido como persona.

4.3.1 Opinión sobre el comienzo de la existencia de la persona

Dicha entrevista fue dirigida a cuatro jueces de familia y todos afirmaron que desde el instante de la concepción comienza la existencia de la persona detallando algunos que desde el momento en que la célula femenina es fecundada por la masculina.

4.3.2 Opinión sobre los derechos del concebido como persona

Dos de los entrevistados aluden que el concebido posee todos los derechos que en su calidad de persona le corresponden, los cuales se encuentran regulados en la Constitución, así como también en las leyes secundarias; los otros dos jueces toman como derecho primordial el de la vida y se enfocan más en los derechos familiares entre los cuales mencionan el derecho de alimentación, salud, a la protección, al nombre, y a vivir en el seno de su familia.

4.3.3 Opinión sobre si la Legislación de Familia Salvadoreña se encuentra preparada para viabilizar los Derechos del Concebido y como los viabiliza

Opinión	Nº de entrevistados	Porcentaje
no	3	75%
si	1	25%
Total	4	100%



Los jueces que contestaron negativamente fundamentaron que la legislación de familia podría viabilizar los derechos del concebido como persona a través de una adecuada regulación en la ley secundaria, las cuales tendrían que desarrollarse armónicamente con la Constitución en su Art.1; así mismo implementar políticas estatales destinadas a que los mecanismos de protección

y de exigibilidad que establezcan las leyes secundarias, puedan fortalecer el sistema nacional de protección a la familia, dotando a las entidades correspondientes de funciones que sirvan para que se ejerza un control y cumplimiento de esos derechos.

El que contesto de una forma afirmativa, expreso que se pueden viabilizar los derechos auxiliándose de las diferentes convenciones entre ellas la Convención Americana de los Derechos del niño.

4.4 ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS PROCURADORES DE FAMILIA.

Entrevistamos a cuatro procuradores de familia del área de San Salvador, los cuales emitieron las siguientes respuestas:

4.4.1 Opinión sobre el comienzo de la existencia de la persona

La mayoría concordó que la existencia de la persona inicia desde la concepción, y uno de ellos señaló que era a partir del apareamiento de los signos vitales, pero no específico claramente en que momento aparecían éstos.

4.4.2 Opinión sobre los derechos del concebido como persona

De los procuradores entrevistados dos manifiestan que los derechos del concebido son todos los del ser humano, lo cuales están consagrados tanto en la ley primaria como secundaria, en la Convención de los derechos del niño y

en los tratados internacionales. Uno menciona algunos derechos como el de la salud, a una familia, a la identidad, al cuidado de sus padres; y el otro se limita a decir que el derecho primordial es el de los alimentos.

4.4.3 Opinión sobre si la Legislación de Familia Salvadoreña se encuentra preparada para viabilizar los Derechos del Concebido y como los viabiliza

Opinión	Nº de entrevistados	Porcentaje
Si	3	75%
No	1	25%
Total	4	100%



Como podemos observar en el grafico el 75% contestó que “SI” señalando que con la creación de los tribunales de familia se ha dado un paso

firme en la protección de los intereses de los menores y entre algunas de las formas de viabilizar los derechos del concebido encontramos la de exigirle al presunto padre alimentos para el futuro hijo, ya que previo a su nacimiento posee este derecho y se viabiliza por medio de los alimentos a la mujer embarazada. El 25% está en desacuerdo, aclarando que los derechos no son satisfechos por las personas concebidas, no se les brinda salud, y se podría viabilizar exigiéndole al gobierno que satisfaga las necesidades básicas en sus leyes y tratados.

4.5 ENTREVISTA DIRIGIDA A MEDICOS LEGISTAS DEL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL "DR. ALBERTO MASFERRER"

Se entrevistaron a dos médicos legistas los cuales en base a sus conocimientos, expresaron lo siguiente:

4.5.1 Opinión sobre el comienzo de la existencia de la persona

Los médicos afirmaron que desde el momento de la concepción inicia la existencia de la persona, es decir al unirse la célula masculina con la femenina. Uno de ellos profundiza en su respuesta añadiendo que persona es un individuo de la especie humana y éste individuo inicia en la fecundación, pues el ADN del nuevo ser es totalmente independiente de la madre y el padre, es decir, aunque es la unión de las características de ambos es otra persona diferente.

4.5.2 Opinión sobre el por que lo considera a partir de ese momento.

Uno de ellos considera que a partir de la fecundación por la independencia genética que tienen en ese momento, y el otro manifiesta que a partir de ese instante comienza el proceso de la vida, la división celular, la mezcla de los juegos de cromosomas que contiene la información genética en el ADN.

4.5.3 Opinión sobre que son los embriones humanos

Ambos médicos coincidieron que se les denomina embriones humanos a las personas en sus primeras etapas de desarrollo biológico. Además explicaron que hasta antes de las doce semanas son embriones ya que pasado este tiempo se les denomina fetos.

Con los resultados obtenidos de los cinco sectores entrevistados y en relación a las hipótesis tanto general como específicas las cuales se plantearon al inicio de ésta investigación podemos mostrar claramente que se han comprobado las variables independientes y dependientes de las mismas afirmando que “Las limitaciones de la legislación de Familia en cuanto a los vacíos que posee, debido al no establecimiento de los derechos del concebido como persona. Influyen en la falta de mecanismos para que este pueda ejercer sus derechos, negándosele de tal forma la calidad de persona

que le corresponde a partir de la reforma hecha al Art.1 de la Constitución de 1999.”

Así como también “El reconocimiento del concebido como persona en la legislación de familia, producirá el establecimiento de una serie de derechos a favor del mismo.”

Y finalmente “Las reformas pertinentes en el Código de Familia, enfocadas a los derechos del concebido, creará los medios o mecanismos necesarios para que este pueda ejercer los derechos que como persona le corresponden.”

CAPITULO V

"CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES"

5.1 CONCLUSIONES:

- ✓ El comienzo de la vida de toda persona se da en el instante mismo de la concepción, esto es a partir de la unión de la célula masculina con la femenina.

- ✓ Con la reforma del Artículo 1 de nuestra Constitución desaparece la separación entre existencia biológica y existencia legal, la primera al igual que la teoría científica sostiene que se es persona desde el momento de la concepción y la segunda que se es persona a partir del nacimiento. En la actualidad se unifica la existencia legal a la biológica, dando como resultado una insuperable "existencia" que tiene lugar a partir de la concepción.

- ✓ La reforma constitucional no es una mera declaración de carácter programático, sino el establecimiento de una norma que confiere derechos y establece obligaciones frente al Estado, frente a los particulares y debe estar en armonía con la legislación secundaria.

- ✓ Los avances de la ciencia médica, especialmente de la bioética, han alterado los conceptos de paternidad, maternidad y filiación; esta realidad muestra la necesidad de crear medios legales para regular las relaciones que surjan de estas situaciones, las cuales no están contempladas por la perspectiva tradicional del Derecho de Familia; se afirma que existe un vacío normativo.

- ✓ La legislación de Familia, presenta la necesidad eminente de reformarla, dado el no reconocimiento de su calidad de persona al concebido negándole hasta la fecha tal calidad.

