

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE NICARAGUA, MANAGUA
UNAN - MANAGUA
Recinto Universitario "Rubén Darío".
Departamento de Derecho



Informe de Investigación Seminario de Graduación
Para optar a la Licenciatura en Derecho.

*“Análisis Jurídico del Concebido y no nacido en
Nicaragua”*

Autores:

Br. Oscar Javier Gutiérrez Ubau.

Br. Oscar Wagner Silba Lagos.

Br. Pablo Salmerón Salmerón.

Tutor: *Dr. Randolph Zeledón.*

Managua Nicaragua 30 de Enero de 2015



CONTENIDO

I.	DEDICATORIA.....	
II.	AGRADECIMIENTO.....	
III.	INTRODUCCION.....	
IV.	ANTECEDENTES.....	
V.	JUSTIFICACIÓN	
VI.	OBJETIVOS:.....	
6.1	Objetivo General:.....	
6.2	Objetivos Específicos:	
VII.	CAPITULO 1: <i>EL NASCITURUS</i>	
7.1	Concepto:.....	
7.2	El Concebido forma parte del organismo de la Madre.....	
7.3	Antecedentes Históricos.....	
VIII.	CAPITULO 2: <i>TEORÍAS RELATIVAS AL COMIENZO DE LA VIDA INDEPENDIENTE DEL SER HUMANO.</i>	
8.1	Teorías.....	
IX.	CAPITULO 3: <i>PERSONALIDAD. DIFERENTES ENFOQUES SOBRE LA MISMA.</i>	
9.1	Persona y Personalidad	
9.2	Daños Prenatales:	
9.3	Naturaleza Jurídica De La Protección De Nasciturus.	
9.4	Efectos Favorables del Nasciturus.....	
9.5	Efectos No Favorables del Nasciturus:.....	
X.	CAPITULO 4: <i>ALGUNAS CONSIDERACIONES DEL NASCITURUS Y EL PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN LEGAL DE SU VIDA Y SALUD.</i>	
10.1	Consideraciones.....	
XI.	CAPITULO 5. <i>EL ABORTO.</i>	
11.1	Concepto:.....	
11.2	Tipos de Aborto	
11.3	Formas De Aborto.	
11.4	Embarazo Producto De La Violación.....	
11.5	Grupos De Riesgo Sujetos De Aborto Inseguro.....	
11.6	Principios Morales Éticos Y Jurídicos.	



11.7 Prohibición total del aborto terapéutico en Nicaragua

XII. CAPITULO 6: REGIMEN JURIDICO DISPUESTO PARA EL CONCEBIDO Y NO NACIDO.

12.1 Nuestro Código Civil y su tratamiento con el tema.....

12.2 De la Protección de los “Nasciturus” Significado y Alcance:

12.3 Funciones Asignadas De Este Tipo De Guardadores:.....

12.4 Estado democrático y bien común.....

12.5 Justicia e igualdad jurídica

12.6 Código den Familia.....

XIII. CONCLUSIONES

XIV.RECOMENDACIONES.....

XV. BIBLIOGRAFIA.....



I.DEDICATORIA

A Dios, por ser nuestro guía espiritual y darnos fortaleza, Prudencia y fe para alcanzar una meta más en mi vida.

A Nuestras Familias, Por compartir nuestras penas, alegrías, con sus consejos, apoyo, comprensión y ayuda constante.

A Nuestros Maestros, que nos han transmitido sus conocimientos y cuidado nuestros pasos a lo largo de nuestra educación Profesional.

A Nuestros Amigos, por sus palabras, estímulos, alientos y compañía en el que hacer y desarrollo de nuestra carrera.



II. AGRADECIMIENTO

Nuestro grupo de trabajo deseamos expresar nuestros más sinceros agradecimientos a Dios, y al constante apoyo y dedicación que nos han brindado el centenar de profesores, que desde nuestras primeras letras hasta el día de hoy, nos siguen brindando. Especialmente a los profesores de nuestra facultad, quienes merecen especial cariño y respeto.

A nuestros padres con todo su tesón y el amor que apreciamos fruto de sus desvelos para lograr concluir nuestra meta, de poseer en nuestras mentes una formación profesional. A nuestros compañeros y amigos por la sana amistad y desinteresado apoyo que nos brindaron oportunamente en nuestro cotidiano quehacer de nuestras labores académicas.

A nuestro tutor Dr. Randolph Zeledón, y especialmente al licenciado Oscar Gutiérrez Miranda quienes nos orientaron a lo largo del seminario de Graduación.



III.INTRODUCCION:

En los últimos años, se ha venido reconociendo en las diferentes legislaciones, la importancia de este tema, y que a través de la historia, se han realizado numerosísimas discusiones y criterios para conformar con más justeza los verdaderos derechos que están consignados ya en la declaración de los Derechos de los niños y niñas y en la Constitución Política de Nicaragua. Nuestro trabajo está estructurado en seis apartados o capítulos.

En el primero; *El Nasciturus* nos referimos al concebido como parte o no del organismo de la madre, con los criterios que precedieron a este concepto, desde su historia, desde hace varios siglos.

En una segunda relación, tomamos en cuenta las diversas teorías que se han planteado para determinar cuándo es que comienza la vida del ser humano en forma independiente.

En el tercer aspecto Abordamos los variados enfoques sobre la persona, su diferencia conceptual con la personalidad, su origen y su conformación en la vida del ser humano.

En cuarto aspecto abordamos la Naturaleza Jurídica del Nasciturus, de qué forma es tratado o interpretado el tema por nuestros legisladores, en el Código Civil Nicaragüense, que alcances pretenden estas leyes abarcar para la protección del concebido no nacido.

En el quinto capítulo hemos abordado el aborto su concepción, los diferentes tipos de aborto, los grupos de riesgo y sujeto de aborto inseguro.

Como sexto y último capítulo estamos abordamos el marco jurídico legal de Nicaragua

Al final ofrecemos nuestras conclusiones, que a nuestro juicio como grupo, logramos establecer.



Nuestra aspiración, con este documento elaborado con sumo interés y devoción por el conocimiento científico jurídico, es que pueda servir a otros en obtener información que le pueda parecer pertinente.

No seríamos sinceros, si ocultamos el empeño que hemos puesto en la preparación de este trabajo, con la satisfacción de haber cumplido con la tarea que nos impusimos. Tenemos fe y con humildad lo decimos, ojala pueda servir a otros como instrumentos de apoyo y colaboración cuando de este tema se trate.

Con el noble propósito de ser generadores de justicia, propulsores de la paz y cariñosos de la patria les decimos, muchas gracias.



IV. ANTECEDENTES

Son muchos los temas científicos jurídicos que no están abordados en nuestro pensum académico, otros no han despertado el interés para insertarlo con un debido tratamiento metodológico en los materiales de estudio utilizado por los estudiantes y o profesores, redundando en debilidades para su correspondiente y correcta aplicación, una vez que los graduados deban utilizarlos durante su consiguiente labor profesional.

Por otra parte, se deja notar que muchas veces que no tenemos adquiridos el suficiente desarrollo en el uso y manejo de las técnicas de investigación por múltiples factores; entre ellos dar el mayor rigor científicos a los trabajos presentados, situación económico de los estudiantes , falta de bibliografía ajustadas a la realidad nicaragüense en la elaboración de los textos ,hay poca y clara integralidad con las ciencias afines o auxiliares ya que no somos especialistas en cada una de las mismas.

Débil intercambio entre elaboradores de leyes y débil comunicación entre sistemas judiciales y la escuela de ciencias jurídicas, para que podamos estar al corriente de la actualidad.

El tema que abordamos en este documento es uno de ellos, encontramos mucha segmentación en el abordaje durante nuestra elaboración del trabajo.



V.JUSTIFICACIÓN

El tema que abordamos en este documento no está sistematizado como un todo coherente por lo que debería de tratarse en varios tomos, desde el punto de vista médico-legal, biológica y social, otros redactados en forma sencilla puesto que toca varias especialidades, sin menoscabo de su rigor científico.

Hemos hecho un humilde esfuerzo por presentar en nuestro trabajo la coherencia que debe poseer nuestra investigación documental de *Nasciturus o no Nacidos* y la Personalidad Jurídica.

Así mismo estamos cumpliendo con los requisitos de ley, no por el mero requisito sino, por el interés que suscita en nosotros, presentar de la mejor forma posible el trabajo que nos fue encomendado.

En nuestras conclusiones presentamos además nuestros criterios muy propios tratando de ser independiente de criterios ajenos a fin de haber percibido la interpretación correcta de lo investigado y elaborado por muchos especialistas en la materia.

Esperando que este trabajo presentado por el grupo pueda ser útil para quienes puedan ser lectores del mismo.



VI.OBJETIVOS:

6.1 Objetivo General:

- ❖ Análisis Jurídicos del Concebido y no Nacido en Nicaragua.

