

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

LOS DERECHOS DEL NO NACIDO EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA



CÉSAR OSWALDO DÍAZ CASTILLO

GUATEMALA, JULIO DE 2005

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

LOS DERECHOS DEL NO NACIDO EN LA LEGISLACIÓN GUATEMALTECA

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CÉSAR OSWALDO DÍAZ CASTILLO

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2005

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amílcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. Eddy Giovanni Orellana Donis
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III: Lic. José Francisco Peláez Cerdón
VOCAL IV: Br. Jorge Emilio Morales Quezada
VOCAL V: Br. Manuel de Jesús Urrutia Osorio
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. José Luis de León Melgar
Vocal: Lic. Luis Alberto Zeceña López
Secretaria: Licda. Benicia Contreras Calderón

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Juan Ramiro Toledo Álvarez
Vocal: Lic. María Lesbia Leal Chávez de Julián
Secretaria: Licda. Viviana Nineth Vega Morales

NOTA: «Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis». (Artículo 25 del Reglamento para los Exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

DEDICATORIA

- **A DIOS:** Fuente inagotable de Inspiración, Luz y Sabiduría, que en todo momento me acompañó y encaminó mis pasos hasta este momento tan especial en mi vida.
- **A LA VIRGEN MARIA:** Porque como madre no me abandonó en los momentos difíciles de mi vida y de mi carrera.
- **A MIS PADRES:** César Augusto Díaz Mendoza y Clara Luz Castillo Vela de Díaz, porque materializaron su amor en mí, apoyándome y guiándome hasta donde he llegado. Infinitas gracias por su esfuerzo, amor, dedicación y entrega, de ustedes es el triunfo.
- **A MIS TÍOS:** Juanita, José, María Teresa, Rodolfo, Miguel Ignacio, Graciela, por ser un bastión fundamental en mi formación como hombre y como profesional. Eternamente agradecido por su apoyo y cariño incondicional.
- **A MIS HERMANOS:** Oscar Marcelo, José Fernando y María Gabriela, por esa relación tan maravillosa que nos ha permitido, querernos, respetarnos y apoyarnos.
- **A MI NOVIA:** Mónica María Rivera Mencos, la belleza que me inspira, porque como parte de mí, comparte ahora mis triunfos, infinitas gracias por su amor, apoyo, tolerancia y comprensión.
- **A MIS AMIGOS:** Mis más sinceros respetos y muestras de todo mi afecto, por constituir un pilar fundamental que me ha proporcionado apoyo y cariño; gracias por su lealtad, sinceridad y afecto.
- **A MIS CATEDRÁTICOS:** Héroes Anónimos; por compartir amablemente sus conocimientos en mi formación académica.
- **A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA,** especialmente a **LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES,** por ser el crisol en el cual se funde el temple de los mejores profesionales de Guatemala, gracias por cobijarme en sus ilustres aulas y gracias por ser Grande entre las del Mundo.
- **A MI QUERIDO PAÍS:** Guatemala, especialmente a mi hermosa ciudad de La Antigua Guatemala, rincón del cielo que me vio nacer y en el cual se madura mi inspiración para ser cada día mejor persona y mejor profesional.
- **A MI GENTE:** Que este triunfo sea dirigido a la búsqueda del bienestar de todos aquellos que sufren por el hambre, la incomprensión y la injusticia, altos honores para todos ellos.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Consideraciones y antecedentes históricos de los derechos del no nacido	1
1.1. Reseña histórica del origen de la persona humana	1
1.1.1. Enfoque teológico del derecho a la vida	3
1.1.2. Enfoque doctrinario del derecho a nacer.....	4
1.1.3. La existencia natural de la persona humana.....	6
1.1.4. La existencia legal de la persona humana.....	7
1.1.5. Nuevos desafíos éticos ante el avance de la ciencia con respecto a los derechos del no nacido	8
1.2. Análisis comparativo de los derechos del no nacido en el derecho civil y en el derecho familiar	11
1.2.1. La protección del no nacido desde la perspectiva civil guatemalteca.....	12
1.3. Análisis de la violación al derecho a la vida del no nacido.....	14
1.3.1. Consideración de las diferentes doctrinas sobre el valor de la vida humana	15

CAPÍTULO II

2. La protección del derecho a la vida y a la integridad física del no nacido.....	19
2.1. Desarrollo del ser humano en el período de gestación.....	19
2.2. Protección constitucional del derecho a la vida para el desarrollo integral del no nacido	21
2.2.1. La violación del derecho a la vida con las técnicas de reproducción asistida	23
2.3. Tratados internacionales que protegen la maternidad y la infancia.....	24
2.3.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos	24
2.3.2. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.....	24

2.3.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	25
2.3.4. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	26
2.3.5. La Convención Americana Sobre Derechos Humanos	26
2.3.6. La Convención Sobre los Derechos del Niño	26
2.4. La protección penal de la persona por nacer	27
2.4.1. Tipificación de los diferentes tipos de abortos en la legislación penal.....	30
2.4.2. Posibles razones que inducen al aborto.....	32
2.4.2.1. El respeto del derecho a la vida del no nacido en circunstancias especiales.....	33
2.4.2.2. La influencia de los anticonceptivos en el aborto.....	36
2.5. Fundamento filosófico del derecho a la vida en la protección integral de los derechos del no nacido	37
2.5.1. El rol de la madre como protectora del derecho a la vida del no nacido....	39
2.5.2. El rol de la familia como protectora a la vida del no nacido	40
2.5.3. El rol del estado como garante de los derechos del no nacido	41
2.5.4. El rol de la sociedad como protectora del derecho a la vida en el no nacido.	42

CAPÍTULO III

3. Establecimiento de la paternidad y modo de proceder judicialmente.....	45
3.1. Establecimiento de la paternidad	45
3.1.1. La prueba de ADN y el establecimiento de la paternidad	46
3.1.2. Establecimiento de la paternidad por ministerio de ley.....	48
3.1.3. Reconocimiento voluntario	54
3.1.4. Formas de reconocimiento voluntario	55
3.1.5. La declaratoria judicial de paternidad	58

CAPÍTULO IV

4. Análisis de los resultados de la investigación de campo sobre los derechos del no nacido en la legislación guatemalteca.....	61
--	----

4.1. Análisis de datos.....	61
4.1.1. Medición del planteamiento del problema	61
4.1.2. Medición de hipótesis	64
4.1.3. Medición de los supuestos	65
4.1.4. Medición de los objetivos	67
4.2. Consideraciones	69
4.2.1. Nivel jurídico.....	69
4.2.2. Nivel económico.....	69
4.2.3. Nivel social.....	70
4.2.4. Nivel político.....	70
4.2.5. Nivel cultural.....	70
CONCLUSIONES	109
RECOMENDACIONES	113
ANEXOS	117
ANEXO A.....	117
ANEXO B.....	121
ANEXO C.....	123
ANEXO D.....	125
ANEXO E.....	127
BIBLIOGRAFÍA	129

INTRODUCCIÓN

Al hablar de las relaciones familiares es necesario remontarse al estudio de una corriente de naturaleza social, en relación a cada una de las personas que formamos parte de una familia, la cual constituye la base fundamental de la sociedad, regidos por una normativa jurídica en donde se establecen derechos, deberes y obligaciones familiares que los relacionan entre sí, los cuales en un momento determinado, generan una problemática que para ser resuelta requiere la participación de los Tribunales de Familia, tratando de solucionar los problemas suscitados.

El presente trabajo de investigación versa sobre los “Derechos del no nacido en la legislación guatemalteca”, el cual constituye una innovación en el Derecho Familiar, ya que actualmente tales derechos en alguna medida están desprotegidos, cabe mencionar que en el desarrollo del tema objeto de estudio se ha trabajado la investigación teórica y de campo, ya que por lo novedoso del tema existe escasez de información, es por ello que se han tomado muy en cuenta las opiniones y sugerencias de la experiencia de los profesionales del derecho y de las ciencias médicas idóneos en el tema, así como de muchas personas en general.

Cuando se ha determinado elaborar un estudio riguroso con respecto a los derechos del no nacido en nuestra legislación, es necesario precisar las diversas teorías que existen en la doctrina y que fundamentan dicho tema, así como también la legislación vigente en Guatemala, para lo cual cito lo que establece nuestro máximo cuerpo legal, como lo es la Constitución Política de la República de Guatemala en su artículo 3° *Derecho a la Vida*. “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de las personas.” Con la cita del anterior artículo nuestra constitución permite establecer que uno de los fines supremos es garantizar la vida de las personas desde el momento de la concepción, es decir, cuando aún no ha nacido pero que sí existen indicios de vida, por considerarse que ya hubo unión del óvulo con el espermatozoide formando un gameto y al cual algunas teorías consideran un ente con vida.

Cabe mencionar que al tenor de las diferentes circunstancias y acciones antijurídicas

que tienden a poner en riesgo la integridad del ser no *nacido* y que la ley ya considera con derechos, los legisladores a través de la historia se han esforzado por crear normas que regulen, protejan y garanticen la vida, así como aquellas normas que sancionan conductas gravosas en contra de aquellos que procuren un mal del no nacido. Muchos aspectos se ven determinados y relacionados con los derechos del que está por nacer, como lo son aspectos de índole social, político, económico, cultural, etc., los cuales influyen directa o indirectamente en el respeto o no de aquel ser que está por nacer, puesto que por ejemplo en circunstancias de extrema pobreza, ignorancia, falta de conciencia u otros aspectos más, existen factores altos de riesgo que pueden determinar el hecho natural del nacimiento.

De ninguna manera hay que ignorar la intervención de los padres (especialmente de la madre), puesto que en ellos recae la responsabilidad primaria de garantizar la vida del ser que no ha nacido y que cuenta con indicios y presunciones humanas de que pueda nacer, para conformar un sujeto pleno de derechos y obligaciones, ya que se encuentra en un estado vulnerable de indefensión física, moral y psicológica. No hay que olvidar también que existen leyes penales que sancionan conductas antijurídicas, como por ejemplo el aborto con sus modalidades.

Asimismo, existen normas de tipo moral y religiosas que condenan dichas conductas. No hay que olvidar a los diferentes tratados internacionales que regulan y defienden frontalmente el derecho a la vida; es pues, por demás necesario hacer énfasis que sobre todas las dudas, la sociedad misma a través de su órgano supremo director que es el Estado, protege y procura la procreación y la preservación de la especie, garantizando también todo lo concerniente al derecho de familia, el matrimonio, la paternidad, la patria potestad, etc., como instituciones creadas con ese fin supremo que es proteger a la persona humana aún sin haber nacido y lo que es más, trasciende de nuestras fronteras porque dicho derecho a la vida es de carácter cosmopolita.

El problema que motivó la presente investigación es el siguiente: ¿En qué medida las condiciones socio-económicas de los padres influyen en la garantía o violación de los derechos del no nacido en nuestro país?, a efecto de establecer o comprobar si las

condiciones socioeconómicas influyen en el respeto de dichos derechos.

Su ámbito geográfico fue el departamento de Sacatepéquez, específicamente el municipio de Santa María de Jesús. No obstante, que dicho fenómeno se manifiesta en todo el territorio nacional, por la generalidad de la ley se escogió dicho departamento, porque existen comunidades rurales de bajos recursos y situaciones precarias en las cuales se podrá desentrañar el aspecto socio-económico como influencia en la garantía o violación de los derechos del no nacido. A pesar de que este problema se ha manifestado desde hace mucho tiempo para la debida aplicación del método científico, se tomó como parámetro temporal del año 2002 hasta la fecha.

El enfoque teórico que sirvió para fundamentar el presente trabajo de investigación fue el respeto al derecho a la vida, puesto que se establece que el sujeto (ser humano) es el centro y la razón de ser de todo sistema legal u ordenamiento jurídico y tras una ardua investigación teórica y de campo se ha establecido, especialmente en el campo de la medicina, que la vida inicia antes del hecho natural del nacimiento, por lo tanto, es fundamental protegerla desde el momento de la concepción.

La hipótesis como una posible respuesta del problema se dividió en dos aspectos fundamentales: A) “Con el acoplamiento jurídico de nuestra Constitución Política de la República, el Código Civil, los tratados internacionales, el derecho comparado, la doctrina y en sí todos los aspectos estructurales sociales, el Estado protegería más efectivamente al no nacido, cumpliendo de esa forma con uno de sus fines primordiales”. (La protección de la vida y la preservación de la especie.) B) “Si la sociedad guatemalteca y el Estado de Guatemala, utilizando sus valores y cumpliendo con sus responsabilidades legales, se concientizaran del valor de la vida, se brindaría mas protección a los no nacidos en Guatemala.”

Los objetivos generales se trabajaron de acuerdo a un concienzudo análisis en las prioridades del presente trabajo y en la resolución del problema planteado, constituyendo los siguientes: A) Investigar los fundamentos jurídicos, históricos, sociales y económicos que

dieron origen a la protección y regulación de los derechos del no nacido. B) Determinar en que grado influyen los aspectos estructurales en el respeto o violación de los derechos del no nacido en nuestra legislación. C) Establecer si efectivamente se respetan los derechos del no nacido en nuestra legislación y en nuestra realidad social. D) Determinar si el Estado cumple su obligación de respetar y garantizar la vida como lo manda la Constitución Política de la República de Guatemala

Como supuestos de la investigación se tomaron en cuenta los siguientes: A) Con la aplicación de los métodos y técnicas modernas de la medicina para dilucidar el problema del inicio de la vida y personalidad de la persona humana, se logrará una incidencia objetiva en las ciencias jurídicas. B) En la medida que se enriquezcan los valores morales, culturales y religiosos, se evitará el irrespeto o la violación del derecho a la vida y los derechos del no nacido. C) Con la instauración de una situación socio-económica digna y sin tantas necesidades en la familia guatemalteca, se estará garantizando, la posibilidad de que el niño que está por nacer goce de todos los cuidados, tratamientos y respeto adecuados para garantizar sus derechos. D) En la medida de que exista responsabilidad de los padres y se les obligue a asumir sus obligaciones para con sus hijos, incluso los no nacidos, se estarán protegiendo los derechos del no nacido en nuestra legislación. E) La cooperación y armonía entre los órganos del Estado que tengan relación con la defensa de los derechos del no nacido, contribuirá a la Protección de estos derechos. F) La educación y capacitación de las familias rurales, en lo que se refiere a los métodos anticonceptivos y de planificación familiar, respeto a la integridad de las mujeres, protección a la familia, protección a los hijos y paternidad responsable, evitarán la violación de los derechos del no nacido.

En lo referente al desarrollo del trabajo de investigación, el contenido temático se ha dividido en cuatro capítulos, el número uno denominado "Antecedentes históricos de los derechos del no nacido", en el que se desarrolló estos derechos en términos generales, y los fundamentos constitucionales legales y doctrinarios del derecho a la vida; los puntos de vista que da el Código Civil para la protección de este ser indefenso y la necesidad que se dio para crear una nueva ley que viniera efectivamente a garantizar los derechos del ser en gestación.

El capítulo número dos, el cual se ha denominado "La protección del derecho a la vida y la integridad física en el no nacido", donde se estudia el inicio de la vida humana regulada *por* una integración de normativas jurídicas desde la Constitución de la República, tratados internacionales y leyes secundarias, el respeto a la vida del ser humano que aún no ha nacido, protegiéndolo integralmente, determinando el papel de la madre como gestora de los derechos del no nacido.

El capítulo número tres, titulado “Establecimiento de la paternidad y modo de proceder judicialmente”, en éste se estudiará el procedimiento para el establecimiento de la paternidad; a través de los tribunales de familia se trata de darle cumplimiento a los derechos de la madre y el hijo no nacido cuando se encuentran desprotegidos

El capítulo número cuatro “Análisis de Resultado”. Después de analizar la investigación teórica y de campo, se llegó a la comprobación total o parcial, realizando una medición del planteamiento del problema, hipótesis y objetivos planteados en el proyecto de la investigación, presentando la información en gráficas estadísticas de mucha importancia para el esclarecimiento de dudas con información verdadera, ya que son extraídas de los diferentes profesionales en el ejercicio del derecho civil-familiar, de la medicina y de las personas en general.

Considerando que el tema en estudio es de mucha relevancia, pues está en juego el interés jurídico tutelado por el Estado, como es la vida humana desde la concepción, la cual necesita de un cuerpo normativo especial para que haya una mayor garantía jurídica y no dé lugar a interpretaciones erróneas.

A partir de la problemática suscitada de las normas creadas por los legisladores, en cuanto al tema en estudio, al darle categoría de persona humana al ser no nacido, generando controversias en la investigación; por esa razón, se considera que los legisladores deberían de ser abogados con bases sólidas; con conocimiento de las diferentes leyes de Guatemala y aplicarlas a la realidad actual de la sociedad; además, fomentar una

divulgación intensa a la población, para que en un momento determinado puedan ejercitar su derecho ante las instancias legales, pues no basta que las publicaciones de leyes se hagan solamente por el Diario Oficial, sino que lo más ideal sería publicarlos en los periódicos de mayor circulación, pues son a los que más tiene acceso la población.

Se considera necesario incitar en Guatemala, a los profesionales del derecho, que escriban doctrina, sobre los temas relevantes de la legislación nacional, puesto que en un tema de trascendencia como es el objeto de estudio, se encontraron obstáculos a la hora de la recopilación de información. Para desarrollarlo se tuvo que crear la doctrina, en base a la interpretación de los artículos y las orientaciones dadas por los profesionales en la materia

CAPÍTULO I

5. Consideraciones y antecedentes históricos de los derechos del no nacido.

5.1. Reseña histórica del origen de la persona humana.

Existen muchas corrientes doctrinarias sobre el origen de la vida humana, los que son complejos y contradictorios entre sí; mientras unas sostienen que la vida es creada por Dios, otras dicen que es parte del proceso biológico; basta con que haya unión de las células masculinas con las femeninas.

De ahí que algunos ordenamientos jurídicos venían regulando el concepto vida como: “el tiempo que transcurre desde el nacimiento hasta la muerte.”¹ La importancia de éste, era que desde el instante de su nacimiento se convertía en persona capaz de adquirir derechos, siendo primordialmente el derecho a la vida para luego poder ejercer los demás derechos que le asistían. Con el devenir de la historia la vida ha sido protegida, específicamente la de los seres más indefensos que dependen de otra persona para su subsistencia; para el caso, el tema objeto de estudio: Los derechos del no nacido en la legislación civil-familiar guatemalteca.

El Estado guatemalteco jurídicamente ha venido protegiendo la vida, llegando hasta las esferas del ámbito penal, sancionando a las personas que atentan contra la vida del ser humano, específicamente el que se encuentra en el período de gestación por considerar que desde ese momento, la persona ya cuenta con su propia identidad y la determinación de sus características físicas; es un ser independiente de la madre.

Al establecer el origen de la vida como producto de una creación divina, se debe respetar la integridad física de la persona desde el momento de la concepción; es así que se considera que la vida es creada por una divinidad y que Dios es el único que puede arrebatlarla.²

¹ Ossorio, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, pág. 783.

² Jaspers, Kart, *La fe filosófica*, pág. 45.

En la sociedad guatemalteca existen causas que probablemente inducen a las familias a desintegrarse o a violentar el derecho a la vida y que con el paso del tiempo se han incrementado porque en la mayoría de casos son las mujeres desamparadas que en un momento determinado se encuentran en lo que consideran un camino sin salida, buscando como solución más inmediata a sus problemas la extracción del producto de la concepción; esta práctica ha tenido un incremento a lo largo de la historia, llegando a convertirse en los países europeos en una costumbre donde los principios y valores morales sobre el valor de la vida han perdido peso.

En nuestro medio la vida representa el origen de la persona, la cual existe desde la fecundación del óvulo; para ello es necesaria la unión de veintitrés cromosomas de cada uno de sus progenitores. Al darse la fecundación, el óvulo y el espermatozoide dejan de existir en forma independiente para dar paso a la creación de un nuevo ser que crece separadamente de la madre en cuanto a la vida, es un individuo diferente con capacidad total, al que no se añade nada nuevo, sólo tiempo y desarrollo.

El Humanismo, que se extendió desde el inicio de la era cristiana, le dio un valor infinito a la vida desde la concepción, penetrando en los pueblos paganos y contribuyendo a afianzar el respeto a la vida.

En la ciudad del Vaticano, en Roma, del 4 al 17 de febrero de 1997, se desarrolló la tercera asamblea plenaria de la pontificia académica para la vida sobre el tema “la identidad y el estatuto de persona del embrión humano”³ de donde han tomado trabajos biólogos, médicos, filósofos, teólogos y jurídicos que opinan sobre el tema. “Desde el punto de vista biológico, la formación y desarrollo del embrión humano aparecen como un proceso continuo, coordinado y gradual desde el momento de la fertilización.”

Desde el punto de vista jurídico, la importancia en torno a la protección del embrión humano es por el reconocimiento de los derechos humanos, fundamentalmente por

³ Vaticano «El estatuto del embrión humano,» http://www.google.com/onacido*derecho.org (12 de abril de 2004).

considerar la existencia de un nuevo ser humano y por el principio de igualdad se debe respetar el derecho a la vida y a la integridad física desde el primer instante de su existencia.

5.1.1. Enfoque teológico del derecho a la vida.

Al hablar de la Teología es necesario saber su significado que, según el diccionario jurídico de Manuel Ossorio, es: “la ciencia concerniente a Dios y a su relación con el hombre”⁴ es por ello que la Iglesia Católica considera que la vida humana debe ser respetada y protegida de manera absoluta desde su concepción. “Desde el primer momento de su existencia, el ser humano debe ver reconocidos sus derechos de persona, entre los cuales está el derecho inviolable de todo ser inocente a la vida.”⁵

Desde el siglo I la Iglesia ha afirmado la malicia moral de todo aborto provocado. “Esta enseñanza no ha cambiado, permanece invariable”⁶.

De esta manera es que se concibe que la ciencia que estudia a Dios, por ningún motivo acepta la violación o destrucción de una vida y matar a un ser humano de cualquier edad o en cualquiera de las etapas de su desarrollo prenatal o en el seno materno; es un crimen contra Dios y la humanidad.

Como un aporte más a la Teología, es necesario hacer mención al pensamiento de Santo Tomás de Aquino: “apoyado en el hecho de la sustantividad y espiritualidad del alma, repite sin vacilación que la persona humana es primordialmente intelecto o razón y que de ahí precisamente le viene la apretada e inadecuada semejanza con Dios.”⁷

⁴ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 738.

⁵ Recaséns Siches, Luis, **Filosofía del derecho**, pág. 260.

⁶ Pérez, Romina «La moral cristiana frente al aborto,» <http://www.monografia.com> (12 de abril de 2004).

⁷ Ruíz Jiménez, Joaquín, **Derecho y vida humana**, págs. 45 y 46.

Se recalca que desde la historia de la humanidad ha existido siempre ese pensamiento cristiano, ese gran valor que posee la vida desde que comienza su desarrollo con la concepción hasta llegar al final de la vida: la muerte.

La Iglesia sanciona con una pena canónica de excomunión cuando se realiza un aborto como un delito y un pecado contra la vida humana, puesto que desde el instante de la concepción, el no nacido deberá ser defendido en su integridad, cuidado y atendido médicamente en la medida de lo posible como otro ser humano, con supervivencia individual.

La moral cristiana considera el aborto desde la perspectiva de la fe, una forma indigna de morir del hombre, como lo viene a constituir también el suicidio y la eutanasia; por ello, es necesario recalcar que esta doctrina establece que el hombre no puede disponer de su vida ni de su muerte; desde el principio hasta el final está en manos de Dios, su padre.

A pesar de las objeciones presentadas por la ciencia respecto a que la vida está en manos de Dios, refutando sus postulados, alejando así a la humanidad de esta doctrina tradicional religiosa y muy a pesar de tales negaciones, se llega a la conclusión de que la Iglesia dijo siempre la verdad, la vida comienza desde la concepción, lo que ha sido comprobado por la genética más avanzada y objetiva. “La declaración de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe de 1974, hasta las más recientes declaraciones del Papa Juan Pablo II, desde la perspectiva de su moral cristiana, condenan el aborto en forma reiterada con la pena de excomunión por ser una increíble propagación, lejos de justificarlo, como algunos pretenden, comparándolo con las enfermedades epidémicas más terribles y dignas de ser combatidas; por ello se reflexiona que el aborto es la epidemia moral más trágica de nuestro tiempo.”⁸

⁸ Pérez, Ob. Cit.

5.1.2. Enfoque doctrinario del derecho a nacer.

Se ha establecido en todas las épocas de la historia el valor que tiene la vida humana y la protección de la cual ha sido objeto la misma, específicamente por tratarse de un derecho primordial para que se haga efectivo el cumplimiento de una serie de derechos que se desligan y que tienen como base fundamental la vida. Así encontramos que este derecho ha sido protegido desde la antigüedad, en donde las civilizaciones más relevantes como China, Babilonia y Egipto estaban en contra de las prácticas abortivas pero no reconocían que desde la concepción, el hombre, por ser tal, es titular de derechos.

El aborto ha experimentado un incremento desmedido convirtiéndose en un homicidio; se da un menosprecio a la persona por nacer y llegando a establecerse en algunas legislaciones incluyendo la nuestra en un permisivismo legal.

El doctor Fermín Marchante, en su libro *Derecho a la Vida*, sostiene que: “En Inglaterra pagan mujeres para que tengan contactos fecundantes y dejen llegar al feto a una cierta edad: de 12 a 21 semanas, entonces hacen el aborto. Toman el feto vivo, lo decapitan aún vivo y utilizan la cabeza para estudiar el metabolismo glúcido en las células cerebrales.”⁹

El aborto es definido por la medicina como “la muerte del producto de la concepción antes de las 22 semanas de vida dentro del vientre materno”¹⁰ como ya se expresó en el párrafo anterior. En algunos países existen permisionismos, pero en otros encontramos leyes prohibitivas y aquí se distinguen dos tipos de aborto: el criminal y el terapéutico; éste último está permitido por la ley en algunas legislaciones y no es penado, como es el caso guatemalteco, ya que es practicado previa prescripción médica a fin de evitar el peligro para la vida y la salud de la madre, pero desde el punto de vista de la iglesia católica todo el concepto médico y jurídico sobre el aborto necesitan una aclaración, ya que todo aborto directamente provocado o inducido es un crimen y por lo tanto constituye un homicidio.

⁹ Uniburu, Oscar Álvaro, *Derecho a nacer*, pág. 21

¹⁰ Pérez, Ob. Cit.

La opinión cristiana sobre el aborto la encontramos en el catecismo de la iglesia católica en los puntos 2270 a 2275, del cual se resaltan los siguientes puntos: “la vida humana debe ser respetada y protegida de manera absoluta desde la concepción”. Desde el primer momento de su existencia, al ser humano le deben ser reconocidos sus derechos de persona, entre los cuales está el derecho inviolable de todo ser humano a la vida; principios que han sido postulados por el cristianismo desde la antigüedad por considerar la vida como un regalo de Dios. El aborto por lo tanto va en contra de la ley moral de la humanidad, ya que el embrión debe ser tratado como persona y desde la concepción deben ser respetados sus derechos, su vida, su integridad física, médicamente debe tener un trato igual como todo ser humano, esto según la regulación de nuestra constitución política, pues el no nacido a pesar de tal categoría por el estado en que se encuentra sólo puede gozar de derechos especiales en cuanto a la vida y una protección integral y los demás derechos como persona están supeditados en el transcurso de su desarrollo en el tiempo.

5.1.3. La existencia natural de la persona humana.

Durante mucho tiempo se ha sostenido que la existencia natural de la persona comienza con la concepción, momento en el cual se da la unión del óvulo con el espermatozoide, iniciando la vida de un nuevo ser cuya existencia natural termina con la muerte, lo cual marca el inicio y fin de la existencia legal.

Ahora bien, nuestra legislación regula la garantía de los Derechos del No Nacido y estableciéndolo en el Artículo 3º de la Constitución Política de la República de Guatemala en el cual se establece que: “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.” En este contexto, se considera que durante el tiempo de la gestación el nuevo ser es un ente susceptible de ser titular de derechos; se dice que la época del embarazo es donde se considera que hay presencia de vida y es donde el nuevo ser humano ya posee toda la formación genética que determina sus características físicas, es decir, el color de pelo, el sexo, la estructura ósea; desde aquí se tiene una existencia de persona, un ser vivo que sólo necesita alimentación adecuada para su desarrollo.

En nuestro Código Civil se regula en su Artículo 1º la existencia de un nuevo ser el cual establece que: “La personalidad comienza con el nacimiento y termina con la muerte, sin embargo, al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece siempre que nazca en condiciones de viabilidad.” Con esta disposición se ve la intención del legislador de proteger la vida del no nacido; sin embargo, evidencia que se pone en duda el momento de su inicio y por ende la calidad de sujeto.

Pero la protección integral del no nacido está regulada no sólo en los cuerpos legales citados anteriormente, sino también existe regulación penal dirigida a la protección de los derechos del no nacido. Asimismo, se han hecho esfuerzos por fomentar la protección de sus derechos en el ámbito del derecho familiar, especialmente de los menores. También existen Tratados Internacionales ratificados por Guatemala, fundamentando la protección integral del ser en gestación. Existen otros criterios respecto al momento en que realmente comienza la vida. Algunos aseguran que surge el catorceavo día siguiente a la concepción; expresan otros que el feto comienza a adquirir forma humana a partir de la sexta semana y hay quienes afirman que ocurre cuando la madre comienza a sentir al feto o cuando éste es viable, es decir, que pueda vivir independientemente de la madre.

En realidad se ha comprobado médica y científicamente que el mismo instante de la unión del espermatozoide con el óvulo existe una nueva persona por poseer todas las características físicas y psicológicas de un ser único, habiéndoles aportado cada uno de los padres el cincuenta por ciento de los cromosomas intervinientes; inclusive el niño a la hora de ser gestado ya tiene un metabolismo y un sistema hormonal propio, siendo capaz de crear defensas naturales contra los mecanismos biológicos y no sólo dentro de la ciencia médica se habla al respecto, sino que también la iglesia, la ciencia y últimamente las leyes le dan el carácter de persona aunque no haya nacido y como tal, es sujeto de derechos que garantizan su desarrollo y cuidado en el período pre y post-natal.+

5.1.4. La existencia legal de la persona humana.

Mucho se ha discutido sobre la existencia legal de la persona humana, es decir, en qué momento se inicia la misma, ya que existen corrientes que sostienen la tesis que la existencia legal comienza desde el nacimiento de la persona y otros sostienen la presencia de la legalidad desde el momento de la concepción, pero para decir que el nacimiento marca el inicio de la existencia legal, es necesario que se den ciertos requisitos, según Manuel Somarriva: “A) que el niño sea separado de su madre, el desprendimiento del feto del claustro materno puede ser por la forma natural o por medios artificiales; B) que la separación sea completa, es decir, que no haya vínculo entre la madre y el hijo; C) que la criatura haya sobrevivido la separación un momento siquiera.”¹¹

A mi criterio, “para establecer el nacimiento es suficiente vivir la fracción más insignificante de tiempo, basta un destello de vida; completamente separado de su madre o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputa no haber existido jamás.”

De lo anteriormente planteado, se establece que al decir el artículo literalmente que la existencia legal se enmarca desde el nacimiento, es una aseveración que en la actualidad no está acorde con la realidad, pues está de más establecer que la vida comienza con la concepción, ya que desde el momento en que se une el óvulo y el espermatozoide, da como resultado la creación de una nueva vida, considerándose ésta desde el punto de vista jurídico como una persona humana. Categoría muy amplia aplicada al ser en gestación en cuanto a los demás derechos dependientes de la vida.

El inicio de la existencia legal en la persona humana marca sin duda el momento en el cual ésta es sujeto de derechos, que en nuestra legislación civil son manejados en cuanto al patrimonio, es decir, se da la capacidad para que el no nacido pueda adquirir bienes por donaciones o por sucesiones, pero nuestra realidad jurídica va más allá, al establecer los derechos del no nacido, puesto que estos se vislumbran desde el

¹¹ Somarriva, Manuel, *Parte general de los sujetos de derecho*, pág.158.

punto de vista de la presente investigación en derechos que garantizan la protección integral del no nacido, estableciendo como derecho primordial el bien jurídico tutelado por la existencia que es la vida.

5.1.5. Nuevos desafíos éticos ante el avance de la ciencia con respecto a los derechos del no nacido.

Antes de abordar el tema de la necesidad de reglamentación sobre la materia, me parece oportuno mencionar algunos de los problemas con los que el legislador debe enfrentarse. No se puede hacer un listado taxativo de ellos puesto que es materialmente imposible saber cuándo la ciencia habrá llegado al límite. Mientras no sea así, el abanico de posibilidades se abre en todas las direcciones siendo impredecible dónde llegará.

Aún así, hay muchas cuestiones que hoy sí sabemos y debemos enfrentar. Podemos mencionar como primer ejemplo los conflictos que plantean los distintos métodos de reproducción asistida; entre ellos, quiénes están legitimados para someterse a un tratamiento así.

Las legislaciones existentes siguen tres orientaciones diferentes. Una opinión restrictiva donde sólo se le permite a la mujer casada con el consentimiento previo del marido. Es el caso de Noruega (ley 56 del 5 de agosto de 1994 “Sobre las Aplicaciones Biotecnológicas en Medicina”).

Una posición liberal que autoriza a realizarlas incluso en mujeres solas. Así es en España y en Inglaterra (ley 35/1988 sobre “Técnicas de Reproducción Asistida” y ley de “Fertilización Humana y Embriología” de 1990, respectivamente).

Una última postura es la que tienen Suecia, Italia y Francia. Es la teoría intermedia que posibilita el uso de estas técnicas a parejas heterosexuales concubinas estables.

Con relación a esto, se plantea una objeción interesante y se elabora la siguiente pregunta: “¿Por qué el matrimonio asegura que una pareja pueda constituirse en padres y llevar a cabo esa función adecuadamente? ¿Acaso la inscripción civil asegura contra la falta de amor, de deseo, contra el maltrato o las distintas formas de violencia familiar que están en auge en la actualidad?”

Pero el tema no se agota en esta cuestión sino que hay otras, por ejemplo, ¿de quién son los embriones obtenidos en forma artificial?

Las posibilidades son: de la pareja o del laboratorio o clínica que realiza la fecundación. Se puede agregar una tercera opción para el caso de que el espermatozoide o el óvulo resulten de un donante (casos de fecundación heteróloga). ¿Habría que concederle a este tercero algún derecho?, y en su caso ¿cuáles son los derechos de la persona que resulte de esa unión en cuanto a su identidad? En Francia se promueve el anonimato del donante. ¿Y qué ocurre cuando la pareja se divorcia o ya no quiere intentar un embarazo?

En España los embriones se mantienen criocongelados durante cinco años, pasados los cuales la pareja puede decidir donarlos o destruirlos. Pero el conflicto se dificulta cuando un integrante de la pareja quiere someterse al tratamiento y el otro no. Al respecto una sentencia del Tribunal de Bologna de fecha 9 de mayo de 2000 resuelve un conflicto planteado entre una pareja que había decidido iniciar un tratamiento de fecundación *in vitro* por el cual varios óvulos habían sido fecundados. Frente al fracaso de la primera tentativa de anidación los cónyuges decidieron esperar un tiempo en el cual tuvieron una crisis y se separaron de común acuerdo. Tiempo después la mujer decidió concurrir al centro de fertilización donde se negaron a reiniciar el tratamiento frente a la oposición del ex marido. En esta circunstancia la mujer se presenta a la justicia alegando que había sido violado su derecho a la maternidad y el propio derecho a la vida del embrión, dado que con la fecundación del óvulo se había iniciado la vida de un nuevo ser humano y que el ex marido no tenía derecho a revocar el consentimiento ya dado a la procreación de la otra parte.

La técnica de reproducción artificial no constituye una forma de procreación alternativa a la cual puede recurrirse libremente en el ejercicio del derecho fundamental de procrear que el ordenamiento reconoce a todo individuo. Constituye, más bien, una forma de intervención ocasional y residual a la que sólo puede recurrir en situaciones particulares.

La técnica de reproducción asistida puede ser calificada como forma de terapia consentida únicamente a las personas que no pueden procrear de forma natural.

El derecho a procrear es un derecho fundamental del individuo limitado por los otros derechos fundamentales.