- ✓ La falta de normativa que tenga como finalidad garantizar los derechos del concebido como persona, lo limitan a este en el establecimiento de sus derechos dejándolo desprotegido e incapacitado para el ejercicio de los mismos.

- ✓ La consagración de los derechos del menor, son reconocidos como una variada gama de atributos que conforman la esfera de toda persona humana en sus primeras etapas de vida; adquiriéndose dichos derechos desde el momento mismo de la concepción, tal como lo establece la reforma al Art.1 inciso segundo de la constitución.

- ✓ La falta de regulación normativa imposibilita a las Autoridades del Registro del Estado Familiar, para que inscriban en un libro especial a los concebidos, ya que estos tienen Derecho a un nombre, filiación y Estado Familiar.

- ✓ Las innumerables consecuencias jurídicas que se derivan de los avances científicos, no se sistematizan ni asumen con facilidad dentro de un ordenamiento jurídico definido, debido a que afectan diversos sectores del mismo. Uno de los afectados del Derecho Salvadoreño es el Derecho de Familia. En ese sentido, los avances tecnológicos hacen que la norma de determinados aspectos de la vida familiar deba ser reestructurado o, por lo menos, adecuada a la realidad cambiante. Uno de esos ámbitos específicos afectados es el de la filiación.

- ✓ Tomando en cuenta el efecto extensivo de nuestra constitución que garantiza la igualdad de los Derechos de las personas ante el Estado, debe decirse que sin importar el nacimiento o no de las mismas, es menester proveerles a éstas de la igualdad de derechos que las leyes secundarias regulan, mas aún es necesario que el marco legal del cual vallan a depender las personas se encuentre lo suficientemente bien adecuado a la realidad y al momento histórico que se atraviesa.

- ✓ La Legislación de Familia Salvadoreña no puede darle viabilidad al principio constitucional que otorga la calidad de persona al concebido, esto es así ya que el referido Código entro en vigencia cinco años después de la reforma a la Constitución.

- ✓ Algunos profesionales del derecho especializadas en el área de familia erróneamente consideran que la Legislación de Familia se encuentra preparada para viabilizar los derechos del concebido como persona, pero no expresan de una forma convincente el por que afirman dicha consideración, lo que resulta incomprensible ya que en el país ni siquiera se ha establecido una política que impulse a exteriorizar los mecanismos a través de los cuales el concebido podría ejercer sus derechos, tampoco existe preparación para viabilizarlos.

5.2 RECOMENDACIONES:

- ✓ A las autoridades de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad del salvador, así como de las demás universidades del país y a la sociedad civil en general, para que promuevan un debate nacional que tenga como base la aceptación del concebido como persona y dar a conocer la inseguridad jurídica que éstos presentan ante la falta de establecimiento expreso de sus Derechos.

- ✓ A los Diputados de la Asamblea Legislativa, para que todos los anteproyectos de Reforma Constitucional que efectúen, sean estudiados a fondo analizando sus efectos jurídicos; ya que la constitución es la base fundamental de la cual se deriva la Legislación secundaria.

- ✓ Al presidente de la República para que por medio de sus ministros presente un anteproyecto de ley, tendiente a reformar la legislación de familia, mediante el cual se plasmen expresamente los Derechos del Concebido y la forma en como estos pueden ejercer dichos derechos.

- ✓ A los abogados de la república y comunidad Jurídica en general, que analicen y reconozcan los vacíos que existen en nuestra Legislación de Familia, y con sus conocimientos jurídicos puedan asesorar de manera efectiva a sus clientes no evadiendo causas judiciales en las que el concebido se constituya como sujeto procesal.

- ✓ Al Consejo Nacional de la Judicatura, para que brinde una capacitación completa y calificada a los Jueces de la República con respecto a la interpretación de la norma en relación a los Derechos del Concebido y establecer posibles formas de como pueden ejercerse dichos derechos, ya que la reforma constitucional no se ha hecho efectiva hasta el

momento, por ende sería algo nuevo para estos el tener conocimiento de una causa judicial de este tipo.

- ✓ A la Procuraduría General de la República, para que tome un papel protagónico en el tema objeto de estudio, investigando y denunciando la violación a los derechos del concebido, ante la pasividad que muestran los demás órganos del Estado encargados de asegurar su cumplimiento, así mismo dada la calidad de esta institución como principal garante y protectora de los Derechos Humanos fundamentales debería pronunciarse a través de los medios publicitarios o mediante charlas, para que manifieste la necesidad de reformar la legislación de familia y expresar detalladamente los derechos del concebido, así como también las vías legales a través de las cuales podrían exigirse éstos.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS:

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO; curso de Derecho Civil, parte general y los sujetos de derecho. 4ª edición. Editorial Nacimiento 1971. Chile.

Bautista Rafael. Protección Jurídica de datos personales. Edit. Colex Argentina 1993.

CALDERÓN DE BUITRAGO, ANITA Y OTROS, Manual de Derecho de Familia. El Salvador, 1995.

CESAR AUGUSTO ABELENDA, Derecho Civil, parte general, Tomo 1, Editorial Astrea. Argentina 1985.

COVIELLO, NICOLÁS. Doctrina General del Derecho Civil. Edic. S.D. edit, SD México 1938.

D'ANTONIO DANIEL HUGO, Derecho de Menores 4ª edición actualizada. Edit Astrea 1994.

D' ANTONIO, DANIEL HUGO; MÉNDEZ COSTA MARÍA JOSEFA. Derecho de Familia tomo III, rubinsal-culsoni Editores.

D' ANTONIO, DANIEL HUGO; Actividad Jurídica de los menores de edad, Edit. Astrea. Argentina 1995.

DURÁN PALOMA Y LALAGUNA. Relaciones de la bioética con el derecho. Los límites del Derecho. Granada 1991.

FERMÍN CHUNGA LAMONJA, Derecho de Menores. Colombia 1990.

FIGUEROA YAÑEZ, GONZALO. Persona, Pareja y Familia. Editorial Jurídica de Chile. 1996

GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR M. El nasciturus y el Derecho Civil. Argentina 1989.

KEMELMAYER DE CARLUCCI AÍDA. El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas tomo I Buenos Aires Argentina, Rubinsal Culsoni editores. 1990.

KEMELMAYER DE CARLUCCI AÍDA. El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas tomo II Buenos Aires Argentina, Rubinzar Culzoni editores. 1992

LIARTE DOLORES- ROTONDA E. ADRIANA, Procreación Humana Artificial: un desafío bioético, Ediciones de Palma Buenos Aires 1995.

LUIS CLARO SOLAR, Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado de las Personas, Vol. 1 Tomo 1 Editorial jurídica de Chile 2ª edición. 1978.

LUTTGER HANS, Medicina y derecho penal. Editoriales de derecho reunidas. Instituto de criminología de Madrid 1984.

MARIO ANTONIO SOLANO RAMÍREZ. Estado y Constitución. Corte Suprema de Justicia, El Salvador. 1998.