6.2Objetivos Específicos:

- ❖ Identificar algunas concepciones teóricas y judiciales sobre los derechos del *Nasciturus*.
- ❖ Establecer algunos principales criterios acerca de los derechos del no nacido en la actualidad.
- ❖ Interpretar las normas jurídicas de los derechos del *Nasciturus* plasmada en nuestra Legislación.



VII.CAPITULO 1: *EL NASCITURUS*

7.1 Concepto:

Nasciturus (el que va a nacer, participio de futuro latín) es un término jurídico que se designa al ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento. Hace alusión por tanto, al concebido no nacido.

En muchas legislaciones, el *Nasciturus* no tiene personalidad jurídica, Sin embargo, y dado que generalmente la adquiere al nacer, en ciertas circunstancias se le reconoce una serie de derechos. Así el *Nasciturus* se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico pues se le considera “un bien jurídico necesitado de tutela”. Por otra parte, una vez acontecido el nacimiento la mayor parte de legislaciones existentes reconocen constitucionalmente derechos a toda persona nacida. (<http://es.wikipedia.org/wiki/Nasciturus>).

El análisis de la cuestión del comienzo de la persona humana es de vital importancia. Es preciso reconocer el carácter de persona del embrión humano desde el momento mismo de la fecundación. Es así que a partir de que el espermatozoide penetra el Ovulo comienza la existencia de la persona humana y desde entonces el embrión debe ser sujeto de derecho que la legislación de cada país debe reconocer.

Palabra Clave: Embrión humano, *Nasciturus*, embriogénesis, derecho del Embrión humano.

El hombre es un ser muy complejo. Su cuerpo está formado por millones de células que se multiplican constantemente para sustituir a las que mueren por concluir su ciclo de vida o por alguna otra causa. ¿Pero desde cuando es ser humano?

Al respecto el Profesor Jerome Lejeune, catedrático de la genética de la Universidad de la Sorbona, afirma que existe un ser humano: desde el momento



mismo de la fecundación, desde el instante en que a la célula femenina le llega toda la información que se contiene en el espermatozoide.

En el preciso instante de la unión de los gametos femeninos y masculinos, inicia la formación de un nuevo ser, Individual y autónomo. Se debe destacar la posibilidad de un antes y un después, ya que no existe ninguna transformación esencial por el cual el cigoto, embrión o el feto se convierta en algo que no fue desde el momento de su concepción. Se es ser humano desde la concepción hasta la muerte.

La ciencia y el sentido común prueban que la vida humana comienza en el acto de la concepción y que en este mismo momento están presentes en potencia todas las propiedades biológicas y genéticas del ser humano. Pero, para entender estas afirmaciones es importante repasar someramente el proceso de fecundación o concepción de un ser humano. Cada célula humana cuenta con un núcleo en donde contiene 46 cromosomas, formados por millones de genes o caracteres de la herencia. De la combinación de estos genes dependen las características que nos hacen únicos e irrepetibles. A toda esta información, contenida en las células de nuestro cuerpo, se le denomina genoma o código genético.

El espermatozoide, la célula germinal masculina, y el óvulo, la célula germinal femenina, están programados naturalmente para unirse y formar un nuevo ser humano. Cada uno de ellos contiene la mitad de la información genética necesaria para formar un hombre o mujer con sus características físicas y psicológicas propias, distinto de todos los demás. Gracias a la unión de los gametos femenino y masculino. (http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_directo/articulo/view/File/886/738).

Son muy amplios los aspectos que comprende este tema, muchas disciplinas científicas, teóricas y religiosas han tenido que ver sobre ello. La Biología el derecho, la sociología y la religión han manifestado sus criterios en el afán de encontrar la mejor respuesta a la definición y explicación correcta para que sus conclusiones tengan una interpretación única y verdadera que satisfaga cualquier duda.



No es nuestro interés adentrarnos en los criterios de otras ciencias, más que en las que nos compete, en este trabajo, pues han sido y serán competencias de los que se dedican a la investigación en esas ciencias. Los criterios históricos, nos revelan que el feto forma parte del organismo de la madre.

Esta opinión en la actualidad no es compartida por quienes han considerado que el ser en gestación tiene vida y autonomía propia. La ciencia biológica nos confirma, pues ha logrado desarrollar embriones de forma artificial, criaturas de probeta invitro (Probeta en vidrio).

Un buen sistema jurídico, muy bien coordinado, coherente debe otorgar, al ser concebido el primero de sus derechos: El derecho a la vida.

Esta protección deberá iniciarse antes del nacimiento, *¿por qué?*

Porque el concebido es un germen, es una construcción orgánica complejísima de vida entonces deberá sancionar al que atente contra ese derecho, dicha sanción deberá ser de orden penal, porque se destruye una vida humana y se vulnera el orden social.

La anterior expresión la manifestó Luis Sebag y de acuerdo con ella José María Manresa considera que desde el momento de la concepción existe un germen de personalidad humana por existir en un embrión que en derecho, no se puede desconocer. (Luis Sebag 18 de Febrero 2012 <http://clubensayos.Com/Acontecimientos-Sociales/El-Naciturus>).

La declaración “americana de los derechos del hombre” la cual reconoce que todo ser humano tiene derecho a la vida (*artículo.10*) por tanto si el Naciturus es ser humano, también es jurídicamente persona y por ende, titular del derecho a la vida, que tiene a partir del momento de la concepción (*artículo.4 numeral 1*)

7.2 El Concebido forma parte del organismo de la Madre.



Muchísimos estudiosos e investigadores de las ciencias jurídicas, han manifestado que mientras el hijo no haya nacido se debe considerar como parte del organismo de la madre, ósea que: Expresa Charles Máynez mientras que el hijo no haya nacido no tiene existencia separada de la madre, por tanto forma parte de ella.

En el mismo sentido, nos dice Ursicinio Álvarez. El concebido no nacido no puede considerarse entre los humanos (*in rebús humanis* / en los asuntos humanos). Por no haberse desprendido del claustro materno, no posee autonomía; respecto de la madre, constituye una parte integrante de ésta (*mulierispartió* / mujer partió). Sin embargo expresa que: “en el feto se encuentra una esperanza de hombre que en su día nacerá a la vida del derecho”. (*El nasciturus*, Lisandro Cruz Ponce, Álvarez Suarez, Ursicinio, Instituciones de Derecho Romano, Madrid, editorial revista de derecho privado, 1977 t.III, P.13).

Contrariamente a la opinión de estos autores manifiestan que el concebido es un ser autónomo que no pertenece al organismo de la madre. Tendría autonomía propia, versión que sería confirmada por los nuevos hallazgos de la biología que han podido desarrollar artificialmente el embrión en lo que se ha llamado criatura in vitro.

Genéticamente el ser se forma en el instante mismo de la fertilización, en ese instante queda marcado el ciclo de vida del nuevo ser, desde ahí, se debe señalar su autonomía de la madre, desde luego que sucederán procesos recíprocos en el seno materno, pero el desarrollo embrionario no solo puede ocurrir en el seno materno, si no también que en el laboratorio sean creadas condiciones semejantes de tal manera que se puede desarrollar un nuevo ser humano en forma artificial.

Esta operación se ejecuta con extraordinaria precisión, atendiendo a esta opinión de Ángel Serra, el fundamento biológico del derecho a la vida, debe contarse en el instante mismo de la concepción, cuando se inició el proceso que es el momento de la concepción. (Ángel Serra Julio-Diciembre 1975 P.357).



De todo lo anterior abordado surgen algunas dudas, pero nos parece la más importante la siguiente. ¿Puede interrumpirse el proceso biológico del niño o niña que guarda el seno materno? Si nos contestamos que sí, ¿Cuál sería el instante de esa oportunidad?

Una de las de las respuestas esperadas es la que podrían darnos los que opinan, que el derecho vital se inicia en el instante mismo de la concepción.

Para los que tienen opinión favorable, si el proceso evolutivo provoca un peligro grave para la salud o la vida misma de la madre, o por causa como el de la violencia sexual, certeza de que el producto de la concepción nacerá con graves anomalías físicas o mentales, que con rigor científico están debidamente verificadas, a través de los sistemas modernos de la medicina actual.

7.3 Antecedentes Históricos

Roma en su doctrina y legislación le concedían a la criatura en gestación una especial fisonomía jurídica: Fue considerada como un anticipo de la persona que sería en futuro, una esperanza, según Louis Sebag (francés) “*Que la criatura va desarrollándose de instante en instante hasta llegar a ser una maravillosa realidad y perfecta, a transformarse en un ser humano*”.

Sebag agrega que aun cuando no se le concedió la plenitud de la capacidad jurídica se le tuvo por nacido para todo aquello que le fuera favorable. Hay una máxima que cabe como síntesis, de este aspecto legal que puede reflejar la forma de pensar de la época.