En el caso de la procreación artificial, el límite está dado por el derecho del *nasciturus* a tener dos progenitores y ser instruido, mantenido y educado por ambos padres. Por tal razón, sólo la pareja heterosexual legalmente constituida o en convivencia estable constituye sujeto legítimo de la procreación médicamente asistida.¹²

La mujer separada consensualmente del marido y que propone un recurso conjunto con el marido para la cesación de los efectos civiles del matrimonio, no tiene derecho a la procreación médicamente asistida, ya que a tal fin debe ser considerada como una mujer sola que no está en condiciones de garantizar el derecho del *nasciturus* a la doble figura parental.

El derecho a la maternidad prevalece sobre el de paternidad únicamente si a la fecundación sigue efectivamente la anidación en el útero, ya que en ese caso el embarazo se considera iniciado.

Estos son algunos de los muchísimos temas que se debaten incluso a nivel internacional, no siendo ninguna postura unánime, y con razón, pues cuando de ética se trata ¿quién tiene la razón? Sólo las leyes pueden imponer una conducta y no porque sea lo correcto, pues no hay que olvidar que las categorías jurídicas no dejan de ser creaciones

que, partiendo de la realidad a la que pretenden referirse no pueden prescindir del todo, son instrumentales para lograr el cumplimiento más satisfactorio de las funciones del Derecho.

No podemos dejar de mencionar el debate internacional que gira en torno al tema de la clonación que en la gran mayoría de países ha provocado su rechazo y su prohibición se encuentra dispuesto en diversos instrumentos internacionales.

5.2. Análisis comparativo de los derechos del no nacido en el derecho civil y en el derecho familiar.

Al intentar hacer un análisis comparativo entre la legislación civil y lo que se puede en nuestro país considerar como una regulación de carácter familiar se hace difícil, ya que el derecho familiar no se encuentra codificado y es por ello que desde el ámbito familiar no se le ha dado la importancia que merece tan importante tema, es más, toda la regulación que existe sobre el derecho de familia se encuentra extractada en nuestro Código Civil a mi consideración “de una forma insatisfactoria, puesto que existen lagunas que dejan desprotegido al futuro ser por completo y en que su reconocimiento en la vida real puede tornar de carácter facultativo por parte del presunto padre, deficiencia que no permite establecer una verdadera protección a los derechos del no nacido.”

Ahora bien, si se ha tomado en cuenta en cierta medida la protección a los derechos patrimoniales del no nacido, circunstancia que no es negativa sino al contrario, garantiza ciertos derechos del futuro ser, empero considero que la preocupación fundamental en nuestra legislación es la protección y garantía al derecho a la vida, derecho primario y especialísimo que contemplan con mucho criterio otras legislaciones.

Con respecto a los derechos del no nacido podemos ilustrar las legislaciones de Roma y en el Código de Napoleón en las cuales se estableció que debían garantizar ciertos derechos. Estos Códigos se vieron en la medida de crear disposiciones tendientes a proteger

¹² Ibid, págs. 45 y 46.

los intereses patrimoniales de los no nacidos y que estos últimos sí tenían derecho a recibir la donación o sucesión y para tal efecto se les nombró un representante, además durante ese tiempo se establecieron disposiciones para sancionar el aborto sentando las bases para decir que el ser concebido, todavía no nacido, no era considerado persona pero se le protegía, postura que se siguió por muchos años en nuestra legislación.

5.2.1. La protección del no nacido desde la perspectiva civil guatemalteca.

Como ya se ha mencionado anteriormente he considerado que nuestra legislación y en especial nuestra legislación civil, debería ser más determinante en la protección de los derechos del no nacido, puesto que no se toma seriedad con respecto al tema.

En este tiempo, donde el creciente poder de la ciencia se vuelve muchas veces contra el mismo hombre y donde una categoría de niños ven atropellados sus derechos más fundamentales, se hace necesaria la proclamación de los derechos de las personas por nacer; los niños más indefensos.

Cabe señalar que el reconocimiento de la persona por nacer no es nuevo en la tradición jurídica. En efecto, una gran cantidad de códigos civiles antiguos y actuales han reconocido que la existencia de la persona comienza desde su concepción; en ese mismo momento se inician los deberes y derechos de los padres.

El reconocimiento de estos derechos comienza en Argentina en el año de 1998 y son ya varios los países de América y Europa que ratifican en sus legislaciones tales derechos. En Guatemala, ésta es una ratificación pendiente. Sin embargo, en este marco diversas naciones que han instituido el 25 de marzo de cada año como Día del Niño Por Nacer, señalan una clara tendencia en materia de derechos humanos. Por ejemplo, el Congreso de Guatemala, el 20 de mayo de 1999, declaró el día 25 de marzo como Día Nacional del Niño No Nacido. La declaración oficial señala que de esta manera se espera «promover una cultura de vida y de defensa de la vida desde el momento de su concepción».

El niño aunque no haya nacido es un ser vivo que tiene sus derechos y aunque no los pueda reclamar o manifestar se hace acreedor a ellos. El bebé por nacer tiene derecho a la vida, a estar sano, a nacer y encontrar una familia, a educarse, a desarrollarse en un ambiente favorable. El no nacido tiene derecho a que la madre no fume, no tome alcohol, se cuide; sin embargo, lo anterior no se cumple y lo que es peor no se le da la importancia que amerita por parte del Estado.

Nuestra legislación civil es similar a la legislación romana y al código de Napoleón, pues consideraron que la persona posee existencia legal sólo con el nacimiento, pero en alguna medida establece derechos y garantías para el no nacido y es fundamental señalar las limitantes de tal protección, pues la ley civil no protege integralmente al no nacido, no hay disposición alguna que lo regule, solamente hace referencia a la protección de la vida de la persona por nacer (Artículo 1. Código Civil), pero aquí la ley civil se quedó corta ya que no legisla una protección integral considerando que la vida del no nacido es responsabilidad y cuidado de la madre.

De esta manera, durante mucho tiempo el código civil guatemalteco que tiene su fundamento en el código francés, ha regulado el principio de la existencia de las personas, haciendo énfasis específicamente en que la persona tiene existencia legal hasta que nace y simplemente protegiéndola cuando está en el vientre de su madre y nazca en condiciones de viabilidad, todas las disposiciones en consecuencia referidas al no nacido están en nuestro código civil.

5.3. Análisis de la violación al derecho a la vida del no nacido.

Al hablar de la privación de la vida del ser humano especialmente en período de gestación, se está refiriendo a la figura delictiva del aborto, entendiéndose éste como la extracción del producto de la concepción, es decir, cometer un homicidio, ya que desde el momento que se unen las células reproductoras masculinas con las femeninas se forma una vida con derechos protegidos ante la ley, de ahí que por ningún motivo se justifica la realización de un aborto, ni así se hayan diagnosticado malformaciones físicas o mentales o

que se haya concebido por el delito de violación; sería injusto condenar al no nacido porque se le estaría castigando con la muerte por el vil acto cometido por el padre.

DEFINICIÓN: Se considera aborto a la interrupción espontánea o provocada del embarazo antes de que el feto sea viable (antes de que comience a presentar signos de actividad vital avanzada). El problema de la viabilidad depende del marco legal de cada país.

El Aborto Inducido es la interrupción deliberada del embarazo mediante la extracción del feto de la cavidad uterina. En función del período gestacional, se emplea una u otra de las tres prácticas abortivas siguientes:

- A) **La succión o aspiración:** Esta puede ser realizada durante el primer trimestre mediante el uso de dilatadores sucesivos para conseguir el acceso a la cavidad uterina a través del cérvix, se introduce un tubo flexible conectado a una bomba de vacío denominado cánula para extraer el contenido uterino. Su tiempo es de cinco a diez minutos en pacientes no internadas. Luego se introduce una legra (instrumento metálico en forma de cuchara) para eliminar por raspado cualquier resto de las cubiertas uterinas. Durante la primera parte del segundo trimestre la interrupción del embarazo se puede realizar por una técnica espacial de legrado-aspiración combinada a veces con fórceps, denominada dilatación y evacuación (D.E.) Puede haber hemorragias y molestias tras la intervención.

- B) **Infusiones salinas:** A partir de la semana 15 de gestación el método empleado es el de infusiones salinas. En esta técnica se utiliza una aguja hipodérmica o un tubo fino para extraer una pequeña cantidad de líquido amniótico del útero a través de la pared abdominal, éste es sustituido por una solución salina concentrada al 20%. Entre 24 y 48 hrs. empiezan a producirse contracciones uterinas que producen la expulsión del feto. Los abortos tardíos se realizan mediante histerotomía: intervención quirúrgica mayor similar a la cesárea, pero

realizada a través de una incisión de menor tamaño en la parte baja del abdomen.

- C) **Píldora RU-486:** También existe una píldora denominada RU-486 que bloquea la hormona progesterona (eficaz en los primeros 50 días de gestación). Muchas veces olvidamos que las píldoras son también formas de realizar un aborto y su peligrosidad es que pueden ser compradas en cualquier farmacia; es muchas veces ignorado el hecho de que algo que mata una vida pueda ser comprado con la misma facilidad con la que se compra una aspirina, destruyendo a ese bebé que está en su primera etapa de gestación como eliminar un dolor de cabeza.

Los abortos del primer trimestre son sencillos y seguros cuando se realizan en condiciones clínicas adecuadas. Los riesgos aumentan de manera paralela a la edad gestacional y consisten en infecciones, lesiones del cuello uterino, perforación uterina y hemorragias.

Los abortistas sostienen que un aborto inducido supone menos riesgo para la paciente que la terminación del embarazo aunque nosotros sabemos que eso no es cierto, ya que las cifras de los abortos y de los accidentes durante estos son manejados por las dos posiciones (abortistas y pro-vida) según su conveniencia y existe entre ellas una diferencia casi abismal.

5.3.1. Consideración de las diferentes doctrinas sobre el valor de la vida humana.

Se hace necesario realizar una breve referencia histórica de cómo se ha considerado el aborto desde la antigüedad, desde la perspectiva de los aspectos sociales, morales, religiosos, políticos y económicos, pues en un primer momento el aborto no era considerado como delito, mencionando algunos países como: India, Asiria, China, Egipto, Persia y Judea, entre otros.

En la antigua Grecia, Aristóteles y Platón aconsejaron el aborto para evitar la superpoblación. Por consiguiente, el cristianismo consideró el aborto como pecado capital

manteniendo que la vida humana inicia desde la concepción, obra de Dios que nadie tenía la atribución para violentarlo.

En la edad contemporánea existió por primera vez en Francia la doctrina de la impunidad del aborto como delito. En ese tiempo se apoyaba la teoría de que el feto no era persona y lo mismo sucedía en Alemania, donde no existían intereses que debían proteger el derecho.¹³

Estas doctrinas consideraban que la vida del feto servía como problema demográfico. No consideraban la vida como un bien jurídico que debía protegerse, sino que afectaba por el crecimiento de la población. Cuando una mujer era objeto de violación y quedaba embarazada, se le autorizaba al médico conforme a las normas legales a practicar un aborto, mejor dicho, la interrupción del embarazo con la muerte del producto concebido.¹⁴

Los debates acerca del inicio de la vida son múltiples y se hacen mucho más numerosos cuando se les añade una consideración legal; en su mayoría se acuerda en que existe diferencia entre la existencia biológica y la legal y en muchos casos hay quienes sostienen que la concepción *per se* no es objeto ni justificación para la adquisición de derechos y menos aún de personalidad jurídica. Sin embargo, a continuación se realizará un estudio enfocado principalmente hacia el derecho natural, en el que se analizarán las posibilidades reales que tiene el no-nacido en nuestro ordenamiento en cuanto a protección y derechos se refiere y el resultado que obtenemos cuando se yuxtaponen las ópticas civil y constitucional.

Por lo general, cuando se habla de derechos se hace referencia directa al ser humano nacido, pues el nacimiento es comúnmente considerado con el principio de la existencia tanto legal como biológica. Cuando optamos por esta errónea acepción estamos ignorando los derechos y protecciones de los cuales es sujeto el nasciturus, es decir, el no-nacido.

¹³ García Mañón, Basilo, *Aborto e infanticidio*, pág. 209.

¹⁴ Scheler, Max, *El puesto del hombre en el cosmos*, pág. 114.

Muchas han sido las opiniones encontradas alrededor del tema; sin embargo, todas han conducido a la aceptación rotunda de algún grado de protección para el concebido.¹⁵

¹⁵ Hoyos, Ilva Myriam, **La persona y sus derechos consideraciones bioético-jurídicas**, pág. 32.

CAPÍTULO II

6. La protección del derecho a la vida y a la integridad física del no nacido.

6.1. Desarrollo del ser humano en el período de gestación.

Es en el momento de la concepción donde se inicia la vida a partir de la unión de las células sexuales masculinas y femeninas, del óvulo y espermatozoide, determinando así sus características tales como: color del cabello, de sus ojos y de su piel, el grupo sanguíneo, su estatura, el sexo que queda determinado por el tipo de espermatozoide que fecunda el óvulo por existir cromosomas sexuales de tipo "Y" del que se produce el niño y los que dan origen a niñas tienen cromosomas sexuales de tipo "X". Para el caso es necesario detallar el desarrollo del niño en el vientre materno. ¹⁶

PRIMER MES

Después de la unión del óvulo con el espermatozoide la nueva célula inicia su viaje hacia el útero, la cual inicia un proceso de multiplicación cada 12 horas. Ese conjunto de células recibe el nombre de mórula (por su aspecto en forma de mora), atraviesa la desembocadura de la trompa de Falopio y cae en el músculo uterino por el que rodarán dos días más, mientras busca el lugar idóneo para anidar.

SEGUNDO MES

La mórula ha encontrado un lugar para anidar. Diez días dura el anidamiento de la pared uterina, se transforma en blastositos (es un disco de varios cientos de células), una parte de estas células dará origen a la placenta y otra parte al embrión. Este ya tiene un diminuto corazón que late.

La cavidad amniótica crece siguiendo la curvatura del embrión y se llena de líquido amniótico en donde permanece flotando. Mientras tanto, se le está formando el cordón umbilical, comienzan a aparecer sus brazos y piernas, se le crean los segmentos de la columna vertebral que aún son microscópicos, el corazón y el hígado son los órganos más grandes, el rostro se va perfeccionando, los ojos se van aproximando entre sí, en las

mandíbulas se forma una lámina dental dando origen a los brotes de los dientes y en la boca hay una pequeña lengua.

TERCER MES

Se forman los canales ano rectal y urogenital, el embrión ya se mueve con impulsos, se finaliza la construcción de casi todos los órganos, comienzan a formarse las glándulas sexuales, a través del cordón umbilical el feto recibe de la placenta la nutrición y oxigenación adecuada para su espectacular crecimiento, ya tiene muchos músculos, pero su cerebro aún no se encuentra suficientemente desarrollado.

CUARTO MES

Comienza a percibir en el paladar sensaciones agradables a través del líquido amniótico que lo elimina por la orina pues sus riñones ya funcionan, descubre ruidos internos del cuerpo de la madre y su propio latido del corazón, empieza a desarrollar el sentido del tacto, es capaz de percibir si la madre acaricia la tripa y se le comienza a formar un bello muy fino y lanudo.

QUINTO MES

Mantiene los ojos cerrados pero su retina ya es sensible a la luz y se refugia en ella tapándose la cara con las manos, empieza a poner a prueba sus reflejos y lo hace dando patadas, agitando piernas y brazos, haciendo movimientos de presión y dando volteretas; aparece el apéndice, el intestino se contornea y se llena de una sustancia viscosa de color verde negrusco llamado meconio, a pocas horas de nacer la evacuará para entrenar su aparato digestivo que es el primer movimiento activo de su intestino, la piel ya está formada, en sus dedos ya aparecen sus huellas dactilares y las uñas ya han crecido, la multiplicación de las células nerviosas ya ha cesado.

SEXTO MES

Comienza a tener distintas fases de sueño, puede pasar durmiendo de 16 a 20 horas diarias; en una ecografía ya se puede observar su sexo, el páncreas comienza a

¹⁶ Vila-Coro, Ma. Dolores, Introducción a la biojurídica, pág. 25.

producir insulina (hormona encargada de regular el nivel de azúcar de la sangre), después de practicar los movimientos de succión abriendo y cerrando la boca consigue chuparse el dedo, tiene más color el iris de sus ojos y sus cejas ya están bien dibujadas.

SÉPTIMO MES

A esta edad ya puede sobrevivir fuera del útero con cuidados intensivos. Se pasa el día moviéndose, entreteniéndose con la gran variedad de ruidos que percibe y tocando con las manos y los pies la pared uterina. El cerebro sigue su desarrollo, es recomendable, hablarle, estimularle con música y caricias.

OCTAVO MES

Si naciese en esta etapa tendría muchas posibilidades de sobrevivir; su estomago, riñones e intestino trabajan asimilando el líquido amniótico que traga, es capaz de distinguir los sabores; absorbe mucha cantidad de calcio; su corazón late casi el doble que el de un adulto.

NOVENO MES

Los huesos crecen casi de manera espectacular, se encuentran en posición para su nacimiento (cabeza abajo del útero), ha madurado prácticamente del todo sus órganos, su piel es rosada y está listo para salir del seno materno.

6.2. Protección constitucional del derecho a la vida para el desarrollo integral del no nacido.

Al referirnos a los derechos de la persona en sentido amplio, es enmarcarnos en el derecho a la vida, pues sin la existencia humana no tiene sentido hablar de derechos y libertades fundamentales.

Para el ser humano la vida es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El saber cuando comienza la vida humana tiene importancia en el tema de investigación para determinar desde cuándo el ser humano es sujeto de protección jurídica en nuestro ordenamiento.

Nuestra legislación constitucional ha dejado en claro que el ser humano tiene comienzo único en el momento mismo de la concepción.

Se ha definido al embrión como la forma más joven de un ser, pues la ciencia ha demostrado que desde que el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión, producto que tiene la información genética para definir las características del nuevo ser humano, razón por la cual este nuevo ser no nacido debe tener condiciones óptimas y saludables dentro del vientre de la madre.¹⁷

En el mismo sentido, las constituciones guatemaltecas han establecido protección a la vida de la persona humana y al hacerlo así probablemente se referían también a la protección para la vida del no nacido, aunque esto no se establecía en forma expresa, pero uno de los fines fundamentales es la protección a la vida de las personas, pues es a partir de la protección a este derecho que se protegen otros, y en el caso del no nacido por ser éste un ser indefenso que necesita del cuidado de otros por no tener las condiciones físicas ni el desarrollo intelectual necesario para hacer valer sus derechos, por lo que se debe garantizar en las leyes derechos especiales como son la vida, la integridad física, sus alimentos y la salud los que deben ser proporcionados primeramente por sus progenitores, por el Estado y respetados por la sociedad. Fue por la necesidad de que se respetara la vida del no nacido que se estableció en el Art. 3 de la Constitución Política que: “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.” Categoría amplia para el ser en gestación pues no puede gozar de todos los derechos como tal.

Los legisladores de nuestra época han visto la necesidad de crear disposiciones encaminadas a proteger al no nacido en sentido integral. En el Art. 1 del Código Civil se establece someramente la protección al no nacido. Esta propuesta en la legislación Civil es importante puesto que tiene incorporados principios protectores para que se respete la vida de este ser desde que se da la concepción, así como también la protección a su bienestar y

desarrollo integral, lo que se le garantiza en virtud de considerar a este nuevo ser susceptible de adquirir derechos. El reconocimiento de derechos para el niño no nacido en la legislación constitucional se da por la necesidad de proteger o velar por la estabilidad y su vida, ya que no tiene los medios para que por sí misma pueda hacer efectivo el cumplimiento de los derechos conferidos durante el tiempo y que corresponde que sean respetados por los demás.

La ley civil se crea para proteger al ser humano, la familia, sus bienes, etc., como base fundamental de la sociedad a los hijos y a la mujer cuando está desamparada y se encuentra en estado de gravidez. Todo esto establecido en los Artículos: del 47 al 56 de la Constitución Política de la República; el 199, 206, y del 209 al 227 de nuestro Código Civil, así también en los Artículos del 435 al 437 del Código Procesal Civil y Mercantil, porque al establecer estas garantías para la mujer, su hijo no nacido goce de una protección integral que le permita una adecuada condición natural de estabilidad en el vientre de su madre, la alimentación adecuada y la salud necesaria, para que a la hora de nacer lo haga en condiciones óptimas que permitan su viabilidad fuera del vientre materno y exista la figura paterna que se haga cargo.

6.2.1. La violación del derecho a la vida con las técnicas de reproducción asistida.

Si bien es cierto que la evolución de la ciencia en los últimos tiempos ha traído avances con las técnicas de reproducción asistida, beneficiando a las parejas con problemas de infertilidad, está comprobado que en dichas técnicas existen violaciones del derecho a la vida, no para el óvulo fecundado que se logra implantar en el útero materno, sino para los demás óvulos fecundados que han sido utilizados como ensayo pero que no se han logrado implantar en el útero destruyendo así una vida humana.

Ante esta realidad, Guatemala es uno de los países más proteccionistas del derecho a la vida, puesto que se ha unido a tratados y convenciones internacionales con ese

¹⁷ González de León, Deyanira, Los médicos y el aborto, pág. 15.

fin, razón por la cual no está autorizada en la ley la práctica de esta técnica que permite la creación de una vida y la destrucción de muchas más; sin embargo, son practicadas en algunos centros hospitalarios de la capital de la república contraviniendo lo regulado por la ley primaria y secundaria que protegen el derecho a la vida.

6.3. Tratados internacionales que protegen la maternidad y la infancia.

Desde el inicio de nuestra investigación se ha tratado de analizar la protección de los derechos para el no nacido por considerar que hay vida desde el instante de la concepción, teniendo desde este momento la necesidad de ser protegido y respetado principalmente en su vida y adquirir derechos especiales para la protección y desarrollo específicamente al estar dentro del vientre de la madre, y es por ello que a esta última se le da una protección por los problemas que puedan afectarla en el tiempo que transcurre del embarazo y que repercuten gravemente en su hijo.

Por lo anterior, se dice que en los países en vía de desarrollo, la desnutrición de las madres es fuente de muchos padecimientos de los menores, por lo que cuando se toman medidas para proteger a las madres, simultáneamente se está protegiendo al niño, lo cual es loable.

Como ya se ha retomado anteriormente, el derecho a la vida es fuente y origen de los demás derechos humanos. En el tema de investigación encontramos la protección del derecho del no nacido en tratados internacionales que determinan cuál debe ser la protección que los estados debe dar a la mujer en estado de gravidez y en forma consiguiente a su hijo.

6.3.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos.

En el Artículo. 3 se establece que: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y la seguridad de su persona”; el Artículo 25 en la primera parte del apartado

2 dice: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales.” De esta manera se crean las bases necesarias para el respeto a la vida y a la protección del no nacido, pues al garantizar el cuidado y la asistencia especial para la maternidad, se protege a la vez al ser indefenso que está dentro de ella, pero que es un ser independiente y que por el hecho de tener vida debe ser respetada y protegida.

6.3.2. Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

El Artículo. 10. establece que: “Los estados partes en el presente pacto reconocen que: Se debe conceder especial protección a las madres durante un período razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.” De esta manera se protege al no nacido y a la mujer, pues necesita de las condiciones necesarias en el período de embarazo, especialmente cuando se trata de una mujer que realiza un trabajo; al hacerlo debe tener las condiciones adecuadas para laborar, y gozar de la licencia establecida en la ley especial, para que le dé el cuidado a su hijo en el tiempo que lo necesita, tanto antes como después del nacimiento.

Lo anteriormente expuesto se encuentra armonizado con el Artículo 102 inciso K de nuestra constitución con el Artículo 147 del Código de Trabajo y el Artículo 1 del Decreto 76-78 del Congreso de la República, en los cuales se regula respectivamente la protección a la mujer embarazada en materia de sus derechos laborales.

6.3.3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Artículo 6 establece que: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.” Este artículo establece la protección a la vida por considerar que ésta última es un derecho de la persona humana que no puede ser violentado.

En el caso del tema en estudio, la vida del no nacido merece tanto o mayor respeto al igual que una persona nacida, puesto que el no nacido es un ser indefenso y por

eso es que desde la perspectiva internacional se han creado tratados que protegen el derecho en mención en los estados donde hayan sido ratificados.

En nuestro país la adhesión a estos instrumentos constituye un reconocimiento sobre el respeto a los derechos humanos y los cuales se ven mayormente concretizados a partir de la creación y aplicación de leyes encaminadas a dar protección a estos derechos.

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

El Artículo 1 dispone: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” y en el Artículo. 7 garantiza el derecho de protección a la maternidad y la infancia: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a la protección, cuidado y ayuda especial.”

Dentro de estos artículos se manifiesta el respeto por la vida y seguridad de la persona. Si integramos esta disposición con la del Artículo 1 del Código Civil, encontramos la protección de la vida de la persona por nacer, esto desde la perspectiva de los instrumentos ratificados por nuestro país y aún más al analizar la protección de que es objeto la mujer en estado de gravidez, en donde se beneficia en una forma indirecta a su hijo que ya es una persona pero que está dentro del vientre de su madre y lo que a ésta beneficia genera una protección que se concretiza en la estabilidad y las condiciones necesarias para el desarrollo del nuevo ser.

6.3.5. La Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

El Artículo 12 literalmente dice: “Para los efectos de esta convención, persona es todo ser humano”, y el Artículo 45 de la misma expresa que: “No se impondrá la pena de muerte en estado de gravidez.”

De manera que la primera disposición no omite a ningún ser humano para darle la calidad de persona y en el Artículo 45 parte final, garantiza el derecho a la vida de la mujer en estado de gravidez. Sin duda alguna esto es para dar protección a la vida del ser que se está gestando dentro del vientre de su madre y que al considerársele como ser humano no se le pueden violentar derechos inherentes como es el derecho a la vida.

6.3.6. La Convención Sobre los Derechos del Niño.

En el preámbulo se afirma que “el niño por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.”

El Artículo 6 literalmente señala: “1.- Los estados partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida. 2.- Los estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”

En el Artículo 24, numeral 2° literal. d) dispone que: “Los estados partes aseguran la plena aplicación de este derecho y en particular adoptarán las medidas necesarias para: asegurar la atención sanitaria prenatal y post-natal apropiada a las madres.”

De manera que en la convención se garantiza la protección del niño concebido con independencia del tiempo de gestación al hacer referencia a la protección legal antes del nacimiento, lo que se concretiza en la aplicación y creación de leyes punitivas con el fin de proteger la vida del niño especialmente cuando está en período de gestación; así como también que se dé la creación de leyes que garanticen un desarrollo sano del niño y una protección integral donde cuente con las condiciones ambientales necesarias dentro del vientre de su madre y la alimentación adecuada para que una vez nacido pueda subsistir con los cuidados especiales de sus padres.

La protección a la vida del niño concebido se establece en muchos tratados internacionales ratificados por Guatemala anteriormente descritos; con la integración de estos, la constitución de la república y las leyes secundarias se establece el respeto para la

vida de los seres indefensos y así en nuestro medio la ley penal protege la vida y la integridad física en el no nacido, sancionando a las personas que atentan contra el derecho tutelado; además, la de la normativa familiar establecida en la constitución y el código civil ha venido a garantizar en mayor medida la protección para el ser en gestación, otorgándole derechos orientados a preservar su salud y desarrollo en el vientre de su madre.

6.4. La protección penal de la persona por nacer.

Como se ha establecido, el derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos porque sin vida no existe la humanidad, y el hecho de tenerla hace necesario el respeto por parte de los demás, en mayor medida cuando se trate de la vida de un ser indefenso como lo es el no nacido, pues la ley primaria le da el carácter de persona con lo cual se hace acreedor de derechos especiales porque todavía no tiene el grado de madurez físico y mental necesarios para defender sus intereses, los que básicamente en el período de su formación se concentran en la protección a su integridad física, a su vida y a las condiciones necesarias para que este último derecho esencial no se viole.

Es por esto que la legislación penal guatemalteca ha venido protegiendo el derecho primordial, tanto en la persona nacida como en la persona por nacer y los diferentes códigos han tipificado así diversas clases de abortos según la naturaleza y la extensión del delito.

El aborto es una de las formas más violatorias de derecho al no nacido porque privándole de su vida al niño concebido se le priva o interrumpe su formación biológica.

El término aborto (del latín ab = privativo y ortus = nacimiento) indica la interrupción del embarazo con la muerte del embrión antes del nacimiento. En términos médicos el aborto se define como: “La interrupción del embarazo antes del sexto mes, es decir, antes de que el feto sea viable. Pérdida de sangre y dolores son los signos que

advierten acerca del aborto espontáneo que con suma frecuencia debe completarse con un legrado.”¹⁸

Pero en nuestra investigación es necesario establecer una definición médico-legal la que expresamente dice que el aborto: “Es la interrupción provocada y antijurídica del embarazo

-dolosa, culposa o preterintencional- con muerte del producto de la concepción en cualquier momento de éste”¹⁹; definición que tiene importancia para establecer culpa o responsabilidad ante el conocimiento o la intencionalidad de violentar el derecho que por excelencia es tutelado por el Estado.

La ley penal protege la vida y la integridad física del no nacido sancionando todo hecho que atenta en contra de este ser humano en formación que muchas veces puede llegar a tipificarse como aborto y en otros como lesiones en el no nacido.

Esta protección penal está regulada por el Estado porque el ser no nacido es considerado como persona, pero es un ser indefenso, frágil, que necesita cuidado y la debida protección legal, ya que muchas veces se violentan sus derechos por los seres más cercanos a él y esa es la labor que tienen las leyes y las personas que las aplican en el sentido de proteger a este nuevo ser, sancionan todo acto delictivo que esté en contra del respeto y las garantías establecidas para la vida del no nacido. De tal manera que la protección penal de la persona por nacer es evidente, ya que se ha tipificado como delito todo tipo de aborto cometido sin tomar en cuenta las razones o los medios que se hallan utilizado para practicar el mismo.

Han existido criterios diferentes sobre el aborto, algunos dicen que es problema de conciencia de la madre, a lo que el Estado debe de permanecer ajeno, pero en realidad es un interés diferente el que se afecta, ya que aunque el hijo esté dentro del vientre de la madre, no es la misma persona, es un ser diferente y es el Estado el que debe proteger la

¹⁸ Hernán Silva, Silva, **Diccionario de términos médicos legales**, pág. 25

¹⁹ **Ibid**, pág. 209.

vida humana incluyendo también la del no nacido y este derecho no surge por la aceptación de la madre sino con la existencia del nuevo ser humano.

La protección del Estado al no nacido es independientemente en el momento del embarazo en que se encuentre la madre, pues en el desarrollo no existe algún cambio del que pueda depender su derecho a la vida.

En nuestra sociedad, a pesar de la protección del derecho a la vida desde la perspectiva de la protección penal (creación de leyes encaminadas a ese fin), siempre se viola este derecho por la inobservancia de valores en nuestro medio, donde no son tomados en cuenta creencias religiosas ni valores morales, pues cada uno tiene su propio interés teniendo muchas veces que violentar el derecho de otro para salir de problemas y es aquí donde se ve violentado el derecho tutelado por excelencia como es la vida, práctica que en mayor medida se ve en los estratos más altos de la sociedad, donde se cuenta con los medios económicos necesarios para hacerla y sobre todo con el menor grado de sensibilidad posible del valor a la vida.

6.4.1. Tipificación de los diferentes tipos de abortos en la legislación penal.

El Código Penal tipifica los diferentes tipos de abortos interpretando lo contenido en la constitución de la república y la convención de los derechos del niño, protegiendo la vida del no nacido como uno de los fines principales de la convención.

Como lo manifiesta en el preámbulo, el niño por su falta de madurez física y mental necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, antes y después del nacimiento, impulsando de esta manera la creación de leyes penales, garantizando y tutelando el derecho a la vida como el principal bien del ser humano, encontrando la regulación en el capítulo III del libro II del Código Penal de los delitos relativos a la vida del ser humano en formación.

Aborto Concepto, regulado en el Artículo 133 del Código Penal, el que literalmente establece que: “Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier

momento de la preñez.” Lo importante en este artículo es que se esté definiendo la figura del aborto por parte de la mujer embarazada, en cuyo caso es sancionada por la ley.

Aborto Procurado. Artículo 134 del Código Penal. “La mujer que cause su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será sancionada con prisión de uno a seis años. Si lo hiciere impulsada por motivos que, ligados íntimamente a su estado, le produzca indudable alteración psíquica, la sanción será de seis meses a dos años de prisión.”

Se refiere al caso que la mujer quiera interrumpir el embarazo y se procure su propio aborto, inclusive si permite que otra persona lo cause, se atenúa la pena si se comprueba que su estado ha alterado su estabilidad psíquica.

Aborto con o sin Consentimiento. Artículo 135 del Código Penal. “Quien de propósito causare un aborto será sancionado: 1) con prisión de uno a tres años si la mujer lo consintiere; 2) con prisión de tres a seis años si se obrare con consentimiento de la mujer. Si se hubiere empleado violencia, amenaza o engaño, la pena será de cuatro a ocho años de prisión.”

Aborto Calificado. Artículo 136. Código Penal. “Si a consecuencia del aborto consentido o de las maniobras abortivas consentidas, resultare la muerte de la mujer, el responsable será sancionado con prisión de tres a ocho años. Si se tratare de aborto o maniobras abortivas sin consentimiento de la mujer y sobreviniere la muerte de ésta, el responsable será sancionado con prisión de cuatro a doce años.”

Aborto Terapéutico. Artículo 173. Código Penal. “No es punible un aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer, previo el diagnóstico favorable por lo menos de otro médico, si se realizó sin la intención de procurar directamente la muerte del producto de la concepción y con el único fin de evitar el peligro debidamente establecido para la madre, después de agotados todos los medios científicos y técnicos.”

Este tipo de aborto es importante resaltarlo puesto que es la única excepción a la norma en la cual sí se permite la práctica abortiva siempre y cuando corra grave peligro de muerte la madre y sea respaldado por el diagnóstico de dos facultativos.

Aunque existen otros tipos establecidos en nuestra ley penal como el Aborto Preterintencional establecido en el Artículo 138, la tentativa y aborto culposo, en el Artículo 139 y la agravación específica del aborto en el Artículo 140, cabe resaltar que los expresamente descritos son de mucha relevancia para la presente investigación, aunque no son menos importantes los subsiguientes.

Por lo anterior, una vez más se recalca que la legislación penal sanciona el aborto en casi toda circunstancia, con el objetivo primordial de darle mayor protección legal a la vida del ser humano en formación desde el momento de la concepción.

Los tipos de delitos tipificados como abortos en nuestro medio deberían de tomar una denominación diferente, ya que desde la disposición constitucional del Artículo 3, en que se reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción, se le da categoría de persona al no nacido en donde se le debe respetar los derechos principales que posee, siendo el principal el derecho a la vida.

Por lo anterior, nuestro código penal ha venido con el paso del tiempo sancionando conductas delictivas que atenten contra la vida del ser humano en formación y así se dan diferentes tipos de aborto, según la intención y los medios empleados para la comisión del mismo. En la actualidad, con la disposición mencionada, esto ha dejado de tener efecto porque la vida de este nuevo ser es protegida de igual forma que la de un ser humano que tiene existencia física por sí mismo; en ese sentido, el aborto debería suprimirse por la legislación penal y ser cambiado a la figura de homicidio y que de esta manera se protege en mayor medida los intereses de este ser humano en formación porque se castiga más duramente la comisión de este delito.

6.4.2. Posibles razones que inducen al aborto.

Existe infinidad de motivos que puede inducir a una mujer embarazada a cometer el delito de aborto.

Realizando un breve sondeo en la realidad guatemalteca se pueden señalar algunos casos: cuando el aborto sucede en niñas menores de edad antes de llegar a los 18 años, que por inmadurez o inexperiencia quedan embarazadas, a veces son sus propias madres quienes las inducen a practicarse un aborto, justificando que tal acto es beneficioso para no estropear su futuro; también sucede en mujeres con vida inestable tanto económica como emocionalmente, pues los progenitores varones le dejan toda la responsabilidad a la madre, quien al encontrarse desamparada busca la salida que le parece más fácil pero que a la vez es la más cruel, porque se está privando de la vida al ser más indefenso; o por motivo de violación.

