

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
VI SEMINARIO DE GRADUACION EN CIENCIAS JURÍDICAS  
PLAN DE ESTUDIO 1993



**“LOS DERECHOS DEL NO NACIDO Y LAS LIMITACIONES JURÍDICAS  
PARA SU EJERCICIO”.**

**TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OBTAR A TITULO DE:  
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**PRESENTA:**

**OSORIO BARAHONA, SANTOS ISABEL**

**DIRECTORA DE SEMINARIO:**

**LIC. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA.**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, OCTUBRE, DE 2004

# **UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

RECTORA

Dr. María Isabel Rodríguez

VICE – RECTOR ACADEMICO

Ing. Joaquín Orlando Machuca Gómez

VICE – RECTORA ADMINISTRATIVO

Dra. Carmen Elizabeth Rodríguez Rivas de Recinos

FISCAL GENERAL

Lic. Pedro Rosalio Escobar Castaneda

## **FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

DECANA

Lic. Morena Elizabeth Nochez de Aldana

VICE- DECANO

Lic. Oscar Mauricio Duarte Granados

SECRETARIO

Lic. Francisco Alberto Granados Hernández

COORDINADORA DE LA UNIDAD DE SEMINARIO DE GRADUACIÓN

Licda. Berta Alicia Hernández Águila

DIRECTORA DE SEMINARIO

Licda. Evelyn Beatriz Farfán Mata

## INDICE

	Pág.
Introducción.....	i
<b>CAPITULO 1</b>	
<b>LA PERSONA HUMANA Y EL DERECHO</b>	
<b>DE LA PERSONALIDAD.</b>	
1.1 Definición y División de la Persona.....	2
1.2 Teorías sobre la Existencia de la Persona Humana.....	3
1.2.1 Antecedentes Históricos.....	3
1.2.2 Teoría de la Vitalidad.....	5
1.2.3 Teoría de la Viabilidad.....	7
1.2.4 Teoría que establece la Existencia de la Persona Humana Desde el momento de la Concepción.....	8
1.2.5 Diferencias entre las Teorías sobre la Existencia de la Persona Humana.....	12
1.3 Derecho de la Personalidad de la Persona Humana.....	13
1.3.1 Atributos de la Persona Humana.....	13
1.3.1.1 El Nombre como Atributo del No Nacido.....	13
1.3.1.2 El Domicilio como Atributo del No Nacido.....	16
1.3.1.3 El Derecho de Nacionalidad del No Nacido.....	17
1.3.1.4 El Estado Civil del No Nacido.....	18
1.3.1.5 La Capacidad del No Nacido.....	20
1.3.1.6 El Derecho del Patrimonio del No Nacido.....	22
1.3.1.6.1 Derechos de Suceder por causa de Muerte del No Nacido.....	23
1.3.1.6.2 Derecho de Transmisión del No Nacido.....	24
1.3.1.6.3 El Derecho de Representación por causa de	

Muerte del No Nacido.....	25
---------------------------	----

## **CAPITULO 2**

### **REGULACIÓN DE LA PERSONA HUMANA Y SUS ATRIBUTOS EN EL DERECHO SALVADOREÑO Y COMPARADO.**

2.1 Fundamento Constitucional de la Existencia de la Persona Humana.....	28
2.1.1 La Existencia de la Persona Humana desde la Concepción.....	30
2.1.2 Derechos Personales del No Nacido.....	31
2.1.3 Los Derechos Patrimoniales del No Nacido.....	32
2.1.4 Derechos Sucesorales del No Nacido.....	33
2.2 Regulación Jurídica de los Derechos de la Persona Humana en los Tratados Internacionales.....	34
2.2.1 La Convención sobre los Derechos del Niño.....	35
2.2.2 El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.....	36
2.2.3 La Convención Americana de los Derechos Humanos.....	38
2.3 Regulación Jurídica de los Derechos de la Persona Humana en las Leyes Secundarias.....	38
2.3.1 Regulación de los Derechos del No Nacido en el Código Civil.....	39
2.3.2 Derecho del No Nacido en el Código de Familia.....	42
2.3.3 Ley del Nombre de la Persona Natural.....	44
2.4 Los Derechos del No Nacido en el Derecho Comparado.....	45
2.4.1 Regulación de los Derechos del No Nacido en el Estado de Argentina.....	46
2.4.2 Regulación Jurídica de los Derechos del No Nacido en el Estado de Perú.....	47
2.5 Semejanzas y Diferencias en la Regulación Jurídica del No Nacido en El Salvador, Argentina y Perú.....	49

### **CAPITULO 3**

#### **EFFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DEL NO NACIDO EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA.** 51

3.1 Interpretación Constitucional que las Normas que Regulan el Principio de la Existencia de la Persona Humana, sus Atributos y Controles que aseguran su eficacia.....	53
3.1.1 Interpretación de los Principios Constitucionales en relación al Principio de la Existencia de la Persona Humana.....	54
3.1.1.1 El Principio de Supremacía Constitucional.....	54
3.1.1.2 El Principio de Fundamentalidad de la Norma Constitucional.....	60
3.1.1.3 Principio de Regularidad Jurídica de la Norma Constitucional.....	61
3.1.1.4 Principio de Imperatividad de la Norma Constitucional...	62
3.1.2 Controles de Constitucionalidad en la Aplicación de la Norma que Regula la Existencia de la Persona Humana y sus Derechos...	63
3.1.2.1 Control de Inaplicabilidad o Desaplicabilidad de la Norma Secundaria.....	64
3.2 Análisis de Casos Jurisprudenciales de la Protección de los Derechos del No Nacido.....	65
3.2.1 Procesos de Familia para Inscripción del No Nacido.....	77

### **CAPITULO 4**

#### **PROPUESTAS DE PROCESOS JUDICIALES PARA LA EFFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DEL NO NACIDO.** 81

4.1 Proceso de Reconocimiento Voluntario o Provocado del No Nacido.....	82
---	----

4.2 Declaración Judicial de Paternidad del No Nacido.....	85
4.3 Diligencias de Aceptación de Herencia del No Nacido.....	89

## **CAPITULO 5**

<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	<b>93</b>
5.1 Conclusiones.....	93
5.2 Recomendaciones.....	96
Bibliografía.....	98
ANEXOS.....	103

## **DEDICATORIA**

- ✓ A Dios Padre todo poderoso, al Hijo y al Espíritu Santo, por haberme dado la vida y la Sabiduría necesaria para coronar mi meta, por su protección y bendición desde que fui concebida por mis padres.
  
- ✓ A mis padres, Pilar Osorio Alfaro y Santos Barahona (de Grata Recordación), por su apoyo y amor, por su ayuda y oraciones para que pudiera coronar mis sueños.
  
- ✓ A mis hermanos, por darme ánimo y cariño, y por aconsejarme en los momentos difíciles de mis estudios para que no desmayara en ningún momento, y por darme su ayuda material, espiritual y moral.
  
- ✓ A mis sobrinos por estar conmigo en todo momento y ser parte de mi felicidad; especialmente a Wendy Cristina Osorio Esperanza, por que a pesar que no está conmigo en este momento, se que en el cielo al lado de Dios y la Virgen María está feliz por mi triunfo obtenido.
  
- ✓ A mi Asesora Evelyn Beatriz Farfán Mata, por su tiempo dedicado y haber compartido sus conocimientos conmigo.
  
- ✓ A todas aquellas personas que me ayudaron de una u otra forma para que haya obtenido mi meta; que Dios y la Virgen los bendiga hoy, mañana y siempre.
  
- ✓ A mi Alma Mater, de la cual siempre estaré orgullosa y agradecida.

**Santos Isabel Osorio Barahona**

## INTRODUCCION

El presente trabajo se denomina **“LOS DERECHOS DEL NO NACIDO Y LAS LIMITACIONES JURÍDICAS PARA SU EJERCICIO”**, y lo presento a las Autoridades de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, y en especial a la Directora de Seminario Licenciada Evelyn Beatriz Farfán Mata como requisito de graduación para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas.

El problema de investigación se plantea en que la regulación de los derechos de la persona humana en el Código Civil y el Código de Familia a partir de la Teoría de la Vitalidad constituyen limitantes jurídicas al ejercicio de los derechos del no nacido; desde la Reforma Constitucional que eleva a la categoría de Principio Constitucional la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción, según Decreto Legislativo de fecha 30 de Abril de 1977 y 29 de Abril de 2000, publicado en el Diario Oficial número 84 del Tomo 347, el día 12 de Mayo de 2000, hasta la actualidad; pues anterior a esta fecha no existen antecedentes históricos normativos en nuestro país aunque en la doctrina de los expositores del Derecho y en la legislación comparada, se hablaba de la Existencia de la Persona Humana a partir de la Concepción; con el propósito de ofrecer un documento que contiene las inquietudes sobre la Existencia de la Persona Humana a partir de la Concepción, como un rango Constitucional, diferente la Concepción Legislativa que la considera a partir del Nacimiento, buscando una actualización e interpretación del ejercicio de los derechos que favorezcan al No Nacido.

En el Proyecto de Investigación, se consideró como delimitación geográfica del problema los casos que su hubiesen presentado en los Tribunales de lo Civil o de Familia, de los departamentos de San Vicente y Zacatecoluca; y sin embargo se revisó los libros correspondientes y no se ha presentado ningún caso en el que se haya

planteado la problemática apuntada; motivo por el que se recurrió a la Jurisprudencia de los Tribunales de Segunda Instancia habiendo encontrado una sentencia pronunciada por la Cámara de Familia de la Sección del Centro de San Salvador, donde inclusive, para pronunciar el fallo debió nombrarse un Magistrado en discordia; y en la misma resolución aparece el voto razonado de la Magistrada Disidente, que sirve de apoyo para fundamentar muchos aspectos discutibles del problema.

Este trabajo está delimitado al estudio del Derecho al Nombre, como a la Filiación, al Reconocimiento Voluntario o Forzoso del No Nacido, su inscripción en el Registro del Estado Familiar, su Estado Familiar y los derechos del no nacido como sujeto activo y pasivo en el Derecho Hereditario, vinculado al Principio Constitucional mencionado y las concordancias Constitucionales del mismo, haciendo una valoración de posibles soluciones jurídicas mediante procesos de familia o Juicios Civiles para hacer los derechos del no nacido inclusive mediante los Controles Constitucionales de la Inaplicabilidad o Desaplicabilidad de la Norma Secundaria en virtud del Principio Constitucional.

Este trabajo no contendrá otras valoraciones que afectan las figuras delictivas en el Código Penal y otra Ley Penal, no comprende las incidencias de Leyes Tributarias u otras Leyes; únicamente comprenderá la valoración en el límite relacionado en el párrafo anterior.

Para su desarrollo se planteo como objetivo general el siguiente:

- Determinar las limitaciones jurídicas al ejercicio de los derechos del no nacido, a partir del Principio Constitucional sobre la Existencia de la Persona desde la Concepción.

Como objetivos específicos se plantearon los siguientes:

- Determinar si puede armonizarse la interpretación del Art. 72 del Código Civil con el Art. 1 Inciso segundo de la Constitución de la República.
- Explicar y justificar la necesidad de adecuar la estructura del Código Civil y del Código de Familia sobre la Teoría de la Vitalidad con el Principio Constitucional de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción.
- Valorar y proponer mecanismo de documentación para hacer valer los derechos transmisibles del no nacido.
- Fundamentar y determinar causas de Inaplicabilidad de Ley Secundaria en base al Principio de Supremacía Constitucional.
- Explicar los posibles procedimientos para superar la falta de mecanismos operativos en la Ley Secundaria para probar la existencia del no nacido.

Para alcanzar los objetivos propuestos se creo un sistema de hipótesis con el propósito de buscar respuesta a la problemática investigada así:

- La investigación de la Teoría de la Vitalidad estructurada en el Código Civil y en el Código de Familia es limitante al ejercicio de los derechos del no nacido derivados del Principio Constitucional sobre la Existencia de la Persona desde la Concepción.

Se genero además el planteamiento de hipótesis específicas como la siguiente:

- La contradicción sobre la Existencia de la Persona Humana a partir de la Concepción, regulado en la Constitución y su opuesto en la Ley Secundaria que es a partir del estado de vida independiente se resuelve aplicando los Principios de Inaplicabilidad y Supremacía Constitucional.
- La negativa de la Autoridad Administrativa de la inscripción del no nacido en el Registro del Estado Familiar se resuelve promoviendo la Actividad Jurisdiccional para que ordene su inscripción.
- La falta de Partida de Nacimiento y de Defunción del No Nacido es un medio probatorio que puede sustituirse por otras pruebas documentales o laboratorios más eficaces para determinar el Estado Familiar del No Nacido.
- La falta de desarrollo del Principio Constitucional sobre la Existencia de la Persona, en la Ley Secundaria genera arbitrariedad judicial y falta de operatividad.
- La falta de normas que desarrollan el Principio Constitucional sobre la Existencia de la Persona desde la Concepción convierte en ineficaz el ordenamiento jurídico y retarda el goce de los derechos del no nacido o de sus herederos.

Como método de trabajo se utilizo la investigación bibliográfica y jurisprudencial, auxiliado por la interpretación gramatical y sistemática del derecho positivo y valorando la jurisprudencia encontrada a partir de los Principios Constitucionales, buscando la adecuación con las Leyes Secundarias; se utilizó sistema de entrevistas personales a Jueces y Abogados en el ejercicio.

El trabajo se desarrolla mediante cinco capítulos, así:

- ✓ Capítulo I, denominado “ La Persona Humana y el Derecho a la Personalidad”, que contiene, la definición y división de la persona, las teorías, sobre la existencia de la persona y sus diferencias, los derechos de la persona y sus atributos.
- ✓ En el Segundo Capítulo se estudia “La Regulación de la Persona Humana y sus Atributos en el Derecho Salvadoreño y Comparado”, su fundamento Constitucional, su regulación con los Tratados Internacionales y en las Leyes Secundarias, haciendo una comparación de las regulaciones al respecto en la Legislación Salvadoreña y en los Estados de Argentina y Perú.
- ✓ El Capítulo III, se refiere a la “Efectividad de los Derechos del No Nacido en la Legislación Salvadoreña”, se estudia los Principios Constitucionales que ampara los derechos del no nacido, haciendo referencia de los Controles Constitucionales para hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos; alguna relación a las pruebas biológicas, la protección integral del niño, sobre la impugnación de la paternidad y la legitimación para la representación del no nacido.
- ✓ En el Capítulo IV, se hacen Propuestas de Procesos Judiciales para la Efectividad de los Derechos del No Nacido, como el Reconocimiento Voluntario o Provocado del No Nacido, la Declaración Judicial del No Nacido y las Diligencias de Aceptación de Herencia del No Nacido, planteando casuísticas hipotéticas y sus posibles soluciones.
- ✓ Finalmente en el último Capítulo se plantea algunas conclusiones y recomendaciones con el propósito de viabilizar procedimientos y garantizar el

ejercicio de los derechos del no nacido adecuando la Legislación Secundaria a la Normativa Constitucional.

## CAPITULO 1

### “LA PERSONA HUMANA Y EL DERECHO DE LA PERSONALIDAD”

Cuando se hace referencia a la persona humana, es el ser humano, ya sea hombre o mujer de carne y hueso como sujeto jurídico que tiene capacidad para poder ejercer, contraer y cumplir derechos y obligaciones con las demás personas; y para determinar el momento de la existencia legal de la persona humana, la doctrina plantea algunas teorías como la teoría de la Vitalidad que requiere de tres requisitos para ser persona:

- 1) Que sea expulsado del claustro materno.
- 2) Que sea cortado el cordón umbilical que une a la criatura con la madre.
- 3) Que viva un instante siquiera a la separación.

En cambio la teoría de la Viabilidad exige que la criatura nazca viable, es decir que tenga aptitud para seguir viviendo después de ser separado del vientre materno; y la teoría de la existencia de la persona humana desde el momento de la concepción plantea que la existencia de la persona humana comienza cuando el óvulo se une con el espermatozoide, es decir desde su concepción hasta su muerte, pero a partir de su concepción el concebido adquiere derechos como cualquier persona ya nacida.

Si la persona humana adquiere su personalidad desde su concepción, por lo tanto tiene derecho a tener un nombre, un estado familiar, un patrimonio, un domicilio y una nacionalidad que lo hace que sea diferente y lo individualiza de las demás personas dentro de la sociedad.

Existen discusiones sobre el momento de la existencia de la persona humana; algunos autores consideran que es la Teoría de la Vitalidad la que deben adoptar las Legislaciones, como lo hace nuestro Código Civil; otros autores consideran que se debe adoptar la Teoría de la Viabilidad porque el nacido debe vivir como mínimo 24 horas para ser persona y tenga los mismos atributos como cualquier otra; en cambio algunos doctrinarios y Legislaciones como la de Argentina, Perú y la nuestra adoptan la Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción.

De lo anterior se deduce que dependiendo a la Teoría que se adopte, desde ese momento tendrá existencia legal la persona humana y adquirirá los derechos y obligaciones, pudiendo gozar de los atributos que como tal le corresponden.

A partir del momento que la persona humana adquiere su existencia legal puede transmitir su patrimonio a sus herederos en caso de fallecer.

### **1.1 DEFINICIÓN Y DIVISIÓN 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; y que designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y facultades imputables a un ser humano o a un conjunto de ellos, es decir un conjunto de normas a ellos aplicables; entendiéndose por persona: “El ser o entidad capaz de ejercer derechos y obligaciones, aunque no tenga existencia individual física, como las Corporaciones, Asociaciones, Sociedades y Fundaciones”<sup>1</sup> La doctrina clasifica al sujeto de derecho en personas individuales y personas colectivas; la legislación Salvadoreña en el Art. 52 del Código Civil las clasifica en: Personas Naturales y Personas Jurídicas, de lo cual se deduce que tanto la persona natural- persona individual- persona jurídica individual-persona humana y persona física son sinónimos; así como persona jurídica, persona colectiva, persona jurídica colectiva, persona abstracta y persona moral son también sinónimos.

Se debe entender por persona natural: “ El individuo, el ser humano, sin distinción de genero, raza o posición social el cual desde el momento mismo de su concepción adquiere la capacidad de goce y por consecuencia tiene derecho a la protección que el Estado le brinda a través del derecho a todos y cada uno de los miembros”<sup>2</sup> ; es decir que el hombre y la mujer como sujetos de derechos y obligaciones, aún cuando su capacidad

---

<sup>1</sup> Osorio, Manuel: “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1982, Pág. 569

<sup>2</sup> Marín Samperó, Emma Rosa: “Las Personas en Derecho Civil, Universidad Abierta”, Edición S. D., Edit. S. D. México, Año S. D. Pág. 5

jurídica pueda estar limitada como en el caso de los enfermos mentales, aunque estas no anulan el grado de personalidad que posee la persona humana.

En cambio la persona jurídica “satisface necesidades de carácter más o menos permanente y tienen un fin social que no puede conseguirse con la fuerzas individuales de un solo hombre y exige la cooperación de varios hombres, reconociéndoles la individualidad propia como un ente que lo hace sujeto de derechos y obligaciones”<sup>3</sup>; pues entonces se afirma que persona jurídica es: “El ente ficticio resultante de la asociación de dos o más personas, capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones y de ser representada legalmente”<sup>4</sup>, es decir que la persona jurídica se diferencia de la natural, porque es un ente ficticio, es creación de actos jurídicos, es representada por una persona natural determinada por la ley o el pacto social y se extingue por el cumplimiento del plazo o condición para la que fue creada.

## **1.2 TEORIAS SOBRE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA.**

Diferentes teorías que explican desde que momento tiene existencia legal la persona humana, entre ellas: la Teoría de la Vitalidad, Viabilidad y la Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la concepción; cada una de estas teorías plantean, desde que momento se le puede considerar persona a un ser humano, goza de derechos o no el concebido desde el momento de su concepción que pasa con los derechos de la criatura que fallece antes de su nacimiento puede heredar el no nacido su patrimonio a sus herederos al fallecer; todos estos planteamientos nos explican las Teorías de las cuales se hará referencia a continuación:

### **1.2.1 ANTECEDENTES HISTORICOS.**

A partir de los antecedentes históricos de la persona humana, la doctrina plantea que la “Etimología de la palabra persona, proviene del vocablo latino, que en el lenguaje teatral

---

<sup>3</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo: “Los Sujetos de Derecho”, 4º Edic., Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1971, Pág. 157

<sup>4</sup> “Guía Complementaria de los Sujetos del Derecho”, Separata, 2003, UES. Pág. 2

antiguo designa la mascara que a manera de yelmo, cubre todo la cabeza del autor, y vista jurídicamente es todo ser capaz de tener derechos y obligaciones”<sup>5</sup>.

“En la legislación especial existía diferencia entre el hombre y la persona, denominaban al primero como el ser que tiene mente racional en cuerpo humano; y la segunda, o sea la persona, era el hombre en libertad; además consideran que los esclavos eran hombres, pero no una persona porque carecían de libertad y los veían como una cosa que se podía comprar y vender como cualquier mueble.

Posteriormente desapareció la esclavitud y borró la diferencia que existía entre el hombre y la persona y desde el hecho de la abolición de la esclavitud se considero a todo individuo de la especie humana, una persona por el hecho de serlo”<sup>6</sup>, pero con la condición que debía nacer y vivir; porque “los Romanos creían que durante la gestación, el feto todavía no era una persona, por faltarle la existencia propia, y era parte de la madre como un miembro o porción de sus vísceras; pero que debía ser protegida la mujer debido a que el feto no era una simple cosa y sancionaban aquellos hechos ilícitos provenientes de cualquier persona que lesionara o impidiera la gestación normal del concebido”<sup>7</sup>; aunque para algunos Romanos, el concebido era considerado ya nacido, con el fin de otorgarle una personalidad diferente a la de la madre, porque podía gozar de algunos derechos como el de adquirir bienes ya sean estos legados, herencias, donaciones y otros.

“La legislación Española antigua otorgaba la personalidad solo a aquél ser humano que naciera vivo y además consideraban que para otorgarle la personalidad a la criatura debía de vivir como mínimo veinticuatro horas y que debía ser bautizado antes de morir”<sup>8</sup>; en cambio “El Código de Napoleón, exige para otorgar personalidad, que el ser humano nazca vivo y viable. La viabilidad hace relación a que el nacido pueda continuar

---

<sup>5</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo Ob. Cit. Pág. 154

<sup>6</sup> Idem. Pág. 154

<sup>7</sup> Valencia Zea, Arturo: “Derecho Civil Mexicano”, Edic. S. D., Edit. S. D., México, Año S. D., Pág. 366 y 367.

<sup>8</sup> Idem, Pág. 365

viviendo, es decir, que tenga aptitud para la vida humana”<sup>9</sup>; este sistema imperaba en las leyes como Francia, Alemania, Suiza y otros.

Según la doctrina, el autor Freitas se apartó del Planteamiento Romano, porque no contaba de acuerdo con la Teoría de la Vitalidad y Viabilidad pues él consideraba que la persona humana tenía existencia legal a partir de la concepción, y no desde su nacimiento, éste pensamiento dio surgimiento a que algunas legislaciones comenzarán a proteger al concebido, como persona humana a partir de su concepción, por ejemplo Argentina, Perú y actualmente la nuestra.

### **1.2.2 TEORIA DE LA VITALIDAD.**

Esta teoría considera que la personalidad del ser humano da inició con el nacimiento, y se entenderá nacido si cumple con 3 requisitos, entre ellos:

- 1- Que la criatura sea separada de su madre este hecho da surgimiento a que la criatura goce de derechos y ser objeto de una protección jurídica independiente que le corresponde a la madre, y no interesa distinguir como se realizó la expulsión del nuevo ser humano del claustro materno, pues tanto el expulsado por parto espontáneo, por operación de cesárea, o el expulsado prematuramente con intervención quirúrgica o sin ella, se considera ya nacido para determinar personalidad.
- 2- Que la separación de la criatura sea completa. Para la Teoría de la Vitalidad la criatura al nacer aparte de ser separado de su madre, debe cortársele el cordón umbilical que lo une al vientre materno, el cual sirve de conducto a la sangre de la madre que nutre al feto, y así poder considerarlo nacido, de lo contrario de no cumplir con este requisito el concebido no tendría personalidad legal y para esta Teoría no sería persona humana.

---

<sup>9</sup> Idem, Pág. 365

Entre los autores existen discusiones, y se preguntan “¿Qué ha querido decir el legislador con esa frase? En opinión de ciertos intérpretes, que ningún vínculo haya entre la madre y el hijo, si quiera el del cordón umbilical que une el embrión a la placenta y sirve de conducto a la sangre de la madre que nutre el feto”<sup>10</sup>; y además se cuestionan, si la simple expulsión del ser humano es suficiente para poder considerar nacido, o si se requiere el rompimiento del cordón umbilical que une el feto al vientre materno”<sup>11</sup>; para algunos autores creen que no es necesario “que se a roto el cordón umbilical, pues consideran como esencial los síntomas reveladores de vida independiente de la madre”<sup>12</sup>; en cambio otros autores opinan que el nacimiento solo se verifica cuando el cordón umbilical se haya cortado, pues la ley exige la separación completa del vientre materno.

- 3- Que la criatura haya sobrevivido a la separación un momento siquiera. Según esta teoría una vez realizada la separación de la criatura completamente del vientre materno, debe vivir un instante siquiera, sin importar la fracción más insignificante de tiempo para determinarse que la criatura si vivió separada de su madre; pero en el caso que la criatura no de signos de vida y se requiera determinar si vivió o no un momento siquiera a la separación completa, la doctrina plantea que debe realizarse algunas pruebas, como la denominada “Docimasia Pulmonar Hidrostática”<sup>13</sup>, y para el doctrinario Arturo Valencia Zea, se denomina “Docimasia Respiratoria o Prueba de los Pulmones”<sup>14</sup>, por lo que en el momento del parto se debe observar “los signos de la criatura realiza, como el llanto de la criatura al momento de la expulsión, de lo contrario se deberá pedir ayuda de los procedimientos médicos legales, que van dirigidos a comprobar las huellas de la respiración, que son signos por excelencia de la

---

<sup>10</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, Ob. Cit. Pág. 158.

<sup>11</sup> Valencia Zea, Arturo, Ob. Cit. Pág. 363.

<sup>12</sup> Idem, Pág. 363

<sup>13</sup> Alessandri Rodríguez, Ob. Cit. Pág. 160.

<sup>14</sup> Valencia Zea Arturo, Ob. Cit. Pág. 364

vida”<sup>15</sup>; la prueba realizada por el médico para determinar si la criatura vivió un instante siquiera separada del vientre materno, “consiste en sumergir los pulmones de la criatura en una vasija con agua y si estos flotan, significa que la criatura ha respirado”<sup>16</sup>.

Según esta prueba realizada por los médicos plantea “que el aire disminuye la densidad de los pulmones, haciéndolos que sobrenaden, porque si los pulmones caen al fondo de la vasija, debe suponerse que la criatura no vivió un instante siquiera y se reputara que nunca existió”<sup>17</sup>.

Los Romanos se apegaban a la Teoría de la Vitalidad, pero además de los tres requisitos exigidos por esta Teoría, consideraban que para otorgarle personalidad a la criatura, “era necesario que el nacido con vida fuera un ser humano”<sup>18</sup>, porque si la criatura nacía con alguna deformidad era considerada “un monstruo o un prodigio, pues Savigny definía los seres humanos, como aquellos que presentan los signos característicos de la humanidad”<sup>19</sup>; en cambio para otros autores según esta Teoría también exigían como requisito que la criatura debía ser presentada en la Iglesia ante Dios y ser bautizada para otorgarle personalidad.

### **1.2.3. TEORIA DE LA VIABILIDAD.**

La Teoría de la Viabilidad consiste que para ser persona es necesario que la criatura nazca, que sea separado completamente de su madre, y que viva como mínimo veinticuatro horas, “es decir que después de haber sido separado del claustro materno el niño pueda continuar viviendo”<sup>20</sup>, para esta Teoría no se requiere que la criatura viva un momento siquiera sino que tenga aptitud para seguir viviendo después de la separación de su madre.

---

<sup>15</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, Ob. Cit. Pág. 160

<sup>16</sup> Idem, Pág. 160

<sup>17</sup> Idem, Pág. 160

<sup>18</sup> Valencia Zea, Arturo, Ob. Cit. Pág. 364

<sup>19</sup> Idem, Pág. 364

<sup>20</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, Ob. Cit. Pág 161

Algunos doctrinarios cuando se refieren a la Teoría de la Viabilidad le hacen críticas, a las dificultades que esta presenta y además porque consideran que “la Teoría se basa en pronósticos y no en un hecho como la Teoría de la Vitalidad, ya que al afirmar que un recién nacido no es viable, es como que se predice que la criatura morirá”<sup>21</sup>.

Algunas Legislaciones como Chile, Francia, y España acogen la Teoría de la Viabilidad y “presumen viable aquella criatura que viva como mínimo veinticuatro horas, sin embargo la Ciencia demuestra que al 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 se exige veinticuatro horas, porque negarle la existencia legal a la criatura que solo vive doce horas, seis horas o cinco minutos”<sup>22</sup>.

En la Teoría de la Viabilidad existen consecuencias como por ejemplo cuando la criatura no cumple los requisitos exigidos por ésta Teoría para determinar que la criatura que nació es persona humana, en el caso en que la criatura no haya vivido más que diez minutos según el planteamiento de la Teoría de la Vitalidad es persona, porque exige que el nacido viva un momento siquiera para serlo; pero en el caso de la Teoría de la Viabilidad que tiene como requisito vivir como mínimo veinticuatro horas, el nacido no sería persona si solo vive diez minutos debido que para esta Teoría sino cumple con los requisitos la criatura es como que nunca haya existido; además no podría transmitir sus bienes a sus herederos por no haber adquirido ese derecho al no otorgarle la calidad de persona.

#### **1.2.4. TEORIA DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA DESDE EL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN.**

En relación a esta teoría existen diferentes concepciones sobre este pensamiento; algunos autores consideran que la existencia de la persona humana no comienza a partir del nacimiento de la criatura, sino que inicia desde el momento de la unión del óvulo

---

<sup>21</sup> Idem, Pág. 161

<sup>22</sup> Idem, Pág. 161

con el espermatozoide, es desde ese instante que da surgimiento a la vida del ser humano quien debe ser protegido por el Estado, la Sociedad y la familia, además le da derecho a gozar de los derechos que le corresponden por el solo hecho de ser persona humana.

La doctrina plantea que la existencia biológica de toda persona inicia con la concepción y algunas opiniones sobre este pensamiento son: y que tiene personalidad antes de nacer, para el autor Víctor Pérez Vargas, “desde el momento de la fecundación existe una unidad orgánica, un organismo, un ser vivo como una persona”<sup>23</sup>, asimismo Vélez Sasfield considera al concebido como persona ya existente, cuando dice: “que las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre, si fuesen personas futuras no habría sujeto de representar”<sup>24</sup>.

La Real Academia de Doctores de España, en el informe del 25/4/83 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”<sup>25</sup>.

En cambio para 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 de Illinois de Marzo de 1969; Pág. 39, 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 el niño”<sup>26</sup>.

De las opiniones antes expuestas por los doctrinarios se deduce que la existencia de la persona humana, comienza desde el momento de la concepción como la plantea esta teoría, ya que “el resultante de la fecundación del óvulo en el útero materno, en

---

<sup>23</sup> Pérez Vargas, Víctor, A. A. V. V.: “Los Nuevos Paradigmas y los Derechos del Concebido como Persona”, Edic. S. D., Edit. S. D., Ciudad S. D., Año S. D., Pág. 246

<sup>24</sup> Idem, Pág. 243

<sup>25</sup> Garrido de Palma, Víctor M.: “El Nasciturus y el Derecho Civil”, Revista de Derecho Notarial, N° S. D. Edit., Ciudad S. D., Año 1983, Pág. 125

<sup>26</sup> Martínez Val, José María: “El Nasciturus es Persona Humana”, Revista General del Derecho, Sección de Derecho Constitucional, N° S. D., Edit., S. D., Ciudad S. D., 1985, Pág. 446.

cualquier fase es un ser humano y, siendo persona humana tiene todos los derechos fundamentales del hombre, garantizados por la constituciones y por la declaraciones de los Derechos Humanos que no le pueden ser negados”<sup>27</sup>.

No se puede negar la vida del concebido y su notoria autonomía porque si la capacidad jurídica es la posibilidad de captar situaciones jurídicas, aunque muchos autores digan que se adquiere la capacidad jurídica con el nacimiento, la verdad es que antes de ese momento según la Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción, el ser humano desde que es concebido es destinatario como un sujeto y no como un objeto de las consecuencias jurídicas del ordenamiento.

Según esta Teoría el embrión ya tiene los mismos derechos como cualquier otra persona, pues nuestra Constitución de la República reconoce como persona a la criatura desde el momento de la unión del óvulo con el espermatozoide y por lo tanto desde que es elevado a Principio Constitucional, todo concebido a partir de la concepción puede tener su personalidad, tiene derecho a que su padre lo reconozca como su hijo antes de su nacimiento (Art. 146 C. F.), un estado familiar, a un nombre, un patrimonio, a recibir donaciones, legados, herencias, y aún en caso de que el concebido muera antes de nacer tiene derecho a transmitir sus bienes o patrimonio a sus herederos como cualquier persona debido a que la Constitución de la República en el Artículo Uno, Inciso Segundo le concede esa facultad, por reconocer al concebido como Persona Humana.