Infans conceptur pro nato. El concebido se tiene por nacido para *habetur quotis de commodis* (todo lo que le sea favorable) *ejuragitur*. (Establecer el sujeto).

La máxima romana comprendía dos ideas distintas que se complementaban en forma recíproca. Por un lado se le consideraba como no nacido y del otro se le tenía por nacido, cuando se trataba de proteger sus intereses.



Desde luego que la criatura en gestación carece de voluntad; en determinados casos, los actos que le concernieren, se cumplen a través de la persona que le represente, o de otra manera le compete al ministerio de la ley.

En este asunto hay texto en el digesto (Poner en Orden), que presentan contradicción que se pueden conciliar. Sabino Ventura manifiesta que el derecho Romano otorgó protección al concebido, pero sin reconocimiento al feto como sujeto de derecho, solo protegía los intereses de carácter sucesorio, quedando estos supeditados a su nacimiento.

Juan Iglesias Profesor auxiliar de Derecho Romano Universidad de Salamanca agrega que el concebido no es sujeto de derecho, pero la ley tiene en cuenta su futura humanidad, anticipándole los derechos que le correspondiesen al ocurrir el nacimiento.

La opinión de Francisco Hernández Tejero dice que al Nasciturus el derecho Romano le reconocía capacidad jurídica que no solo protegía sus intereses, sino también su existencia. (Lecciones de Derecho Romano 3ra ed., Madrid 1978 P65) J. Arias Ramos y J. A Bonet, opinan que los principios doctrinales no daban personalidad jurídica al Nasciturus, sino protección.

Pedro Bonfanti (Italiano) es de la consideración que solo es capaz de derecho la criatura que se encuentra totalmente separada del claustro materno, que nazca viva y que tenga forma humana. (Derecho Romano 15ª ed. Madrid 1970 t I P.58.).

Las máximas que defienden muchos autores deben ser entendidas en forma cautelosa, tomadas tal y como cual la manifiestan son falsas, se contradicen con otras enunciadas por los romanos, las cuales niegan personalidad al que está por nacer.

El concebido durante se encuentra en el vientre materno, no es persona si no un ser eventual (In fieri) y que de forma excepcional se le reservan derecho que al ocurrir el nacimiento le son conferidos.



VIII.CAPITULO 2: *TEORÍAS RELATIVAS AL COMIENZO DE LA VIDA INDEPENDIENTE DEL SER HUMANO.*

8.1 Teorías

Se han elaborado de diferentes teorías al respecto del comienzo de la vida al nacer, tales como:

8.1.1 Teoría De La Ficción:

Muchos autores están de acuerdo con el planteamiento acerca de que la igualación del concebido con el nacido obedece a una ficción legal por lo cual se supone que la criatura que se encuentra en el seno materno, reúne todos los requisitos abstractos creados por los juristas, tales como la “personalidad” “sujeto de derecho” “capacidad jurídica” “persona ficticia”.

Catalano, expresa que en la condición jurídica de los concebidos existen dos corrientes:

- La primera era inspirada en la legislación Justiniano.
- La segunda es de origen germano Pandectista. (Siglo XIX).

La primera explica que existiría una verdadera identidad o paridad entre el concebido y el nacido. *La pregunta es abstracción de concepto en el plano normativo.* Puthier dice que aquellos que están en el vientre materno casi en todo *el ius civile* son reputados como existentes y continuos. El código Napoleón en el artículo 725 expresa **(El que tiene hijos u otros descendientes, o conyugues, puede disponer libremente hasta el tercio de sus bienes)** el concebido existe porque es necesario que la criatura haya nacido para que sea hábil para suceder.

Esta tradición del concepto aún se mantiene en el código del territorio ibérico. Continúa Photier diciendo que el criterio de igualdad entre nacido y con concebido está plasmado en las constituciones de la época de Adriano.



En la segunda de origen Germano Pandectista, se observa más claramente.

En esta tradición se observa con mayor claridad, la contradicción debida a la superposición de conceptos abstractos, pudiendo constarse en la teoría de la ficción, de Federico Savigny, en la doctrina de Rudorff, sobre la configuración del concebido como persona jurídica y la construcción de los derechos sin sujetos de Bernardo Windseheid. (2013, 10. teoría de la ficción. BuenasTareas.com. Recuperado 10, 2013, de <http>).

Opinión de Prieto Rescigno Catalano, dice que en esta materia han incorporado al principio elementos o categorías subjetivas a saber, la capacidad, la personalidad, la persona ficticia que se extienden hacia el concebido, conceptos abstractos que son propios de las personas.

Sebag afirma que el concebido es considerado como un anticipo que aparentemente admite la máscara tranquila de la ficción, pero no puede atribuírsele al hijo concebido la capacidad jurídica en toda su plenitud. Esta capacidad jurídica funciona por sustitución, ficción de retro-actividad. La personalidad del hijo se retrotrae al día de la concepción.

Esta ficción no tiene utilidad, el legislador no necesita recurrir a ficciones, le basta con disponerlo que desee por medio de la ley.

Luis Diez Picazo y Antonio Guillon sostienen que el concebido no es persona ni tiene tampoco una personalidad especial limitada, pues la equiparación es solo parcial, en lo que le fuera favorable y condicional sometida *Condictio Iuris* de Nacimiento. (Sistema de Derecho Civil Madrid, Editorial Tenos, 1978 volumen I P. 267).

Si la personalidad individual, piensan algunos autores, no comienza hasta el momento del nacimiento, en buena lógica esto tendría que significar que entre la concepción y el nacimiento existen unos determinados bienes que carecen de



sujeto. Como hablar de derecho sin sujeto parece una contradicción, se hace preciso crear artificialmente un soporte durante la interinidad de tales derechos.

8.1.2 Teorías De La Concepción:

Fue la más extendida durante un tiempo, y defendía la idea de que el concebido tiene existencia independiente y por consiguiente ha de ser tenido como posible sujeto de derecho antes de nacer.

Pero con los tremendos avances de la medicina moderna, con avances en la biología genética se está cada vez más cerca de la precisión del momento en que se ha producido la concepción.

Esta teoría se asimila a la teoría que ha mantenido la iglesia durante centenares de años como defensora de la vida del no nacido, también de la capacidad jurídica, o sea de la posibilidad de ser sujeto de determinados derechos a la persona que está por nacer.

8.1.3 Teorías del Nacimiento:

Con esta teoría se interpretó que durante la concepción el feto no tiene vida independiente de la madre y que el reconocimiento de su personalidad tropezaría con el inconveniente práctico de la imposibilidad de determinar con precisión el momento en que se concibió.

El derecho Romano adoptó este punto de vista uniendo la adquisición de la capacidad jurídica al nacimiento de la criatura con vida. Antiguos juristas Romanos estimaron que en el Derecho Romano fue exigido el requisito de la viabilidad como necesaria condición para la existencia de la persona humana, hoy está muy en descredito. La teoría del Nacimiento fue la predominante en la doctrina científica y en las legislaciones del siglo XIX hasta la segunda mitad del siglo XX (Código Alemán, Suizo y Segundo Código Italiano). El Nacimiento para el derecho es la separación por expulsión natural (parto) o intervención quirúrgica (Cesárea) del



fruto de la fecundación y sus anexos, después del periodo de la gestión al ámbito externo en forma total respecto al cuerpo de la madre. Para el Derecho si no sale la placenta (ojo) ya existe nacimiento.

De las teorías del nacimiento así mismo se pueden distinguir:

Teoría de la vitalidad:

Para ser persona basta con nacer con vida "*media vocem*" (Voz media) decían los Proculyanos, pero los Sabinianos que es era una escuela de Derecho que floreció en Roma durante los siglos I y II rivales de los Proculyanos decían que no siempre llora el recién nacido, para esto basta cualquier expresión de actividad del cuerpo. Esta última tesis se plasmó en el "*Corpus Iuris De Justiniano I*". Esta teoría fue tomada por el código Boliviano y Dice: Para ser considerado persona basta nacer con vida (*Código Civil Artículo 1 Numero III*) y la ley presume que se nace con vida, y quien alegue lo contrario debe de probarlo. Esto es un cambio total al código civil de 1834 en el cual el nacimiento con vida no se presumía, había que probarlo, además de cumplir con los tres requisitos descritos anteriormente.

La pregunta es ¿Pero en el actual Código Civil como se prueba lo contrario? ¿Es decir, que ha nacido muerto?

La medicina legal pone la docimasia (*del griego dokimadsei, probar ensayar, conjunto de pruebas a que se somete el pulmón del feto muerto para saber si ha llegado a respirar*), que son técnicas que permiten ver si una sustancia tuvo contacto con otra a saber:

Docimasia Hidrostática Pulmonar:

El pulmón del nacido se sumerge en un líquido, si se hunde y se va al fondo nació muerto y si flota, nació vivo, por que aspira aire.