Por lo tanto, es necesario hacer una breve apreciación partiendo del tipo de cultura que impera en la mujer, quien en muchos casos al quedar embarazada se deja llevar por la aterradora idea de pensar que por tal hecho será objeto de crítica en la sociedad y que la van a menospreciar y comete el delito penal para evitar su deshonra, para no ser señalada como mujer sola y embarazada, dañando así la integridad física y la dignidad del ser humano aún no nacido del cual principalmente su madre se considera con el derecho de poder decidir sobre su vida, por la razón de creer que el ser que lleva en su vientre es parte de su cuerpo, dejando a un lado los valores religiosos, morales, culturales y sociales, los cuales son relegados a la hora de cometer el hecho punible valiéndose de la indefensión del ser en formación, independientemente del tiempo de gestación en que se practique y las diferentes razones que inducen a la mujer a cometer el aborto.

En el transcurso de los años el incremento de tal delito se volvió alarmante a nivel mundial, es por ello que en unanimidad el Estado, la sociedad y la familia guatemalteca han demostrado rechazo total a la práctica de abortos, basados en que el derecho a la vida no puede tener excepciones y es así que grupos pro-vida y principalmente movimientos religiosos realizaron una lucha incansable para que se haga valer el Artículo 3 de nuestra Carta Magna. Como también ya se había luchado para que en el Código Penal

se penalizara todo tipo de aborto y las disposiciones de carácter familiar que brinda protección integral a los menores en el período pre y post-natal.

Para dar un efectivo cumplimiento y que la protección no quede solamente en el tenor de las disposiciones legales, es necesario que el Estado, los tribunales de familia y las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de derechos de la mujer, la niñez y la vida, analicen si realmente la sociedad tiene conocimiento de los derechos que se le asisten para que en cualquier momento que necesiten protección legal puedan ser oídas y asistidas proporcionándoles las condiciones necesarias para brindar específicamente la protección integral al no nacido. Es preciso que uno de los objetivos de la presente investigación sea comprobar que la mayoría de abusos o violaciones a los derechos del no nacido ocurren por las condiciones precarias en las que se vive en nuestro país, especialmente en algunos municipios de varios departamentos olvidados, por ejemplo el municipio de Santa María de Jesús en el departamento de Sacatepéquez, el cual he tomado como referencia en la presente investigación por sus características económicas, sociales y culturales, las cuales es evidente que son muy difíciles y por lo tanto se puede manifestar una conducta que tienda a irrespetar los derechos del no nacido.

6.4.2.1. El respeto del derecho a la vida del no nacido en circunstancias especiales.

La vida es el principal derecho protegido del ser humano desde el momento de la concepción para dar paso a los demás derechos que le asisten como persona, regulados en la constitución de la república, tratados internacionales y leyes secundarias, brindando protección integral y los cuidados especiales de sus progenitores por encontrarse el ser humano en el vientre materno y aún después de nacido, ya que no tiene la suficiente capacidad para subsistir por sí mismo, ni hacer cumplir los derechos que le asisten, sino que necesita se lo ejercite su madre, su padre, el estado y la sociedad, hasta que cumpla la mayoría de edad.

Existen circunstancias consideradas como especiales que podrían para algunos dar lugar a privar la vida en el no nacido, y que se mencionan a continuación:

- **Con el propósito de salvar la vida de la madre, (Aborto Terapéutico).**
- **Cuando es consecuencia de un delito de violación o de estupro.**
- **Cuando el producto de la concepción se encuentra con una deformidad.**
- **Por problemas físicos del no nacido como grandes taras físicas o psíquicas.**
- **Por las condiciones de vida precarias de la familia del no nacido.**

La ley ha sido expresamente clara al no dejar salida para practicar ningún tipo de aborto a excepción del terapéutico, ya que todas las disposiciones referente al caso son de carácter prohibitivo; debido a ello en el campo de la medicina se suscitan problemas cuando se da una conflictividad de dos bienes jurídicos tutelados por la ley, donde la madre corre un peligro inminente al diagnosticarle un embarazo problemático y corra riesgo su vida como se mencionó con anterioridad.

Los legisladores con el afán de proteger la vida desde el instante de la concepción, se percataron de casos como el anterior y aceptaron la excepción que ya conocemos, pero en situaciones donde existe conflicto entre la justicia y la ley, siendo considerable que se aplique la justicia y equidad, se debe dar prioridad a la vida de las madres, a sabiendas que ese óvulo fecundado sólo va a causarle un daño, por ejemplo el niño que se encuentra anidado en el lugar equivocado no va a poder desarrollarse ni vivir por mucho tiempo y de no actuar de inmediato quirúrgicamente causara daños irreparables a la madre y que probablemente pueda causarle la muerte.

Con respecto a la práctica de aborto cuando se trata de violación o estupro y de malformaciones físicas o psíquicas, no se puede castigar al no nacido por un error de personas inescrupulosas, como tampoco se le puede privar de la vida a un inocente si no es culpable de la malformación o discapacidad que le ha dado la naturaleza y que tienen derecho a una rehabilitación. Estas personas gozan de la protección de la ley por necesitar un mayor cuidado y en donde el Estado, en vista de esas circunstancias, ha creado instituciones para brindarles educación especial y prepararlos para que puedan desenvolverse activamente en la sociedad, haciendo sentirse útiles, con una protección

integral adecuada. Asimismo, existen instituciones privadas que se dedican a asistir a este tipo de personas, un ejemplo claro de ello es FUNDABIEM.

Tomando en cuenta que al darse un caso de violación es difícil para una mujer porque le puede resultar una maternidad odiosa, darle vida a un ser que le recordará para siempre la terrible violencia de que ha sido víctima, es una maternidad no deseada que puede causar en ellas problemas emocionales; por ninguna razón le es lícito abortar, aunque sí puede darlo en adopción, pero no puede privar la vida a un ser inocente.

Cuando es caso de estupro no tiene salvedad para la práctica del aborto, aunque se considere que se truncan los planes de la vida y se frustra su porvenir, nuestra legislación contempla la institución de asistencia social de la adopción, la cual utilizándola lícitamente representa una gran alternativa para los casos anteriores. A mi criterio, considero que es mucho mejor esperar el nacimiento del no nacido y darlo en adopción a personas idóneas y de buena fe, que acabar con ese ser que intrínsecamente tiene derecho a su existencia.

Asimismo, es importante resaltar que uno de los factores o causas más decisivos en el respeto a la vida del no nacido es la falta de recursos económicos con los que cuenta la familia, puesto que los padres como principales y primarios responsables de sostener y mantener a ese ser deben cumplir a cabalidad con esa obligación moral y jurídica y al no contar con los recursos necesarios optan por deshacerse de aquel ser inocente que nunca pidió ser concebido, circunstancia que quizás no es de los casos especiales pero que de alguna u otra forma influye en las demás.

6.4.2.2. La influencia de los anticonceptivos en el aborto.

A consecuencia de la regulación constitucional que protege directamente la vida del ser humano desde el momento de la concepción, se han creado disputas entre las autoridades médicas por la circulación en el país de productos anticonceptivos. La polémica radica en las consecuencias penales que producen su venta y que se han venido usando por mujeres guatemaltecas desde hace muchos años, ignorando en alguna manera que tales métodos resulten ser abortivos principalmente los

anticonceptivos de emergencia, los cuales son usados después de una relación sexual desprotegida. Estos no evitan la concepción, sino que actúan después de que el óvulo ya está fecundado, dando inicio a una vida humana.

Su función es impedir que ese óvulo fecundado se implante en el útero, es por ello que se considera una violación al principio constitucional proteccionista de la vida y en consecuencia se comete un delito tipificado en la ley penal como aborto.

Además, existen otros como el dispositivo intrauterino conocido como DIU. Es un aparato de plástico y metal que se instala en el útero para impedir embarazos, el cual es considerado por algunos médicos como abortivo, fundamentando que el óvulo llega al útero cuando éste ya ha sido fecundado, pues el útero es el lugar propicio para anidarse y comenzar ahí su desarrollo y formación. El presidente de la junta de vigilancia de la profesión médica sostiene que el DIU produce micro abortos. Hay otros que argumentan que el DIU, funciona para evitar la unión entre el óvulo y el espermatozoide.²⁰

Por consiguiente, los estudiosos de la medicina consideran que la inyección que se aplica a las 48 horas de la relación sexual desprotegida, es un método abortivo. El nombre con el que circula es Vermagest, anticonceptivo de emergencia o post-coital. Funciona impidiendo el embarazo porque disminuye la capacidad de que el óvulo fecundado anide en el útero.

Existen otros fármacos, también usados como anticonceptivos post-coital, entre ellos la pastilla RLJ-486 conocida en el mundo y vendida en los países europeos y en Estados Unidos. Este medicamento contrae el útero para expulsar la materia fetal. Estos productos más allá de causar daños a las mujeres, afectan mayormente el derecho a la vida de la persona por nacer.

Por lo tanto, no se le puede llamar anticonceptivos a los productos mencionados. La función de estos es evitar que una vida se inicie; los abortivos sirven para destruir una vida que ya ha comenzado, por lo que es necesario concientizar a las mujeres

²⁰ Amado, Ana María, *El aborto y la constitución*, pág.1.

del uso indebido de anticonceptivos, pues el riesgo y daño radica en los mal llamados “anticonceptivos de emergencias o post-coitales.”²¹ Lo ideal es no tener acceso a ellos para reducir el número de abortos.

6.5. Fundamento filosófico del derecho a la vida en la protección integral de los derechos del no nacido.

Con la normativa de carácter familiar con la que contamos primeramente en nuestra constitución y posteriormente en nuestro código civil, se ha querido de alguna forma proteger o garantizar los derechos del no nacido a pesar de no ser satisfactoria, ya que en la realidad es difícil que se respeten los derechos del no nacido, puesto que muchos aún no lo consideran una persona o un ser humano. Por otro lado, la influencia cultural que hemos tenido ha contribuido enormemente en la forma de pensar de muchos y los principios y valores, especialmente el de respetar la vida, ya no se practica. El Artículo 199 del Código Civil establece que: “el marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable.”

Se presume concebido durante el matrimonio “1) el hijo nacido después de 180 días de la celebración del matrimonio o de la reunión de los cónyuges legalmente separados; 2) el hijo nacido dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio.” El Artículo 206 del mismo cuerpo legal, de forma similar establece que: “en caso de separación o disolución del matrimonio, la mujer que esté en cinta deberá denunciarlo al juez o al marido, en el término de 90 días contados desde su separación o divorcio.”

Asimismo, si la mujer quedare en cinta a la muerte del marido, deberá denunciarlo al juez competente dentro del mismo término, a fin de que, en uno u otro caso se tomen las disposiciones necesarias para comprobar la efectividad del parto en el tiempo legal y establecer la filiación, tema que se abordará detenidamente más adelante. El Artículo 47 de la Constitución Política de la República establece que: “el Estado garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia. Promoverá su organización sobre la

²¹ Oppenheim, Ricardo E., «La maternidad en la fecundación asistida, el derecho frente a la ciencia y la

base legal del matrimonio, la igualdad de derechos de los cónyuges, la paternidad responsable y el derecho de las personas a decidir libremente el número y espaciamiento de sus hijos”; de igual manera el Artículo 52 establece que: “la maternidad tiene la protección del Estado, el que velará en forma especial por el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ella se deriven.”

Del tenor de estas disposiciones se concluye que el no nacido es considerado como sujeto de derechos y que a la vez goza de la protección desde el momento que está en el vientre de la madre. Esa protección es independiente del tiempo en que esté desarrollándose el niño. Además, se toman en cuenta los artículos del 435 al 439 que regulan las diligencias de jurisdicción voluntaria de reconocimiento de preñez y de parto establecido en el Código Procesal Civil y Mercantil; asimismo, lo establece y regula la ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria, decreto 54-77 del Congreso de la Republica de Guatemala en sus Artículos del 14 al 20, instituciones que son de apoyo constante en la protección de los derechos del no nacido.

Ahora bien, la protección a la vida desde el momento de la concepción está establecido como un derecho fundamental de la persona en el Artículo. 3° de la constitución. De esta manera en la misma se concede respeto y garantías para el ser humano en formación. Básicamente para que se tutelen estos derechos, se ha dado ratificación de los instrumentos internacionales por parte del estado guatemalteco, los cuales protegen la vida del niño concebido y garantizan el desarrollo del mismo dentro del vientre materno, el cual está concretizado en la salud, alimentación y alojamiento en las condiciones naturales para su desarrollo y crecimiento hasta el momento del nacimiento.

La armonización de la ley secundaria con los tratados internacionales ratificados por Guatemala en materia de protección de menores es importante dentro del ordenamiento jurídico en nuestro país.

realidad,» [http:// www.monografias.com](http://www.monografias.com) (17 agosto de 2004).

En este caso, la normativa civil es deficiente con las necesidades de la sociedad, razón por la cual se debe crear la ley familiar para proteger los derechos de la sociedad, la familia y específicamente los derechos de los menores, incluyendo al no nacido.

6.5.1. El rol de la madre como protectora del derecho a la vida del no nacido.

La madre es la encargada de gestionar el cumplimiento de los derechos del ser que lleva en su vientre, el cual merece respeto en su integridad y dignidad.

Desde el momento que la madre se encuentra en estado de embarazo tanto ella como su hijo son acreedores de derechos, particularmente la protección para la vida del nuevo ser, el cual permite materializar los demás derechos durante el embarazo y después del nacimiento, como el de buscar la protección paternal de quien ha concebido. El reconocimiento de paternidad se puede establecer en forma voluntaria (Artículos 47 y 52 constitucionales, 199 y 206 del Código Civil).

De lo anterior se desprende que si bien es cierto el Estado es el principal responsable de garantizar la vida de las personas, en este caso la madre quizás lo es más, puesto que con el hecho de llevar en sus entrañas a un nuevo ser, de ella debe surgir la imperante responsabilidad de procurarse los cuidados necesarios para protegerse y proteger a aquel que lleva en su vientre. Con esto quiero resaltar que no puede exponerse a un régimen peligroso o que atente contra su salud o la de su hijo que esta por nacer.

Desde luego que hay que afirmar que existen situaciones en que ella por sí sola no puede proporcionarse los cuidados necesarios, es por ello que se debe apuntar precisamente toda la atención de todos hacia esa circunstancia; asimismo, se le debe procurar un entorno sano tanto psicológicamente como físicamente en el que no existan situaciones que le puedan provocar problemas posteriores.

Confirmando la protección de la madre en período de gestación, la Constitución de la República en su Artículo 52, como ya se mencionó, resalta la importancia de la maternidad e intrínsecamente confiere protección al ser que no ha nacido; lo ideal sería darle fiel cumplimiento a este Artículo para que realmente los derechos de la madre y su hijo no nacido sean concretizados y cumplidos.

En la práctica, los mencionados solamente quedan a ese nivel, pues en la realidad no existen programas o políticas que protejan a la madre desamparada.

6.5.2. El rol de la familia como protectora a la vida del no nacido.

El Artículo 47 regula la protección a la familia desde los aspectos más importantes para su establecimiento y desarrollo, pero de igual forma establece las obligaciones básicas que se deben observar en la vida en familia. Una de éstas y la más importante y específica para nuestra investigación es la paternidad responsable, entendiéndose de esa forma que los padres son los responsables directos como directores y generadores del núcleo familiar y deben procurar con las obligaciones legales y morales que les impone tal institución especialísima como lo es la familia. Es más, se debe entender que conforme se vaya aumentando el número de integrantes familiares, estos deben comprometerse de igual manera que los padres a sostener en la medida de lo posible a su propia familia y a procurar el respeto de los derechos de los futuros seres que no han nacido aún.

La familia es considerada como la base fundamental de la sociedad, por lo que al darse la formación de la misma deben seguirse las directrices que la ley da para tener estabilidad, ya sea por medio del matrimonio (Artículo 78. Código Civil.), o por la unión de hecho (Artículo 173. Código Civil). Su fundamento es la procreación de hijos, los que deben ser protegidos por sus progenitores para el respeto de sus derechos.

En la protección del no nacido la familia juega un papel especial, ya que es dentro de ella que se establecen los cuidados para el desarrollo y crecimiento en óptimas condiciones del ser que se está gestando, pues una familia que esté bien constituida genera una mayor protección y estabilidad para sus hijos.

Cuando una mujer se encuentra desamparada y en estado de gravidez, es su familia biológica la que en la mayoría de las veces la protege para garantizar su estabilidad y la protección para su hijo, de no ser así y al encontrarse totalmente desprotegida, los derechos de que son sujetos ella y su hijo, se ven vulnerados en alguna medida hasta por ella misma, al provocarse abortos ante tal situación.

A mi criterio, “debería existir una sanción legal inmediata para aquel padre que no le procure la asistencia y los cuidados necesarios a su mujer en estado de gravidez.”

6.5.3. El rol del estado como garante de los derechos del no nacido.

El rol del Estado es un tema muy amplio pero en este caso se estudiará limitándolo a la protección del ser humano en período de gestación regulado en el Artículo 3 de la Constitución Política de la República, el cual establece que: “El Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y seguridad de la persona.” Además, se constituyó como la obligación más importante del Estado asegurarle a sus habitantes la satisfacción de sus necesidades, Artículos 1 y 2 de la constitución. El Artículo 4 de la constitución es garante de la igualdad de derechos de la persona, esto conlleva a que el no nacido tiene igual derecho que todos, principalmente de vivir y del que se derivan los demás derechos como la integridad física, la moral, alimentación y salud inclusive dentro del claustro materno, entre otros, adquiridos como ser humanos desde el momento en que es concebido.

Todo lo anterior conlleva a que el estado guatemalteco, según la Carta Magna, se compromete a respetar y garantizar la vida de sus ciudadanos desde el momento de la concepción por el hecho de ser iguales y esto desde luego no excluye a los seres que aún no han nacido, al contrario, se les debe proteger a efecto de garantizar nuevos ciudadanos que contribuyan al engrandecimiento de su país. Por supuesto que eso no quiere decir que se debe prescindir de campañas educativas o políticas de gobierno que aborden los temas de la sobrepoblación y la planificación familiar.

El estado guatemalteco en la normativa legal del país establece el respeto de la moral y la dignidad de la persona humana, fomentando valores en la sociedad como lo son: económicos, sociales, culturales y religiosos.

Sin embargo, la realidad guatemalteca resulta ser otra, son pocos beneficiados con tales derechos, algunos porque los desconocen y otros porque no saben a dónde acudir y a veces por temor a problemas que se generan; inclusive se dice que la asistencia médica es gratuita en los hospitales nacionales, lo cual no es cierto.

6.5.4. El rol de la sociedad como protectora del derecho a la vida en el no nacido.

La sociedad debe asumir una responsabilidad subsidiaria cuando la familia no le garantiza una adecuada protección a los menores; se debe tomar en cuenta que el elemento fundamental para la vida social es el sujeto, por lo tanto debe ser protegido.

En nuestro país existen instituciones que han surgido por la iniciativa de la sociedad con el objetivo de proteger al ser humano no nacido, específicamente en lo que a la vida se refiere; instituciones que también han sido impulsoras de reformas a las leyes para hacer en una forma obligatoria el respeto a la vida y a la protección al no nacido. Dentro del mismo contexto existen además otras organizaciones que protegen en forma indirecta al no nacido y así tenemos aquellas no gubernamentales que establecen protección para la mujer cuando se encuentra desamparada y en estado de gravidez.

Es entonces necesario que se dé el cumplimiento de las garantías establecidas en las leyes, en donde el Estado no da un real cumplimiento de las mismas y se da la creación por parte de la sociedad de grupos protectores para que la mujer a través de la colaboración que se le brinda pueda gestionar el cumplimiento de sus derechos y en última instancia, si no se reconocen éstos, entonces son las mismas organizaciones las que canalizan la ayuda para el beneficio de la mujer. Una prueba más específica de la protección que la sociedad genera para el no nacido la encontramos en los pronunciamientos que se han manifestado por parte de las diferentes iglesias (católica y evangélica) con respecto al presente tema y en donde promueven en los distintos grupos pro-vida hacer una lucha y una campaña a favor de la vida para que se sancione todo tipo de aborto obteniendo un resultado más o menos positivo en la gestión.

“Es pues la sociedad como madre que cobija a sus hijos una de las principales protectoras de la vida de sus mismos integrantes o futuros integrantes, ya que el sujeto es el centro de la sociedad, del estado y del derecho, si éste no existiera no habría razón para que existiesen los otros.”²²

En casi todo país o sociedad se lucha constantemente por proteger la vida de los seres, integrantes del mismo, pues es la garantía que nos sirve para preservar la especie; sin embargo, es lamentable que en algunos países inclusive desarrollados, ya se permite legalmente el aborto y otras prácticas en contra de la vida y los derechos del no nacido.

²² Castán Tobeñas, José, **Revista general de legislación y jurisprudencia**, pág. 80.

CAPÍTULO III

7. Establecimiento de la paternidad y modo de proceder judicialmente.

7.1. Establecimiento de la paternidad.

Uno de los elementos de la filiación es la paternidad, comprendida ésta como la relación paternal que une al padre con el hijo, entendiéndose la filiación como el vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres. Respecto del padre se denomina paternidad y respecto de la madre maternidad.

Existen dos clases de filiación: la consanguínea y la adoptiva; a su vez, la consanguínea se divide en matrimonial y no matrimonial, amparado en las disposiciones legales tal como lo regula el Código Civil en su Artículo 209: “Los hijos procreados fuera del matrimonio gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de matrimonio; sin embargo, para que vivan en el hogar conyugal se necesita el consentimiento expreso del otro cónyuge.” Este artículo nos distingue los tipos de filiación y establece la igualdad entre hijos que es importantísima para no desproteger a los hijos que sean procreados fuera del matrimonio.

Referido al tema en estudio, que en lo posible debe estar en concordancia con la verdad biológica, y en ese sentido se determinan las formas de establecer la paternidad por vías de la presunción por el reconocimiento voluntario y por la declaración judicial, pues ésta, a diferencia de la maternidad, no se puede establecer con un simple testimonio humano. Existen casos en donde la mujer embarazada no sabe quién es el padre de su hijo, pues ha tenido relaciones sexuales con diferentes hombres en la época en que concibió, en ese sentido, si la mujer se atreve a asignarle la paternidad a uno de ellos, tal declaración se vuelve sospechosa y siendo ésta del conocimiento del juzgador y con el afán de encontrar la verdad, apoyado en las disposiciones legales y valiéndose de los avances científicos en la actualidad, podrá ordenar las diversas pruebas científicas pertinentes y que son de gran necesidad para no cometer injusticias en cuanto a asignarle una paternidad a quién no le corresponde.

Todo niño tiene derecho a gozar de la protección legal y económica de su padre y madre, ya sea que haya resultado del matrimonio o fuera de él. En la actualidad no se establece ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación; es decir, que se han derogado las designaciones de hijos legítimos e ilegítimos para tener la protección que como niño se merece antes y después de su nacimiento; por ello, existe el principio de igualdad de derechos de los hijos. (Artículo 209 Código Civil)

En este apartado, se desarrolla el establecimiento de la paternidad, presunción fundada en el matrimonio, pues no opera en la filiación fuera del matrimonio. Las fechas de inicio y de extensión del matrimonio tienen certeza jurídica indudable, autenticada a través del acta de matrimonio de los padres, del acta de nacimiento del hijo, del acta de defunción del padre, o de la sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio o de divorcio de los progenitores, según sea el caso.

Por tal razón, la presunción de paternidad no opera en la unión no matrimonial, no puede autorizarse una presunción que carezca de base cierta; para establecerla en este caso es necesario el reconocimiento voluntario del padre o la declaratoria judicial de paternidad.

7.1.1. La prueba de ADN y el establecimiento de la paternidad.

Los estudios de paternidad por ADN son obligatorios para establecer si un presunto padre es el padre biológico de un determinado individuo.

¿Qué es el ADN?

El Ácido Desoxirribonucleico (ADN) es el material genético que se encuentra en todas las células con núcleo en el ser humano. Lleva la información necesaria que se transmite por la herencia, que hace única a cada persona y que contiene los genes del HLA.

¿Qué tipo de estudios de filiación se pueden realizar?

Se pueden realizar estudios de filiación en los siguientes casos:

*** Sólo con el presunto padre y el hijo (a).**

*** Estudios de abuelidad cuando el padre ha fallecido; se requiere a los abuelos paternos, al hijo y a la madre.**

*** Relaciones de parentesco entre familiares (primo-primo, tío-sobrino, abuelo-nieto).**

*** Estudios de maternidad cuando dos mujeres disputan la maternidad de un niño.**

Grandes avances se han experimentado en el último tiempo en un tema tan complejo como es determinar la filiación. A través de modernos exámenes de ADN se puede confirmar la paternidad y la identidad biológica. Pero es de gran importancia considerar algunos aspectos legales de esta prueba que atañen a su valor probatorio, así como a las entidades facultadas para realizar los exámenes.

En la actualidad, los exámenes de ADN permiten confirmar la paternidad y también la identidad biológica con certezas superiores al 99.9%, pues el análisis de regiones del genoma, que son muy variables entre unas y otras personas, hace imposible que personas no emparentadas entre sí tengan el mismo perfil de ADN.²³

Esta poderosa herramienta es utilizada en todo el mundo para resolver causas judiciales de confirmación de parentesco como la paternidad biológica. La decisión sobre cuál debe ser el valor mínimo para considerar un resultado como «paternidad probada» dependerá de muchos factores, entre ellos, la experiencia y conocimientos que tenga el magistrado sobre las pruebas biológicas, otros elementos de prueba que disponga al realizar la investigación, y finalmente su propio criterio. Sin embargo, numerosos países aconsejan acoger un valor mínimo de 99.9% como suficiente prueba de que la paternidad es un hecho cierto en el caso que se investiga.

²³ Wottering, Joseph A., «El DNA, argumento científico para poner fin a los abortos,» <http://www.google.com> nonacido*derecho.ogr (23 de septiembre de 2004).

A continuación nos referiremos a algunos aspectos legales de esta prueba en tanto atañen a su valor probatorio.²⁴

En nuestro país, desgraciadamente en los juicios de filiación se manifiesta constantemente la falta de protección que tienen los hijos con respecto al padre, puesto que no existe verdaderas pruebas científicas como en otros países que refuercen objetivamente el criterio del juez en el momento de emitir su resolución y sólo podemos conformarnos con las presunciones legales que nuestra ley civil-familiar establece y que se estudiarán más adelante. Cabe mencionar que tal situación es preocupante puesto que da la impresión de que los legisladores no le dieron la importancia necesaria a tal institución jurídica y esto fomenta un irrespeto a los derechos del no nacido y de los ya nacidos. Considero que en la actualidad merece una revisión nuestra legislación a efecto de modernizar y hacer más justas las instituciones máxime si son tutelares, de derechos fundamentales como lo es el establecimiento de la paternidad.

Cabe resaltar que somos un país subdesarrollado en el cual las condiciones socioeconómicas no permiten tomar en cuenta un tipo de prueba de tal naturaleza dentro del proceso que se ventile a efecto de establecer la paternidad, ya que dicha prueba en la actualidad es de un costo elevado y aún no ha llegado a nuestro país y el sistema de justicia no ha tomado en cuenta invertir en un recurso de tal valor, es por ello que por el momento se debe tomar conciencia de la importancia que representa tal institución, por lo que es conveniente ser objetivos a la hora de juzgar y hacer valer los principios de justicia y equidad.

7.1.2. Establecimiento de la paternidad por ministerio de ley.

Las presunciones legales de la paternidad tienen lugar solamente en la relación filiativa consanguínea resultante del matrimonio, operando como medio para

²⁴ Linaceo de la Fuente, María, «Protección legal al nacisturus,» <http://www.monografias.com> (30 septiembre de 2004).

establecer la paternidad por ministerio de ley, las cuales son presunciones legales que admiten prueba en contrario, según el Artículo 200. Código Civil.

En este apartado se tiene como fundamento el matrimonio, en el que los cónyuges están obligados a constituir una comunidad de vida permanente en donde sus obligaciones son de cohabitación y fidelidad.

En la actualidad, el matrimonio ya no es fuente creadora de mayores derechos sino el medio para establecer dicha paternidad. Por tal motivo, si la mujer está casada, el hijo tendrá por padre al marido según la ley, esta ventaja no la tiene el hijo no matrimonial.

El Artículo 199 del Código Civil se refiere a la presunción de paternidad y establece que: “El marido es padre del hijo concebido durante el matrimonio, aunque éste sea declarado insubsistente, nulo o anulable.”

Se presume concebido durante el matrimonio: “1°. El hijo nacido después de 180 días de la celebración del matrimonio o de la reunión de los cónyuges legalmente separados, y 2°. El hijo nacido dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio.”

Esta disposición comprende tanto al hijo concebido dentro del matrimonio como al concebido fuera de él, como sería el caso del hijo que nace después de celebrado el matrimonio y que había sido concebido antes de la fecha de dicho matrimonio; es un reconocimiento tácito del padre por el hecho de casarse con la mujer estando ésta embarazada.

En razón del tiempo de la gestación y ante la imposibilidad de poder fijarse con certeza el día en que un ser humano es concebido y toda vez que el matrimonio puede celebrarse después de ocurrido el hecho de la concepción, el legislador, para favorecer y

resolver sin lugar a dudas la situación del hijo que nazca después del matrimonio o de la disolución de éste, establece el plazo máximo y mínimo de duración del embarazo.

Contra la presunción contenida en dicho precepto legal, se admite la denominada impugnación de paternidad que sólo puede basarse en la prueba de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su cónyuge en los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento por ausencia, enfermedad, impotencia o cualquier otra circunstancia (Artículo 200. Código Civil).

En la protección del hijo la ley va más lejos. El Artículo 201 dispone que la impugnación de paternidad no puede tener lugar: 1º. Si antes de la celebración del matrimonio tuvo el marido conocimiento de la preñez; 2º. Si estando presente en el acto de la inscripción del nacimiento en el registro civil, firmó o consintió que se firmara a su nombre la partida de nacimiento; 3º. si por documento público o privado hubiese reconocido al hijo.

Es un principio legal que la filiación del hijo nacido después de los 300 días de la disolución del matrimonio podrá impugnarse por el marido, pero el hijo y la madre también tendrán derecho para justificar la paternidad de aquél (Artículo 202. Código Civil). En este caso el nacimiento ha ocurrido después de vencerse el plazo legal en que se presume la paternidad, en cuya virtud el presunto padre tiene ilimitado derecho para impugnarla, así como el hijo y la madre para justificarla.²⁵

El presente precepto, a diferencia del contenido en el artículo 201 del código, resulta bastante innecesario, puesto que el matrimonio ya se disolvió y el plazo de presunción de paternidad ha vencido. Ya no se trata de que el marido impugne la paternidad que se le atribuya, sino en buena lógica, que el hijo o la madre prueben la paternidad. Pudo redactarse el artículo invirtiendo los extremos personales del mismo; o bien, pudo suprimirse.

²⁵ Brañas, Alfonso, *Manual de derecho civil*, pág. 199.

El ejemplo de máxima protección al hijo se encuentra en la siguiente disposición: el marido no puede impugnar la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio alegando el adulterio de la madre, aún cuando ésta declare en contra de la paternidad del marido, salvo que se le hubiese ocultado el embarazo y el nacimiento del hijo, en cuyo caso sí podrá negar la paternidad probando todos los hechos que justifiquen la impugnación (Artículo 203 Código Civil).

Ahora bien, en cuanto a la prueba de la filiación, ha de entenderse que el medio probatorio está constituido esencialmente por la partida de nacimiento respectiva, y en su caso por la partida matrimonial.

Si se demandare la filiación o se impugnare la paternidad, todos los medios de prueba son aceptables (con cierta preeminencia de la prueba documental), según las circunstancias de cada caso y salvo la confesión de la madre en el caso previsto por el Artículo 203 del Código Civil.

La ley ha previsto que en caso de separación o disolución del matrimonio, la mujer que esté encinta deberá denunciarlo al juez o al marido, en el término de 90 días contados desde su separación o divorcio.

Asimismo, si la mujer quedare encinta a la muerte del marido, deberá denunciarlo al juez competente dentro del mismo término, a fin de que en uno u otro caso se tomen las disposiciones necesarias para comprobar la efectividad del parto en el tiempo legal y establecer la filiación (Artículo 206. Código Civil).

En el caso a que se refiere el Artículo 206, queda supeditada a comprobación la efectividad del parto, a efecto de mantener latente la presunción de paternidad establecida por la ley. Aunque ésta no lo dispone expresamente, es lógico suponer que el presunto padre pueda solicitar las medidas tendientes a verificar la efectividad del parto, con el objeto también de constatar la identidad del hijo.

“En el primer caso, la discusión judicial es sobre la paternidad o no paternidad del marido, en el segundo, sobre la realidad o falsedad del parto o sobre si el hijo que se presenta es o no el que dio a luz la mujer.”²⁶

Esta última circunstancia, por supuesto, da otro cariz al problema, puede entonces, y en primer término, comprobarse la efectividad del parto a fin de evitar la suposición del mismo; puede impugnarse la paternidad y puede impugnarse la identidad del hijo.

Asimismo, se habla de filiación extramatrimonial y se entiende la misma por filiación natural, entiende Rojina Villegas que es el vínculo que une al hijo con sus progenitores que no se han unido en matrimonio.²⁷

No basta la existencia del vínculo sanguíneo o familiar; ese vínculo debe constar fehacientemente, es decir, en el registro civil, ya por voluntad de los interesados (reconocimiento voluntario), ya mediante resolución (sentencia) judicial.

La única forma de determinar y constatar aquélla es el reconocimiento en alguna de sus dos modalidades llamadas reconocimiento voluntario y reconocimiento forzoso. El voluntario, que es el reconocimiento propiamente dicho, tiene lugar cuando el padre o la madre, conjunta o separadamente, hacen constar en forma legal que han tenido un hijo fuera de matrimonio, designándolo como tal.

El llamado reconocimiento forzoso tiene lugar cuando, a petición del hijo y en los casos determinados por la ley, la paternidad es declarada por los tribunales e impuesta a los padres.

²⁶ Planiol-Riper, **Respeto a la prueba de maternidad**, pág. 560.

²⁷ Rojina Villegas, Rafael, **Derecho civil mexicano**, pág 435.

Si existe matrimonio, el hijo tiene a su favor la presunción legal de paternidad. El marido es el padre del hijo mientras no se pruebe lo contrario.

Si no existe matrimonio, el hijo puede ser reconocido por el padre (reconocimiento voluntario); a falta de ese acto, se produce una reversión de la situación; debe probarse judicialmente la paternidad (reconocimiento forzoso).

En cualquier forma, los hijos procreados fuera de matrimonio gozan de iguales derechos que los hijos nacidos de matrimonio (y, por supuesto, tienen los mismos deberes y obligaciones); sin embargo, para que vivan en el hogar conyugal se necesita el consentimiento expreso del otro cónyuge (Artículo 209. Código Civil).

Debe tenerse presente que cuando la filiación no resulta del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba con relación a la madre, por el sólo hecho del nacimiento y con respecto al padre, por el reconocimiento voluntario o por sentencia judicial que declare la paternidad (Artículo 210. Código Civil), precepto que, como puede verse y resulta lógico, atribuye plenamente la maternidad por el sólo hecho del nacimiento y reconoce las antedichas dos clases de reconocimiento de la paternidad.

Por supuesto, no queda excluido el caso excepcional de que la madre reconozca al hijo, o bien, se demande la declaración de maternidad (por ejemplo, si no consta quién es la madre en la partida correspondiente del Registro Civil).

En consonancia con las doctrinas expuestas, el marido, por regla general, no puede desconocer al hijo concebido y nacido en el matrimonio, alegando adulterio de la madre y aún cuando ella declare contra la legitimidad.

El adulterio de la mujer, aún perfectamente probado, no es un hecho que por sí sólo establezca que la paternidad deba atribuirse al adúltero y no al marido; y no

pudiendo asegurarse con evidencia que el hijo pertenezca a un extraño; debe sostenerse el principio de que el padre es aquel que debe serlo por el matrimonio.

No es atendible la declaración de la madre porque ni ésta misma puede penetrar el misterio de la generación porque esa declaración puede ser apasionada y maliciosa de parte de la mujer que no tenga certeza más que de su falta y porque además está de por medio el derecho del hijo inocente cuyo estado civil no debe quedar a merced de declaraciones donde haya peligro de que sean sugeridas por las pasiones de sus padres. Pero si no se trata de la simple afirmación de la madre, sino de circunstancias que naturalmente no puedan explicarse sino por la ilegitimidad del hijo, como si la madre ha ocultado el nacimiento al marido, o ha acaecido cuando hace más de diez meses que él está ausente, entonces sí cabe el desconocimiento.