Aparte de nuestra Constitución también existen otras Legislaciones que adoptan esta Teoría, como la legislación de Argentina, Chile y Perú; también existen legislaciones como la de Colombia y México que se encuentran en proceso de reformar su legislación en el sentido de reconocer y proteger al ser humano como Persona Humana desde el instante de su concepción, porque consideran que desde ese momento existe una nueva vida distinta a la de la madre, con sus propios órganos de vida y por ello se le debe de cuidar y proteger desde su concepción.

---

<sup>27</sup> Idem. Pág. 448.

En el Código Civil de Colombia se adopta la Teoría de la Vitalidad, pero ésta legislación se encuentra evolucionando ya que la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente ha hecho propuestas y una de ella es “el comienzo de las personas se iniciara a partir de la concepción”<sup>28</sup>; es decir que los legisladores se encuentra en discusión si adoptan o no la Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción, y han tomando como referencia el Código del Menor de Colombia, regula así “todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social; estos derechos se reconocen desde la concepción”<sup>29</sup>.

La Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la concepción, plantea que una vez que da inicio la vida humana con la función de las células germinativas y se da la concepción, la vida es intocable, y como consecuencias el concebido tiene derecho a gozar de todos los derechos que posee una persona humana ya nacida, sin ninguna restricción, aunque la criatura falleciera antes de nacer, siempre sus derechos patrimoniales subsiste y los herederos de él poseen el derecho de heredar esos bienes patrimoniales dejando por el causante.

“El principio fundamental del Derecho Sucesorio es el que proclama la ineficacia de las disposiciones hereditarias a favor de personas que no han nacido o ni siquiera han sido concebidas al tiempo del fallecimiento del causante”<sup>30</sup>; no obstante la teoría de la Existencia del la Persona Humana desde el momento de la Concepción, el concebido adquiere derechos como tener un nombre, recibir donaciones, recibir legados, tener un Estado familiar, Nacionalidad, heredar, y otros.

---

<sup>28</sup> Gonzáles de Cancino, Emilssen: “Los Retos Jurídicos de la Genética”, 1º Edic., Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1995. Pág. 59

<sup>29</sup> Idem. Pág. 59

<sup>30</sup> “Eficacia del los Llamamientos Sucesorios a favor del Nascituri”, Revista de Derecho Privado, N° S. D., Edit. S. D., Ciudad S. D., 1946. Pág. 313.

### **1.2.5. DIFERENCIAS ENTRE LAS TEORIAS SOBRE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA.**

Observamos que las tres teorías, indican cada una de ellas un momento en el desarrollo del ser humano, a partir del cual debe considerarse persona; la legislación de cada país adopta una u otra teoría y a partir de ese momento crea en el ordenamiento jurídico de cada país que la ha adoptado una serie de consecuencias.

Si se adopta la Teoría de la Vitalidad, basta que el ser humano haya vivido un momento siquiera, los derechos adquiridos y supeditados a ese evento, se hacen con solo que viva una fracción de tiempo; por el contrario si la legislación tiene como base la Teoría de la Viabilidad y al fallecer la criatura antes de vivir las veinticuatro horas como mínimo que exige esta Teoría, no es viable, no puede adquirir los derechos por no tener la calidad de persona, ni los atributos de ella y no puede transmitir su patrimonio, porque nunca fue sujeto de derecho ya que no existió.

Según el Doctrinario Antonio Gómez, “el que no existe ni aún en el vientre de la madre no puede reemplazar al difunto, si recoger sus bienes, ni adquirir sus derechos; por que la nada no puede ser susceptible de derechos, y lo que no tiene existencia alguna no puede revestir las cualidades necesarias para ser herederos”<sup>31</sup>.

Si la legislación adopta la Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción, los derechos del concebido no están supeditados hasta el hecho de su nacimiento, debido a que lo único que debe probarse para se persona, según esta teoría es que hubo concepción; y como consecuencia el concebido puede gozar desde ese instante, de los derechos que le corresponden como cualquier otra, en caso de fallecer antes de su nacimiento, si tuviera bienes pasarían a sus herederos, quienes deberán probar su calidad de heredero.

---

<sup>31</sup> Idem, Pág. 317

### **1.3 DERECHO DE LA PERSONALIDAD DE LA PERSONA HUMANA.**

Toda Persona Humana tiene derecho a obtener una personalidad; pero esta tiene un principio y un fin; es decir que el inicio se refiere a como adquiere la personalidad; y en cambio la extinción a como la pierde; por lo que puede entenderse por personalidad, la aptitud que tiene una persona para ser un sujeto de derechos y obligaciones; lo cual hace que este dotada de cualidades o investidura.

Dependiendo a la Teoría que un país adopte, la personalidad de toda persona comenzará a partir del momento que la legislación de dicho país lo regule, ya sea a partir del nacimiento de la criatura, o desde el momento de su concepción, y será a partir de ese instante en que la criatura comenzará a disfrutar de sus derechos que le corresponde como cualquier persona.

“Una sociedad esta integrada por las personas nacidas y las personas no nacidas...y las diferentes legislaciones han de ordenar que ha todas las personas en gestación, que son las más protegidas, debe de tenérseles por nacidas para todos los efectos que la misma ley debidamente establezca”<sup>32</sup>.

#### **1.3.1. ATRIBUTOS DE LA PERSONA HUMANA.**

Toda persona humana posee atributos o características que la hacen individualizarse e identificarse de las demás en una sociedad y cada país los regula porque los atributos son indispensables para el ser humano, debido a que algunos de ellos son inherentes a la persona humana; y además por ser ésta el centro de protección de un Estado, quien esta obligado a garantizarle los derechos como el de la vida, la nacionalidad, patrimonio, el nombre y otros.

##### **1.3.1.1 EL NOMBRE COMO ATRIBUTO DEL NO NACIDO.**

Uno de los atributos que hace diferente a una persona de las demás es el nombre; y para Emma Rosa Marín Sampero “Es una forma obligatoria de designación de la persona, es

---

<sup>32</sup> Cerda Cruz, Jesús: “La Inclusión de los No Nacidos en la Medida del Desarrollo”, Edic. S. D., Edit. S. D. México, Año S. D., Pág. 2

el signo que lo distingue de los demás en sus relaciones sociales y jurídicas que se componen del nombre y del nombre de la familia o apellido”.<sup>33</sup>

“El primer nombre o nombre propio sirve para designar a la persona y lo separa de los demás miembros de su familia, mientras que el apellido separa y distingue a la familia de las demás; es por eso que el nombre de la persona viene de generación en generación, pero es un derecho subjetivo de carácter extrapatrimonial, que no es valorable en dinero, ni puede ser objeto de contratación, ni se puede transmitir jurídicamente como herencia, porque no se encuentra, ni se figura dentro del patrimonio; o sea que el padre del concebido no puede heredar al hijo que esta por nacer un nombre, pero sí lo puede reconocer antes de nacer”<sup>34</sup>.

Según la Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción, el concebido tendría derecho a que sus padres le otorguen un nombre, a inscribirlo en el Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal respectiva como su hijo y si falleciera antes de nacer tendría Derecho a ser inscrita su existencia y su defunción en el referido Registro.

El derecho que tiene la persona humana a obtener un nombre propio no puede ser violado, porque debido a su naturaleza misma de ser humano éste derecho al igual que otros, son en la Persona Humana inherente o inmersos desde su concepción y la misión del nombre es de identificar e individualizar a la criatura de las demás; y así como el nombre, el Estado Familiar y los demás atributos que posee la Persona Humana son como una etiqueta o marca colocada sobre la persona; en cambio los apellidos según los Romanos son relevadores de una familia a la cual pertenece la persona, ya sea el de la madre, del padre o de ambos; y lo diferenciaban del nombre porque éste era escogido por los padres del menor, al cual denominaban “praenomen”; por lo tanto debe

---

<sup>33</sup> Marín Sampero, Rosa Emma. Ob. Cit. Pág. 10

<sup>34</sup> Rojina Villegas, Roberto: “Derecho Civil Mexicano”, Edic. S. D., Edit. Libros de México S. A., México 1959, Pág. 114.

entenderse por apellido “El nombre de la familia o patrimonio”; y los Romanos lo llamaban “nomen”, quienes calificaban a la persona por su filiación”.<sup>35</sup>

Según la doctrina el nombre que se le otorga a una persona cuando nace es inmutable y puede cambiárselo si quiere; en cambio el apellido tiene carácter de firmeza y sus excepciones son justificables; es decir que en el caso de que la persona quiera cambiarse sus apellidos, es porque al momento de ser inscrito en el Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal se hayan equivocado al momento de inscribirlo o porque posteriormente la persona que se haya dado cuenta que los padres que aparecen en su Certificación de Partida de Nacimiento son los progenitores; y quiera cambiárselos por sus verdaderos apellidos haciendo la impugnación de la paternidad o maternidad de quien no sea su padre o su madre; en cuyos casos pueden haber cambios de apellidos, pero son excepciones.

Es obligación de asignarle el nombre a una persona recién nacida el padre o la madre, a excepción de ellos lo hará uno de los parientes más cercano al recién nacido, según algunas legislaciones, en el caso de que no existieren parientes del nacido como los niños abandonados por su madre, lo hará el Procurador General de la República, o uno de sus auxiliares, quienes tienen el deber de dar los datos necesarios en la institución respectiva para la inscripción del menor, y para lo cual existe un tiempo determinado y en caso de no hacerlo en el tiempo legal se le impondrá la multa respectiva.

Nuestra legislación secundaria no regula el procedimiento que se debe seguir para la inscripción del No Nacido en el Registro del Estado Familiar, debido a que es un derecho que éste posee a que le otorguen un nombre y a ser inscrito; pues para ello el Código de Familia, Civil y la Ley que rige el Registro mencionado, adoptan la Teoría de la Vitalidad; es decir que estas leyes regulan que solo pueden inscribirse los nacimientos, y según la Teoría antes mencionada solo se le puede otorgar un nombre a la criatura ya nacida; en cambio las defunciones patales, o sea los fallecidos antes de nacer solamente se lleva una estadística de ellos, según lo regulado en el Art. 39 de la Ley

---

<sup>35</sup> Rossel Saavedra, Enrique y otros: “Manual de Derecho de Familia”, Edic. S. D., Edit. S. D., Santiago de Chile, 1986, Pág. 285.

Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio; pero nuestra ley primaria o fundamental regula lo contrario a lo planteado por la Teoría de la Vitalidad; pues para nuestra Constitución, se es persona humana desde el instante de la concepción, y por consecuencia el concebido tiene derechos a partir de ese momento, a obtener un nombre, un domicilio, capacidad, un patrimonio y otros. Y además por la supremacía Constitucional debe prevalecer lo regulado por ella; por lo tanto el concebido puede ser reconocido por sus padres, tiene derecho a que le otorguen un nombre desde el momento de la concepción, y nadie puede prohibir esos derechos, porque estarían violándoseles al concebido, los cuales han sido concedidos por la Constitución, como consecuencia de reconocer a todo ser humano como Persona Humana desde el momento de la concepción.

### **1.3.1.2 EL DOMICILIO COMO ATRIBUTO DEL NO NACIDO.**

El domicilio es un atributo más que poseen las personas, el cual consiste “en el lugar en que una persona reside habitualmente y que tiene el propósito de radicarse definitivamente en él”<sup>36</sup>.

De lo anterior se deduce que el domicilio tiene dos elementos que son:

- “ 1) La residencia habitual, o sea el dato objetivo o susceptible de prueba directa.
- 2) El propósito de establecerse en un determinado lugar”<sup>37</sup>.

En el caso del no nacido adquirirá su domicilio en el lugar a donde permanezcan sus padres y su residencia será donde habite la madre con el padre de éste; aunque debe de distinguirse el domicilio de una persona, de la residencia, entendiéndose esta última como “la estadía temporal de una persona en un cierto lugar, sin el propósito de radicar en él, el domicilio diferencia a la persona de las demás porque lo individualiza desde el punto de vista territorial, la une respecto a la vida jurídica, a un lugar determinado, o sea

---

<sup>36</sup> Rojina Villegas, Roberto, Ob. Cit., Pág. 489

<sup>37</sup> Idem. Pág. 489

que el domicilio tiene como finalidad de reducir al individuo a un lugar determinado, jurídico y socialmente, pero no de hecho”<sup>38</sup>.

El Código Civil en su Título I, Capítulo III en los artículos. 69, 70 y 71, regula que el hijo está ligado al domicilio del padre o madre, como en el caso del concebido también estaría ligado al domicilio de sus progenitores; pues en el caso de los menores que se encuentran bajo el cuidado personal de sus padres o bajo el cuidado personal que el Juez por orden judicial le haya otorgado a otra persona, todo y cuando viva el menor en misma casa que sus padres o el tutor, es decir que el domicilio del menor será donde el resida.

### **1.3.1.3. EL DERECHO DE NACIONALIDAD DEL NO NACIDO.**

La Nacionalidad es uno de los atributos que posee una persona que desde el punto de vista jurídico, “es el vínculo que liga a una persona y un Estado determinado”<sup>39</sup>.

Para determinar la nacionalidad de una persona existen criterios, “el JUS SOLI y el JUS SANGUINIS”<sup>40</sup>; el primero viene desde el Derecho Romano y se refiere al derecho que posee una persona a pertenecer al Estado donde se produjo el nacimiento de ella, y el segundo criterio se remota a la época feudal y es, el derecho que tiene toda persona a ser parte del Estado al que corresponden sus progenitores; o sea que si “x” nace en Honduras tiene derecho a esa nacionalidad (JUS SOLI); pero también tendría derecho a obtener la nacionalidad de sus padres, aunque uno sea Salvadoreño y el otro Guatemalteco (JUS SANGUINIS, Art. 91 Cn.); también existe el sistema o criterio mixto que plantea la doctrina, y a que nuestra legislación adopta la pluralidad de nacionalidad en la persona.

En el Título Cuarto de nuestra Constitución denominado La Nacionalidad, Art. 90, regula que son Salvadoreños por nacimiento:

- 1º. Los nacidos en el territorio nacional.

---

<sup>38</sup> Bonnecase, Julián: “Tratado Elemental de Derecho Civil”, Vol. I, Edit. Eliastra., México, Pág. 132.

<sup>39</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo, Ob. Cit., Pág. 200.

<sup>40</sup> Idem. Pág. 204.

2°. Los hijos de padres o madres salvadoreños nacidos en el extranjero.

3°. Los originarios de los demás Estados que constituyeron la República Federal de Centroamérica, que teniendo domicilio en El Salvador, manifiesten ante las autoridades competentes su voluntad de ser salvadoreño, sin que se requiera la renuncia a su nacionalidad.

El ordinal primero se refiere a *JUS SOLI*.

El ordinal segundo se refiere a *JUS SANGUINIS*, y el tercero responde a una filosofía de polidaridad con los Centroamericanos, no Salvadoreños.

En relación con el no nacido, si se establece la existencia de la persona humana desde la concepción, de conformidad con el ordinal segundo del Art. 90 de la Constitución, bastaría con determinar que el progenitor o progenitora son Salvadoreños para que el concebido adquiriera la Nacionalidad Salvadoreña.

En el Art. 90 y 91 de la Constitución, hace referencia a la Nacionalidad como un derecho de pertenencia al Estado; pero con el supuesto de que la criatura debe de nacer.

No obstante cabe mencionar que la nacionalidad se puede perder cuando una persona renuncia a ella expresamente (Art. 91 inc. 2 cn.); por sentencia ejecutoriada, en los casos determinados por la Ley (Art. 94 y 75 Cn), y por residir en el país de origen por más de dos años o por ausencia del territorio por mas de dos a cinco años.

#### **1.3.1.4. EL ESTADO CIVIL DEL NO NACIDO.**

Dependiendo de la Teoría que se adopte para determinar el momento que se es persona humana, a partir de ese instante se adquiere el derecho del Estado Civil o Estado Familiar, atributo que hace diferenciar a cada ser humano de otro; y consiste en “el conjunto de cualidades que hacen distinguir a una persona de la sociedad y en la familia; por lo que el parentesco existe entre el hijo y la madre o el padre; es uno de los hechos que sirve para determinar el Estado Familiar que posee una persona, ya que existe un vínculo, una conexión, o enlace por consanguinidad o afinidad en la relación del hijo y

padres”<sup>41</sup>, dando surgimiento a una filiación entre ambos conlleva a determinar el concepto biológico como el surgimiento de la vida independiente y parece que la Nacionalidad está vinculada al hecho del nacimiento, y en este sentido no hay concordancia con lo regulado en el Art. 1, inciso 2°. de la Constitución, por contemplar la Teoría de la Vitalidad los Artículos primeramente mencionados.

Según la Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción, el concebido tiene derecho a tener un Estado Familiar desde su concepción por el vínculo o conexión existente entre él y la madre o el padre, pues existe un parentesco por consanguinidad en primer grado entre ellos, y aunque el concebido falleciera antes de su nacimiento la criatura tiene derecho según el Principio Constitucional, regulado en el Artículo Uno, Inciso Segundo, a tener el Estado Familiar de hijo, que el padre o madre se le otorga cuando lo inscriben en el Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal respectiva, como su hijo y por consecuencia le otorgan sus apellidos.

En el caso de la Teoría de la Vitalidad y la Viabilidad el concebido adquiere el derecho a poseer un Estado Familiar a partir de su nacimiento; para la primera teoría el único requisito es nacer y vivir un instante siquiera, en cambio la segunda teoría requiere que la criatura nazca viable, o sea estar apto para seguir viviendo después de haber sido separado completamente de su madre.

Para las legislaciones como la nuestra el Estado Familiar solo se puede probar cuando ha sido asentada la criatura en el Registro mencionado, a través de la Certificación de la Partida de Nacimiento, el de fallecido se prueba con la Certificación de la Partida de Defunción, y el de Matrimonio con la Certificación de Partida de Matrimonio; debido a que este Registro tiene por objeto hacer constar a través de un sistema organizado todos aquellos actos relacionados con el Estado Familiar, por medio del funcionario estatal dotado de fe pública, con el fin de que los actos y testimonios que otorguen tengan pleno valor probatorio.

---

<sup>41</sup> Bonnecase, Julien , Ob. Cit., Pág. 132.

### **1.3.1.5. LA CAPACIDAD DEL NO NACIDO.**

Para la doctrina “la capacidad es el atributo más importante que posee la persona humana”<sup>42</sup>; porque todo sujeto de derecho la tiene implícitamente y por su propia naturaleza la capacidad jurídica, ya sea en forma parcial cuando nos referimos a la capacidad de goce y capacidad total cuando la persona tiene tanto la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. Según el doctrinario Roberto Rogina Villegas, la capacidad de goce, es “la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica, por sí misma o por medio de una representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación”<sup>43</sup>.

Le ley reconoce la capacidad que posee toda persona, si se adopta la Teoría de la existencia de la persona humana desde el momento de la concepción, la capacidad jurídica se adquiere desde la unión del óvulo con el espermatozoide, hasta el momento de su muerte, en el caso de las Teorías de la Vitalidad y la Viabilidad se adquiere la capacidad hasta que la criatura nace y cumple con los requisitos que cada teoría exige para considerar a la criatura nacida.

La doctrina admite la aptitud que tiene la persona física para ser sujeto de derechos tanto activos como pasivos de una relación jurídica, y que la capacidad que tienen las personas presentan manifestaciones que hace la división de la capacidad antes mencionada.

El no nacido adquiere su capacidad de goce desde el momento de su concepción, la cual no se le puede suprimir ni al concebido ni a ninguna otra persona, por que le basta la calidad de ser humano para que se le reconozca dicha capacidad y en consecuencia la personalidad; extinguiéndose “la capacidad de goce se pierde solo con la muerte de la persona”<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Rogina Villegas, Roberto, Ob. Cit., Pág. 423.

<sup>43</sup> Idem. Pág. 423.

<sup>44</sup> Coviello, Nicolás: “Doctrina General del Derecho Civil”, Edic. S. D., Edit. S. D., México, 1938, Pág. 161.

Existen algunos grados de capacidad de goce que determinan “el principio y en fin de la personalidad de la persona humana, y entre ellos se encuentran: El Mínimo, Medio Bajo, el Tercer Grado”<sup>45</sup>; los cuales depende en la etapa que se encuentra la persona en relación a su edad, pues en el caso de el Mínimo, se refiere a la etapa del concebido pero que no ha nacido, este grado brinda al concebido derechos subjetivos patrimoniales, pero dependerá de la teoría que adopte el país que lo regula, en nuestra legislación tomando como base el principio constitucional del Art. 1, inciso segundo, este grado se da desde la concepción hasta su nacimiento; pero para la legislación que adopta las teorías de la Vitalidad y Viabilidad los derechos subjetivos patrimoniales que brinda la capacidad de goce sólo los adquiere el concebido bajo la condición de que nazca vivo y viable.

El grado Medio Bajo se refiere cuando el menor se encuentra en la etapa desde su nacimiento hasta los dieciocho años en adelante; pero lo que nos interesa es el grado Mínimo de la capacidad de goce, pues en esa etapa se encuentra el No Nacido a partir de su concepción, que constituye el objeto de investigación.

También la capacidad se manifiesta como capacidad de ejercicio, que consiste en “La posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los Tribunales”<sup>46</sup>.

Algunas legislaciones como México y la nuestra requieren que para obtener la capacidad de ejercicio es necesario que la persona tengan algunos requisitos, como: “Ser mayor de edad o sea mayor de dieciocho años, estar en el pleno uso de sus facultades mentales, no ser sordomudo, que no sepa leer ni escribir, y ser ebrio consuetudinario, ni adicto a drogas”<sup>47</sup>; de ello se deduce que el no nacido según las Teorías de la Vitalidad y la Viabilidad no posee capacidad de ejercicio, porque no puede representarse por sí solo; y es incapaz; pero según la Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción, plantea que el concebido si adquiere capacidad de goce

---

<sup>45</sup> Marín Sampero, Emma Rosa, Ob. Cit., Pág. 3

<sup>46</sup> Coviella Nicolás, Ob. Cit., Pág. 44.

<sup>47</sup> Marín Sampero, Emma Rosa, Ob. Cit., Pág. 7

desde que es concebido por sus padres y que son ellos quienes tienen la facultad de representarlo ya sea en una herencia, legado o donación, ya que son sus progenitores los únicos que pueden hacer valer los derechos del concebido.

“Según el Autor Dalmacio Vélez Sarsfield, la patria potestad es el conjunto de los derechos que las Leyes conceden a los padres desde la Concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados”<sup>48</sup>

#### **1.3.1.6. EL DERECHO DEL PATRIMONIO DEL NO NACIDO.**

Entre los atributos que posee una persona aparte del Domicilio, el Nombre, la Nacionalidad y Capacidad, también tiene derecho a tener un Patrimonio; “el cual surge de las relaciones jurídicas entre las personas como sujeto activo y pasivo: Pues solo una persona puede obtener un patrimonio y al fallecer siempre subsisten esas relaciones jurídicas, es decir que siempre dejará un patrimonio para transmitir a sus herederos”.<sup>49</sup>

El No Nacido puede dejar un patrimonio a sus herederos, si no llega a nacer?, la doctrina afirma la posibilidad existente en que el No Nacido deje un patrimonio que heredar y debido a que algunos de los derechos de éste son: “adquirir bienes por donación, por herencia, ser beneficiario de una carga impuesta a una donación a otros herederos o legatarios, adquirir los derechos y obligaciones accesorios de los que adquieren principalmente, reclamar alimentos, reclamar la filiación, ser beneficiario de indemnizaciones o pensiones, y ser beneficiario de estipulaciones en su favor con el Seguro de Vida”<sup>50</sup>.

En el caso de que el No Nacido deje dentro de su patrimonio bienes inmuebles, es la madre o el padre, el heredero de los bienes dejados por él, mediante la comprobación de

---

<sup>48</sup> Castán Vásquez, José María: “La Tradición Jurídica sobre el comienzo de la Vida Humana”, Revista General del Derecho, Edit. S. D., Real Académica de Jurisprudencia y Legislación, Ciudad S. D., 1996, Pág. 12467.

<sup>49</sup> Somarriva Undurraga, Manuel: “Derecho Sucesorios”, Edic., Editorial Nacimiento S. A., Santiago, 1961, pág. 17

<sup>50</sup> Pérez Vargas, Víctor. Ob. Cit. Pág. 251.

su derecho en la sucesión, quienes deberán seguir las diligencias respectivas establecidas por la ley.

#### **1.3.1.6.1. DERECHO DE SUCEDER POR CAUSA DE MUERTE DE LA PERSONA HUMANA.**

La sucesión por causa de muerte “es la transmisión del patrimonio de una persona, o bienes determinados a favor de otras personas también determinadas”<sup>51</sup>.

Es decir que el modo de adquirir el dominio de ese patrimonio dejado por el causante, o sea el conjunto de todos los derechos y obligaciones transmisibles o una cuota de su patrimonio, del cual son herederos los que probaren sus derechos en la sucesión.

Cuando una persona fallece se da el hecho de la apertura de la sucesión, la cual habilita a los herederos para tomar posesión de los bienes hereditarios dejados por el causante, y son llamados a suceder en la sucesión, los hijos del causante, los padres de éste si vivieren y el cónyuge sobreviviente; en el caso de que el causante al fallecer no haya otorgado testamento (Art. 988 C.C.) es la ley quien hace el llamamiento para que los herederos comprueben su derecho, se presenten a aceptar o repudiar la herencia y es ahí donde surge el derecho a suceder por causa de muerte; quienes deberán probar el derecho que tienen en la sucesión por medio de las Certificaciones de sus Partidas de Nacimiento, Defunción y Matrimonio para heredar en partes iguales, pero si el causante dejó Testamento como en él ya se encuentra establecido quienes son los herederos, bastará que el heredero, o los herederos se presenten con el documento o sea el testamento y sus Certificaciones de Partida de Nacimiento de ellos, la del causante y la de defunción de éste al Juzgado de lo Civil a iniciar las Diligencias de Aceptación de Herencia Testamentaria, si no tienen el documento como probar que el causante testó antes fallecer, o no supieren de la existencia de dicho documento, al presentar la solicitud al Juzgado se le pide al Juez que solicite información a la Sección de Notariado de la Honorable Corte Suprema de Justicia, para que le informe si existe Testamento, si

---

<sup>51</sup> Somarriva Undurraga Manuel, Pág. 17.

se ha aceptado con anterioridad la herencia, o si ha sido declarada yacente la sucesión, y oportunamente la Sección de Notariado le contestará si existe testamento, o no, si existiere la Sección de Notariado enviará al Juez la copia del documento se continuará con las Diligencias.

En el caso del concebido que fallece antes de nacer y tiene bienes que heredar a sus herederos estos podrán iniciar Diligencias de Aceptación de Herencia en forma Intestada, debido a que el concebido no puede testar porque no puede expresar su voluntad en el Testamento por encontrarse en el vientre materno; con el no nacido solo se puede heredar en forma Intestada, y para ello sus padres deben probar la existencia del concebido y su defunción cuando éste haya fallecido antes de su nacimiento, para lo cual deberán presentarse al Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal a inscribirlo en el Libro respectivo, y posteriormente se les extenderán las Certificaciones respectivas, que deberán presentar al Juzgado de lo Civil para dar inicio a las Diligencias mencionadas, y el Juez deberá aceptar los documentos presentados, por ser un derecho del concebido reconocido por la Constitución como persona humana desde el instante de su concepción.

#### **1.3.1.6.2. DERECHO DE TRANSMISIÓN DEL NO NACIDO.**

El derecho de transmisión consiste “Cuando el heredero o legatario cuyos derechos a sucesión no han prescrito, fallece antes de haber aceptado o repudiado la herencia o legado que se le ha deferido, transmite a sus herederos el derecho de aceptar o repudiar dicha herencia o legado, aún cuando fallezca sin saber que se le ha deferido”<sup>52</sup>.

En el derecho de transmisión se aplica en la sucesión testamentaria como a la intestada, en las herencias como en los legados, el adquirente deber ser siempre heredero; por lo que este derecho tiene como fundamento, “adquirir el derecho de aceptar o repudiar la

---

<sup>52</sup> Idem. Pág. 34.

asignación por ir este en la universalidad de la herencia y esta universalidad pasa a los herederos pero no a los legatarios”<sup>53</sup>.

Las personas que intervienen en el derecho de transmisión son: “el primer causante quien es el que constituye la herencia o legado”<sup>54</sup>; en el caso del No Nacido el primer causante es su padre; “el segundo causante es el transmitente o transmisor que es a quien el primer causante deja el lado o herencia, o sea que es el heredero del primero y que fallece antes de aceptar la herencia o legado”<sup>55</sup>; en dicho caso el segundo causante es el no nacido quien fallece antes de nacer y de aceptar la herencia; y “el tercero es el adquirente del derecho de transmisión, es decir el heredero del transmitente o transmisor, quien le permite la facultad de aceptar o repudiar la asignación”<sup>56</sup>, en este caso la tercera persona que interviene en la sucesión es la madre del No Nacido quien acepta la herencia por derecho de transmisión de su hijo.

### **1.3.1.6.3. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN POR CAUSA DE MUERTE DEL NO NACIDO.**

El derecho de representación por causa de muerte se define “como una ficción legal en que supone que una persona tiene lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiere o pudiese suceder”<sup>57</sup>; quiere decir que las personas que intervienen en este derecho es en primer lugar el causante; quien en el caso de adoptar la teoría de la existencia de la persona humana desde el momento de la concepción, sería el padre del No Nacido; la segunda persona que interviene es el representado, o sea el No Nacido; y el tercero es el representante, que sería los derechos del No Nacido.

“Los requisitos que deben darse para suceder por derecho de representación, son: debe tratarse de una sucesión intestada, sólo opera en línea descendiente y no en la

---

<sup>53</sup> Idem. Pág. 35.

<sup>54</sup> Idem. Pág. 35.

<sup>55</sup> Idem. Pág. 35.

<sup>56</sup> Idem. Pág. 35.

<sup>57</sup> Pérez Vargas Víctor, Ob. Cit., Pág. 111.

ascendiente, y en algunos de los ordenes de sucesión que contempla el Art. 988 numeral primero C. C. y si faltare el representado”<sup>58</sup>.

En el caso planteado anteriormente es contrario con el Principio Constitucional ya que para que se dé el derecho de representación tiene que darse en línea descendiente, y en el caso del concebido serían los hijos de éste; pero si fallece antes de nacer la sucesión no se puede aceptar ya que no dejó descendiente y su madre no podría tener la calidad de heredera ya que ella se encuentra en la línea ascendiente; debido a ello los bienes del No Nacido no podrían pasar a sus herederos porque según este planteamiento no existe, y la teoría que opera es la Vitalidad.

Con la reforma a la Constitución del Art. 1, inciso 2º, debe cambiar la problemática antes mencionada, porque la madre si tiene derechos en la sucesión del No Nacido, igual que el padre de éste, porque tanto la doctrina expuesta como la legislación secundaria muestran que el No Nacido no tiene derecho a heredar por representación a sus herederos, ya que este derecho solo lo contemplan la Teoría de la Vitalidad, por lo que el derecho de representación no debe tener solamente como requisito que se dé en línea descendiente sino también en la ascendiente, además el artículo 988 del Código Civil incluye a los padres como herederos en la sucesión del causante, y son estos los que representan al concebido en los legados, herencia, donaciones, u otros derechos a favor de la criatura, o cuando se requiera de la representación de ellos.

---

<sup>58</sup> Idem. Pág. 111.

## CAPITULO 2

### **“REGULACIÓN DE LA PERSONA HUMANA Y SUS ATRIBUTOS EN EL DERECHO SALVADOREÑO COMPARADO”.**

En nuestro Ordenamiento Jurídico Primario se regula a la Persona Humana de forma especial, por ser el fin primordial del Estado, quien está obligado a garantizar y fomentar los derechos que como ser humano le corresponde a la persona humana, desde el instante de la concepción; no obstante que el Ordenamiento Jurídico Secundario como el Código Civil, Código de Familia, Ley del Nombre de la Persona Natural y la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio; regulan la existencia legal de la persona humana a partir de su nacimiento; momento el cual el recién nacido puede gozar y disfrutar de sus derechos que estaban suspendidos hasta dicho momento.

También existen algunos Tratados Internacionales suscritos y ratificados por El Salvador, y por lo tanto son Ley de la República; entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana de los Derechos Humanos. Estos Tratados regulan al concebido y sus derechos, motivo por el cual la Asamblea Legislativa los tomó como base para la reforma del Art. 1, inciso segundo de la Constitución.

El conflicto existente entre la Ley Secundaria con la Constitución, en relación al momento de la existencia legal de la persona humana, tiene como consecuencia la Inaplicabilidad o Desaplicabilidad de la Norma Secundaria, que por Principio Constitucional regulado en el Art. 246 tiene Supremacía sobre las demás leyes, y en caso de conflicto con ella, los Jueces no deben aplicar toda Ley, Decreto o Reglamento que la contradiga. Existen diversos artículos de las leyes secundarias antes mencionadas que violentan el principio constitucional regulado en el Art. 1, inciso segundo, porque adoptan la Teoría de la Vitalidad y al interpretarlos se deduce que el concebido no es persona, y no goza de derechos como los demás; por ello conlleva a los Jueces al

momento de resolver en proceso en el cual se ventilen los derechos del concebido a desaplicar dichas normas, las cuales al entrar en vigencia el Art. 1, inciso segundo de la Constitución son derogadas tácitamente.

Además de nuestro país, existen otros que regulan al concebido como persona humana desde el instante de su concepción, entre ellos Argentina y Perú, que plantean que una vez unido el espermatozoide con el óvulo existe una nueva vida diferente a la de la madre, un nuevo ser o una nueva persona con los mismos derechos que las demás.