MONROY CABRA M.G. Derecho de Familia y Derecho de Menores, Tercera Edición. Colombia 1993.

MESSINEO, FRANCISCO. Citado por Corelesal en la exposición de motivos en el anteproyecto del código de Familia. 1993.

NARANJO OCHOA, FABIO. Derecho Civil, Personas y Familia. 5ª edición. Editorial señal. Editora Colombia 1993.

RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO D. Derecho Civil. Parte general. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires Argentina 2000.

RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO D. Responsabilidad del Médico; aspectos civiles, penales y procesales Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires Argentina 1999.

ROJINA VILLEGAS, ROBERTO. Derecho Civil Mexicano. Edic. S.D. Edit. Libros de México, S.A., México 1959.

SANTOS CIFUENTES, Elementos de Derecho Civil parte general 2ª edición ampliada y actualizada. Edit. Astrea, de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires Argentina 1991.

SESSAREGO FERNÁNDEZ, CARLOS Derecho a la Identidad Personal. Editorial Astrea 1992.

TORRE ABELARDO. Introducción al estudio del Derecho. Edit Perrot Buenos Aires 1997.

UNICEF. Situación de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia Salvadoreña. Consejo Nacional de la Judicatura. El Salvador 1999.

TESIS:

ARDON NORMA VERÓNICA, La aplicabilidad de la reforma del Art. 1 de la Cn. de la Republica como mecanismo de protección del derecho a la vida del no nacido. Universidad de El Salvador Tesis: 1994.

CRUZ JURADO, ROSA BELIS. "Lesiones en el feto" Universidad de El Salvador Tesis: 1994.

MOZO, ALCIDES ANAYA Y OTROS. La reproducción Humana Asistida y su Relación con el Derecho Sucesorio. Universidad de El Salvador. Tesis: 1994.

OTROS DOCUMENTOS:

ALEGRIA HECTOR. EDUARDO A ZANNONI. Daños a la persona, Revista de Derecho Privado y Comunitario. Rubinzal-Culzoni editores. Argentina 1998.

CABANELLAS, GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental; Editorial Heliasta, 1998.

COPERIAS, ENRIQUE M. Embriones Humanos de Tirar y Usar. Revista muy Interesante. Impreso en México. Exportada por Editorial Palsa S.A. de C.V. 1994.

ENCARTA Enciclopedia 2003.

ESCRICHE JOAQUÍN, Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. México. 1996.

GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR M. El nasciturus y el Derecho Civil, Revista de Derecho notarial año 1983.

MARTÍNEZ AGUILAR, VANESA. Revista Quehacer Judicial. La ley del El Salvador espíritu marzo 2006 N° 45.

MARTINEZ VAL, JOSÉ MARÍA, El nasciturus es persona humana. Revista general del derecho, sesión de derecho. Constitucional.

MIRANDA LUNA, RAÚL EDUARDO. Bioética y Derecho de Familia: problemas actuales sobre filiación. Revista ECA No624 S.S UCA Editores. Pág. 1001

OSORIO, MANUEL: Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires 1982.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario, vigésima edición tomo I 1994.

LEGISLACIÓN:

CÓDIGO CIVIL DE EL SALVADOR. Decretado el 23 de agosto de 1859, publicado en al gaceta oficial Número 85, Tomo 8 el 14 de abril de 1860.

CÓDIGO DE FAMILIA DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo número 677, publicado en el Diario Oficial Numero 231, Tomo Número 321, del día 13 de diciembre de 1993, cuya vigencia inició el 1 de octubre de 1994.

CÓDIGO PENAL DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo N° 1030, del 26 de abril de 1997. Publicado en el D.O. N° 105. tomo 335 el 10 de junio de 1997.

CONSTITUCIÓN DE EL SALVADOR. Decreto Legislativo Numero 38 de fecha quince de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial Numero 234, tomo número 281, del día dieciséis de diciembre de 1983.

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Suscrita en Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969. Ratificada por decreto Legislativo N°5 de fecha quince del mismo mes y año; publicada en el Diario Oficial N° 113 de fecha 19 de junio de 1978.

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS DEL NIÑO. Creada en noviembre de 1989. Ratificada mediante Decreto N° 487 de fecha 27 de abril de 1990; publicada en el D.O. N° 108 el día 9 de mayo de 1990, tomo número 307.

LEY TRANSITORIA DEL REGISTRO DEL ESTADO FAMILIAR Y DE LOS REGÍMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO. Decreto Número 496 del 9 de noviembre de 1995, publicado en el D.O. n° 28, Tomo N° 329 el ocho de diciembre de 1995.

LEY PROCESAL DE FAMILIA. Decreto N° 133 del 14 de septiembre de 1994, publicado en el D.O. N° 173, Tomo N° 324 el veinte de septiembre de 1994.

LEY CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. Decreto N° 902 del 5 de diciembre de 1996. Publicada en el D.O. N° 241, Tomo N° 333 del veinte de diciembre de 1996.

LEY DEL NOMBRE DE LA PERSONA NATURAL. Decreto N° 450 del veintidós de febrero de 1990. Publicada en el D.O. N° 103. Tomo 307, el 4 de mayo de 1990.

ANEXOS

ANTEPROYECTO DE LEY

El presente proyecto de ley de Perú cae en serias incoherencias en su afán de proteger al no nacido.

Una de ellas, es establecer como derecho del concebido el no ser calificado como deseado o no deseado.

Los embarazos no deseados son una realidad que afecta principalmente a las mujeres, ya que la decisión de continuar con un embarazo no deseado significa un gran costo de oportunidades. Sobre todo si tomamos en cuenta que no se cuenta con servicios de cuidado infantil de calidad y que la irresponsabilidad paterna es común en nuestra sociedad.

La presente iniciativa, pretende también cerrar las posibilidades de tener hijos/as de modo artificial, ya que prohíbe la maternidad subrogada, que es el crecimiento del embrión en el vientre de una tercera persona. Además, circunscribe la fecundación artificial a matrimonios y a uniones de hecho.

Recomendamos la no aprobación de la presente iniciativa legislativa, ya que en su interés de reconocerle derechos al concebido atenta contra los derechos de las mujeres y el avance de las tecnologías reproductivas.

Artículo 1º- Objeto de la Ley

La presente Ley, tiene por objeto reconocer los derechos que asisten al concebido, a efectos de salvaguardar y preservar su vida e integridad.

Artículo 2º.- De la concepción

La vida humana comienza con la concepción. La Concepción se inicia con la penetración del espermatozoide en el óvulo, independientemente que la misma se haya producido dentro o fuera del seno materno.

Artículo 3º.- De los derechos del concebido

El Estado reconoce y garantiza los siguientes derechos al concebido:

- a) A la vida e integridad física
- b) A crecer en su medio ambiente natural, el seno materno
- c) A no ser manipulado genéticamente ni clonado.
- d) A no ser sometido a procedimientos que afecten su dignidad, integridad e identidad.
- e) Tanto el concebido como su madre tienen derecho a asistencia médica necesaria y a recibir el tratamiento y el cuidado especial que requiera su situación particular
- f) El derecho a no ser calificado como deseado o no deseado

DE LA FECUNDACION ARTIFICIAL HOMOLOGA Y HETEROLOGA

Artículo 4o.- De la fecundación artificial homóloga

La fecundación artificial homóloga, solo podrá ser practicada en uniones matrimoniales o uniones de hecho.