Docimasia Histológica:

Si los tejidos están estirados, nació con vida, porque si no reacciona a la luz, ha nacido muerto.



Docimasia Óptica:

Si el iris del ojo reacciona a la luz nació vivo, pero si no reacciona nació muerto.

Docimasia Digestiva:

Los intestinos están contraídos, el llanto despierta el apetito, entonces nació vivo, Si están contraídos nació muerto.

Teoría de la Viabilidad:

Del *Latín Vital yHabilis*” Apto para Vida” (<http://jorgemachicado.blogspot.Com/2011/03>), plantea que los requisitos son:

- Nacer con vida.
- Figura humana separada de la madre.
- Vivir más de 24 horas.

Exige para el reconocimiento de la persona no solo el hecho de nacer está vivo, además de aptitud para seguir viviendo fuera del claustro materno. Este requisito está reclamado en diferentes códigos entre ellos el de Francia y el italiano de 1865, y aluden al propósito de diversos efectos, principalmente de la capacidad de suceder.

Uno de los problemas en su contra es el poder fijar con precisión las condiciones y signos de la viabilidad.

Critica: La dificultad para determinar si un niño nacido vivo es viable o no y de probarlo posteriormente. El código civil Italiano, de 1865 estableció una presunción *iuris tantum* (única ley), es decir que el feto nacido vivo se considera viable, salvo que la prueba sea lo contrario.



8.1.4 Teoría De La Figura Humana:

Sostiene que aunque el feto haya nacido vivo y viable para otorgar personalidad jurídica se exige que el feto tenga figura humana con lo cual se pretendía excluir a los monstruos y pródigos.

Critica: No tuvo ninguna aceptación, la generación determina su condición humana del nacido, no la figura.

8.1.5 Teoría Ecléctica Del Derecho Común:

Expresa que el origen de la personalidad es en el nacimiento pero reconoce una ficción de derechos al concebido o retrotrayendo los efectos del nacimiento al tiempo de la concepción. Esta teoría se origina en el derecho común sobre la base de algunos escasos textos del derecho Romano que formuló la regla "*Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodiseiusagitur*" (Nacer para el que ya ha nacido en la medida de la frecuencia que el interés del tema).

Si bien algunas legislaciones civiles de Europa y América tomaron de ella algunos aspectos, la historia ha demostrado su falsedad llena de artificios innecesarios.

No hay que recurrir a ficciones no debe considerarse el concebido como ya nacido, pues es suficiente para los fines prácticos del Derecho, reconocer a su favor reservas de derechos eventuales.

El concebido es una esperanza del hombre (*SpesHominis*), ni crear ficción jurídica alguna, sería en un caso de protección de interés expectante futuros, que solo por el nacimiento pueden convertirse en Derechos definitivos.



IX.CAPITULO 3: *PERSONALIDAD. DIFERENTES ENFOQUES SOBRE LA MISMA.*

9.1 Persona y Personalidad

Actualmente la palabra persona reviste diferentes sinónimos: Vulgar, Filosófico y jurídico .En el sentido jurídico es todo ser capaz de poseer derechos y tener obligaciones es decir es un sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas.

Por otra parte el término personalidad debe de entenderse como la aptitud de ese sujeto activo o pasivo para tener derechos y obligaciones .Se es persona para desarrollar su personalidad.

En el devenir histórico de la institución jurídica, nos encontramos opiniones divergentes entre los juristas sobre los conceptos de: persona física, persona moral, personalidad y capacidad. Son abundantes los estudios sobre estos temas realizados por los especialistas en filosofía o sociología.

Antes de entrar en materia, para poder definir la concepción que se tiene de estos conceptos o vocablos, es preciso: *Primero considerar el concepto de la que es el derecho para cada analista según él lo expresa Fernández Sesarego.*

Para el racionalismo jurídico. *El Derecho es Un sistema de normas que tienen una función racional, que emanan de la voluntad del Estado* y que pueden ser impuestas en forma coactiva.

Kelsen quien sostiene esta tesis, consideró que el derecho es una ciencia cuyo objeto es el ordenamiento jurídico, un sistema de normas. Entonces, si el Derecho es un sistema de normas, la persona deberá ser una construcción lógica-formal.

Otra tendencia ha considerado que la persona no es una categoría abstracta e ideal, sino que es una realidad natural. No existe más persona que el hombre y esta calidad no se le otorga el Estado, sino que es inherente al sujeto humano en cuanto al hombre.



Para Fernández Sesarego esta es una solución realista.

Una tercera opinión expresa que las dos soluciones propuestas, la formalista y la realista no son sino visiones fragmentarias del problema, enfoques, parciales de una misma realidad. En cada una de ellas caben muchos matices.

F. Sesarego dice que la generalidad de los autores hacen una distinción entre la significación de los vocablos persona, personalidad, y capacidad. La persona sería el ente o sujeto de la personalidad, indicaría la aptitud para que la persona sea sujeto de las relaciones jurídicas.

Jellinek estima que ambos vocablos, significan la capacidad de ser sujeto de derecho. Kelsen lo tomaría de igual manera.

Para los vocablos personalidad y capacidad, la mayoría de los autores identifica ambos términos. La sinonimia resulta de considerar que si “personalidad es la aptitud” “capacidad” significa precisamente lo mismo”. Para estos autores, sería la aptitud de tener derechos. Sin embargo los civilistas distinguen dos grados de capacidad la del goce y ejercicio.

Los ordenamientos jurídicos se han preocupado en todos los tiempos por señalar el momento que marca el comienzo de la personalidad, en qué momento un nuevo ser puede ser sujeto de derechos, heredarlos y a su vez transmitirlos. Nos refiere Diez Picazo y Antonio Guillón.

La capacidad de nacer vivo al salir de la vida intra-uterina es variable. Un grupo de experto de la Organización Mundial de la Salud (OMS) dice Bompian llegaron a concluir que entre la semana 20 a la 28 es posible la supervivencia. Pero consideran que es más útil considerar la semana 28, porque a esa edad del desarrollo fetal la probabilidad es mayor para la supervivencia. (Fernandez Sessarego, La Noción Jurista de la Persona, Lima 1968).



9.2 Daños Prenatales:

El feto puede recibir daños por la acción ejercida imprudentemente sobre la madre, por el personal médico que le asiste, atentados por terceros, accidente, etc. El hijo puede que al nacer presente graves anomalías ocasionadas culpables o negligentemente por terceros y casos extremos morir a causa de ello. Existen acciones de reparación en contra de quienes le han ocasionado daño, una vez que esta criatura haya nacido. ¿Sus padres pueden exigir la reparación del daño material y moral por la pérdida del hijo que esperaban?

Lo que se conoce es que la jurisprudencia ha sido vacilante en los inicios estas demandas fueron rechazadas, pero como buenas nuevas en algunos países incluyendo el nuestro (*Código de Familia nicaragüense*) ya se acogen.

9.3 Naturaleza Jurídica De La Protección De Nasciturus.

Son numerosas las teorías señaladas por la ciencia o doctrina científica que pretende definir la naturaleza jurídica de la protección. Citaremos la Teoría de la personalidad desde la concepción, la Teoría de la Ficción Jurídica, la Teoría del Derecho subjetivo sin sujeto o la Teoría de la capacidad limitada del concebido.

La doctrina mayoritaria es la Teoría dependencia, al concebido no se le concede personalidad, en cuanto que la misma se adquiere por el nacimiento, no es menos cierto que durante esa dependencia y hasta que se reproduce el nacimiento se le tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables.

Esta teoría se caracteriza en dos:

- a) La condición de que el concebido debe nacer con ciertos requisitos del código que le acoja.
- b) La protección jurídica solo se extiende a lo que puede resultar favorable, entendido como todo aquello que comparte adquisición de derechos aunque de forma ineludible, dicho derecho puede conllevar un gravamen.

Ejemplo adquisición de la propiedad de la fábrica conjuntamente con la hipoteca)



9.4 Efectos Favorables del Nasciturus.

En Nicaragua por ejemplo actualmente en la práctica surgen constantemente nuevos problemas familiares en que haya la necesidad que la jurisprudencia se pronuncie de temas que no están regulados. Pero si ya están regulados sean bienvenidos esas medidas.

- Indemnización por daño moral a favor del Nasciturus.
- Reconocimiento de pensión alimenticia a la niña-niño concebida y no nacida.
- El Nasciturus capacidad para ser herederos.

9.5 Efectos No Favorables del Nasciturus:

Cuando la mujer quede embarazada durante la convivencia, rota esta durante la gestación, no es motivo suficiente para privar del derecho de uso al propietario de la vivienda.



X.CAPITULO 4: ALGUNAS CONSIDERACIONES DEL NASCITURUS Y EL PRINCIPIO DE LA PROTECCIÓN LEGAL DE SU VIDA Y SALUD.

10.1 Consideraciones.

Es frecuente en el Derecho Civil la discusión acerca de la condición jurídica del Nasciturus como “persona” “sujeto de derecho” o de capacidad jurídica para así reconocerle o no, desde la concepción, el derecho a adquirir bienes, a ser representado a ser reconocido por los padres, etc.

En principio las soluciones hasta el momento ofrecidas son variadas o diversas, pero se considera que la protección de Nasciturus desde su concepción es un Elemento de Unidad y de Originalidad de Derecho en estos tiempos en América Latina.

Artículo 70 Código Civil Argentina 1869 “*Desde la Concepción*” en el seno materno comienza la existencia de las personas, y ante de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fueran por instantes después de estar separados de su madre.

Son personas por nacer las que no habiendo nacido concebidas en el seno materno (*artículo. 63*). No son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre (*nota artículo. 63*).

Artículo 28 Código Civil Paraguay 1985 “La persona Física tiene capacidad de derecho desde su concepción para adquirir bienes por donación, herencia o legado. La irrevocabilidad de la adquisición está subordinada a la condición de que nazca con vida, aunque fuere por instantes después de estar separada del seno materno. Se les llama personas por nacer en los artículos 31,37, y 40. La adquisición será irrevocable si nace con vida (Artículo.28).



Artículo 1 Código Civil de PERU 1984 La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

De esta manera los derechos extra patrimoniales son actuales. En noviembre de 1994, cumplidos diez años de la vigencia del código civil, mediante la ley 26.394 modificada por la ley 26.673 de octubre de 1996, se dispuso la constitución de una comisión encargada elaborar un ante proyecto de ley de reforma del código civil. La comisión está integrada por cinco representantes del poder legislativo y ocho representantes del poder ejecutivo. Esta comisión aprobó el 27 de noviembre de 1997 los siguientes artículos: 1:1. La vida humana empieza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho. Goza de manera actual de todos sus derechos los derechos personales se extinguen si el concebido muere. Tratándose de los derechos patrimoniales los adquiere el titular original o, en su caso, sus sucesores, Artículo 3. El ser humano es persona natural desde su nacimiento, y artículo 5 a: los embriones o fetos humanos, sus células, tejidos u órganos no podrán ser cedidos, manipulados o destruidos.

“Personas por nacer” o “sujeto de derecho” que puede, desde la concepción, adquirir derechos y contraer obligaciones. A su favor existe un elenco amplísimo o infinito de los derechos de hacerse representar si no que alcanza todos los supuestos posibles que se han planteado en la práctica, o aunque no sea más que en la imaginación de los autores. Así pues se estima que tendría derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la salud, a la dignidad, a demandar (especialmente en caso de daños y perjuicios por hechos ilícitos), a alimentos, a adquirir la nacionalidad, a la posibilidad de ser reconocido por los padres, a investigar la paternidad y a impugnarla, a ser beneficiario de un seguro de vida, a los derechos emergentes de las leyes del trabajo y a ciertos derechos accesorios.

Está permitida la disposición para trasplantes de órganos y tejidos de embriones o fetos muertos. La fecundación de óvulos humanos puede efectuarse solo para la procreación.



No son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro. El parto determina la maternidad. Lo prescrito en este artículo será desarrollado por una ley especial. Todo en hacia la reforma del código civil peruano: 15 años después de la comisión de reforma del código civil (reformas aprobadas preliminarmente), Laser Graf Alvarado, Lima, 1999.

Código Civil del Distrito Federal de México: Título 1ero Artículo: 28. Libro Primero Capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos que se declaran en este código.

En la legislación Mexicana en el Artículo 337 CC, que para los efectos legales , solo se reputa nacido al feto que desprendido enteramente del seno materno , vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registrados Civil. Sin Faltar estas circunstancias, no se podrá entablar demanda sobre maternidad .Ficción legal pero en el arto 22 CC del Distrito Federal establece en que el individuo es concebido, entra en la protección de la Ley.

Código Civil Chileno Artículo 74 Código Civil Expresa: La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre, La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separado de du madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputara no haber nacido jamás.

En centro América la ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia tomara a petición de cualquier persona o de oficio todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger las existencias del no nacido siempre que crea que de algún modo peligr. Es importante señalar que en el último párrafo del código de Panamá expresa que por consiguiente toda pena impuesta a la madre por la cual pudiera, peligrar la vida o la salud de la criatura, que lleva en su seno, se diferiría hasta después del nacimiento.



- ✓ El Salvador Artículo 73 Código Civil
- ✓ Honduras Artículo 52 Código Civil
- ✓ Nicaragua Artículo 13 Código Civil
- ✓ Panamá Artículo 43 Código Civil

Se consagra expresamente el principio de la protección legal de la vida y la salud del que está por nacer en los términos siguientes: *“La ley protege la vida del que está por nacer; En consecuencias el Juez tomara a petición del cualquier persona las providencias que le parezcan conveniente para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.”*

En este segundo inciso, esta agregada la previsión Romana “Todo castigo a la madre por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.

En el inciso 1ero en su parte final en Nicaragua (Arto. 13) se reemplaza la expresión “No nacido” por “el que está por nacer.”

En Panamá Artículo 43 se reemplaza castigo por Pena. En Nicaragua, El Salvador Honduras este inciso no existe.

El principio de la Protección legal de la vida y la salud del concebido, ha sido confirmado en importantes documentos o textos internacionales, en numerosos constituciones políticas de América, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Derechos Humanos.



XI.CAPITULO 5. EL ABORTO.

11.1 Concepto:

Es la interrupción del embarazo, antes de que el periodo de gestación haya alcanzado las 22 semanas o el producto tiene un peso interior a los 500 gramos. Después de ese periodo se habla de parto pre-termino.

11.2 Tipos de Aborto

11.2.1 Aborto Espontáneo.

Resulta: De la irrupción de un embarazo sin que medie una maniobra abortiva. Las estadísticas registran un 10% al 15% de todos los embarazos que terminan se clasifican en este tipo. Este aborto requiere de tratamiento hospitalario aunque es menos mortal que un aborto inseguro.

Causas: Generalmente tienen problemas genéticas del feto, trastornos hormonales, médicos y o psicológicas de la madre, muchísimas veces no suelen ser evidentes. Los que son evidentes, son los causados por traumatismos.

11.2.2 Aborto Inseguro.

En este proveedor tiene impericia o falta de capacitación, que utiliza técnicas peligrosas y en muchas ocasiones se ejecuta en recintos totalmente inadecuados que rompen con las condiciones mínimas de higiene. El aborto inseguro incluso pueden ser inducido por la mujer misma o como lo mencionamos por una persona sin entrenamiento médico y en el caso más grave que lo ejecute un profesional de la medicina pero en condiciones anti- higiénicas.

Son diferentes formas que se usan, entre las más comunes es introduciendo un, objeto solido en el útero (una raíz, rama, o catéter) que provoca un proceso de dilatación y usando un curetaje inapropiado ingerir sustancias toxicas, aplicar fuerzas externas.



La atención médica debe ser utilizada entre 10 – 50% de los abortos aun cuando las mujeres no lo soliciten.

11.2.3 Aborto Inducido.

Es el embarazo terminado en forma deliberado mediante una intervención. Este tipo ocurre en recintos médicos seguros dando cumplimientos a la normativa legal; y a la normativa de salud pública, o fuera del sistema médico. Cuando se ejecuta con un personal calificado, usando técnicas y los criterios higiénicos más correctos, por lo general es muy seguro, por lo tanto hay tasa de mortalidad y de morbilidad. Hay que tomar en cuenta que un aborto es más seguro, cuando se realiza en la edad temprana del embarazo y con las seguridades ya mencionadas.

11.3 Formas De Aborto.

11.3.1 Aborto Electivo.

El que se realiza por mera decisión de la mujer, con base en el derecho para interrumpir un embarazo no deseado.

11.3.2 Aborto Terapéutico.

Es la interrupción del embarazo para salvar la vida, preserva la salud de la mujer antes de las 20 semanas de gestación, cuando el embarazo es producto de violación y cuando el feto viene con mala formación congénito incompatible con la vida.

11.4 Embarazo Producto De La Violación.

La violación sexual es la forma más cruel y humillante para la mujer con graves consecuencias para su salud física y/o psíquica, con riesgos de enfermedades de I.T.S. (Infecciones de trasmisión sexual) tales con el (V.I.H) y lesiones, desgarramientos, afectaciones emocionales, presentando tristeza, agresividad, depresiones con tendencias suicidas, exposición al embarazo y al aborto en condiciones inseguras.



Hidra posea: Acumulación anormal de humor ceroso en cualquier cavidad el cuerpo.

A demás pueden mencionar otras enfermedades que ponen en riesgo la salud de la mujer durante el embarazo (cáncer cervico, uterino, cáncer de mamas, diabetes, lupus, hipertensión, leucemia, enfermedades del corazón, escoliosis o (ver diccionario medico) deformación de columna.

Al referirse a las mal formaciones congénitas incompatible con la vida, se refiere a deficiencias estructurales producidas por alteraciones en el desarrollo fetal. Mencionaremos entre las mayor gravedad y que son incompatibles con la vida, la anencefalia (severa que no se ha formado una parte importante del hidrocefalia) (severa hidropesía de la cabeza) para encefálica enfermedad cardiaca severa, riñón quístico bilateral (usar diccionario medico) detectables a través de exámenes clínico (ultrasonido) después de 16 semanas de gestación.

11.5 Grupos De Riesgo Sujetos De Aborto Inseguro

11.5.1 Adolescentes.

La mayoría de mujeres que solicitan este tipo de aborto son casados o conviven en unión estable y ya tienen hijas, estos casos se observan generalmente donde el aborto es ilegal.

El rango de adolescente que se hacen practicar este tipo de aborto asilan entre los 15 – 19 años, muchísimos de ellos terminan en forma fatal y quedan estéril.

Muchísimos jóvenes en estas edades carecen de servicios de salud, poca o nula información de calidad, son de bajos recursos económicos, pocas relaciones o contactos sociales, difícil acceso al transporte que no les permiten tener acceso a lugares donde practicar el aborto seguro.

En el caso de mujeres de mayor edad también padecen de situaciones similares, como ya lo mencionamos poca información, pocos recursos, viven en zonas rurales muy alejadas, que tiene escaso número de profesionales de la medicina,



por tanto esa práctica la relación personas no competentes o lo realizan ellos mismo.

Son millones de mujeres que viven en países con legislaciones restrictivas por lo tanto, los abortos se realizan en la clandestinidad ocasionándose que miles de mujeres mueren cada año, o quedan padeciendo de un sin número de enfermedades psíquicas y/o físicas.

11.6 Principios Morales Éticos Y Jurídicos.

Los problemas de las personas humanas las colectividades que son tocadas en la conciencia individual son sumamente difíciles de solucionar, especialmente cuando concurren diferentes posiciones a este respecto, y se trata de establecer un marco de leyes que logre la satisfacción plena de la mayoría de los seres humanos, pero se puede establecer un consenso con respecto a la necesidad de aceptar excepciones, muy bien justificadas en el momento de aplicar estas principios.

Para analizar éticamente el problema del aborto inducido, además de los principios éticas aplicada en el campo de la salud, el legislador también debe considera. Los principios que orientan la formación del derecho positivo q forman parte de la filosofía del derecho. Si se hacen un análisis objetivo y tomando muy en cuenta las consecuencias prácticas de las alternativas legales que se presentan, claro que se pueden establecer conclusiones éticamente válidas.

11.6.1 Distinción entre moral y derecho.

La tradición nos indica que la disciplina normativas, que nos señala las mejores conductas morales en la convivencia humana, en nuestra sociedad, eso no implica que deje de existir el debate sobre la existencia de principios éticos universales.

Los valores éticos que inspiran la norma morales y la norma jurídicas diferente en cuanto a que la moral, que rige el campo de la conciencia.



Valora la conducta en sí misma y lo que esto significa para el individuo mientras que el derecho, que opera en la coexistencia y cooperación social valora la conducta desde un punto de vista relativo.

En cuanto a su alcance el derecho debe ser la condición que haga posible el cumplimiento del destino moral, para lo cual tiene que garantizar la libertad de cada individuo, pero no puede de ninguna forma ser el agente del cumplimiento de la moralidad, la cual solo puede ser realizada y tiene sentido en la medida que se lleve a cabo en forma libre por cada sujeto.

11.6.2 Libertad individual

Todos los seres humanos tienen el derecho de libertad, de decisión y acción, mientras ellas no interfieran los derechos de los demás. Esta libertad se debe manifestar en la decisión de actuar libremente en su destino propio plena autonomía personal.

11.7 Prohibición total del aborto terapéutico en Nicaragua

En Nicaragua el aborto es un delito en cualquier circunstancia. El nuevo código penal, que entro en vigor en el año 2008 prevé largas penas de cárcel para las mujeres y niñas que soliciten o logren conseguir que se le practique un aborto y para los profesionales de la salud que proporcionan servicios de aborto y atención obstétrica necesaria para salvar vidas y preservar la salud del paciente.

La prohibición no admite excepciones, se aplica en situaciones en el que al continuar con el embarazo pone en peligro la vida y la salud de las mujeres o de las niñas y cuando el embarazo es consecuencia de una violación, además se ubica en una situación engorrosa a los profesionales de la medicina.

Antes de la publicación de esta reforma estaba permitido el aborto terapéutico durante cien años como procedimiento legal, legítimo y necesario. En el arto 165 del código penal se permitía dicho aborto si tres médicos coincidían en la



formalidad de lo necesario del mismo, con el conocimiento del conyugue o de un pariente cercano de la mujer.

El Artículo 143 y 146 del código penal de Nicaragua CAPITULO II reformado establecen las penas y quienes serían personalmente responsables en casos de aborto. El artículo 143 de la constitución Política de Nicaragua dispone: *“Quien provoque un aborto con el consentimiento de la mujer será sancionado con la pena de uno a tres años de prisión .Si se trata de un profesional médico o sanitario, la pena principal simultáneamente contendrá la pena de inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer la medicina u oficios sanitario.”*

Este artículo establece penas de cárcel de entre uno y dos años, para la mujer que intencionalmente cause su propio aborto o consiente que otra persona se la practique.”

El artículo 145 *“Quien hace abortar por imprudencia temerarias. “Será castigado con pena de entre seis meses y un año de cárcel”.*

Si el aborto se produce como consecuencia de la profesión de salud, además de la pena de cárcel se impondrá al profesional una inhabilitación especial de uno a cuatro años. En este caso la mujer no es penada. El artículo 148 del código penal establece las penas por daños y lesiones graves causadas al embrión del feto “ El que por cualquier medio o procedimiento causare en el no nacido una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo o provoque en el mismo una grave y permanente lesión física o psíquica , será castigado con una pena de prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos públicos o privados , por tiempo de dos a ocho años .

Esta disposición viola la exigencia *“mensrea”* un término latino (que se puede traducir como "mente culpable"), exigencia de demostrar que el acusado(a) ha



provocado intencionalmente lesiones o ha actuado imprudentemente con resultado de lesión y que tiene un umbral más alto que la negligencia.

En cierta circunstancia puede ser adecuado procesar a un proveedor de servicios médicos que provoca intencionalmente lesiones o actúa con imprudencia temeraria. Sin embargo esos son los únicos casos en los que se debe aplicar sanciones penales.

El artículo 149 Código Penal Capítulo II Nicaragua “Quien por imprudencia temeraria ocasione en el no nacido las lesiones descritas en el artículo anterior, será sancionado con pena de uno a dos años de prisión o inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer cualquier profesión médica o sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos públicos o privados por tiempo de dos a cinco años. La embarazada no será penada al tenor de este precepto.



XII.CAPITULO 6: *REGIMEN JURIDICO DISPUESTO PARA EL CONCEBIDO Y NO NACIDO.*

Con bastante amplitud hemos venido desarrollando lo importante que es el hecho jurídico “Nacimiento” que marca un elemento fundamental en la adquisición de la “*personalidad*” del individuo.

Nacimiento significa el momento en que finaliza la evolución genética y que se inició con la unión de dos gametos reproductivos de la que deviene la construcción corporal de cada ser humano.

Este fenómeno repetido innumerables veces en la historia del ser humano, ha llevado a muchísimos científicos de todas las asignaturas: Filósofos, sociólogos y esencialmente a los juristas a plantearse numerosas preguntas y a emitir variadísimos criterios.

Dos preguntas:

¿Es necesaria la protección jurídica de la criatura dentro del vientre materno que poseyendo el potencial de llegar a vivir fuera del seno materno en forma independiente pero que aún no ha nacido? Si esta interrogante fuese contestado negativamente ¿Podría entonces el ser humano concebido pero no nacido gozar de protección o alguna prerrogativa jurídica? Sin embargo contestando afirmativamente la protección jurídica del individuo no solo sería propia de las personas, solo los nacidos, sino también para el ser humano como un todo, desde sus primeras formas de existencia, consecuentemente con la posibilidad de que un no nacido pudiese ejercer derechos y contraer obligaciones. Pudiese ser que físicamente resulte improbable y no seguro.



12.1 Nuestro Código Civil y su tratamiento con el tema

Este tema se encuentra abordado de cierta forma en los arts.11-24 de nuestro Código civil nicaragüense.

Para nuestro legislador, se desprende de lo abordado en esos artículos que él no tiene duda de que la naturaleza humana alcanza a los Nasciturus en tal sentido no se les denomina personas (Art 11C) le reconoce una forma de protección: La ley protege la vida del que está por nacer.

La autoridad tomará a petición de cualquiera persona, o de oficio las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del que está por nacer, siempre que crea que de alguna manera está en peligro.

De las personas por nacer

Artículo.11.- Son personas por nacer las que están concebidas en el vientre materno.

Artículo.12.-Al que está por nacer puede nombrársele guardador de sus derechos eventuales. Artos. 306 inc 2º 321 Nº 7-377-380-386 inc 2º C; 268Pr.

Artículo.13.- La ley protege la vida del que está por nacer. La autoridad, en consecuencia, tomará a petición de cualquier persona, o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del que está por nacer siempre que crea que de algún modo peligrará.

Arto.14.- Se reputará embarazada la madre, por la simple declaración de ella, del marido o de otras personas interesadas. Arto. 24 C.

Artículo.15.-Son personas interesadas para este fin: 1º Los parientes en general del que está por nacer y todos aquellos a quienes los bienes debieran pertenecer, si no sucediere el parto, o si el hijo no naciere vivo.

2º Los acreedores de la herencia.

3º El Ministerio Público. Arto. 1247 C.

Artículo.16.- Las partes interesadas, aunque teman suposición de parto, no pueden suscitar pleito alguno sobre la materia, salvo el derecho que les compete



para pedir las medidas de seguridad que sean necesarias, menos las de qué trata el Arto. 24.

Tampoco podrán suscitar pleito alguno sobre la filiación del no nacido, debiendo quedar estas cuestiones reservadas para después del nacimiento. Arto. 216 C.

Artículo.17.- Tampoco la mujer embarazada o reputada tal, podrá suscitar litigio para objetar su embarazo declarado por el marido o por las partes interesadas, y su negativa no impedirá la representación acordada en este Código. Arto 12C.

Artículo.18.- Cesará la representación de las personas por nacer, el día del parto, si el hijo nace vivo, y comenzará entonces la de los menores.

También cesará antes del parto, cuando hubiere terminado el mayor plazo de duración del embarazo. Artos. 23-200-380-386 inc 2º C.

De la existencia de las personas antes del nacimiento.

Artículo.19.-Desde la concepción en el seno materno, comienza la existencia natural de las personas, y antes de su nacimiento deben ser protegidas en cuanto a los derechos que por su existencia legal puedan obtener. Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos, si los concebidos en el seno materno nacieren con vida. Artos. 12-982 C.; B.J. 5915.

Artículo.20.- Si murieren antes de estar completamente separados del seno materno, se reputarán no haber existido jamás.

Artículo.21.- En caso de duda de si hubieran nacido o no con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario.

Artículo.22.- La época de la concepción de los que nacieren vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximo y el mínimo de la duración del embarazo.

Artículo.23.- El máximo de tiempo del embarazo se presume que es de trescientos días, y el mínimo de ciento ochenta días, excluyendo el día del nacimiento. Arto. 200 C.

Artículo.24.- No tendrá lugar el reconocimiento judicial del embarazo, ni otras diligencias como la guarda o depósito de la mujer embarazada, ni el



reconocimiento del parto en el acto o después de tener lugar, ni a requerimiento de la propia mujer antes o después de la muerte del marido, ni a requerimientos de éste o de partes interesadas.

Según criterio de Jairo J. Guzmán García el Artículo 11 C Profesor Adjunto de Derecho Civil Universidad Centroamericana está aislado de los otros que conforman el capítulo III del libro primero pues por el contenido de la norma parece ser de naturaleza policial y no civil. Dicho artículo se relaciona con el antiguo “Reglamento de policía” del 25 de Octubre de 1880 en sus artículos 20 y el 10429 se descarta así por vía del Derecho Civil tal protección haya sido dispensada.

El Artículo 12 del código civil de Nicaragua determina esa naturaleza “eventual” de los derechos que pueden ser predicados de los Nasciturus, ello implica que tales “derechos” se consideren como futurible, como una expectativas de derecho, derechos en suspenso, que se lograrían concretar en forma afectiva, si y solo si el individuo llega a nacer, o sea si llegara a ser persona o tener personalidad.

Por ello es que para la administración interina de los eventuales derechos del que está por nacer se permitió un guardador Art. 12 Código Civil Nicaragua.

La denominación de “eventuales” y la consideración del único tipo de derechos transmisible a otro sujeto, son elementos que fuerzan afirmar que el no nacido, en el Derecho Civil, puede ser destinatario, de una especie de facultades patrimoniales, a las que solo se accedería como titular si se concreta en él, la condición que la ley le marca como indispensable: que posea capacidad.

Condición que no poseen las Nasciturus, por voluntad de la misma ley “Tienen incapacidad absoluta: las personas por nacer” Art 7.código civil Nicaragua Regla (*Nasciturus pro iamnatu habetur*) en español “*Puerta de partida de alguna confusión*”.



Según Luis Diez Picazo y Antonio Guillen, expresan que históricamente fue el problema de los derechos del hijo póstumo en la herencia paterna el núcleo entorno al que formuló la regla general de protección al concebido y no nacido.

Y si en el momento de la muerte del progenitor se encontrara solo concebido, no podría heredarle, porque uno de los requisitos de la sucesión mortis causa es la posesión de la cualidad del heredero en el momento de la apertura de la sucesión, que es justamente el momento de la muerte del causante.

Evitando injusticias el Derecho Romano previó cierta protección al concebido que aún no ha nacido. No implicó que se reconociera la personalidad, pero de alguna manera representó cierta protección a los intereses de la futura persona, permitiéndose cierta equiparación entre los concebidos y los nacidos en relación con efectos y consecuencias jurídicas que le fueran favorables a las primeras.

La regla fue integrada en el código italiano en Art 462-467 y en el código Español en el Art 29.

La legislación nicaragüense no fue ajena a esa influencia que dispone que “Desde la concepción en el seno materno, comienza la existencia natural de las personas; y antes de su nacimiento deben ser protegidas en cuanto a los derechos que por su existencia legal puedan obtener.

“Estos derechos quedan irrevocablemente adquiridos, si los concebidos en el seno materno nacieron con vida” (Artículo 19 Código civil Nicaragua). Esa antigua regla jurídica da origen al sistema dispuesto para el tema en nuestro Código Civil, con exclusivo interés en el ámbito económico.

La Constitución Política de Nicaragua protege la vida, escrita muy claramente en el Artículo 23 Constitución: El derecho a la vida es inviolable e inherente a la persona humana, no obstante es un tema que debe continuar en la discusión o reflexión en la parte correspondiente a los llamados derechos de la personalidad.



12.2 De la Protección de los “Nasciturus” Significado y Alcance:

Fundamentalmente la protección del no nacido tiene proyección hacia el ámbito sucesoral. El Arto 982 Código Civil Nicaragua.

Para ser capaz de suceder es necesario existir naturalmente al tiempo de abrirse la sucesión; salvo que se suceda por derecho de transmisión, pues entonces bastará existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la licencia o legado. Se entiende por derecho de transmisión el que tienen los herederos de una persona para aceptar o repudiar la herencia o legado que ella no había aceptado ni repudiado, aun cuando fallezca sin saber que se le ha deferido. No se puede ejercer este derecho sin aceptar la herencia de la persona que lo trasmite. En concordancia con el Artículo 19 del mismo Código o cuerpo legal, otorga *testamenti factio passiva* (*Capacidad que se exige a alguien para ser considerado*) al no nacido, así para ser sujeto de recepción de algún bien a través de testamento, basta con la existencia natural al tiempo de abrirse la sucesión en el entendido de que la aceptación será realizada para el no nacido por sus legítimos representantes o suplentes de su incapacidad de obrar.

El alcance de la protección que el ordenamiento al no nacido es muy amplio que se resume así: “Para todos los efectos que le sean favorables” se permite el nombramiento de guardador de sus eventuales derechos (Artículo 12 Código Civil Nicaragua). A efectos hereditarios, está previsto también por el Arto 306 Código Civil Nicaragua referida a la llamada “guarda de bienes” (Artículo 377Código Civil Nicaragua).

En el 380 Código Civil Nicaragua a los efectos de que “*los bienes que han de corresponder al hijo que está por nacer si nace vivo y en el tiempo debido, estarán a cargo del padre o de guardador nombrado por el Juez a petición de la madre o de cualquiera de las personas que han de suceder en dichos bienes sino sucede en ellos el póstumo*”.



12.3 Funciones Asignadas De Este Tipo De Guardadores:

- La custodia y conservación de los bienes, sin posibilidad de disposición. Art 382 Código Civil Nicaragua.
- El ejercicio de la actividad procesal: hacer uso de las acciones o defensa judicial de sus representados. Art 385 Código Civil Nicaragua.

Lógicamente la situación de necesidad genera el nombramiento de un guardador de derechos “eventuales”, cesa cuando el ente humano viene a ser persona, desencadenase la consecuencia que en orden a la tutela a través de la patria potestad se dispone en la ley.

Por tanto el parto y el consecuente nacimiento del individuo definitivamente hacen cesar este tipo de guarda. Art 38 Código Civil Nicaragua.

12.4 Estado democrático y bien común

Son muy diversas las teorías que son referidas a este tema, pero la idea de democracia se fundamenta en que el poder político debe residir en la comunidad, pues nadie tiene por derecho propio la facultad de gobernar o regir sobre sus semejantes.

El estado debe garantizar los derechos fundamentales del ser humano y no solo eso, sí que además debe servir al bien común dotar del beneficio directo al mayor número de personas que integran la colectividad.

12.5 Justicia e igualdad jurídica

La justicia se centra en la distribución equitativa de cargas beneficios, sin distinción de géneros, de raza, edad o nivel socio-económico. Todas las personas dentro de una sociedad son merecedoras de acceso a los bienes y servicios que cubran las necesidades humanas básicas. De esta misma manera la igualdad jurídica implica no solo la igualdad en los derechos básicos fundamentales, sino también la igualdad ante la ley.



12.6 Código den Familia.

El 24 de Junio de 2014 se aprobó el proyecto del código de familia Libro IV asistencia familiar y tutela, título I los alimentos capítulo II Deberes y Derechos que derivan de las prestaciones alimenticias Artículo 316 del orden en que se deben los alimentos Inciso a) parte infine *“Los concebidos y no nacidos, se consideran personas menores de edad”*.

De igual manera el Artículo 319 trata el derecho a demandar alimentos antes del nacimiento de no nacido *“La madre podrán solicitar alimento para el hijo o hija que está por nacer cuando este hubiese sido concebido antes o durante los 260 días a la separación de los cónyuges o convivientes, salvo prueba en contrario la que se tramitara como incidente.*

En el Capítulo III de las personas por nacer en su Artículo 13 donde dice *“todas las providencias que les parezca convenientes para proteger la existencia del que está por nacer siempre crea que algún modo peligrá”* por tanto estos artículos del código de familia explicitan en su contenido con respecto al no nacido.



XIII.CONCLUSIONES

- Podemos afirmar que el tema del *Nasciturus* ha venido siendo abordado desde diferentes puntos de vista por medio de diversos estudios por la ciencia jurídica tomando en cuenta que sus enfoques han tenido que ver con componentes ideológicos, Médicos, filosóficos, culturales, religiosos etc. y que ha servido para ir enriqueciendo y perfeccionando los códigos de leyes en la diferentes sociedades de acuerdo con sus realidades para ser aplicado según sus propias interpretaciones.
- De tal manera que en Nicaragua aparecen en nuestro código civil, código penal, código de la familia las diferentes formas de protección al *Nasciturus*.
- De la misma manera en que abordamos el tema anterior podemos concluir que también se han presentado muchísimas contradicciones para definir los conceptos de personalidad y persona y como el sistema jurídico lo ha venido interpretando para respetar los derechos de la persona y de la personalidad de tal manera que la legislación nicaragüense ya ha establecido cuáles son esos derechos que irrevocablemente han sido adquiridos.
- Muchas son las teorías que se han desarrollado relativas al comienzo de la vida independiente del ser humano, no todas han sido aceptadas como válidas para ser recogidas en los códigos y aplicada en los diferentes estados este esfuerzo ha sido muy importante porque independientemente de que sean válidas o no han dado luces para mejorar los sistemas jurídicos en el mundo acerca del tema particularmente en Nicaragua.
- El acceso al aborto terapéutico es un principio universal aceptado que trasciende diferencia culturales credo religioso y sistemas jurídicos.
- Al derogar este tipo de aborto (*terapéutico*) el estado nicaragüense pone en riesgo la protección de los derechos humanos de las mujeres y niñas



embarazadas e ignorando además la opinión de expertos y o partes interesadas.

- Esta legislación penal para tal fin limita el ejercicio de la profesión médica según lo expresado por facultades de medicina y sociedades médicas. Se deberán derogar los artos 143, 145, 148, y 149 del código penal Nicaragüense.
- Que independientemente de las trabas o contradicciones que han suscitado estos temas en la sociedad nicaragüense y que siguen vigentes tales contradicciones no podemos negar que en algunos aspectos especialmente en el código civil y en el código penal se han conseguido logros que han favorecido algunos derechos de la mujer y de las niñas que le permiten a sus usuarios recurrir al cumplimiento de esas leyes con las autoridades ejecutoras de las mismas.



XIV.RECOMENDACIONES.

- Formular e implementar políticas y programas de salud humanizados y gratuitos para mujeres en todas las etapas de su vida acordes al conocimientos científicos jurídicamente sustentado y con enfoque de género, generacional y multiétnicos.
- Dado que **EL MARCO LEGAL JURÍDICO DE NICARAGUA SOBRE EL ABORTO Y EL ABORTO INDUCIDO** no reconoce la magnitud del problema ni establece medida tendiente a su resolución, se recomienda a la **ASAMBLEA NACIONAL** realizar análisis más profundos y propiciar debates a nivel nacional sobre el tema.
- Entonces recomendamos trabajar en la transformación de las políticas de Educación publicas incorporando los derechos de ciudadanía de las mujeres e incorporar además en el *currículo* la educación sexual integral en el objetivo de liberar a hombres y mujeres de sus prejuicios, desde el inicio de la educación formal y no formal enfatizando en las escuelas normales formadores de maestros.
- Ofrecer una educación en sexualidad integral precisa y no discriminatoria tanto dentro como fuera del sistema de educación formal.
- Garantizar que las mujeres y os hombres reciben y tienen acceso a servicios e información de planificación familiar para tomar decisiones informadas sobre el sexo y la reproducción sin coacción y discriminación.
- No hay que olvidarse que hay que hacer hincapiés en la divulgación, difusión de los derechos del no nacido promovidos en el código de la familia.



XV.BIBLIOGRAFIA

- ✓ Código Civil de Nicaragua TOMO I.
- ✓ Constitución política de Nicaragua, 2008 capítulo IV arto: 70, 73, 74, 75, 76 y 78, doceava edición editorial jurídica S.A, Managua Nicaragua.
- ✓ Código Penal de Nicaragua.
- ✓ Centro Legal para Derechos Sexuales y Reproductivo., y políticas públicas (CRLP), Managua Nicaragua Aborto Inseguro y Mortalidad Materna. Autor Instituto Humanista para la cooperación con los países en desarrollo (HIVOS).2001
- ✓ Díez Picazo Luis: jurista, profesor universitario, Sistema de Derecho civil 2da Edición. Editorial Tenos 1978 volumen I Pág. 267.
- ✓ Guillón Antonio: autor del libro Estudios de derecho judicial, ISSN 1137-3520, Nº. 22, 1999.
- ✓ Guzmán García Jairo José: apuntes de derecho civil, derecho de persona capitulo III Persona Natural pág. 67 1era edición Managua UCA 2008.
- ✓ Iglesias Juan: Jurista y catedrático Derecho Romana 4ta Edición Barcelona Pág. 108
- ✓ Jellinek: jurisconsulto Alemán. Profesor en las universidades de Basilea y de Heidelberg, publicó varias obras sobre filosofía del derecho y ciencia jurídica.
- ✓ La prohibición total del aborto en Nicaragua La vida y salud de las mujeres, en peligro; los profesionales de la medicina, criminalizados. Documento de amnistía Internacional 2009 Valderribas Madrid España.
- ✓ Manresa José María: Jurisconsulto español. Fue fiscal de la Audiencia de Madrid, magistrado del Tribunal Supremo y miembro de la comisión códigos durante la etapa de preparación del Código Civil.
- ✓ Peñaranda Quintero Héctor Ramón Abogado *Magister* Doctor en Derecho *Presidente de la Organización Mundial de Derecho e informática, República Bolivariana de Venezuela, Universidad de Zulia-Facultad de Ciencia Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho- Catedra de Derecho Civil I: Personas y Familia Maracaibo, 22 de Septiembre de 2000.



- ✓ Serra Ángel: Profesor Emérito de Genética Humana en la Facultad de Medicina y Cirugía de la Universidad Católica del Sagrado Corazón. Fue Director del Departamento de Genética de la Clínica Gemelli de la Universidad Católica de Roma. Miembro Honorario de la Pontificia Academia pro Vita. Revista de Scienze Giuridiche, Milán año XXII. Fasc3-4 Julio Diciembre 1975 Pag. 357.
- ✓ <http://www.monografias.com/trabajos17/la-persona-natural/la-persona-natural.shtml#xzz3OuPXzAxB>.