## **2.1 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA Y SUS ATRIBUTOS.**

La Constitución de la República fue decretada el 15 de diciembre de 1983 y según el mismo decreto fue publicado en el Diario Oficial número 223, Tomo 281 el día 16 de Diciembre del referido año y entró en vigencia el día 20 de Diciembre del mismo año.

“En 1997, algunas Organizaciones como la Fundación Sí a la Vida, el Comité para la Defensa de la Vida Humana y la Dignidad de la Persona Humana, y la Iglesia Católica, a través de la Conferencia Episcopal de El Salvador, ejercían actividades de presión por los medios de difusión y haciendo presencia en las discusiones en el Recinto Legislativo contra el hecho de no querer penalizar las diferentes formas de aborto que regulaban en esa fecha el Art. 169 del Código Penal”<sup>59</sup>, denominado “No es punible”, que consiste en que el aborto culposo o propio no es penado y es el realizado por la mujer o su tentativa; también cuando se pretendía salvar la vida de la mujer embarazada, con el consentimiento de ella y del Médico y no existía otra salida; en el caso de que fuere menor de edad, incapaz; cuando el embarazo sea producto de violación; o cuando el aborto sea para evitar disformidad en la criatura entre otros.

Las Organizaciones mencionadas luchaban para que esos tipos de abortos mencionados fueran tipificados como delitos, porque de la forma que sea el aborto siempre se le quitaba la vida a un ser humano y era reprochable por la sociedad; por eso las

---

<sup>59</sup> Ardón, Norma Verónica y otros: “La Aplicabilidad de la Reforma del Art. 1 Cn. Como Mecanismo de Protección del Derecho a la Vida del No Nacido”, Tesis UES, 2001, Pág. 48

Organizaciones hacían hincapié a los Diputados en cada reunión de que penalizarán las excepciones de aborto que regulaba el Art. 169 del Código Penal, igual como se regulaba en los otros Artículos del referido Código, por que al seguir en vigencia el referido artículo es como permitir la destrucción o el asesinato de una persona.

Al observar la presión por las Organizaciones y manifestaciones realizadas, los legisladores hicieron reformas no solo Código Penal, sino también a la Constitución de la República, añadiéndole un inciso segundo al Artículo uno, con el fin de proteger la vida humana desde el momento de la concepción; actualmente en el Título I, denominado “Delitos relativos a la Vida” del Libro II, Capítulo II, denominado “De los Delitos Relativos a la Vida del Ser Humano en Formación”, del Código Penal, se regula al aborto como delito desapareciendo las excepciones reguladas en el Art. 169; y solamente aparece regulado en el Art. 137, inciso segundo del Código Penal que no será punible el aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada, ni su tentativa; o sea que la mujer deberá probar la no intención de abortar.

La reforma hecha por los legisladores “el 30 de Abril de 1997, publicada en el Diario Oficial Número 87, Tomo 355 y el Art. 1, inciso segundo de la Constitución dice así: **“Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”**.

Esta reforma fue publicada el día 15 de mayo del mencionado año; y el día 3 de Febrero de 1999, la Asamblea Legislativa decretó la ratificación del Artículo mencionado, y lo publicó en el Diario Oficial Número 32, Tomo 342 el Decreto Legislativo 541, el día 16 de Febrero del referido año”<sup>60</sup>; elevando el Principio Constitucional que regula la Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción; y han transcurrido más de cinco años de su vigencia y las normas Civiles, de Familia y otras Leyes Secundarias no han sido modificadas, para adecuarlas a lo que regula la norma constitucional sobre el concebido.

---

<sup>60</sup> Diario Oficial 234, Tomo 281 de fecha 16 de Diciembre de 1983.

Los legisladores tomaron como base para elaborar la reforma, lo regulado en “la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; y la Convención Americana de los Derechos Humanos, sobre el derecho que tiene la persona a la vida desde el instante de la concepción, por ser este derecho el más fundamental y preciado que posee el ser humano”; por ello el Estado está obligado a proteger y garantizarle los derechos a toda persona por igual, ya que el elemento primordial del Estado es la persona humana quien es el centro de la sociedad.

### **2.1.1 LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA DESDE LA CONCEPCIÓN**

El nuevo pensamiento sobre la existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción, ha traído discrepancia entre los Jueces en cuanto a que ordenamiento jurídico aplicar en un caso concreto, porque muchos Juzgadores son de la opinión que los legisladores al momento de discutir y hacer la reforma constitucional, no pretendían otorgarle al concebido el goce de los derechos como cualquier persona; sino proteger el derecho a la vida del ser humano; pero al establecer ellos que se reconoce a todo ser humano como persona humana a partir de la concepción; están otorgando al concebido la facultad de gozar de todos los derechos que posee una persona, y sin ninguna restricción. El contenido de la reforma es bien amplia, y por lo tanto dá surgimiento a una problemática en relación al concebido, ¿Si goza de los derechos que posee una persona o no?, si falleciera antes de nacer, ¿Qué pasaría con los bienes de la criatura que no nació?, ¿Transmitiría a sus herederos su patrimonio?; son tantas las preguntas que tanto las personas particulares como los juzgadores se hacen al momento de dar una resolución en un proceso sobre el concebido, pero la reforma es clara, porque expresa verbalmente que reconoce como Persona Humana a todo ser humano desde el momento de la concepción; esta reforma tiene como consecuencia el goce de los derechos por parte del concebido como cualquier persona ya nacida, aunque la criatura falleciera antes de nacer, si tuviera bienes que heredar ya sea inmuebles, o muebles, que le hayan dejado por medio de legado, herencia, entre otros, puede transmitírseles a sus herederos y tendrán que aceptar herencia del No Nacido; para lo cual según el Código Civil y

Código de Familia, regula que el derecho en la sucesión de un causante, se prueba con las Certificaciones de Partidas de Nacimiento, Defunción y Matrimonio, por lo tanto los padres del concebido pueden solicitar constancia para probar la existencia y defunción del no nacido para iniciar Diligencias de Aceptación de Herencia.

De lo anteriormente planteado se puede deducir que es necesario que la norma secundaria esté en concordancia con lo regulado en la norma constitucional sobre el no nacido para que los Jueces no estén emproblemados sobre que norma aplicar en un proceso; si la Constitución o la Ley Secundaria; no obstante aclarar que después de cinco años de la vigencia de la reforma constitucional en el Art. 1, inciso segundo y a pesar de los problemas que se han dado hasta el momento, en los procesos en los que se reclaman derechos del concebido; la Asamblea Legislativa no ha hecho más reforma a las leyes secundarias para que estén acorde al principio constitucional, ni han creado una ley en la cual se desarrolle el principio.

### **2.1.2 DERECHOS PERSONALES DEL NO NACIDO.**

En el Capítulo I, Título II de la Constitución, aparecen regulados algunos derechos personales que el ser humano posee por su calidad, en el Art. 2 se regula que los derechos que tiene una persona están protegidos y garantizados por el Estado y la Sociedad y que el fin del Estado es la persona humana, adquiriendo esta calidad desde el momento de la concepción.

El Art. 3, también regula el Principio de Igualdad de las Personas y el derecho a tener un nombre; o sea que el concebido tiene derecho a que sus padres lo reconozcan antes de su nacimiento y otorgarle un nombre; aunque la ley secundaria regula que las personas deben ser inscritas en el Registro del Estado Familiar por sus padres o por sus familiares más cercano, y otorgarle un nombre que lo identifique y lo individualice de los demás miembros de la sociedad; pues la ley primaria en el Artículo mencionado hace mención en la igualdad de los derechos y no se le puede prohibir a los padres del concebido darle un nombre a su hijo antes de su nacimiento, porque es un derecho que le corresponde por ser persona humana; y el Registro del Estado Familiar encargado de llevar las

inscripciones de las personas, deberá inscribir al concebido en el Libro respectivo que para tal efecto lleva la Alcaldía; en caso no llevaran libro para asentar al concebidos deben crear uno; porque al partir de la reforma del Art. 1 inciso 2º de la Constitución; en caso de fallecer el concebido antes de nacer y esta tuviera bienes que dejar, los padres del no nacido tendrían que probar su existencia y defunción para los tramites correspondiente de la herencia y es el Registro mencionado el encargo de expedir la constancia de existencia y defunción del concebido.

Uno de los derechos personales del No Nacido regulado por la Constitución en el Art. 90 y 91, es la nacionalidad, ya que el concebido desde que está en el vientre materno ya la posee, pues adquiere la de sus padres; y que aún pueden ser diferentes; es decir que si el padre es Guatemalteco y la madre Salvadoreña, el concebido adquiere ambas nacionalidades; como lo regula nuestra Constitución de la República en el Art. 91 inciso-sobre la doble o múltiple nacionalidad.

### **2.1.3 LOS DERECHOS PATRIMONIALES DEL NO NACIDO.**

El patrimonio es un atributo de las personas, así como la nacionalidad, el nombre, la capacidad, entre otros, y según la Constitución de la República en los Artículos 2 y 22, toda persona tiene derecho a la propiedad y posesión, así como a disponer libremente de sus bienes, todo y cuando sea de conformidad a lo establecido por la ley; en el caso del concebido también tiene derecho a obtener propiedades, ya que si alguien deja sus bienes a su favor y es necesario que se acepte herencia a favor de él, o le dejan un legado, la madre o el padre pueden representar al no nacido en las Diligencias.

Otro de los Artículos que regulan que el concebido tiene derecho a obtener un patrimonio, aunque este no haya nacido es el Art. 103 de la Constitución pues regula que el Estado esta obligado a fomentar y garantizar la propiedad privada de las personas, teniendo esta calidad el concebido, por lo que también el Estado debe garantizar y proteger los bienes adquiridos por el concebido antes de nacer, los cuales en caso de fallecer antes de su nacimiento serán transmitidos a sus herederos quienes deberán probar su derecho en la sucesión porque el patrimonio de una persona aunque fallezca

siempre subsiste, y porque además toda persona tiene un patrimonio que heredar a sus herederos, según la doctrina.

#### **2.1.4. DERECHOS SUCESORALES DEL NO NACIDO.**

Existe discusión en la doctrina, si el concebido puede transmitir sus bienes a sus herederos o no, en caso de fallecer antes de su nacimiento; y al respecto algunos doctrinarios opinan que el no nacido no puede transmitir sus bienes porque ese derecho esta sujeto a la condición de su nacimiento, y en el caso de que el concebido falleciera antes de ese hecho, es como que no haya existido y sus bienes pasan a una persona distinta de los herederos que pudieron haber sido; ya que para ellos si no nace la criatura no hay derechos; o sea que adoptan la Teoría de la Vitalidad o Viabilidad; pero existen autores que consideran lo contrario a lo planteado anteriormente; según ellos el concebido si tiene derecho de transmitir sus bienes sucesorales en caso de morir antes de nacer, porque tiene existencia legal desde el momento de su concepción, por lo que sus bienes serán transmitidos a sus herederos sí estos probaren su calidad.

La madre del concebido o el padre podrían aceptar la herencia de los bienes dejados por el causante y para ello tendrán que probar su calidad de herederos por derecho de transmisión; y la existencia del no nacido con la Constancia extendida por el Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal y otra en la cual conste la defunción; en cuyo caso el Jefe del Registro mencionado no quisiera extender las Certificaciones, estará violando un derecho del concebido otorgado por la Constitución, ya que se deriva como una consecuencia de regular en el Art.1 inciso 2º este principio le dá derecho al concebido a gozar de sus derechos a partir de su concepción desde ese instante; no obstante que el Art. 24 y 39 de la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, regula que el Registro del Estado Familiar de las Alcaldías están obligados a llevar una estadística de todas las defunciones patales (Art. 39 de la Ley); o sea los fallecidos antes de nacer; y dichas constancias podrían ser utilizadas por los padres del no nacido para probar su existencia en algún proceso

judicial o Diligencias, artículo que debe de ver reformado por nuestra Asamblea Legislativa para que haya armonía con la Constitución.

En el caso antes planteado los llamados a suceder al No Nacido por derecho de transmisión son sus padres, (Art. 988, 957 y 958, C. C.; y 143, 144 C. F.), derecho que no se puede omitir, aunque el Art. 75 del Código Civil regule que los derechos del concebido están suspensos hasta el hecho del nacimiento, debido a que este último artículo contempla la Teoría de la Vitalidad, que es contradictoria a la adoptada por nuestra Constitución; pero ambos planteamiento debe imperar la Ley Primaria por ser superior a las demás leyes.

## **2.2 REGULACION JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.**

Los Tratados Internacionales ratificados por El Salvador son Ley de la República (Art. 144 Cn.), y regulan a la persona humana y sus derechos. Algunos de estos tratados regulan al concebido desde el momento de su concepción como persona al igual que nuestra Constitución, por ello los legisladores al momento de reformar el Art. 1, inciso segundo de nuestra Constitución tomaron como base los Tratados Internacionales entre ellos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana de Derechos Humanos; con el objeto de salvaguardar la vida de toda persona y sus derechos desde el instante de su concepción, que aunque se encuentre en el claustro materno es independiente a la madre; según consta en libros considerados del Diario Oficial N° 85 Tomo335 del día 13/5/97, sobre los Acuerdos de Reformas Constitucionales hecho por el Órgano Legislativo; el 30/04/97.

En el Art. 145 de la Constitución de la República se regula la supremacía, pues en caso de existir conflicto entre la ley secundaria con el Tratado prevalecerá este último, pero sobre é se encuentra nuestra ley primaria; por ello es importante que los Tratados que son leyes que rigen nuestro país y todos aquellos que lo hayan ratificado regulen al concebido como persona humana desde la concepción, ya que como consecuencia puede gozar de sus derechos a partir de ese instante como cualquier otra, y aunque éste en el

vientre materno ya es un nuevo ser humano con vida propia, y quien cause daño a la mujer en la etapa de su embarazo con el propósito de ocasionarle lesiones al feto es sancionado por la ley (Art. 6, No. 1; 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Art. 2 y 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

### **2.2.1 LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.**

La Convención sobre los derechos del Niño, fue “adoptada por la Asamblea General de la ONU el día 20 de Noviembre de 1989, y fue ratificada por El Salvador, el 26 de Enero y el 27 de Abril de 1990 respectivamente; convirtiéndose en ley de la República y el más importante de los instrumentos jurídicos de carácter universal de protección a los derechos de la infancia”.

La Convención reconoce los derechos Civiles, Económicos, Sociales y Culturales que requiere el niño para su supervivencia y desarrollo integral; según “el decreto número 487 se ratificó la Convención, considerando los Diputados que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, una debida protección legal antes y después de su nacimiento”.<sup>61</sup>

En la citada Convención en el Art. 1, define que 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”.

De lo anterior se colige que el criterio para saber si una persona humana es niño, es de carácter cronológico, porque la convención señala la edad máxima, pero no expresa la mínima, o si con ello incluye al no nacido; pero debe entenderse como niño al concebido, aunque la Convención no lo regule expresamente, pero tampoco lo excluye y además la criatura es independiente de la madre, aunque se encuentre en el vientre materno, es una vida distinta a la de su progenitora y por eso el Estado lo protege.

Todos los países que son partes de la Carta de las Naciones Unidas, deben reconocer que todo niño tiene derechos intrínsecos a la vida por lo que se debe de garantizar esos

---

<sup>61</sup> Kemelmager De Carlucci, Aida Rosa: “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2000, Pág. 244 - 262.

derechos en la posibilidad de la supervivencia y desarrollo del menor; aunque existen derechos que la Convención los suspende hasta el hecho del nacimiento, como lo regulado en el Art. 7 sobre el concebido, quien deberá ser inscrito en el Registro del Estado Familiar hasta que ha nacido, este planteamiento viola los derechos del concebido, como a obtener un nombre, un Estado Familiar de Nacimiento, la filiación y otros, antes de nacer; en este caso debe aplicarse la norma constitucional por la superioridad de la ley debido a la contrariedad existente en ese artículo, con la reforma del Art. 1, inciso segundo de la Constitución, los Jueces en un proceso sobre el no nacido deben inaplicar o desaplicar el Art. 7 de la Convención.

Los autores al analizar el contenido de la Convención sobre los derechos del Niño, expresan que la misma “Convención consolida un cambio en la protección integral del niño, los cuales son transformadores porque incluye al concebido, dándole protección integral y especial desde el punto de vista cronológico, ya que es importante comprender que la palabra niño incluye diversas categorías”<sup>62</sup> como la mínima, medio baja y tercer grado; en la primera categoría encontramos al concebido, en la segunda se encuentra el niño que ya nació hasta los 18 años, y la tercera comprende de los 18 años en adelante.

### **2.2.2 EL PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.**

“Este Pacto fue adoptado y abierto a firma, según la Asamblea General en su resolución 2200 el 16 de Diciembre de 1966, y entró en vigor el 23 de Marzo de 1976, de conformidad con el Art. 49, ratificado por El Salvador, según Decreto Legislativo Número 27, el día 23 de Noviembre de 1979, publicado en el Diario Oficial Número 218 en la fecha últimamente relacionada; de conformidad a los Principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, que tiene como base la libertad, la justicia y la paz en el mundo; además reconoce la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y sus derechos iguales e inalienables”, por lo tanto el Pacto incluye en esta parte

---

<sup>62</sup> Idem. Pág. 278.

al concebido porque desde que está en el vientre materno, ya es parte de la familia humana, y por ello sirvió para inspirar la reforma constitucional del Art. 1, inciso segundo de la Constitución.

En la parte III del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en el Art. 6 numeral 1º, regula que el derecho a la vida es inherente a la persona humana, y el numeral 5º del referido artículo, regula que no se impondrá la pena de muerte a las mujeres en estado de gravidez, o sea en estado de embarazo; debido a que el concebido es protegido desde el instante de su concepción por el Estado, por considerar la existencia de nueva vida independiente a la madre; por ello la protección no puede limitarse al hombre ya nacido, ni al nasciturus, sino que a toda persona; es decir que incluye tanto al concebido como al ya nacido con las mismas protecciones; basta con que viva esa persona, ya que la vida es más que un bien jurídico, es un valor absoluto que no puede ser objeto de limitación.

Según los Artículos 16, 24 y 25 inc. 1º del Pacto, el ser humano tiene derechos en todos los países, como el nuestro, a que se le reconozca su personalidad jurídica, incluyendo al concebido por su calidad de persona, que puede gozar de los derechos como cualquier otra, y porque todo niño tiene derecho sin discriminación alguna a las medidas de protección que en su condición requiere, por sus padres, sociedad y el Estado, garantizándole a la criatura sus derechos que como persona le corresponden y que lo individualiza en la sociedad de las demás, como el nombre, su patrimonio, estado familiar y otros.

Es importante hacer notar la importancia que tiene la regulación de los derechos fundamentales de las personas en el Pacto, porque al igual que la Convención sobre los Derechos del Niño, protegen de manera especial al concebido y no solo nuestro país garantiza sus atributos desde el momento de su concepción; sino que también todos aquellos países que hayan firmado y ratificado el Pacto y la Convención; al regular los demás países la protección a la mujer en estado de gravidez, conlleva a que el concebido pueda gozar de sus derechos; aunque no se encuentre expresamente en el Pacto.

### **2.2.3 LA CONVENCION AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS.**

Esta Convención fue “suscrita en San José Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, entró en vigencia el 18 de Julio de 1974, de conformidad al Art. 74, ratificado por El Salvador, según Decreto Legislativo Número 5 el día 15 de Junio de 1978, publicado en el Diario Oficial Número 113, de fecha 29 de Junio del año últimamente citado”.

Esta Convención, al igual que la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto mencionado se encuentran relacionadas entre sí, sobre la forma a la persona humana; y aunque los últimos dos Tratados no regulan textualmente la protección del concebido desde el instante de la concepción; pero manifiestan la protección a la mujer en su estado de embarazo; en cambio la Convención Americana de los Derechos Humanos en los Artículos. 2 y 3, regulan que todo ser humano tiene derecho a que se le reconozca su personalidad y a que se le respete su vida desde la concepción.

Los Artículos. 21 y 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos, regulan que las personas poseen desde el instante de la concepción derechos de los cuales puede gozar; y en los considerando establece que los Estados Americanos, reconocen aquellos derechos especiales del hombre, que éstos no nacen porque la persona humana pertenezca a un Estado parte, sino porque tiene la calidad de ser humano y éste posee atributos esenciales impregnados por su calidad desde de persona la concepción, por ello son inmutables; como lo es el derecho a la vida, el cual está protegido por la ley, además este por ser un derecho primordial del ser humano.

### **2.3 REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA EN LAS LEYES SECUNDARIAS.**

En nuestro Ordenamiento Jurídico la Ley Secundaria regula la existencia de la Persona Humana a partir del momento de su nacimiento, o sea que nuestra Legislación Secundaria adopta la Teoría de la Vitalidad, porque tanto el Código Civil, de Familia, la Ley del Nombre de la Persona Humana y otras, regulan a la Persona Humana ya nacida dejando fuera al Concebido por no tener según estas Leyes existencia legal; este

planteamiento es contrario al Principio Constitucional que regula a la Persona Humana desde el momento que se une el óvulo con el espermatozoide, teniendo como consecuencia el reconocimiento de los Derechos a partir de la Concepción de todo ser humano.

### **2.3.1 REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NO NACIDO EN EL CODIGO CIVIL.**

Nuestro Código Civil, fue decretado en la ciudad de San Salvador, a los veintitrés días del mes de Agosto de 1859, publicado en Gaceta Oficial Número ochenta y cinco del Tomo ocho el 14 de Abril de 1860; desde esa fecha hasta la actualidad aparece regulada la Teoría de la Vitalidad en el Título II, denominado “Del Principio y fin de la Existencia de las Personas”, y en el Capítulo I, titulado “Del Principio de la Existencia de las Personas”, y en el Art. 72, se regula “la existencia legal de toda persona principia al nacer, estos es, al separarse completamente de la madre.

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

En el artículo mencionado encontramos los requisitos que la doctrina plantea que debe existir según la Teoría de la Vitalidad para determinar el momento de la existencia de la persona humana, y poderle otorgar la personalidad jurídica; en primer lugar que la criatura haya sido expulsado del claustro materno; segundo que la criatura haya sido separada completamente de la madre, tercero que sobreviva un momento siquiera a la separación, y algunas doctrinas consideran como cuarto requisito que la criatura se trate del género humano; todo lo antes expuesto es contradictorio a lo regulado en la Constitución de la República, ya que para ésta la existencia legal de toda persona humana comienza desde el momento de su concepción; pero en cambio la Teoría adoptada por el Código Civil, plantea que si no se presentan los requisitos antes mencionados, es como que la criatura no haya existido, y aunque el artículo 73 del referido Código, regula que el Estado protege la vida del que está por nacer, y que el

Juez o cualquier persona de oficio o a petición de partes puede tomar las providencias necesarias para la protección de la vida del concebido, en caso de encontrarse en peligro. Según los artículos mencionados de nuestro Código Civil, adoptan la Teoría de la Vitalidad, son la base del ordenamiento jurídico que se opone al Principio Constitucional, y esa regulación dá origen al Código de Familia, la Ley del Nombre de la Persona Natural, la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y los Regimenes Patrimoniales del Matrimonio, para que también adopten dicha teoría, lo cual violan los derechos del concebido, que como consecuencia la Constitución le otorga al reconocerlo como persona humana desde su concepción; y aunque falleciera antes de su nacimiento, éste podría heredar sus bienes o patrimonio a sus herederos por causa de muerte, ya que es un derecho que toda persona humana posee al fallecer.

Las consecuencias antes mencionadas, hacen que existan problemas en los procesos en los cuales se exija el cumplimiento de algún derecho del concebido que se le está violando; por que los Jueces al momento de resolver, o con solo presentar la demanda, al interpretar la Norma Constitucional y el Código Civil se dan cuenta del conflicto existente entre la ley inferior con la Superior, porque algunos Jueces se encuentran apegados a la Teoría planteada por la Constitución y otros a la del Código Civil, en cuyo caso la parte agraviada siempre hacen uso de los recursos, debido a que la situación del concebido es un tema de mucha discusión y al analizarlo debe hacerse una profunda interpretación tomando como base los Tratados, doctrina y jurisprudencia, para poder resolver en el caso de los Jueces aquellos hechos sobre el concebido; y para obtener un conocimiento sobre el tema, no obstante la Constitución expresa que la existencia legal de la persona humana comienza desde su concepción; así lo regula el Art. 1 inciso segundo, y a efecto se entiende que el concebido tiene derecho a gozar de todos los derechos fundamentales, ya sean estos individuales o sociales como cualquier persona.

En el Libro III, denominado “De la Sucesión por Causa de Muerte y de las Donaciones entre Vivos”, Título I, sobre Definición y Reglas Generales; comienza regulando en el Art. 952, del Código Civil, que se puede suceder al causante en una sucesión a título universal y a título singular; cuando se haga por medio de Testamento se denominará

Sucesión Testamentaria, y si es por medio de Ley, se llamará Sucesión Intestada o Abintestato; en el caso del no nacido podrá heredar a sus herederos en forma intestada, pero no en forma testamentaria.

En el Art. 963 del referido Código, se regula que para ser capaz de suceder a una persona difunta, es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión; en dicho caso, el artículo adopta la Teoría de la Vitalidad, porque no incluye al concebido y contradice el Principio Constitucional que regula la existencia de la persona humana desde el momento de la concepción, es decir que al dejar fuera al concebido, no tendría la posibilidad de heredar a quienes le hayan dejado sus bienes, porque para éste artículo el concebido ya tiene que haber nacido. Cuando se abra la sucesión, y en el caso de la criatura que no ha nacido, no tiene existencia legal porque según la Teoría de la Vitalidad nunca existió. Este planteamiento por ser contradictorio a la Constitución, un Juez en el instante de admitir una demanda o resolver sobre la violación de un derecho del concebido, debe hacer una interpretación profunda del caso, y si descubre conflicto entre la normativa debe aplicar la Superior declarando la inaplicabilidad o desaplicabilidad de la norma secundaria, que es contraria a la norma constitucional.

Según los Artículos 75, 1060, 1065, 956 y 958 del Código Civil, su planteamiento coincide con la Teoría de la Vitalidad, porque al analizar lo regulado por estos artículos, el concebido no podría ser persona humana y transmitir sus bienes a sus herederos en caso de fallecer antes de su nacimiento, por no tener existencia legal; artículos que no han sido reformados por más de cien años atrás, debido a que el Código Civil fue decretado en 1859, y hasta la fecha, regulan y adoptan la Teoría mencionada, aunque reformaron la Constitución en relación a la existencia de la persona humana desde la concepción, no fueron reformados los artículos del Código Civil, pero los Tribunales deberán inaplicarlos o desaplicarlos en los casos que violen derechos del no nacido; debido a que la reforma constitucional deroga tácitamente los artículos de la Ley Secundaria.

### **2.3.2 DERECHOS DEL NO NACIDO EN EL CODIGO DE FAMILIA.**

Otras Leyes Secundarias que regulan al concebido en nuestro Ordenamiento Jurídico es el Código de Familia, y la Ley Procesal de Familia, en el Art. 127, se regula el concepto del parentesco, o sea la relación de familia que existe entre dos o más personas y puede ser por consanguinidad, afinidad y adopción; es decir que entre el concebido y sus padres existe parentesco por consanguinidad, porque se dá entre las personas que descienden una de la otra, o de un ascendiente común, se mide por grados y líneas, que se determinan dependiendo las generaciones; o sea que el concebido con su madre y su padre tienen parentesco por consanguinidad en primer grado y en línea recta, por ello son sus progenitores los que tienen la facultad de representar al concebido en una donación, un legado, o en una herencia, según el Art. 131 del referido Código.

El vínculo existente entre el hijo y sus padres se denomina filiación, que puede ser paterna o materna, se determina en tres formas: la primera debe ser a disposición de la Ley, la segunda se establece por medio del reconocimiento voluntario del padre al hijo, y la tercera por medio de una Declaración Judicial, según los Artículos 140, 144 y 146 del mencionado Código.

Existen diferentes formas para reconocer a un hijo, según la Ley, se hacer por medio del reconocimiento voluntario, en donde el padre se presenta al Registro del Estado Familiar de la Alcaldía para asentar voluntariamente al hijo que está por nacer, o que ha nacido, también puede realizarlo por medio de Escritura Pública ante los oficios de un Notario, en el acto del Matrimonio con la madre de la criatura, ante el Procurador General de la República o sus Auxiliares, entre otros.

Otras de las formas para reconocer al niño nacido, o al concebido es por orden judicial, si el padre no lo quisiera reconocer voluntariamente, la madre del menor o concebido puede solicitar al Juez de Familia a que el progenitor de su hijo lo reconozca (Art. 144, 146 C. F.) y si aún se negare en el Juzgado a reconocerlo, que se haga de manera forzosa, para lo cual tendrá que presentar pruebas.

Si el hijo es reconocido por el padre adquiere el Estado Familiar de hijo y como consecuencia se consolida el parentesco y la filiación; no obstante mencionar que dichas

vínculos pueden darse antes del nacimiento de la criatura, y si falleciera antes de nacer tendría el Estado Familiar de Defunción; la persona interesada podría probar la existencia y Defunción de la criatura la que no logro nacer con las Certificaciones respectivas extendidas por la Alcaldía Municipal a través del Registro del Estado Familiar.

El Estado Familiar de la persona además de obtenerse del parentesco, o filiación que existente entre los padres y el hijo, también surge el vínculo matrimonial, como de soltero, casado, divorciado y viudo; el encargado de llevar el control de la inscripción del Estado Familiar en las Alcaldías Municipales, según el Art. 187 del Código de Familia; es el Departamento denominado Registro del Estado Familiar que tiene por objeto la inscripción de los hechos y actos jurídicos constitutivos, modificativos o extintivos del Estado Familiar de las personas naturales, así como la conservación de la información que contiene; y los hechos a inscribirse en este registro son los nacimientos, matrimonios, defunciones, adopciones y divorcios.(188 Código de Familia).

Existe una Ley denominada Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, la cual regula en el Art. 25, que deben inscribirse aquellos nacimientos de personas que nazcan vivas, o sea que hayan sido expulsadas o extraídas completamente del cuerpo de la madre, ya sea que la criatura respire o que manifieste otro signo de vida, como el latido del corazón, pulsaciones del cordón umbilical; porque según esta ley solo tiene derecho a ser inscritos en dicho Registro aquellos niños que hayan nacido vivos; asimismo se inscribirá toda defunción de persona en la que hayan desaparecido los signos de vida.

De lo anterior se deduce que la Ley Secundaria no cumple con la Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción; pues para la Ley Secundaria el concebido si no nace deja de existir y los derechos que poseía como ser humano se suspenden o se extinguen; planteamiento que es opuesto al Principio Constitucional regulado en el Art. 1, inciso segundo de la Constitución, aunque el Código de Familia incluye al concebido en la palabra niño, aunque no lo dice ni lo excluye, cuando regula que niño, o menor de edad es toda persona natural que no hubiere cumplido dieciocho

años; según el Art. 345 del referido Código; y en caso de que se necesite la representación de los padres del concebido en una donación, legado, herencia u otra cosa, le corresponderá a ellos dicha representación, el Art. 238 regula que le corresponde a los padres administrar los bienes del hijo que está por nacer; salvo que el testador o el legatario establezca lo contrario en el documento de tradición de los bienes a favor del concebido; porque son derechos fundamentales del no nacido de que sus padres lo representen, y a que lo protejan desde su concepción.

En los Artículos 344, 346 y 351 del mencionado Código, regulan los derechos fundamentales que todo menor de edad, tiene desde el instante de su concepción hasta los dieciocho años, siendo su protección de manera integral en todos los periodos evolutivos de la vida la criatura, por lo que todo aquello que favorezca al concebido, aunque fallezca antes de su nacimiento, se entenderá al mismo como ya nacido, ya que dichos derechos no pueden suspenderse, por el reconocimiento que hace la constitución de que es persona humana todo ser humano desde su Concepción.

### **2.3.3 LA LEY DEL NOMBRE DE LA PERSONA NATURAL.**

Esta Ley surge del Decreto 450, emitido por la Asamblea Legislativa el 22 de Febrero de 1990, publicado en el Diario Oficial Número 103 del Tomo 307, de fecha 4 de Mayo del referido año; según los considerando de dicha Ley, cuando nos referimos al nombre de una persona estamos hablando del atributo principal que posee una persona como medio de individualización e identificación entre las demás personas de una sociedad; el Artículo 36 inciso 3º de la Constitución, y en el Capítulo I, denominado “Del nombre en General”, en el Artículo 1, de la Ley mencionada, denominado “Derecho al Nombre”, regula el derecho que tiene toda persona a poseer un nombre, teniendo por objeto, dicha Ley, regular el nombre en cuanto a su formación, adquisición, sus elementos, cambios, uso y protección.

En cambio los Artículos 3, 7, y 13 de la Ley regulan que el nombre de una persona, según estos artículos, está compuesto de dos elementos: El nombre propio y el apellido; y se forma desde el momento que el padre o la madre le asignan el nombre a la criatura,

inscribiéndolo en el Registro del Estado Familiar como su hijo y con el nombre “x”, y son sus progenitores los encargados de hacer la inscripción del niño, salvo que no se encuentren ellos, lo hará uno de sus parientes más cercano; como el abuelo, tío, y otros, si se tratara de un menor abandonado dará los datos el Procurador General de la República o su Auxiliar Departamental; para lo cual existe un plazo de quince días hábiles a partir del nacimiento de la criatura; en caso de no inscribir al niño en ese plazo se le impondrá una multa.

Esta Ley fue creada con el fin de que toda persona tenga su propio nombre para que lo individualice de las demás personas en la sociedad; el no nacido también tendría derecho a que sus padres le asignarán un nombre que lo diferencie de las demás personas, debido a que el nombre es un derecho que el concebido posee por ser una persona humana, atributo que la Constitución le otorga desde su concepción. Así como el padre puede reconocer a su hijo antes de su nacimiento, también puede otorgarle un nombre y lo cual daría surgimiento a una filiación entre el concebido y su padre; en caso de que falleciera antes de su nacimiento, sus padres pueden iniciar las Diligencias de Aceptación de Herencia, solicitando a la Alcaldía respectiva, Certificación de Partida de Defunción del no nacido; es decir que el Registro del Estado Familiar de la Alcaldía, puede hacer constar en la Certificación que la criatura “X” existió, pero que no nació y que sus padres fueron los señores “Y” y “Z”; estos documentos servirán a los padres del no nacido para poder iniciar las diligencias mencionadas, como herederos en la sucesión intestada dejada por el no nacido.

#### **2.4 LOS DERECHOS DEL NO NACIDO EN EL DERECHO COMPARADO.**

Aparte de nuestro Ordenamiento Jurídico, existen otros países que también adoptan la Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción, y entre estos países tenemos la República de Argentina y Perú, quienes en su Legislación Secundaria regulan la existencia de la persona humana a partir de la unión entre el óvulo y el espermatozoide, instante desde el cual el concebido tiene derecho de gozar y disfrutar de sus derechos individuales y sociales, como cualquier persona ya nacida;

derechos que según estas Leyes sí el concebido falleciera antes de su nacimiento, conservará el derecho de transmitir sus bienes a sus herederos.

También estos países regulan que el Estado está obligado a cuidar o garantizar la vida del que está por nacer, así como sus derechos, por considerar la vida del concebido independiente a la de la madre, y en caso de que se encuentre en peligro la vida del que está por nacer el Juez a petición de cualquier persona o de oficio puede tomar cualquier providencia para la protección de la criatura.

#### **2.4.1 REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NO NACIDO EN EL ESTADO DE ARGENTINA.**

Este Estado fue uno de los primeros países en regular la existencia de la persona humana desde la concepción, y quien dio inicio a luchas para que se realizarán cambios en la legislación de Argentina fue el Doctrinario Freitaz; y logró cambios transformadores en dicho país, especialmente en el Código Civil que es el encargado de regular a la persona humana desde su concepción, como consecuencia se incluye al concebido, también regula el goce y la protección de los derechos que posee una persona.

Existen algunos juristas y doctrinarios en Argentina que se empeñan en rechazar sustancialmente la identidad entre la persona no nacida y la ya nacida, basándose en que el feto no es más que una parte del vientre de la madre; pero la legislación regula lo contrario, tal es así que el Código Civil en el Art. 63 define a las personas por nacer así: “Las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”.<sup>63</sup>; pues según “Pierre Káiser, en Documentos sobre el embrión humano y la protección medicalmente asistida, JA. 1990- III-679 tan pronto como los 23 cromosomas paternos se encuentran los 23.

El Código proclama “el Principio de la Personalidad Jurídica de la criatura que está por nacer; o sea que aunque no haya nacido todavía, ya la está considerando persona humana

---

<sup>63</sup> Cruz Jurado, Rosa Belis: “Lesiones del Feto”, Tesis, UES, 1994, Pág. 69.

y como consecuencia puede gozar de los derechos como cualquiera”<sup>64</sup>; el Art. 64 del referido Código determinar que el concebido puede designársele un representante cuando adquiera bienes por donación, legados o herencia; el Art. 70 regula que el concebido desde que está en el vientre materno, puede adquirir derechos como que ya hubiese nacido; es decir que si fallece antes de nacer puede transmitir sus bienes a sus herederos.

Esta legislación al igual que la Ley Primaria de nuestro país adoptan la Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción, crean en la mentalidad de los Jueces conflicto sobre que ley aplicar; porque ellos dan una resolución hacen un planteamiento profundo y claro por ser este un hecho problemático, con gran relevancia algunos doctrinarios consideran que el no nacido una vez fallecido antes nacer no tiene derecho a nada, no puede transmitir ningún derecho a sus herederos por su falta de existencia como persona, basándose en normas que contradicen esta Teoría; en cambio otros consideran que el concebido tiene derechos desde su concepción y nadie puede violárselos porque es una persona o un ser humano como cualquiera y si éste ha adquirido bienes antes de nacer, sí puede heredar esos bienes aquellos que prueben su derecho en la sucesión; si la resolución es contraria, es decir apegada a la Teoría de la Vitalidad y dirá no alugar a las pretensiones. No Nacido existen recursos que deben interponerse ante una autoridad superior que sea competente en el caso.

#### **2.4.2 REGULACION JURÍDICA DE LOS DERECHOS DEL NO NACIDO EN EL ESTADO DEL PERU.**

Otro de los países que regula la Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción, es el del Perú siendo el Código Civil de dicho país el que adopta la mencionada Teoría, a diferencia de nuestra legislación, porque es la Ley Primaria o Fundamental quien regula ese planteamiento, y aunque la Ley Secundaria de nuestro país regule lo contrario, por la superioridad de la Constitución es esta la que se

---

<sup>64</sup> Pérez Vargas, Víctor, Ob. Cit. Pág. 243.

aplica; no obstante ambas Legislaciones al reconocer la existencia legal de la persona desde el momento de su concepción, otorga al concebido los derechos que posee una persona ya nacida.

En el Título Primero del Código Civil del Perú, denominado “Principio de la Persona”, regula la situación del concebido como sujeto autónomo de derechos y la eventualidad dada por el nacimiento; ya que el Art. 1 del referido Código, regulaba que la persona humana era sujeto de derechos hasta que había nacido pero que la vida humana comienza con la concepción; es decir que contemplaba la Teoría de la Vitalidad; pero con la Enmienda realizada a dicho artículo en Noviembre de 1994, mediante la Ley 26.394, modificada por la Ley 26.673 de Octubre de 1996, una Comisión de Representantes del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, hicieron reformas al Artículo, siendo el nuevo texto, así:

“La vida humana empieza con la concepción. El concebido es sujeto de derechos. Goza de manera actual de todos sus derechos.

Los derechos personales se extinguen si el concebido si muere.

Tratándose de los derechos patrimoniales los readquiere el titular original, o en su caso sus herederos”.<sup>65</sup>

La calidad de sujeto de derecho que posee el concebido es para todos los efectos, sin ninguna reserva, ni limitación alguna; pues por el simple hecho de ser una persona humana, goza de manera actual de todos sus derechos tanto personales como patrimoniales.

La Legislación Peruana considera que el ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el momento de la concepción por lo que a partir de ese instante se le debe reconocer los derechos o atributos que como persona le corresponden; pero especialmente el Ordenamiento Jurídico de Perú, protege el derecho a la vida, ya que el concebido desde su fecundación tiene vida independiente a la de la madre.

---

<sup>65</sup> Cardenas Quirós, Carlos: “Fecundación Extracorpórea y protección jurídica del embrión”, Edic. S. D., Universidad de Costa Rica, Santa Fé, 200, Pág. 278.

Tanto la Legislación Secundaria de Argentina como la de Perú regulan al concebido como persona desde su concepción y le otorgan el goce de los derechos como cualquiera, a diferencia de nuestra Legislación; porque en el país es la Ley Primaria la que lo regula expresamente, pero el contenido es el mismo en los tres países.

## **2.5 SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS EN LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS DEL NO NACIDO EN EL SALVADOR, ARGENTINA Y PERU.**

Las semejanzas existentes entre los Estados de El Salvador, Argentina y Perú, sobre la Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción, dá surgimiento a que el padre o la madre del concebido pueda reclamar cualquier derecho que se le viole la hijo que está por nacer, ya que el Ordenamiento Jurídico de cada uno de los países mencionados, regulan que el concebido puede gozar de los derechos que le corresponden como persona, aunque no haya nacido aún, como cualquiera de las personas ya nacidas; y en cuyo caso falleciera antes de su nacimiento, sus derechos individuales, como el derecho a ser protegido, a la educación, a la salud, se extinguen por su muerte, pero en cambio el derecho que el concebido tiene a poseer bienes y heredarlos a sus herederos después de su muerte, continúa existiendo, o sea que el no nacido puede transmitir sus bienes por causa de muerte a los herederos, que podrían ser su madre y su padre.

Algunos doctrinarios de estos países plantean que todo lo que favorezca al concebido, se entenderá como que ya hubiere nacido; o sea que puede gozar de los derechos el concebido como el nacido como persona en relación a lo sucesorio; pues consideran que el concebido puede adquirir bienes, ya sean donaciones, herencias, legados u otros, por lo que si fallece antes de nacer, sus bienes no pueden quedar aislados, sino que deben de ser transmitidos a sus herederos.

Además de semejanzas entre estos tres países, también existen diferencias entre ellos, pues en nuestro país la Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción lo regula un Principio Constitucional y se encuentra escrita

expresamente en la Ley Superior del país; y en el caso que exista contrariedad entre la Ley Secundaria con la Fundamental o Primaria, por la supremacía que posee esta última es la que se aplica.

En el caso de Perú y Argentina se diferencian de nuestro país en que es la Legislación Secundaria, la que regula la Teoría, especialmente el Código Civil de cada uno; pero no obstante aclarar que la Constitución de ambos países regulan en la parte dedicada a la persona humana, a está como el centro de protección y garantización de sus derechos, especialmente el derecho a la vida, y sí el concebido tiene vida independiente a la de la madre, quiere decir que al regular la Constitución de dichos países a la persona humana, por ser el centro de la sociedad sus derechos especialmente la vida, como consecuencia incluye al concebido.

De lo anterior se puede deducir que en el campo de aplicación de la norma en relación al concebido no quiere decir que la Ley nuestra sea más efectiva que la de Argentina y Perú, por ser la Constitución la que expresamente regule la Teoría; ni la de los otros dos países porque algunos de sus doctrinarios desde hace tiempo contemplaban la idea de que el concebido tiene derechos desde su concepción como cualquier persona, a parte de lo regulado en sus Códigos; sino que en los tres países tiene la misma efectividad la referida Teoría, porque la Legislación de los tres países regulan al concebido como persona humana y como consecuencia este puede gozar de sus derechos, en caso de ser violado algún derecho sus padres pueden exigir el cumplimiento a la garantización de ese derecho violado en representación del concebido, o no nacido.

### **CAPITULO 3**

#### **“EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DEL NO NACIDO EN LA LEGISLACION SALVADOREÑA”**

En nuestro Ordenamiento Jurídico, la Ley Primaria es la que regula de manera expresa la Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción; que sea la Constitución de la República la que regule el reconocimiento del concebido como persona humana desde que se une el óvulo con el espermatozoide es una orden que debe cumplirse por todas las personas, sea Juez, Magistrado, Abogado, y cualquier persona, civil debido a que todo Principio Constitucional debe cumplirse y no puede violarse lo regulado en él, quiere decir que el concebido tiene derecho a ser protegido por el Estado y a gozar de sus derechos como cualquier otra persona; en caso de violación de algún derecho del mismo, los Tribunales deben resolver a favor del concebido.

También en nuestro Ordenamiento Jurídico existen Leyes Secundarias que regulan al concebido, como el Código Civil, Familia, la Ley del Nombre de la Persona Natural, la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, además los Tratados Internacionales, entre ellos, la Convención sobre los derechos del Niño, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana de los Derechos Humanos; dentro de estas legislaciones existe algunos artículos que son contradictorios al Principio Constitucional, pues regulan que el concebido posee derechos los cuales están suspensos hasta su nacimiento en el caso que la criatura, no llegara a nacer, seria como que nunca haya existido; en cambio otros artículos regulan que el concebido tiene derecho a tener un nombre y ser inscrito en el Registro del Estado Familiar hasta que ha nacido, porque en este Registro solo puede inscribirse los nacimientos vivos y las defunciones; no obstante mencionar que también estas leyes y tratados regulan que el Estado protege a la mujer en estado de gravidez; en el caso de que alguien quiera causar daños al concebido será sancionado, tampoco se le podrá poner a la mujer en ese estado trabajos forzosos, ni aplicarle la pena de muerte

cuando la mujer embarazada; todos estos derechos de protección por parte de las leyes con el fin de proteger la vida del nuevo ser humano que se encuentra en el claustro materno.

Estos dos planteamientos, sobre el momento de la existencia de la persona humana, ya sea desde su concepción o a partir de su nacimiento, son relevantes en el razonamiento de los Jueces y Magistrados al momento de resolver, porque existe varios procesos en los cuales se están reclamando derechos que se consideran ser violados por el padre de éste u otra persona haya concebido; por lo tanto al momento de decidir la aceptación de la demanda o al resolver en cualquiera de las etapas del proceso, causa problemas a los juzgadores, porque estos se encuentran en duda sobre que norma aplicar, si la primaria o la Ley Secundaria, porque sus resoluciones deben ser bien fundamentadas, claras, y profundas en relación al concebido.

Estas dos opiniones son de mucha polémica, especialmente en la área sucesoria; aunque deben de tener en cuenta la Supremacía Constitucional al momento de resolver, no obstante mencionar que ya ha habido resoluciones por algunos Jueces de Familia que han denegado la aceptación de la demanda por considerar que reclamar un derecho del concebido o del no nacido es improcedente, porque todavía no ha nacido y no sabe si nacerá, ya que sus derechos están supeditados al momento de su nacimiento.

Es necesario mencionar que la Constitución de la Republica tiene mecanismos de defensa en el caso que la Norma Secundaria contradiga un Principio regulado por ella, y entre esos mecanismos está el control difuso de Inaplicabilidad de la Norma Secundaria; como por ejemplo el concebido a quien la Ley Superior le otorga la existencia legal a partir del momento de su concepción, y por consecuencia puede gozar de los derechos que le corresponden como cualquier otra; pero la Ley Inferior regula lo contrario, le otorga su personalidad hasta que se dé el hecho de su nacimiento, por lo tanto los derechos se encuentran suspensos hasta ese momento; es en éste momento en el cual el Juez o Magistrado puede declarar la Inaplicabilidad de la Norma Secundaria y aplicar el Principio Constitucional.

### **3.1 INTERPRETACION CONSTITUCIONAL DE LAS NORMAS QUE REGULAN EL PRINCIPIO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA, SUS ATRIBUTOS Y CONTROLES QUE ASEGURAN SU EFICACIA.**

La interpretación de una Norma Constitucional como se ha mencionado se debe hacer de manera amplia, clara y precisa por la calidad de superioridad que posee dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico; en ellas no solo se funda un orden jurídico, sino también político, cultural, religioso, económico y social del país; además el contenido de las normas constitucionales tienen como finalidad proteger y garantizar la libertad y dignidad del hombre.

En el caso de la norma que regula el Principio Constitucional sobre la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción, debe analizarse en su totalidad y en el sentido que favorezca al concebido, como dice la doctrina, que “todo derecho que favorezca al concebido a efectos de goce debe entenderse a la criatura como nacida”<sup>66</sup>; esta idea quiere decir que el concebido puede gozar de sus derechos aunque se encuentre en el vientre materno, pues además en los procesos en que se ventilen derechos del concebido, los Jueces deben de estudiar a profundidad el caso, haciendo uso de la doctrina, la legislación comparada, los tratados y la jurisprudencia, porque su fundamentación debe de ser de manera decisiva sí el concebido puede gozar de sus derechos o no.

El artículo 1 inciso segundo de la Constitución es claro cuando regula al concebido como persona humana, ese reconocimiento tiene como consecuencias el goce de los derechos individuales y sociales como cualquier otra; y aunque existan legislaciones como el Código Civil, Familia, la Ley del Nombre de la Persona Natural, la Ley que rige el Estado Familiar y otra, que regulen lo contrario, ese planteamiento no podría tener efecto en el campo de aplicación, porque está violando una orden constitucional, en cuyo caso debe declararse la inaplicabilidad de la normas secundarias.

---

<sup>66</sup> Idem. Pág. 267

### **3.1.1 INTERPRETACION DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN RELACION AL PRINCIPIO DE LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA.**

El Estado Constitucional se distingue esencialmente porque el Estado protege los Derechos en los términos que la Constitución establece, sin importar exista desarrollo en la Ley Secundaria.

La carencia de desarrollo de los Principios Constitucionales en la Ley Secundaria o su mal desarrollo ofrece dificultades en su aplicación, pues los derechos consagrados en la Constitución están expresados en términos amplios e imprecisos.

Algunos han sostenido, que es el Legislador quien debe fijar los márgenes de esa interpretación y otros que son los Jueces quienes deben hacerlo.

Nuestra Constitución establece formas de Controles Constitucionales difusos y concretos lo mismo concentrados y abstractos; en el primer caso invocado ante cualquier Tribunal Judicial, en un caso concreto la Inaplicabilidad de una Ley Secundaria, haciendo prevalecer el Principio de Supremacía de la Norma Constitucional; y en el segundo caso mediante la Inconstitucionalidad o el Amparo.

Resulta evidente que en el Estado Constitucional de Derecho, el Principio de Supremacía Constitucional, el Principio de Fundamentalidad entendido en el sentido de que la Constitución es la Norma Básica del Ordenamiento Jurídico; el Principio de Imperatividad en el sentido de las Normas Constitucionales deben ser Operativas y de aplicación inmediata y el Principio de Regularidad Jurídica que implica concordancia entre la Norma Primaria y la Secundaria; han de ser en nuestro estudio, de intenso valor, en la interpretación de la Norma Constitucional para definir los derechos del No Nacido y de su existencia como persona.

#### **3.1.1.1 EL PRINCIPIO DE SUPREMACIA CONSTITUCIONAL**

El Estado Constitucional de Derecho exige dotar de normatividad a la Constitución: pero la normatividad o Supremacía Jurídica de la Constitución no es algo que deba presuponerse por su simple reconocimiento en el texto constitucional, sino que solo

existe en aquellos sistemas donde vengan efectivamente realizada, lo que suele suceder cuando se reconoce la rigidez de la Constitución.<sup>67</sup>

Este Principio de Supremacía Constitucional ubica en la cima de la escala jerárquica las Normas Constitucionales, siendo la Constitución la Ley Suprema y ha ella se subordina las demás leyes.

La Constitución de El Salvador en los artículos 235, 246 y 144 recoge este principio.

Según el Manual de Derecho Constitucional “el Principio de Supremacía Constitucional, surge de la reflexión realizada sobre donde se puede ubicar al Derecho Constitucional en la escala jerárquica de las normas jurídicas de un Estado, llegando a la conclusión que este Derecho era y gozaba en lo interno del Estado de Supremacía, lo cual hace que la Constitución de la República ocupe la cima del ordenamiento jurídico del Estado, convirtiéndose en Ley Suprema, y por lo tanto las demás leyes existentes en el país, ya sea decretos, ordenanzas, tratados, u otros, están subordinada a ella.”<sup>68</sup>

Además el Manual a que nos referimos, hace mención que “la doctrina moderna de la supremacía constitucional se le debe al Francés Emmanuel Sieyes, (1748-1836), quien expuso dos nociones importantes que todavía se proyectan en el Constitucionalismo actual:

### **1- EL PODER CONSTITUYENTE**

### **2- LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA**

En base a estas dos propuestas da surgimiento a la institución de la Supremacía de la Constitución.

La Supremacía de la Constitución puede ser de dos formas:

- 1- Material: Se refiere a la forma natural de predominio que las Normas Jurídicas de la Constitución en sentido material proyectan sobre la Legislación Secundaria.

---

<sup>67</sup> Gascón Abellán y otro, Marina: “Interpretación y Argumentación Jurídica”, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 1º Edición, San Salvador, 2003, Pág. 147

<sup>68</sup> Bertrand Galindo Francisco, y Otros: “Manual de Derecho Constitucional”, 4º Edic. Centro de Información Jurídica Ministerio de Justicia, San Salvador, 2000, Pág. 134.

2- Formal: Si se atiende a la superlegalidad concedida al documento especial y solemne designado como Constitución.”<sup>69</sup>

El Principio de Supremacía que posee la Constitución de la Republica sobre las demás Leyes Secundarias está regulado en los artículos 235 y 246 de la misma, siendo estos la base de su aplicación en el caso que exista conflicto entre la legislación secundaria con la primaria, en caso de que existiera, procede la aplicación de este principio, porque la norma a aplicar debe de ser siempre la norma constitucional.

La Jurisprudencia Salvadoreña citada en el Libro “El Estado y la Constitución Salvadoreña”, en la página 329 dice: “**3- Sobre la Supremacía Constitucional**”, debe afirmarse que la Supremacía de la Constitución se ha venido consolidando hasta lograr plena firmeza en nuestro tiempo, no solo al garantizar a través de los Procesos Constitucionales, sino al introducirse en la Constitución vigente, - el Artículo 246 - que en la de 1950 en el Artículo 221 – enunciado de manera categórica la subordinación de la Ley y las otras disposiciones de la Constitución (Sentencia de 29 – IX – 95, Amparo, 1- C – 94 ).

En nuestro Ordenamiento Jurídico, la Constitución de la República en el Artículo 1 Inciso Segundo, se reconoce la Existencia Legal de la Persona Humana a partir del momento de la Concepción, es decir eleva a la categoría de Principio Constitucional una nueva ideología que significa creación de los derechos fundamentales para el No Nacido y rompe con las categorías adoptadas a partir de la Teoría de la Vitalidad que constituye el andamiaje de la Ley Secundaría como el Código Civil y el Código de Familia.

Para estas últimas leyes los derechos del No Nacido están suspendidos como mientras el hecho del nacimiento no se produzca; por lo que los alcances de la Norma Constitucional son ricos en derechos para el No Nacido, que siendo persona desde el instante de la Concepción se convierte en sujeto de atributos y derechos de persona como al nombre, filiación, o hereditarios aunque no llegare a nacer.

---

<sup>69</sup> Idem. Pág. 137.

En consecuencia todas las normas preconstitucionales que contradigan este principio deben entenderse derogadas según lo preceptúa el Artículo 249 C n., tesis que también se ha sostenido en la Jurisprudencia Salvadoreña.

En el Libro “El Estado y la Constitución Salvadoreña”, en las páginas 332 a 334 – dice: **“3. Sobre el Sentido y los Efectos de la Constatación de Derogación de una disposición preconstitucional”**: “el Artículo 249 Cn., deja en claro que las disposiciones preconstitucionales que se opongan a lo dispuesto por la nueva Constitución quedan derogadas, debiendo entenderse que tal efecto se produce la virtud del propio mandato constitucional; aseveración que, en principio, pone fin al problema, en los términos antes expuestos.

Sin embargo, si se tiene en cuenta la existencia de múltiples órganos del control de Constitucionalidad de las disposiciones inferiores a la Constitución, sean previas o posteriores a la vigencia de ésta – como es el caso Salvadoreño, según lo establece claramente los Artículos 235, 149 y 185 Cn., y Artículo 10 Inciso 2º y 12 Inc 3º Pr. Cn.-, resulta que no siempre es posible que esos órganos coincidan en la interpretación del contenido de la Constitución, y en la conformidad o no de la Normativa Preconstitucional con la Ley Suprema. Consecuencia de ellos es que, existe la posibilidad que no siempre se considere derogada por el mandato del Artículo 249 Cn. una Norma Preconstitucional. Por lo cual, tratándose de un problema de compatibilidad con las bases Constitucionales del Ordenamiento Jurídico – suscitado en ocasión de la aplicación actual de una Norma Jurídica, aunque la elaboración de ésta haya sido anterior -, esta Sala, en su calidad de interprete supremo de la Constitución, se encuentra habilitada para conocer en el fondo de la pretensión planteada, y constatar con efecto general y obligatorio, la derogatoria o no producida por el Artículo 249 Cn.; ello en beneficio de la claridad y certidumbre que debe tener el derecho vigente.

Sin embargo, es conveniente dejar en claro que el pronunciamiento que ésta Sala realice sobre la compatibilidad con la Constitución de una disposición o cuerpo normativo preconstitucional es para el solo efecto de producir seguridad jurídica; pues la aplicación

de la derogatoria genérica del Artículo 249 Cn. no es privativa de la Sala de lo Constitucional.

Cualquier Juez o Tribunal de la República tiene plena potestad para realizar – de oficio o instado por las partes – un examen de compatibilidad entre la normativa preconstitucional y la Ley Suprema, y constatar la derogación de tales disposiciones, si como resultado de dicho examen encuentra contravención a la Constitución; todo ello, sin necesidad de esperar un pronunciamiento general y obligatorio de ésta Sala.

Es cierto que en sentencia de 26 – VII – 89, Inc. 3 – 85, la Sala de lo Constitucional sostuvo que “ el Artículo 249 de la Constitución declaró, de manera expresa, clara y terminante, que por la entrada en vigencia de la nueva Constitución, queda derogado cualquier estatuto constitucional anterior, o disposición con pretensiones de rango Constitucional”, pero que “respecto a la Legislación Secundaria, se estableció en el Artículo 271 de la Constitución la obligación de armonizarla al texto de la Constitución, fijando para la Asamblea Legislativa el plazo de un año para realizarlo. Y, al no haber existido declaratoria expresa de parte de la Constitución en el sentido de qué Leyes Secundarias se estimaban derogadas deben considerarse vigentes y con presunción de Constitucionalidad tales Leyes, hasta que fueren derogadas, por estimarse inconstitucionales, por la misma autoridad que las dictó, o mejor dicho, por el Órgano autorizado Constitucionalmente para legislar, o que mediante sentencia de ésta Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, se declaren inconstitucionales de un modo general y obligatorio”.

Pero tal criterio jurisprudencial no puede entenderse como una negación a Magistrados y Jueces para realizar el control difuso de constitucionalidad, pues ello conduce al pernicioso efecto de restarle fuerza normativa al Artículo 249 Cn., que es un elemento importante para el aseguramiento del carácter normativo y la Supremacía de la Constitución.

La solución adoptada en el mencionado precedente jurisprudencial anula el Artículo 249 Cn., en aras del Artículo 271 Cn., lo cual es inaceptable desde el principio de concordancia práctica de la interpretación constitucional.

Cabe otra forma más adecuada de interpretar ambas disposiciones, que consisten en entender que la primera disposición produjo efectos plenos desde el día en que la Constitución entro en vigencia, y que la segunda implica una exigencia de seguridad jurídica: la suplencia de los vacíos producidos a consecuencia de dicha derogación, mediante la emisión de otras leyes conformes con la nueva Ley Suprema. Y es que, la presunción de constitucionalidad de las leyes a que se refiere en la mencionada sentencia solo puede significar que el cumplimiento de las leyes no puede estar condicionado a un previo pronunciamiento jurisdiccional que determine que las mismas son conformes con la Ley Suprema, sino que deben acatarse desde su entrada en vigencia sin esperar una previa autorización jurisdiccional; sin embargo, ello no obsta para que los Magistrados y Jueces ejerzan el control difuso de constitucionalidad de las disposiciones del ordenamiento, control que incluye la aplicación de la derogación genérica del Artículo 249 Cn.

Lo anterior conduce a afirmar que el control de constitucionalidad realizado por ésta Sala sobre la normativa preconstitucional solo obedece a razones de seguridad jurídica, pero la sentencia de fondo en dicho proceso no produce la invalidación de la disposición o cuerpo normativo objeto de control, sino que se limita a constatar de un modo general y obligatorio la derogación producida por el Artículo 249 Cn., el 20 de Diciembre de 1983. De ello se derivan dos consecuencias importantes: la primera, que en tanto constatación, los efectos de la sentencia que decide sobre la legitimidad constitucional de una disposición o cuerpo normativo preconstitucional se retrotraen siempre al 20 de Diciembre de 1983; es decir, no se trata de una constatación constitutiva, como en el caso de la sentencia de inconstitucionalidad, sino de una constatación declarativa.

La segunda consecuencia es que, constatada tal derogación por ésta Sala, de un modo general y obligatorio la disposición sobre la cual recaiga dicha constatación ya no puede ser aplicada por los funcionarios judiciales y administrativos, por haberse ya establecido que es una disposición inexistente.

En cuanto a las aplicaciones producidas entre el 20 de Diciembre de 1983 y la fecha de la Sentencia Definitiva que constate la derogación, debe entenderse que son inexistentes,

por haber sido dictados con base en una norma jurídica aparentemente vigente pero realmente derogada” (Sentencia de 20 –VI – 99, Inc. 4 – 88 ).<sup>70</sup>

### **3.1.1.2 EL PRINCIPIO DE FUNDAMENTALIDAD DE LA NORMA CONSTITUCIONAL**

El Principio de Fundamentalidad hace referencia a que la Constitución es la Ley Fundamental del Estado, o sea el Ordenamiento básico de la estructura jurídica del Estado y todas las normas que se decreten deben tener como cimiento o base la Constitución. Por lo anterior se dice que la Constitución es Ley Fundamental es Ley Primaria.

“La Fundamentalidad significa también, dice Burgoa que la Constitución es la fuente de validez de todas las normas secundarias que componen el derecho positivo.”<sup>71</sup>

La Constitución tiene el carácter de derecho fundamental por tres motivos:

- 1- Esta vinculada a los Factores reales de poder de un Estado como el Ejército, los Partidos Políticos, el Régimen de Tenencia de Bienes.
- 2- La Constitución significa el consenso esencial que garantiza el orden y la estabilidad para mantenerla.
- 3- La Constitución es la base sobre la cual descansa el Ordenamiento Jurídico.

La Jurisprudencia Salvadoreña ha hecho referencia a esa fundamentalidad en la Sentencia de 10 – VII – 96, Amparo 5-S-96; que dice: en el Libro denominado El Estado y la Constitución Salvadoreña, en página 329, “**Nº 4- Sobre la Obligatoria Preferencia en la Aplicación de la Constitución sobre las Leyes**” : “No debe perderse de vista que, conforme a la normativa constitucional, todo Juez – entiéndase cualquier entidad jurisdiccional, sea unipersonal o colegiada – está obligado a aplicar preferentemente la Constitución. Esto es una obligada consecuencia del carácter normativo de la Constitución contemplado de manera solemne en el Artículo 246 de la Constitución”.

---

<sup>70</sup> Nuñez Rivero y otros, Cayetano: “El Estado y la Constitución Salvadoreña”, Corte Suprema de Justicia, 1º Edición, San Salvador 2000, Pág. 332-334

<sup>71</sup> Beltrán Galindo y otros, Manuel Ob. Cit. Pág. 141

La Constitución como Ley Primaria básica o principal es indispensable por que constituye una fuente de validez formal y material al restante ordenamiento jurídico, no pudiendo ser aplicada una Ley que contraríe a la Constitución; pues dicha aplicación carecería de toda validez jurídica.

En nuestro ordenamiento jurídico tenemos la Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde la Concepción en la Ley básica o fundamental; pero en la Ley secundaria existe un desarrollo de la existencia de la Persona a partir del nacimiento por lo que es urgente adecuar la Ley secundaria al principio constitucional por ser contradictoria a éste.

### **3.1.1.3 EL PRINCIPIO DE REGULARIDAD JURÍDICA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL.**

El Ordenamiento Jurídico del Estado debe ser jerarquizado, debe haber una relación de correspondencia y conformidad entre la Ley Primaria y las leyes secundarias, lo cual constituye el Principio de Regularidad Jurídica.

En nuestro estudio observamos que el Principio Constitucional sobre la Existencia de la Persona desde el instante de la Concepción no tiene asidero en la Ley Secundaria y no ha creado las instituciones y los procedimientos para hacer efectiva la Norma Constitucional, lo cual genera irregularidad jurídica.

Esta irregularidad jurídica permite que los destinatarios de la Norma Constitucional o los aplicadores realicen distorsiones de interpretación que pueden llevar al exceso en el goce de los derechos del no nacido o hacer imposible dicho goce; que también crea inseguridad jurídica.

En la sentencia de Amparo de 9-11-99 citada en el Libro El Estado y la Constitución Salvadoreña en la página 146 literalmente dice **“3.- Sobre el significado y manifestaciones de la Seguridad Jurídica:** “desde la perspectiva del Derecho Constitucional, la seguridad jurídica es la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de una

persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público; puede presentarse en 2 manifestaciones: la primera, como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones; y en la segunda, que representa su faceta subjetiva, se presenta como certeza del derecho, es decir, como proyección, en las situaciones personales, de la seguridad objetiva, en el sentido que los destinatarios del derecho puedan organizar su conducta presente y programas expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de prevesibilidad” (Sent. 9-11-99 Amp. 19-98).

#### **3.1.1.4 PRINCIPIO DE IMPERATIVIDAD DE LA NORMA CONSTITUCIONAL**

Sobre el valor de las Normas Constitucionales se ha desentendido en dos tendencias esenciales y para algunos las disposiciones Constitucionales en un documento político, un conjunto de directivos programáticos cuyo destinatario es el Legislador, quien ha desarrollarlas e interpretarlas plasmándolas en las Leyes Secundarias y mientras el legislador no los hace suyas constituyen un simple ideario sin contenido; este pensamiento configuró el denominado Estado Legislativo de Derecho.

La segunda tendencia esta inspirada en el Principio de Imperatividad de la Norma Constitucional, según la cual la Norma Constitucional es una Autentica Norma Jurídica con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento y además por cuanto procede de un poder con legitimidad calificada, que es el Poder Constituyente.