Se prohíbe la fecundación de más de un óvulo, salvo el caso que la pareja desee concebir más de un hijo al mismo tiempo, en cuyo caso previa evaluación médica a la madre y contando con el informe pertinente del médico tratante se apruebe la fecundación de tantos óvulos como la salud y deseo de los padres lo permitan.

Artículo 5o.- De los profesionales

Solo un médico puede proceder a realizar una fecundación artificial homóloga.

Artículo 6º.- Del consentimiento para la fecundación artificial homóloga

El consentimiento para la práctica de la fecundación artificial homóloga, debe constar por escrito, siendo un acto revocable y personalísimo.

Artículo 7o.- De la negativa a la implantación del óvulo

Queda prohibida toda negativa de los padres a la implantación del embrión una vez fecundado.

Toda contravención a lo establecido en el presente artículo dará lugar a la aplicación de las sanciones que para dicho caso se establezcan en el reglamento de la presente ley.

Artículo 8o.- De la obligatoriedad en el asesoramiento

Es obligatorio, por parte de la Institución tratante brindar asesoramiento interdisciplinario, por equipos especializados, sobre los riesgos, peligros y posibilidades de éxito que representan las prácticas de fecundación asistida.

Artículo 9o.- De los sujetos participantes en la fecundación artificial

La fecundación artificial, cualesquiera fuera la técnica utilizada, asegura los derechos que la presente ley le reconoce al concebido, así como también los derechos de la pareja solicitante de la misma, en su calidad de padres.

Artículo 10o.- De la Fecundación Artificial Heteróloga

Queda prohibido toda práctica de fecundación artificial heteróloga.

DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Artículo 11o.- De la Maternidad Subrogada

Queda prohibida toda forma de maternidad subrogada.

Toda contravención a lo establecido en el párrafo anterior dará lugar a la aplicación de las sanciones que para tal fin se establezca en el reglamento de la presente ley.

DE LAS PROHIBICIONES Y SANCIONES

Artículo 12o.- De las prohibiciones

Será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho, y con inhabilitación conforme a lo establecido en los incisos 4) y 8) del Código Penal, aquel que:

a) Aplique cualquier método de fecundación humana artificial con el fin que las personas por nacer sean explotadas o utilizadas como material biológico disponible.

b) Intervenga o utilice embriones para investigación, sin fines terapéuticos o sin medios proporcionados que resguarden su salud, vida o integridad.

c) Utilice embriones para fines de experimentación, aun si el mismo fuere inviable para ser implantado. Comercie o explote gametos, sean estos masculinos o femeninos. Congele embriones, sea para el fin que fuere. Aplique procedimientos o técnicas que afecten o detengan el normal desarrollo y crecimiento del concebido.

Artículo 13o.- De la práctica por personal no autorizado

Será sancionado con una pena privativa de la libertad de no menor de uno ni mayor de cinco años, e inhabilitación, si correspondiera, conforme a lo establecido en los incisos a) y 8) del Código Penal, quien sin ser médico, o estando inhabilitado para ejercer dicha profesión, procediera a practicar una fecundación artificial homóloga contraviniendo lo dispuesto en los artículos 4º y 5º.

Artículo 14o.- De la creación de híbridos

Será sancionado con una pena privativa de la libertad no menor de seis años quien procediera a:

a) Fusionar embriones portadores de informaciones genéticas diferentes, utilizando para ello al menos en embrión humano.

b) Reunir un embrión humano y una célula que contenga información genética diferente a la contenida en la célula embrionaria, siendo susceptible de continuar diferenciándose junto con el embrión.

c) Producir un embrión susceptible de diferenciarse, por fecundación de un óvulo humano con esperma de un animal o fecundación de un óvulo animal con esperma de un hombre.

Artículo 15o.- De la implantación de híbridos o de embriones a un receptor no apto

Será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de seis años e inhabilitación, si correspondiere, conforme a lo establecido en los incisos 4) y 8) del Código Penal, quien procediera a transferir sea a una mujer o a un animal, un embrión formado como consecuencia de una de las manipulaciones contempladas en el artículo 14o. Será sancionado con la pena establecida en el párrafo anterior, quien transfiera un embrión humano a un animal.

DIARIO OFICIAL

Director: LUD DREIKORN LOPEZ

TOMO N° 342

San Salvador, Martes 16 de Febrero de 1999

NUMERO 32

SUMARIO

ORGANO LEGISLATIVO

Memorándum 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.

DECRETO No. 541.- Ratifícase el Artículo I del Acuerdo de Reformas Constitucionales, de fecha 30 de abril de 1997.

ORGANO EJECUTIVO

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Acuerdos Nos. 50, 54 y 83.- Se encargan Despachos Ministeriales a funcionarios Públicos.

Acuerdo N° 95.- Se llama al Doctor Enrique Borgo Bustamante, para que ejerza la Presidencia de la República.

MINISTERIO DE ECONOMÍA

RAMO DE ECONOMIA

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

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

RAMO DE EDUCACION

Acuerdos Nos. 15-0414, 15-0415, y 15-2830.- Creación, funcionamiento y reconocimiento de Directores en diferentes centros educativos.

Acuerdos Nos. 15-0996 y 15-2562.- Reposiciones de Títulos y Equivalencias de Estudios.

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.

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.

INSTITUCIONES AUTONOMAS

ALCALDÍAS MUNICIPALES

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

SECCION CARTELES OFICIALES

DE PRIMERA PUBLICACIÓN

Cartel No. 191.- Aceptación de Herencia seguida por la PROCURADURIA a favor de CARLOS VILLACORTA.

Carteles Nos. 192 (337), 193 (3338), 194 (3335), 195 (3334), 196 (3333), 197 (3332), 198 (3331), 199 (3422), 200 (3223), Y 201 (3424).- Públicas Subastas seguidas por el FONDO SOCIAL PARA LA

Pág.	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, DOUGLAS ISMAEL TREJO MORALES, OSCAR ROMERO SANCHEZ PEREZ Y CRISTOBAL FRANCISCO GUZMAN VALLE. ...	Pág.	50-52
2-42	Cartel No. 202(3486).- Convocatoria de la CAJA DE CREDITO RURAL DE ARMENIA, a celebrarse el 13 de marzo/99.		53
42	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 PUBLICACIÓN

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 PEÑA DE MELENDEZ, ALEX ANTONIO REYES NAJERA, ERNESTO ESTRADA GARCIA Y FRANCISCO HERNANDEZ.

DE TERCERA PUBLICACIÓN

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.

Cartel No. 235 (4146).- Convocatoria de la CAJA DE CREDITO RURAL DE CARA SÚCIA, SOC. COOP. DE R. L., a celebrarse el 14 de marzo/99.

Carteles Nos. 236 (4174) 239 (4140) y 240 (4191).- Convocatoria de el BANCO IZALQUENO 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.