La ocultación del parto es indicio vehemente si no hay prueba palpable de la ilegitimidad, pues no hay razón ni interés para ocultar al marido el nacimiento de un hijo.

7.1.3.Reconocimiento voluntario.

El reconocimiento voluntario constituye la primera forma para poder establecer la paternidad y es por eso que a continuación se da un concepto de lo que se entiende por reconocimiento: “es el acto jurídico unilateral mediante el cual el padre declara la paternidad del hijo nacido fuera del matrimonio. Dicho reconocimiento otorga a los hijos el derecho de usar el apellido del progenitor.”

Al establecer el reconocimiento como acto declaratorio, se incluye dentro de dicho criterio también al reconocimiento forzoso, ya que la sentencia no es constitutiva de un estado sino que declara el mismo, pues en base a las pruebas el juez declara que una persona es hija de otra.

Las características que presentan el acto jurídico como reconocimiento-confesión son las siguientes:

- 1) **El reconocimiento es un acto individual, o sea, un acto estrictamente personal. La persona que confiesa y acepta la paternidad tiene el deber de cumplir con el conjunto de obligaciones puesto que cuando se acepta por parte del padre se crea un vínculo con el hijo, el primero debe proteger y velar por los intereses del segundo, lo que conlleva al cumplimiento de los deberes en beneficio de su hijo. Se ha establecido jurídicamente que el reconocimiento voluntario es una confesión y esa es su naturaleza como medio de prueba, de aquí se dice que la facultad de confesar la paternidad no puede delegarse ni puede ejercerse por otra persona aunque tenga representación que provenga de la ley. Aunque las facultades conferidas a un apoderado sean amplias, no puede hacerse el reconocimiento por su poderdante a un hijo engendrado que esté fuera del matrimonio, pero el reconocimiento se puede verificar por medio de un apoderado especial porque la confesión queda hecha en el instrumento en que se otorga el poder.**

- 2) **El reconocimiento tiene un carácter declarativo. El acto jurídico atributivo crea una situación nueva, constituye un derecho y la confesión establece en cambio una situación que ya existe. De esta manera se dice que al ser la confesión un medio de prueba, deja en claro el vínculo de filiación que existe desde la concepción por tener un carácter declarativo; el reconocimiento se retrotrae al momento de la concepción. En el reconocimiento no son necesarios los requisitos de validez de los demás actos jurídicos, lo único que se necesita es que el que confiesa entienda la importancia y finalidad del mismo.**

- 3) **Una tercera característica es que el reconocimiento es un acto irrevocable, es decir, que después de que una persona ha reconocido ser el padre de otra, no puede retractarse, igual que en la confesión, esto porque el reconocimiento es una confesión; el que confiesa su paternidad da cumplimiento a un deber moral, por eso el carácter irrevocable, ya que no se puede dar y quitar arbitrariamente, es decir, que desde el momento en que se ha dado trae como consecuencia el establecimiento de obligaciones por parte del padre y la irrevocabilidad del**

mismo es precisamente por eso, con la finalidad de proteger al hijo cuando ya el padre ha aceptado que existe el vínculo de filiación entre él y su hijo.

7.1.4. Formas de reconocimiento voluntario.

Nuestra legislación civil establece dos formas de reconocimiento de los cuales uno fue explicado anteriormente. En el presente párrafo se describirán las formas del reconocimiento voluntario.

El código civil, después de admitir las dos clases de reconocimiento (voluntario y forzoso), dispone que el reconocimiento voluntario puede hacerse:

1) En la partida de nacimiento por comparecencia ante el registrador civil (Artículo 211, inciso 1o.) o por acta especial ante el mismo registrador (Artículo 211. inciso 2o.)- (La redacción de la ley es impropia, pudo haber especificado con más claridad que el reconocimiento puede efectuarse cuando el mismo padre comparece al inscribir el nacimiento reconociendo la paternidad del hijo, y por acta especial ante el registrador civil cuando el reconocimiento se haga con posterioridad al asentamiento de la partida).

2) Por acta especial ante el registrador.

3) Por escritura pública (Artículo 211, inciso 3o.). Es lógica la exigencia de esa formalidad en razón de la importancia y trascendencia del acto de reconocimiento cuyos efectos inciden en los derechos sucesorios en el nombre, en la patria potestad, en la tutela, en la obligación alimenticia, etcétera. Además, resulta medio adecuado cuando el reconociente no tiene su domicilio en el lugar en donde fue inscrita la partida de nacimiento del hijo, puesto que le permite hacer el reconocimiento en lugar distinto.

4) Por testamento. Esta es otra forma solemne por la cual se puede reconocer a un hijo esencialmente por la propia solemnidad del acto testamentario. Ahora bien, debe tenerse presente que si bien lo normal es que el testamento se otorgue en escritura pública (testamento común abierto), puede otorgarse con intervención constatoria del notario pero no en escritura pública (testamento cerrado), o ante un oficial, bajo cuyo mando se encuentran los militares en campaña (testamento especial militar), o ante el jefe de la prisión en caso de necesidad, por el preso (testamento especial del preso), o ante las autoridades marítimas que indica la ley cuando se testa a bordo

durante un viaje marítimo (testamento especial marítimo) (Artículos. 960, 965, 967, 972. Código Civil), testamentos en los cuales también puede hacerse constar el reconocimiento del hijo, toda vez que la ley, si bien exige que se haga por testamento, no se refiere a ninguna forma específica de éste (Art. 211, inciso 4o.).

5) Por confesión judicial. Ésta puede obtenerse como prueba anticipada para preparar el juicio de filiación o como un medio de prueba en el curso del juicio (véanse Artículos 98 y 130 del Código Procesal Civil y Mercantil). Puede deducirse que el anterior podría denominarse un reconocimiento cuasivoluntario porque indudablemente la voluntad reconociente es decisiva para la configuración de esta forma de reconocimiento. En los casos previstos en los incisos 3o., 4o. y 5o. del Artículo 211 del código, debe presentarse al registrador civil testimonio o certificación del documento en que conste el reconocimiento para su inscripción y anotación de la partida de nacimiento respectiva.

La expresión testimonio o certificación del documento, ha de entenderse: testimonio de la escritura pública de reconocimiento de hijo, o del testamento si éste es común abierto, pues debe otorgarse en escritura pública (si se trata de otra clase de testamentos y ante el silencio de la ley, deberá interpretarse que es necesario presentar el documento original para mayor seguridad en la inscripción) y certificación del documento, cuando se trate de reconocimiento en confesión judicial o de reconocimiento forzoso, es decir, certificación extendida por el tribunal correspondiente. Los padres pueden reconocer al hijo conjunta o separadamente (Artículo 214 del Código Civil).

En el primer caso, ambos comparecerán simultáneamente a otorgar el documento; en el segundo, lo harán por separado, en documentos distintos, no importa si el mismo día o en cualquier otro posterior al primer reconocimiento.

Cabe mencionar que existe un principio fundamental con respecto al reconocimiento de los hijos el cual reza:

El reconocimiento de un hijo no es revocable por quien lo reconoció; y si consta en testamento, y éste es revocado, no se tiene por revocado el reconocimiento, el cual tampoco puede sujetarse a ninguna modalidad (Artículo 212 del Código Civil).

Esta es una disposición sumamente protectora del hijo y que tiene por objeto evitar toda incertidumbre futura respecto a la paternidad o a la maternidad.

La calidad del hijo legalmente establecida por el reconocimiento, no puede quedar sujeta a cambios por la voluntad de quien asume la calidad de padre. La paternidad, o en su caso la maternidad, si de la mujer se tratare, desde luego que existe la excepción de que los menores de edad no se pueden reconocer hijos sin el consentimiento expreso de sus padres, quienes ejercen su tutela o a falta de los anteriores, autorización judicial (Artículo 217. Código Civil), este precepto cobra sentido cuando se puede analizar que los menores de edad no cuentan con la capacidad psicológica para asumir una responsabilidad de tal magnitud, por lo cual se encuentra protegida tal circunstancia por la ley.

7.1.5. La declaratoria judicial de paternidad.

La normativa familiar ha surgido como avance requerido por la misma realidad social para darle mayor credibilidad a la administración de justicia con el fin de solucionar problemas que surjan de las relaciones familiares.

El proceso de familia es oral, existe mayor celeridad, son procedimientos cortos por su misma naturaleza y sus fases son secretas.

En nuestro país no se ha realizado ninguna declaratoria judicial de paternidad cuando el hijo no ha nacido por no existir en el país el equipo necesario para practicar las pruebas científicas que determinen la paternidad, las cuales son sumamente delicadas; en consecuencia, resultaría para la parte que lo pide grandes costos económicos, trasladar a la mujer embarazada al extranjero a practicarse dicha prueba, en caso de que cuenten con los medios para realizarlo válidamente se podría; de la misma manera de que se envían las muestras de sangre a España para realizar las pruebas de ADN, ésta se practica cuando el hijo ya ha nacido, con el objeto de tener la certeza jurídica de asignar una filiación verdadera.

Por las razones anteriores, la declaratoria judicial de paternidad no procede cuando el niño no ha nacido, aunque la ley ha dejado abierta la posibilidad de interponer la demanda para que se haga efectiva la tutela del derecho porque de no ser así, se le estaría privando al no nacido de gozar de el derecho de que sea reconocido judicialmente por su padre, pues en el período de la gestación, es la etapa determinante donde necesita una adecuada alimentación y un control para prevenir consecuencias físicas, mentales y emocionales. Por ello se hace necesario mencionar que en la legislación familiar para establecer la paternidad en el hijo no nacido, queda solamente a voluntad del supuesto padre; si éste acepta, se concretiza el derecho en el reconocimiento voluntario, es por ello que es sumamente necesario recurrir al reconocimiento judicial o reconocimiento por declaración judicial, y tiene lugar cuando a petición del hijo y en los casos determinados por la ley, la paternidad es declarada por los tribunales e impuesta a los padres. No se trata, en realidad, de un reconocimiento forzoso o judicial: se trata de una declaración judicial de filiación.

El hijo que no fuere reconocido voluntariamente, tiene derecho a pedir, en la vía judicial, que se declare su filiación y este derecho nunca prescribe respecto de él. (Artículo 220 del código). Lo anterior garantiza legalmente que el hijo no reconocido pueda por la ley solicitar a los tribunales una declaración sobre su paternidad.

Dispone el código que la paternidad puede ser judicialmente declarada:

a) Cuando existan cartas, escritos o documentos en que se reconozca (Art. 221, inciso. 1o. Código Civil) Surge la duda, por la redacción de ese precepto, en el sentido de si es necesario que el reconocimiento conste expresamente.

Puede afirmarse que por la redacción del referido precepto del código vigente, debe entenderse la necesidad de que la carta o escrito contenga el reconocimiento de la paternidad aunque no necesariamente en términos categóricos, como por ejemplo, expresar que se reconoce al hijo por nacer o no nacido.

b) Cuando el pretensor se halle en posesión notoria de estado *de hijo del presunto* padre (Art. 221, inciso. 2o. Código Civil) Posesión notoria de estado quiere decir

que al hijo únicamente le falta que su calidad de tal sea declarada y conste en el registro civil.

c) En los casos de violación, estupro o raptó, cuando la época del delito coincida con la de la concepción. (Art. 221, inciso. 3o. Código Civil)

d) Cuando el presunto padre haya vivido maridablemente con la madre durante la época de la concepción (Art. 221, inciso 4o. Código Civil). Para su efectividad, el propio código establece una presunción en el Artículo 222, disponiendo que se presume hijos de los padres que han vivido maridablemente: lo. Los nacidos después de 180 días contados desde que iniciaron sus relaciones de hecho; y, 2o. Los nacidos dentro de los 300 días siguientes al día en que cesó la vida común.

Hay que hacer notar que la similitud de esta presunción con la establecida en el Artículo 199, respecto a la paternidad en el matrimonio y con la establecida en el Artículo 182, inciso lo del Código Civil, para la unión de hecho inscrita en el registro.

El momento para entablar la acción de filiación se puede establecer de acuerdo a lo siguiente: sólo en vida del padre o de la madre contra quien se dirija, salvo: 1) cuando el hijo sea póstumo; 2) cuando la persona contra quien se dirija la acción hubiese fallecido durante la menor edad (minoridad) del hijo y 3), en los casos mencionados en el Artículo 221 (o sea en los casos en que la paternidad puede ser judicialmente declarada (Artículo 224 del Código Civil).

Con respecto a la acción concedida a la madre a ser indemnizada del daño moral en los casos de acceso carnal delictuoso o de minoridad al tiempo de la concepción (Artículo 225 Código Civil) y también a la declaratoria a que se refieren los incisos 3o. y 4o. del artículo 221, no procederán en los casos siguientes: 1) si durante la época de la concepción la madre llevó una vida notoriamente desarreglada, o tuvo comercio carnal con persona distinta del presunto padre y 2), si durante la época de la concepción fue manifiestamente imposible al demandado tener acceso carnal con la madre (Artículo 226. Código Civil).

CAPÍTULO IV

8. Análisis de los resultados de la investigación de campo sobre los derechos del no nacido en la legislación guatemalteca.

8.1. Análisis de datos.

8.1.1. Medición del planteamiento del problema.

El desarrollo del tema objeto de estudio “Los derechos del no nacido en la legislación guatemalteca” tiene como fin primordial la regulación de la protección a la vida desde el instante de la concepción garantizado en el Artículo. 3. de la Constitución Política de la República, de lo que también se encuentran disposiciones protectoras del ser gestación en el Código Civil; sin embargo, el estar estos derechos establecidos en la ley, no son aplicables en su totalidad porque existe desconocimiento en la sociedad de los mismos, ya que la mayoría de mujeres que necesitan de la protección de estos derechos se encuentran desamparadas, solas y muchas veces las únicas responsables del hogar, que por desconocimiento no ejecutan la acción correspondiente, desprotegiendo de esta manera los intereses del hijo por nacer.

En relación a la medición del planteamiento del problema, se formularon interrogantes para darles respuesta en el transcurso de la investigación doctrinaria, práctica y de campo, al igual que en el desarrollo capitular. En primer lugar se tiene la siguiente pregunta: ¿En qué medida la realidad cultural de la mujer incide para que se garanticen o irrespeten los derechos del no nacido?

Efectivamente la práctica de valores en la mujer es determinante en la protección a la vida del ser en gestación, puesto que cuando se tienen hay consideración y existe el miedo de transgredirlos por el temor a Dios para el caso de practicarse abortos, ya que se sostiene que la vida es creación del mismo y que sólo él puede quitarla, pues al hacerlo se violentaría el derecho que tiene todo ser humano, el cual crea con posteridad en la persona un arrepentimiento que conlleva a no volver a cometer tal acto repudiado, protegiendo así al nuevo ser.

En la investigación de campo, de la muestra poblacional, la mayoría de personas consideran que la falta de práctica de valores hace que se irrespete el derecho humano fundamental, puesto que ésta genera falta de consciencia sobre el valor de la vida y la protección que debe tener el ser humano en los derechos que le corresponden en su gestación, principalmente la mujer es la que debe respetar los principios difundidos a través de la moral y la religión para proteger al no nacido, no olvidando que está dentro de ella y que es un ser diferente.

Como una segunda pregunta está la siguiente: ¿Qué implicación jurídica familiar-penal tendrá cuando se violenta un derecho que le corresponde al no nacido siendo la madre responsable del acto?

Existe implicación, pues la vida es el bien jurídico tutelado por el Estado y cuando ésta es violentada se pone en movimiento el órgano persecutorio y más aún cuando el atentado es contra un ser humano indefenso, subsiste de otra persona, la madre; por tal circunstancia ella no puede disponer de su existencia, de hacerlo caería en un ilícito penal; en ese sentido, en la ley primaria superior se consideró en el Artículo 3: protección a la vida desde el instante de la concepción, pues ha sido alarmante el alto índice de abortos en los últimos años y es así como se penalizan todo tipo de aborto en el código penal, no dejando ninguna salida para su práctica regulada, a excepción del aborto terapéutico.

Otra de las interrogantes planteadas es: ¿Qué vinculación de cooperación existe para que se reconozcan en la práctica los derechos del no nacido por las instituciones protectoras de la vida y los tribunales de familia?

En nuestro país se determinó por medio de la investigación de campo realizada en los jueces de familia, de que no existe la cooperación entre los tribunales de familia y las instituciones orientadas a tal fin para que se dé un efectivo cumplimiento de los derechos para el no nacido, pues algunos de los cuales funcionan ineficientemente y los beneficios que han aportado han sido únicamente para impulsar algunas acciones en el sentido de hacer que se respete la vida del no nacido; por ello no se considera una estrecha

relación con el trabajo realizado en el tribunal de familia, pues éste trata de dar la aplicabilidad de derechos consagrados en la ley que son gestionados por la madre del ser humano por nacer.

Las instituciones protectoras de la vida fueron creadas por la iniciativa social para defender un derecho humano tan fundamental, especialmente el caso del ser indefenso, el cual necesita ser protegido por su familia principalmente y subsidiariamente la sociedad y el estado, pero en nuestro medio poco o nada hacen estas agrupaciones para velar por el respeto de los derechos al no nacido.

En cuanto a la interrogante: ¿Qué asistencia jurídica se le proporciona a la madre como gestora para que haga cumplir los derechos del no nacido?

La única asistencia que se le brinda a la madre como gestora de los derechos del ser que lleva en su vientre, es el de buscar por las vías legales ser protegida económicamente por el padre de su hijo, dirimiendo el conflicto en los tribunales de familia correspondiente, pues es también un derecho del hijo el ser reconocido por sus progenitores, en ese sentido, la mujer embarazada debe buscar protección en el período pre y post-natal para que el ser en gestación cuente con los debidos cuidados de alimentación necesarios para su subsistencia, pero en realidad no existen, pues en Guatemala no se cuentan con resguardos a la mujer embarazada que brinden las condiciones necesaria para su subsistencia y de el ser que lleva en su vientre. Algunas veces esto es causa de las prácticas abortivas por encontrarse desprotegidas de la familia principalmente y subsidiariamente por la sociedad y el estado.

Como última interrogante planteada está: ¿Cómo serán concretizados en la realidad los derechos del ser en gestación, siendo ya sujeto protegido de los mismos por manifestación de ley?

Los derechos del no nacido ya están concretizados en el Código Civil manifestados desde la Constitución de la República, protegiendo la vida desde la

concepción; en la realidad estos derechos se concretizan haciendo uso de los mismos que le asisten a la mujer embarazada y a su hijo no nacido al hacerse responsable el padre y al accionar todas y cada una de las instituciones obligadas a preservar estos derechos.

8.1.2. Medición de hipótesis:

En el desarrollo del trabajo de investigación se plantearon hipótesis generales de las cuales se han comprobado de una forma total o parcial, siendo la primera: **“si la sociedad guatemalteca y el estado de Guatemala utilizando sus valores y cumpliendo con sus responsabilidades legales, se concientizaran del valor de la vida, se brindaría más protección a los no nacidos en Guatemala.”**

Esta hipótesis se logró comprobar mediante la investigación de campo en forma total, pues en su mayoría de la muestra poblacional encuestada son del criterio que la vida humana tiene un valor fundamental, por lo tanto, debe ser respetada y protegida por la sociedad desde el mismo instante de la concepción.

Se ha considerado por la ciencia que la vida tiene un origen único desde que se da la fecundación, ya que desde ese momento el ser humano ya cuenta con sus características propias donde cada uno de los padres ha aportado el 50% de los cromosomas necesarios para su formación y lo único que se necesita es tiempo y las condiciones necesarias para su desarrollo. Por todo lo anterior, se considera que ya existe una persona independiente de la madre pero unido temporalmente a ella, por esa razón es que este nuevo ser tiene derechos especiales que están orientados básicamente para su protección y cuidados en el período de gestación. En ese sentido, en la protección de la vida del no nacido es importante pues, el valor que la sociedad tenga de la vida, genera que se dé un mayor respeto a los derechos de este ser.

La segunda hipótesis general se planteó de la siguiente manera: **“Con el acoplamiento jurídico de nuestra constitución política de la república, nuestro código civil, los tratados internacionales, el derecho comparado, la doctrina y en sí todos los aspectos estructurales sociales, el estado guatemalteco protegería más efectivamente al no nacido,**

cumpliendo de esa forma con uno de sus fines primordiales”: (La protección de la vida y la preservación de la Especie).

Esta hipótesis se cumplió en forma parcial con la investigación teórica y de campo. En la primera existe una armonía no completa, pues en la aplicación de las disposiciones legales en primer lugar no se le da preeminencia a la constitución y se aplica antojadizamente, y existen casos en los cuales se insiste en no otorgarle categoría de persona humana al ser concebido.

En este sentido, existe armonía entre los tratados internacionales y la constitución porque regulan una protección integral al no nacido, protegiendo de esta manera la vida, cumpliendo con el precepto constitucional; en la investigación de campo no existió una opinión unánime en cuanto a que sí existe una armonía entre las leyes. Algunos consideran que integración existe, lo que no hay es una verdadera aplicación.

8.1.3. Medición de los supuestos:

A continuación se analizan los supuestos siendo el primero: **“Con la vinculación de cooperación que existe entre las instituciones protectoras de la vida y los tribunales de familia se dará mayor respeto a la vida del no nacido.”**

De acuerdo a lo investigado en el trabajo de campo, se comprobó que no existe vinculación ni cooperación entre las instituciones protectoras de la vida en Guatemala. Fueron unánimes en responder que no se da un trabajo integrado para dar un efectivo cumplimiento de la ley. Estas organizaciones a favor de la vida, jugaron un papel determinante al impulsar programas de protección a la mujer embarazada cuando está desamparada.

Segundo supuesto: **“En la medida en que tenga valores culturales, religiosos, sociales y económicos la mujer guatemalteca, así se garantizarán o se violentarán los derechos del no nacido.”**

En nuestro medio, la práctica de valores se debe inculcar en la formación de la persona desde su niñez y esta labor debe empezar desde el hogar y la escuela, las mujeres que practiquen valores tanto religiosos como valores morales, cultivan principios que conducen a respetar los derechos de los demás.

En el tema de investigación hemos comprobado que los padres son los más involucrados en el cuidado de sus hijos, por ello es que se ha dado la creación de leyes en beneficio de la mujer, las cuales protejan los derechos que tiene ésta en el tiempo de gestación y para el padre se traducen en obligaciones establecidas en la ley. Esto se comprobó por medio de la encuesta hecha a la sociedad en general.

La práctica de valores en la mujer guatemalteca genera una garantía para la protección de los derechos del no nacido. En la muestra una cantidad considerable de entrevistados estima que las mujeres que ponen en práctica los valores morales y religiosos garantizan que se respete principalmente el derecho a la vida del no nacido, pues es la madre quien debe protegerlo primordialmente por tratarse de un ser indefenso dependiendo de su cuidado para que nazca en las condiciones necesarias que le permitan desarrollarse normalmente; de tal manera ser una persona útil a la sociedad.

Tercer supuesto: “En la medida que exista responsabilidad paternal, mayor será el grado de protección en los derechos del ser en gestación.”

A través de la investigación teórica se comprobó que con el reconocimiento voluntario y judicial se genera protección para los derechos del niño no nacido, ya que el hombre se responsabiliza a satisfacer las necesidades básicas del ser humano en gestación, pues ante la ley el hombre se obliga a velar por la salud, la alimentación y a brindar una protección integral en el período de gestación, como se ha desarrollado en los tipos de reconocimiento.

Con la investigación de campo, a través de la entrevista estructurada, se pudo comprobar que la responsabilidad paternal es factor determinante para que se violenten los derechos del no nacido porque éste necesita de los cuidados y protección, tanto económica como emocional de su padre. A través de la encuesta dirigida a la sociedad en general, la mayoría de la muestra poblacional es de la opinión que el hijo necesita de la protección de sus progenitores.

8.1.4. Medición de los objetivos:

La investigación del tema se ha fundamentado en objetivos generales y específicos contemplados en el proyecto, los cuales han orientado el estudio de la tesis desde su inicio hasta su final, influyendo en una percepción objetiva de los hechos que son de relevancia en la vida jurídica; los generales constituyen un antecedente histórico de la investigación, mientras que los específicos constituyen la base concreta de la misma.

Como primer objetivo general tenemos: **“Investigar los fundamentos jurídicos, históricos, sociales y económicos que dieron origen a la protección y regulación de los derechos del no nacido.”**

Apoyándose en la investigación realizada en la doctrina como en la práctica, se ha planteado que dentro de las bases históricas que dieron origen a la creación de normas protectoras para el no nacido, se hace necesario tomar en cuenta la forma que daba el derecho civil. Establecía una protección que no estaba de acuerdo a las necesidades surgidas dentro de la sociedad y principalmente dentro de la familia. No establecía una protección integral para el ser humano en gestación, sin regular también los derechos que correspondían a la mujer en estado de gravidez, que en forma indirecta constituye la protección del derecho a la vida de su hijo.

Con la urgente necesidad de crear una normativa que estableciera garantía al ser humano en gestación, fue como surgió la normativa familiar en el código civil como la forma de garantizar algunos derechos, ya que en nuestro país había tomado el compromiso de proteger por medio de instrumento suscritos por el mismo.

Segundo objetivo: “Determinar en qué grado influyen los aspectos estructurales en el respeto o violación de los derechos del no nacido en nuestra legislación.”

Tras el trabajo de campo se llegó a comprobar que el aspecto social, económico y político, tomados como aspectos estructurales, son determinantes en el respeto y protección de los derechos del no nacido en nuestro país. Se ha llegado a establecer que las condiciones precarias en las que viven muchas familias, la irresponsabilidad de los maridos, el machismo, la falta de educación y así miles de factores más contribuyentes a la violación de los derechos del no nacido, pues dichos factores o condiciones precarias influyen en las decisiones fundamentales de la familia y las parejas, como por ejemplo traer al mundo a un futuro ser que se encuentra en gestación.

Tercer objetivo: “Establecer si efectivamente se respetan los derechos del no nacido en nuestra legislación y en nuestra realidad social.”

Lógico es pensar que tras vivir condiciones precarias a nivel estructural, el respeto a los derechos personales y a las normas jurídicas no se evidencie. En el trabajo de campo se pudo comprobar de acuerdo a la opinión de varios entrevistados que los derechos del no nacido no se protegen en nuestro país ni siquiera por parte del estado, el cual es el principal obligado a proteger las garantías individuales de sus habitantes.

Cuarto objetivo: “Determinar si el Estado cumple su obligación de respetar y garantizar la vida como lo manda nuestra constitución política de la república de Guatemala.”

Efectivamente ya se mencionó tal situación, pero no está de más hacer hincapié que el Estado increíblemente es uno de los principales violadores de la vida, como ejemplo podemos citar tantos años del terror de Estado que se apoderó de nuestra sociedad y que lamentablemente existen aún resabios de dicho momento histórico que tanto nos golpeó, es por ello que es fácil establecer a través de las entrevistas, la opinión de las

personas acerca del incumplimiento del Estado con la protección, respeto y garantía de los derechos del ciudadano.

8.2. Consideraciones.

8.2.1. Nivel jurídico.

Al referirse al ámbito jurídico en los derechos del no nacido, novedosamente los mencionados forman parte de una regulación que la constitución de la república ya regulaba, en su Artículo 3, mencionando fundamentalmente el derecho a la vida, y a raíz de una serie de luchas, debido a la suma alarmante de abortos en el país, aunado a la cantidad de clínicas clandestinas en su práctica, es lo que dio origen a que se preocuparan más con respecto al presente tema, en el cual se encuentra intrínseco el respeto a la vida desde su concepción. (Artículo 3 de la Carta Magna). Los derechos del no nacido ya los protegía la convención sobre los derechos del niño ratificados por Guatemala; el Código Penal también contiene disposiciones que penaliza casi todo tipo de aborto desde el Artículo 130 y siguientes.

8.2.2. Nivel económico.

Dentro de lo que se considera el factor económico, es importante en nuestra realidad social y particularmente en la que respecta a la mujer embarazada, pues en nuestro medio la mayoría de veces la mujer se encuentra sola constituyendo así la categoría de madre soltera, siendo la única responsable del hogar y tiene que buscar los medios para que se cumplan las garantías que la ley establece en beneficio de su hijo, ya que ésta ante tal situación, tiene que hacer efectivo el cumplimiento de sus pretensiones a los tribunales de familia. Nuestra realidad económica es difícil, puesto que el estado guatemalteco no pone en la práctica programas de protección para la mujer en estado de gravidez, lo que debería de dársele cumplimiento por medio de políticas que generen una situación económica diferente. Es necesaria la creación de fuentes de trabajo, mejorar el precio de los productos de la canasta básica, generar políticas de salud en programas de aplicación práctica que protejan la salud y la vida del nuevo ser en formación; todo lo

anterior, en gran medida vendría a beneficiar la protección de derechos para la madre y su hijo.

8.2.3. Nivel social.

La sociedad ha jugado un papel muy importante en las reformas a las leyes, pues es el caso, de los grupos pro-vidas que están formados por personas de la sociedad civil guatemalteca, que se preocupan en la protección de los derechos del no nacido. También se puede observar que existen agrupaciones que velan para que no se maltrate ni física ni moralmente a la mujer, incluso en la capital de la república cuentan con sus propias instalaciones donde ayudan a las mujeres maltratadas en darles asesoría de cómo lealmente pedirle una cuota alimenticia al padre de su hijo, para el caso del tema objeto de estudio.

8.2.4. Nivel político.

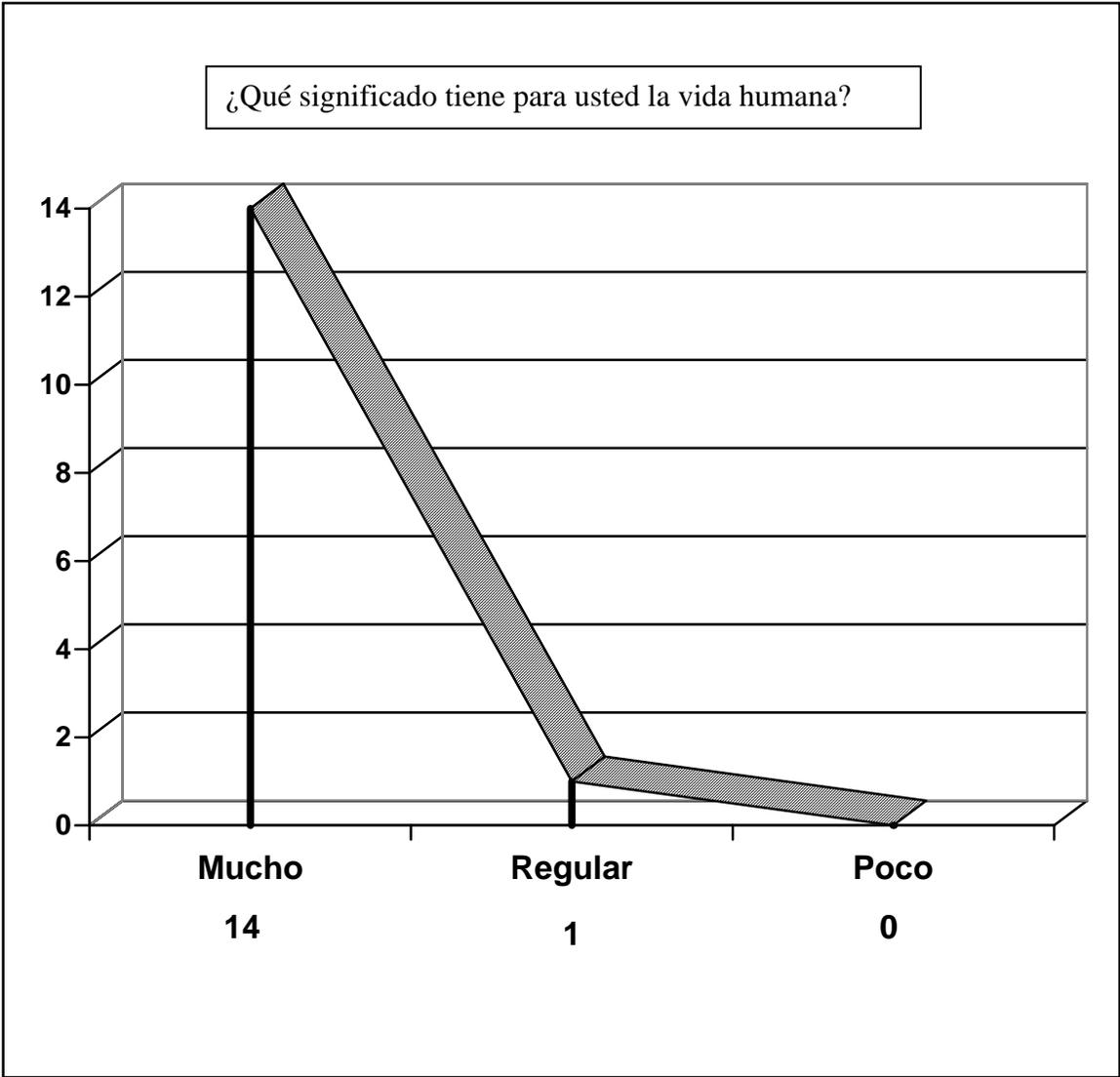
La protección que genera el estado guatemalteco a través de la creación de leyes y políticas que beneficien a los intereses de la persona y para el respeto de derechos humanos, ha sido en los últimos tiempos de mucha importancia. En el país los problemas se generan a partir de que aquellos no tienen un campo de aplicabilidad práctico y muchas veces se da la creación de los mismos, pero en la ejecución hay problemas por el hecho de que no se han creado las instituciones necesarias.

El Artículo 3 ha sido objeto de crítica, ya que los legisladores al darle la categoría de persona humana al no nacido, establecieron derechos que todavía no le correspondían. Esto se ha generado por no medir las consecuencias que causaría en la aplicación de las leyes secundarias. Lo anterior deja en claro que es necesario que los legisladores deben hacer un estudio profundo sobre las posibles consecuencias que trae la creación de una ley. En nuestro medio existe falta de capacidad en las personas creadoras de las leyes.

8.2.5. Nivel cultural.

La cultura ha formado parte de nuestro objeto de estudio básicamente como uno de los pilares de la investigación, sirviendo para medir objetivos e hipótesis. Es muy importante averiguar el grado de cultura que tenga la población para valorar el nivel de formación moral y espiritual en su actuar, pues constituye un valor en el ser humano para la protección de la vida tutelándola desde la concepción, desde ahí comienza a desarrollarse un nuevo ser humano con características únicas, un ser irrepetible; tanto la iglesia, como las ciencias más avanzadas y las leyes modernas, comparten el criterio de que la vida comienza desde la concepción; por tal razón, se trata de infundir el verdadero valor de la vida, cultivando la moral y la religión desde el inicio de su educación para que en un futuro sean proteccionistas de los derechos.

ENCUESTA DIRIJIDA A JUECES DE FAMILIA

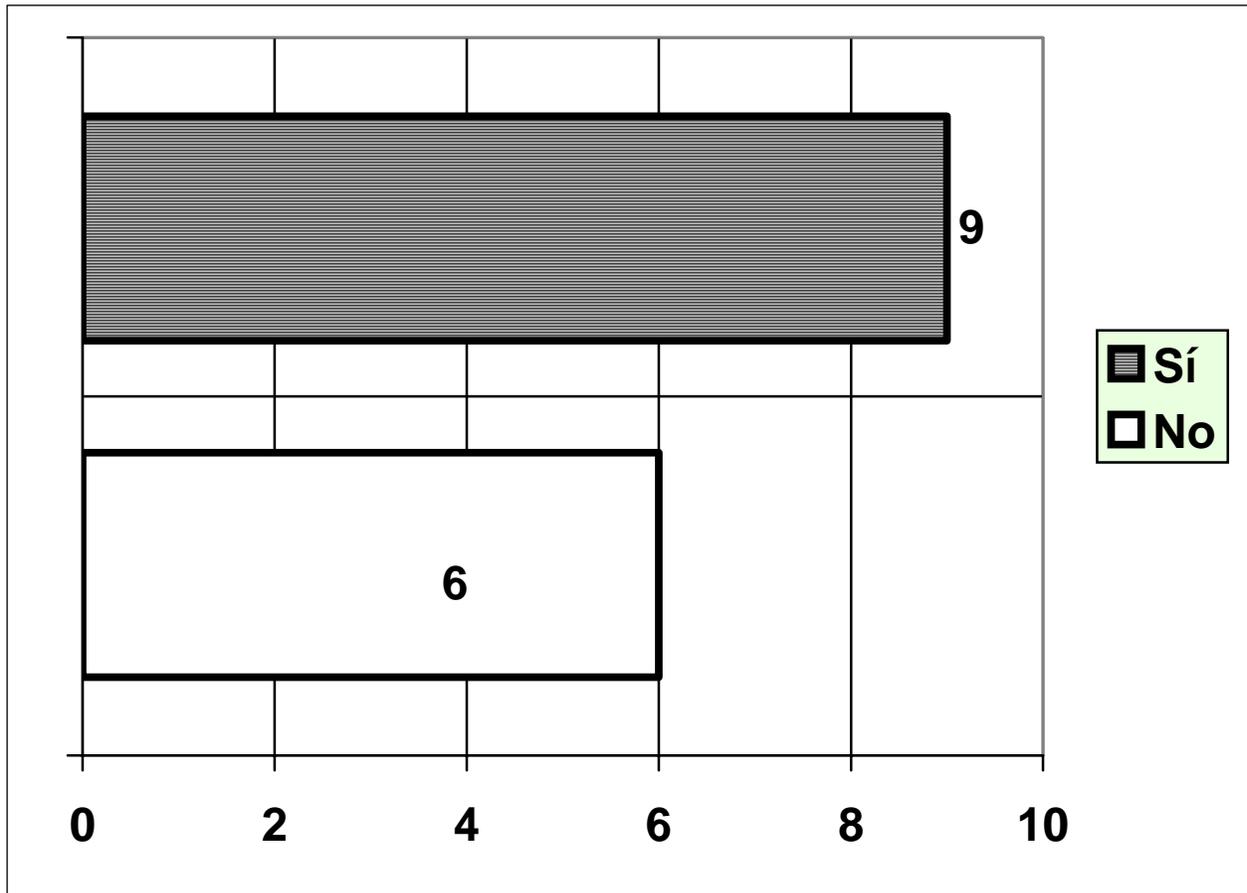


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 1.

En la presente gráfica podemos comprobar que el significado de la vida es vigente entre la opinión de los señores jueces, por lo que es de trascendental importancia dicho criterio al momento de respetar el derecho a la vida del ser humano.

Desde su punto de vista, ¿cree que la existencia legal de la persona humana inicia con la concepción?

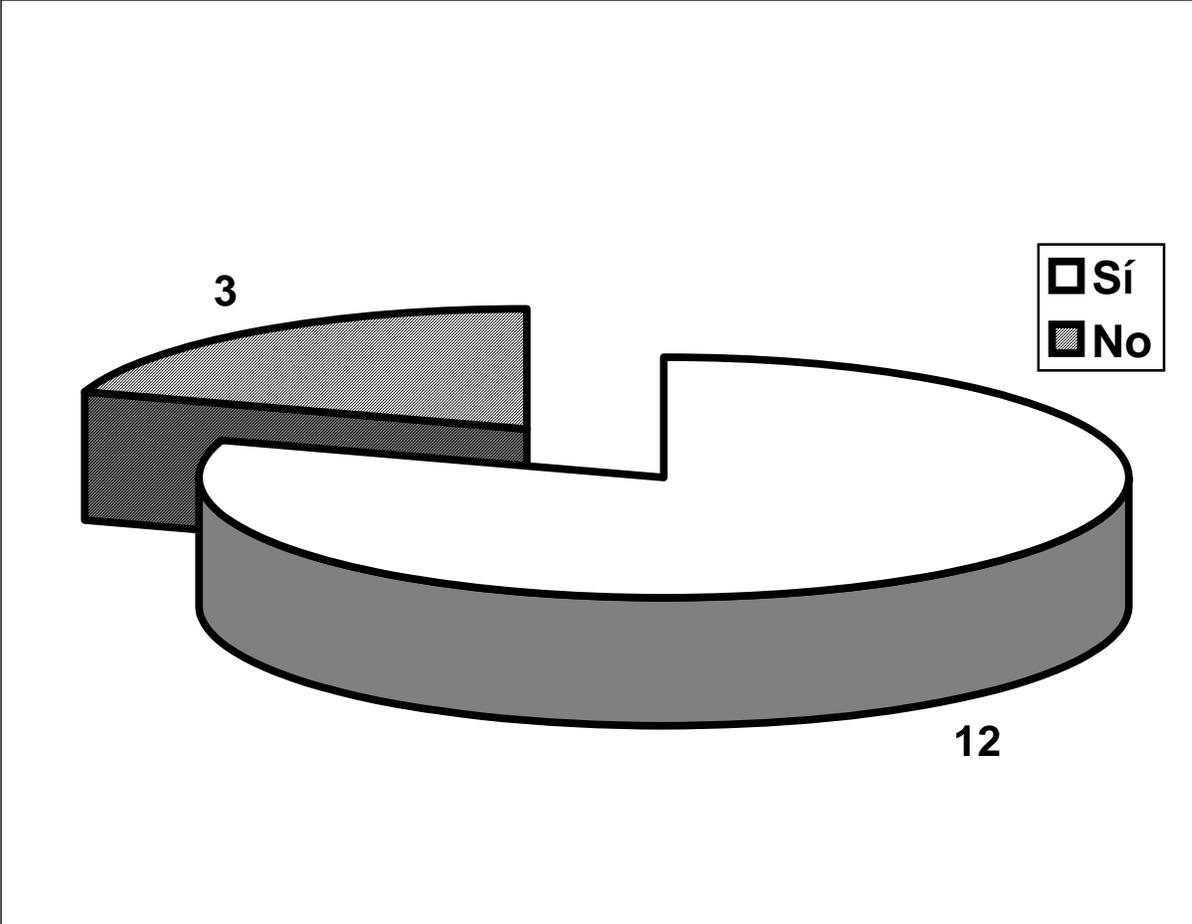


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 2

La presente gráfica refleja una opinión más o menos dividida sobre el inicio de la existencia. Considero que aún en nuestra sociedad no se tiene claro en qué momento realmente comienza la vida del ser humano.

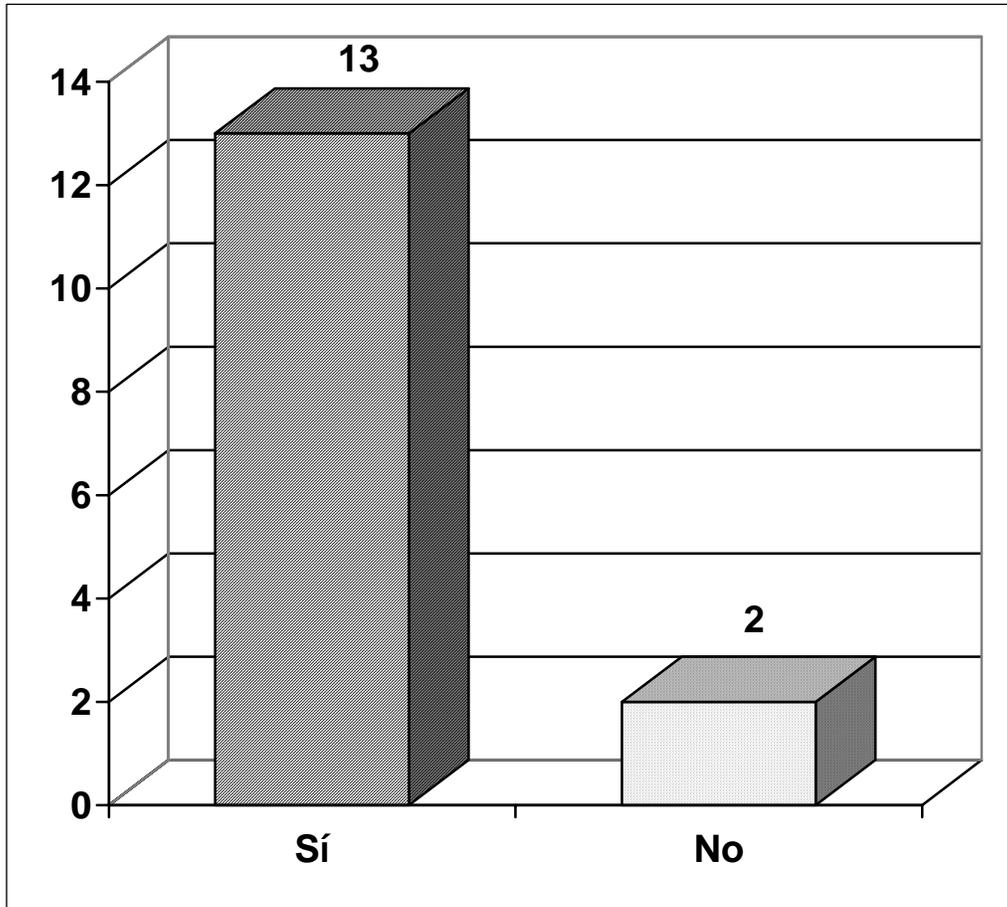
¿Considera usted que en la medida que la sociedad guatemalteca se conscientizara del valor de la vida humana, tendrá más protección el no nacido y su madre?



Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 3
La presente gráfica refleja que existe el criterio en los señores jueces que es importante la conscientización, no sólo de ellos sino también de toda la sociedad en el respeto de los derechos del no nacido.

¿Cree usted que serían necesarias reformas en las normas de los tratados internacionales y leyes ordinarias que regulen que el no nacido es persona humana para que se armonicen con el Artículo 3°. de nuestra constitución?

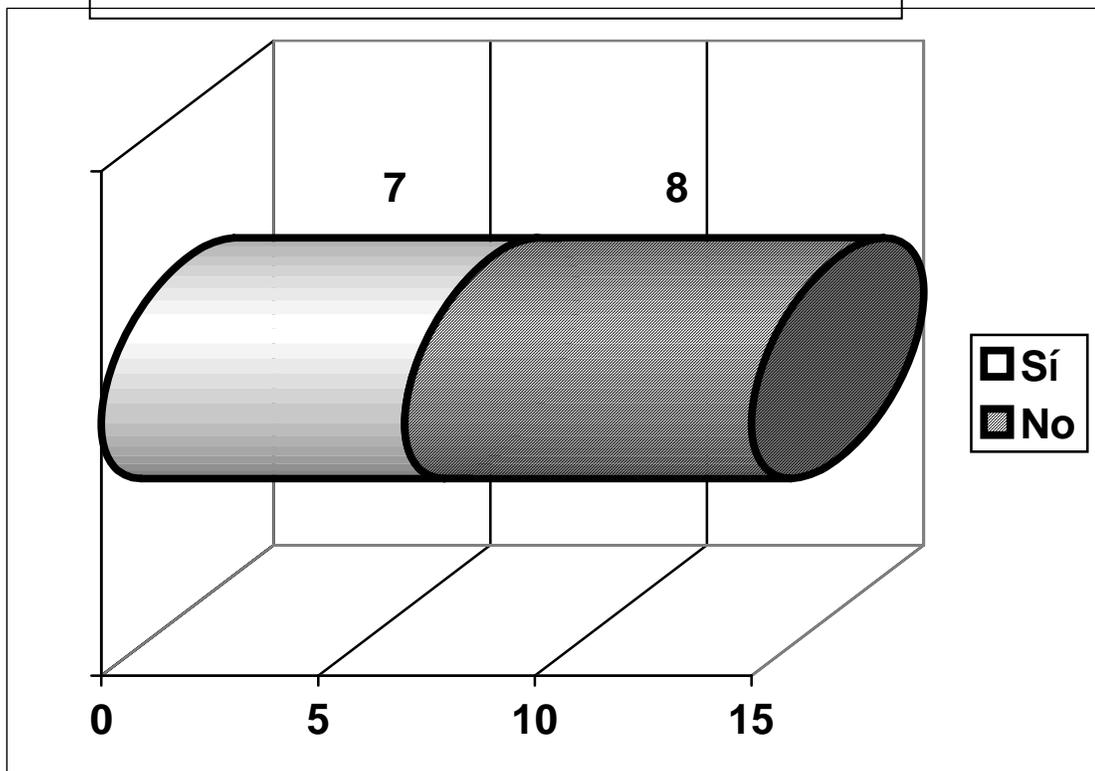


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 4

En esta gráfica se expresa claramente el deseo de la armonización legal que debe existir entre los cuerpos legales que regulan la protección de los derechos del no nacido. Es evidente que los señores jueces guardan el criterio que en la medida de que exista coordinación y armonización entre normas legales, es más fácil y eficaz su aplicación.

A su criterio, ¿cree que el estado cumple con las políticas y normas legales de protección para con el no nacido?

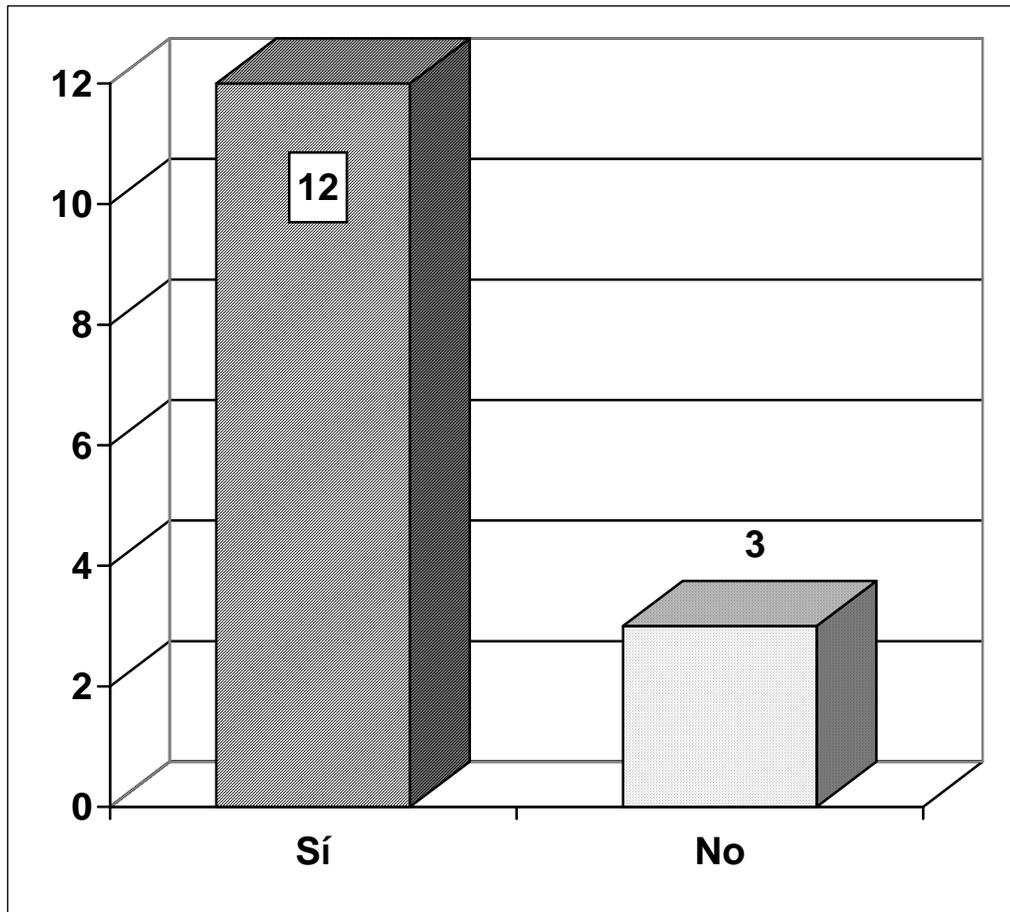


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 5

La presente gráfica refleja el criterio dividido de los señores jueces con respecto al cumplimiento por parte del Estado en las políticas y normas jurídicas de protección al no nacido; es obvio que algunos no están conscientes que el estado cuenta con deficiencias en dicha materia, o simplemente no les conviene desvirtuar su función judicial como parte del Estado que ellos son.

A su criterio, ¿cree que sería necesario dar una mayor divulgación de los derechos del no nacido para que se cumpla efectivamente las disposiciones legales que los protegen?

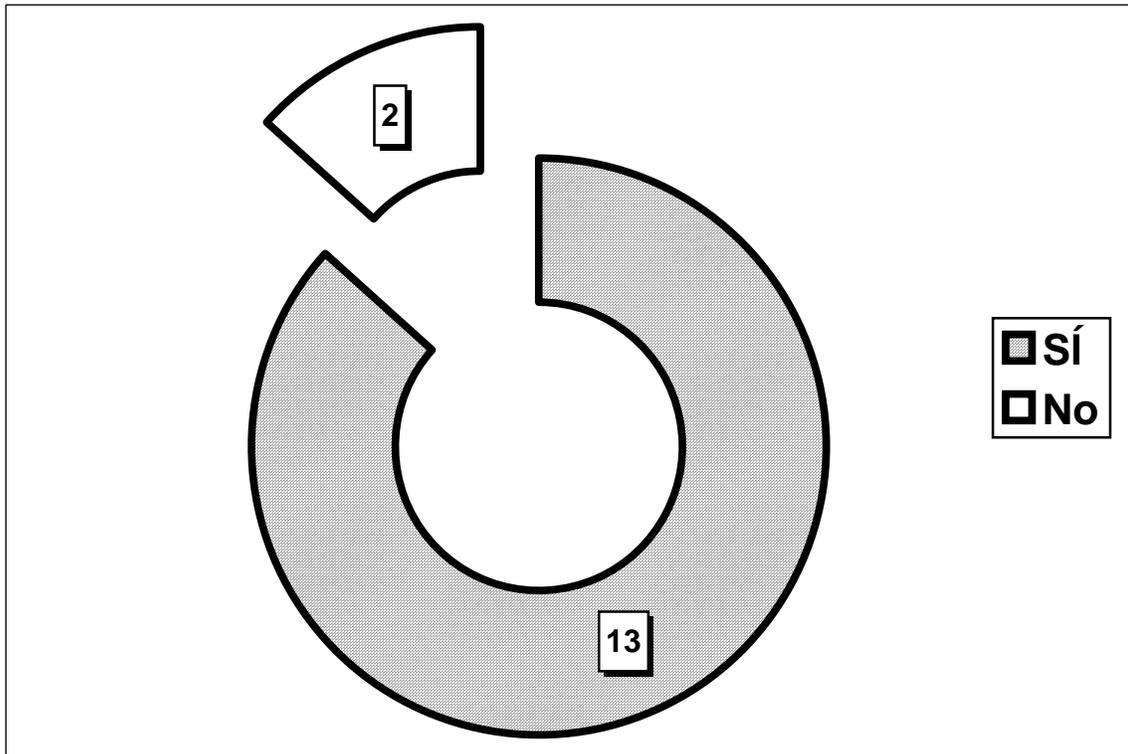


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 6

La presente gráfica refleja la opinión que tienen los señores jueces de la importancia que significa la divulgación de los derechos del no nacido en el respeto y protección de los mismos. Sería positivo que los diferentes medios de comunicación lanzaran campañas de conscientización y divulgación de los mismos.

¿Considera que el establecimiento de la paternidad contribuye a respetar los derechos del no nacido?



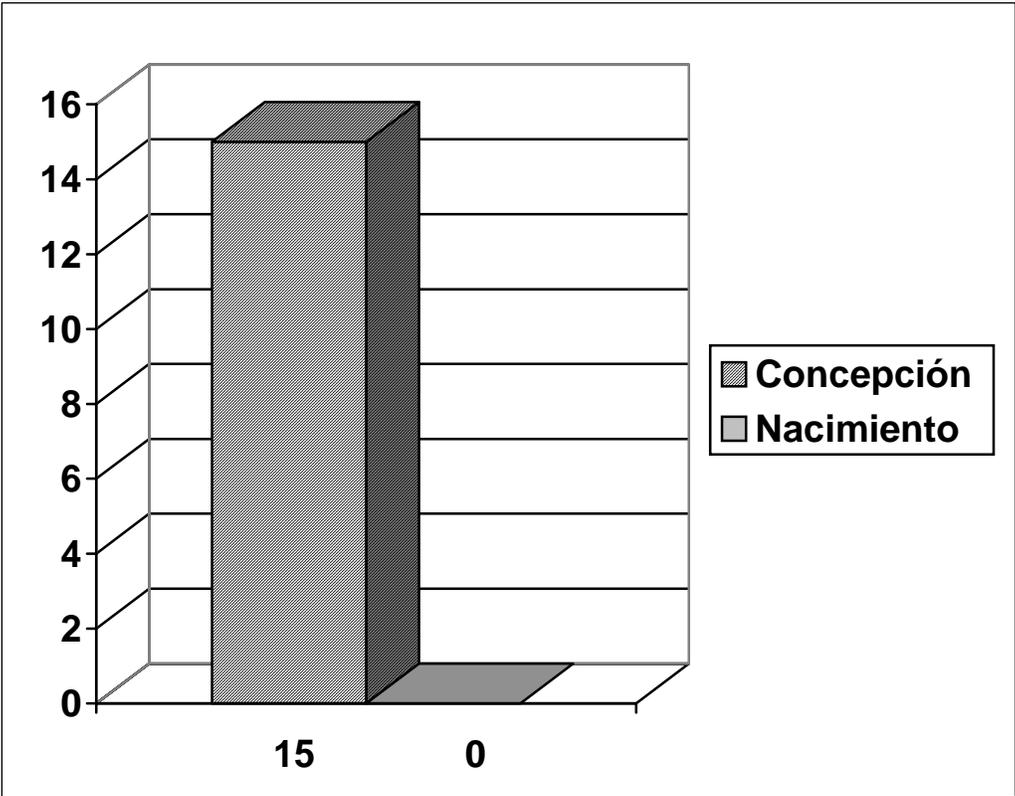
Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 7

En la presente gráfica se manifiesta la opinión técnica de los señores jueces que el establecimiento de la paternidad garantiza el derecho de los no nacidos. Sería importante que se trabajara en la efectividad y justicia del establecimiento de la paternidad con métodos objetivos, como la prueba del ADN.

ENCUESTA DIRIGIDA A MEDICOS

Desde su punto de vista médico, ¿en qué momento considera que inicia la vida humana?

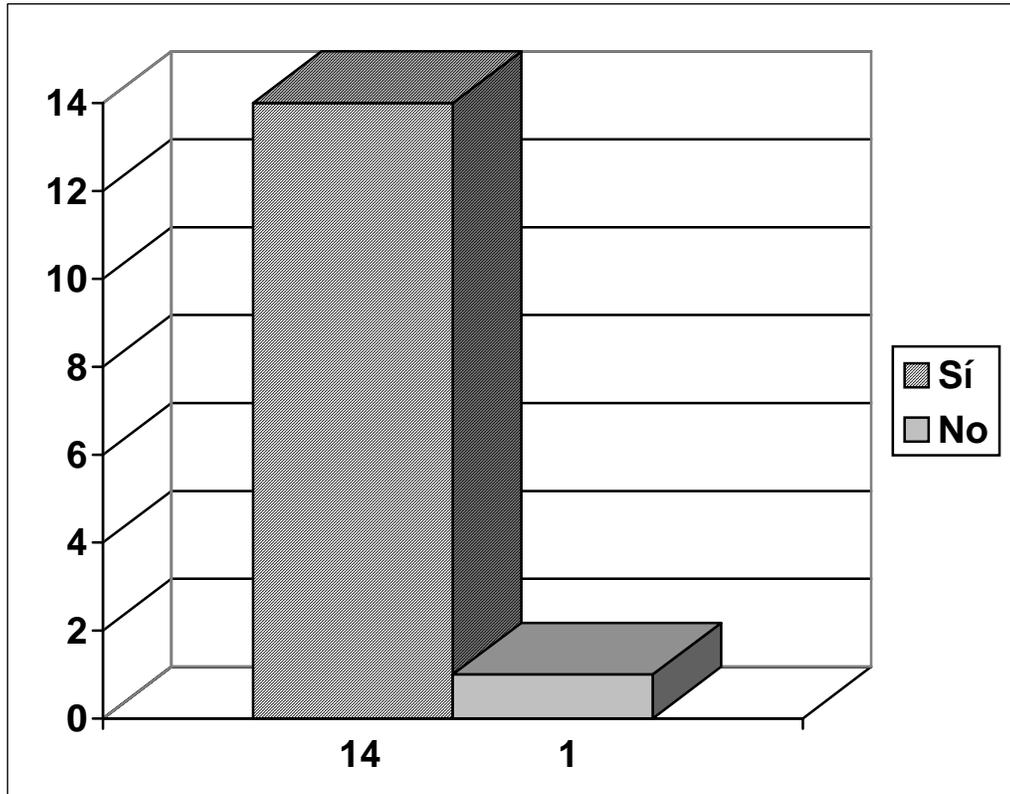


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 1

La presente gráfica refleja la opinión científica de los médicos entrevistados con respecto al inicio de la vida del ser humano. En su totalidad con respecto a la muestra, mantuvo el criterio que la vida humana inicia en el momento de la concepción.

A su criterio, ¿cree que el estado guatemalteco ha creado políticas de salud necesarias para la protección de la mujer en estado de gravidez y en beneficio de su hijo no nacido?

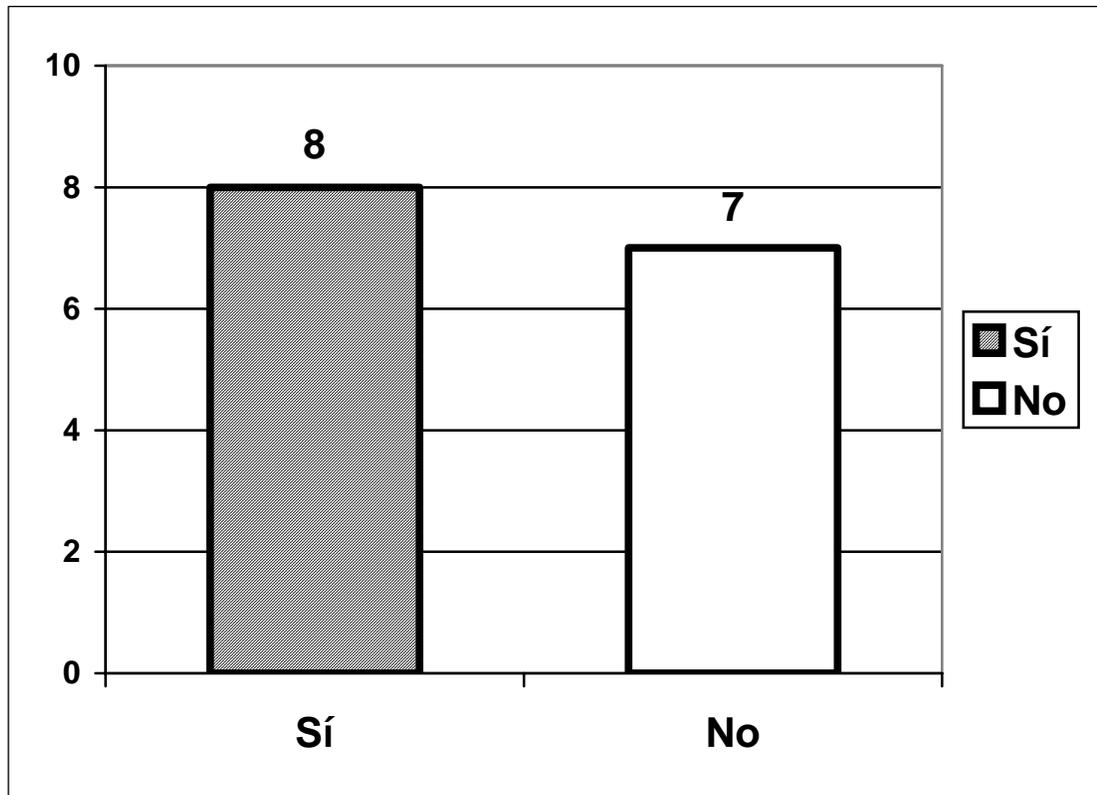


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 2

La presente gráfica demuestra que por su experiencia los médicos opinan que no existen políticas de salud por parte del estado a efecto de proteger a la madre embarazada y a su futuro hijo aún no nacido. Debería existir más interés por parte del estado con respecto al presente tema.

En caso de que una mujer después de practicado un aborto llega al centro hospitalario, ¿considera apropiado denunciar el delito ante la autoridad competente?

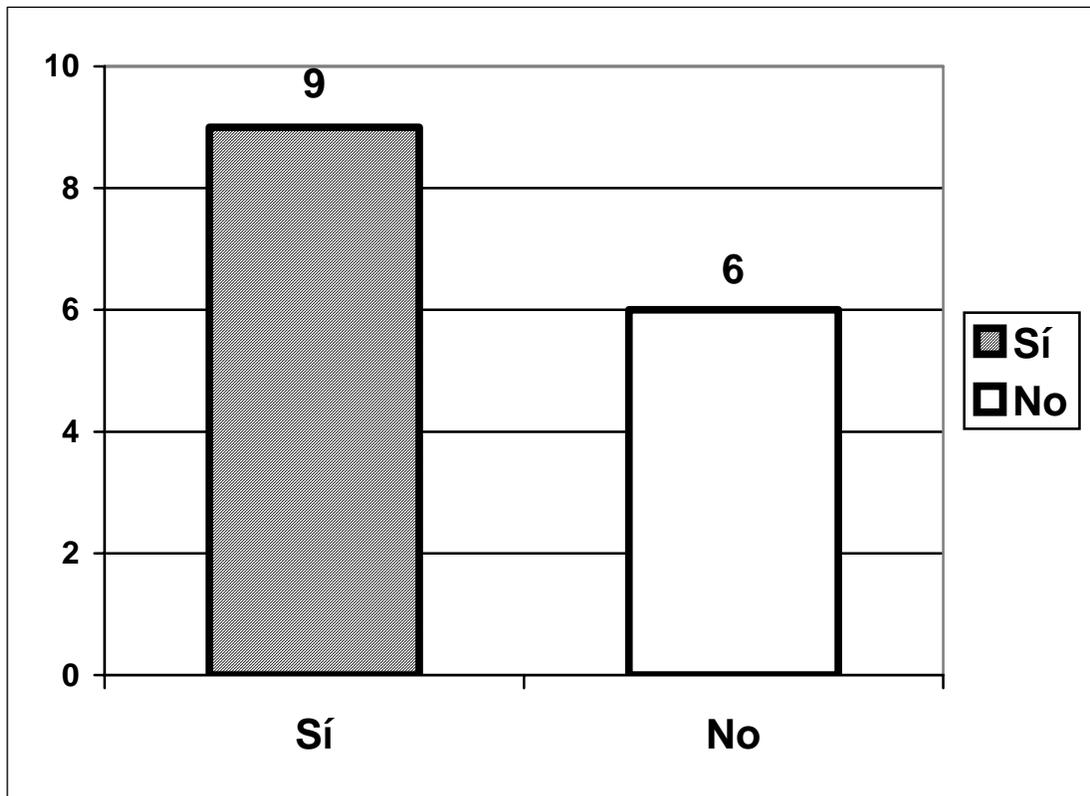


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 3

La presente gráfica refleja el temor de los médicos a denunciar las prácticas abortivas, ya sea por ser ellos los que la practicaron, por miedo de perder su trabajo en el centro hospitalario en el cual laboran o a petición, soborno o chantaje de la mujer que se lo practicó.

Si se encontrara en una situación en la que los resultados de un análisis que demuestre que el niño en formación trae malformaciones físicas, ¿consideraría conveniente practicar un aborto en tales circunstancias?

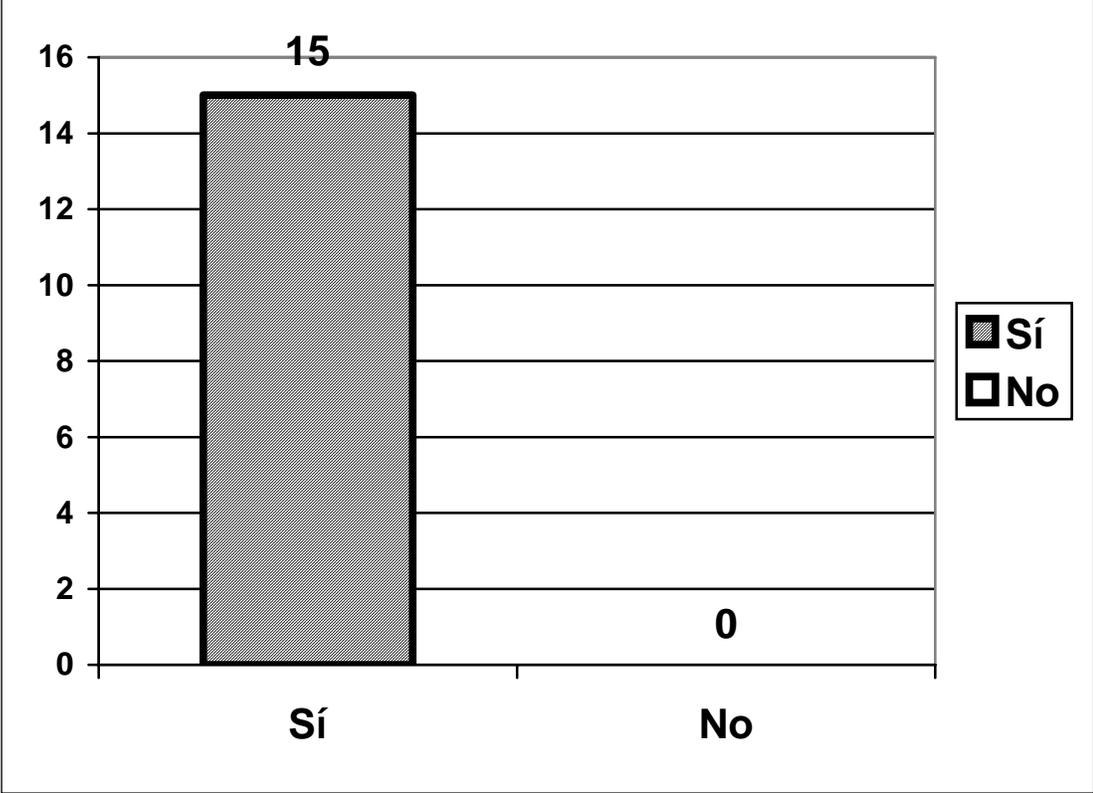


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 4

La presente gráfica refleja que la opinión se encuentra dividida con respecto a la práctica del aborto a un feto con indicios de malformación física. Considero que se deben agotar todos los recursos médicos para determinar si efectivamente sucede tal circunstancia. Ahora bien, desde el punto de vista legal, esta figura aún no se ha despenalizado y constituye una conducta delictiva.

¿Considera usted necesaria la aplicación de programas de educación sexual para contrarrestar el alto grado de embarazos no deseados?

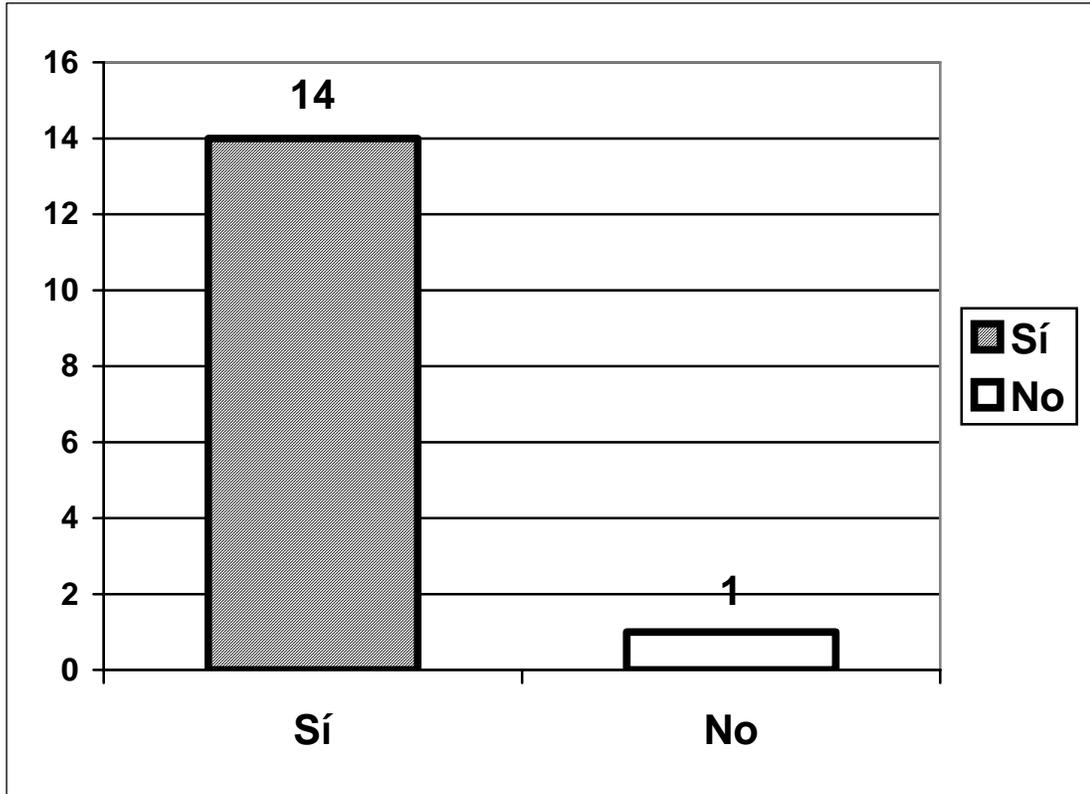


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 5

La presente gráfica refleja la necesidad de educar a las mujeres y hombres para una buena planificación familiar y de esa forma evitar embarazos no deseados, respetando el derecho a la vida del no nacido en forma preventiva. Los médicos sostienen que es más fácil prevenir a través de la educación, que tener que llegar a la circunstancia de tener que abortar por un embarazo no deseado.

A su criterio, la prueba científica de ADN, para establecer la paternidad a favor del no nacido, ¿tiene un procedimiento efectivo?

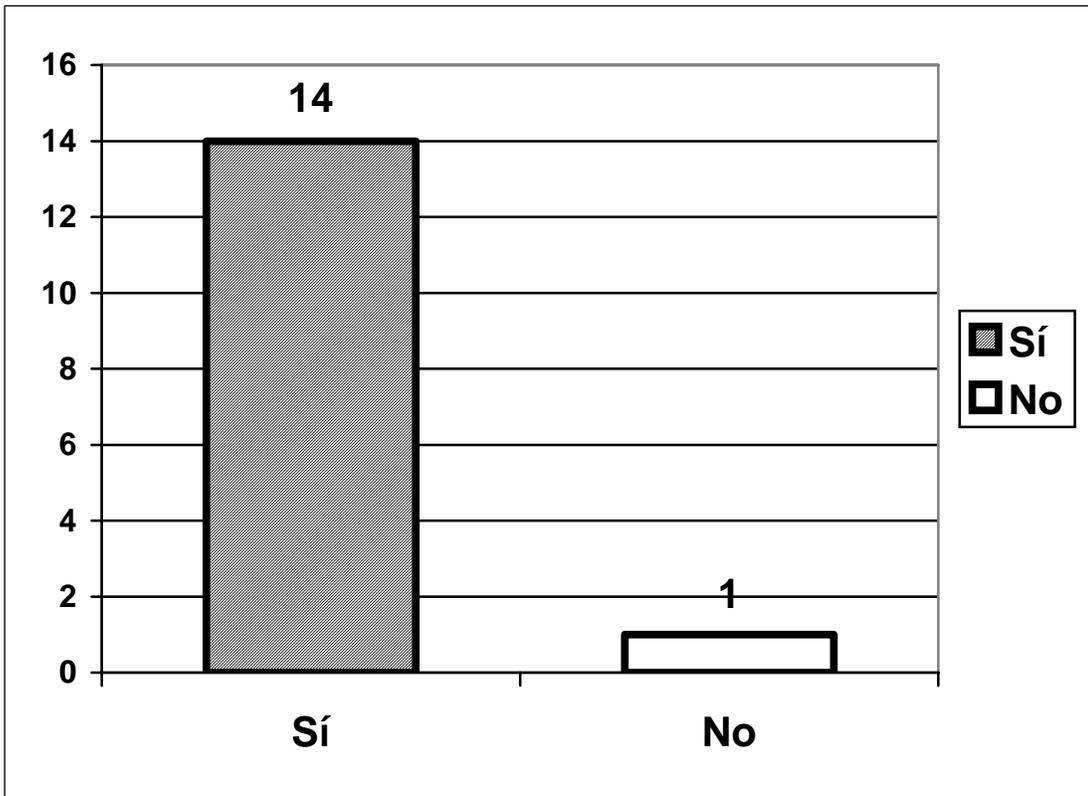


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No 6.

La presente gráfica manifiesta la seguridad que se tiene con respecto a la prueba de ADN, la cual según los médicos tiene la seguridad porcentual de 99.99%, esto quiere decir que para establecer la paternidad ésta es la mejor prueba a utilizar, lo lamentable es que en nuestro país no se encuentra a nuestro alcance, situación que nos limita la comprobación de la paternidad.

¿Cree usted que la práctica del aborto perjudica la salud física y mental de la mujer que lo practica?

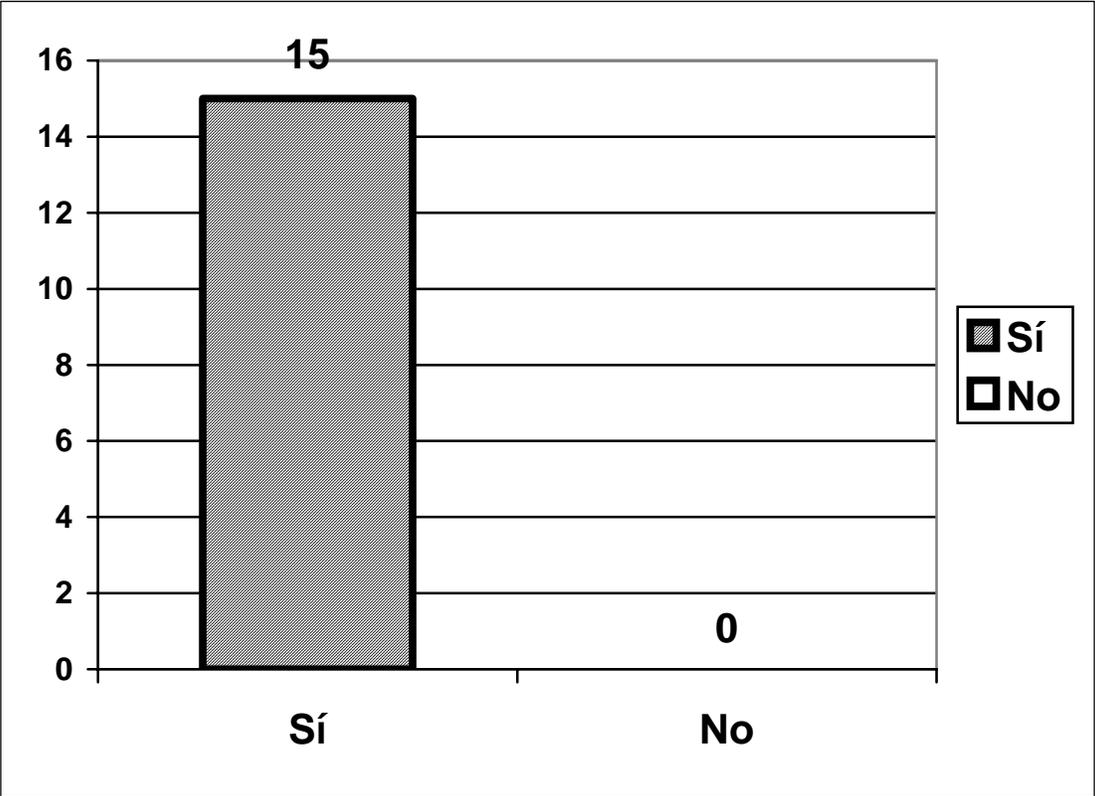


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 7

En la presente gráfica se refleja el fuerte criterio médico de que las prácticas abortivas efectivamente causan daños físicos y mentales en la mujer que se las practica. Es aconsejable para ellas el considerar detenidamente en otra alternativa como por ejemplo tener el hijo y darlo en adopción.

Desde el punto de vista médico, ¿considera usted que tiene derechos el no nacido?



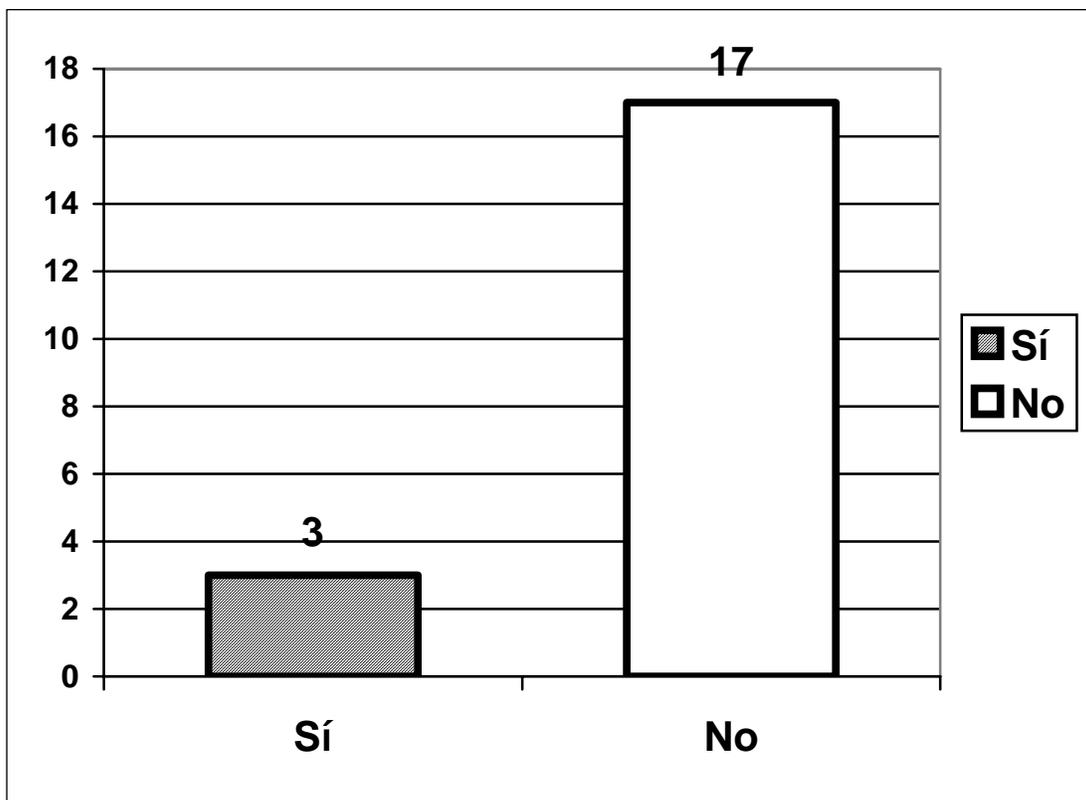
Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No 8

En la presente gráfica es un hecho el criterio de los médicos entrevistados al establecer en su totalidad que el no nacido goza de sus derechos plenos, especialmente el derecho a existir y nacer en un ambiente sano y adecuado, es por ello que antes de nacer se deben de procurar los cuidados necesarios.

ENCUESTA DIRIGIDA A MUJERES EMBARAZADAS

¿Tiene conocimiento de los derechos que le asisten a la mujer embarazada y a su hijo?

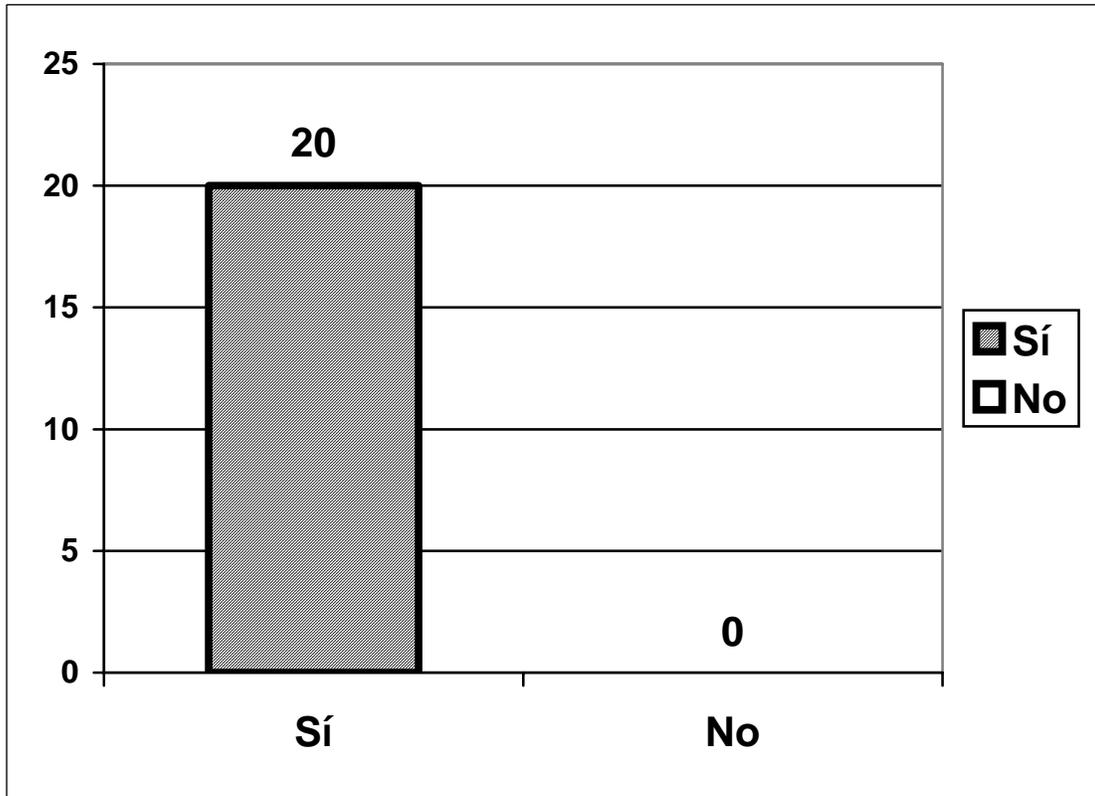


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 1

En la presente gráfica se manifiesta el desconocimiento lamentable de los derechos de la mujer embarazada y su hijo no nacido, tal circunstancia demuestra el poco acceso a la educación y a la información legal de las personas en nuestro país y por lo cual se pueden ver atentados los derechos del no nacido.

¿Considera usted que el estado guatemalteco debe crear políticas para proteger a la mujer embarazada y a su hijo cuando han sido abandonados por el padre?

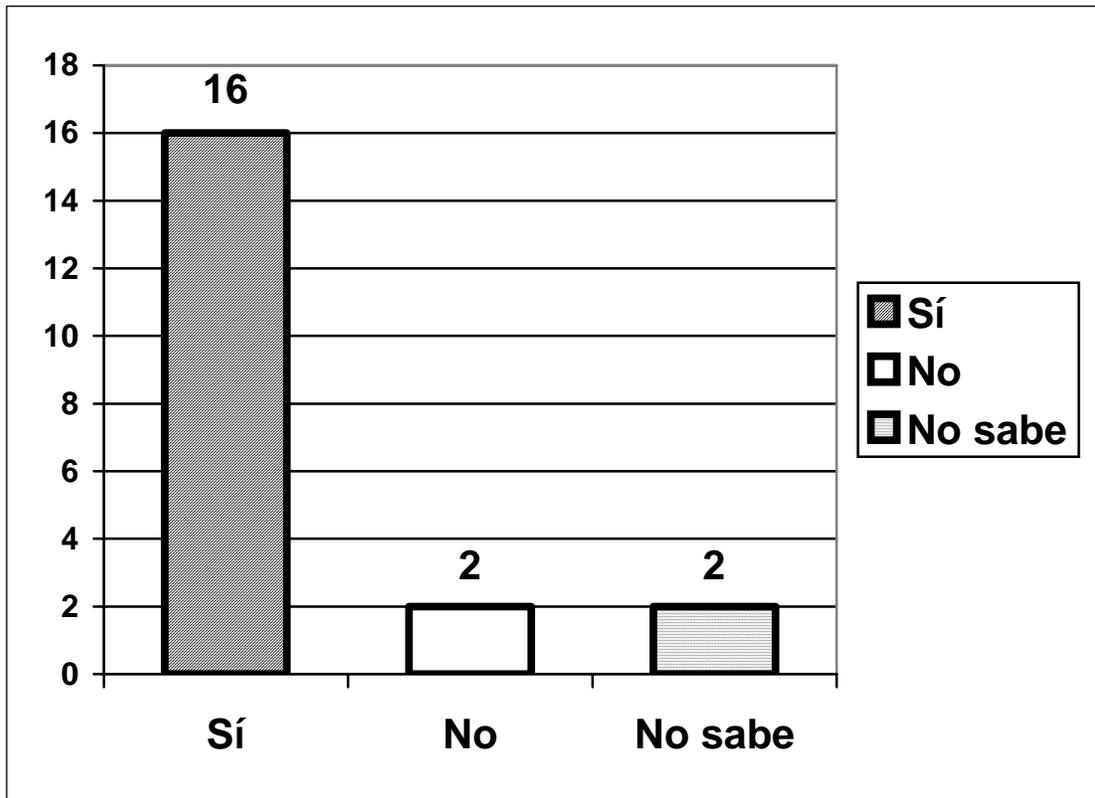


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No 2

La presente gráfica manifiesta la expectativa de las mujeres embarazadas en la protección de su embarazo y por ende la protección de su futuro hijo con respecto a la obligación constitucional que tiene el estado de protegerlos.

¿Cree usted que la práctica del aborto se da por falta de educación sexual y por causas de índole económico y social?

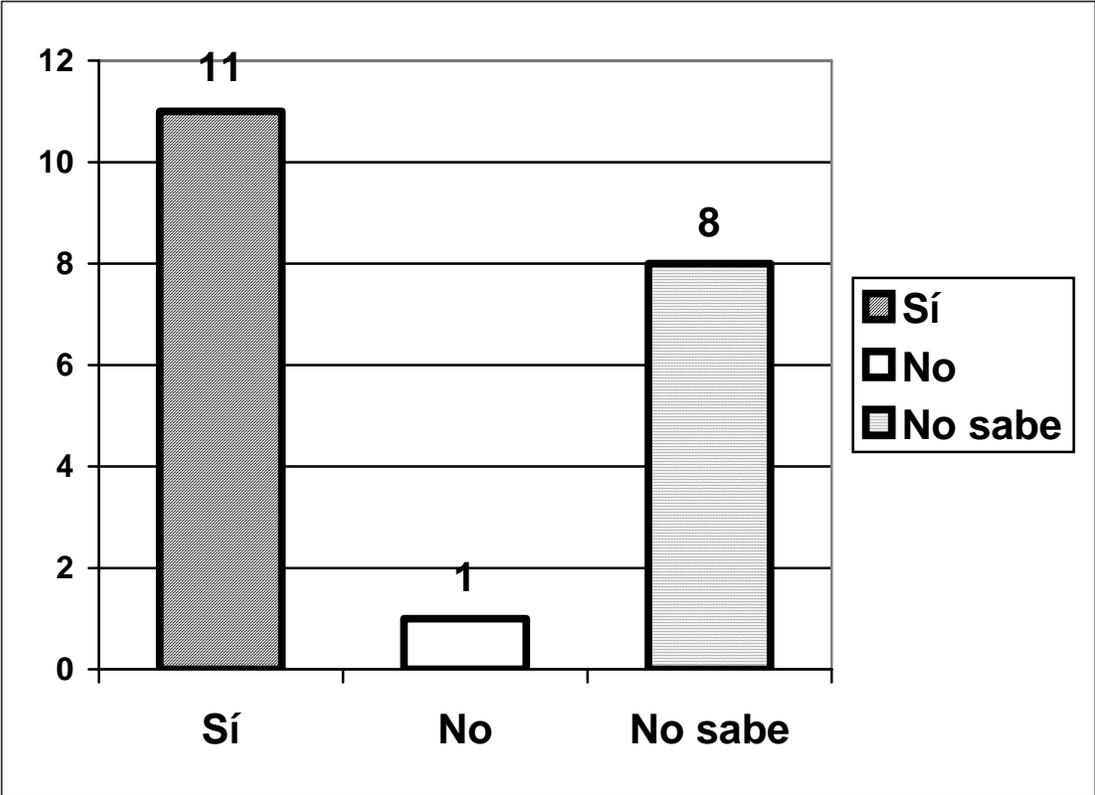


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 3

La presente gráfica manifiesta la conciencia que tiene la mujer embarazada de su realidad socio-económica y las consecuencias a las que puede llegar; así también por la falta de educación sexual que impera en nuestro país, situaciones de las cuales puede resultar un aborto, violando flagrantemente el derecho a la vida del no nacido.

¿Cree usted que la práctica abortiva va en contra de la moral y los principios religiosos?

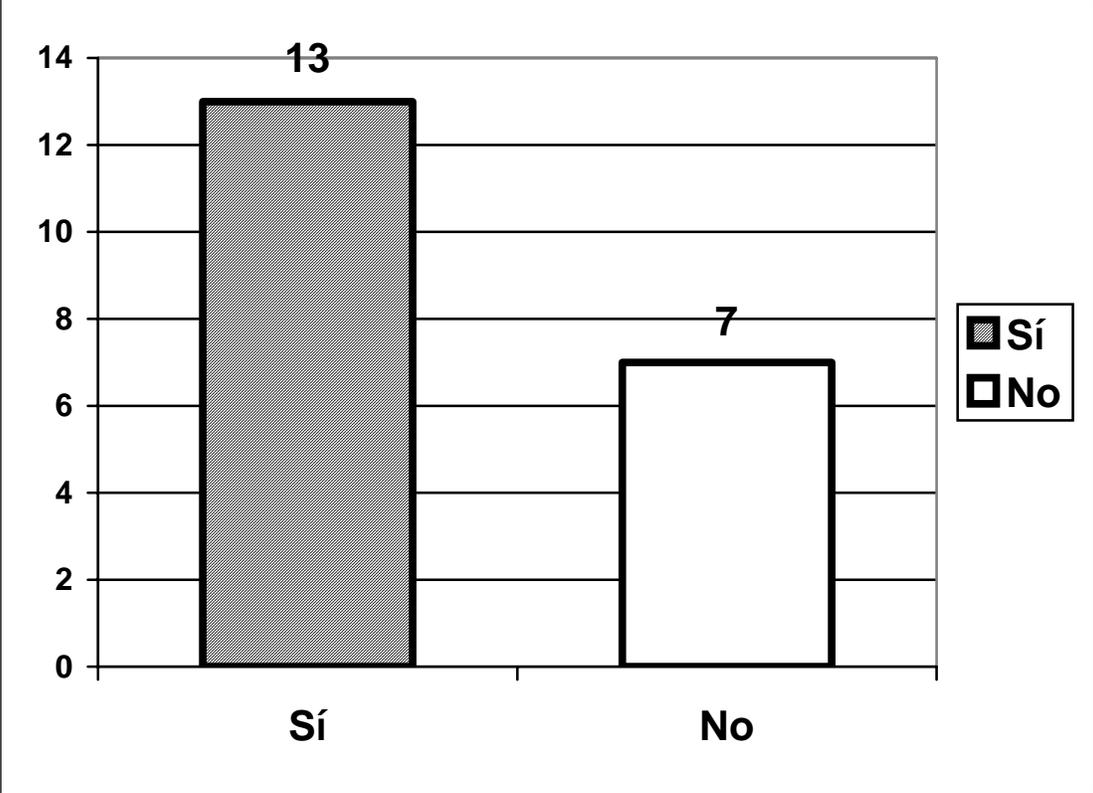


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No, 4

La presente gráfica manifiesta en su porcentaje mayor que la mujer embarazada practica la moral y los valores religiosos, a pesar que siempre se cuenta con la sombra del desconocimiento e indiferencia con respecto a este tema en particular.

¿Sabe usted que la práctica del aborto puede causar daños físicos y mentales y hasta la muerte en la mujer que lo practica?

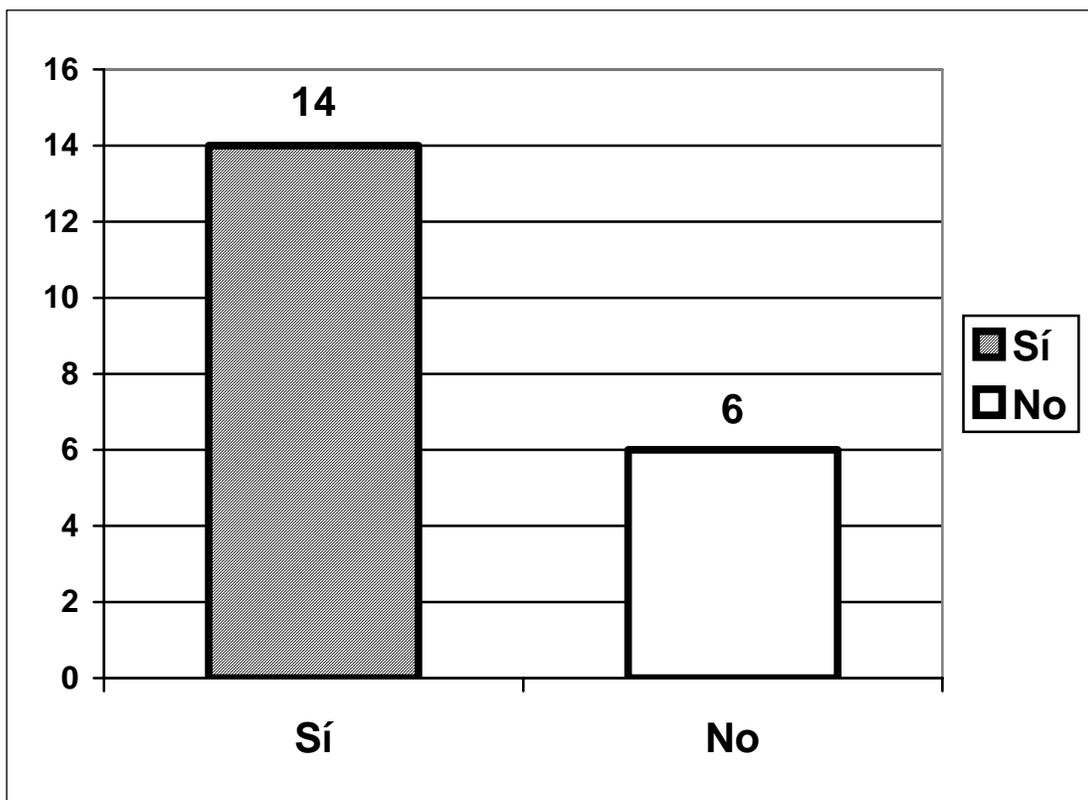


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 5

En la presente gráfica se manifiesta que muchas mujeres están conscientes del peligro que significa la práctica de un aborto; sin embargo, existe un porcentaje considerable que no tiene conciencia de lo anterior.

¿Sabe usted que tanto el hijo como la madre tienen derecho a recibir alimentación por parte del padre del hijo no nacido, de acuerdo a nuestra legislación civil-familiar?

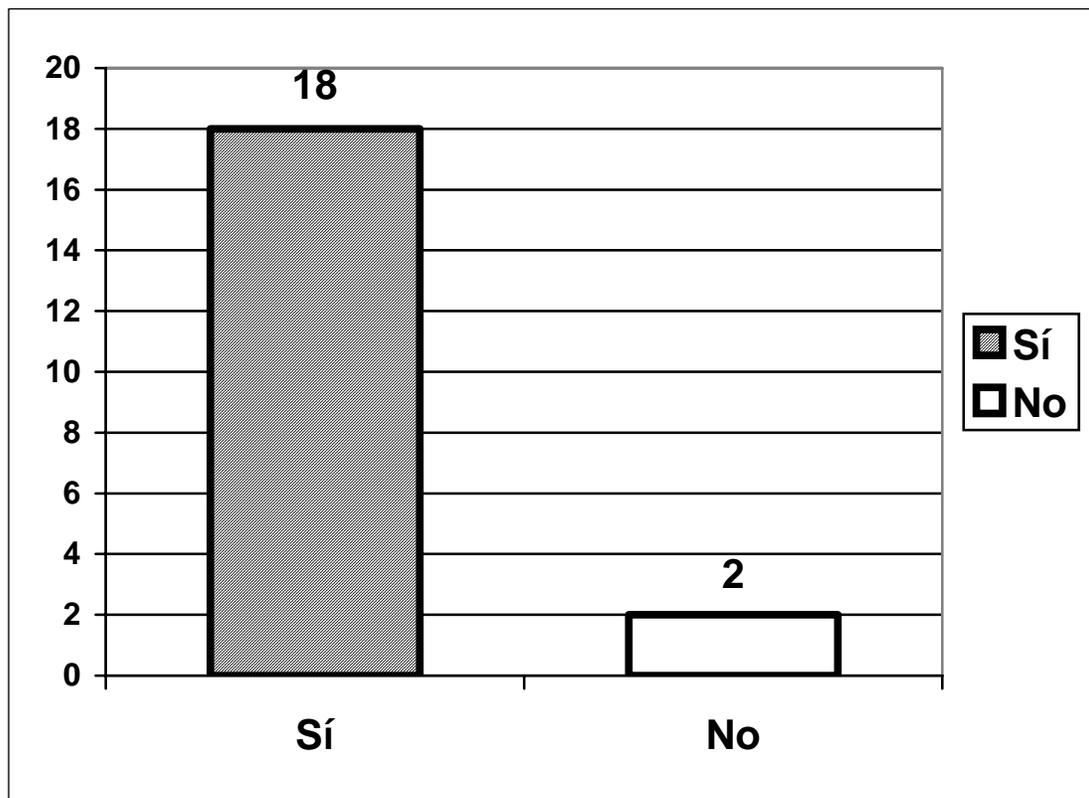


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 6

En la presente gráfica se manifiesta un alto conocimiento de la obligación que tiene el padre para con la madre embarazada y para con el hijo no nacido, pero considero que dicho conocimiento se debe a la tradición oral y no al conocimiento legal pleno de dicho derecho.

¿Considera que se proporcionará protección al derecho a la vida del no nacido si el estado, a través de su órgano legislador, promueve la creación de leyes en beneficio de la mujer embarazada?

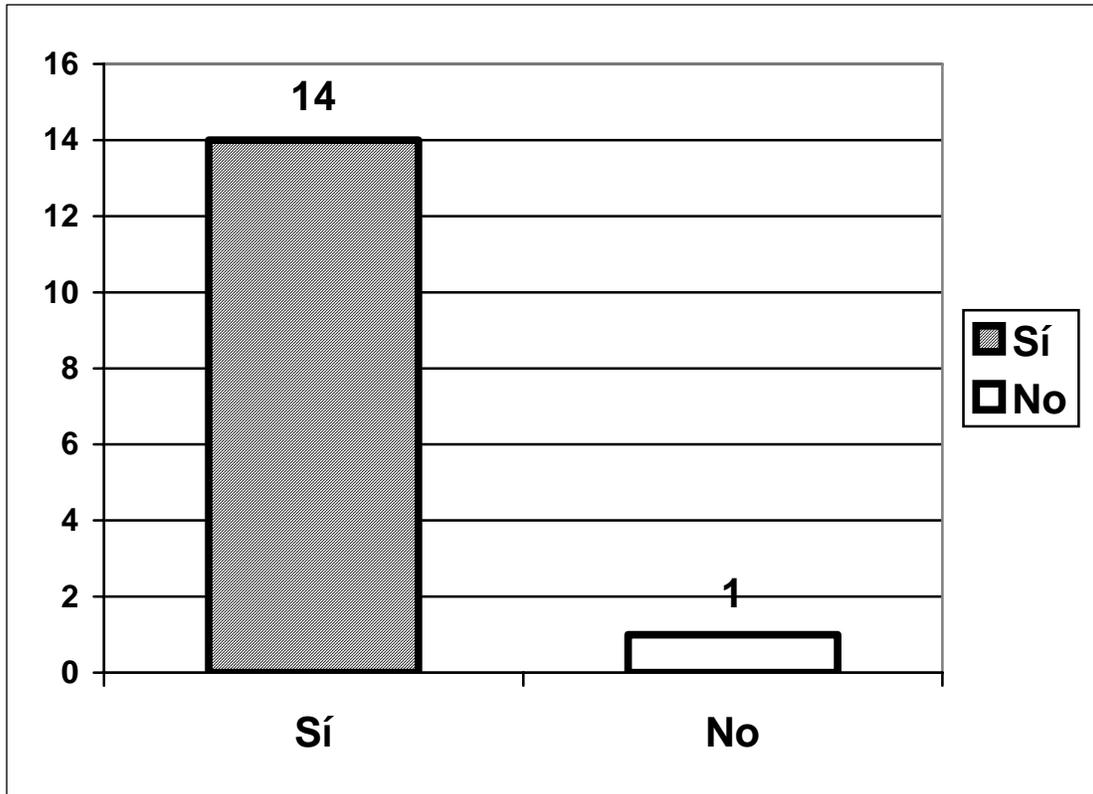


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 7

La presente gráfica refleja la pobre regulación legal sobre el tema trabajado; asimismo, la expectativa de la mujer con respecto de la necesidad de que existan normas jurídicas que protejan y garanticen la maternidad y los derechos del no nacido.

¿Considera usted que el hijo no nacido es persona y por el mismo hecho es acreedor de derechos por disposición de la ley?

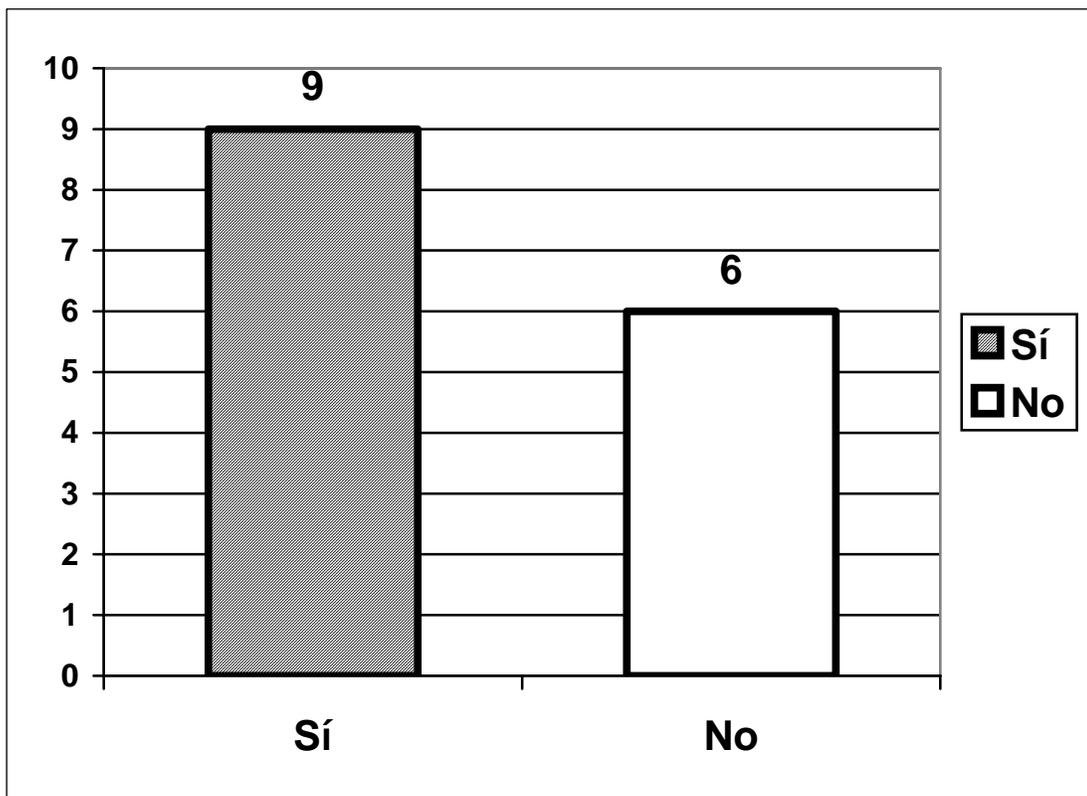


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No 8

La presente gráfica manifiesta casi en su totalidad la conciencia de la mujer embarazada de que el ser que lleva en su vientre es persona y por lo tanto acreedor de derechos

¿Si el padre de su hijo no nacido se negare a proporcionarle ayuda, ejercería usted su derecho a exigirle el cumplimiento de su obligación en forma legal?

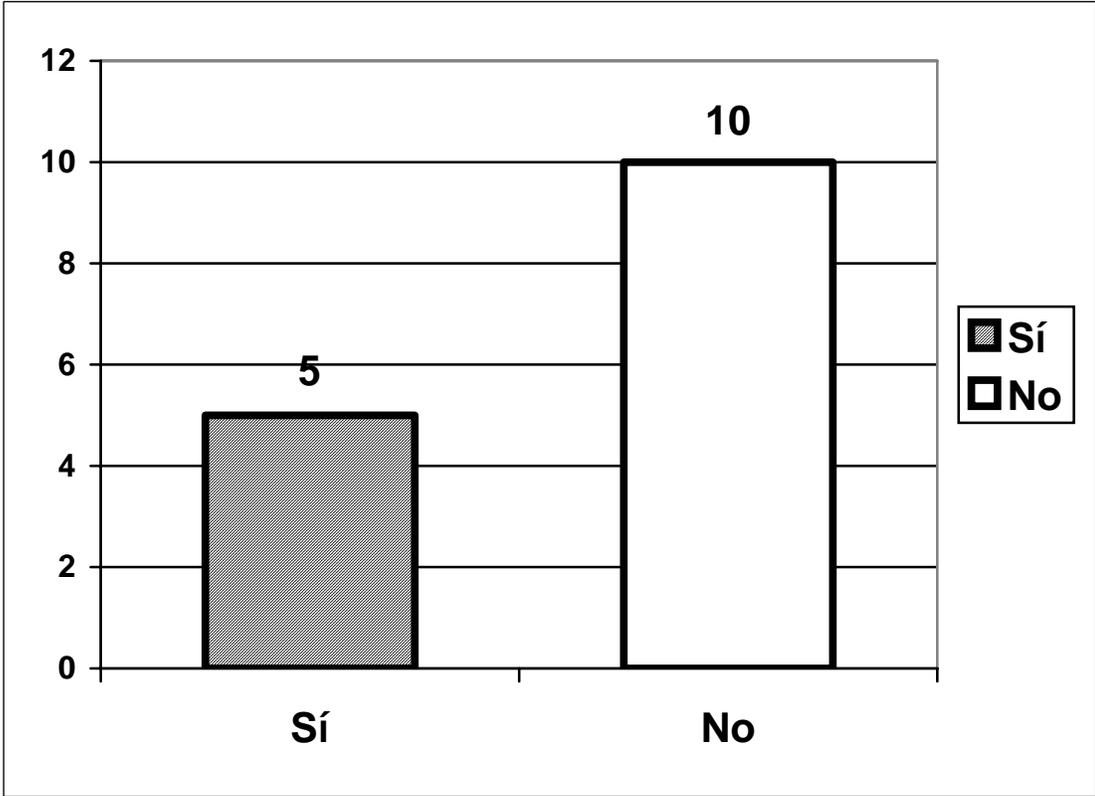


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 9

La presente gráfica refleja la poca confianza que tiene la mujer embarazada en el sistema de justicia, de igual forma es posible que se sienta intimidada por el marido y tal circunstancia no permite la libertad de accionar legalmente contra él. Debería existir más confianza para ejercer sus derechos gozando de la protección legal por parte del sistema judicial.

¿Tiene conocimiento que el hijo no nacido producto de una unión de hecho o una relación eventual, tiene el mismo derecho a ser protegido por el padre?



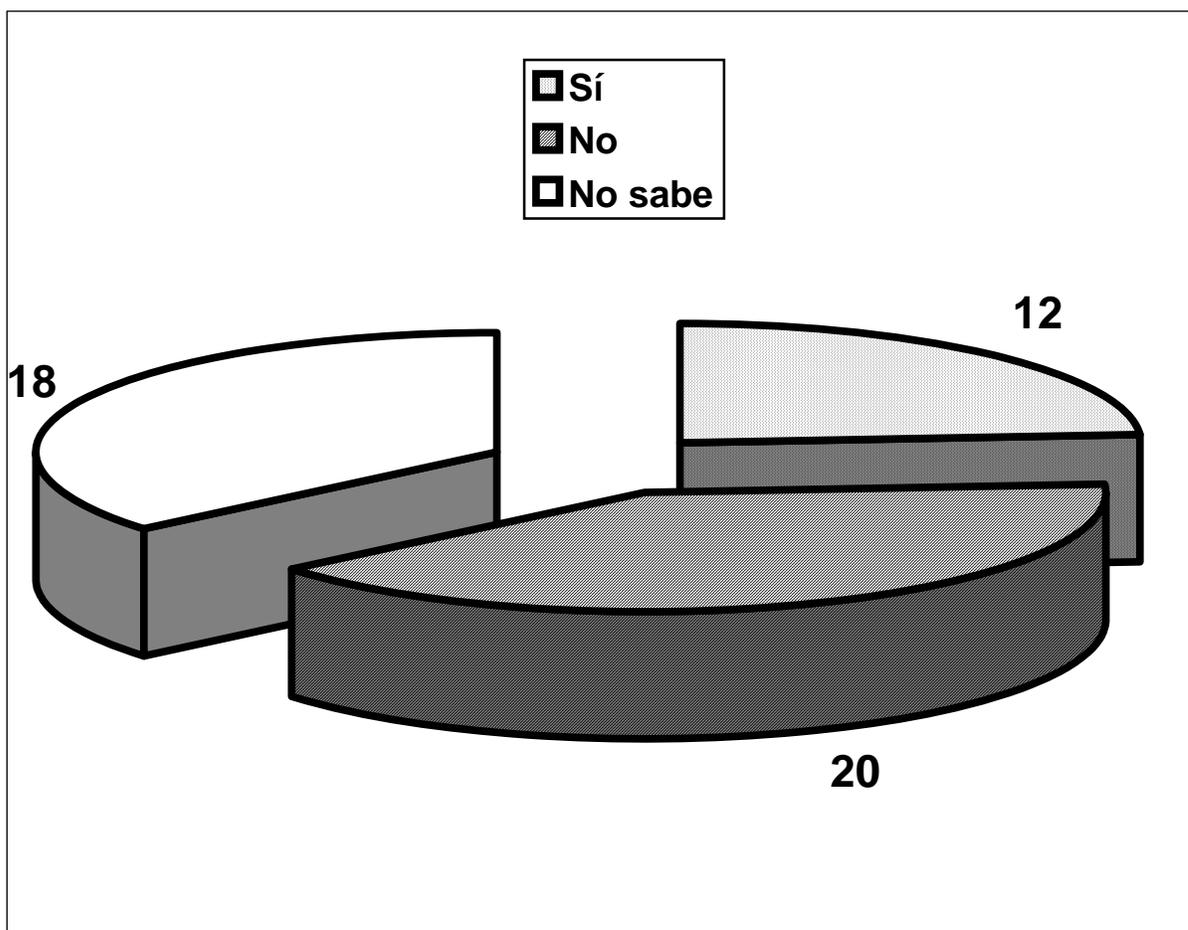
Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 10

La presente gráfica refleja nuevamente la falta de conocimiento legal que se tiene de los derechos del no nacido, inclusive haciendo la diferenciación entre hijos concebidos dentro del matrimonio, hijos concebidos dentro de una unión de hecho o hijos concebidos fuera de ambas, se deben garantizar los derechos del no nacido sin hacer ninguna diferencia.

ENCUESTA DIRIGIDA A PERSONAS EN GENERAL

¿Cree usted que la vida comienza desde el momento de la concepción?

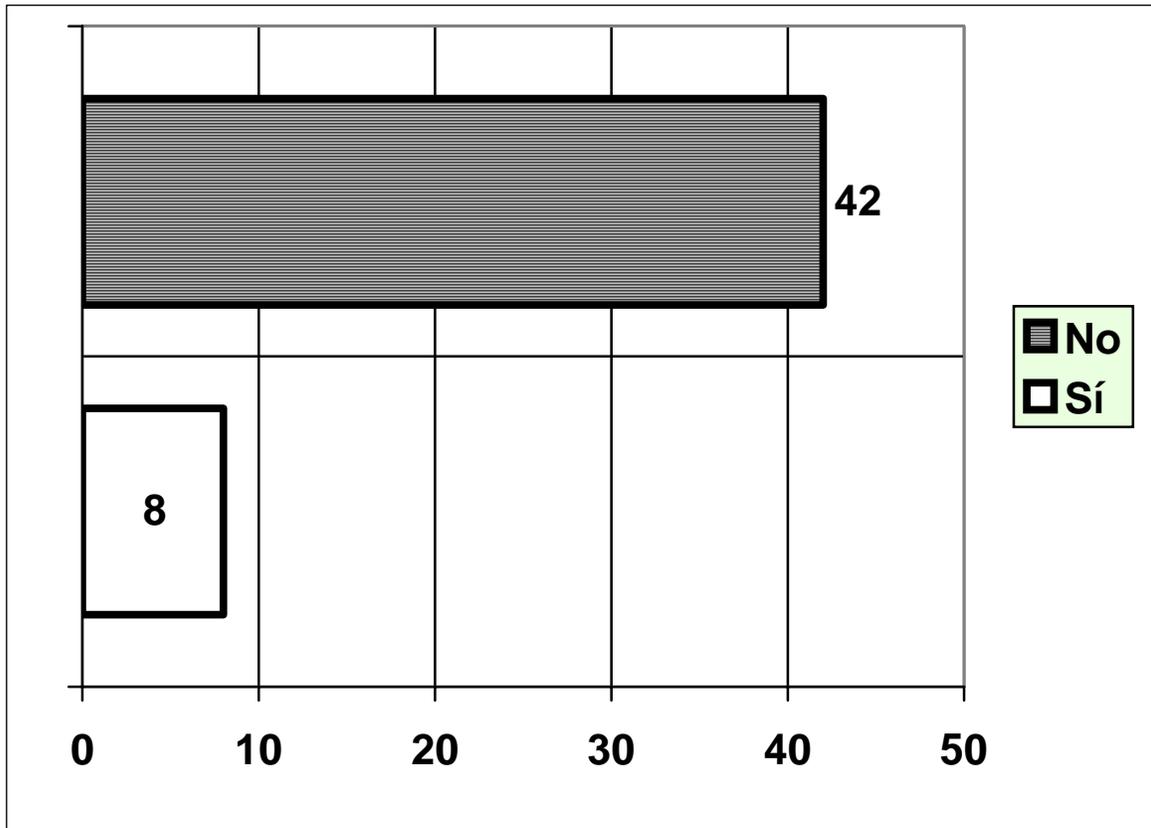


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 1

La presente gráfica manifiesta que se divide el porcentaje entre las personas que sí creen que la vida comienza con la concepción y los que no saben o no quisieron responder. Lo anterior denota una lamentable indiferencia con respecto a nuestro tema.

¿Sabe usted que existe una normativa civil-familiar que protege los derechos de la madre en periodo de gestación y por consiguiente los derechos de su hijo no nacido?

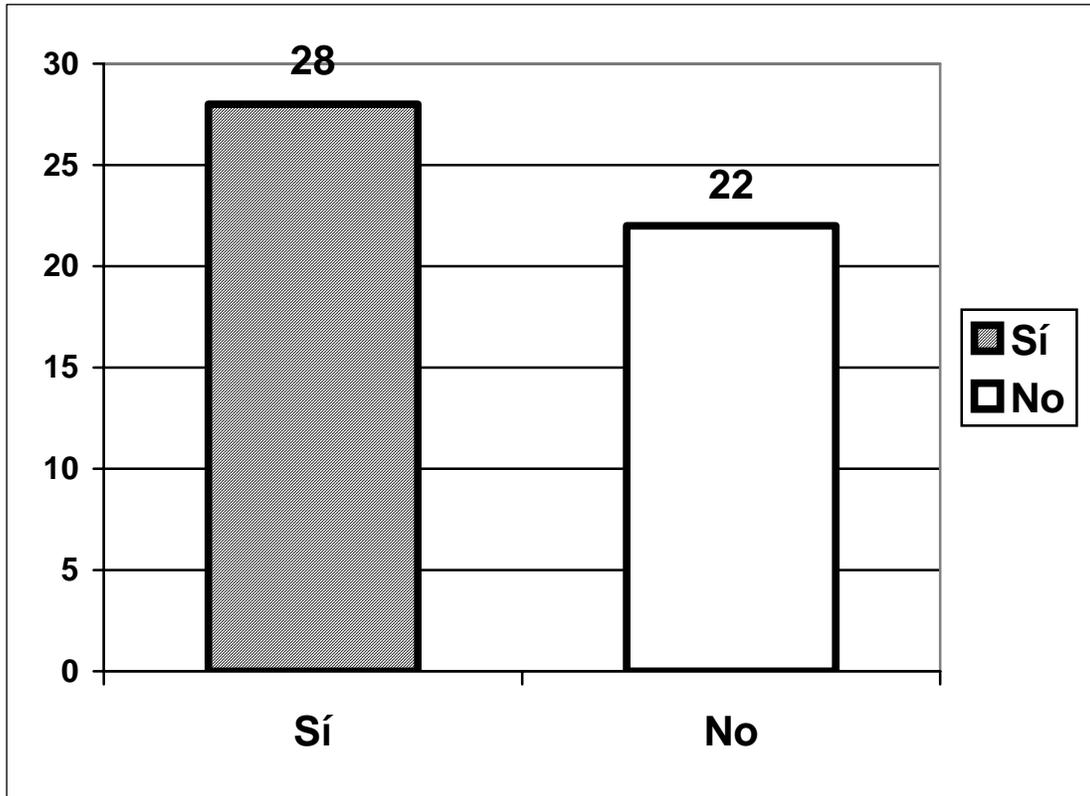


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 2

La presente gráfica denota el gran desconocimiento legal de la normativa civil-familiar, situación que es desventajosa totalmente para la madre embarazada y su hijo aún no nacido.

¿Considera que una mujer en estado de gestación tiene derecho a exigir protección del padre para ella y para su hijo?

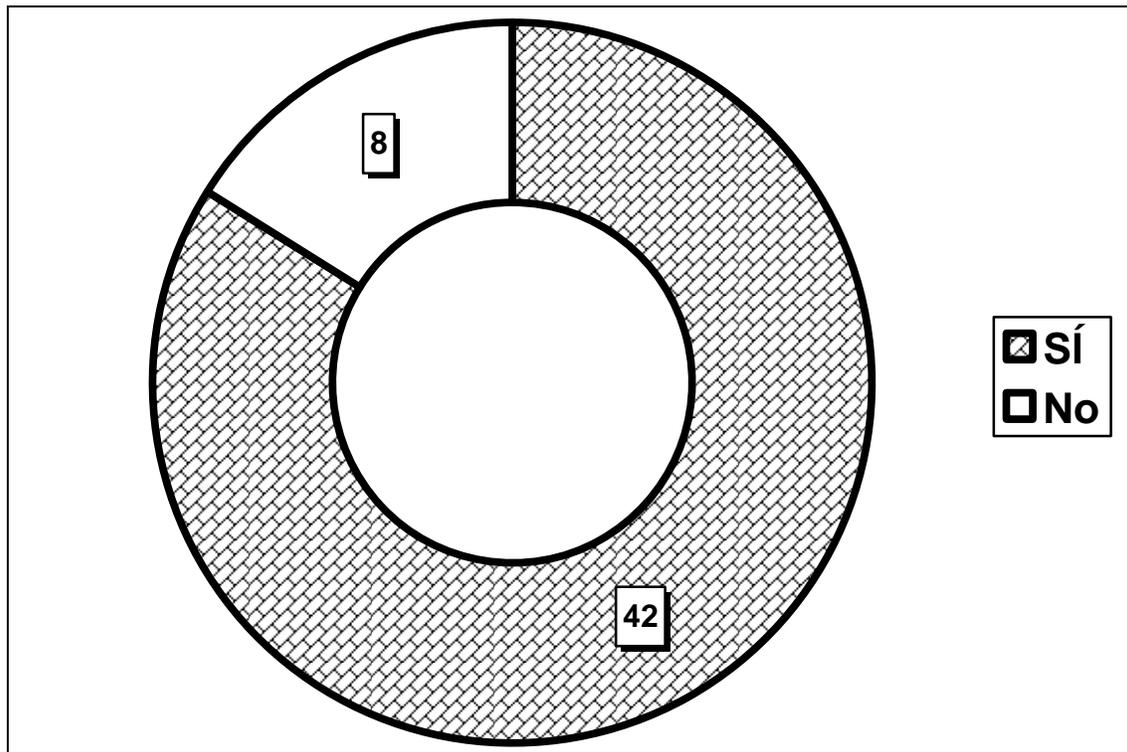


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 3

La presente gráfica refleja que nuestra sociedad aún guarda fuertemente la ideología machista, por lo que algunos contestaron que la mujer en algunos casos no tenía dicho derecho para ella y para su hijo.

¿Considera usted que la protección del no nacido le corresponde sólo a la madre?

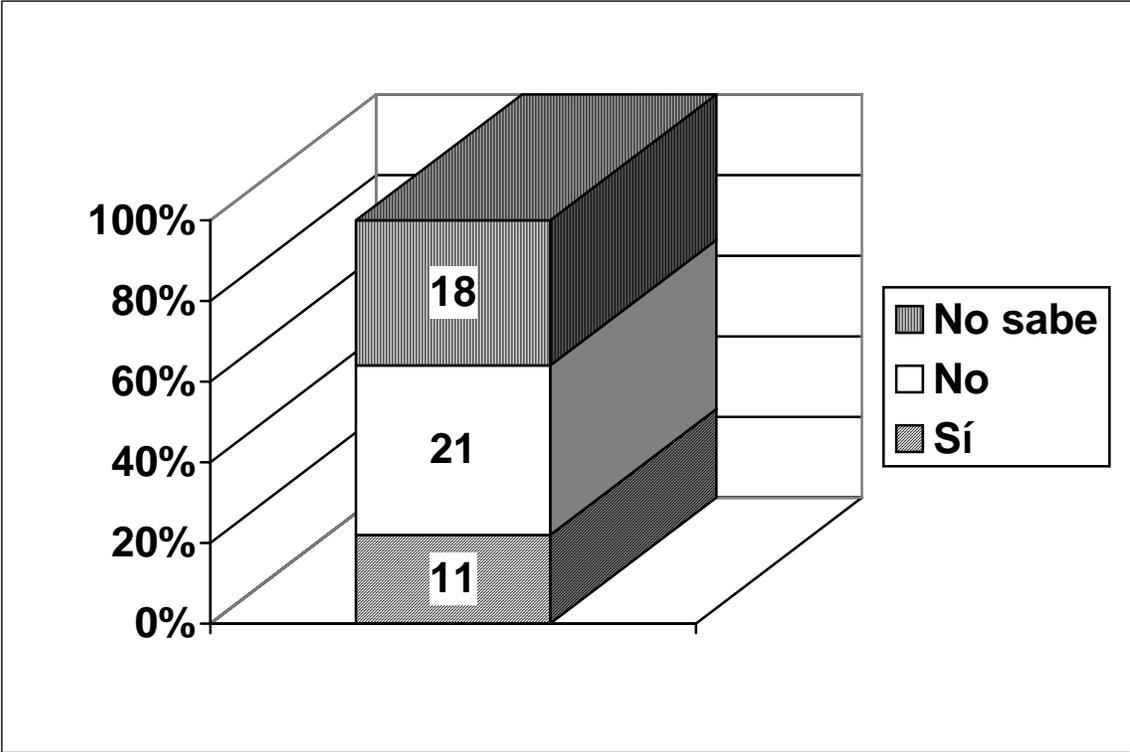


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 4

En la presente gráfica se refleja al igual que la gráfica anterior una connotación machista en la respuesta, pues la mayoría contestó que la protección del no nacido corresponde sólo a la madre, cuando en realidad el padre también es igualmente responsable de dicha obligación.

¿Cree usted que existe un real y efectivo cumplimiento de la ley para proteger los derechos del no nacido?

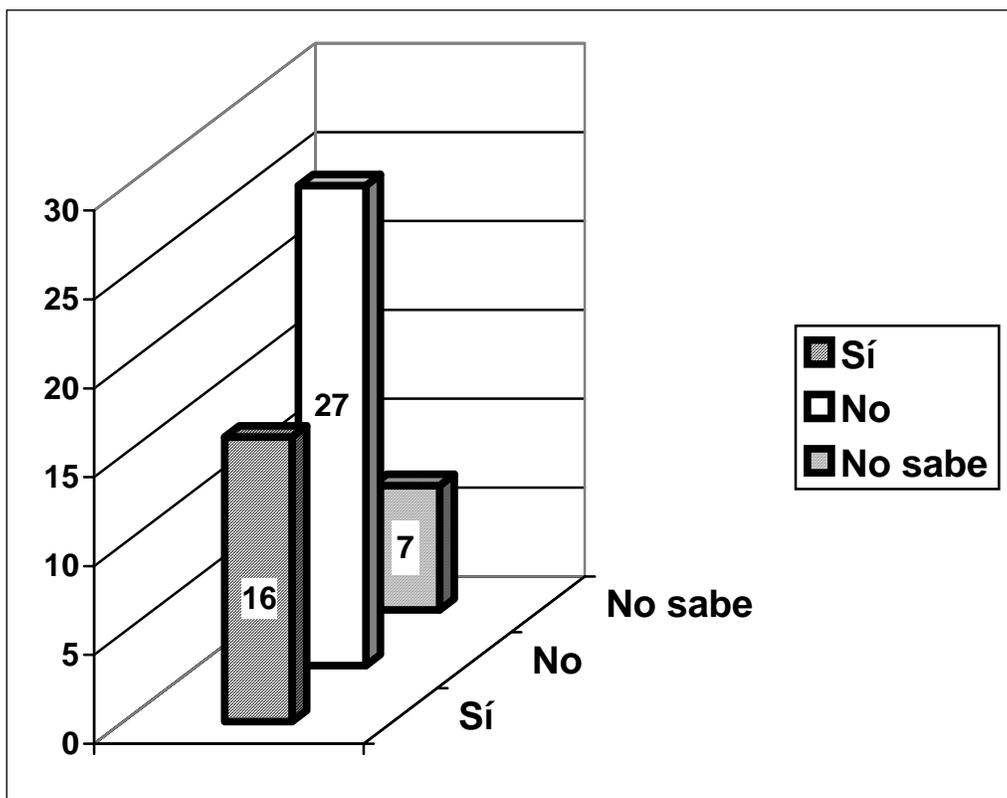


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 5

La presente gráfica refleja la desconfianza y el desconocimiento que se tiene de nuestras leyes con respecto a la protección de los derechos del no nacido. Es obvio que aún se siguen practicando abortos en gran medida en nuestro país.

¿Cree usted que sería piadosa y necesaria la práctica del aborto cuando se ha diagnosticado malformación en el ser no nacido?

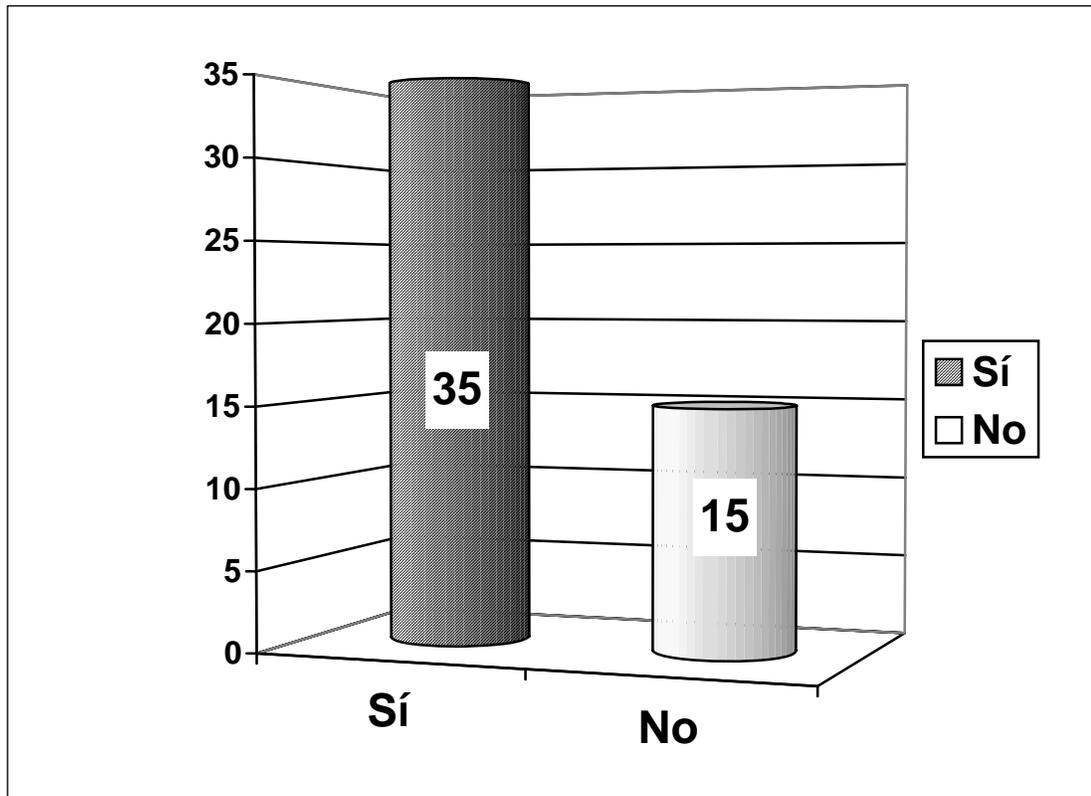


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 6

La presente gráfica refleja nuevamente la indiferencia con respecto a la garantía y respeto a la vida del no nacido. Entre los entrevistados prevalece el criterio mayoritario que se debe proteger la vida del no nacido y que los diagnósticos médicos deben de ser extremadamente profesionales para determinar tal circunstancia.

¿Cree que si la sociedad guatemalteca se concientizara del valor de la vida humana, se otorgaría una mayor protección al no nacido?

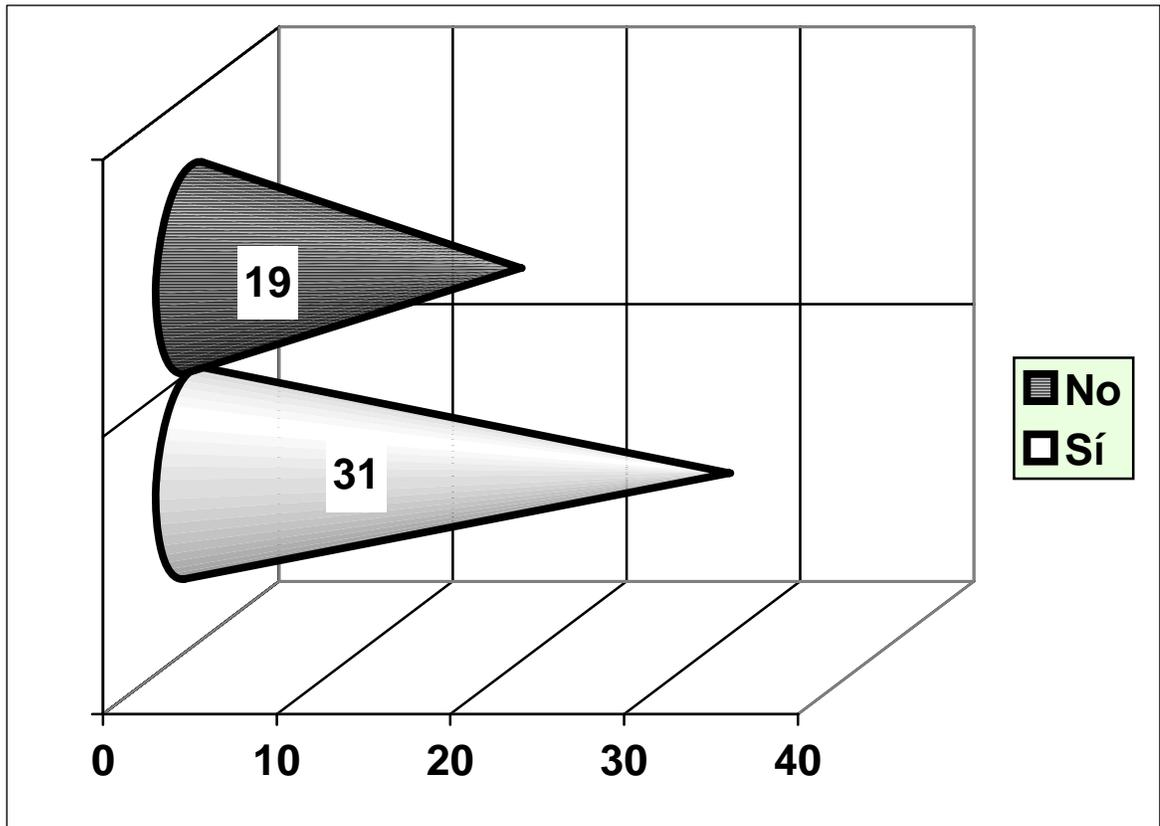


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 7

La presente gráfica manifiesta, la conciencia de las personas con respecto a la falta de concientización que existe aún en muchas personas con respecto al valor de la vida humana, un fiel ejemplo es la creciente violencia que impera y por la cual no se le da el valor a la vida de cada ser humano en nuestro país.

¿Cree usted que la divulgación de los derechos del no nacido en la sociedad guatemalteca a través de los medios de comunicación, dará una mayor aplicación de los derechos del no nacido y de su madre?

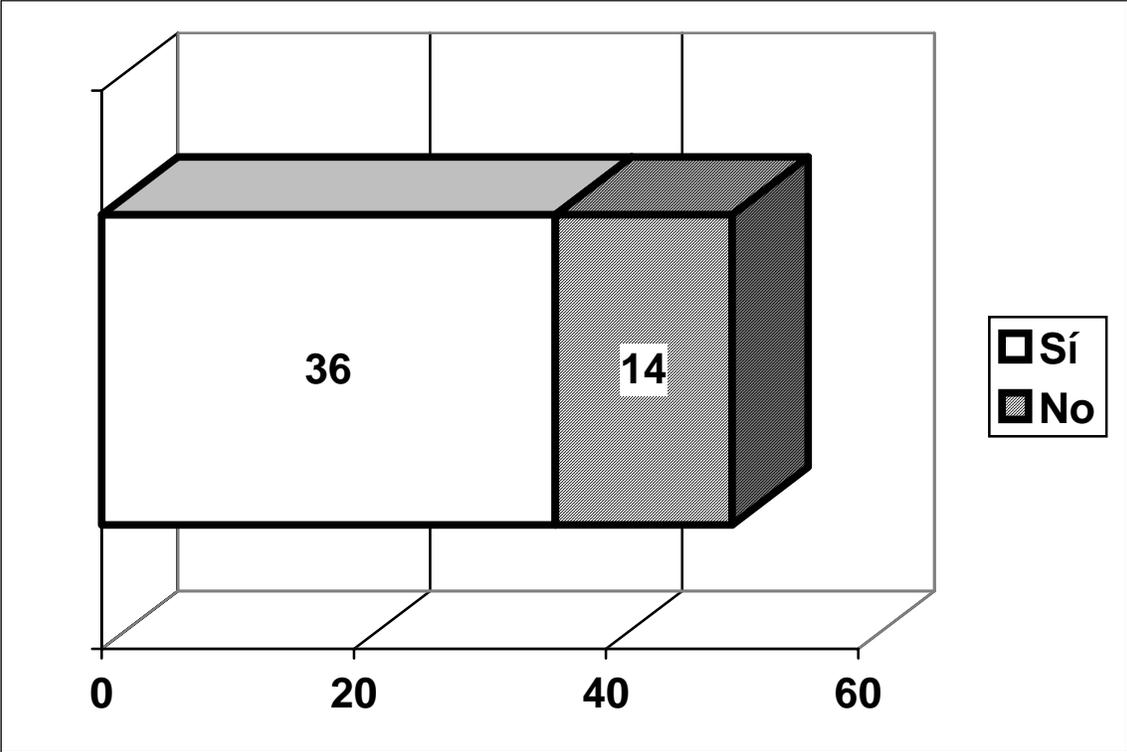


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 8

En la presente gráfica se puede notar que para la mayoría de personas es importante la divulgación de los derechos de la madre y de su hijo no nacido, los medios de comunicación deberían sensibilizarse con respecto al presente tema con el objeto de colaborar en la protección de los derechos de la madre en estado de gestación y los de su hijo no nacido.

¿Considera usted que si existiera mas responsabilidad paterna en nuestra sociedad, tendría mas protección el no nacido?

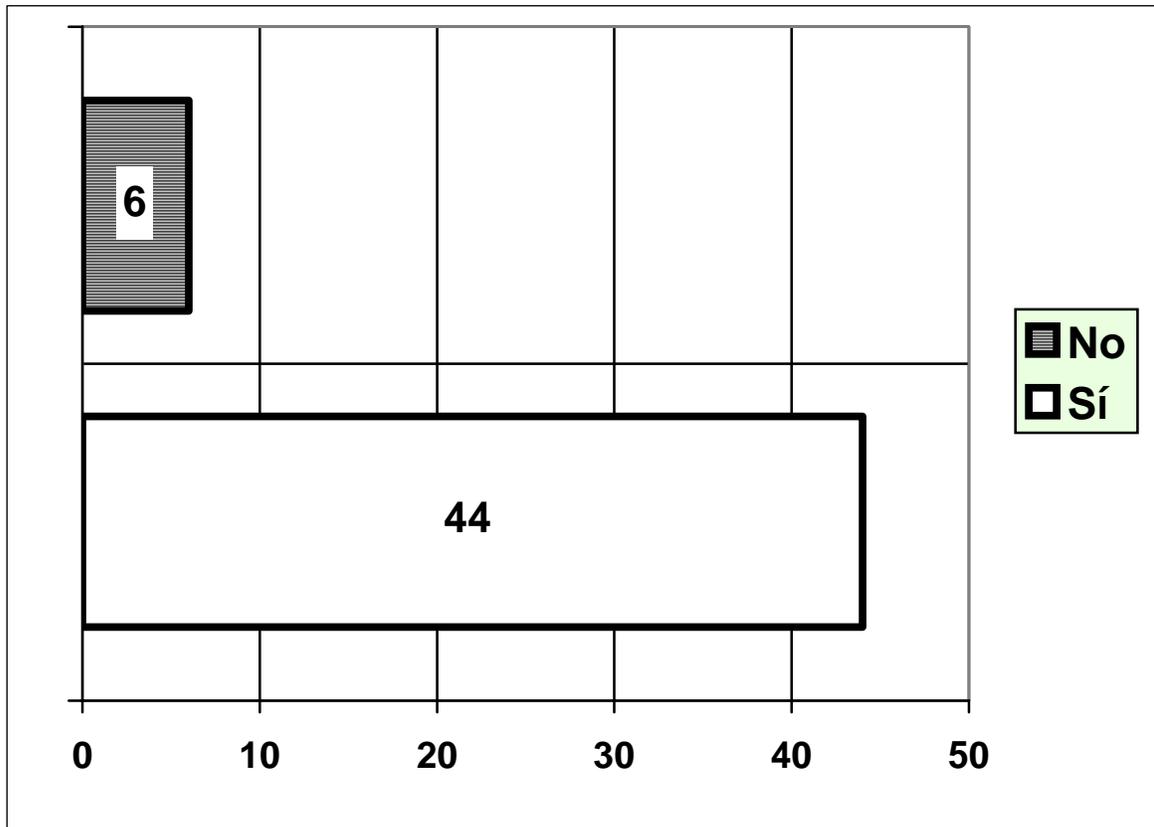


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 9

En la presente gráfica se puede analizar que la mayoría considera que es necesaria la protección del padre para su hijo no nacido y su esposa o conviviente embarazada, a contrario de gráficas anteriores. En la presente sí se refleja mejor la preocupación que se tiene por parte de muchas personas con respecto a la irresponsabilidad del padre.

¿Cree usted que el Estado le da cumplimiento a las políticas y normas de protección del no nacido?