Esta es la tesis recogida y adoptada por la Constitución salvadoreña; pues la norma Constitucional en el (Art. 1 Inc. 2º) tiene operatividad inmediata; - También así se ha pronunciado la Sala de lo Constitucional en la sentencia del 14 – XII – 95 en el Libro antes citado en la Pág. 148 dice: **1.- Sobre el carácter básico de los derechos fundamentales:** “...los derechos humanos fundamentales constituyen –junto a otra valoraciones- expresión jurídica de la decisión política-ideológica contenida en la normativa constitucional; y, por ello, tanto las disposiciones constitucionales como las infraconstitucionales –legales, reglamentarias, etc.-han de interpretarse en función de los derechos fundamentales, posibilitando la maximización de su contenido. Este carácter

básico de los derechos fundamentales en la normativa constitucional aparece expresamente consignado tanto en el Preámbulo de la Constitución como en el artículo 1 de la misma” (Sentencia de 14-XII-95, Inc. 17-95).

Podemos decir que los Derechos del No Nacido pueden hacerse efectivos a partir del Principio Constitucional consagrado en el Inc. 2º del Art. 1 de la Cn., aunque no exista Ley Secundaria que haya su desarrollo o por el contrario que exista negando todo Derecho del No Nacido o manteniendo en suspensos sus Derechos.-

-Podemos afirmar que los Jueces estarán obligados a fallar y admitir las demandas aunque no hayan procedimiento expreso en virtud del mandato Constitucional e imperatividad de la Norma Constitucional.

### **3.1.2. CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA NORMA QUE REGULA LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA Y SUS DERECHOS.**

Dentro del contenido de nuestra Constitución, existen disposiciones que regulan los controles o mecanismos de defensa de los cuales hace uso en el caso que haya conflicto entre lo regulado en una norma secundaria con ella; y entre ellos tenemos, el control de la inaplicabilidad o desaplicabilidad de la norma, la inconstitucionalidad y otros.

El Control de la Inconstitucionalidad puede ser solicitado por cualquier ciudadano ante la Sala de lo Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia, con el fin que se declare la norma de una Ley, decreto, reglamento, ordenanza, u otros que es contradictoria lo regulado por la Constitución y que es violatoria a derechos ya sean estos individuales y sociales de la persona humana.

Dentro del tema de investigación nos referimos solamente al Control de la Inaplicabilidad de la Norma, ya que la Inconstitucionalidad no se puede declarar sobre la norma secundaria que regula al concebido, por violar un Principio Constitucional, porque la reforma realizada al artículo de la Constitución de la República, añadiéndole el inciso segundo, en el cual se reconoce a todo ser humano como persona humana desde el momento de la concepción, fue emitida en 1997 y ratificada en 1999, por la Asamblea

Legislativa, en cambio el Código Civil el cual regula la existencia legal de la persona humana desde el momento del nacimiento, fue decretado en 1859, o sea más de un siglo, por lo tanto ésta norma que regula la Teoría de la Vitalidad es preconstitucional, o sea que regula al concebido con anterioridad a la Ley Superior, y para que se declare una norma o ley Inconstitucional por ser contraria a lo regulado en la Constitución, tiene que ser elaborada posterior a la disposición primaria que regula el hecho en discusión, y cualquier persona podría solicitarle a la sala de lo Constitucional la declaración de la norma contraria al principio Constitucional.

### **3.1.2.1 EL CONTROL DE INAPLICABILIDAD O DESAPLICABILIDAD DE LA NORMA SECUNDARIA.**

El control de la Inaplicabilidad que posee la Constitución de la República es un control difuso que se encuentra regulado en el artículo 149 inciso primero, 10 inciso segundo de la Ley de Procedimientos Constitucionales, como mecanismo de defensa cuando en un proceso exista una norma que sea contradictoria a lo regulado en ella; el Juez o Magistrado que debe hacer la declaración de la inaplicabilidad de la norma será quien sea competente, o sea quien tenga el conocimiento del hecho.

En el caso del concebido procede este control, porque es la norma secundaria la que causa el conflicto con la norma superior; entre algunas leyes contradictorias tenemos, la Ley del Nombre de la Personal Natural, el Código de Familia, y aún algunas normas de los Tratados Internacionales; éstas leyes no consideran que el concebido tenga derecho a gozar de sus derechos como cualquier persona, porque según ellas solamente se protege el derecho a la vida, y los demás derechos se encuentran suspensos hasta el momento de su nacimiento; pero con la entrada en vigencia de la reforma constitucional del artículo uno inciso segundo, desaparece el planteamiento de la norma secundaria, debido a que la Constitución al reconocer a todo ser humano como persona humana a partir de la concepción, su consecuencia, es que el concebido puede gozar de sus derechos como cualquier persona ya nacida, y aunque falleciera antes de su nacimiento siempre subsisten esos derechos, como por ejemplo a transmitir sus bienes a sus herederos, si los

hubiera, aunque para muchas personas consideran que el artículo de la Constitución solamente se refiere al derecho de la vida, y no a los demás, porque la criatura que está en el vientre materno no los puede ejercer.

Del planteamiento anterior se puede deducir que los procesos sobre el concebido el Juzgador debe tener en cuenta la Supremacía de la Constitución sobre las demás leyes, y si la legislación secundaria es contraria a lo establecido por la Ley Superior, debe declarar la Inaplicabilidad de la Norma, ya sea tratado, ley, reglamento, ordenanza, u otras, porque el ordenamiento jurídico debe tener relación jurídica, es decir que debe estar en armonía.

### **3.2 ANÁLISIS DE CASOS JURISPRUDENCIALES DE LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DEL NO NACIDO.**

Por se la reforma constitucional del artículo 1 inciso segundo reciente, y a pesar de la problemática existente sobre el momento de la existencia legal de la persona humana, para determinar si el concebido tendría derecho a gozar de los derechos que posee una persona o no, ya sea porque los juzgadores declaran inadmisibile la demanda por tratarse de violación a algún derecho del concebido y porque consideran que éste no tiene derecho al goce de ellos mientras no haya nacido, y porque además no se puede determinar si nacerá o no; por lo tanto son poco los casos jurisprudenciales existente en nuestro país, no obstante se hará análisis de un proceso que tubo conocimiento la **CAMARA DE FAMILIA DE LA PRIMERA SECCION DEL CENTRO DE SAN SALVADOR**, sobre una demanda interpuesta por el supuesto padre contra la madre del concebido, sobre la **IMPUGNACIÓN PREVENTIVA DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL**.

La demanda fue interpuesta en el Juzgado Tercero de Familia de San Salvador, y la Juez a cargo de dicho Tribunal en folio 6 de la pieza principal, ha recaído una Interlocutoria, que dice “ Rechácese la demanda, in limine litis, por ser manifiestamente improcedente por existir error en la proposición debido a cuestiones de fondo que se traducen en vicios del objeto, el cual no es jurídicamente ni físicamente posible...”; por lo que la parte

agraviada interpuso Recurso de Apelación ante la Cámara de Familia de la Sección del Centro de San Salvador, alegando la violación de los derechos del concebido.

Los Magistrados de la Cámara consideran que la cuestión que les motiva su conocimiento es ¿Puede demandarse preventivamente la impugnación de la Paternidad Matrimonial de un hijo concebido nonato?.

Dentro de este planteamiento los criterios a discutir por los Señores Magistrados fueron los siguientes:

**1) LA IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA.** Porque la presunción del artículo 141 C. F., no puede operar ya que el hijo no ha nacido.

De este criterio planteado por los dos Magistrados propietarios tienen diferentes puntos de vista; uno de ellos es de la opinión que los derechos del concebido no operan porque no ha nacido, y por lo tanto el padre o madre que reclame un derecho de la criatura que se encuentra en el vientre materno, la demanda es inadmisibles ya que sus derechos están supeditados al hecho del nacimiento y no se puede deducir si nacerá o no, y además por no poseer existencia legal hasta el momento, no obstante que el artículo 1 inciso segundo de la Constitución regule que es persona desde el momento de la concepción, pero que el concebido nada más posee capacidad de goce, pero no de ejercicio, por lo tanto no puede gozar de ello, y que cuando los legisladores hicieron la reforma a dicho artículo fue con la intención de garantizar el derecho a la vida que tiene todo ser humano, pero no concederle el goce de los derechos al concebido como lo posee la persona ya nacida.

El otro planteamiento sobre el criterio es de la opinión de que con la entrada en vigencia la norma constitucional transformó el ordenamiento jurídico secundario que regula a la persona humana y sus derechos; porque al reconocerla como persona a partir del momento de la unión del óvulo con el espermatozoide, su consecuencia es que el concebido puede gozar a partir de su concepción de sus derechos y nadie puede violar ese derecho que la Ley Primaria le concede, y aunque la legislación secundaria regule lo contrario, por la superioridad de la norma constitucional, es la que se debe aplicar, además los juzgadores deberán resolver a favor del concebido en los procesos; el caso a

discusión procede la demanda interpuesta, no porque en el hecho se pueda declarar la prevención de la paternidad matrimonial que reclama el demandado a la mujer embarazada, ya que deberá probar el motivo porque considera no ser el padre de la criatura; sino porque se trata de un derecho del concebido a que su padre lo reconozca como su hijo, aún antes de nacer, según el artículo 144 del C. F. Relacionado con los artículos 143 y 351 del referido Código, los cuales regulan que el padre podrá reconocer al hijo concebido y fallecido, por cualquier medio establecido por la Ley, porque el menor tiene derecho a ser protegido desde su concepción, a conocer a sus padres y a que sea reconocidos por éstos.

De lo anterior se puede deducir que a pesar que es la Constitución la que regula expresamente que persona humana es todo ser humano desde el momento de su concepción, todavía existen personas con criterios a que al concebido no puede considerársele persona humana, por no poder gozar directamente de los derechos que le podían corresponder, sino que es la madre o el padre de éste quienes disfrutaría de esos derechos; pero no importa si son los padres del concebido los que se benefician con los derechos, lo importante es que la criatura los posee y sus padres en representación de él, pueden hacer efectivos en cualquier momento esos derechos, aunque hubiere fallecido antes de nacer, la ley superior se los otorga como consecuencia a su reconocimiento como persona, y como tal posee derechos.

## **2) LOS DERECHOS DE GOCE Y DE EJERCICIO DE LA PERSONA HUMANA.**

Se afirma que el artículo 1 inciso segundo de la Constitución solo concede derechos de goce y no de ejercicio al concebido, estando en suspensos los de ejercicio hasta el momento de su nacimiento. (ART. 75 C.C.)

Toda persona humana posee los derechos de goce como de ejercicio; la doctrina plantea que la capacidad es el atributo mas importante que posee una persona, porque la tiene implícitamente desde su concepción, el artículo 3 de la Constitución, regula que todos son iguales ante la Ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse

restricciones, y según la doctrina éste derecho se encuentra inmerso en el concebido dentro del Grado Mínimo de la Capacidad de Goce.

Dentro de la discusión existe un Magistrado que opina que el concebido puede gozar de sus derechos y en caso de que se necesite ejercer su capacidad de ejercicio lo harán sus padres, especialmente la madre, en representación de la persona por nacer; debido a que no se le pueden limitar los derechos, aunque esta capacidad tenga como requisito que para poder ejercerla es necesario ser mayor de 18 años, además desde el momento que fue concebido se destino; como sujeto que es, a las consecuencias jurídicas del ordenamiento; y “es la capacidad de actuar no la capacidad jurídica la que puede sufrir transformaciones por su edad y la salud”<sup>72</sup> y el concebido todavía se encuentra en el vientre materno y por ello no puede representarse por sí solo; no obstante como se dijo anteriormente que la representación del concebido la poseen sus padres, y así lo regula el artículo 238, 144, y 146 del C. F. , porque es la madre del concebido la que solicita al Juez que el hombre que la embarazó reconozca como su hijo al que está por nacer; en este caso no podemos decir que es un derecho de la mujer, sino del concebido.

Otros consideran que el derecho de la Capacidad de ejercicio no se da en el concebido, porque no puede representarse por sí solo como lo requiere este derecho y de lo único que puede ejercer el concebido es la capacidad de goce, porque éste derecho tiene incapacidades y el primero es en relación al concebido, ya que requiere que la persona exista y tenga 18 años, lo cual hace que sus derechos estén suspensos hasta el nacimiento, según lo regulado en los artículos 72 y 75 del C. C.

Con la entrada en vigencia de la reforma constitucional del artículo 1 inciso segundo, se dio un cambio trascendental en cuanto al reconocimiento como persona humana a todo ser humano desde el momento de la concepción, con lo cual indefectiblemente el concebido puede adquirir los derechos que él se refieren, sin que los mismos estén suspensos hasta que se é su nacimiento como lo señala el Código Civil, actualmente

---

<sup>72</sup> Pérez Vargas, Víctor, Ob. Cit. Pág. 251

derogado tácitamente por aplicación del mandato constitucional; al cual en este proceso hizo omiso la Juez de Familia, y no de los magistrados en discusión.

### **3) ES IMPROCEDENTE HACER PRUEBAS BIOLÓGICAS PARA DETERMINAR LA PATERNIDAD YA QUE NO EXISTEN LOS MEDIOS UTILES.**

Este criterio fue discutido también por los Magistrados, pues consideraron que sí existen los medios útiles y necesarios para determinar la paternidad del concebido, (artículo 140 C. Pr. C.) y que según el autor SAVATER, los diversos impulsos reformitas del derecho de familia se refiere “exceso científico a la biología humana”<sup>73</sup>.

Según la Magistrada en disidencia, en su voto razonable hace alusión a que “existen imposibilidad de efectuar la prueba biológica idónea (D. N. A.), por no contar con los adelantos tecnológicos para su realización existente en otros países y que estas pruebas significan un riesgo tanto para el hijo como para la madre.

Pero los Magistrados no plantean lo regulado en el artículo 140 C. Pr. F., que regula que en el proceso de paternidad, el Juez a petición de parte o de oficio puede ordenar que se practiquen las pruebas científicas pertinentes al hijo y a sus padres...”, de lo anteriormente planteado se considera a la prueba del D. N. A. ó A. D. N. (Ácido Desoxirribonucleico) es la mas pertinente para determinar la paternidad, el cual es fijado en el momento de la concepción de la persona; por eso se puede realizar mediante el procedimiento denominado “C VS” o por el Amniocentesis, o sea prueba prenatal , el cual servirá para determinar la paternidad del presunto padre.

### **4) EL CAMBIO TRASCENDENTAL DEL ARTICULO 1 INCISO SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA.**

En el Artículo 4.1 de la Convención Americana , conocida como Pacto de San José de Costa Rica, establece que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este

---

<sup>73</sup> Uriarte, Jorge Alcides: “Protección Integral de los Derechos de las Personas”, Edic. S. D., Edit. S. D. Buenos Aires, 1998, Pág. 44.

derecho estará protegido por la Ley, y en general, a partir del momento de la concepción”, la cual entró en vigencia el 19 de junio de 1978; posteriormente se hace la reforma al artículo 1 añadiendo el inciso segundo, a la nuestra Ley Primaria, en la cual se reconoce como persona humana a todo ser humano desde el momento de la concepción, dicho reconocimiento causó un cambio trascendental dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, y según los Magistrados la doctrina de Consta Rica indica que la Convención sobre los Derechos del Niño, consolida un cambio paradigmático, que consiste en la protección del niño desde el punto de vista cronológico; ya que al regular en el artículo 1, que niño, es todo ser humano menor de 18 años”, incluye dentro de la palabra niño al concebido, no nacido todavía”,<sup>74</sup>; además consideran que el Código de Familia también protege de manera integral al concebido, y que el artículo 345 del referido Código define al menor como toda persona natural que no hubiere cumplido 18 años.

Tanto los Tratados Internacionales, como algunas normas del Código de Familia, y la Constitución de la República al regular a la persona humana y sus atributos, incluyen al concebido, especialmente nuestra Ley Primaria que es la que regula expresamente el reconocimiento como persona humana al no nacido, dicho reconocimiento hace que se modifique el planteamiento de la Teoría de la Vitalidad a la que hace alusión nuestro Código Civil, por ser contraria a un Principio Constitucional, debido a que los suspensos del concebido como lo regula el artículo 75 del Código últimamente mencionado, ya tienen aplicación en el campo jurídico del no nacido, derivado como consecuencia de la reforma hecha a la Ley Superior del país, y además porque el concebido no solo posee el goce de los derechos que se le otorgan como tal, sino también el ejercicio de los mismos, haciéndose efectivo por medio de la representación de sus padres.

---

<sup>74</sup> Kemelmajer De Carlucci, Aida Rosa; Ob. Cit., Pág. 244 - 262.

## 5) LA TEORIA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DEL NIÑO.

En relación a este criterio los Magistrados plantean que el niño deber ser protegido por el Estado, sus padres y la sociedad, así lo regula el artículo 344 del C. F., y el artículo 1 de la Constitución también lo regula cuando que el Estado está obligado a proteger y garantizar el bienestar de todo ser humano y sus derechos, debe entender que la persona humana es el centro de protección de él, por lo tanto todo ordenamiento jurídicos debe estar encaminado a ese fin; otra de las legislación que regula la protección integral del niño, es el código Civil en el artículo 74, porque en el se hace mención que el Juez ya sea a petición de parte o de oficio puede tomar las providencias necesaria para proteger la vida del concebido cuando se encontrara en peligro, aunque se tratara de su propio padre; por ello la Convención Americana de los Derecho Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos protegen la vida del que esta por nacer, y a la mujer en estado de gravidez, a quien no podrá aplicársele la pena de muerte, ni ponerle trabajos forzosos o insalubres, todo con el fin de garantizar la vida del nuevo ser, aunque esté en el vientre materno, tiene vida independiente a la de madre.(artículos 347, 338, 351, y 353 del C. F.).

Los artículos 344 y 346 del C. F., regulan acerca de la protección integral del no nacido, es decir que su cuidado debe ser en todos los periodos de su vida, o sea desde el momento de su concepción hasta los 18 años, tanto en los físico, biológico, psicológico, moral, social y jurídico.

Otro de los planteamiento de los Magistrados es que según la doctrina de la protección integral del niño se refiere “al fortalecimiento del reconocimiento del resguardo de los derechos humanos basados en el principio de inviolabilidad y dignidad de la vida humana que alcanza la especial importancia de la consagración del concebido como sujeto de derechos, según lo establecido en las recomendaciones de la **COMISION I DEL X CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA**” <sup>75</sup>; además varios doctrinarios entre ellos CIFUENTES, sostienen “que el ser humano es sur

---

<sup>75</sup> Idem. Pág. 295.

imperfecto pero perfectible desde su concepción, con potenciales específicas dependientes de su carga genética única, pero que el concebido, es ya criatura y tiene características propias, conformación somática que le pertenece, un destino moral y espiritual propio, diferente al de sus progenitores”<sup>76</sup>.

#### **6) IMPUGNACIÓN PREVENTIVA DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL.**

Este criterio fue expuesto por los Señores Magistrados Propietarios como la del Voto Razonable o Disidencia, basándose en el artículo 151, 138 y 139 del C. F., los cuales regulan que le corresponde al marido que quiera Impugnar Preventivamente la Paternidad Matrimonial que por Ley se le atribuye, probar que el hijo no pudo haber sido engendrado por el, lo cual tiene como excepción la acción del hijo cuando ejerza su derecho a investigar la paternidad cuando éste haya nacido, en el caso del concebido la Ley no regula expresamente que el padre tenga derecho a impugnar la paternidad del hijo no nacido.

El artículo 141 del mencionado Código, regula la presunción de que son hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio, para los Magistrados este hecho determina que la Ley reconoce la Paternidad del padre con el hecho de que exista vínculo matrimonial entre los cónyuges, pero como se hacía mención en el párrafo anterior, que el desplazamiento de esa paternidad del concebido la ley no lo regula, por lo tanto el principio de igualdad regulado en el artículo 3 de la Constitución no se da, debido a que debería de regularse tanto que el emplazamiento como el desplazamiento de la paternidad del concebido. (144, 246 y 151 del C. F.).

La Legislación de Familia en el artículo 152 regula que el marido en vida tiene 90 días contados desde el momento que tuvo conocimiento de la supuesta paternidad para presentar su demanda en el Juzgado respectivo, lo cual tendrá que probar que el hijo no es de él, haciendo usos de los medios probatorios, y si no ha nacido el Juez ordenará los medios de prueba biológicas necesarios para determinar la paternidad del supuesto

---

<sup>76</sup> Pérez Vargas, Víctor y Otros, Ob. Cit., Pág. 251.

padre, regulado en el artículo 140 de la L. Pr. Fa., en cuyo caso el padre de la criatura haya fallecido, también pueden impugnar la paternidad según la disposición 153 del referido Código, por los herederos del supuesto padre y sus ascendientes.

La Magistrada en disidencia en su voto razonado hizo mención que el hijo por nacer no puede ser registrado antes de su nacimiento, aunque la madre puede ejercer personalmente algunas acciones, que van encaminadas a proteger sus derechos y no a impugnar la preventiva paternidad matrimonial del hijo no nacido que nuestra Constitución no reconoce expresamente; según la Juzgadora no se puede tomar en términos que el concibo tiene derecho a gozar de los derechos desde el momento de su concepción, porque reconozca a todo ser humano como persona humana desde ese momento en el artículo 1 inciso segundo de la Constitución de la República, pues nadie puede discutir que el no nacido si tiene la capacidad de goce de sus derechos, pero como se dijo antes, la capacidad de ejercicio de los mismos por su condición de encontrarse en el vientre materno, no los podría ejercer por si solo, aunque en dicho caso la madre de éste podría ejercer la acción, pero por el conflicto existente entre el concebido y la madre que si es, o no la que goza directamente de los beneficios de los derechos que le corresponden a la criatura; por lo tanto no podría representarlo, sino que tendría que intervenir el Procurador General de la República, la reforma se tomara tal como lo regula la Constitución de lo contrario, implicaría la reforma de muchas leyes, inclusive el Código Penal, sustituyendo el delito de aborto por el de homicidio.(223 ordinal. 3 y 224 C. F. ).

También en su voto razonado hace mención a que existen causas por las cuales no puede ejercer algunos derechos el concebido, a) La imposibilidad de efectuar la prueba biológica A. D. N., por no contar con los adelantos científicos necesarios como otros países, y porque además dicha prueba es arriesgado para el niño y la madre; b) Por existir una inseguridad sobre si nacerá la criatura o no, y cuando será el hecho; c) Por privarse al no nacido antes de su nacimiento del derecho de alimentos y gastos para el momento del parto que el cónyuge debe proporcionar a la madre; aplicando analógicamente el artículo 249 C. F. d) Priva al hijo antes de su nacimiento de la

paternidad que por ministerio de Ley se le atribuye en razón del matrimonio de los cónyuges; y f) Al interpretar que el no nacido puede ser demandado le da prioridad a los derechos del padre.

#### **7) EL VACIO LEGAL Y EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY DE PROCEDIMIENTOS DE FAMILIA.**

Para los Magistrados Propietarios con la reforma hecha al artículo 1 inciso segundo de la Constitución, el deber de los Jueces es de resolver los asuntos sometidos a su decisión, no obstante exista oscuridad, insuficiencia o vacío legal (art. 7 L. Pr. F.); es decir que aunque la Legislación Secundaria regule que la Existencia Legal de la Persona Humana comience con el hecho de su nacimiento, que sus derechos están suspensos hasta ese momento, y que en el caso de fallecer antes de su nacimiento si tuviera bienes que heredar a sus herederos, pasarían a persona distintas a éstos, porque debe entenderse que nunca existió; los Jueces deben ir encaminados a desconocer ese planteamiento y aplicar lo regulado en la norma constitucional, ya que ésta vino a abolir la Teoría de la Vitalidad, la cual era la que adoptaba nuestro Ley Secundaria, y con la entrada en Vigencia del Art.1º inciso 2º de nuestra Constitución Principio de Supremacía Constitucional más el concebido a partir del momento de la concepción tiene derechos a disfrutar como cualquier persona ya nacida de sus derechos, aunque falleciera antes de nacer puede transmitir sus bienes a sus herederos, quienes podrán inscribir al no nacido en el Registro del Estado Familiar de la Alcaldía respectiva, para probar la existencia y defunción en las Diligencias de Aceptación de Herencia, y el Juez de lo Civil que tenga el conocimiento de las Diligencias no podrá declarar inadmisibile la demanda por tratarse de una criatura que se encuentra en el claustro materno o porque falleció antes de su nacimiento, sino que haciendo uso del Principio de la Supremacía Constitucional es ésta norma la que debe ser aplicada.

#### **8) LA IMPUGNACIÓN PREVENTIVA DE PATERNIDAD.**

Los Magistrados consideran que el concebido tiene derechos a reclamar su filiación, por lo que de lege lata puede admitirse tanto las pretensiones del emplazamiento y

desplazamiento de la paternidad, (artículo 144, 146, 148,151 del C. F. ), la Ley de Familia no regula que el supuesto padre pueda impugnar la paternidad que se le atribuye del nasciturus, además según el caso en discusión en la demanda, el padre está reclamando la impugnación preventiva de paternidad matrimonial de un concebido, en base al artículo 142 y151 del referido Código, los Magistrados llegaron a la conclusión que en base a los artículos mencionados no puede ser impugnada dicha paternidad, porque aunque la demanda sea preventiva por no haber nacido la criatura, procede, aunque no se sepa si nacerá o no, y cuando se va a efectuar dicho nacimiento; pero subsiste la acción del hijo a ejercerla posterior al nacimiento y a conocer quien es su progenitor; además se regula que los hijos nacidos con posterioridad a la celebración del matrimonio, o antes de los 300 días después de disolución o anulación del matrimonio, se reputará ser del marido, quien en este caso alega no ser de él por encontrarse ausente del país al momento de la concepción de la criatura, por falta de domicilio donde haya habitado con la madre del concebido porque no tenían una residencia estable, además fue poca la convivencia por motivos laborales, por lo que consideran que no es de él la criatura; no obstante mencionar que los argumentos del supuesto padre no fueron suficiente para probar que no le correspondía la paternidad atribuida; lo cual solo puede probarse por medio de las pruebas científicas pertinentes al caso.(Art. 51 y 140 L. Pr. F.).

Otros de los puntos discutidos por la Señora Magistrada sobre el concebido es que la interpretación y aplicación de las normas relativas a la impugnación de la paternidad la forma en que ha quedado plasmada, carece de aplicabilidad práctica, porque limita la aportación del material probatorio y la sentencia no puede ejecutarse, es decir, que no se podrá inscribirse el concebido en el Registro del Estado Familiar, no solo porque no está contemplado en la Ley, sino además, por no saber donde y cuando acontecerá el nacimiento de la criatura y consecuencia donde debe registrar; por lo tanto quedaría espedito a que el hijo al nacer pueda iniciar nuevo proceso de impugnación de la paternidad, al igual el padre de éste puede ejercer la acción de impugnación de la

paternidad que se atribuyó cuando el supuesto hijo haya nacido y se encuentre registrado.

### **9) LA LEGITIMACIÓN PARA REPRESENTAR AL NO NACIDO.**

La opinión sobre este criterio por los Magistrados es que en relación a la representación del concebido lo posee los padres de éste, especialmente la madre de la criatura, según la doctrina al hacer referencia que “el único sujeto pasivo es la madre de la persona por nacer”<sup>77</sup>; una vez reconocido los derechos de los niños y niñas, incluyendo al concebido; como se mencionó antes, hay que tener en cuenta la particular situación de la madre, a pesar de que ella ejerce la representación legal y previniendo la existencia de conflictos de intereses entre la demandada, o sea la madre con el hijo por nacer, debe intervenir el Procurador General de la República para que represente al concebido del cual la mujer está embarazada, debido a que ella no tiene las facultades para representarlo y el documento idóneo. (Artículos 353, 223, 206, 238, C. F.)

Según los Magistrados existe conflicto de intereses entre la madre del concebido y éste, porque si la madre reclama alimentos al supuesto padre, quien se favorece es la madre y no la criatura; y la juzgadora sobre el Voto Razonable manifiesta que la madre al ejercer el derecho de los alimentos lo hace en relación a su estado de gravidez como derecho personal y no en representación del concebido.

En el artículo 223 del referido Código regula que el padre y la madre son quienes tienen la autoridad parental, de representar a sus hijos menores..., incluyendo al concebido, porque el mismo Código como se mencionó antes, regula que menor de edad, es todo niño menor de 18 años.

La opinión de los Magistrados es cierto cuando dicen que cuando la madre le solicita al hombre que la embarazó alimentos quien se está beneficiando es ella, y no el concebido, no obstante aclarar que es necesario que la mujer cuando se encuentra en estado de gravidez debe tener un buen control médico, tomar las vitaminas recetadas por él y tener

---

<sup>77</sup> Méndez Costa, María Josefa: “Régimen Legal de Filiación y Patria Potestad”, Edic. S. D., Edit. S. D. Santa Fe, 1986, Pág. 36.

una alimentación adecuada, de lo contrario el ser humano que se encuentra en el vientre materno no estará en buenas condiciones al momento de su nacimiento, o sea que no tendrá buena salud, y puede llegar hasta desnutrirse la criatura por la mala alimentación; de la madre, es importante mencionar que el concebido fue procreado por los dos, no solo por uno, y la Ley regula las obligaciones que tienen los padres con los hijos, regulado en los artículos 249, 346, 347, 344, 351 numeral 2 y 4, y 353 del Código de Familia: por lo tanto le corresponde al supuesto padre contribuir con los gastos que tiene la mujer cuando está embarazada, su alimentación, sus medicamentos, controles y los que fueren necesarios para que la criatura nazca sano.

Consideramos que la representación del concebido solo le corresponde a los padres, pues la Ley como se mencionó antes así lo regula, ( art. 206, 207, 211 y 238 C. F ); pero existen algunos derechos en los cuales no puede los padres del no nacido representarlo como el caso en discusión sobre Impugnar Preventiva de la Paternidad Matrimonial del concebido, ya que se requiere de un documento idóneo, por lo tanto debe de intervenir el Procurador General de la República para que represente al concebido, pero en el caso de recibir donación, herencia, legados, u otros derechos, los padres son los únicos que pueden ejercer la representación de su hijo que está por nacer, y la doctrina ya lo señala que es la madre de éste, el sujeto pasivo cuando se tenga que demandar al concebido.

### **3.2.1 PROCESOS DE FAMILIA PARA INSCRIPCIÓN DEL NO NACIDO.**

En el siguiente capítulo se analizará la forma como el concebido puede ser reconocido voluntaria y forzosamente por su presunto padre; lo cual puede constar en Escritura Pública de Reconocimiento del que está por nacer, en el Testamento, por Reconocimiento Provocado o declaración judicial de paternidad.

Las Escrituras Públicas, la Sentencia del Juez donde consta el Reconocimiento Provocado, o porque el Juez lo ha declarado forzosamente por sí constituyen medios probatorios documentales preconstitucionales, (Art. 254 y siguientes C. Pr. C.).

El problema fundamental en estos casos es que en el Registro del Estado Familiar en virtud de no existir legislación secundaria que lo regule el Jefe de dicho Registro, no se

atreve a inscribir a un no nacido en el Libro de Concebidos, alegando que lo pueden realizar hasta que su produzca el nacimiento, o crear un Libro de Defunciones de criaturas que no alcanzan a nacer.

En este primer momento observamos que la interpretación literal de Ley Secundaria y desconocimiento de la Teoría recogida en el inciso segundo del artículo 1 de la Constitución de la República, no permite operar con eficacia a la autoridad municipal en “la protección integral del niño imposibilitando la consagración del concebido como sujeto de derechos”<sup>78</sup>.

Con la Escritura, con la Certificación de la Sentencia pronunciada por el Juez de Familia, la Filiación, está comprobado que no existe duda jurídica del parentesco existente entre el concebido y su padre; la no inscripción en el Registro del Estado Familiar es un obstáculo al ejercicio de sus derechos, porque por Principio Constitucional es Persona, y como tal es acreedora a todos los atributos como cualquier otra, y además entre algunos de sus derechos tenemos, “el adquirir bienes por donación, herencia, legados, beneficio de carga impuesta a una donación de otros herederos, entre otros.”<sup>79</sup>

En el artículo 150 C. F., dice: “La acción de Declaración Judicial de Paternidad, corresponde al hijo y si este ya hubiere fallecido a sus descendiente, contra el supuesto padre o sus herederos, o contra el Curador de la Herencia Yacente y el artículo 144 inciso segundo del C. F., regula “El Reconocimiento del Hijo fallecido solo aprovechará a su descendencia”.

De las citadas disposiciones legales se pudiera concluir que mientras el hijo vive existe la posibilidad de reconocimiento del hijo; pero en el caso del no nacido si fallece en el vientre materno como no existe descendencia no pudiera ejercerse la acción y aunque el padre lo reconozca sus ascendiente, como su madre, abuelos maternos o sus hermanos, nunca podrá favorecerles el reconocimiento del hijo.

---

<sup>78</sup> Kemelmajer De Carlucci, Aida Rosa, Ob. Cit., Pág. 262.

<sup>79</sup> Pérez Vargas, Victor, Ob. Cit. Pág. 251.

Si se promueve la acción del reconocimiento del hijo no nacido que falleció antes de nacer, si el Juez se fundamenta en el artículo 150 del Código de Familia, no admitiría la demanda por falta de legitimación de la madre para el ejercicio de la acción por no ser descendiente.

Las disposiciones citadas indudablemente son normas preconstitucionales y no armonizan con lo regulado en el artículo 1 inciso segundo de la Constitución, por lo que el Juez debe admitir la demanda de Reconocimiento Provocado o de Reconocimiento Judicial del Hijo no nacido que falleció dentro del vientre materno o que habiendo nacido no dejó descendencia que promueva la acción y en cada caso en la Diligencia o en la demanda solicitar al Juez la orden de su inscripción en el Registro del Estado Familiar.

En la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, en el artículo 25 y 39, regulan que en el caso del no nacido que fallece puede asentarse en el Libro que al efecto llevará dicho Registro, porque deben llevar el control de todas las defunciones patales.

Las afirmaciones anteriores son importantes porque existe diversidad de problemáticas para formalizar la prueba del Estado Familiar, que se vuelve necesaria para el ejercicio de los derechos del concebido y de los derechos que puede generar; pero si tiene prueba documental que el hijo fue reconocido por su padre ante la negativa del Registro mencionado, perfectamente se puede promover Diligencias de Jurisdicción Voluntaria de Registro de Estado Familiar de concebido ante el Juez de Familia competente, solicitándole que debe tener los caracteres de una demanda en la forma que se explicará en el siguiente capítulo, el Juez resolverá en Audiencia, con la presencia de la solicitante, apoderado y el Procurador Adscrito al Juzgado de Familia ordenando el Juez la inscripción.

Si el concebido hubiera fallecido en el vientre materno y fue reconocido con anterioridad, puede presentar la Certificación de su defunción extendida por el Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal si se hubiera asentado de conformidad al artículo 39 de la Ley que rige el Registro antes mencionada, y en caso contrario

demandar al padre que reconoció al hijo y comprobar mediante Certificaciones Medicas o Constancia Medica extendida por una Entidad Publica de Salud para armonizar con lo dispuesto en el artículo 23 numeral quinto del Código de Familia.

En caso que el no nacido falleciera en el vientre materno debe promoverse y seguirse el Proceso de Reconocimiento Judicial de Hijo, ofreciendo prueba de la Concepción en la forma antes dicha, inclusive ofreciendo prueba de A. D. N., y comprobando la defunción del mismo, solicitando al Juez la inscripción del concebido haciendo constar su defunción y ordenándolo así al Registro del Estado Familiar.

## CAPITULO 4

### **“PROPUESTAS DE PROCESOS JUDICIALES PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DEL NO NACIDO”.**

Existe en nuestra legislación algunas presunciones de paternidad orientadas a determinarla por disposición de la ley; pero también puede establecerse por reconocimiento voluntario o por declaración judicial (Artículo 135 C. F.).

Por disposición de ley son hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución o declaratoria; pudiendo decir que es hijo del marido quien nace del matrimonio. (Artículo 141 C. F.).

En relación con el reconocimiento voluntario hecho por el padre nos interesa el caso a que se refiere el ordinal segundo del artículo 143 del Código de Familia, considerando la posibilidad que se contraiga matrimonio cuando la mujer está embarazada, siendo púber ( desde 12 años, hasta antes de 18 años, Art. 26 C. C. ).

También es importante destacar el reconocimiento en Acta ante el Procurador General de la República, los Procuradores Auxiliares Departamentales, regulado en el artículo 143 numeral 3 del C. F., o por Testamento según el numeral quinto del artículo 143 del C. F., y por Escritos dirigidos al juez según el artículo 143 numeral sexto del mismo Código.

Nuestra legislación hace referencia a que el hijo concebido o el hijo fallecido puede ser reconocido en las formas relacionadas anteriormente, artículo 144 C. F.

Lo trascendental de los casos apuntados anteriormente es la prueba preconstitucional documental de la existencia del concebido; como son la Escritura de Matrimonio y la Certificación del Matrimonio donde consta el embarazo de la mujer, la posibilidad de que se certifique del legajo de anexos del Expediente Matrimonial, la Constancia Medica a que hace alusión el artículo 23 numeral quinto del Código de Familia, la Certificación expedida por el Procurador, el Testimonio expedido por la Sección de Notariado de la

Corte Suprema de Justicia, en caso del Testamento o Escritura donde conste el Reconocimiento del hijo, (art. 45 Ley de Notariado).

#### **4.1 PROCESO DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO O PROVOCADO DEL NO NACIDO.**

El artículo 146 del C. F., reconoce el derecho de acción de la mujer embarazada, para solicitar al Juez de Familia que cite al supuesto padre del hijo que tiene en su vientre a fin de que declare si es el padre o no de la criatura que está por nacer.

Si lo reconociere también en este caso habrá una resolución judicial que puede Certificarse para hacer valer los derechos; por ejemplo que el hombre que la embarazó le otorgue alimentos, (artículo 249 C. F).

El artículo 146 del Código de Familia regula que la mujer embarazada está legitimada para promover y solicitar el Reconocimiento Provocado del hijo que está dentro de su vientre. Observemos que el legislador es categórico al afirmar que debe presentarse por parte de la madre una solicitud, no una demanda, en consecuencia el Reconocimiento Provocado no constituye un proceso, sino una Diligencia de Jurisdicción Voluntaria ante el juez de Familia. El proceso implica un conflicto por resolver entre dos o mas partes, (Art. 91 L. Pr. F.), y en el Reconocimiento Provocado no hay conflicto que resolver sino que es un acto que puede dar lugar a un Proceso de Reconocimiento Forzoso de Hijo, en caso de que el padre no lo reconozca; pero si hay reconocimiento no habrá lugar al proceso, (Art. 179 L Pr. F.).

El Proceso de Familia es a instancia de parte, significando con ello que la actividad jurisdiccional debe ser estimulada por la persona que esté legitimada para ello, de conformidad con la Ley, pero una vez iniciada o ejercida inicialmente la acción el Juez la impulsará oficiosamente, (Art. 3 L. Pr. F.).

En el Proceso de Familia, por regla general se inicia instancia de parte y excepcionalmente el Juez puede iniciarlo oficiosamente, dichas excepciones están reguladas en la Ley Procesal de Familia en el artículo 41, siendo obligatoria la procuración tanto para el demandante como para el demandado, (Art.10 L. Pr. F.).

El artículo 143 L. Pr. F., regula el procedimiento en el caso de Reconocimiento Provocado; siendo los siguientes:

- 1- Solicitud presentada por la madre embarazada.
- 2- Orden de citación del presunto padre con señalamiento de día y hora para Audiencia.
- 3- Celebración de Audiencia con la presencia del supuesto padre.
- 4- Levantamiento de Acta y Resolución donde se reconoce al hijo o su negativa.
- 5- Certificación de la Resolución donde se reconoce el hijo para su marginación en el Registro respectivo.

Trataremos de desarrollar los aspectos relacionados:

**1.- SOLICITUD PRESENTADA POR LA MADRE EMBARAZADA:** Con este requisito pretendemos encontrar los elementos constitutivos de la solicitud y siendo el trámite del Reconocimiento Provocado muy semejante a las Diligencias de Jurisdicción Voluntaria, por definición de nuestra Ley Procesal de Familia se debe armonizar con artículo 180 del C. Pr. F., y con las demás disposiciones del capítulo donde este artículo está ubicado, por lo que la solicitud debe reunir los requisitos previstos para la demanda, en lo que fuere aplicable, excepto lo referente al demandado.

El artículo 42 L. Pr. F., regula los requisitos de la demanda y este debe ser por escrito, designando el Juez a quien se dirige, el nombre y generales del solicitante o demandante y del apoderado, el nombre y generales del presunto padre son su dirección donde puede ser citado. Debe advertir que si el supuesto padre no tiene domicilio conocido y residencia donde puede ser citado es imposible la solicitud de Reconocimiento Provocado; ya que debe comparecer personalmente y no puede citarse por medio de publicaciones en los Diarios de mayor circulación, porque esta regla únicamente opera para emplazamiento, (Art. 34 inciso cuarto L. Pr. F.). El Artículo 193 de la L. Pr. F., guarda íntima relación, con el artículo 42 de la mencionada Ley y aquel exige documento de identificación del demandante; y aunque la Ley Procesal de Familia, no lo relaciona como requisito debe entenderse que en el Poder Especial, Poder General

Judicial con Cláusula Especial o el escrito de Poder Especial estará relacionado el documento de identificación.

La demanda o en este caso la solicitud debe contener la narración precisa de los hechos, consistente en la relación sexual entre la solicitante y el supuesto padre en el período de la concepción, (Art. 149 C. F.), y la pretensión de que se reconozca como hijo el que tiene en el vientre materno. No es procedente ninguna acumulación de pretensiones, tampoco es aplicable e innecesario ofrecer pruebas porque en esta diligencia no se valora prueba alguna.

La solicitante debe señalar su lugar de notificaciones y el del presunto padre, no debe inscribir el lugar, fecha y firma del peticionario, y desde luego el sello como Abogado, (Art. 115 numeral segundo L. Pr. C.).

**2.- ORDEN DE CITACIÓN DEL PRESUNTO PADRE CON SEÑALAMIENTO DE DIA Y HORA PARA LA CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA:** Debe entenderse que el Juez debe examinar la solicitud para saber si cumple con los requisitos antes comentados y desde luego el poder presentado, y si resultare que el peticionario ha cumplido con los mismos debe la solicitud, (Art. 181 L. Pr. F.); pero podrá ordenar que se subsane algunos requisitos no cumplidos; calificación que debe hacer el Juez en el plazo de 3 días y señalar día y hora para la celebración de la Audiencia. La esquila de cita debe contener copia del artículo 143 L. Pr. F. y debe hacerse personalmente.

**3.- CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA:** La Audiencia se celebrará el día y la hora señalada, el Juez constatará la presencia de las partes y el presunto padre debe estar personalmente, no puede nombrar apoderado para que lo represente, sin comparecer personalmente.

La Ley no exige la comparecencia personal de la embarazada.

El Juez explicará y leerá la solicitud y el presunto padre manifestará si reconoce o no reconoce la paternidad, (Art.143 inciso primero L. Pr. F.).

**4.- LEVANTAMIENTO DE ACTA Y RESOLUCIÓN DEL RECONOCIMIENTO DEL HIJO O SU NEGATIVA:** El levantamiento del Acta y la forma de la misma debe realizarse con los contenidos a que hace referencia el artículo 31 de la L. Pr. F.; pero es posible que el hijo que está en el vientre materno sea reconocido, el Acta debe levantarse en ese sentido y el Juez debe resolver que se tiene por reconocido el hijo, salvo que sospeche fraude, en cuyo caso ordenará pruebas científicas relacionadas con el parentesco biológico, (Art. 143 L. Pr. F.) y realizadas que fueren debe resolver según el caso.

Es posible que el presunto padre niegue o no comparecer a la Audiencia; en cuyos casos así levantará el Acta y queda expedito a la madre, el derecho de promover el proceso de Reconocimiento Forzoso de Hijo.

**5.- CERTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DONDE SE RECONOCE EL HIJO PARA SU MARGINACION EN EL REGISTRO RESPECTIVO:** En el inciso segundo del Artículo 143 de la L. Pr. F., se regula que la resolución por medio de la cual se tiene por reconocido el hijo debe Certificarse para su marginación en el Registro respectivo.

Cuando de un hijo que ya nació y se encuentra asentada su Partida de Nacimiento, no existe ninguna dificultad para darle cumplimiento a esta disposición legal; pero en el caso del hijo reconocido que aún está en el vientre materno, existe problemática porque el Registro del Estado Familiar únicamente opera después del nacimiento, según lo dispuesto en los artículos 188 y 190 del C. F.

#### **4.2. DECLARACIÓN JUDICIAL DE PATERNIDAD DEL NO NACIDO**

Cuando la paternidad no se presume o el padre no la reconozca voluntariamente, la madre en representación del hijo menor puede ejercer la acción contra el supuesto padre para que reconozca forzosamente al hijo. Igual acción tendrá el hijo cuando ha alcanzado la mayoría de edad; la cual no prescribe, (Art. 150 C.F.).

Cuando el supuesto padre ha fallecido la acción puede dirigirse contra los herederos declarados o contra el Curador de la Herencia Yacente. (Art.150 C. F.).

Los hechos por los cuales el Juez puede declarar la paternidad son los siguientes:

- a) Manifestación expresa o tacita.
- b) Relación sexual con la madre en el período de la concepción.
- c) Posesión del Estado Familiar de Hijo.
- d) Otros hechos análogos de los que se infiera inequívocamente la paternidad.
- e) La convivencia con la madre durante el periodo de la concepción.

Trataremos de analizar brevemente cada uno hechos antes relacionados:

**1) MANIFESTACIÓN EXPRESA O TACITA:** La manifestación expresa o tacita se da cuando el presunto padre haya declarado en cualquier escrito o documento atribuido a él mismo y que se encuentre aportado al proceso que el concebido es su hijo, en el caso de las declaraciones sobre la renta, cuando lo haya puesto como beneficiario en el seguro social, en una cuenta bancaria, en una póliza de seguros, aún en una carta amorosa enviada a la madre de puño y letra en la cual da a entender que es el padre del concebido; no obstante la aclaración que el presunto padre hace en los documentos necesarios, aunque su objetivo no sea el reconocimiento del no nacido; basta con que se encuentre agregados al proceso y cuando se le interroga al pretendido padre sobre dicho reconocimiento, éste lo niegue, tácitamente el Juez deducirá que es el padre de la criatura. (Art. 139 inc. Segundo C. F., 262 y 51 L. Pr. F.).

**2) RELACION SEXUAL CON LA MADRE EN EL PERIODO DE LA CONCEPCIÓN:** Dentro de este motivo para declarar judicialmente la paternidad, debe darse dos presupuestos fácticos 1- Que existan relaciones sexuales: La cual se prueba por medio de presunciones judiciales; entendiéndose por presunciones, el resultado o consecuencia que la propia ley o el Juez obtiene de un hecho conocido,

para comprobar la existencia de otro hecho desconocido, (Art. 408 C. Pr. C., 45 C. C., 409 y 415 C. Pr. C.).

En el caso de las presunciones judiciales, son aquellas que se dejan a la luz del Juez y produce del mismo. (Art. 51 L. Pr. F., 253 C. Pr. C. 1569 C.) y le sirven al Juez cuando a través de la prueba testimonial el testigo manifiesta que el presunto padre visitaba a la madre del niño en horas de la noche o que se encerraban en su cuarto a toda hora del día; o también cuando declaren que presenciaron que entraron a moteles o lugares similares; entonces el Juez haciendo uso de las reglas de la sana crítica debe resolver y para ello tendrá que tomar en cuenta el modo, el lugar y las circunstancias del tiempo en que vieron a la pareja, como los vieron, a que hora., como era el lugar, solo o habían mas personas en esos lugares, en que tiempo aproximadamente vieron a la pareja juntos, entre otros; todas las interrogantes con fin de que el Juez pueda determinar por medio de la sana crítica que el supuesto padre tuvo relaciones sexuales con la madre del concebido en la época de la concepción, y pueda declarar la paternidad.

1- En el segundo presupuesto fáctico es que el hecho debe ocurrir dentro del periodo de la concepción, se prueba por medio de las presunciones de derecho, según el artículo 74 C. C., las cuales no se admite prueba contraria; ya que una vez hayan testigos que dijeron que los vieron en tal época juntos, y en lugares comprometedores, es decir como se manifestó anteriormente, y haciendo la cuenta el tiempo que tiene la mujer de estar embarazada con la fecha mencionada por los testigos, bastará al Juez para poder determinar que es el padre del concebido o no.

**3) POSESION DEL ESTADO DE HIJO:** Este motivo lo deducirá el Juez de Familia cuando los testigos hayan manifestado que el presunto padre trataba al supuesto hijo como tal, proveyéndolo de subsistencia, educación, crianza y lo presentó ante sus amigos, vecinos y familiares como su hijo y todos lo reconocieron como tal; en el caso del concebido, pueden los testigos declarar que el presunto

padre proveía a la madre del concebido de cuidado, alimentos, medicamentos, y que los veían juntos desde antes de notarse el embarazo, y que la presentaba como su señora, o su pareja ante los vecinos, compañeros de trabajo, amigos, familiares y en sus demás relaciones sociales en general, ya sea que vivían juntos en la misma casa o que él llegaba todos los días a visitar a la madre de la criatura, es decir que presenció el cuidado por parte del supuesto padre a la madre de la persona que está por nacer. (Art.198 C. F.)

**4) OTROS HECHOS ANALOGOS INEQUIVOCOS PARA DECLARAR PATERNIDAD:** Los hechos análogos de los que se infiere inequívocamente la paternidad son, cuando el presunto padre haya violado a la madre del concebido, en el caso de rapto y estupro en la época en que se cometió el hecho coincide con la concepción. También se da otro hecho análogo cuando el presunto padre sedujo a la mujer aprovechándose que ella tenía buena reputación, utilizando maniobras dolosas, abuso de autoridad o promesa de matrimonio, en la época de la concepción.

El Juez de Familia deberá hacer uso de las reglas de la sana crítica para deducir y resolver si el presunto padre es el que cometió cualquiera de los hechos mencionados, para satisfacer su deseo sexual, utilizando medios engañosos, infundiéndole a la mujer la creencia de que actúa con buena fe, u obligándola a la fuerza; ya que para ello el Juez puede hacer uso de los medios probatorios para llegar a la conclusión si es el padre o no.

Observemos que la madre embarazada según el artículo inciso último del Código de Familia tiene acción para pedir al Juez se declare judicialmente la Paternidad del hijo que está por nacer y es probable que el padre demandado al contestar la demanda, en la Audiencia Preliminar, o en la Audiencia de Sentencia manifieste expresa o tácitamente que el que está por nacer es su hijo, en cuyo caso el Juez así lo declara en la Sentencia; asimismo podrá comprobar la acción sexual durante el período de la concepción, si existen controles médicos de la madre y mediante prueba testimonial de hechos que hagan presumir que hubo relación sexual en el período relacionado.

No obstante la prueba que ofrece mayor seguridad es la prueba llamada D N A, o Acido Desoxirribonucleico, que es el material genético en las células de su cuerpo. “Cada célula nucleada tiene 46 cromosomas, con excepción de las células de espermatozoides del hombre y el óvulo de la mujer que contiene 23 cromosomas.

En el momento de la concepción hay 46 cromosomas necesarios para crear una persona. Una persona recibe una mitad de su material D N A genético de su madre biológica y la otra mitad del padre biológico.

La prueba se puede ejecutar con muestras de sangre, de tejido, de semen. El D. N. A. de cada persona es único, con excepción de gemelos idénticos. El D. N. A. se fija en el momento de la concepción, por ello se puede realizar antes que el niño nazca y mediante el procedimiento denominado C V S o por medio del Amniocentésis (prueba Prenatal).

También se puede ejecutar usando especímenes de autopsia, cuando la persona está difunta reconstruyendo sus modelo D. N. A., con muestras de parientes biológicos del difunto.

El procedimiento C. V. S. se ejecuta generalmente entre 10 a 13 semanas de embarazo y el procedimiento Amniocentesis que se ejecuta generalmente entre 14 a 24 semanas de embarazo.

La prueba D. N. A., es la forma mas precisa para determinar la paternidad, y una vez declarada por el Juez, puede ordenar la inscripción de dicho reconocimiento al Registro del Estado Familiar de la Alcaldía municipal respectiva, haciendo constar que el señor “X”, es el padre del concebido.

#### **4.3. DILIGENCIAS DE ACEPTACION DE HERENCIA DEL NO NACIDO.**

La Sucesión por Causa de Muerte, es un modo de adquirir el dominio de los bienes que a su defunción deja el causante y serán herederos aquellas personas que en el testamento por declaración de voluntad del fallecido así lo ha determinado o por disposición de la Ley si no se otorgó Testamento.

En el Testamento puede heredarse a la persona que está por nacer, expresando en el mismo que se encuentra en el vientre materno de su madre e identificándola en la forma leal, reconociendo que es hijo del testador.

Si la sucesión es Intestada puede suceder que el hijo que se encuentra en el vientre materno haya sido reconocido por el causante por medio de Escritura Pública, en el trámite del Reconocimiento Provocado o por Declaración Judicial de Paternidad.

El artículo 988 del Código Civil, regula quienes son llamados a suceder en la Sucesión Intestada y en el ordinal primero determina la preferencia para suceder de los que se encuentran en este ordinal, siendo ellos los hijos, el padre, la madre y el cónyuge y en su caso el conviviente sobreviviente.

Las Diligencias de Aceptación de Herencia o su procedimiento de Aceptación, ésta regulada en el Artículo 1162 y siguientes del Código Civil y por regla general debe seguirse los pasos siguientes:

- 1- El heredero o quien se crea con derecho a la herencia debe hacer solicitud al Juez del domicilio del causante manifestándole que acepta expresamente y con beneficio de inventario la herencia. (Artículo 1162 C. C.).
- 2- En la solicitud debe manifestar si existen otras personas con derechos a la herencia, identificarlas y expresar su lugar de residencia del domicilio, con el propósito de que citen y expresen si aceptan o repudian la herencia. (Artículo 1162 parte segunda C. C.)
- 3- Debe comprobar la calidad de heredero.
- 4- En el numeral indicado debe comprobarse la relación de parentesco o Estado Familiar del solicitante con el causante o que es su Cónyuge sobreviviente, o conviviente sobreviviente; siendo la prueba preferente la Certificación de partida respectiva, extendida por el Registro del Estado Familiar de la Alcaldía Municipal correspondiente, (Artículo 195 C. F.; en relación con el artículo 25 y 39 de la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar del Regimenes patrimoniales del Patrimonio.

- 5- Comprobada esa vinculación entre solicitantes y el causante (calidad de Herederos); el Juez los nombra Administradores y Representantes Interinos de la Sucesión, ordenando la publicación por tres veces en el Diario Oficial de esta resolución y citando a los que se crean con derecho a la herencia para que se presenten dentro de los quince días siguientes a la última publicación a comprobar su derecho. (art. 1163 C. C.)
- 6- Transcurridos los quince días después de la publicación últimamente mencionada declarará herederos definitivos a los que han probado su calidad y ordenará que se publique un edicto por una vez en el Diario Oficial. Art. 1165 C.C.)
- 7- Debo aclarar que los Tribunales antes de la Declaratoria Interina de Herederos, libra oficio a la Sección de Notariado de la Honorable Corte Suprema de Justicia, para que le informe si la herencia ya fue aceptada, si se ha declarado Yacente o existe Testamento. En caso que la sucesión sea Testamentaria debe presentarse al Juez el Testamento. También la Aceptación de Herencia pueden seguirse en Diligencias de Jurisdicción Voluntaria ante Notario teniendo algunas pequeñas variables de procedimiento.

Se ha planteado anteriormente el procedimiento común ante el Tribunal de Primera Instancia de las Diligencias de Aceptación de Herencia, y en ellas queda claro que en la Sucesión Intestada cuando la vinculación es el parentesco entre causante y heredero la prueba preferente debe ser las Certificaciones de Partidas de Nacimiento, Defunción, Matrimonio, lo que establece el Estado Familiar como lo regula el artículo 195 del Código de Familia y el artículo 188 del mismo, en relación con los artículos 25 y 39 de la Ley del Registro del Estado Familiar, al regular que en dicho Registro se inscribirán los nacimientos, matrimonios, defunciones, adopciones, divorcios y demás hechos o actos jurídicos de las personas naturales que determine la Ley.

Hemos explicado anteriormente que las Escrituras donde se reconoce al no nacido o la Sentencia pronunciada por el Juez de Familia constituye Prueba Documental plena del Estado Familiar aunque no sea la prueba preferente relacionada.

El problema fundamental es que el Código Civil Salvadoreño, al igual que muchas legislaciones tiene un título en el cual se regula el momento de la existencia legal de la persona humana, denominado **“DEL PRINCIPIO Y FIN DE LA EXISTENCIA DE LAS PERSONAS”**, y en el artículo 72 expresa lo antes expuesto, por lo que debe entenderse que se para ser persona humana se requiere según el Código Civil, estar completamente separada la criatura de la madre, o sea que se haya cortado del cordón umbilical.

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 reputa no haber existido jamás.

Esta tesis es opuesta a lo regulado en la Constitución que considera la existencia de la persona desde el momento de la concepción.

Lo regulado en el artículo 72 del Código Civil, es el sustento de todo el Ordenamiento Jurídico Secundario desde más de un siglo; que indudablemente no concuerda con la disposición Constitucional.

El Código de Familia en el artículo 238 regula que los padres o la madre, administrarán los bienes que eventualmente pertenecerán al hijo que está por nacer con las mismas facultades y restricciones impuestas en este capítulo, en lo que fuere aplicable.

De lo anterior se colige que los padres o la madre administran bienes que con el evento del nacimiento van a pertenecer al que está por nacer, significa que sino nace esos bienes no pertenecerán nunca al concebido y ni podrá transmitir a sus herederos.

El artículo 963 inciso tercero del Código Civil, regula que las asignaciones hechas a las personas que al tiempo de abrir la sucesión no existen, pero que se espera que existan, no se invalidarán por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los 30 años subsiguientes a la apertura de la sucesión

De lo anterior decimos que el concebido que fallece en el vientre materno y que se le asignó un legado o donación revocable nunca podrá heredar, porque para el Código Civil no existió.

## CAPITULO 5

### “CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES”

#### 5.1 CONCLUSIONES

1. Histórica y doctrinariamente han existido Teorías que explican a partir de que momento tiene existencia legal la persona humana, siendo ellas la Teoría de la Viabilidad, Teoría de la Vitalidad y últimamente la Teoría que la explica a partir del momento de la concepción.
2. Las legislaciones de cada país han adoptado una u otra teoría teniendo como resultado consecuencias jurídicas diferentes desde las relaciones familiares de parentesco hasta las patrimoniales y hereditarias.
3. Cuando las legislaciones han considerado como base del andamiaje jurídico, las teorías de la Viabilidad y de la Vitalidad han recurrido a explicar que la existencia legal de la persona humana comienza con el nacimiento, si ha vivido un momento siquiera o si nace y existe posibilidad de que viva; lo que trae consecuencias jurídicas diferentes en el goce y ejercicio de los derechos de la persona o de sus parientes.
4. La Teoría de la Vitalidad adoptada por nuestro Código Civil presume que el concebido fallecido antes de su nacimiento, debe considerarse que nunca existió, y si tuviera bienes no pudieran heredarse, y deberá disponer de ellos quien se los asignó; con la Teoría Constitucional de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción, el No Nacido es persona y en consecuencia los bienes le pertenecen definitivamente y por lo tanto se transmitirán por causa de muerte a sus herederos.
5. Con la reforma hecha al artículo 1 inciso segundo de la Constitución de la República, la consecuencia es que el concebido puede gozar de sus derechos, dejando sin efecto la suspensión de los mismos, como lo regula el artículo 72 del

Código Civil; es decir que la reforma constitucional constituye un avance conceptual que permite mayores alcances que favorecen al no nacido.

6. La moderna teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción, hace coincidir el Principio de la Existencia Legal con el de la Existencia Biológica; fortalecida con los avances tecnológicos sobre pruebas biológicas de paternidad o de relación familiar o filiación.
7. Las teorías de la Viabilidad y de la Vitalidad, adoptadas por las legislaciones de cada país han sido congruentes o armónicas entre el Código Civil y las demás legislaciones, de tal forma que si el que nació es viable o vivió un momento siquiera, y se le causa la muerte constituye un delito de homicidio; pero si se destruyere o inutilizare el producto de la concepción, constituye un delito de Aborto; en cambio para la teoría de la existencia de la persona humana desde el momento de la concepción, en cualquier caso constituiría Delito de Homicidio.
8. La falta de regulación expresa es una limitante para que la Autoridad Municipal tome las medidas administrativas para inscribir al no nacido, ya que al ser considerado como persona tiene derecho a un Nombre, Filiación y Estado Familiar, pudiendo resolver este conflicto mediante Orden Judicial, cuando el Juez en Diligencias de Reconocimiento Judicial o Forzoso de Paternidad se haya comprobado quien es el padre del no nacido, o en un reconocimiento voluntario de paternidad.
9. Para la Legislación que tiene como base las Teorías de la Viabilidad y la Vitalidad, quien no nace o no es viable, no tiene atributos de persona, no tiene derecho a obtener un nombre, una filiación, un Estado Familiar de Hijo, tener un patrimonio, o a suceder como sujeto activo y pasivo, pues no se considera persona, no obstante desde que se reconoce su existencia desde la Concepción, de conformidad a la Reforma Constitucional Salvadoreña, interpretando que la Norma Constitucional Imperativa y Superior a la Norma Secundaria debiendo aplicarse la Norma Superior y conferir los Derechos mencionados al No Nacido.

10. Las mismas legislaciones niegan toda forma de documentar la existencia del concebido en los Registros del Estado Familiar imposibilitando la prueba, y volviendo dificultoso el ejercicio de los derechos como persona en base a la concepción constitucional.
11. En El Salvador existe una regulación Secundaria Preconstitucional que adoptan la Teoría de la Vitalidad en contradicción a la Norma Constitucional, que recoge la Teoría de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción, por lo que es necesario acomodar la legislación secundaria al precepto Constitucional; ordenando la existencia de Registros del No Nacido, facilitando el Reconocimiento del No Nacido en forma provocada, voluntaria o forzosamente.
12. El Principio de Supremacía Constitucional, posibilitan al juzgador para resolver la contradicción existente entre la Norma Constitucional y la Ley Secundaria en relación con las consecuencias jurídicas de considerar como sujeto de derechos al no nacido; no obstante el criterio de algunos Jueces sigue siendo que el no nacido tiene derechos de goce, pero no de ejercicio, limitando con ello los derechos del nasciturus; al no poder exigir el cumplimiento de los mismos. Interpretación errónea que contraría los principios de un Estado Constitucional de Derecho.
13. Los doctrinarios del Derecho consideran que en base a la Teoría de la protección Integral, el no nacido tiene todos los derechos y atributos de la persona humana y en consecuencia, los bienes que de alguna forma le hayan sido asignados le pertenecen y no estarán sujetos al evento del nacimiento; motivo por el cual si tiene un patrimonio y fallece dentro del vientre materno tiene la calidad de causante y la madre, sus hermanos, u otros parientes podrán ser herederos del mismo.
14. La resolución pronunciada por el Juez de Familia en las Diligencias de Reconocimiento de Hijo o en el Proceso de Declaración Judicial de Paternidad, constituye prueba suficiente del vínculo de parentesco entre el hijo reconocido y sus padres, lo mismo que su relación de parentesco con el grupo familiar, razón

por la que con dichos documentos puede promoverse Diligencias de Aceptación de Herencia juntamente con la de Defunción del No Nacido.

## **5.2 RECOMENDACIONES.**

1. A las autoridades de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, a los Abogados de la República y a la Sociedad Civil, para que promueva un debate nacional para la comprensión del avance de la concepción humana del no nacido como persona y la inseguridad jurídica ante la falta de adecuación de la Ley Secundaria a la Constitución.
2. A la Honorable Corte Suprema de Justicia y a los Jueces de la República, para que en sus resoluciones declaren inaplicables las disposiciones legales que contraríen el Principio Constitucional que determina la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la concepción y su consecuencia inmediata al goce y ejercicio de los derechos del no nacido de forma plena, en su calidad de Persona Humana.
3. A los Diputados y al Presidente de la República, por medio de sus Ministros para que en base a la Constitución de la República realicen el Acto Jurídico de Iniciativa de Ley, para reformar en lo pertinente el Código Civil, de Familia y la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, determinando con claridad los derechos del no nacido.
4. Al Consejo Nacional de la Judicatura, para que capacite a los Jueces de la República, Empleados del Órgano Judicial y demás Comunidad Jurídica sobre los derechos del No Nacido y la forma como hacer efectiva la Teoría sobre la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción, consagrada en la Constitución de la República.
5. A la Procuraduría General de la República, para que se pronuncie en foros y medios de publicidad sobre la necesidad del actuar legislativo en relación con la modificación de la Ley Secundaria para su adecuación al Principio

Constitucional de la Existencia de la Persona Humana desde el momento de la Concepción mas bien para que promueva la reforma, exija la aplicación de la Constitución en los procesos que sigue.

6. A la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, para que investigue y denuncie la violación de los Derechos del No Nacido, ante la pasividad de los Órganos del Estado encargados de asegurar su cumplimiento.
7. A las autoridades Municipales, para que modifiquen los Registros del Estado Familiar a fin de que adecuen su estructura administrativa y desarrollen los medios necesarios para asegurar los Derechos del No Nacido, a través de inscribir su existencia o defunción.

## BIBLIOGRAFIA

### - Libros:

Alessandri Rodríguez A. y otros, “Sujeto de Derecho”, Tomo II, 4º Edición, Editorial Nascimento, Santiago, 1971.

Barra, R.: “La Protección Constitucional del Derecho a la Vida”, 1º Edición, 1996.

Barros Boune, Enrique: “Familia y Personas”, 1º Edición, Editorial Jurídica de Chile, Universidad de Chile, Santiago, 1991.

Bertrand Galindo, Francisco y Otros: “Manual de Derecho Constitucional”, Tomo I, 4º Edición Centro de Investigación Jurídica, Ministerio de Justicia, San Salvador, 2000.

Bonnecase, Julián: “Tratado Elemental de Derecho Civil”, Vol. I, Universidad de Oxford, Grandes Clásicos del Derecho, Puebla, 1945.

Bragi Biagio: “Instituciones del Derecho Civil”, Grandes Clásicos de Derecho, Vol. IV, Universidad de Oxford, Puebla, 1945.

Calderón de Buitrago, Anita y Otros: “Manual de Derecho de Familia”, 1º Edición, Editorial Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador 1994.

Cárdenas Quirós, Carlos: “Fecundación Extracorpórea y Protección Jurídica del Embrión”, Universidad de Costa Rica, Santa Fe, 2000.

Cifuentes, Santos: “Derechos Personalísimos”, 2º Edición, Editorial Astrea, 1995.

Coviello, Nicolás: “Doctrina General del Derecho Civil”, Traduc. de Felipe de Jesús Tenas, México, 1938.

Fernández Sessarego, Carlos: “Derecho a la Identidad Personal”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

Gascón Abellán y Otros, Marina: “Interpretación y Argumentación Jurídica”, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 1º Edición, San Salvador, 2003.