SECCION CARTELES PAGADOS

DE PRIMERA PUBLICACIÓN

Carteles Nos. - 3217- Iv, 3218- Iv, 3220- Iv, 3221- Iv, 3226- Iv, 3236- Iv, 3254- Iv, 3260- Iv, 3263- Iv, 3264- Iv, 3265- Iv, 3278- Iv, 3305- Iv, 3310- Iv, 3311- Iv, 3312- Iv, 3214- Iv, 3215- Iv, 3255- Iv, 3256- Iv, 3186- Iv, 3187- Iv, 3188- Iv, 3189- Iv, 3190- Iv, 3191- Iv, 3192- Iv, 3193- Iv, 3194- Iv, 3219, 3228, 3237, 3246, 3251, 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

DE SEGUNDA PUBLICACIÓN

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, 3023, 3024, 3025, 3026, 3033, 3020, 3021, 3022, 2981, 2968-Bis, 3000, 3030, 3031, 2985, 2992, 3008, 3008, 2979, 2743, 14238, 4776, 3185-C, 3062-C.

DE TERCERA PUBLICACIÓN

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.

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

DADO EN EL SALON AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los trece días 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.

ELVIA VIOLETA MENJIVAR,
QUINTA SECRETARIA.

JORGE ALBERTO VILLACORTA MUÑOZ,
SEXTO SECRETARIO.

CASA PRESIDENCIAL: San Salvador, a los diecinueve días 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, acordó 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.- Ratificase 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 reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción."

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

DADO EN EL SALÓN 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 VILLACORTA MUÑOZ,
SEXTO SECRETARIO.

ORGANO EJECUTIVO

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

ACUERDO N° 50.

ARMANDO CALDERON SOL,
Presidente de la República,

en uso de sus facultades legales, ACUERDA: encargar el Despacho de la Defensa Nacional, con carácter ad-honorem, el día 13 de enero actual, al señor 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 antes indicado.

DADO 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 República.

ENRIQUE BORGÓ BUSTAMANTE,
Ministro de la Presidencia.

ACUERDO N° 54.

ARMANDO CALDERON SOL,
Presidente de la República,

en 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 señor 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.

DIARIO OFICIAL

Director: LUD DREIKORN LOPEZ

TOMO N° 321

San Salvador, Lunes 13 de Diciembre de 1993

NUMERO 231

SUMARIO

ORGANO LEGISLATIVO

	Pág.
Decreto N° 677.- Código de Familia.....	2-121
Decreto N° 689.- Reformas al Código Civil.....	

ORGANO EJECUTIVO

MINISTERIO DE ECONOMÍA

RAMO DE ECONOMÍA

Acuerdo N° 529.- Se modifica el acuerdo Ejecutivo N° 591, de fecha 18 de agosto de 1992, correspondiente a la Empresa CHARLES PRODUCTS, S.A. DE C.V.	122-123
---	---------

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

RAMO DE EDUCACIÓN

Acuerdo N° 6255.- Equivalencia de estudios a favor de la señorita Celina Apóstolo Palomo	123
Acuerdo N° 7010.- Reposición del título de bachiller a favor del joven José Pilar Reyes Bonilla	124

ORGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Acuerdos Nos. 828-D y 855-D.- Autorizaciones para el ejercicio de la Abogacía en todos sus ramos	125-130
--	---------

SECCION CARTELES OFICIALES

DE SEGUNDA PUBLICACIÓN

Carteles Nos. 1708, 1709, 1710, 1711, 1712, 1713.- Aviso de Subastas seguidos por el Fondo Social para la Vivienda contra los señores Hermínio Romero León, Mario Antonio del Cid, Victor Manuel Castaneda Navarro, Rafael Enrique Cruz Aguirre, Martha Ester Barrientos y Blanca Isabel Juarez	131-134
Carteles Nos. 1701 y 1702.- Aviso de Cobro de la Corte de Cuentas de la República a favor de los señores María Nieves Mejía viuda de Farfán y Juan Antonio Osorio	135

SECCION CARTELES PAGADOS

DE PRIMERA PUBLICACIÓN

Carteles Nos. 18739, 18265, 18030, 18031, 17654, 17380.....	136-139
---	---------

DE SEGUNDA PUBLICACIÓN

Carteles Nos. 18910, 18867.-	140
------------------------------------	-----

ORGANO LEGISLATIVO

DECRETO No. 677.-

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR,

CONSIDERANDO:

- I.- Que el artículo 32 de la Constitución de la República, reconoce a la familia como la base fundamental de la sociedad e impone el deber de dictar la legislación necesaria para su protección, integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico;
- II.- Que de acuerdo con el artículo 271 de la misma, es un deber impostergable armonizar especialmente con sus preceptos la legislación secundaria, siendo evidente que esa concordancia es especialmente necesaria e indispensable en materia familiar, por tratarse de una regulación contenida en el Código Civil que data del año de 1860;
- III.- Que asimismo resulta ser una obligación que no puede diferirse, armonizar la legislación interna en materia familiar y de menores, con la contenida en los tratados y convenciones internacionales ratificados, constitucionalmente de mayor jerarquía que la primera, a fin de evitar la posibilidad de la concurrencia de normas distintas sobre una misma materia, con perjuicio de la seguridad y certeza jurídicas; y
- IV.- Que es conveniente regular especialmente en la materia familiar, la referente a menores y a las personas de la tercera edad, con la salvedad del régimen jurídico especial de los menores a que se refiere el artículo 35 de la Constitución de la República;

POR TANTO,

en uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa del Presidente de la República por medio del Ministro de Justicia y de los Diputados Raúl Manuel Somoza Alfaro y Marcos Alfredo Valladares Melgar,

DECRETA: el siguiente,

CODIGO DE FAMILIA

TITULO PRELIMINAR

OBJETO DEL CODIGO

Art. 1.- El presente Código establece el régimen jurídico de la familia, de los menores y de las personas de la tercera edad y consecuentemente, regula las relaciones de sus miembros y de éstos con la sociedad y con las entidades estatales.

Los derechos y deberes regulados por este Código, no excluyen los que conceden e imponen otras leyes en materias especiales y la solidaridad familiar.

CONCEPTO DE FAMILIA

Art. 2.- La familia es el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco.

PROTECCION DE LA FAMILIA

Art. 3.- El Estado está obligado a proteger a la familia, procurando su integración, bienestar, desarrollo social, cultural y económico.

PRINCIPIOS RECTORES

Art. 4.- La unidad de la familia, la igualdad de derechos del hombre y de la mujer, la igualdad de derechos de los hijos, la protección integral de los menores y demás incapaces, de las personas de la tercera edad y de la madre cuando fuere la única responsable del hogar, son los principios que especialmente inspiran las disposiciones del presente Código.

IRRENUNCIABILIDAD E INDELEGABILIDAD

Art. 5.- Los derechos establecidos por este Código son irrenunciables, salvo las excepciones legales, y los deberes que impone, indelegables; cualquier declaración en contrario se tendrá por no escrita.

DERECHO A CONSTITUIR FAMILIA

Art. 6.- Toda persona tiene derecho a constituir su propia familia, de conformidad con la ley.