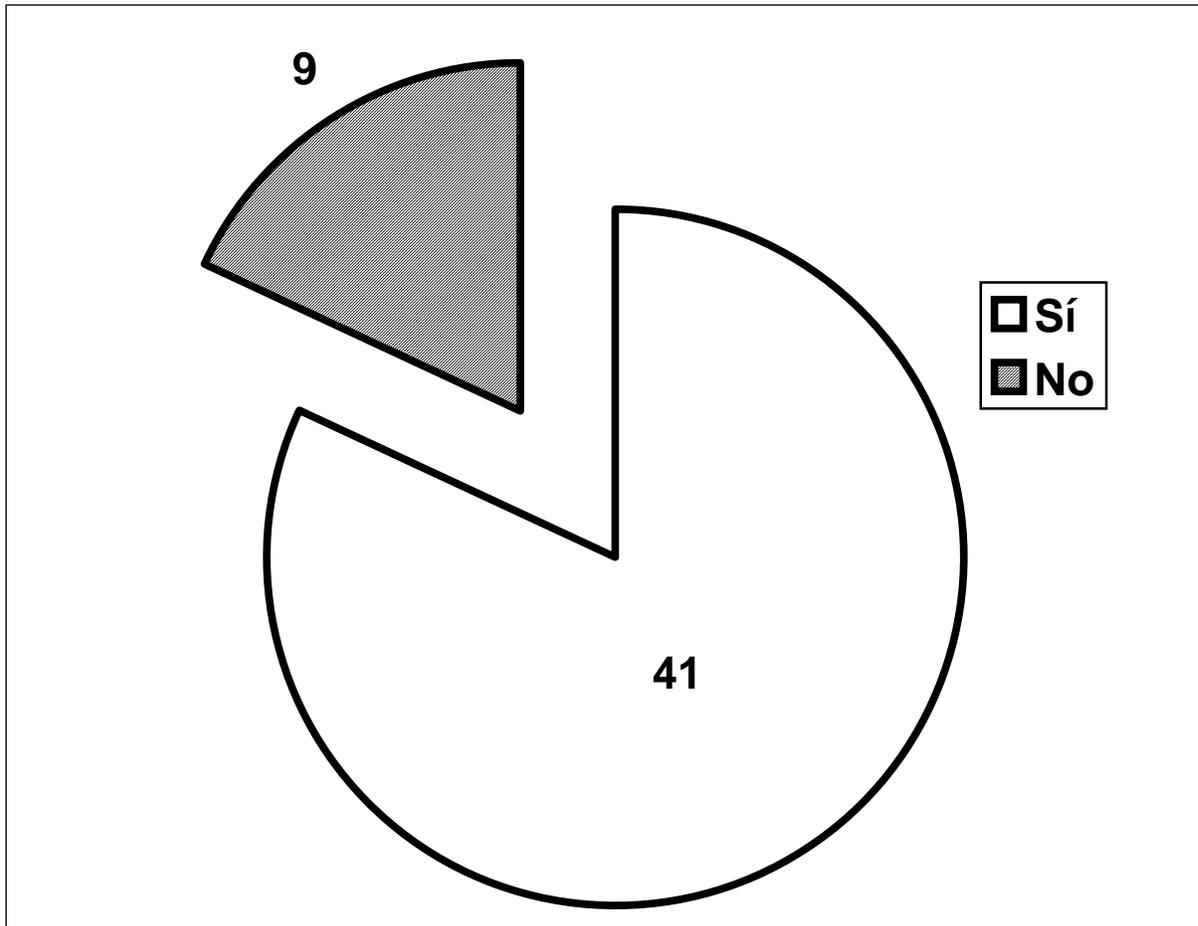


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 10

La presente gráfica representa la opinión de las personas con respecto al poco cumplimiento y fomento de respeto por parte del estado, de las políticas y normas legales en nuestro país con respecto a la protección de los derechos del no nacido.

¿Aconsejaría usted a una mujer embarazada que al estar desprotegida haga valer sus derechos y los de su hijo no nacido por la vía legal?

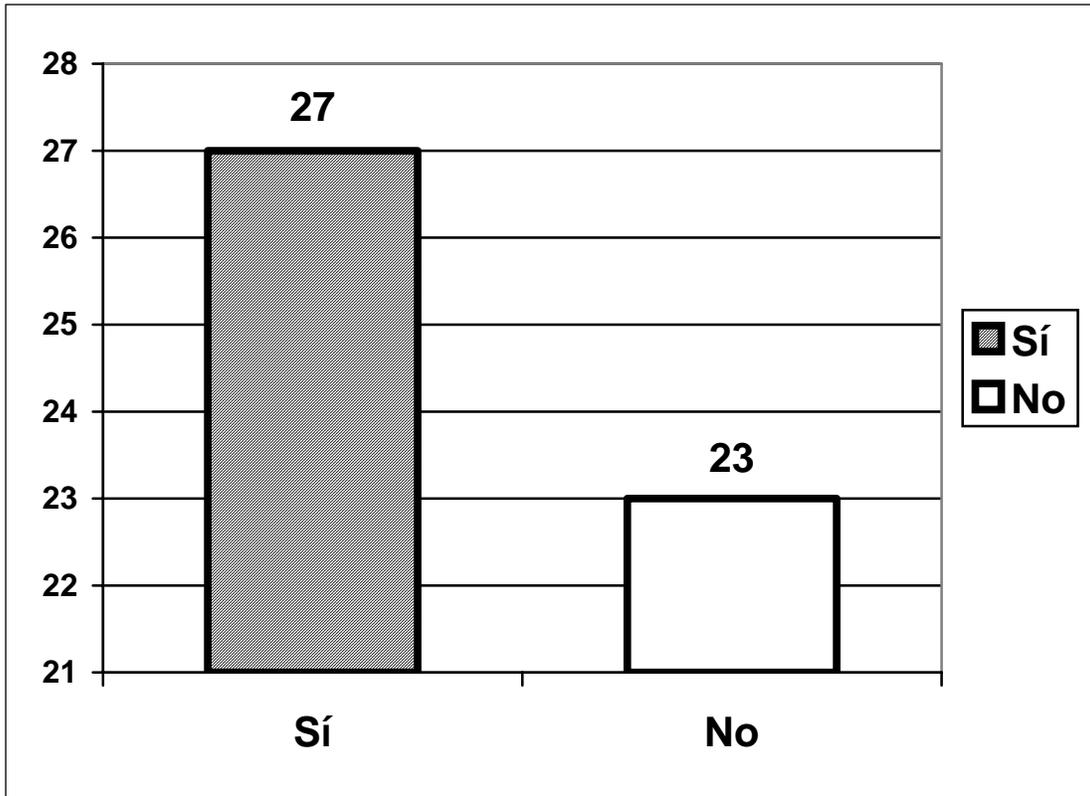


Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 11

En la presente gráfica, contrario a algunas anteriores, sí se le está dando la confianza a los tribunales de justicia a efecto de que la madre desprotegida acuda a ellos para la satisfacción de sus derechos y los de su hijo no nacido.

¿Considera usted que es necesario la creación de programas de protección a la mujer embarazada por parte del estado, cuando esta ha sido abandonada por el padre de su hijo no nacido?



Fuente: Investigación de campo. Septiembre de 2004.

Gráfica No. 12

En la presente gráfica se manifiesta bastante dividida la opinión acerca de la creación de programas tendientes a la protección de la mujer embarazada y su hijo no nacido por parte del estado guatemalteco.

CONCLUSIONES

1. Al concluir la investigación propuesta en el proyecto y haber comprobado en forma total o parcial las hipótesis planteadas, se llega a establecer que después de analizar los aportes científicos, religiosos y jurídicos respecto a cuándo realmente comienza la vida humana, se ha determinado que es desde el momento mismo de la concepción, aunque es importante dejar claro que en Guatemala, desde ese instante, el ser humano en formación es considerado persona. Tal atribución constituye un carácter muy amplio al ser en gestación, pues éste aún no puede gozar de todos los derechos de una persona ya nacida, ni es un ser apto para adquirir obligaciones. Esto ha generado una crítica por muchos estudiosos del derecho, ya que consideran que el sentido del Artículo 3 de la Constitución es el determinante; que el ser no nacido tiene derechos especiales orientados a su protección integral y al respeto de su vida.
2. Después de estudiar el delito de aborto como una tipificación que trata de la privación a la vida del no nacido, se concluye que tal figura no debería tipificarse así sino como homicidio agravado, ya que éste trata del asesinato de una persona humana, como lo considera la Constitución de la República y es a raíz de lo cual se dio el alcance de persona con el fin de proteger la vida; es importante decir que la violación del derecho a la vida es el factor más determinante para que se considere en la ley primaria como persona al no nacido, ya que los legisladores estimaron que dicha categoría haría que se redujera la violación a la vida del ser humano en formación, por establecer una pena más alta en el homicidio que en el aborto.
3. Al darle la categoría de persona humana al ser concebido, debería inscribirse desde el momento de la concepción en el registro civil correspondiente, por ende asignarle un nombre y si muere antes de haber nacido, inscribirle la partida de defunción, fue así donde los legisladores no previeron el problema que generaría la asignación de persona humana, en ese sentido la ley debió ser encaminada a proteger la vida y debió quedar de la siguiente manera: “Asimismo, se protege la vida de todo ser humano desde el instante de la concepción” no sólo en la Constitución sino también en el Código Civil o en un nuevo código familiar, haciendo de esta manera también una

reforma en el Código Penal para que se respetara este derecho en el ser no nacido, ya que se considera que no podría tener todos los derechos acreditados a un ser humano con supervivencia individual, por la razón que el no nacido es un ser especial que depende de su madre y está unido a ella, pero también esta unión es temporal, ya que tiene vida propia y diferente a la de su madre.

4. Con la implementación de programas de educación sexual se contrarresta el alto número de embarazos no deseados en las adolescentes y permiten en alguna medida que éstas terminen su preparación académica, generando así evitar la violación del derecho a la vida de un ser humano indefenso como es el no nacido. La educación sexual en nuestra sociedad es urgente y necesaria, ya que se está creando vidas y es la misma sociedad, al ver que no hay condiciones necesarias, que garanticen que este nuevo ser va tener cumplidas todas sus necesidades. La mayoría de veces opta por evitar su desarrollo dentro del vientre materno para que así no pueda nacer, dando como consecuencia violación de derechos al no nacido.
5. Desde el punto de vista jurídico, la importancia en torno a la protección del embrión humano es por el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales, por considerar la existencia de un nuevo ser humano, de lo cual se debe respetar el derecho a la vida y a la integridad física desde el primer instante de su existencia. La ley protege al no nacido, mayormente en el sentido de considerarse que es un ser vivo, le genera una protección integral en el marco normativo secundario en nuestro país, se vierten disposiciones encaminadas a garantizarle la misma como también sancionando al que violente su derecho primordial.
6. Las mujeres en nuestra sociedad con la práctica de los valores morales y religiosos protegen la vida del no nacido, pues hasta cierto punto tienen temor a Dios porque se consideran que al atentar contra la vida de un ser indefenso es violentar los principios de la iglesia, en ese sentido, la práctica de los mismos en nuestro medio sirve para contrarrestar la violación del derecho a la vida; esto porque la doctrina de la iglesia ha dicho siempre que la vida es creada por Dios y sólo Él es quien puede quitarla, en

ese sentido, las madres que han sido educadas en esta práctica dan una mayor protección a sus hijos cuando están en período de gestación.

7. La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país, estableció las bases para la creación de una ley familiar que garantizará el cumplimiento efectivo de una protección integral para los menores, considerando dentro de esta categoría al no nacido y otorgando derechos especiales para su protección; pues no existe una ley que garantice el respeto a los mismos, entendiéndolo que está dentro de su madre pero es un ser dependiente con derechos especiales y necesarios que le garanticen su supervivencia individual.
8. La ley civil-familiar protege el derecho a la vida del no nacido, ya que consagra disposiciones en beneficio de la mujer embarazada, garantizando así una protección para el ser en gestación. El derecho de alimento de la mujer embarazada genera una protección indirecta para la vida de su hijo. Si bien es cierto que la mencionada figura está orientada como un derecho a la madre, es importante dejar en claro que la existencia de esta vida en gestación es la que permite que se haga efectivo el derecho en la mujer, para que pueda así alimentar a su hijo y a la hora de nacer no tenga problemas la criatura y lo haga en las condiciones de salud estables.
9. Con las investigaciones realizadas se ha establecido que los métodos de planificación familiar considerados así por el Ministerio de Salud, algunos de ellos están en la categoría de abortivos, especialmente los utilizados después de una relación sexual, es decir, los llamados anticonceptivos post-coitales, esto porque actúan destruyendo el óvulo fecundado; en ese sentido, se violenta el derecho a la vida porque desde que se da la fecundación ya existe un nuevo ser, que es destruido por los mismos, lo que generó muchas controversias porque la Iglesia se pronuncia en contra de los mismos, por considerar un pecado la violación al derecho a la vida en el no nacido.
10. Por medio de la investigación hecha se concluye que la declaratoria judicial de paternidad en el hijo no nacido, puede darse porque la ley le da la facultad al hijo

aunque no haya nacido, ya tiene dicha categoría y tomando en cuenta además que si no se diera se estaría violentando el derecho del ser concebido, a gozar de la figura paterna en cuanto a los beneficios económicos que éste le pueda dar a la mujer en el período de gestación.

RECOMENDACIONES

1. **Crear políticas y programas de protección para la mujer embarazada en beneficio de su hijo cuando se encuentren desprotegidos, esto es, sin la ayuda moral y económica del padre.**
2. **Fomentar la creación de instituciones que beneficien a la mujer desamparada cuando es la única responsable del hogar, proporcionándole así fuentes de trabajo para que pueda hacer una efectiva protección tanto para ella como para su hijo no nacido.**
3. **En cuanto a las diligencias de reconocimiento judicial del hijo no nacido, cuando resulta que el supuesto padre no acepta la paternidad, la mujer embarazada queda desamparada sin la ayuda económica del padre, pues no se cuenta con otro medio de protección; por ello, es necesario esperar a que el hijo nazca para practicarle las pruebas científicas en el proceso de declaratoria judicial de paternidad y poderle asignar una filiación verdadera; en ese transcurso de tiempo, el estado debe implementar un lugar de resguardo para que se concrete en realidad la protección legislada a la mujer y directa e indirectamente al no nacido.**
4. **Propiciar asesoramientos jurídicos de las reformas protectoras, principalmente de la vida del no nacido, al cuerpo médico del país, pues son quienes más violentan el derecho primordial tutelado por el estado; son los mencionados quienes siguen atentando contra el bien jurídico sin ningún temor, pues han hecho la práctica de aborto una fuente generadora de ingresos económicos, ya que consideran el embarazo no deseado como un problema que obstaculiza el futuro de la mujer. El Código de Salud debería de reformarse agregándole disposiciones protectoras de la vida y asignando sanciones de suspensión de la profesión, como lección positiva a los demás médicos.**

5. **Modificar el delito de aborto en el Código Penal, pues la muerte del no nacido como persona humana debe ir en la categoría de homicidio agravado por el estado de indefensión del ser en gestación.**
6. **Realizar una reforma al actual Artículo 1 del Código Civil, a efecto de establecer taxativamente los derechos del no nacido y en qué momento empiezan a ejercerse, y para que se regulen eficientemente los derechos del ser en gestación, pues es la etapa determinante en cuanto a la protección integral donde necesita de una adecuada alimentación y un debido cuidado sanitario.**
7. **Velar porque se promueva la creación de un Código Familiar en el cual se incluyan instituciones protectoras de la familia y sus integrantes.**
8. **Hacer que se respeten las disposiciones penales en cuanto a realizar supervisiones en los centros hospitalarios privados, pues estos realizan la práctica de la reproducción asistida, lo que significa que desechan vidas humanas violentando el tenor constitucional, pues la violación no es para el niño que logra nacer sino para los demás óvulos fecundados que son inhumanamente desechados.**
9. **A los hombres de la sociedad guatemalteca, que se responsabilicen de sus actos con madurez para que no causen daños emocionales al hijo desde su gestación, pues debido a ello es probable que en un futuro puedan presentar problemas de conducta.**
10. **Proporcionar a la sociedad información jurídica con programas intensos de divulgación de las leyes, especialmente los del tema objeto de la investigación, reproduciendo sus conocimientos para que en un momento determinado puedan ejercer su derecho de acción.**
11. **A las familias guatemaltecas que sea en el hogar primeramente donde se inculquen los valores morales y religiosos tanto en niños como en niñas, que serán la futura generación de padres en nuestro país, para que ellos consoliden las bases para el respeto de los derechos humanos fundamentales, como es especialmente el derecho a la vida de un ser indefenso.**

- 12. Adquirir un mayor conocimiento sobre las figuras que regula el Código Civil de acuerdo a la normativa familiar, especialmente en lo referente a la protección del no nacido, pues aquellos tienen un papel determinante en el desarrollo del proceso y que se genere así una aplicabilidad efectiva a los derechos.**

- 13. Jueces, magistrados, operadores de justicia y a las diferentes personas con cargos públicos, que tengan presente siempre colaborar con los estudiantes o profesionales que realizan investigaciones en aras de contribuir a la creación de un conocimiento científico. En ese sentido, sería necesario que aquellos compartan su saber sobre las diferentes áreas de las ciencias jurídicas, haciendo posible de esta manera la presentación de trabajos como éste.**

- 14. A la Procuraduría General de la Nación, se recomienda que imparta capacitaciones a los diferentes funcionarios a su cargo, para que estos tengan conocimientos de las garantías establecidas en la ley para las personas, independientemente del área en que aquellos se desempeñen dentro de dicha institución.**

ANEXOS

ANEXO A

GLOSARIO:

Aborto: Expulsión prematura (antes del sexto mes) del producto de la concepción (embrión o feto no viable). Los síntomas clásicos generalmente presentes en cualquier tipo de aborto son: dolor, hemorragia uterina, reblandecimiento y dilatación del cuello, y presentación o expulsión de todo el huevo o parte del mismo. Producto de la concepción expulsado prematuramente.

Claustro materno: La matriz en que es concebido el ser humano y que se desarrolla hasta el aborto o parto, salvo perecer prematuro con la embarazada.

Concepción: Principio de una nueva vida, cuando un óvulo es penetrado por un espermatozoide, dando por resultado el desarrollo de un embrión.

Derecho a la integridad física: Se apoya el mismo en la protección elemental que surge del intento de conservación, aún cuando quedan requerimientos contrarios.

Derecho a la vida: Tan natural y esencial se estima la facultad de conservar y defender la existencia, con raíz en el mismo instante del ser, que no sorprende del todo, que siendo el primero de los derechos individuales (que con la represión del aborto se afirma hasta antes del nacimiento) no haya sido inscrito en ningún ordenamiento positivo, al menos hasta época muy reciente, aun cuando su protección se hace firme y en el castigo del homicidio (v.) y otras formas de agresión contra la vida y la integridad corporal.

Derecho de familia: Parte o rama del derecho civil relativa a los derechos y deberes y, en general, a la institución fundamental que la familia constituye en toda sociedad.

Embarazo: Lapso que transcurre desde el momento de la concepción hasta el nacimiento o del aborto. Estado en que se encuentra la mujer que ha concebido hasta que da a luz. Interesa especialmente en derecho, por cuanto afecta jurídicamente a la filiación a la adquisición de derechos y al nacimiento de la personalidad jurídica. La simulación de preñez puede constituir un delito contra el estado civil.

Embarazo ectópico: El embarazo cuyo huevo se desarrolla en cualquier sitio fuera de la cavidad uterina; embarazo extrauterino. Embarazo en que la implantación se produce fuera del endometrio y de la cavidad endometrial, es decir, en el cerviz, la trompa uterina, el ovario, la cavidad abdominal o pélvica.

Embrión: Producto de la concepción desde las primeras modificaciones del huevo fecundado y durante los tres primeros meses gestantes a partir de cuyo tiempo toma el nombre de feto.

Existencia de las personas: Entendiendo estos en el sentido jurídico más amplio, las personas se dividen en dos clases: La existencia visible (las individuales o los hombres) y aquellas de existencia ideal (personas jurídicas). Por el contrario reservando lo de existencia únicamente para los hombres y mujeres dentro del Código Civil, hay dos momentos distintos para referirse a la existencia de las personas: uno es el de la concepción a partir del cual son susceptibles de aquellos que las beneficia, si llegan a nacer con los requisitos legales para reconocerle la personalidad; y otro, el de 24 horas después del nacimiento, momento desde el cual se reconoce a todos los efectos la existencia y la personalidad.

Familia: Es la institución social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligados por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación.

Fecundación invitro: Fecundación de un óvulo previamente extraído de la mujer, por un espermatozoide, en condiciones de laboratorio.

Feto: Producto de la concepción de la mujer, u otra hembra, a partir del segundo mes de la gestación hasta el parto. Por convención se considera feto al embrión en el cual la cara ya aparece diferenciada y el cuerpo adquiere aspecto humano o específico.

Filiación: Vínculo existente entre padres e hijos. La filiación puede ser legítima (derivada del matrimonio) o por adopción.

Gestación: Embarazo. Período desde la concepción hasta el nacimiento. Tiempo que las hembras albergan en su útero el embrión para producir un ser viviente.

Homicidio: Muerte dada por una persona a otra. Penalmente, el hecho de privar de la vida a un hombre o mujer, procediendo con voluntad y malicia, sin circunstancia que excuse o legitime y sin que constituya asesinato, ni parricidio (delitos más grandes), ni infanticidio, ni aborto (V), muerte penal más benignamente, y aún exculpados. Antiguamente, homicidio era con las gráficas arcaicas de homicidio el tributo que se imponía a los pueblos que se negaban a entregar al reo que en jurisdicción de ellos había cometido una muerte injusta.

Irresponsabilidad: Ausencia de la responsabilidad en la esfera de lo civil o en lo penal, en los términos expuestos en las voces siguientes, carencia de escrúpulos, de moral, de reflexión o del sentido del deber.

Maternidad: Relación parental que une a la madre con el hijo. La maternidad puede ser legítima cuando el hijo es concebido en el matrimonio o ilegítima cuando es concebido extramatrimonial.

Nonato: El no nacido naturalmente, el extraído del claustro materno en los instantes inmediatos a la muerte de su madre. La inexistente o no acaecida. “Naciendo con vida, no habrá distinción entre el nacimiento espontáneo y el que se obtuviese por operación quirúrgica.”

Persona: Filosóficamente, subsistencia individual de naturaleza racional (Baccio). Naturaleza humana encarnada en un individuo (Meadrick). Ser humano capaz de adquirir derechos y obligaciones; el sujeto del derecho. Cualquier hombre o mujer (v). Más indefinidamente refiérase a ésta o aquel cuando se ignora el nombre o no se quiere mencionar. Hombre de gran capacidad o de otras notables prendas.

Persona por nacer: La que no habiendo nacido está concebida en el seno uterino sus representantes son los padres y por incapacidad de ellos, el curador que se nombre, cesa tal representación del día del parto y entonces empieza lo que por menor le corresponda. El embarazo (v) se tiene por reconocido por simple declaración de la mujer, de su marido o de otra parte interesada y los son en este caso: 1° Los parientes en general del no nacido (hasta el cuarto grado debe entenderse por los efectos sucesores; 2° todos aquellos a quienes hubiesen el parto, o si no naciera con vida la criatura, o si naciera fuera de tiempo propio (lo cual atañen a los herederos voluntarios y legatarios); 3° los acreedores de la herencia; 4° el ministerio de menores (v. concebido).

Protección a la maternidad: Dentro de los regímenes de previsión social se encuentran las normas encaminadas a proteger económica y sanitariamente a la mujer durante el período de gestación en el parto y con posterioridad al mismo durante lapso más o menos largo, según las legislaciones precaución frecuente es la de examinarla del trabajo durante un número de semanas anteriores y posteriores al alumbramiento. La forma más frecuente es la primera que no excluye alguna simulación con fines muy diversos, lo mismo que en la segunda no cabe excluir el error.

Protección: Ayuda, amparo, favorecimiento económico. Remuneración más o menos directa con dinero o de otra forma, que un hombre otorga a una amante.

Reconocimiento: Declaración solemne de la paternidad o maternidad natural, ya sea por una confesión espontánea de los progenitores o como resultado de una prueba en juicio. El

primero de los supuestos integra el reconocimiento voluntario y el segundo el reconocimiento forzoso.

Viabilidad: Término usado para indicar que el feto podría sobrevivir fuera del útero materno. Normalmente se considera que la viabilidad del feto comienza al principio del tercer trimestre de gestación, si bien con los adelantos clínicos actuales la edad de viabilidad fetal se anticipa progresivamente.

ANEXO B

**Encuesta dirigida a Jueces de Familia
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.**

TESIS DE GRADUACIÓN

Tema: “Los Derechos del no nacido en la legislación guatemalteca”

Fecha:

Hora:

Lugar:

OBJETIVO: Determinar en qué grado se hace efectiva la aplicación de los derechos del no nacido.

Instrucciones: Con el respeto merecido, le ruego darle respuesta a las interrogantes planteadas, necesarias para el desarrollo del tema, de antemano, muy agradecido por su importante colaboración.

Preguntas:

1.- ¿Qué significado tiene para usted la vida humana?

Mucho

Poco

Regular

2.- ¿Desde su punto de vista cree que la existencia legal de la persona humana comienza con la concepción?

Sí

No

3.- ¿Considera usted que en la medida que la sociedad guatemalteca se concientizara del valor de la vida humana, tendrá mayor protección el ser en gestación?

Sí

No

4.- ¿Cree usted que sería necesario reformas en las disposiciones de los tratados internacionales y las leyes ordinarias que expresen literalmente que el no nacido es persona humana para que se armonicen con el Artículo 3 de nuestra constitución?

Sí

No

5.- ¿A su criterio cree que el Estado cumple con las políticas de protección para el ser concebido establecido en las leyes?

Sí

No

6.- ¿A su criterio cree que sería necesario dar una mayor divulgación de los derechos del no nacido, para que se dé un efectivo cumplimiento de las disposiciones legales que protegen a la madre y a su hijo?

Sí

No

7.- ¿Considera que el establecimiento de la paternidad contribuye a respetar los derechos del no nacido?

Sí

No

ANEXO C

Encuesta dirigida a Médicos.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

TESIS DE GRADUACIÓN

Tema: “Los Derechos del No Nacido en la Legislación Guatemalteca”

Fecha:

Hora:

Lugar:

OBJETIVO: Determinar en qué grado se hace efectiva la aplicación de los derechos del no nacido.

Instrucciones: Con el respeto merecido, le ruego darle respuesta a las interrogantes planteadas, necesarias para el desarrollo del tema, de antemano, muy agradecido por su importante colaboración.

Preguntas:

1.- Desde el punto de vista médico, ¿en qué momento comienza la vida humana?

Concepción

Nacimiento

2.- A su criterio, ¿cree que el estado guatemalteco ha creado las políticas de salud necesarias para la protección de la mujer en estado de gravidez y en beneficio de su hijo?

Sí

No

3.- En el caso de que una mujer después de practicado un aborto llega al centro hospitalario, ¿considera apropiado denunciar el delito ante la autoridad competente?

Sí

No

4.- Si se encontrara en una situación en que los resultados de un análisis demuestran que la criatura en gestación manifiesta malformaciones físicas, ¿considera conveniente practicar un aborto en tales circunstancias?

Sí

No

5.- A su criterio, ¿la prueba científica de ADN, para establecer la paternidad en el no nacido, tiene un procedimiento efectivo?

Sí

No

6.- ¿Cree usted que la práctica de un aborto perjudica la salud física y mental de la mujer?

Sí

No

7.- Desde el punto de vista médico, ¿considera usted que tiene derechos el no nacido?

Sí

No

5.- ¿Sabe usted que la práctica de abortos puede causa daños físicos y mentales y hasta la muerte en la mujer?

Sí

No

No sabe

6.- ¿Sabe usted que tanto el hijo como la madre tienen derecho a recibir alimentación por parte del padre del hijo concebido, de acuerdo a la normativa familiar?

Sí

No

No sabe

7.- ¿Se dará protección del derecho a la vida si el Estado crea leyes en beneficio para la mujer embarazada?

Sí

No

8.- ¿Considera usted que el hijo no nacido es persona y por el mismo hecho es acreedor de derechos por disposición de ley?

Sí

No

9.- ¿Si el padre de su hijo no nacido se negare a proporcionarle ayuda, ejercería usted su derecho a exigirle cumplimiento en forma legal?

Sí

No

10.- ¿Tiene conocimiento que el hijo no nacido, producto de una unión de hecho, o una relación eventual, tiene derecho a ser protegido por su padre?

Sí

No

No sabe

Sí

No

6.- ¿Cree usted que sería piadosa y necesaria la práctica del aborto cuando se ha diagnosticado malformación en el ser en gestación?

Sí

No

7.- ¿Cree que si la sociedad guatemalteca se concientizara del valor de la vida humana, se diera una mayor protección al no nacido?

Sí

No

8.- ¿Cree usted que la divulgación de los derechos del no nacido en la sociedad guatemalteca dará como resultado una mayor aplicación de los derechos a la madre y al nuevo ser?

Sí

No

9.- ¿Considera usted que si existiera mayor responsabilidad paternal en la sociedad guatemalteca, tendría mayor protección el no nacido?

Sí

No

10.- ¿Cree usted que el estado le da cumplimiento integral a las políticas protectoras del no nacido?

Sí

No

11.- ¿Aconsejaría usted a una mujer embarazada, cuando estando desprotegida, haga efectivo el cumplimiento de sus derechos por las vías legales?

Sí

No

12.- ¿Cree que es necesario la creación de programas de protección a la mujer embarazada, por parte del estado cuando ésta ha sido abandonada por el padre de su hijo?

Sí

No

BIBLIOGRAFÍA

- ANGARITA GÓMEZ, Jorge. Lecciones de derecho civil. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, S. A., 1994. 554.
- BERGEL, Salvador Darío y José María Cantú. Bioética y genética. Encuentro Latinoamericano de bioética y genética. Buenos Aires, Argentina: Ed. T & E, 2000. 422.
- BERNI, Adriana Elizabeth. «Maternidad con la fecundación asistida» 2003, <http://www.monografias.com> (30 de septiembre de 2004).
- BONECASE, Julián. Tratado de derecho civil. México: Ed. José M. Cajica, 1946. 452.
- BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. Zannoni. Manual de derecho de familia. 5a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 2003. 335.
- BRAÑAS, Alfonso. Manual de derecho civil. Tomo I. Guatemala: Cooperativa de Ciencia Política, R.L., Universidad de San Carlos de Guatemala, 1996. 480.
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta SRL., 1994. 822.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho civil español común y foral. Tomo I. 5a. ed.; Madrid, España: Ed. Reus, 1962. 452.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Tomo XXIV. Madrid, España: Ed. de Derecho Privado, 1985. 560.
- DE PINA, Rafael. Elementos de derecho civil mexicano. Tomo I. México: Ed. Purrúa S. A., 1992. 415.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Abuso del derecho. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1992. 183.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la identidad personal. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1992. 340.
- FERRARA, Francesco. Teoría de las personas jurídicas. Madrid, España: Ed. Reus, 1929. 520.
- Fondo de las Naciones Unidas para la infancia –UNICEF–. De la convención a la acción aportes metodológicos para el análisis y reformulación del marco jurídico nacional a la luz de los derechos humanos de la niñez. Guatemala: Ed. Don Quijote, 1994. 198.
- FONSECA, Gautama. Curso de derecho de familia. Tegucigalpa, Honduras: Ed. López y Cía., 1987. 347.

- FUKUYAMA, Francis.** El fin del hombre. Barcelona, España: Ed. Sine Qua Non, 2002. 186.
- GARCÍA MAÑÓN, Basilio.** Aborto e infanticidio. Madrid, España: Ed. Alba, 1994. 125.
- GONZÁLEZ DE LEÓN, Deyanira.** Los médicos y el aborto. México: (s.e.), 1998. 75.
- HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam.** La persona y sus derechos consideraciones bioético-jurídicas. Bogotá, Colombia: Ed. Temis, S. A., 2000. 455.
- JASPERS, Kart.** La fe filosófica. Buenos Aires, Argentina: Ed. De Palama, 1968. 287.
- LEMA AÑÓN, Carlos.** Reproducción, poder y derecho, ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida. Buenos Aires, Argentina: Ed. Juris, 2001. 266.
- LINACEO DE LA FUENTE, María.** «Protección legal al nasciturus,» 2004, <http://www.monografias.com> (30 de septiembre de 2004).
- MESSINEO, Francesco.** Manual de derecho civil y comercial, traducida al español, por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, Argentina: Ed. Jurídicas Europa-América, 1996. 417.
- MORETTI, Dante.** La reproducción humana. 2a. ed.; Santa Fe de Bogotá, Colombia: Ed. Paulinas, 1991. 295.
- Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala –ODHAG–.** Informe sobre la situación de los derechos de la niñez en Guatemala (1998). Guatemala: Ed. Serviprensa, 1999. 155.
- OPPENENHEIM, Ricardo E.** «La maternidad en la fecundación asistida, el Derecho frente a la ciencia y a la realidad» 2003, <http://www.monografias.com> (17 de agosto de 2004).
- OSSORIO, Manuel.** Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1992. 797.
- PÉREZ, Romina** «La moral cristiana frente al aborto» <http://www.monografia.com> (12 de abril de 2004).
- PLANIOL Marcel y Ripert, Georges.** Derecho civil. 3a. ed.; México: Ed. Harla, 1957. 745.
- PUIG PEÑA, Federico.** Compendio de derecho civil español. 5t.; 2a. ed.; Madrid, España: Ed. Arazandi, 1979. 723.
- RECASÉNS SICHES, Luis.** Filosofía del derecho. México: Ed. Porrúa, S. A., 1959. 165.

ROJAS SORIANO, Raúl. Guía para realizar investigaciones sociales. 9a. ed.; México: Ed. Plaza Valdis, S.A., 1997. 78.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho civil mexicano. México: Ed. Robledo, 1959. 632.

ROSALES VERA, Ivonne. «Fecundación asistida: necesidad de su regulación»
<http://www.monografias.com> (22 de abril de 2004).

RUÍZ JIMÉNEZ, Joaquín. Derecho y vida humana. México: Ed. Miseso, 1994. 205.

SAGASTUME GEMMELL, Marco Antonio. La protección internacional de los derechos de la niñez. (Cuaderno normativo N. 8). San José, Costa Rica: (s.e.), (s.f.). 85.

SCHELER, Max. El puesto del hombre en el cosmos. Buenos Aires, Argentina: Ed. Losada, 1943. 174.

SILVA SILVA, Hernán. Diccionario de términos médicos legales. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1981. 346.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Parte general de los sujetos de derecho. 4a. ed.; Santiago de Chile: Ed. Nacimiento, 1946. 381.

TENDLARZ, Silvia Elena. El psicoanálisis frente a la reproducción asistida. Buenos Aires Argentina: Ed. Contemporáneos, 1998. 338.

VATICANO. «El estatuto del embrión humano»
http://www.google.com/nacido*derecho.org (12 de abril de 2004).

VILA-CORO, María Dolores. Introducción a la biojurídica. Madrid, España: Universidad Complutense, 1995. 237.

WOTTERING, Joseph A. «El DNA: Argumento científico para poner fin a los abortos»
http://www.google.com/no+nacido*derecho (23 de septiembre de 2004).

ZANNONI, Eduardo. Inseminación artificial y fecundación extra uterina. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1998. 236.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, diciembre 10 de 1948.

Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la 9a. Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos, San José, Costa Rica, 1969, Decreto 6-78 del Congreso de la República de Guatemala, 1978.

Convención sobre los Derechos del Niño. Asamblea General de la Naciones Unidas, 10 de mayo de 1990, Decreto 27-90 del Congreso de la República, 1990.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de las Naciones Unidas, diciembre 19 de 1966, Decreto 9-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General de Naciones Unidas, diciembre 19 de 1966, Decreto 69-87 del Congreso de la República de Guatemala, 1987.

Código Civil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República, Decreto Ley 106, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República, Decreto Ley 107, 1963.

Código Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 17-73, 1973.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 51-92, 1992.

Código de Menores. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 78-79, 1979.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-89, 1989.

Ley de Tribunales de Familia. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República, Decreto Ley 206, 1964.

Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 97-96, 1996.

Ley de Dignificación de la Mujer. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 7-99, 1999.

Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 54-77, 1977.