Kemelmajer De Carlucci, Aída Rosa: “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas”, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000.

Méndez Costa, María Josefa: “Régimen Legal de Filiación y Patria Potestad”, Santa Fe, 1986.

Mendoza Orantes, Ricardo: “Declaraciones y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos Vigentes en El Salvador”, 7º Edición, Editorial Jurídica Salvadoreña, San Salvador, 2002.

Núñez Rivero y Otros, Cayetano: “El Estado y la Constitución Salvadoreña”, Corte Suprema de Justicia, Proyecto para el Fortalecimiento de la Justicia y la Cultura Constitucional en la República de El Salvador, 1º Edición, San Salvador, 2000.

Osorio, Manuel, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1982.

Pérez Vargas, Víctor y Otros: “Los Nuevos Paradigmas y los Derechos del Concebido como Persona”, Universidad de Costa Rica, San José, 2000.

Rojina Villegas, Roberto: “Derecho Civil Mexicano”, Vol. I, Editorial Libros de México S.A., México, 1959.

Romero Carrillo, Roberto: “Derecho del Nombre”, Editorial El Salvador Universitaria, San Salvador, 1989.

Romero Carrillo, Roberto: “Nociones del Derecho Hereditario”, 2º Edición, Editorial El Salvador Universitaria, San Salvador, 1988.

Rossel Saavedra, Enrique: “Manual de Derecho de Familia”, Chile, 1986.

Somarriva Undurraga, Manuel: “Derecho Sucesorio”, Editorial Nascimento, S. A., San Tiago, 1961.

Uriarte, Jorge Alcides: “Protección Integral de los Derechos de la Personas”, Buenos Aires, 1998.

Valencia Zea, Arturo: “Derecho Civil”, 5º Edición, Editorial Temis, Vol. I, México, 1972.

**-Tesis:**

Ardón, Norma Verónica y otros: “La Aplicabilidad de la Reforma del Art. 1 de la Constitución como mecanismo de protección del derecho a la vida del no nacido”, Tesis UES, San Salvador, 2001.

Cruz Jurado, Rosa Belis y otros: “Lesiones del Feto”, Tesis UES, San Salvador, 1994.

López Rojas, Karla y otra: “Derecho del Concebido”, Tesis Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, San José, 1998.

**-Revistas:**

Alcántara Sampelayo, José: “Atribuciones Patrimoniales a favor del Concepturus” Revista de Derecho Privado, Tomo XXXVII, Italia, 1946.

Castan Vázquez, José María: “La Tradición Jurídica sobre el comienzo de la Vida Humana”, Revista General de Derecho, Universidad de San Pablo, Madrid, 1996.

Cerda Cruz, Jesús: “LA Inclusión de los Nacidos en la Medida del Desarrollo”, Revista de Derecho”, Nuevo Laredo, 2001.

Duarte Riascos, Jerónimo: “Un Problema de Derecho: El Nasciturus”, Universidad de Colombia, Bogota, 2002.

FESPAD: “Si a la Vida”, Revista Foro Judicial, San Salvador, 1999.

Garrido de Palma, Víctor M.: “El Nasciturus y el Derecho Civil”, Revista de Derecho Notarial, España, 1983.

González de Cancino, Emilssen: “Los Retos Jurídicos de la Genética”, 1º Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1995.

Marín Sampero, Emma Rosa: “Las Personas en Derecho Civil”, Universidad Abierta, México, 1999.

Martínez Lomelí, Israel: “La Sociedad Civil, una propuesta de Reforma”, Universidad Abierta, México, 1999.

Martínez Val, José Maria: “El Nasciturus es Persona Humana”, Revista General del Derecho, Sección de Derecho Constitucional, Boletín N° 4, Río Grande Do Sul, Brasil, 1985.

Sastre, Ramón M.: “Eficacia de los Llamamientos Sucesorios a favor de los nascitun”, Revista de Derecho Privado, N° 350, 1946.

**-Boletín.**

Boletín Divulgación Jurídica, Comisión Coordinadora del Sector Justicia  
Unidad Técnica Ejecutiva UTE Año 8 # 2, 2001.

**- Jurisprudencia.**

CF01-25-A-2001 “Impugnación Preventiva de la Paternidad Matrimonial”;  
Juzgado Tercero de Familia de San Salvador, ante la Cámara de Familia de la Sección del Centro.

SV-68-146-99-3 “Diligencias de Reconocimiento Provocado”.

SV-F-362-146-98-1 “Diligencias de Reconocimiento Provocado”.

SVF-549-146-2003-6 “Diligencias de Reconocimiento Provocado”.

**- Legislación:**

Constitución de la República, Decreto Número 38 de fecha 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial Número 234, Tomo Número 281, de fecha 16 de diciembre de 1983.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial Número 218, Tomo 265 del 23 de Noviembre de 1979, Decreto Legislativo de la Junta Revolucionaria de Gobierno del 23 de Noviembre de 1979. Ratificación y Adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200

del 16 de Diciembre de 1966. Entró en vigencia el 23 de Marzo de 1976 de conformidad al Art. 49.

Convención Americana de los Derechos Humanos, Ratificada por Decreto Legislativo Número 5, del 15 de Junio de 1978, publicado en el Diario Oficial Número 113, Tomo 259 del 19 de Julio de 1978, suscrito en San José Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA.

Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada por la ONU el 20 de Noviembre de 1989, Ratificada por El Salvador, el 26 de Enero y 27 de Abril de 1990.

Código Civil de Argentina.

Código Civil de Perú.

Código Civil, Decreto Ejecutivo del 23 de Agosto de 1859 y Decreto Ejecutivo del 10 de Abril de 1860, publicado en el Diario Oficial del 14 de Abril de 1860.

Código de Familia, Decreto Legislativo Número 677 del 11 de Octubre de 1993, publicado en el Diario Oficial Número 231, Tomo 321, del 13 de Diciembre de 1993.

Código de Procedimientos Civiles, publicado en el Diario Oficial del primero de Enero de 1882.

Ley del Nombre de la Persona Natural, Decreto Legislativo Número 450 del 22 de Febrero de 1990, publicado en el Diario Oficial Número 103, Tomo 307, del 4 de Mayo de 1990.

Ley Procesal de Familia, Decreto Legislativo Número 133 de fecha 28 de Noviembre de 1996, publicado en el Diario Oficial Número 241, Tomo 333, del 20 de Diciembre de 1996.

Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, Decreto Legislativo Número 496 del 9 de Noviembre de 1995, publicado en el Diario Oficial Número 228, Tomo 329, del 8 de Diciembre de 1995

# ANEXOS

2002: Familia. Apelación. Sentencia Definitiva.

CF01-52-A-2001

---

»Doctrina: PÉREZ VARGAS, Víctor; Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa (coordinadora); El derecho de familia y los nuevos paradigmas, Tomo II, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2000, págs. 244 y 262

»Temas: Protección integral del niño; Convención sobre los Derechos del niño; Niño

Máxima:

La doctrina indica que la Convención sobre los Derechos del Niño, consolida un cambio paradigmático: el de la protección integral del niño, entendiéndose en ella por niño todo ser humano menor de dieciocho años, que incluye como niño también al concebido, no nacido todavía, de modo que también se dé una protección integral desde el punto de vista cronológico.

»Doctrina: PÉREZ VARGAS, Víctor, Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa (coordinadora), El derecho de familia y los nuevos paradigmas, Tomo II, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2000, págs. 244 y 262

»Temas: Convención sobre los derechos del niño; Niño

Máxima:

Es importante entender que la palabra niño comprende diversas categorías, cada una de las cuales tiene derechos particulares: los concebidos, los impúberes, los adolescentes y aún los jóvenes. Todos ellos entran, en cuanto sean menores de dieciocho años, dentro del concepto de "niño" de la Convención sobre los Derechos del Niño.

»Doctrina: URIARTE, Jorge Alcides; Protección integral de los derechos de las personas. Equiparación de las personas con capacidades diferentes, en Derecho de Familia revista interdisciplinaria de doctrina y jur

»Temas: Derecho de familia

Máxima:

El derecho de familia es sensible a diversos impulsos reformistas que pueden atribuirse a tres causas importantes, a saber: la transformación de la economía familiar; la dinámica liberadora del hombre; y el acceso científico a la biología humana.

»Doctrina: KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R. El derecho de familia y los nuevos paradigmas.

»Temas: Protección integral del niño; Doctrina; Derechos humanos; Nonato

Máxima:

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

»Doctrina: Pérez Vargas, Victor; Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona

»Temas: Derechos del concebido; Nonato

Máxima:

Algunos derechos del concebido son: adquirir bienes por donación, por herencia; ser beneficiario de una carga impuesta a una donación de otros herederos o legatorios; adquirir los derechos y obligaciones accesorias de los que adquiera como principales; reclamar alimentos, filiación; ser beneficiario de pensiones o indemnizaciones ; y de estipulaciones a su favor.

»Normativa aplicada: Código de Familia, artículo 141

»Temas: Paternidad

Máxima:

La pretensión de impugnación de la paternidad, también llamada de desconocimiento de la paternidad matrimonial, tiene como finalidad desplazar la filiación que viene otorgada por la aplicación de la presunción legal

»Doctrina: Mazzinghi, Jorge Adolfo, Derecho de familia

»Temas: Paternidad; Legitimación

Máxima:

La legitimación de la paternidad, se otorga respecto al marido, desde que éste se encuentra dotado de indiscutible derecho, en la medida que a él le corresponde velar por la integridad y el honor de su familia, bienes cuya custodia no compete a terceros.

»Doctrina: Méndez Costa, María Josefa; La filiación

»Temas: Presunción de paternidad

Máxima:

La presunción legal que atribuye la paternidad al marido, resulta valiosa desde el punto de vista ético como consecuencia de los deberes conyugales; y sólo la falta de cohabitación justifica que no se comporte dicha presunción, en tanto que es imposible o cabe suponer que no se ha dado conforme a las circunstancias ordinarias.

»Doctrina: Zannoni, Eduardo y Bossert, Gustavo; Hijos legítimos

»Temas: Presunción patrimonial; Matrimonio

Máxima:

La presunción de paternidad matrimonial descansa en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio mismo.

»Normativa aplicada: Ley Procesal de Familia, artículo 7

»Temas: Filiación paterna; Paternidad

»Normativa aplicada: Código de Familia, artículo 152

»Temas: Legitimación activa

Máxima:

La pretensión dirigida a desplazar al hijo concebido, del vínculo filial paterno que, eventualmente, y por imperio de ley, se le atribuiría respecto del demandante en caso de nacer, ha sido calificada por la doctrina como una mera facultad del marido, y cuya falta de ejercicio no implica pérdida de ningún derecho, por lo que en consecuencia no corre el plazo de caducidad.

»Doctrina: MÉNDEZ COSTA, M. J, La filiación; ZANNONI, E. y BOSSERT, G., Régimen legal de filiación y patria potestad

»Temas: Filiación paterna

Máxima:

Respecto a la extinción de la pretensión de desplazar al hijo concebido del vínculo filial paterno, existen dos corrientes doctrinarias, por un lado, la que sostiene que el nacimiento del hijo extingue la pretensión; mientras que desde otra posición se afirma que nada impide el ejercicio de la misma después del nacimiento, en tanto sea individualizado el hijo demandado.

»Normativa aplicada: Código de Familia, artículo 151; Código de Familia, artículo 152

»Temas: Filiación paterna; Paternidad

Máxima:

En el caso que la pretensión de extinción de filiación matrimonial paterna es rechazada, la inscripción del nacimiento producirá sus efectos normales y el marido tendrá a su disposición la vía de la impugnación de la paternidad.

»Temas: Filiación; Impugnación de paternidad matrimonial

Máxima:

En caso que la pretensión de extinción de filiación matrimonial obtenga sentencia favorable, la inscripción del nacimiento no hará presumir la paternidad atribuida al marido: el hijo será reputado extramatrimonial de la madre, procediendo su reconocimiento por el padre o el ejercicio de la pretensión de reclamación de la filiación extramatrimonial.

»Doctrina: Calderón de Buitrago, Anita y otros, Manual de derecho de familia

»Normativa aplicada: Código de Familia, artículo 141

»Temas: Paternidad; Presunción de paternidad

Máxima:

»Temas: Paternidad; Impugnación de paternidad; Presunción de paternidad

Máxima:

La pretensión encaminada a desconocer de forma preventiva la presunción de la paternidad matrimonial, resulta proponible si consultamos el nuevo régimen instaurado desde la reforma constitucional de las personas que están por nacer y el deber de los jueces de resolver los asuntos sometidos a su decisión, no obstante oscuridad, insuficiencia o vacío legal.

»Normativa aplicada: Código de Familia, artículo 144

»Temas: Código de Familia; Paternidad; Presunción de paternidad; Impugnación de paternidad

Máxima:

La paternidad según el Código de Familia puede establecerse aún por reconocimiento del hijo no nacido, pero nada dice respecto de que el marido pueda impugnar la paternidad que por ley se le atribuye, antes del nacimiento del vástago.

»Normativa aplicada: Código de Familia, artículo 141

»Temas: Filiación; Emplazamiento de paternidad; Desplazamiento de paternidad; Presunción de paternidad; Derechos de los hijos

Máxima:

El derecho a reclamar la filiación la tiene el hijo concebido nonato, por lo que de lege lata pueden admitirse tanto las pretensiones de emplazamiento y desplazamiento de la paternidad, una vez resulte ésta última aplicación de la presunción legal; habida cuenta de la prevalencia de los valores como son la veracidad de la paternidad y la protección de la minoridad, en los que incardina la necesidad de salvaguardar la identidad e integrar al niño al grupo familiar al que realmente pertenece.

»Doctrina: Méndez Costa, M. J., La filiación

»Normativa aplicada: Código de Familia, artículo 223; Código de Familia, artículo 224; Código de Familia, artículo 388

»Temas: Conflicto de intereses; Impugnación de paternidad matrimonial; Procurador General de la República

Máxima:

Doctrinariamente en la impugnación preventiva de la paternidad matrimonial, el único sujeto pasivo es la madre del que esta por nacer; sin embargo, reconocida la protección integral de los derechos de los niños, incluida la de las personas concebidas no nacidas; teniendo en cuenta la situación de la madre y previendo la existencia de conflictos de intereses entre la demandada y su hijo por nacer, debe autorizarse al Procurador General de la República para que represente al nasciturus del cual está embarazada.

»Doctrina: ZANNONI, E. y BOSSERT, G. Régimen legal de filiación y patria potestad, Astrea

»Normativa aplicada: Código de Familia, artículo 141

De la excepción a la vigencia de la presunción de la paternidad matrimonial considerada en el Código de Familia, la doctrina nacional sostiene que tales circunstancias hacen que la presunción se aplique en sentido contrario.

»Normativa aplicada: Código de Familia, artículo 141

»Temas: Impugnación de paternidad matrimonial; Prueba indiciaria

Máxima:

Para demostrar las circunstancias posiblemente obstativas de la paternidad del marido, podrán invocarse, entre otras, la ausencia, enfermedad, esterilidad, haber sido la madre inseminada por un extraño o haber faltado al deber de fidelidad conyugal.

»Temas: Paternidad; Nonato; Intereses contrapuestos; Procurador General de la República

Máxima:

Puede demandarse preventivamente la impugnación de la paternidad matrimonial de un hijo concebido nonato, debiéndose además integrar el contradictorio con el Procurador General de la República para que represente al nascituro.

»Normativa aplicada: Constitución de la República de El Salvador, artículo 1

»Temas: Derechos de las personas

Máxima:

VOTO RAZONADO DE LA MAGISTRADA RHINA ELIZABETH RAMOS GONZALEZ

La constitución salvadoreña reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción, no obstante, es innegable que en la práctica no pueden efectivizarse todos los derechos que como tal le corresponden, atendiendo a las circunstancias específicas de su condición biológica en ese particular momento.

»Temas: Alimentos a la mujer embarazada; Reconocimiento de paternidad

Máxima:

VOTO RAZONADO DE LA MAGISTRADA RHINA ELIZABETH RAMOS GONZALEZ

Cuando la mujer embarazada pide el reconocimiento del hijo por nacer así como los alimentos para ella, ejerce tales derechos personalmente y no en representación del nascituro; en tal sentido el reconocimiento se efectivizará cuando el hijo nazca y en el caso específico de los alimentos es la madre quien directamente por su misma condición de embarazo naturalmente los gozará, aún cuando el hijo no haya nacido.

»Temas: Reconocimiento de paternidad; Nonato

Máxima:

VOTO RAZONADO DE LA MAGISTRADA RHINA ELIZABETH RAMOS GONZALEZ

El hijo por nacer no puede ser registrado antes de su nacimiento, no obstante que la madre pueda ejercer personalmente algunas acciones encaminadas precisamente a protegerle en sus derechos, y no a la inversa como sería el caso de impugnación preventiva de la paternidad matrimonial no reconocida expresamente en nuestra legislación.

»Temas: Derechos del no nacido; Derechos de los hijos; Nonato

Máxima:

VOTO RAZONADO DE LA MAGISTRADA RHINA ELIZABETH RAMOS GONZALEZ

De tomar en términos absolutos el ejercicio de los derechos del no nacido en su condición de persona, implicaría la reforma de muchas leyes incluyendo el Código Penal, sustituyendo el delito de aborto por el de homicidio.

»Temas: Paternidad; Nonato

Máxima:

VOTO RAZONADO DE LA MAGISTRADA RHINA ELIZABETH RAMOS GONZALEZ

La interpretación y aplicación de las normas relativas a la impugnación de la paternidad del no nacido, careceren de aplicabilidad práctica, limitan la aportación del material probatorio y la sentencia no podría ejecutarse, es decir, no podría inscribirse en el registro del Estado Familiar, no sólo porque no está contemplado en la ley sino además, por no saber donde ni cuando acontecerá o ha acontecido el nacimiento y en consecuencia donde debe registrarse.

»Temas: Paternidad; Impugnación de paternidad matrimonial; Nonato

Máxima:

VOTO RAZONADO DE LA MAGISTRADA RHINA ELIZABETH RAMOS GONZALEZ

La impugnación de paternidad matrimonial del no nacido carece de aplicabilidad, pues en todo caso se deberá iniciar un nuevo proceso de impugnación cuando el hijo hubiese sido inscrito con la paternidad que por ley se le atribuye, con el inútil dispendio de la actividad judicial; igual sucederá en el caso de no prosperar la acción preventiva de impugnación de paternidad, pudiendo el padre ejercer la acción contra el hijo cuando éste hubiere nacido.

»Temas: Reconocimiento de la persona humana; Convenios Internacionales; Derechos del concebido; Nonato

Máxima:

VOTORAZONADO DE LA MAGISTRADA RHINA ELIZABETH RAMOS GONZALEZ

El reconocimiento de la persona humana desde el momento de la concepción, supone principalmente una protección a la vida del que está por nacer, tanto en la legislación nacional como internacional contenida en los respectivos pactos y convenciones incorporados a su vez al derecho interno; resultando dudoso si está incluida en dicha protección, el que se pueda demandar al no nacido, cuando dicho proceso puede intentarse posteriormente a su nacimiento, y la urgencia de la tramitación no favorece en nada al no nacido.

»Temas: Paternidad; Representación Legal; Legitimación pasiva; Procurador General de la República

Máxima:

VOTO RAZONADO DE LA MAGISTRADA RHINA ELIZABETH RAMOS GONZALEZ

En los procesos de impugnación de paternidad, deberá además demandarse a la madre ya que también ella podría afectarle particularmente el resultado de la sentencia, quien además no podría representar al hijo por no contar con el documento idóneo para acreditar dicha representación; por lo que en todo caso el hijo será representado por el Procurador General de la República.

»Normativa aplicada: Código de Familia artículo 140; Código de Familia artículo 141; Código de Familia artículo 142; Código de Familia artículo 153

»Temas: Paternidad; Derecho a conocer origen

Máxima:

VOTO RAZONADO DE LA MAGISTRADA RHINA ELIZABETH RAMOS GONZALEZ

Es imposible vulnerar el derecho del hijo a conocer su verdadero origen al no acogerse la acción preventiva de impugnación de paternidad, puesto que queda a salvo el derecho del padre y el del hijo para intentarlo oportunamente, respecto del padre al acontecer el nacimiento.

»Normativa aplicada: Código de Familia, artículo 346; Código de Familia, artículo 351

»Temas: Reconocimiento de paternidad; Impugnación de paternidad

Máxima:

VOTO RAZONADO DE LA MAGISTRADA RHINA ELIZABETH RAMOS GONZALEZ

Tramitar la acción preventiva de impugnación de paternidad, más que una protección implica una desprotección al hijo por nacer, cuya paternidad deviene por ministerio de ley en razón del matrimonio de los cónyuges, garantizándole así una serie de derechos.

»Normativa aplicada: Código de Familia, artículo 52

»Temas: Paternidad; Impugnación de paternidad

Máxima:

VOTO RAZONADO DE LA MAGISTRADA RHINA ELIZABETH RAMOS GONZALEZ

La paternidad puede impugnarse al acaecer el nacimiento del niño y por la connotación que tiene su desplazamiento, el plazo que se concede para promoverla es breve, contado a partir del conocimiento real y concreto del nacimiento del hijo.

**CF01- 52-A-2001**

**CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO: SAN SALVADOR, A LAS DOCE HORAS Y CINCO MINUTOS DEL DÍA CUATRO DE ENERO DE DOS MIL DOS.**

VISTOS en apelación los autos caratulados -----, mayor de edad, empleado, de los domicilios de Nueva San Salvador, departamento de La Libertad y de San Francisco, Estado de California, Estados Unidos de América, contra -----, conocida por -----, mayor de edad, estudiante, de este domicilio, sobre IMPUGNACIÓN PREVENTIVA DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL, promovida en el JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE SAN SALVADOR, a cargo de la licenciada EVELYN ROXANA NÚÑEZ FRANCO, ha recaído interlocutoria a fs. 6 de la pieza principal que, en lo medular, dice: " ...Recházase la demanda, in limine litis, por ser manifiestamente improponible por existir error en la proposición debido a cuestiones de fondo que se traducen en vicios del objeto, el cual no es jurídicamente ni físicamente posible...".

Han intervenido en este proceso los licenciados PEDRO ACOSTA AYALA SASO, apoderado del demandante y hoy impetrante, y -----, en su calidad de Procurador de Familia adscrito al Tribunal de origen. A esta Cámara no han comparecido éstos. El expediente ingresó en fecha cinco de junio del año recién pasado.

Cumplidos los requisitos que habilitan la apertura de esta instancia, la cuestión que motiva nuestro conocimiento es la siguiente: ¿Puede demandarse preventivamente la impugnación de la paternidad matrimonial de un hijo concebido nonato?.

I. La Jueza a quo en la resolución impugnada, ha sostenido que la presunción legal de la paternidad contenida en el art. 141 C. F., se refiere a que los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio se presumen del marido; es decir, que la Ley reconoce la paternidad si existe un vínculo matrimonial que une a sus progenitores, siendo por tanto claro el sentido de la ley, en el hecho que no puede presumirse la paternidad sobre un hijo no nacido. Además, señala que el art. 1 Cn., por el cual se reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción, concede la capacidad de goce de sus derechos mas no el ejercicio de los mismos, los que estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe, conforme al art. 75 C.C.. En este hilo de ideas, manifiesta que la presunción legal de paternidad aprovecha al hijo en cuyo interés se ha establecido, según los arts. 1, 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Principio 3 de la Declaración de los Derechos del Niño y 140, 141, 142; 351, ordinales 3º] y 4º] C. F., por lo cual dicha paternidad puede atribuirse sobre un hijo no nacido y reconocerse por los medios legales establecidos, pero no presumirse. Finalmente, en abono de su tesis, argumenta que tratándose del nasciturus es improcedente ordenar las pruebas biológicas para determinar la paternidad, ya que no existen los medios útiles y pertinentes a tal efecto.

II. El apelante se agravia a fs. 8/9 de la pieza principal, indicando en su memorial, que uno de los casos en que se le atribuye al padre la pretendida paternidad es el contemplado en el art. 141, inc. 1 C. F.. Que nuestro ordenamiento jurídico reconoce como persona a todo ser humano desde el momento de la concepción, según el art. 1 Cn.; de ahí que éste sea considerado un sujeto de derechos, pudiéndose ordenar todas las pruebas pertinentes a fin de determinar esos derechos. Que el art. 152 C. F., que señala el plazo de caducidad de la impugnación de la paternidad matrimonial, no hace distingo alguno sobre si el hijo ha nacido o está concebido; por lo que en virtud del principio de la igualdad jurídica, la madre puede pedir el reconocimiento del hijo que está por nacer (art. 144 C. F.), lo mismo puede decirse para el caso que el marido pueda impugnar la paternidad que se le atribuye sobre el hijo nascituro. Que el art. 140 L. Pr. F., admite la práctica de las pruebas científicas para establecer la paternidad y la maternidad, sin fijar un plazo determinado para su producción. Por último, solicita se admita este recurso con base en los términos ya expresados.

III. Para resolver el caso sub judice conviene destacar el marco jurídico que resulta aplicable respecto a la cuestión; en primer lugar, en lo que atañe a la posibilidad de demandar a una persona que está por nacer y, finalmente, sobre la procedencia en concreto de la impugnación preventiva de la paternidad matrimonial de un hijo concebido nonato.

Así tenemos que en el ordenamiento jurídico interno, la más reciente reforma constitucional del art. 1, inc. 2, supone un cambio trascendental en cuanto "...reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción" (Diario Oficial N° 32, Tomo 342, de 16/2/999). Ello concuerda con importantes disposiciones de instrumentos internacionales ratificados por el Estado de El Salvador, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica (D. O. N° 113, Tomo N° 259, de 19/6/78), que en el art. 4.1 establece que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción..." y la Convención sobre los Derechos del Niño (D. O. N° 108, Tomo N° 307, de 9/5/90), en cuyo art. 1 "...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...".

La doctrina costarricense, indica que la Convención sobre los Derechos del Niño consolida un cambio paradigmático: el de la protección integral del niño, entendiéndose en ella por niño todo ser humano menor de dieciocho años, que incluye como niño también al concebido, no nacido todavía, de modo que también se de una protección integral desde el punto de vista cronológico; por lo que desde esta opinión, es importante entender que la palabra niño comprende diversas categorías, cada una de las cuales tiene derechos particulares: los concebidos, los impúberes, los adolescentes y aún los jóvenes. Todos ellos entran, en cuanto sean menores de dieciocho años, dentro del concepto de "niño" de la Convención sobre los Derechos del Niño (conf. PÉREZ VARGAS, Víctor, Los nuevos paradigmas y los derechos del concebido como persona, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Rosa (coordinadora), El derecho de familia y los nuevos paradigmas, Tomo II, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2000, págs. 244 y 262).

El Código de Familia, sancionado posteriormente a los instrumentos internacionales mencionados (D. O. N° 231, Tomo N° 321, de 13/12/93), adopta un cambio legislativo en tanto reconoce en la definición de menor edad a "toda persona natural que no hubiere cumplido dieciocho años" (art. 345), regulando así sus derechos y la protección integral desde la concepción (cfr. arts. 344, inc. 1; 346, inc. 1; 351, ord 2°] y 353). Respecto al hijo no nacido, dispone que el padre podrá reconocer al hijo concebido por cualquiera de los medios establecidos en el Código que fueren aplicables (art. 144), y en cuanto a la administración de los bienes que "eventualmente pertenecerán al hijo que está por nacer", señala que corresponderá a los padres o la madre, en su caso, con las mismas facultades y restricciones que impone el Código respecto a los hijos nacidos (art. 238).

Nuestra legislación desde antiguo ha reconocido la protección de la vida del que está por nacer, facultando a los Jueces tomar todas las providencias que les parezcan convenientes para tal fin; sin embargo, esa protección si bien limitada al derecho esencial de la vida, no lo ha sido respecto a la protección integral de los otros derechos. De ahí que para el Código Civil (1860), la existencia legal de toda persona iniciaba al nacer, conforme al art. 72; siguiendo en esto la línea codificada de BELLO, en el art. 74 del Código Civil chileno, que adoptó idéntico criterio.

La reforma constitucional de mil novecientos noventa y nueve trastocó el centro del ordenamiento jurídico nacional, al reconocer la existencia legal de la persona humana a partir de su concepción, con lo cual indefectiblemente ésta puede adquirir los derechos que a ella se refieran, sin que los mismos estén suspensos hasta que el nacimiento se efectúe, como señalaba la regla del art. 75 Cód. Civil, hoy

derogada por aplicación del mandato constitucional; en cuyo caso tendrá lugar la representación de las personas por nacer, por sus padres.

IV. El derecho de familia es sensible a diversos impulsos reformistas que, al decir de SAVATER décadas atrás, pueden atribuirse a tres causas importantes, a saber: a) la transformación de la economía familiar; b) la dinámica liberadora del hombre; y c) el acceso científico a la biología humana (conf. cit. URIARTE, Jorge Alcides, Protección integral de los derechos de las personas. Equiparación de las personas con capacidades diferentes, en Derecho de Familia revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia 13, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 44).

En este orden, la doctrina de la protección integral del niño actualmente se define en fortalecer el reconocimiento del resguardo de los derechos humanos, basándose en el principio de inviolabilidad y dignidad de la vida humana, que alcanza la especial importancia de la consagración del concebido como sujeto de derechos, según las recomendaciones de la comisión N° 1 del X Congreso Internacional de Derecho de Familia (conf. Informes de las Comisiones, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R., ob cit., Tomo III, pág. 295).

Es así como hoy se sostiene, citando entre otros al profesor CIFUENTES, que el ser humano es un ser imperfecto, pero perfectible, desde su concepción, con potencialidades específicas dependientes de su carga genética única; que el concebido "es ya criatura y tiene características propias, conformación somática que le pertenece, un destino moral y espiritual propio, diferente al de sus progenitores". Por ello, diversos autores han hecho mención de algunos derechos del concebido, destacándose entre otros: adquirir bienes por donación; adquirir bienes por herencia; ser beneficiario de una carga impuesta a una donación de otros herederos o legatorios; adquirir los derechos y obligaciones accesorias de los que adquiera como principales; reclamar alimentos; reclamar la filiación; ser beneficiario de indemnizaciones o pensiones; y ser beneficiario de estipulaciones a su favor, por ejemplo de un seguro de vida. Lo cierto es que, como se sostiene, la lista no tendría fin desde que el concebido es titular en parte actual y en buena parte potencial de todos los derechos patrimoniales y personales de cualquier ser humano (conf. PÉREZ VARGAS, V., ob cit., pág. 251).

V. Sobre la procedencia de la impugnación de la paternidad matrimonial, el art. 151 C. F. establece que "En vida del marido nadie podrá impugnar la paternidad que por ley se le atribuye, sino el marido mismo probando que el hijo no ha podido ser engendrado por él; salvo el caso de la acción del hijo cuando ejerza su derecho a investigar la paternidad de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 138 y 139". Esta pretensión de impugnación, también llamada de desconocimiento de la paternidad matrimonial, tiene como finalidad desplazar la filiación que viene otorgada por la aplicación de la presunción legal contenida en el art. 141 C. F.. Dicho precepto indica que "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o declaratoria de nulidad. Esta presunción también tendrá lugar en caso de nulidad del matrimonio, aun cuando faltare la buena fe de ambos cónyuges. Con todo, la presunción establecida en este artículo no será aplicable cuando los cónyuges hubieren estado separados por más de un año y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre".

En la especie, la demanda se limita en señalar que se trata de promover una impugnación de la paternidad, según los arts. 151 y siguientes C. F., manifestándose que los cónyuges "... han tenido una irregular relación como pareja, desde que contrajeron matrimonio por situaciones de trabajo (sic.), lo que permitía una separación durante lapsos largos de tiempo, complicándose dicha circunstancia..." porque el demandante fue trasladado en forma permanente a las oficinas de la empresa donde trabaja, situadas en la ciudad de San Francisco, Estado de California, Estados Unidos de América, desde

mediados de mil novecientos noventa y siete; lo que ha dado por resultado una separación con esporádicos encuentros conyugales, desapareciendo totalmente las relaciones sexuales a partir del mes de julio del año recién pasado. Que los esposos durante el tiempo que hicieron vida en común nunca fijaron una residencia estable, por los motivos de trabajo ya indicados, y que el demandante se enteró que su esposa se encuentra en estado de gravidez (no dice cuántos meses), mencionando que dicho embarazo no es producto de las relaciones sexuales entre ambos cónyuges, razón por la que finalmente ha decidido iniciar este proceso.

VI. La presunción de que se trata, conocida tradicionalmente por su locución latina *pater is est quem nuptiae demonstrant*, constituye una presunción legal como todas aquellas relativas al estado de familia que significó la concreción de la vieja máxima de Paulo, quien afirmaba que "la paternidad del hombre es la que demostrara el matrimonio con la madre". La legitimación se otorga respecto al marido, desde que éste se encuentra dotado de indiscutible derecho, en la medida que "a él le corresponde velar por la integridad y el honor de su familia, bienes cuya custodia no compete a terceros" (conf. MAZZINGHI, Jorge Adolfo, Derecho de familia, Tomo III, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, pág. 254) y por ser él la persona que se encuentra en mejores condiciones de conocer si el hijo de su esposa es o no suyo, en aplicación de la razón particular que expresaba que "sólo el marido puede ser Juez de su propia paternidad; ya que él es el único en posibilidad de saber si la presunción que la ley establece en su contra, es o no fundada (conf. PLANIOL- RIPERT, Derecho civil, Pirezniato Castro traductor, Harla, México, 1997, pág 208).

La aplicación de esta clásica fórmula pauliana comporta una opción legislativa útil en la práctica y sólo excepcionalmente no acorde con el hecho biológico, que satisface el interés social de protección de la familia constituida; el interés del nacido y que se basa en las relaciones sexuales o la cohabitación presunta antes del matrimonio o pendiente el mismo. En ese sentido, se ha dicho que la presunción legal resulta valiosa desde el punto de vista ético como consecuencia de los deberes conyugales, y sólo la falta de cohabitación justifica que no se comporte la presunción de la paternidad del marido, en tanto que es imposible o cabe suponer que no se ha dado conforme a las circunstancias ordinarias (conf. MÉNDEZ COSTA, María Josefa, La filiación, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 1986, págs. 163/165). En igual sentido, se afirma que la presunción de paternidad matrimonial descansa en un presupuesto de regularidad social que se traduce en contenidos éticos que dan sentido a la institución del matrimonio mismo (conf. ZANNONI, Eduardo y BOSSERT, Gustavo, Hijos legítimos, Astrea, Buenos Aires, pág. 246).

Lo expuesto hasta aquí no desdice que la ley establezca un plazo de caducidad de noventa días desde aquel en que el marido tuvo conocimiento de la paternidad que por ley se le atribuye (art. 152, inc. 1 C. F.). Dicho precepto a la letra reza: "La acción que tiene el marido para impugnar la paternidad del hijo que pasa por suyo, caduca transcurridos noventa días contados desde aquel en que tuvo conocimiento de la paternidad que por ley se le atribuye". La tésis de la ley, no cabe duda, habría sido que la pretensión de impugnación de la paternidad matrimonial sólo tenga lugar desde el nacimiento del hijo, como se desprende de las expresiones "la residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo" y "si el (al) tiempo del nacimiento se hallare el marido ausente", contenidas en los incisos 2 y 3 de la citada disposición, pero no antes del nacimiento.

VII. Aunque en el título de la filiación del Código de Familia, no se encuentre norma alguna que autorice expresamente la circunstancia de autos, propiciando un vacío de ley -de acuerdo al estado actual de nuestro ordenamiento jurídico-, la pretensión encaminada a desconocer de forma preventiva la presunción de la paternidad matrimonial, resulta proponible si consultamos el nuevo régimen instaurado desde la reforma constitucional de las personas que están por nacer y el deber de los jueces

de resolver los asuntos sometidos a su decisión, no obstante oscuridad, insuficiencia o vacío legal, del art. 7, letra j) L. Pr. F..

En este razonamiento, al atender que la existencia legal de la persona comienza desde su concepción, conforme a las disposiciones supralegales antes señaladas; estimamos que debe legitimarse al presunto padre para ejercer la pretensión destinada, preventivamente, a impedir que se le atribuya un vínculo de paternidad que no corresponde con la verdad biológica alegada.

VIII. El principio de la igualdad jurídica esgrimido por el apelante, contenido en el art. 3, inc. 1 Cn., dispone que "Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión". Este precepto del ordenamiento constitucional que prohíbe, en efecto, la discriminación, no lo es respecto a la diferenciación entre situaciones objetivamente distintas; pues de la manera como se ha sostenido, "la igualdad de todas las personas ante la ley no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias" (conf. GONZÁLEZ, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina, Estrada Editores 1898, Buenos Aires, pág. 126).

En ese hilo, la paternidad -según el Código- puede establecerse aún por reconocimiento del hijo no nacido (art. 144), pero nada dice respecto de que el marido pueda impugnar la paternidad que por ley se le atribuye, antes del nacimiento del vástago.

Como sea, el derecho a reclamar su filiación la tiene el hijo concebido nonato, por lo que de lege lata pueden admitirse tanto las pretensiones de emplazamiento y desplazamiento de la paternidad, una vez resulte ésta última de la aplicación de la presunción legal contenida en el art. 141, inc. 1 C. F., habida cuenta de la prevalencia de los valores de rango superior como son la veracidad de la paternidad (favor veritas) y la protección de la minoridad (favor minoris), en los que se incardina la necesidad de salvaguardar la identidad e integrar al niño o niña al grupo familiar al que realmente pertenece.

IX. Con relación a este ejercicio de la impugnación preventiva de la paternidad matrimonial, la doctrina enseña que el único sujeto pasivo es la madre de la persona por nacer (conf. MÉNDEZ COSTA, M. J., ob. cit., pág. 336). Sin embargo, reconocida la protección integral de los derechos de los niños y niñas, incluida la de las personas concebidas no nacidas; teniendo en cuenta la particular situación de la madre, a pesar de que ella ejerce la representación legal y previendo la existencia de conflictos de intereses entre la demandada y su hijo por nacer, debe autorizarse la intervención del Procurador General de la República para que represente al nasciturus del cual está embarazada la señora -----  
-----o-----, a fin de que la litis quede integrada con su representante, conforme a los arts. 223, inc. 2, ord. 3º]; 224 y 388 C. F..

La pretensión dirigida a desplazar al hijo concebido por la demandada del vínculo filial paterno que, eventualmente, y por imperio del art. 141, inc. 1 C. F., se le atribuiría respecto del demandante en caso de nacer, ha sido calificada por la doctrina como una mera facultad del marido, "de manera que no puede constreñirse al marido a quebrar la armonía conyugal" (conf. ZANNONI, E. y BOSSERT, G. Régimen legal de filiación y patria potestad, Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 171) y cuya falta de ejercicio no implica pérdida de ningún derecho (conf. BELLUSCIO, Augusto César, Manual de derecho de familia, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1996, pág. 221); por lo que en consecuencia de lo dicho, tampoco corre el plazo de caducidad dispuesto en el art. 152 C. F..



Respecto a la extinción de la pretensión existen dos corrientes doctrinarias, por un lado, la que sostiene que el nacimiento del hijo extingue la pretensión (conf. MÉNDEZ COSTA, M. J., ob. cit, pág. 337); mientras que desde otra posición se afirma que nada impide el ejercicio de la misma después del nacimiento, en tanto sea individualizado el hijo demandado (conf. ZANNONI, E. y BOSSERT, G., Régimen legal ..., pág. 172).

Adhiriéndonos a la segunda opinión para el caso que haya nacido el hijo que, sin embargo no ha sido inscrito como hijo de la esposa y que, por ende carece de título de estado oponible respecto del marido de ella; en cualquier situación, debe señalarse que si la pretensión es rechazada la inscripción del nacimiento producirá sus efectos normales y el marido tendrá a su disposición la vía de la impugnación de la paternidad, expresamente regulada en los arts. 151 y 152 C. F.; en cambio, si la pretensión obtiene sentencia favorable, la inscripción del nacimiento no hará presumir la paternidad atribuida al marido: el hijo será reputado extramatrimonial de la madre procediendo su reconocimiento por el padre o el ejercicio de la pretensión de reclamación de la filiación extramatrimonial.

X. La excepción a la vigencia de la presunción de la paternidad matrimonial, contenida en el art. 141, inc. 3 C. F., dispone que "...no será aplicable (la presunción) cuando los cónyuges hubieran estado separados por más de un año y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre". Considerando lo anterior, la doctrina nacional sostiene que tales circunstancias hacen que la presunción se aplique en sentido contrario (CALDERON DE BUITRAGO, Anita; BONILLA DE AVELAR, Emma Dinorah y otros, Manual de derecho de familia, Centro de Investigación y Capacitación. Proyecto de Reforma Judicial, 1994, pág. 481).

Lo dicho no debe confundirse para que la impugnación preventiva de la paternidad matrimonial, tenga lugar por los hechos que menciona el art. 141, inc. 3 C. F., toda vez que para demostrar las circunstancias posiblemente obstativas de la paternidad del marido, podrán invocarse, entre otras, la ausencia, enfermedad, esterilidad, haber sido la madre inseminada por un extraño o haber faltado al deber de fidelidad conyugal.

XI. Por último, en el derecho comparado, la posibilidad de impugnar preventivamente la paternidad matrimonial del nascituro, se encuentra regulada en el art. 258, inc. 1 del Cód. Civil argentino (ley 23.264, de "Patria potestad compartida. Equiparación del hijos extramatrimoniales", publicada en Boletín Oficial de 23/11/85), por el cual se establece que "... Aun antes del nacimiento del hijo, el marido o sus herederos podrán impugnar preventivamente la paternidad del hijo por nacer. En tal caso la inscripción del nacimiento posterior no hará presumir la paternidad del marido de la madre sino en caso de que la acción fuese rechazada. En todos los casos del presente artículo, para la admisión de la demanda se deberá acreditar previamente la verosimilitud de los hechos en que se funda".

Este desconocimiento preventivo del hijo por nacer atiende a la circunstancia que, en el derecho argentino, la existencia de las personas comienza desde su concepción conforme al art. 70 del Cód. Civil, mientras puede constituir un medio eficaz para que en el futuro llegue a configurarse la presunción legal de paternidad.

En América Latina, los grandes codificadores como FREITAS y Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD, se preocuparon desde entonces por la dignificación del concebido como ser humano, desde su concepción. Para el primero, "no se concibe que haya ente susceptible de adquirir derechos sin que haya persona". En cambio, en la nota del codificador al art. 63 del Cód. Civil argentino (1869), VÉLEZ dispuso que "las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre". Por cierto que en esa nota, critica el art. 74 del Cód. chileno, que sirvió de fuente a nuestro codificador Isidro



1) Ciertamente el art. 1 Inc. 2º Cn reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción, no obstante, es innegable que en la práctica no pueden efectivizarse todos los derechos que como tal le corresponden, atendiendo a las circunstancias específicas de su condición biológica en ese particular momento. Es por ello que generalmente se acepta sin mayores cuestionamientos la capacidad de goce que les asiste a los nonatos, pero en cuanto al ejercicio de sus derechos resultan poco factibles de ejecución en algunos casos como el que ahora nos ocupa, ya que presenta una serie de dificultades como son: a) La imposibilidad de efectuar la prueba biológica idónea (A. D. N.), por no contar con los adelantos tecnológicos para su realización existentes en otros países y aún en estos casos tales pruebas significan siempre algún riesgo tanto para el hijo como para la madre; b) La inseguridad de que el hijo por nacer llegue a término y nazca vivo; c) La privación al no nacido antes del alumbramiento de los alimentos y gastos del parto que debe proporcionarle el cónyuge a la madre, aplicando analógicamente el art. 249 C. F.; d) Priva al hijo antes de su nacimiento de la paternidad que por ministerio de ley se le atribuye en razón del matrimonio de los cónyuges Art. 140 y ss. C. F.; e) Al interpretar que el no nacido pueda ser demandado le da prioridad a los derechos del padre.

2- El principio de igualdad jurídica planteado por el apelante en relación a lo dispuesto en el Art. 144 C. F. relativo al reconocimiento del hijo concebido y del hijo fallecido, son dos casos específicos expresamente contemplados en la ley. En el primer caso, el reconocimiento se materializará o no al acontecer el nacimiento del hijo; en el segundo caso, cuando el hijo reconocido ya no existe (fallecido) para asegurar los derechos de los descendientes -si los hubiere- del hijo premuerto.

Es de mencionar que en los casos del Art. 146 y 249 C. F. cuando la mujer embarazada pide el reconocimiento del hijo por nacer, así como también cuando solicita alimentos en razón de su estado ejerce tales derechos personalmente y no en representación del nascituro haciendo constar su situación de preñez. En tal sentido el reconocimiento se efectivizará cuando el hijo nazca y en el caso específico de los alimentos es la madre quien directamente por su misma condición de embarazo naturalmente los gozará, aún cuando el hijo no haya nacido. Sin perjuicio del derecho a restitución entre otros, en caso de prosperar la impugnación de paternidad y que de mala fe se hubieren solicitado. Art. 225 C. F..

En conclusión el hijo por nacer no puede ser registrado antes de su nacimiento, no obstante que la madre pueda ejercer personalmente algunas acciones encaminadas precisamente a protegerle en sus derechos y no a la inversa como sería el caso de impugnación preventiva de la paternidad matrimonial no reconocida expresamente en nuestra legislación.

Si tomásemos en términos absolutos el ejercicio de los derechos del no nacido en su condición de persona, implicaría la reforma de muchas leyes incluyendo el Código Penal, sustituyendo el delito de aborto por el de homicidio. etc.

3) La interpretación y aplicación de las normas relativas a la impugnación de la paternidad en la forma en que ha quedado plasmada, carecerían de aplicabilidad práctica, limitan la aportación del material probatorio y la sentencia no podría ejecutarse, es decir, no podría inscribirse en el registro del Estado Familiar, no sólo porque no está contemplado en la ley sino además, por no saber donde ni cuando acontecerá o ha acontecido el nacimiento y en consecuencia donde debe registrarse. Deberá en todo caso iniciarse un nuevo proceso de impugnación cuando el hijo hubiese sido inscrito con la paternidad que por ley se le atribuye con el inútil dispendio de la actividad judicial. Igual sucederá en el caso de no prosperar la acción preventiva de impugnación de paternidad, pudiendo el padre ejercer la acción contra el hijo cuando éste hubiere nacido.

**JUZGADO DE FAMILIA DE SAN VICENTE**, a las once horas del día treinta y uno de julio de dos mil uno.

Las presente **DILIGENCIAS DE RECONOCIMIENTO PROVOCADO**, promovidas inicialmente por la Licenciada **IRMA ELENA PAREDES DE MARTINEZ** y continuadas por el Licenciado **MAURICIO MANCIA HERNANDEZ**, mayores de edad, Abogados, la primera del domicilio de San Salvador y el segundo del domicilio de San Cristóbal, Departamento de Cuscatlán, ambos en calidad de Agentes Auxiliares del señor Procurador General de la República y en representación de **REINA ESTELA AREVALO HENRIQUEZ**, de veintisiete años de edad, originaria y del domicilio de San Sebastián, de este Departamento, Estudiante, en carácter de madre y representante legal de la menor **GABRIELA LISBETH AREVALO**, de ocho años de edad, originaria y del domicilio de San Sebastián, de este Departamento, Estudiante, contra **JOSE ROBERTO PAREDES**, de veintisiete años de edad, del domicilio de San Sebastián, Empleado.

**LEIDOS LOS AUTOS Y CONSIDERANDO:**

I) Que la parte solicitante en su escrito de folios uno, en lo esencial DICE: "Mi representada vivió maritalmente en la casa de habitación del señor **PAREDES**, desde abril a noviembre de mil novecientos noventa y dos con el señor **JOSE ROBERTO PAREDES**, quien es de veinticinco años de edad, soltero, empleado, salvadoreño, y con domicilio y residencia en primera avenida sur Barrio San Antonio, San Sebastián, de este Departamento y producto convivencia marital procrearon a la menor **GABRIELA LISBETH AREVALO**, quien nació a las tres horas con cuarenta minutos del día treinta de diciembre de mil novecientos noventa y dos, en el Barrio San Antonio de la Ciudad de San Sebastián. Por lo que vengo a presentarle solicitud de reconocimiento provocado de la menor **GABRIELA LISBETH AREVALO**, contra el señor **JOSE ROBERTO PAREDES**, de generales ya expresadas, para que ante su digna autoridad manifieste si reconoce o no dicha paternidad. Por lo antes expuesto a Usted PIDO: Me admita la presente solicitud; me tenga por parte en el carácter que comparezco; ordene la citación del presunto padre el señor **JOSE ROBERTO PAREDES** en su lugar de residencia ya anteriormente expresada a audiencia para que en la misma reconozca la paternidad de la menor **GABRIELA LISBETH AREVALO**".

II) Que por resolución proveída a las diez horas del uno de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, se admitió la solicitud, ser tuvo por parte a **REINA ESTELA AREVALO ENRIQUEZ**, madre y representante legal de la menor **GABRIELA LISBETH AREVALO** y a la Licenciada **IRMA ELENA PAREDES DE MARTINEZ**, en su carácter de Agente Auxiliar del señor Procurador General de la República y de conformidad al artículo 143 L.Pr.F. se ordenó la cita del presunto padre, **JOSE ROBERTO PAREDES**, señalándose día y hora para realizar audiencia.

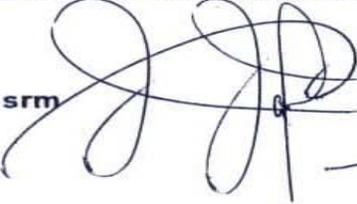
III) Que a las diez horas del día ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve, se realizó Audiencia Especial de Reconocimiento Provocado, en la que estuvieron presentes la Licenciada **IRMA ELENA PAREDES DE MARTINEZ**, de generales expresadas y actuando en el carácter antes indicado de **REINA ESTELA AREVALO ENRIQUEZ**, de generales conocidas y quien también estuvo presente; **JOSE ROBERTO PAREDES**, de generales conocidas y el Licenciado **FEDERICO ALBERTO ALFARO OVIEDO**, mayor de edad, Abogado, de este domicilio, en carácter de Procurador de Familia adscrito a este Juzgado. Se declaró abierta la audiencia, dándose lectura a las pretensiones de la parte solicitante y se oyó a **JOSE ROBERTO PAREDES** quien manifestó no reconocer la paternidad que se le atribuía, pero que estaba dispuesto a someterse a las pruebas que se consideraran necesarias, por lo que se ordenó la práctica de la

prueba científica del ácido desoxirribonucleico en las personas de REINA ESTELA AREVALO HENRIQUEZ, GABRIELA LISBETH AREVALO y JOSE ROBERTO PAREDES, y una vez practicada la prueba científica, se señalaría lugar, día y hora para la audiencia correspondiente.

IV) Que a las nueve horas del día treinta de julio de dos mil uno, se realizó Audiencia Especial de Reconocimiento Provocado, en la que estuvieron presentes el Licenciado MAURICIO MANCIA HERNANDEZ, de generales conocidas y actuando en el carácter ya indicado de REINA ESTELA AREVALO HENRIQUEZ, quién también estuvo presente; FEDERICO ALBERTO ALFARO OVIEDO, de generales conocidas y actuando en el carácter antes indicado. Se declaró abierta la audiencia, se dio lectura a las pretensiones respectivas, se procedió a la recepción de pruebas y para tal efecto se exhibió el documento siguiente: Certificación de Partida de Nacimiento a nombre de GABRIELA LISBETH AREVALO, con la que se demostró que nació a las tres horas cincuenta minutos del día treinta de diciembre de mil novecientos noventa y dos, en el Barrio San Antonio de la ciudad de San Sebastián, documento que queda agregado a folios tres para los efectos legales consiguientes; se continuó con la recepción de prueba científica del Acido Desoxirribonucleico, dándose lectura al dictamen pericial contenido en el Protocolo de paternidad practicado a JOSE ROBERTO PAREDES, que en la parte concluyente dice: "La probabilidad de paternidad del señor JOSE ROBERTO PAREDES frente a la menor GABRIELA LISBETH AREVALO hija de REINA ESTELA AREVALO es de noventa y nueve punto nueve nueve nueve por ciento. Paternidad prácticamente probada", Protocolo de paternidad que queda agregado de folios veinticinco a folios veintisiete para los efectos legales correspondientes, con lo que ha quedado plenamente establecido el vínculo filial entre JOSE ROBERTO PAREDES y GABRIELA LISBETH AREVALO, como padre e hija respectivamente.

V) Que el artículo ciento cuarenta y nueve del Código de Familia dispone: "La paternidad será declarada por el Juez, cuando resulte de la manifestación expresa o tácita del pretendido padre, de su relación sexual con la madre en el período de la concepción, de la posesión de estado del hijo, o de otros hechos análogos de los que se infiera inequívocamente la paternidad. Se presume la paternidad del hombre que hubiere convivido con la madre durante el período de la concepción, salvo la inexistencia de nexo biológico".

POR TANTO, DE CONFORMIDAD A LOS CONSIDERANDOS ANTERIORES Y FUNDAMENTADO EN LOS ARTICULOS CIENTO CUARENTA Y OCHO Y CIENTO CUARENTA Y NUEVE DEL CÓDIGO DE FAMILIA, OCHENTA Y DOS Y CIENTO VEINTIDÓS DE LA LEY PROCESAL DE FAMILIA Y CUATROCIENTOS VEINTISIETE DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, A NOMBRE DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR FALLO: DECLARASE LA PATERNIDAD BIOLÓGICA DE JOSE ROBERTO PAREDES RESPECTO A GABRIELA LISBETH, EN CONSECUENCIA TIENESELE DECLARADA COMO HIJA DE JOSE ROBERTO PAREDES A GABRIELA LISBETH PAREDES AREVALO. ORDENASE LA CANCELACION DEL ASIENTO DE PARTIDA DE NACIMIENTO NUMERO CUATRO DEL LIBRO RESPECTIVO QUE LA ALCALDIA MUNICIPAL DE SAN SEBASTIAN LLEVO EN EL AÑO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS Y QUE SE ASIENTE UNA POR SEPARADO A NOMBRE DE GABRIELA LISBETH PAREDES AREVALO. LIBRESE EL OFICIO CORRESPONDIENTE. NOTIFIQUESE.

srm  ante mí,  


Gado de Familia, San Vicente a las diez horas del día tres de mayo de dos mil dos.

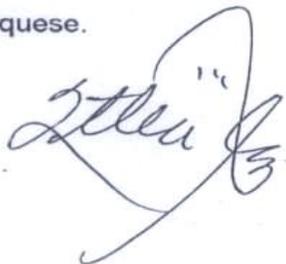
Por recibido el Poder Judicial Específico otorgado por la señora SONIA GUADALUPE LEMUS PEÑATE a favor de la licenciada TILSA ANABELLA ALFARO ESCOBAR para que la represente en el proceso de Declaración Judicial de Paternidad; asimismo no se recibe el escrito de la licenciada Tilsa Anabella Alfaro Escobar mediante el cual manifiesta venir a continuar Diligencias de Reconocimiento Provocado en representación de la señora Sonia Guadalupe Lemus Peñate; por estar dirigido al Juez de Familia de Cojutepeque;

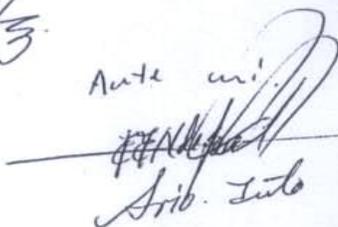
Visto lo anterior se hacen las consideraciones siguientes:

Que tal como lo establece el Art. 143 de la Ley Procesal de Familia si el citado niega la paternidad en el Reconocimiento Provocado podrá promoverse el proceso correspondiente;

Por lo anterior, se resuelve: Archívese las presentes diligencias, dejando a salvo el derecho de la señora SONIA GUADALUPE LEMUS PEÑATE para que inicie el respectivo Proceso de Declaratoria Judicial de Paternidad.

Notifíquese.

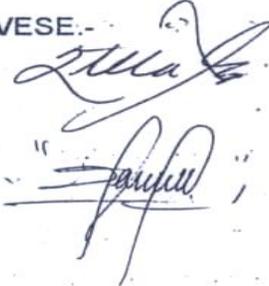


Ante mí:  
  
Arib. Lugo

SV-F- 362-146-98-1  
betty.

EN EL JUZGADO DE FAMILIA DE SAN VICENTE, a las doce horas del día veintisiete de noviembre del año dos mil. Siendo estos el lugar, día y hora señalados para celebrar Audiencia Especial en las DILIGENCIAS DE RECONOCIMIENTO PROVOCADO, promovido inicialmente por la Licenciada IRMA ELENA PAREDES DE MARTINEZ y continuado por el Licenciado MAURICIO MANCIA HERNANDEZ, actuando en su calidad de Agente Auxiliar del señor Procurador General de la República, en representación de la señora DORA DIRSIA MORALES ROJAS, de veintinueve años de edad, Estudiante, de este domicilio, portadora de su cédula de identidad personal número trece- uno- cero cero cuarenta y un mil quinientos trece, madre y representante legal del menor STEVEN ALEXIS MORALES, de siete años de edad, estudiante, de este domicilio, en contra del señor LUIS SANTIAGO AMAYA AMAYA, de veintisiete años de edad, Agricultor en pequeño, de este domicilio, quien no se ha hecho presente no obstante su legal notificación; Licenciado JESUS OVIDIO CARMONA, mayor de edad, Abogado, de este domicilio, actuando en carácter de Procurador de Familia adscrito a este Juzgado.- Se declara abierta la audiencia, se da lectura a las pretensiones respectivas y se procede a la recepción de pruebas, rechazándose la prueba testimonial en vista de que la prueba científica del ácido desoxirribonucleico (ADN) dio como resultado paternidad prácticamente probada. Se recibe la prueba documental siguiente: Certificación de partida de nacimiento número ciento setenta y uno, a nombre de STEVEN ALEXIS, con la que se demuestra que nació a las veintiuna horas del día once de julio de mil novecientos noventa y cinco, en el Hospital Santa Gertrudis de esta ciudad, como hijo de DORA DIRSIA MORALES ROJAS, expedida por la autoridad respectiva el día doce de agosto de mil novecientos noventa y siete; Resultado del Protocolo de Paternidad P03/2002, de fecha diez de abril del corriente año, tomando como base el ácido desoxirribonucleico del señor LUIS SANTIAGO AMAYA AMAYA, el cual arrojó como CONCLUSION QUE LA PATERNIDAD DEL REFERIDO SEÑOR FRENTE AL MENOR STEVEN ALEXIS MORALES, HIJO DE DORA DIRSIA MORALES ROJAS, ES DEL NOVENTA Y NUEVE PUNTO NOVENTA Y NUEVE POR CIENTO, por lo que se tiene una PATERNIDAD PRACTICAMENTE PROBADA, por lo tanto no se puede EXCLUIR como padre al señor LUIS SANTIAGO AMAYA AMAYA, del menor STEVEN ALEXIS MORALES, prueba que fue realizada por el Laboratorio de Identificación Genética del Departamento de Medicina Legal de la Universidad de Granada, España, Resultado que ha sido debidamente apostillado tal y como lo establece la Convención de La Haya, del cinco de octubre de mil novecientos sesenta y uno, documentos que quedan agregados a folios cuatro, dieciocho, diecinueve, veinte y veintiuno para los efectos legales correspondientes. Habiéndose recibido y analizado la prueba correspondiente, la que es pertinente y suficiente para establecer el vínculo filial entre LUIS SANTIAGO AMAYA AYA y el menor STEVEN ALEXIS MORALES, como

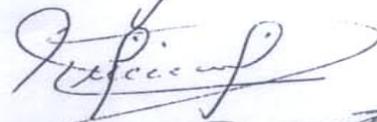
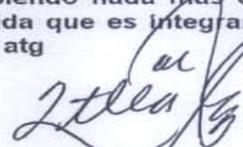
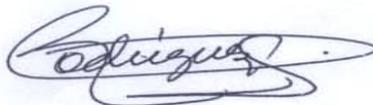
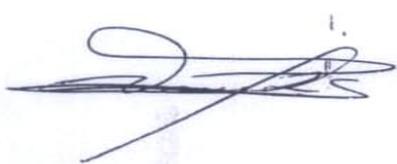
padre e hijo, respectivamente. por lo tanto es procedente acceder a lo pedido por lo que de conformidad a lo dispuesto en los artículos ciento cuarenta y ocho, y ciento cuarenta y nueve, del Código de Familia; ochenta y dos, y ciento veintidós de la Ley Procesal de Familia y cuatrocientos veintisiete del Código de Procedimientos Civiles, A NOMBRE DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR: DECLARASE LA PATERNIDAD BIOLOGICA DE LUIS SANTIAGO AMAYA AMAYA CON RESPECTO A STEVEN ALEXIS MORALES, EN CONSECUENCIA TIENESELE DECLARADO COMO HIJO DE LUIS SANTIAGO AMAYA AMAYA, AL MENOR STEVEN ALEXIS MORALES, HIJO DE DORA DIRSIA MORALES ROJAS; ORDENASE LA CANCELACION DEL ASIEN TO DE PARTIDA DE NACIMIENTO NUMERO CIENTO SETENTA Y UNO, DEL LIBRO RESPECTIVO, QUE LA ALCALDIA MUNICIPAL DE ESTA CIUDAD LLEVO DURANTE EL AÑO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO Y ASIEN TO OTRA POR SEPARADO A NOMBRE DE STEVEN ALEXIS AMAYA MORALES, COMO HIJO DE LUIS SANTIAGO AMAYA AMAYA Y DORA DIRSIA MORALES ROJAS. LIBRESE EL OFICIO CORRESPONDIENTE. No habiendo más que hacer constar se cierra la presente acta previa lectura de la misma a los comparecientes y firmamos. NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE.



SVF-68-146-99-3

alqg/ise

EN EL JUZGADO DE FAMILIA DE SAN VICENTE, a las catorce horas del día catorce de junio de dos mil cuatro.- Siendo éstos el lugar, día y hora señalados para la realización de AUDIENCIA ESPECIAL EN LAS DILIGENCIAS DE RECONOCIMIENTO PROVOCADO, promovidas por la señora ANGELA CECILIA RODRIGUEZ CACERES, inicialmente por medio del licenciado JULIO CESAR MELENDEZ VILLEDA y sustituido por el licenciado VICTOR MANUEL ZELAYA ZEELIGMAN, en su carácter de Agente Auxiliar del Procurador General de la República, en contra del señor JUAN DE DIOS MIRAFLORES.- Presentes licenciado VICTOR MANUEL ZELAYA ZEELIGMAN, de cuarenta y ocho años de edad, Abogado, del domicilio de esta ciudad, con tarjeta de abogado número nueve mil ciento sesenta, ANGELA CECILIA RODRIGUEZ CACERES, de treinta y ocho años de edad, Secretaria, del domicilio de Ciudad Delgado, portadora de su documento único de identidad número dos millones setecientos setenta y siete mil ciento veinticuatro- cero, Licenciado JESUS OVIDIO CARMONA, mayor de edad, Abogado, de este domicilio, actuando en su calidad de Procurador de Familia adscrito a este Tribunal, no se hizo presente a la segunda cita el señor JUAN DE DIOS, no obstante estar legalmente citado.- Declarase abierta la audiencia, de conformidad al artículo 143 inciso tercero Reformado de la Ley Procesal de Familia el cual literalmente dice: "SI EL CITADO NO COMPARECIERE SE CITARA POR SEGUNDA VEZ Y SI AUN ENTONCES NO LO HICIERE TAMBIEN SE TENDRA POR RECONOCIDA LA PATERNIDAD". El referido señor fue citado por segunda vez a las doce horas con treinta y dos minutos del día nueve de junio del corriente año para que se presentara este día y hora en vista de que no se hizo presente ni ha justificado su ausencia se procede a dictar el fallo correspondiente. POR TANTO en base a los artículos 146 del Código de Familia; 143 inc. 3º. Reformado L.Pr.F. 82 y 122 de la Ley Procesal de Familia, 31 de la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regimenes Patrimoniales del Matrimonio; 3, 7, Convención sobre los Derechos del Niño, 20 y 36 de la Ley del Nombre de la Persona Natural, 27 y 428 veintiocho del Código de Procedimientos Civiles, A NOMBRE DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, FALLO: DECLARASE LA PATERNIDAD BIOLOGICA DE JUAN DE DIOS MIRAFLORES RESPECTO A LA MENOR OLIMPIA MICHELLE RODRIGUEZ, QUIEN NACIO EN SAN SALVADOR, A LAS VEINTIUNA HORAS DEL DÍA TREINTA DE JULIO DE DOS MIL TRES, EN CONSECUENCIA TIENESE DECLARADA A OLIMPIA MICHELLE RODRIGUEZ HIJA DE JUAN DE DIOS MIRAFLORES; EN CONSECUENCIA ORDENASELE A LA JEFE DEL REGISTRO DEL ESTADO FAMILIAR DE LA ALCALDIA MUNICIPAL DE SAN SALVADOR, CANCELE EL ASIENTO DE LA PARTIDA DE NACIMIENTO NUMERO SETENTA Y UNO A NOMBRE DE OLIMPIA MICHELLE RODRIGUEZ Y QUE DICHA ALCALDIA LLEVO EN EL AÑO DE DOS MIL TRES Y ASIENTE OTRA POR SEPARADO A NOMBRE DE OLIMPIA MICHELLE MIRAFLORES RODRIGUEZ, COMO HIJA DE JUAN DE DIOS MIRAFLORES Y ANGELA CECILIA RODRIGUEZ CACERES.- DEJASE A SALVO EL DERECHO DEL SEÑOR JUAN DE DIOS MIRAFLORES PARA QUE PUEDA IMPUGNAR EL RECONOCIMIENTO.- LIBRESE EL OFICIO CORRESPONDIENTE.- En consecuencia se tiene por notificada la presente sentencia para la solicitante, el Agente Auxiliar y al Procurador de Familia adscrito a este Tribunal y si no se interpusiese recurso alguno de la misma, quede ejecutoriada de conformidad a lo dispuesto en el artículo 40 L.Pr.F. librese el oficio respectivo. Archívese definitivamente, Extiéndase certificación de esta sentencia en caso de que sea solicitada. No habiendo nada más que hacer constar damos por terminada la presente acta la cual leída que es íntegramente, se ratifica y para constancia firmamos.- SVF-549-146- 2003-6- atg



# **Preámbulo y Título I (incompleto) de la Constitución Política del Perú.**

## **Preámbulo**

El Congreso Constituyente democrático, invocando a Dios todopoderoso, obedeciendo el mandato del Pueblo peruano y recordando el sacrificio de todas las generaciones que nos han precedido en nuestra Patria, ha resuelto dar la siguiente Constitución:

### Título I

#### De la Persona y la Sociedad

#### Capítulo I

##### Derechos fundamentales de la persona

Artículo 1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 2. Toda persona tiene su derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Artículo 6. La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las

personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afectan la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

Artículo 7. Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para valorar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.