FOMENTO DEL MATRIMONIO

Art. 7.- El Estado fomentará el matrimonio. Las acciones que con tal finalidad realice, serán coordinadas por medio de la Procuraduría General de la República; se orientarán a la creación de bases firmes para la estabilidad del matrimonio y el más efectivo cumplimiento de los deberes familiares.

INTERPRETACION Y APLICACION

Art. 8.- La interpretación y aplicación de las disposiciones de este Código deberán hacerse en armonía con sus principios rectores y con los principios generales del Derecho de Familia, en la forma que mejor garantice la eficacia de los derechos establecidos en la Constitución de la República y en los tratados y convenciones internacionales ratificados por El Salvador.

INTEGRACION

Art. 9.- Los casos no previstos en el presente Código se resolverán con base en lo dispuesto por el mismo para situaciones análogas; cuando no sea posible determinar de tal manera el derecho aplicable, podrá recurrirse a lo dispuesto en otras leyes, pero atendiendo siempre a la naturaleza del Derecho de Familia; en defecto de éstas, el asunto se resolverá considerando los principios del Derecho Familiar y a falta de éstos, en razones de buen sentido y equidad.

EXTRATERRITORIALIDAD

Art. 10.- El nacional, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero, queda sujeto a las disposiciones de este Código, en lo relativo al estado de las personas y a las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia.

Los menores y las personas de la tercera edad, de nacionalidad salvadoreña, que residan en el extranjero, también estarán sujetos a lo regulado en este Código en cuanto a su protección y asistencia.

DIARIO OFICIAL

Director: LUD DREIKORN LOPEZ

TOMO N° 307 | San Salvador, Miércoles 9 de Mayo de 1990 | NUMERO 108

SUMARIO

ORGANO LEGISLATIVO

	Página
Texto de la Convención Sobre los Derechos del Niño; Acuerdo Ejecutivo N° 237, emitido por el Ministerio de Relaciones Exteriores, aprobándolo y Decreto Legislativo N° 487 ratificándolo. (textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso)	1/143

ORGANO EJECUTIVO

MINISTERIO DEL INTERIOR

Ramo del Interior

Statutos de la Hermandad de Jesús Nazareno y de la Misión Cristiana "Cristo es la Respuesta"; Acuerdos Ejecutivos Nos. 133 y 166 aprobándolos y confiriéndoles el carácter de persona jurídica.	144/163
--	---------

MINISTERIO DE HACIENDA

Decreto N° 8.—Pago por mes calendario o por períodos de trabajo con vencimiento en los días quince y último de cada mes, a personal nombrado por planilla de jornales, del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social	163
--	-----

SECCION CARTELES PAGADOS

De Primera Publicación

	Página
Carteles Nos. 2797 2745 2766 2793 2807 2809 2816 2823	
2824 2826 2827 2789 2788 2796 2812 2820 2822 4374	
4238 4397 4673 4374 4619 4620 4759 4737 4760 4766	
C-2801 y C-2800.	164/174

De Segunda Publicación

Carteles Nos. 4436 4379 4410 4167 4107 4064 4049 3632	
3648 3689 4701 PI-14491 PI-14492 PI-14493 PI-14494	
PI-14495 PI-14496 PI-14510 PS-8591 PS-8592	
PS-8599 3569 3608 2732 2733 2736 5488 2714 C-2772	
C-2763 y C-2731.	275/191

De Tercera Publicación

Carteles Nos. 2701 2722 2723 2724 2726 2839 4108 4100	
3855 3994 PS-8594 PS-8596 PS-8598 E-7864 E-123507	
E-14156 E-14160 E-14161 E-24162 E-14163 2897 2698	
2707 2706 2709 2710 y C-2820.	191/206

ORGANO LEGISLATIVO

CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD
ADOPTED BY THE GENERAL ASSEMBLY
OF THE UNITED NATIONS ON 20
NOVEMBER 1989

CERTIFIED TRUE COPIES OF THE
CONVENTION

The Secretary-General of the United Nations, acting in his capacity as depositary, and referring to depositary notification C. N. 295. AND TREATIES-I, has the honour to transmit herewith two certified true copies of the said Convention.

The Secretary-General takes this opportunity to call the attention of the competent authorities to the fact that certified true copies are established specifically for the purpose of enabling the Governments and Organizations concerned to complete the internal procedures of ratification, acceptance, approval or accession. For budgetary reasons, certified true copies are printed in limited numbers, and it is expected that any additional copies that may be required could be reproduced by the authorities concerned themselves on the basis of the two copies accompanying the present information.

اتفاقية حقوق الطفل

《儿童权利公约》

CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD

CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L' ENFANT

КОНВЕНЦИЯ О ПРАВАХ РЕБЕНКА

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO



Convención sobre los Derechos del Niño

PREAMBULO

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,

Teniendo presente que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana, y que han decidido promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Reconociendo que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición,

Recordando que en la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales,

Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad,

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión,

Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad,

Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y

reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento",

Recordando lo dispuesto en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional; las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing); y la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado,

Reconociendo que en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles y que esos niños necesitan especial consideración,

Teniendo debidamente en cuenta la importancia de las tradiciones y los valores culturales de cada pueblo para la protección y el desarrollo armonioso del niño,

Reconociendo la importancia de la cooperación internacional para el mejoramiento de las condiciones de vida de los niños en todos los países, en particular en los países en desarrollo,

Han convenido en lo siguiente:

PARTE I

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el

DIARIO OFICIAL

Director: LUD DREIKORN LOPEZ

TOMO N° 324

San Salvador, Martes 20 de Septiembre de 1994

NUMERO 173

SUMARIO

ORGANO LEGISLATIVO

DECRETO N° 115.- Reformas al Decreto Legislativo N° 42, de fecha 30 de junio de 1994, por medio del cual se incrementó el 10% del salario al personal de la Administración Pública	2-3
DECRETO N° 133.- Ley Procesal de Familia	3-34
DECRETO N° 134.- Reformas a la Ley Orgánica Judicial	35-37
DECRETO N° 135.- Reformas a la Ley del Menor Infractor	38
DECRETO NO. 136.- Creación de Tribunales de Familia ...	38-39

ORGANO EJECUTIVO

MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN Y COORDINACIÓN DEL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL RAMO DE PLANIFICACION Y COORDINACION DEL DESARROLLO ECONOMICO Y SOCIAL

Acuerdos N°s 111, 123, 124, 127, 130, 131 y 134.-Se reconocen gastos y licencias correspondientes, por el desempeño de misiones oficiales en el exterior.	40-41
Acuerdos N°s. 112 y 113.-Se autorizan cargos en Cuenta del Banco Central de Reserva de El Salvador.	42-43
Acuerdos N°s 115, 122 y 126.-Transferencias de crédito entre asignaciones del Presupuesto Extraordinario para Reactivación Económica.	43-45
Acuerdos N°s. 132 y 137.-Delegación de funciones en varios empleados públicos.	45
Acuerdo N° 138.-Se aumenta la Fuente Específica de Ingresos 1042 Préstamos Directos de Organismos Internacionales.	45-46

MINISTERIO DEL INTERIOR

RAMO DEL INTERIOR

Acuerdo N° 185.-Nombramiento del Lic. Mauricio Antonio Yanes, como Gerente del Circuito de Teatros Nacionales, con carácter ad-honorem.	46
--	----

MINISTERIO DE JUSTICIA

RAMO DE JUSTICIA

Acuerdos N°s. 460, 461, 462, 472, 479, 486, 532, 533, 534, 538, 539, 540 y 547.-Conmutaciones de penas de presidio a favor de varios reos.	47-50
Acuerdos N°s. 474, 476, 478, 542, 551, 552 y 553.-Se declaran sin lugar las conmutaciones de penas de presidio, solicitadas por varios reos.	50-51

MINISTERIO DE EDUCACIÓN

RAMO DE EDUCACION

Acuerdos N°s. 349 y 2080.-Ampliación de servicios en dos Centros Educativos Particulares.	52
Acuerdos N°s. 1842, 1843, 1844, 2827 y 3835.-Equivalencia de estudios a favor de varios jóvenes.	52-53
Acuerdos N°s. 3151, 3838 y 4541.-Reposiciones de Títulos de Bachiller.	53

ORGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Acuerdo N° 513-Bis.-Revócase el Acuerdo N° 302, de fecha 11 de mayo de 1994.	54
Acuerdos N°s. 687-D y 830-D.-Autorizaciones par el ejercicio de las funciones de Notario y aumentos en la nómina respectiva.	54

INSTITUCIONES AUTONOMAS

ALCALDÍAS MUNICIPALES

Decreto N° 2.-Comité Organizador de la Feria y Fiestas Patronales de la ciudad de Sensuntepeque.	54-56
Decreto N° 9.-Reformas al Presupuesto Municipal de la ciudad de San Francisco Gotera.	56
Decreto N° 9.-Reformas a la Ordenanza Reguladora de las Tasas por Servicios Municipales de la ciudad de Ahuachapán.	56-57
Estatutos de las Asociaciones de Desarrollo Comunal "La Palmera", "Las Glorias", Canton La Isleta y "La Nueva Esperanza", Canton El Carrizal, Acuerdos Nos. 1, 6 y 7, emitidos por las Alcaldías Municipales de El Triunfo (Usulután) y Nueva Granada, respectivamente, aprobándolos y confirmandoles el carácter de Personas Jurídicas.	58-70

SECCION CARTELES OFICIALES

DE PRIMERA PUBLICACIÓN

Cartel N° 750.-Nombramiento de Tutor de los menores José Félix, María Rubelia, José Saúl y Paula del Carmen de apellido Díaz a favor del señor Rodrigo Díaz.	71
---	----

DE TERCERA PUBLICACIÓN

Cartel N° 740.-Aviso de Subasta de la Procuraduría General de la Republica, a favor del señor Francisco López López, contra Juan Martínez Hernández.	71
---	----

SECCION CARTELES PAGADOS

DE PRIMERA PUBLICACIÓN

Carteles Nos. 14545-Iv, 14523-Iv, 14522-Iv, 14480-Iv, 14487-Iv, 14490-Iv, 14498-Iv, 14508-Iv, 14509-Iv, 14525-Iv, 14532-Iv, 14533-Iv, 14534-Iv, 14554-Iv, 14482-Iv, 14489-Iv, 14496-Iv, 14497-Iv, 14499-Iv, 14549-Iv, 14553-Iv, 14486-Iv, 14546-Iv, 14491, 14503, 14507, 14528, 14539, 14541, 14552, 14555, 14500, 14495, 14516, 14517, 14518, 14519, 14520, 14521, 14542, 14501, 14492, 14504, 14505, 14506, 14510, 14511, 14512, 14526, 14532-bis, 14534-bis, 14535, 14536, 14537, 14538, 14540, 14543, 14544, 14494, 14483, 14484, 14485, 14486-bis, 14487-bis, 14488-bis, 14488-C, 14551-C, 14527-C.	72-86
---	-------

DE SEGUNDA PUBLICACIÓN

Carteles Nos. 5760, 14398-Bis, 14414, 14426, 14433, 14419, E-21387, E-21388, E-21397, E-21398, E-21407, PS-13268, PS-13291, PI-19752, PI-21162, PI-21301, PI-21317, PI-21318, PI-21319, PI-21320, 14386, 14396, 14397, 14409, 14410, 14411, 14402, 14404, 14415, 14423, 14429, 14430, 14431, 14389, 14421, 14424, 14384, 14385, 14418-Bis, 14437-C.	87-96
--	-------

DE TERCERA PUBLICACIÓN

Carteles Nos. 14225, 14245, 14251, 14273, 14276, 14277, E-21342, E-21343, E-21344, E-21345, E-21346, E-21349, E-21351, E-21352, E-21354, E-21355, E-21356, E-21365, E-21362, E-21366, E-21367, 14248, 14249, 14252, 14253, 14254, 14268, 14269, 14285, 14240, 14270-Bis, 14234, 14260, 14270, 14271-Bis, 14278, 14301, 14246, 14247, 14283, 14250, 14256, 14257, 14274, 14286, 14287, 14227, 14228, 14229, 14230, 14231, 14232, 14406-C.	97-112
---	--------

ORGANO LEGISLATIVO

DECRETO Nº 115.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR,

CONSIDERANDO:

- I.- Que por Decreto Legislativo Nº 42 de fecha 30 de junio de 1994, publicado en el Diario Oficial Nº 127, Tomo 324 del 8 de julio de 1994, se incrementó el 10% del salario al personal de la Administración Pública;
- II.- Que la Corte Suprema de Justicia ha solicitado a esta Asamblea Legislativa que se incorporen a los funcionarios y empleados del Organó Judicial en los beneficios que otorga el Decreto Nº 42 antes referido;
- III.- Que existen fondos suficientes, dentro del presupuesto del Organó Judicial para financiar el incremento solicitado;

POR TANTO,

En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa de los Diputados Carmen Elena Calderón de Escalón, Roberto Edmundo Viera, Jorge Alberto Villacorta, Gerardo Antonio Suvillaga, Salvador Rosales, Juan Duch Martínez, Julio Antonio Gamero, Sonia Aguiñada Carranza, Norma Fidelia Guevara de Ramirios, Alfredo Arbizú Zelaya, Alejandro Dagoberto Marroquín, David Acuña,

DECRETA:

Art. 1.- Refórmase el Decreto Legislativo Nº 42 de fecha 30 de junio de 1994, publicado en el Diario Oficial Nº 127, Tomo 324 del 8 de julio de 1994, de la siguiente manera:

El Art. 4 se redacta así:

"Art. 4.- Los aumentos salariales a que se refiere el presente Decreto no serán aplicables a las plazas del Presidente, Vicepresidente, Secretarios y Diputados del Organó Legislativo, del Servicio Diplomático y Consular del Ramo de Relaciones Exteriores, a los sobresueldos, a las plazas del Presidente y Vicepresidente de la República, Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República y Tribunal Supremo Electoral, Fiscal General de la República, Fiscal Adjunto para Derechos Humanos, Fiscal General Adjunto, Procurador General de la República, Procurador General Adjunto, Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, Procurador Adjunto para la Defensa de los Derechos Humanos, Procurador Adjunto, Ministros y Viceministros; así como Secretario Particular, Secretario Privado y Secretario Nacional de Comunicaciones de la Presidencia de la República".

Adiciónase como Inciso Cuarto del Art. 5, lo siguiente:

"Para el caso de las plazas del Organó Judicial, el incremento se financiará con asignaciones de su mismo presupuesto".

Art. 2.- El presente Decreto entrará en vigencia ocho días después de su publicación en el Diario Oficial y sus efectos se retrotraen al primero de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

DADO EN EL SALON AZUL DEL PALACIO LEGISLATIVO: San Salvador, a los veinticinco días del mes de agosto de mil novecientos noventa y cuatro.

MERCEDES GLORIA SALGUERO GROSS,
PRESIDENTA.

ANA 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 RENE ARAUJO MORALES,
SECRETARIO.

RENE MARIO FIGUEROA FIGUEROA,
SECRETARIO.

CASA PRESIDENCIAL: San Salvador, a los treinta y un días del mes de agosto de mil novecientos y cuatro.

PUBLIQUESE,

ARMANDO CALDERON SOL,
Presidente de la República.

RICARDO F. J. MONTENEGRO P.,
Ministro de Hacienda.

DECRETO N° 133.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR,

CONSIDERANDO:

- I.- Que los Artículos del 32 al 36 de la Constitución, establecen los principios fundamentales que deben desarrollarse en la legislación secundaria, a fin de garantizar la aplicación de las Leyes que regulen los derechos de la familia y de los menores;
- II.- Que de acuerdo al Decreto Legislativo N° 677, de fecha 11 de octubre de 1993, publicado en el Diario Oficial N° 231, Tomo 321, de fecha 13 de diciembre del mismo año, se promulgó el Código de Familia, por lo que se hace indispensable dictar la Ley que desarrolle los principios de la doctrina procesal moderna, para lograr el cumplimiento eficaz de los derechos reconocidos en dicho Código y demás Leyes sobre la materia; y,
- III.- Que sin desconocer la naturaleza indivisible de la función jurisdiccional, es conveniente el establecimiento de tribunales especializados que conozcan en materia de familia.

POR TANTO,

En uso de sus facultades constitucionales y a iniciativa del Presidente de la República, por medio del Ministro de Justicia y de los Diputados Walter René Araujo Morales, Arturo Argumedo h., Francisco Alberto Jovel Urquilla, Gerardo Antonio Suvillaga, José Vicente Machado Salgado, Jorge Alberto Carranza Alvarez, José Armando Cienfuegos Mendoza, José Daniel Vega, David Acuña, Jorge Alberto Villacorta Muñoz, Segundo Alejandro Dagoberto Marroquín, Eli Avileo Díaz Alvarez y Marcos Alfredo Valladares Melgar.

DECRETA: La siguiente,

LEY PROCESAL DE FAMILIA

TITULO PRELIMINAR

Objeto

Art. 1.- La presente Ley tiene por objeto establecer la normativa procesal para hacer efectivos los derechos y deberes regulados en el Código de Familia y otras Leyes sobre la materia.

Interpretación

Art. 2.- La interpretación de las disposiciones de esta Ley, deberá hacerse con el propósito de lograr la efectividad de los derechos reconocidos por la normativa en materia de familia, en armonía con los principios generales del derecho procesal.

Principios rectores

Art. 3.- En la aplicación de la presente Ley, deberán tenerse en cuenta los siguientes principios:

- a) El proceso se inicia a instancia de parte, salvo las excepciones legales. Las partes podrán ofrecer pruebas, presentar alegatos y disponer de sus derechos, excepto cuando éstos fueren irrenunciables;

- b) Iniciado el proceso, éste será dirigido e impulsado de oficio por el Juez, quien evitará toda dilación o diligencia innecesaria y tomará las medidas pertinentes para impedir su paralización;
- c) El Juez deberá estar presente en todas las actuaciones y procurará la concentración de las mismas;
- d) Las audiencias serán orales y públicas, el Juez de Oficio o a instancia de parte, podrá ordenar la reserva de la audiencia;
- e) El Juez garantizará la igualdad de las partes durante todo el proceso;
- f) Las partes deberán plantear simultáneamente todos los hechos y alegaciones en que fundamenten sus pretensiones o defensas y las pruebas que pretendan hacer valer;
- g) El Juez deberá resolver exclusivamente los puntos propuestos por las partes y los que por disposición legal correspondan; y
- h) Los sujetos que actúen en el proceso deberán comportarse con lealtad, probidad y buena fe.

TÍTULO I

SÚJETOS PROCESALES

CAPÍTULO I

TRIBUNALES

Competencia y Auxilio Multidisciplinario

Art. 4.- Los Juzgados y Cámaras de Familia tendrán la competencia territorial que determina la Ley Orgánica Judicial. Los primeros contarán con un equipo de especialistas integrado, al menos, por un Trabajador Social y un Psicólogo.

El Juez podrá auxiliarse, cuando lo considere necesario, de los especialistas del Instituto de Medicina Legal, del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, de la Procuraduría General de la República o de otros especialistas con los que no contaren dichas instituciones.

Juez y Magistrado de Cámara de Familia

Art. 5.- Para ser Juez de Familia o Magistrado de Cámara de Familia, se deberán cumplir los requisitos que señala la Constitución para ser Juez de Primera Instancia o Magistrado de Cámara de Segunda Instancia, respectivamente, y tener competencia notoria en materia de familia.

En el texto de la presente Ley tanto los Magistrados como los Jueces de Familia podrán ser nombrados con las expresiones genéricas Magistrados, "Juez" o "Jueces".

Atribuciones del Juez

Art. 6.- El Juez de Oficio está autorizado para:

- a) Calificar su competencia;
- b) Rechazar las pruebas impertinentes o inútiles;
- c) Imponer a las partes o a sus apoderados las sanciones previstas en la Ley;
- d) Decretar medidas cautelares; y,
- e) Retirar de las audiencias a quienes perturben indebidamente su curso.

Deberes del Juez

Art. 7.- El Juez está obligado a:

- a) Emplear las facultades que le concede la presente Ley para la dirección del proceso;
- b) Dar el trámite que legalmente corresponda a la pretensión;
- c) Ordenar las diligencias necesarias para establecer la verdad de los hechos controvertidos, sometidos a su conocimiento y decisión, respetando el derecho de defensa de las partes;
- d) Declarar las nulidades y disponer las diligencias que persigan evitarlas;
- e) Ordenar las medidas conducentes para evitar una sentencia inhibitoria;
- f) Resolver los asuntos sometidos a su decisión, no obstante oscuridad, insuficiencia o vacío legal;
- g) Decidir las peticiones de las partes en los plazos previstos en la Ley;
- h) Impedir el fraude procesal y cualquier conducta ilícita; así como prevenir o sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe;