

UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

BIBLIOTECA



PROCESO DE DIGITALIZACIÓN DEL FONDO BIBLIOGRÁFICO DE LA BIBLIOTECA DE DERECHO

GESTION 2017

Nota importante para el usuario:

“Todo tipo de reproducción del presente documento siempre hacer mención de la fuente del autor y del repositorio digital para evitar cuestiones legales sobre el delito de plagio y/o piratería”.

La dirección de la Biblioteca



UNIVERSIDAD MAYOR DE SAN ANDRÉS

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**



TESIS DE GRADO

**DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONCEBIDO Y LA NECESIDAD
DE INCORPORAR EN EL CÓDIGO DEL NIÑO, NIÑA Y
ADOLESCENTE LOS MALTRATOS OCASIONADOS AL SER EN
GESTACIÓN**

**Tutor: Dr. Félix Paz Espinoza
Postulante: Magali Montesinos Medina**

GESTIÓN 2005

AGRADECIMIENTOS:

Agradezco de manera muy sincera, a todas las personas e instituciones que hicieron posible la realización de mi tesis de forma desinteresada. No menciono nombres por temor a omitir alguno de ellos.

DEDICATORIA:



*A tí mamá, que supíste
guíarme por el mejor
camino, empujándome
hasta el día que te
fuíste.*

ÍNDICE

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

ASPECTOS PRELIMINARES

- 1.1. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA
- 1.2. PROBLEMATIZACIÓN
- 1.3. DELIMITACIÓN
 - 1.3.1. Delimitación Temática
 - 1.3.2. Delimitación Temporal
 - 1.3.3. Delimitación Espacial
- 1.4. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA
- 1.5. OBJETIVOS
 - 1.5.1. Objetivo General
 - 1.5.2. Objetivos Específicos
- 1.6. HIPÓTESIS
- 1.7. METODOS Y TÉCNICAS
 - 1.7.1. Métodos
 - 1.7.2. Técnicas

CAPÍTULO 2

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL
CONCEBIDO

- 2.1. ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
 - 2.1.1. En la Edad Antigua y en la Edad Media
 - 2.1.2. En la Edad Moderna y en la Edad Contemporánea
- 2.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE CONSAGRAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
 - 2.2.1. Del ser Humano en General
 - 2.2.2. Del concebido en Particular
 - 2.2.3. Del fecundado con especificidad
- 2.3. ANTECEDENTES DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA AL CONCEBIDO EN BOLIVIA

CAPÍTULO 3

EL CONCEBIDO Y SU TUTELA JURÍDICA

- 3.1. EL CONCEBIDO
 - 3.1.1. Momento de la concepción
 - 3.1.2. Desarrollo del concebido
 - 3.1.3. El concebido con autonomía y vida propia
- 3.2. LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL CONCEBIDO
 - 3.2.1. Naturaleza jurídica de la protección al concebido
 - 3.2.1.1. Teoría de la ficción
 - 3.2.1.2. Personalidad condicional o provisional
 - 3.2.1.3. Derechos sin sujeto
- 3.3. LA DOCTRINA DEL CÓDIGO CIVIL
- 3.4. TUTELA DEL CONCEBIDO
 - 3.4.1. Al sancionar el aborto
 - 3.4.2. Al garantizar el derecho a la vida
 - 3.4.3. Al establecer la protección a la maternidad

3.4.4. Al proteger sus posibilidades sucesorias

3.4.5. Al ser sujeto de otros derechos

CAPÍTULO 4

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONCEBIDO Y LA TRANSGRESIÓN A LOS MISMOS

4.1. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONCEBIDO

4.1.1. Derecho a la vida

4.1.2. Derecho a la salud

4.1.3. Derecho a la Integridad Física

4.1.4. Derecho a la Integridad síquica

4.1.5. Derecho al Respeto

4.1.6. Derecho a la Seguridad

4.1.7. Derecho a la Dignidad

4.1.8. Derecho a Suceder

4.2. PROTECCIÓN DEL CONCEBIDO POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

4.2.1. En la Constitución Política del Estado

4.2.2. En el Código Civil

4.2.3. En el Código Penal

4.2.4. En el Código de Familia

4.2.5. En el Código del Niño Niña y Adolescente

4.2.6. En la Ley de Violencia Contra la Familia o Doméstica

4.2.7. En el Código de Ética Médica

4.3. PROTECCIÓN DEL CONCEBIDO POR PARTE DE LA SOCIEDAD Y LA FAMILIA

4.4. VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONCEBIDO

4.4.1. Maltrato

- 4.4.2. Maltratos al concebido
 - 4.4.2.1. Maltrato por violencia intrafamiliar
 - 4.4.2.2. Maltrato por irresponsabilidad
 - 4.4.2.3. Maltrato por drogodependencia
 - 4.4.2.4. Otras formas de maltrato
- 4.5. LESIONES QUE SE CAUSA AL CONCEBIDO
 - 4.5.1. Lesiones leves
 - 4.5.2. Lesiones graves
 - 4.5.3. Lesiones gravísimas

CAPÍTULO 5

ANÁLISIS SOBRE LA PROTECCIÓN AL CONCEBIDO A TRAVÉS DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA

- 5.1. EN LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS DEL ESTADO
- 5.2. EN EL CÓDIGO CIVIL
- 5.3. EN EL CÓDIGO PENAL
- 5.4. EN NORMAS ESPECIALES DE PROTECCIÓN AL MENOR
- 5.5. EN LEYES DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA
- 5.6. EN OTRAS NORMAS DE RESGUARDO AL CONCEBIDO
- 5.7. JURISPRUDENCIA A FAVOR DEL CONCEBIDO

CAPÍTULO 6

FUNDAMENTACIÓN PARA LA INCORPORACIÓN DEL “CONCEBIDO”, A LA NORMA LEGAL, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PROTECCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

- 6.1. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA
- 6.2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

6.3. FUNDAMENTACIÓN PRÁCTICA

6.3.1. Trabajo de campo

6.3.1.1. SLIMs La Paz y SLIMs El Alto (Servicios Legales e Integrales Municipales)

6.3.1.2. Fundación Arco Iris

6.3.1.3. REMAR

6.4. EL VACIO LEGAL

6.5. PROPUESTA PARA LA AMPLIACIÓN DEL ARTÍCULO 109 DEL CÓDIGO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE

6.6. CONSECUENCIA DE LA AMPLIACIÓN

6.7. FASE OPERACIONAL

6.7.1. Demostración y comprobación de la hipótesis

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

ANEXOS

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Sabemos de manera por demás suficiente, que el ser humano necesita de toda forma de protección y en todas las etapas de su vida, lo que quiere decir, tanto a nivel legal, social como familiar (esto por ser la base de todo cuanto existe y le rodea), hecho reconocido, establecido y garantizado a nivel universal, a través de los diferentes instrumentos legales que tratan sobre el ser humano.

Aunque lamentablemente se puede observar que ello no siempre se lleva a cabo en todas sus instancias, ni de la forma como se encuentran redactadas muchas de las normas antedichas, mismas que están ratificadas por nuestro país. En otras palabras, se quiere decir, que no siempre el ser humano se encuentra protegido como debería, así se puede percibir por ejemplo, por la desprotección casi total en la que se encuentra el concebido (ser que lleva vida intrauterina) a nivel de violencia física y/o síquica que se ejerce sobre su ser, mellando de este modo su integridad (física y síquica), hecho que se da cuando es agredida la madre gestante, ejerciendo algún tipo de violencia sobre ella, e incluso muchas veces por la misma irresponsabilidad de la portadora de la nueva vida.

Si bien el Código Penal establece como delito el aborto, el mismo sólo preserva la vida del gestante. Mas no existe otra acción que señale las lesiones al concebido o artículo alguno en otra norma que hable sobre la protección a su dignidad, derecho del que también es sujeto.

Acto opuesto con el ordenamiento jurídico, ya que el mismo reconoce, a través del Código del Niño, Niña y Adolescente, que el concebido es un niño en etapa de formación; aunque este aspecto es un hecho rescatable y lo que señala el principio de una legislación moderna en nuestro país, la misma lamentablemente no siempre tiene aplicabilidad en toda su cabalidad.

Se entiende ello porque, si bien el concebido es un niño, merece la misma consideración, respeto y resguardo a su naturaleza, empezando por sus Derechos Fundamentales como persona como cualquier otra; por ende, debiera figurar el maltrato del cual es sujeto, en la norma que específicamente trata sobre sus derechos.

Lastimosamente esto no es así, por el contrario el artículo 109 del Código Niña, Niño y Adolescente, que trata de los maltratos al niño carece de este postulado, creando de este modo un vacío legal, el cual se desea pueda ser subsanado incluyendo una circunstancia más de maltrato, misma que debe tratar del concebido, objetivo específico de la presente tesis; lo que corroborará los derechos personales del ser en cuestión, objeto fundamental del estudio.

Una vez incluido el inciso indicado, se conllevará con la consiguiente sanción a la o los agresores de este tipo de maltrato, ya que un artículo anterior, señala claramente que él o los individuos que transgredan los actos estipulados en el artículo antedicho, serán pasados a la norma penal, indicador que encaja perfectamente con lo que se busca.

Lo que indica, que el objetivo principal de la presente tesis, es el análisis de los Derechos Fundamentales que tiene el concebido, para luego con esa base incorporarlo en la norma legal, de manera equitativa a otro ser humano, para la correspondiente protección jurídica que merece y consiguientemente la sanción del o los agresores, identificando los tipos de maltratos de los cuales el concebido es sujeto.

No se comprende por qué el concebido, quién se encuentra reconocido como niño por la norma legal, no está protegido en su integridad física ni síquica; por qué no se encuentran establecidos sus derechos como ser humano, de manera explícita e individual como cualquier otro individuo; y finalmente por qué este tipo de maltratos no se encuentran señalados como tales con su correspondiente sanción.

Estos aspectos se ven en nuestra sociedad cotidianamente, por tener un tipo de vida donde se encuentra arraigado males que atraen otros males, tales como el machismo; la baja o cero autoestima de la mujer; el miedo de ésta a ser tipificada como separada

por la sociedad; el poco importismo de reconocer al concebido como ser humano; el alcoholismo; la drogadicción; miedo a acarrear más violencia; etc.

Hechos que lastimosamente hacen que se genere heroicidad en el género femenino, tanto como para soportar los maltratos de la pareja, sin importar que ello vaya en desmedro directo de su integridad, así como en contra del ser que lleva en su vientre.

La violencia que se ejerce contra la mujer en nuestro medio fue investigada por la OMS y la OPS, en un estudio denominado “Informe Mundial Sobre la Violencia y la Salud”, donde se destacan dos tipos de violencia: la doméstica y la no doméstica, en ambos casos existe una diversidad de formas de agresión, también se encuentra el atentado a mujer gestante. Este estudio destaca que la mayor violencia se origina dentro del núcleo familiar y que el mayor agresor es la pareja de la mujer.

Hecho que se debe empezar a erradicar, a través, de todos los medios que sean necesarios y uno de ellos precisamente puede ser el de implantar nuevas políticas de protección al concebido, sujeto merecedor de respeto y tutela jurídica como ser humano, mediante normas que vayan en su beneficio.

Además, esta salvaguarda jurídica, implica un amparo idéntico a cualquier otro individuo, acto que equilibraría el desajuste de la desprotección del concebido y conllevaría a la penalización de éste tipo de actos que atentan contra el no nacido.

Por tanto, la especie humana será la única beneficiada si se llega a plasmar nuestra proposición, hecho que esperamos así sea.

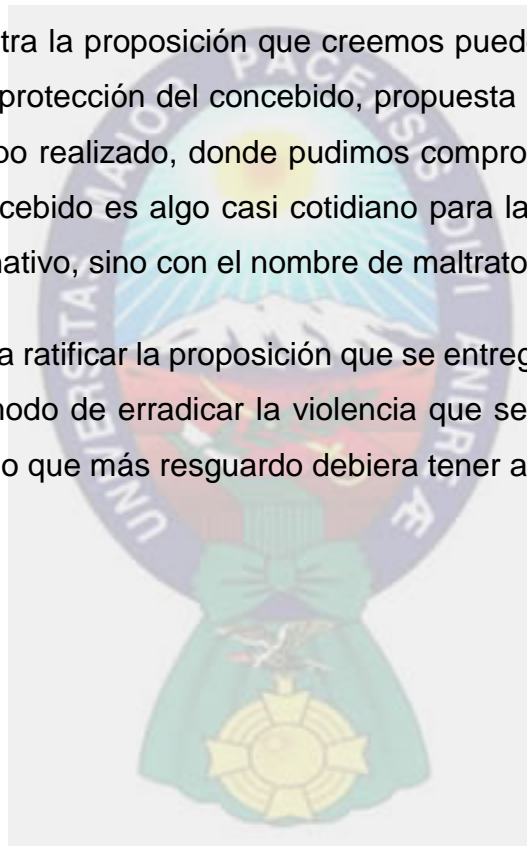
Para llevar a cabo todo este proceso de explicación, nos enmarcamos desde lo que son los antecedentes históricos de los Derechos Fundamentales del concebido, indicando posteriormente la tutela jurídica que recibe por intermedio de la diversa normativa que tenemos, analizando a la vez sus Derechos Primordiales a los cuales tiene acceso, por entenderse que forma parte de la especie humana, pasando a

especificar lo que es el maltrato al concebido y los tipos de agresión de los cuales es sujeto.

Más adelante se hace un análisis sobre la protección de este ser en diferentes países a nivel jurídico, llegando a hacer un cotejo con nuestro ordenamiento jurídico, proceso que resulta por demás interesante ya que se observa cómo otros países toman al concebido como persona con todos sus derechos al igual que cualquier otro sujeto, aspecto que hace mucha falta en Bolivia.

Finalmente se encuentra la proposición que creemos puede enmendar el vacío legal existente sobre la desprotección del concebido, propuesta que se encuentra avalada por el trabajo de campo realizado, donde pudimos comprobar de manera fehaciente que el maltrato al concebido es algo casi cotidiano para las autoridades, aunque no con el mismo denominativo, sino con el nombre de maltrato a mujer gestante.

Todo lo cual nos lleva a ratificar la proposición que se entrega en la presente tesis, por entender que es un modo de erradicar la violencia que se ejerce sobre el gestante, periodo del ser humano que más resguardo debiera tener a todo nivel.



CAPÍTULO I

ASPECTOS PRELIMINARES

1.1. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA.

El entorno de nuestro diario vivir hace que podamos observar de diferentes formas y modos los *abusos y violación de derechos que se dan de manera indirecta al ser en gestación o concebido*.

Estos hechos se pueden verificar empíricamente, con la drogadicción de mujeres en estado de gestación; mediante las denuncias que se efectúan, sobre maltrato a mujer embarazada, tanto en los Servicios Legales e Integrales Municipales SLIMS, como en diferentes Distritos Policiales y en algunos medios de comunicación.

Del mismo modo se ha mostrado, mediante diferentes estudios realizados¹, que el mayor índice de *abusos y violación de derechos*, es aquella que se da dentro del núcleo familiar, los cuales generalmente no son denunciados, o si lo son, éstas son retiradas o abandonadas sin llegarse a realizar ningún tipo de seguimiento y mucho menos sancionar al infractor o infractores; no obstante de ello no debemos olvidar que también existe *maltrato, violación y abuso de derechos* fuera del hogar.

Se usa los términos *violación y abuso indirecto al concebido*, porque no se atenta de forma evidente a este ser, sino de forma implícita, ya que se actúa sobre el cuerpo de la madre gestante. Y como es de lógico razonamiento, todo lo que suceda con la madre, desde la alimentación hasta los sentimientos que ella experimenta y atraviesa en la etapa de maternidad, afecta de forma directa al ser que lleva en su vientre.

¹ Véase por ejemplo OMS. *Informe Mundial Sobre la Violencia y la Salud. Prevención*. 2000

Por tanto, la presente tesis tiene como prioridad examinar los Derechos Fundamentales del concebido, para luego establecer el reconocimiento de los mismos por nuestro ordenamiento jurídico, lo que conllevará a determinar el vacío legal existente en la norma sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente y la consiguiente formulación de la propuesta para subsanar dicha falencia, por ende, la inmersión de los transgresores a la norma penal.

Todo este proceso irá a corroborar que la falta de legislación sobre los Derechos Fundamentales del concebido, indica mayor violación a estos, porque como es de conocimiento amplio, cuando no existe descripción explícita sobre determinada acción como conducta violadora de derechos, tampoco existe sanción para los culpables.

Como en la actualidad el concebido se encuentra jurídicamente desprotegido, su inmersión a la normatividad indicará una equiparación de protección con los demás seres humanos y se logrará con ello menos violación a sus derechos ya que compartirá una tutela semejante a cualquier otra persona.

Los indicadores que deberán ser investigados para las correspondientes afirmaciones, se logrará mediante entrevistas a organismos donde se lleva a cabo estudios de estos casos en particular (SLIMs), correspondiendo a aspectos fidedignos y empíricos de nuestra realidad, tanto en ciudad de La Paz como en la ciudad de El Alto.

Dejar de lado, hechos tan importantes como es el reconocimiento de los Derechos Fundamentales del concebido, como ser humano en vías de desarrollo, es afectar de forma directa al progreso de la sociedad, porque los concebidos de ahora, son seres que poblarán y gobernarán en el futuro nuestro país, por tanto, su llegada a nuestro entorno deberá ser en las condiciones más benignas, tal y como lo indica el Código del Niño, Niña y Adolescente, en su artículo 13².

² (GARANTÍA Y PROTECCIÓN DEL ESTADO).- Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a la vida y ala salud. El Estado tiene la obligación de garantizar y proteger estos derechos, implementando políticas sociales, que aseguren condiciones dignas para su gestación, nacimiento y desarrollo integral.

Ignorar un problema tan comprometedor, como es la protección del capital humano, por el Estado, la sociedad y la familia, es dejar de ser personas con discernimiento y con sentimientos de valor. Debemos entender que es un conflicto que amerita la necesidad urgente de una solución, lo que lógicamente atraerá un avance social, ya que el respeto por los Derechos inherentes a la persona es lo primordial que debe darse dentro de un conglomerado nacional.

El ser humano, es la razón de ser del Derecho y de todo lo que nos rodea con generalidad, es entonces el directo favorecido con la presente investigación, porque se lo toma en cuenta desde el momento mismo en que existe como tal, etapa conocida como concepción y la que más protección debe tener.

1.2. PROBLEMATIZACIÓN.

Para dilucidar aún más este aspecto nos formulamos la siguiente interrogante:

¿Por qué no se hallan establecidos los maltratos ocasionados al concebido dentro del Código del Niño, Niña y Adolescente (ley N° 2026), si éstos se encuentran reconocidos desde dicha etapa como seres humanos al igual que cualquier otra persona; y mucho más si dichos atentados van en desmedro directo contra los más fundamentales de los derechos como es el derecho a la vida, al respeto y a la dignidad, que encierra la integridad tanto física como síquica del concebido?

1.3. DELIMITACIÓN.

1.3.1. Delimitación Temática.

El tema se centra al estudio de los maltratos al concebido, ya sea por atropello a la madre gestante, por irresponsabilidad de ésta u otras causas, destacando los Derechos Fundamentales del ser en gestación como ser humano, analizando cada una de las normas jurídicas pertinentes y la consecuente inmersión a ellas, del ser en cuestión.

1.3.2. Delimitación Temporal

La presente investigación, abarca y procesa toda la información que se encontró en la gestión 2003.

1.3.3. Delimitación Espacial.

Para realizar una investigación fidedigna y con resultados confiables, la misma será enfocada dentro de lo que abarca las instituciones particulares sobre denuncias de maltrato a la mujer, SLIMs, en este caso son dos, una en la ciudad de La Paz y otra en la ciudad de El Alto. Esto debido a la recepción de denuncias que se reciben diariamente.

1.4. FUNDAMENTACIÓN E IMPORTANCIA.

El tema tiene gran relevancia social por cuanto el ser humano es, por esencia, un ser social, es decir, que vive en grupo, donde importa significativamente el valor de la persona, donde los Derechos Fundamentales deben ser completamente reconocidos y protegidos por los tres sectores que conforman un país: el Estado, la sociedad y la familia.

Se deben resaltar, por ello, los derechos más elementales como son: a la vida, a la dignidad humana, a la seguridad, al respeto, a la integridad física, a la integridad síquica, a la salud, y a un desarrollo completamente placentero, sano y protegido desde la etapa intrauterina.

Además, es pertinente jurídicamente, puesto que nuestra legislación requiere de la incorporación de una adecuada normativa sobre la protección al concebido, por ser la vida intrauterina la más vulnerable de todo ser humano; en este sentido, la sociedad y todo futuro individuo precisa de una protección efectiva en cuanto a las afecciones que pudiera sufrir durante este periodo.

Por otra parte, se sabe de sobremanera que se encuentran plenamente reconocidos los derechos más fundamentales del ser humano, como es el derecho a la vida y a la

salud, por la Constitución Política del Estado, a lo que se debe dar hincapié porque el concebido también es sujeto de estos derechos.

Asimismo, la Ley que establece de forma clara y explícita respecto de la protección del niño desde la concepción, que es lo que nos concierne en el desarrollo de la tesis, es el Código del Niño, Niña y Adolescente³, cuando en sus primeras disposiciones consigna que: “**se considera niño o niña a todo ser humano desde la concepción** hasta los doce años de edad (..)⁴”. Igualmente, en su artículo 13 postula que: “**Todo niño tiene derecho a la vida y a la salud, El estado tiene la obligación de garantizar y proteger estos derechos, implementando políticas sociales que aseguren condiciones dignas para su gestación, nacimiento y desarrollo integral**”, (las negrillas y el subrayado es nuestro).

Por otra parte, ya en el ámbito internacional, son los Derechos Humanos los que protegen los derechos mencionados, los cuales se encuentran reconocidos a nivel mundial y en el que se halla inmerso, como no podría ser de otra manera, Bolivia.

Las Naciones Unidas, también formularon en 1924 la Declaración de los Derechos del Niño. Esta declaración que consta de 10 principios fue validada en el Año Internacional del Niño que se celebró en 1979, (donde se encuentra inmerso nuestro país), de los cuales nos interesa el principio segundo y el cuarto, que a la letra dice:

“Principio 2: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable.

Principio 4: **El niño deberá gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud. Con este fin se le debe procurar atención prenatal y postnatal a su madre.** El niño tendrá

³ Este Código, pasó a ser Ley N° 2026 el 27 de octubre de 1999.

⁴ Artículo segundo.

derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreación y servicios médicos adecuados”, (subrayado nuestro).

Y para consolidar lo descrito hasta ahora, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, más conocida como Pacto de San José de Costa Rica, proclama “**la protección a la vida, a la integridad física, síquica, moral y al reconocimiento de la personalidad jurídica de toda persona, desde el momento mismo de la concepción, reconociendo a la vez que persona es todo ser humano, y que nadie puede atentar contra su vida en forma arbitraria**”⁵. (El subrayado y las negrillas son nuestras).

Por lo tanto, es imprescindible proteger los Derechos Fundamentales del ser humano, de los cuales gozan todos los niños desde la concepción; y como lo indican las leyes, dicha salvaguarda debe ser desde la vida intrauterina, y para ello se debe plasmar una circunstancia más de maltrato, en el Código correspondiente, aquella que es ocasionada en el vientre materno, ya sea esta de forma dolosa, por negligencia, irresponsabilidad, drogodependencia o violencia intrafamiliar.

Maltratos que atentan al concebido violando sus derechos primordiales, ya que ocasionan muchas de las veces nacimientos con enfermedades mentales y/o físicas, males que difícilmente son superables.

Se debe clarificar también, la diferencia que existe entre el derecho que tienen las personas a la privacidad y a su propio cuerpo, de lo que implican las conductas irresponsables, como lo indica Alfredo Díaz,⁶ quien reconoce la libertad de actuar de toda persona de acuerdo a sus principios, pero también los límites de esa libertad individual, respecto de los derechos de los demás. Por lo tanto, estas conductas que

⁵ Véase Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

⁶ Alfredo Díaz Bruzual. “Titulo” en HILU, Virginia. *Participación de la escuela en la educación sexual*. Pax-México. México D.F. 1974

pueden ser resumidas como libertinaje, quebrantan derechos de quienes deberían recibir más atención por parte de la sociedad y del Estado, como son los concebidos.

Más aún cuando la Ley 2026, señala que todo niño tiene derecho al respeto y a la dignidad, es así que en su artículo 105 indica que estos preceptos consisten en la inviolabilidad de la integridad física y síquica; y las conductas señaladas en el párrafo anterior generalmente asumidas muchas veces por sus mismos progenitores, ocasionan males al ser que se lleva en el claustro materno, atentando contra sus derechos y por ende causándoles lesiones, muchas de las cuales son gravísimas, figura que se encuentra tipificada en el Código Penal.

Las lesiones a las cuales hacemos referencia, se encuentran en el artículo 270, en sus incisos 1, 2 y 5, expuestos de la siguiente manera: “incurrirá el autor en la pena de privación de libertad de dos a ocho años, cuando de la lesión resultare:

- 1) Una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable.
- 2) La debilitación permanente de la salud o la pérdida o uso de un sentido, de un miembro o de una función.
- 5) El peligro inminente de perder la vida”.

Es entonces, merecedora de sanción penal toda conducta atentatoria contra el derecho al respeto, a la dignidad, a la integridad física y síquica del concebido, que se encuentra en plena etapa de formación; esto por pertenecer a la especie humana y por estar reconocido por nuestro ordenamiento jurídico, desde dicha etapa, como niño.

Pero lamentablemente no se entiende de esta manera las violaciones en cuestión, por no estar explícitamente descritos estas acciones y, como es sabido no existe delito sin ley previa y, en este caso en particular, deberá figurar en el Código del Niño, Niña y Adolescente, especificando en su artículo 109, el maltrato intrauterino.

1.5. OBJETIVOS.

1.5.1. Objetivo General.

Analizar el establecimiento de los Derechos Fundamentales del concebido como ser humano en etapa de formación.

1.5.2. Objetivos específicos.

Establecer en el artículo 109 de la Ley N° 2026, una circunstancia más de maltrato hacia el niño, que será en éste caso, el maltrato al concebido, ocasionado ya sea por padres irresponsables, negligentes, drogodependientes o por maltrato intrafamiliar, incorporando a la vez a las personas causantes de estas violaciones, a las sanciones estipuladas en el Código Penal, respecto de las lesiones que se cause a otra persona.

Identificar las formas de maltrato de las cuales es sujeto el concebido, describiendo los más frecuentes que se presentan en los SLIMs de la ciudad de El Alto y La Paz.

1.6. HIPÓTESIS.

La ausencia de legislación con respecto a la protección de los niños, en la etapa intrauterina (concebido), hace que se genere mayor violación de los Derechos Fundamentales de este ser; por lo que su incorporación a la norma jurídica, logrará una protección a la par de los demás seres humanos y consiguientemente también se sancionará a los transgresores, lográndose una tutela semejante a cualquier persona.

1.7. METODOS Y TÉCNICAS.

1.7.1. Métodos.

- Analítico. Supone estudiar en forma intensa cada uno de los elementos que constituyen el todo. La importancia del análisis reside en que para comprender la esencia de algo se debe conocer la naturaleza de sus partes.

El todo en nuestro caso estará referido al análisis de normas nacionales e internacionales suscritas por nuestro país y su relación con la protección del

concebido, y sus Derechos Fundamentales, examinando de esta manera el vacío legal que existe al respecto.

- Sintético. Significa reconstruir, volver a integrar las partes del todo, pero esta operación implica una superación respecto de la operación analítica, esto nos permitirá avanzar en el conocimiento y comprender la esencia del problema. Con este método se podrá explicar la falta de protección que existe hacia los Derechos Fundamentales del concebido en la legislación nacional y además comprender la propuesta que sugerimos.
- Deductivo. Es el método que permite pasar de afirmaciones de carácter general a hechos particulares, a lo cual procederemos según nos profundicemos en el tema.
- Comparativo. Utilizaremos este método para poder enfocarnos a realidades diferentes a la nuestra y comprender las falencias, los aciertos y avances de nuestra legislación respecto a otras, haciendo para ello un cotejo fidedigno con las normas pertinentes de otros países.

1.7.2. Técnicas.

Las principales técnicas de investigación que se utilizarán serán las siguientes:

- Registro de Archivos, es decir, revisar toda posible fuente de la cual se pueda obtener información relacionada a la violación de derechos del concebido.
- Análisis bibliográfico y documental de la legislación de los siguientes países: España, Argentina, Colombia, Perú y Paraguay, para obtener información en cuanto a la normativa de los distintos países que ya han legislado los daños ocasionados al ser en gestación.

Los países mencionados fueron seleccionados por ser los más ricos en cuanto a jurisprudencia respecto al tema.

- Análisis bibliográfico de las principales categorías teóricas que hacen alusión al tema principal de esta tesis.
- Entrevista de personas que tengan que ver con el tema en estudio y a la visita de instituciones entendidas en la materia.



CAPÍTULO 2

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONCEBIDO

El germen de los Derechos Fundamentales, se atribuye al movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, la Revolución Francesa, lo que posteriormente se orientó como una norma positiva y universal a fin de plasmar la protección jurídica del ser humano, considerándose más adelante como derechos imprescriptibles, inherentes e inalienables, mismos que actualmente se encuentran fuera de cualquier alcance político.

Sin embargo, la historia de la humanidad hace reminiscencia de innumerables actos de violencia en contra de la integridad humana, sobre todo en episodios bélicos, así se muestra especialmente en la Segunda Guerra Mundial, hecho que después condujo al establecimiento de lo afirmado anteriormente.

Más adelante, tanto las Organizaciones Internacionales como los Estados en su conjunto, entienden la necesidad de reconocer estos derechos, proyectándose esas intenciones en diversos documentos de carácter internacional como son las convenciones, los pactos, los tratados y otros instrumentos. Finalmente, y culminando este proceso se expresan estos mismos derechos sin dubitación alguna y de forma dogmática, en la máxima norma de cada país: las Constituciones.

2.1. ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Las primeras manifestaciones de la protección de los Derechos Fundamentales del ser humano, datan desde la Edad Antigua, por lo que consiguientemente y a manera de

ilustrar resumidamente los antecedentes de dichas expresiones enfocaremos la misma de la siguiente manera:

2.1.1. En la Edad Antigua y en la Edad Media.

En la Edad Antigua el concepto de personalidad y de los derechos que le son inherentes al ser humano es desconocido, no existe la idea de Derechos Fundamentales tal como se lo entiende en la actualidad y mucho menos se habla del concebido. Todo este tiempo constituye lo que podría denominarse la “Prehistoria de los Derechos Humanos”⁷.

Sin embargo, mencionaremos una serie de hechos que llegan a ser los primeros antecedentes, ya que reconocen la dignidad de la persona (aunque en un grado muy incipiente), es decir, las prerrogativas de los cuales todo hombre es merecedor, tomando en cuenta para ello al conglomerado en general como es la humanidad.

La fuente más antigua es el primer código de la historia llamado Código de Hammurabi, (1728- 1686 a.C.), contiene penas de muerte para varios de sus delitos establecidos, pero la parte que se debe resaltar para este caso en particular, es la que se encuentra en el prefacio, donde se anuncia que:

“Hammurabi fue enviado por los Dioses para establecer justicia en la tierra, para destruir lo ilegítimo y los males y para reprimir al poderoso en su opresión del débil”⁸.

Esto implica de alguna manera la defensa de la persona.

Más adelante, hacia 1700 a.C. se puede situar a los Diez Mandamientos, dado como normas de comportamiento ante el prójimo, de los cuales se debe resaltar el quinto que indica, “no mataras”⁹, protegiendo de esta forma el Derecho a la Vida.

⁷ Esta afirmación podemos encontrar en COFAVIC. Curso Sistemático de los Derechos Humanos. Clasificación. En: <http://www.cofavic.org.ve/p-ddhh-clasificacion.htm>

⁸ Enciclopedia Microsoft Encarta 99.

⁹ La Biblia. El éxodo 20:13.

Posteriormente se da, lo que se denomina nociones, aunque muy vagas, de los Derechos en cuestión, cuando varios pensadores y filósofos señalan la defensa del ser humano, al observar la reinante arbitrariedad de los gobiernos en aquellas épocas; aspecto por el cual se llega a denominar “Periodo Indiciario de los Derechos Humanos” (Castro, 2001:5,6).

Así entre los griegos tenemos a, Homero, quién destaca, en sus diferentes obras, el triunfo de la justicia y de la familia; a Heráclito, quien comprende que la virtud consiste en la subordinación a las leyes de una armonía razonable y universal; a Sócrates, fundador de la filosofía moral, sus enseñanzas se basan en la justicia, el amor y la virtud.

Platón, fue otro filósofo que predica sobre el individuo y un Estado justo e ideal; Aristóteles, desarrolla la idea de la igualdad entre los hombres; los Profetas de Palestina (siendo cuatro los denominados mayores y doce los menores), que redactan gran parte del Antiguo Testamento, su aporte más importante es el de forzar al monoteísmo, resaltar la justicia, el amor y la ayuda a los oprimidos.

Estos profetas son los primeros en escribir sobre el concebido, llegando a ser los antecedentes más antiguos¹⁰, hacen alusión sobre el comienzo de la vida, hecho que se da con la fecundación. Entiéndase, por lo tanto, que ya se hablaba del ser en gestación, aunque no para establecer sus derechos.

Sófocles, es otro pensador que aporta al reconocimiento de los Derechos Humanos, cuando en una de sus obras resalta la existencia de derechos no establecidos por el hombre, pero que igualmente le pertenece a cada individuo por su naturaleza. Antígona, es la obra y el personaje principal, quien le indica al rey, Creón, que contraviniendo su orden expresa de no dar sepultura al cadáver de su hermano, lo había hecho actuando “de acuerdo a leyes no escritas, a leyes naturales e inmutables del cielo”¹¹.

¹⁰ Para mayor referencia véase La Biblia. Antiguo Testamento, Salmo 22:10; 71:6; 139:13;139:16; Isaías 46:3; 49:1; Jeremías 1:5

¹¹ Este punto es observado por G. Jünemann. En su obra Historia de la Literatura Universal, al hablar de la obra Antígona.

Del mismo modo, entre los pensadores del mundo Oriental se encuentran, Zaratustra, primer personaje en hablar de los principios enfrentados, del bien y el mal; Lao-Tse, quien destaca la práctica de la pasividad; Confucio, dice ser el restaurador de la moralidad antigua basándose en virtudes como la bondad, honradez, decoro, sabiduría y fidelidad; y , Buda, quien tradujo su vida en una constante rebelión contra el sistema de castas o jerarquía de clases sociales. Mucho después en Roma, se da la Ley de las Doce Tablas (451-450 a.C.), un triunfo para los plebeyos porque la ley llega a ser pública, común, acaba con la aplicación de la costumbre y el abuso de los patricios.

Los Estoicos en Roma¹², son personajes, cuyas virtudes son la justicia, sabiduría, el valor y la templanza, preconizaban la fraternidad de la humanidad y la igualdad material, desarrollan la teoría de la Ley Natural¹³, lo que posteriormente sirve como modelo para guiar y valorar la conducta y las leyes civiles.

Dentro de todos los datos señalados hasta este momento, se destacan tres que son los más importantes, el Código de Hammurabi, los Diez Mandamientos y la Ley de Las Doce Tablas, mismas que por muy notables que sean, tenían como único fin, la organización de la sociedad, todavía no se preocupaban del hombre como tal y menos de sus derechos innatos.

***LEX CORNELIA: ORIGEN DE LA PROTECCIÓN AL CONCEBIDO**

El primer antecedente jurídico, directo y preciso que existe sobre la protección del ser humano desde la concepción, es la Lex Cornelia¹⁴, dado en Roma en la época del Imperio, protección que se refiere a la vida de la persona, para ello toman en cuenta todo el periodo de la gestación, haciendo referencia por lo tanto, al concebido, como ser humano con derecho a vivir.

¹² El estoicismo fue la filosofía más influyente en el Imperio Romano, durante el periodo anterior al ascenso del cristianismo, desarrolló una teoría sobre la ley natural, que influyó poderosamente en la jurisprudencia romana.

¹³ La ley natural puede ser considerada como un ideal al que aspira la humanidad, o un hecho general entendido como el modo en que actúan por norma o regla general los seres humanos.

Microsoft Encarta 2003. 1993-2002. Ley Natural.

¹⁴ Véase Colegio de abogados de Puerto Montt 2002. *La vida Humana Incipiente en el Derecho Romano*. <http://español.groups.yahoo.com/grup/ensayos/mensajes/80>

En efecto, las sanciones penales que se establecen, datan de épocas de emperadores paganos, de modo que se puede observar un interés público de conservar la vida del concebido, sin distinguir el tiempo de gestación en el que éste se hallase.

Aunque para efectos de computar el inicio de la vida humana en términos jurídicos, los romanos fijaban la época del nacimiento con la separación completa del cuerpo de la madre, se solía adelantar el comienzo de la existencia al momento de la concepción, con el objeto de proveer diversos intereses del concebido, en primer lugar, la protección de su propia vida, aún no independiente.

El hecho de provocar la muerte de este ser, en cualquier estado de desarrollo en que se encontrase, estuvo sancionado desde la época del emperador Séptimo Severo, invocando para ello una ley antigua conocida como Lex Cornelia, del año 81 a.C., que sancionaba el envenenamiento con resultado mortal, con la pena de muerte, pero que castigaba además con la misma pena a aquel que con el propósito de causar o permitir que se le causara la muerte de otro, daba o preparaba el veneno, lo vendía, o lo confeccionaba.

En virtud de la aplicación de esta norma a la figura del aborto, se establece que, si el envenenamiento causaba la muerte del feto, la pena que se imponía era la de confiscación y destierro, salvo cuando se hubiese originado también la muerte de la mujer gestante, en cuyo caso se podía aplicar la pena capital.

Tanto las sanciones penales como la protección civil en relación al concebido, se refieren sobre el derecho a la vida. Para ver esto y por su importancia nos remitimos a las fuentes romanas de la ley antedicha:

- “D.48,19,38,5-Paulo, Sentencias, libro V: Los que dan bebida para abortar, o amatoria, aunque no lo hagan con dolo, son, sin embargo, porque la cosa es de mal ejemplo, condenados a las minas los de baja clase, y relegados a una isla con pérdida de parte de sus bienes los de otra más elevada; pero si por ella hubiere muerto la mujer o el hombre, son condenados al último suplicio.

- D.47,11,4-Marciano, Reglas, libro I: El Divino Severo y Antonino resolvieron por rescripto, que la que de intento abortó, ha de ser condenada por el gobernador provincial a destierro temporal, porque puede parecer indigno que impunemente haya defraudado en tener hijos a su marido.
- D.48,19,39-Trifonino, Disputas, libro X: Escribió Cicerón en su Oración a favor de Cluencio Avito, que cierta mujer llamada Miliesia, estando en Asia, fue condenada como reo de pena capital, porque habiendo recibido dinero de los segundos herederos se procuró ella misma el aborto con medicamentos.
- Pero se resolvió en rescripto por nuestro óptimos Emperadores, que también si alguna mujer se hubiere hecho violencia en sus entrañas después del divorcio, porque estaba embarazada, para no procrear hijo a su marido, ya enemigo suyo, fuese condenada a destierro temporal.

Otra manifestación de la protección al concebido es aquella disposición que prohíbe aplicar la pena de muerte a mujer embarazada o someterla a tormento (D.1,5,18; D.48,19,3). Tampoco podía ser enterrada sin extraérsele antes el feto¹⁵ (D.11,8,2).

Además de este conjunto de disposiciones penales, existe otro cuerpo de provisiones y textos de juristas en que se afirma una verdadera equiparación de la condición del concebido con el ya nacido, sobre todo en lo que se refiere a sus intereses hereditarios, que parecen haber originado la formulación de la regla *CONCEPTUS PRO IAM NATO HABETUR* (en cuanto a él le beneficie, al concebido se tiene por nacido); (Gai. Inst.1,147; D.1,5,7; D.1,5,26; D.27,1,2,6; D.29,2,30,1; D.38,16,7; D.50,16,153; D.50,16,231).

Asimismo, el resguardo del concebido en ésta época fue muy amplia, porque también se dio el establecimiento de un embargo, (*missio in possessionem ventris nomine*) a favor de la madre, que garantizaba las condiciones materiales necesarias para el nacimiento del hijo, y protegía las expectativas hereditarias del que iba a nacer.

¹⁵ *Ibíd.*

Para proveer todo ello se nombraba un curator ventris, que debía proporcionar alimentación, vestido y habitación a la mujer embarazada, de acuerdo con los bienes dejados por el difunto, y administrar el patrimonio que pertenece al concebido, según lo haría un tutor.

Por último, en lo que se refiere al status socio-político del concebido, éste quedaba fijado en un momento anterior al nacimiento: el hijo de una esclava, que en cualquier momento del embarazo fue libre, nace libre y ciudadano, aunque la madre hubiese vuelto al estado de esclavitud en el momento del parto (D.1,5,5,2-3; I.1,4 pr.).

La Lex Cornelia es, por tanto, la única norma jurídica que hace referencia al tema en cuestión, por ello la más valiosa como antecedente directo de los Derechos Fundamentales del concebido, que lo toma como persona por nacer con derecho a vivir, a nacer y a heredar.

Otro periodo en la historia que produjo el desarrollo de los Derechos Humanos, es el Cristianismo, dando origen a una nueva etapa, al proclamar la igualdad entre los seres humanos y el rechazo de la violencia, lo que contribuyó a la aceptación de principios, especialmente entre los pueblos oprimidos y los esclavos¹⁶.

Mucho más adelante, en los siglos IX y X surgen los Fueros, que son concesiones de reyes y señores feudales, cartas donde se reconocían “derechos, libertades y privilegios” a determinados núcleos de población, básicamente era el estatuto jurídico de la Edad Media, llegando a constituir premisas de los derechos estudiados.

Para 1215 el rey, Juan Sin Tierra de Inglaterra, concede la primera Carta Magna, que consagra fundamentalmente la libertad personal, las libertades

¹⁶ Historia de los Derechos Humanos. En COFAVIC. en: <http://www.cofavic.org.ve/p-ddhh-historia.htm>

constitucionales¹⁷, los límites del Estado y la prohibición de detenciones arbitrarias¹⁸.

No obstante, para tomar conciencia de todo el vacío legal existente respecto de los derechos del hombre, tuvieron también que intervenir tratadistas de teología moral, así tenemos a, Santo Tomás de Aquino, teólogo acérrimo; Francisco de Vitoria, considerado fundador del Derecho Internacional con su “Lección De Indis”, donde aborda los derechos de la Corona de España en la conquista de América y los derechos de los habitantes de aquellas tierras. Esta época fue en la que primaron los Derechos Estamentales (relaciones dadas entre Estados). En la Edad Media, por tanto, hablar de los derechos del ser humano, es tarea específica de los sabios y teólogos, quienes lo relacionan de manera muy estrecha con el Derecho Natural, es decir, la doctrina de la naturaleza humana¹⁹.

Hasta esta época, como se puede observar, los antecedentes de los Derechos Fundamentales, son hechos fragmentarios y muchos de ellos, con significación equívoca, recogidos en una serie de atribuciones que pueden ser considerados sus fundamentos.

2.1.2. En la Edad Moderna y en la Edad Contemporánea.

La Edad Moderna sitúa sus comienzos en torno a la caída de Constantinopla 1453 y su final en el derrumbamiento de la vieja monarquía y el proceso revolucionario iniciado en 1789 (Revolución Francesa), con el que se inicia la Edad Contemporánea.

Es en la Edad Moderna cuando empiezan a debilitarse las relaciones entre los Estados, denominado Derechos Estamentales, a medida también que se consolida el Estado Moderno (fenómeno relevante de esta época que concreta

¹⁷ Véase Microsoft Enciclopedia Encarta 99.

¹⁸ Curso Sistemático de Derechos Humanos. A_origen y evolución Histórica. En COFAVIC. en: <http://www.cofavic.org.ve/p-ddhh-historia.htm>

¹⁹ De la naturaleza humana deviene el Derecho Natural, cuya teoría sostiene que el hombre disfruta de un amplio esquema de libertades, que designa el orden justo por sí mismo y que inspira y se sitúa por encima del Derecho positivo.

nuevas formas de expresión y organización del poder), tiempo en el cual empieza a hablarse de los Derechos Humanos.

Uno de los acontecimientos importantes de esta Edad, es la institución del Hábeas Corpus dado en Inglaterra hacia 1679, instrumento que garantiza la libertad individual. Asimismo, en 1689 se consolida la Declaración de Derechos, denominado “Bill of Rights”, llegando a ser un verdadero contrato entre el soberano y el pueblo.

Más adelante, en Francia hacia 1770, nace la idea de los “Derechos Humanos”, en el seno del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, conjuntamente cuando se inicia la Edad Contemporánea.

Mismos que se establecieron en el Derecho Internacional, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, acontecimiento que hizo ver la urgente medida de fijar derechos que le son inherentes al ser humano y ahora entendidos como Derechos Fundamentales.

Es entonces que en el siglo XX, se produce una “explosión” generalizada de una diversidad de declaraciones de derechos a partir de una declaración básica: La Declaración Universal de Derechos Humanos²⁰, estos documentos están destinados a propiciar la protección del ser humano, destacar su importancia y la necesidad de respetarlos, porque ahora se encuentran dotados de garantías.

En todo este proceso se puede diferenciar tres fases:

- La declaración de derechos nace, como un conjunto de teorías filosóficas, su contenido es universal porque se refieren a cualquier hombre, o sea, hay una total separación de tiempo y lugar; en cuanto a su eficacia, son muy limitadas, al ser propuestas para futuras e hipotéticas leyes.
- Más tarde, estas declaraciones se plasman en las Constituciones, lo que hace que se pierda su universalidad quedando protegidos como derechos subjetivos,

²⁰ Véase Microsoft Enciclopedia Encarta 99.

pero sólo en el ámbito del Estado que los reconoce de forma efectiva. En consecuencia, ya no son derechos del hombre, sino del ciudadano.

- Con la Declaración Universal de Derechos Humanos, comienza una tercera fase, ahora los citados derechos tienen doble finalidad: son universales y positivos. Universales, porque los destinatarios son todos los hombres y no tan sólo los ciudadanos de uno u otro Estado. Positivos, porque empieza un proceso donde los Derechos Fundamentales no sólo serán proclamados, sino protegidos de un modo material, incluso contra el propio Estado que los viole²¹.

2.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE CONSAGRAN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

2.2.1. Del ser Humano en General.

Existe una variedad de Instrumentos Internacionales que reconocen los derechos inherentes al ser humano, de entre estos tenemos algunos que son sumamente específicos al tema, porque protegen al hombre desde el momento que lleva vida prenatal o intrauterina, es decir, al concebido.

Además, Bolivia se encuentra adherido a los mismos, razón por la cual serán seguidamente analizados:

La primordial es la DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, proclamada el 10 de diciembre de 1948, instrumento que abre las puertas al reconocimiento de los Derechos Fundamentales y que inicia la protección del ser humano en sus derechos innatos e inalienables.

Documento que desde el preámbulo resalta los derechos más importantes de la persona, al subrayar que tanto la paz, la justicia y la libertad en el mundo tienen como base el reconocimiento de la dignidad, de los derechos inherentes, iguales e intransferibles del ser humano.

²¹ *Ibíd.*

Su texto protege el derecho más fundamental de la persona, como es la vida, seguido del derecho a la libertad y a la seguridad. De manera concreta el artículo 25 señala la protección al concebido, al indicar que tanto la maternidad como la infancia merecen amparo especial.

Otro instrumento aprobado en 1948 es la DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, en su considerando señala, que son los pueblos americanos los que han dignificado a la persona y que sus constituciones tienen como fin fundamental la protección de los derechos esenciales del ser humano.

En sus diferentes artículos, al igual que en el anterior, reconoce y protege los derechos esenciales del hombre, también destaca la protección del concebido al hablar de la mujer en estado de gravidez. Y de manera extraordinaria en su artículo 28 determina los límites de los derechos de toda persona, con respecto a otra, cuando indica que:

“Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

Esgrimiendo lo aseverado en el artículo anterior entendemos, que el concebido merece respeto y protección a sus derechos con respecto a su madre y terceros, porque como indica la ciencia, la persona por nacer es un ser individual y diferente del cuerpo de la madre.

Otra norma que tutela al concebido es el CONVENIO SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD, dado en Ginebra el 28 de junio de 1952, y ratificado por Bolivia el 15 de noviembre de 1973. Convenio realizado por la Organización Internacional del Trabajo y que protege tanto a la madre en estado de gestación como al ser en formación.

Aclara que esta protección será suministrada tanto antes del parto o del nacimiento como después; aunque la naturaleza del documento se encuentra en la defensa de la madre trabajadora.

EL PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES, aprobada el 16 de diciembre de 1966, es otro documento que hace mención a los derechos personales, así desde el preámbulo se destaca que todos los derechos enunciados en su cuerpo se desprenden de la dignidad inherente al ser humano.

En su cuerpo, y después de reconocer los principales derechos, hace referencia en el artículo 10, a la protección esencial que debe brindarse a las madres tanto antes como después del parto, es decir, que se preocupa por el concebido y por la madre gestante. Más adelante en el artículo 12 prescribe la obligación de los Estados a la reducción de la mortinatalidad y al sano desarrollo de los niños en las condiciones más benignas.

EL PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Adoptada el 16 de diciembre de 1966, es un instrumento que reconoce los Derechos Fundamentales de la persona, pero a la vez expresa que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica en cualquier parte y, como se sabe, el concebido es un ser humano que se encuentra en etapa de formación, por lo que también debe reconocérsele este derecho.

En el art. 24 especifica que todo niño sin mediar distinción alguna debe gozar de la protección que requiere por su calidad de menor, comprendemos con ello que la existencia en el vientre materno y el no haber nacido todavía, no debe ser causa de discriminación para brindarle dicha protección.

Además, el mencionado artículo no especifica el tiempo de vida del niño, por lo que puede tratarse tanto de un concebido de escasos días; de uno a punto de nacer; como

de un niño de contadas horas o meses después del parto; esto implica que podamos seguir ampliando la edad hasta llegar a la adolescencia.

La CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS O PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, aprobada el 22 de noviembre de 1969, es el antecedente primordial para la presente tesis, ya que señala en su primer artículo que “persona es todo ser humano” y como se sabe y se explicará más adelante, el concebido es un ser humano en vías de formación y desarrollo.

Para ratificar aquello y con mayor especificidad y concreción en el artículo cuarto inciso primero, indica que la vida de la persona debe ser protegida justamente a partir de la concepción:

“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

En el inciso 5 del artículo antedicho aclara que en los países donde todavía no se ha abolido la pena de muerte, no se puede aplicar dicha condena a mujeres que se encuentran gestando, ello consagra, por tanto, la protección que merece todo ser humano por nacer en su derecho a la vida.

El artículo 5 incisos 1 y 2 prescribe que todo ser humano es merecedor de respeto y protección a su integridad física, síquica y moral, por consiguiente, la prohibición del sometimiento a tratos inhumanos o crueles. Salvaguarda de que es sujeto el concebido, ya que la etapa por la que atraviesa es la más vulnerable, la más indefensible y, en el tiempo en que puede ser lesionado de forma irreversible, tanto a nivel físico como síquico y sometido a cualquier tipo de maltrato, por no tener la capacidad de reclamar sus derechos.

Señala también en sus artículos 7 y 11 que toda persona tiene derecho a la seguridad y al reconocimiento de su dignidad, es decir, que el concebido merece tener seguridad

en el medio ambiente en el que se encuentra, en este caso, el útero de la madre, en caso de que ésta o terceros osarán lesionar sus derechos.

Se precisa además que la protección del niño debe ser dado tanto por el Estado, la sociedad y la familia. En los arts. 19 y 32 ratifica los límites de toda persona con respecto a los demás.

Es entonces una norma totalmente clara en lo que respecta a los Derechos Fundamentales del concebido, hecho que debe ser tomado en cuenta para incluirlo también respecto de su protección frente a cualquier tipo de maltrato, ya que Bolivia es uno de los países que ha ratificado su acuerdo pleno con respecto a su aplicación el 11 de febrero de 1993.

2.2.2. Del concebido en Particular.

Con el transcurrir del tiempo se abarca de igual manera lo que hoy son los Derechos del Niño, al observar una infinidad de hechos que producen las dos conflagraciones bélicas a nivel mundial, los cuales pueden ser resumidos en miles de niños asesinados, huérfanos, abandonados y de padres desaparecidos. Hechos por los cuales varias Organizaciones Internacionales, llegan a la conclusión de crear y reconocer los derechos de estos seres indefensos que en ese entonces se encontraban totalmente desprotegidos.

Así el primer instrumento que surge con el pleno objetivo de abogar por los derechos del ser más vulnerable, es la DECLARACIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO de 20 de noviembre de 1959, que establece una protección totalmente amplia, empezando con una argumentación extensa y sólida acerca de la incapacidad del niño por el mismo estado en el que se encuentra, limitado por completo para exigir un respeto por sí mismo a su dignidad:

“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”.

Podemos ver, que es totalmente firme al señalar que el concebido es un niño, que, aunque se encuentre en su primera fase de formación, como es la vida prenatal, es también acreedor de protección legal.

El artículo 7 define que: “los Estados partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida”, y agrega que: “serán los Estados partes, quienes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

La CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, aprobada el 20 de noviembre de 1989, es el segundo documento a nivel internacional que ampara a los menores de edad, en cuyo preámbulo precisa el valor que implica la persona, la necesidad de elevar el nivel de vida reafirmando lo señalado en la Declaración de los Derechos del Niño, respecto de la ineludible protección legal de éste antes del nacimiento.

Aclara además que se entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años, en su artículo 6 especifica la obligación de los Estados de garantizar la supervivencia y el desarrollo de todo niño, mismo que empieza antes del nacimiento.

El artículo 24 inciso 2do, establece la atención prenatal y postnatal; en el 27 advierte el derecho de todo niño a un nivel de vida sano para su pleno desarrollo físico y mental, ratifica que no puede ser sometido a ningún tipo de tratos violentos u otros que vayan en contra de sus derechos.

Ambas normas son totalmente explícitas con respecto a la protección legal que debe brindarse al concebido o niño por nacer, por entenderse que es desde esta etapa que empieza a existir todo ser humano, por tanto, merecedor de toda protección posible.

Bolivia ha refrendado dichas escrituras, hecho por el cual el Estado, debe cumplir con la alegada protección, empezando por brindar al concebido, garantías jurídicas, al igual que lo hace con cualquier persona que habita su territorio.

2.2.3. Del fecundado con especificidad.

En estos últimos años, el increíble avance de la ciencia y la tecnología en países desarrollados, ha hecho que se de acceso a lo que es el genoma humano, aspecto por el cual se ha logrado reproducir de forma artificial embriones, lo que también implica su experimentación y manipulación; hechos que se entienden como atentados al ser humano, lo que implica el manoseo de personas no nacidas.

Por tal impugnación se han consolidado varios instrumentos legales de carácter internacional que brindan una protección bastante amplia al genoma humano y al embrión; estableciendo la prohibición de manipular y experimentar con ellos, determinando a la vez sanciones y el correspondiente resarcimiento de daños causados, si se llegará a ocasionar transgresiones a éstos.

Estas normas son vastas en lo que respecta a los Derechos Fundamentales del Ser Humano antes del nacimiento, es decir, que protegen los derechos del concebido, haciendo referencia primordialmente al derecho del respeto y a la dignidad del hombre.

Nuestro país todavía no se encuentra inmerso en ninguno de ellos, pero hacemos referencia porque trata sobre los aspectos que nos encontramos estudiando y porque en algún momento tendrá el gobierno que reconocerlas como normas que figuren en nuestro ordenamiento jurídico.

Así tenemos LA DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE EL GENOMA HUMANO Y LOS DERECHOS HUMANOS²², instrumento que expresa y hace hincapié de forma transparente a la dignidad de todo individuo, al respeto de absolutamente todos sus

²² Para mayor referencia véase la Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, y la Conferencia general en la que fue aprobada – por unanimidad – el 11 de noviembre de 1997 por la Conferencia General en su 29ª reunión.

derechos, corroborando que los mismos deben reconocerse desde el momento en que se establecen las características hereditarias, es decir, desde la fecundación, (unión del óvulo y el espermatozoide), que es cuando se origina la vida humana:

“El Genoma Humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad. En sentido simbólico, el Genoma Humano es el patrimonio de la humanidad”.

Más aún, indica en el artículo 1º que cualquier daño que se causará a la persona en su genoma, ésta deberá ser resarcida, por ocasionar una violación a sus Derechos Fundamentales como es el respeto a la integridad física y síquica.

El 10 señala: “ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los Derechos Humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de grupos de individuos”.

EL PROTOCOLO ADICIONAL AL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DIGNIDAD HUMANA²³ de 6 de noviembre de 1997, también hace referencia al tema en cuestión, habla de la protección al embrión²⁴ refiriéndose a la inseminación IN VITRO, y del debido amparo del ser humano en esta etapa, la formación de la persona.

Este mismo aspecto se encuentran formulados por otros convenios más, entre los cuales podemos mencionar los siguientes: Convenio de Asturias de Bioética, de 4 de abril de 1997; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad

²³ Véase el Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad Humana en relación con la aplicación de la biología y la medicina sobre la prohibición de clonar seres humanos. Comité de Ministros del Consejo de Europa, 6 de noviembre de 1997.

²⁴ También puede consultarse el siguiente convenio: Convenio de Asturias de Bioética. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina. Oviedo, 4 de abril de 1997 Consejo de Europa.

del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 19 de noviembre de 1996; Convenio Universal de los Derechos Humanos y la Biomedicina, de 4 de abril de 1997.

Todos estos documentos observan los Derechos Fundamentales del ser humano antes de nacer, es decir, cuando se encuentra en plena etapa de formación, por tanto, se comprende que el valor de la humanidad y del hombre como tal, se da antes de su nacimiento, por tal motivo se llega a instituir una protección a su formación.

Todos estos instrumentos hacen prevalecer los derechos del embrión, porque se entiende que ya existe un ser humano; de igual manera debe comprenderse en nuestro país y consagrarse en una norma positiva para la consiguiente salvaguarda y garantía a la protección de dicho ser, el CONCEBIDO.

2.3. ANTECEDENTES DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL CONCEBIDO EN BOLIVIA.

Como es de conocimiento amplio, Bolivia, cuando nace como República, no tiene una Constitución, sino hasta un año después. Redactado por, Simón Bolívar, quien inspirado en los acontecimientos de esos tiempos no contempla derechos particulares, como es el caso de los niños y mucho menos, sobre el concebido; tampoco se observa aquello en Constituciones posteriores, ya que la República tuvo varias después de esta.

No es sino, hasta un siglo después, en 1938 que se redacta una Constitución Social, adhiriéndose Bolivia a este régimen. En ella se toma en cuenta de forma implícita al concebido, cuando en su artículo 131 se establece la protección de las instituciones primordiales que conforman la sociedad: “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley”.

Posteriormente la Constitución de 1945, la de 1961, de 1967 y la de 1995 declaran la misma protección, solo que esta última vez, la protección vendrá del mismo Estado.

A su vez es la Constitución de 1961, la que amplía el Régimen Social, disponiendo la protección del elemento fundamental de un Estado, el ser humano, cuando señala:

“a) **el Estado protegerá el capital humano del país**, asegurará la continuidad de sus medios de subsistencia y rehabilitación de las personas inutilizadas; y propenderá al mejoramiento de las condiciones de vida del grupo familiar

b) los regímenes de seguridad social se inspirarán en los principios de universalidad, solidaridad, unidad de gestión, economía, oportunidad y eficacia, cubriendo las contingencias de enfermedad, **maternidad**, riesgos profesionales, invalidez, vejez, muerte, paro forzoso, asignaciones familiares y vivienda de interés social” (el subrayado y las negrillas son nuestras).

Lo mismo observan las siguientes normas elementales. La Constitución de 1967 es la que proclama que “**TODO SER HUMANO** tiene capacidad jurídica con arreglo a las leyes (..)” (las mayúsculas son nuestras), señalando además que:

“b) goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por esta constitución sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social u otra cualquiera (..)”.

Muy aparte de las Constituciones y para fijar los primeros antecedentes en la legislación boliviana respecto de la protección al concebido, se encuentran los códigos instituidos por el Mariscal Andrés de Santa Cruz en 1831. Antes de este tiempo, Bolivia, no contaba con leyes propias y seguía regulándose mediante las normas establecidas en la época colonial.

El Código Civil, fue uno de estos, haciendo mención a la filiación del hijo por nacer, estableciendo para ello términos que deben ser fijados según el tiempo de matrimonio o de la separación de la pareja; en el artículo 506, sobre los modos de adquirir la propiedad, señala que la persona por nacer puede heredar, aunque también indica condiciones para que pueda cumplirse aquello. Código que

estuvo vigente hasta 1975 momento en el cual entra en validez el actual, el cual será analizado minuciosamente junto con las otras normas, de actual vigencia, que nos interesa, en capítulos posteriores.

Otra norma decretada por el Mariscal, fue el Código Penal, que contiene como figura delictiva el aborto, es decir, que sanciona el atentado contra de la vida del concebido. El segundo Código Penal es el de 1973 que también sanciona dicha acción. El tercero es el que se encuentra vigente.

La ley que abriga al concebido y que reconoce varios de sus derechos, fue creada hace tres décadas, el 23 de agosto de 1972, con el denominativo de Código de Familia, norma que protege el matrimonio, la familia y fundamentalmente la maternidad, lo que incluye tanto al concebido como a la madre, asimismo hace referencia a la filiación de los hijos, estableciendo términos dados en el primer Código Civil.

Es además esta norma de vigencia actual, la que regula nítidamente, en varios de sus artículos, al concebido, hecho por el cual será analizada a posteriori.

Se puede observar, por tanto, que Bolivia, desde el inicio de su legislación es un país que toma en cuenta al ser en gestación y le otorga derechos que le corresponde.

Pero la etapa que atraviesa Bolivia, y logra hacer comprender la urgente necesidad de regular los Derechos del Niño, es la Guerra del Chaco, cuyas secuelas fueron traducidas en cientos de niños huérfanos y abandonados.

Es así que, una vez realizado el Tratado de Paz del Chaco en julio de 1935, se crea el Patronato Nacional de Huérfanos, institución que posteriormente se convierte en el Patronato Nacional de Menores.

Además, a nivel internacional, toma como antecedentes los diferentes Congresos que se llevaron a cabo con la finalidad de la protección al menor.

Es en 1956 que se lleva a cabo la Convención de Protección al Menor, en cuyo tenor se concluye crear una nueva rama del Derecho, desmembrado del Derecho Civil y del Derecho de Familia, denominado Derecho del Menor.

La ideología de este nuevo Derecho es la protección del menor a partir de su nacimiento, además de la prevención y reinserción en la vida social, con el reconocimiento de sus derechos y deberes, ubicándolo como miembro de la familia y de la sociedad²⁵.

Como puede verse este primer Código, no reconocía explícita ni implícitamente al concebido, no tenía esa finalidad, por el contrario, se establecía derechos del niño a partir de su nacimiento.

El segundo Código, también denominado del Menor, decretado el de 30 de mayo de 1973 y vigente en 1975, establece una protección jurídico social del niño y con preferencia a los derechos de los demás, aclara que son derechos irrenunciables y tiene alcance a niños bolivianos que se encuentran en el exterior.

Este Código en el artículo 26 es el que determina la protección de menores embarazadas y por primera vez de manera totalmente explícita, expresa y determinante, en el artículo 32 inciso a y b, se indica el derecho primordial del concebido:

“Todo niño tiene los siguientes derechos:

a) a la vida prenatal

b) a nacer en condiciones adecuadas”.

Se puede constatar que esta norma es la primera en tomar de manera idéntica al niño nacido y al concebido, es también la primera en establecer el más fundamental de los

²⁵ Para mayor referencia véase a Raúl Jiménez Sanjinés. *Menor Trabajador*. Presencia. La Paz. 2000.

derechos, como es la vida, conjuntamente tomando en cuenta el valor humano que implica dicho ser, al establecer la situación en que debe nacer.

El tercer Código se decreta el 18 de diciembre de 1992, siendo más amplio que los anteriores ya que implementa hechos no tomados en cuenta, de la misma forma lo entiende el doctor Jiménez al señalar:

“Dentro de este Código el Derecho del Menor, es un derecho tutelar y no punitivo, que reglamenta todos los asuntos preferentemente a la protección INTEGRAL de los menores, partiendo desde su concepción hasta su mayoría en los aspectos moral, físico, social, educativo y liberal” (Jiménez, 1942: 22-23).

Es éste, el segundo, que tiene como sujeto de protección al niño desde la concepción, es decir, que ratifica el reconocimiento del concebido como ser humano. Finalmente se decreta el Código del Niño Niña y Adolescente, actualmente vigente.

En lo que concierne a lo internacional, Bolivia, se adhiere a la Declaración de los Derechos del Niño el 12 de abril de 1955, asimismo ratifica la Convención Sobre los Derechos del Niño el 14 de mayo de 1990.

De lo expuesto se interpreta que, Bolivia, reconoce al concebido como niño de manera implícita, desde la promulgación del Código Civil de 1831, y explícitamente a partir de 1975 con la difusión del segundo Código del Menor.

Esto confirma nuestro principal objetivo, porque el reconocer al concebido a la par del niño nacido, compromete reconocer sus demás derechos, lo que implica esencialmente los Fundamentales, por tanto, lo único que hace falta es instituir de forma transparente los maltratos de los cuales es sujeto el concebido, para equiparar su protección con los demás seres humanos y sancionar a la vez a los violadores o transgresores de estas faltas.

CAPÍTULO 3

EL CONCEBIDO Y SU TUTELA JURÍDICA

3.5. EL CONCEBIDO.

La palabra concebido se origina en el vocablo concebir, el cual etimológicamente viene del latín concipĕre, que traducido significa comprender; comenzar a sentir alguna pasión o afecto; dicho de una hembra, quedar preñada; formar idea o hacer concepto de algo. Lo que significa, en otras palabras, dar inicio a determinado hecho o el comienzo de algo y en este caso en particular, es de alguien.

Para una mejor comprensión podemos indicar que se considera "concebido", al ser humano antes de nacer, lo que implica un período de tiempo que media entre la concepción y el nacimiento, la incógnita está en establecer desde cuando existe la concepción, para explicar este procedimiento debemos acudir al auxilio de la ciencia médica.

Así desde el punto de vista biológico, cabe diferenciar la concepción de la fecundación, esta última se origina con la unión de gametos (óvulo y espermatozoide), lo que produce una serie de cambios morfológicos y funcionales, todo este proceso concluye alrededor del sexto día, momento en el que se dará inicio a la concepción. (Fernández, 1995:207)

La concepción, se entiende como aquel proceso de interacción del cigoto (producto resultante de la fusión de la célula femenina y la masculina, es decir, de la fecundación) con la mucosa uterina que culmina con la anidación en el útero, es esta etapa, fundamental para la existencia del nuevo ser humano, la que lleva a que se afirme,

que es aquí donde se inicia la vida del concebido, es decir que, es recién en esta fase donde existe la certeza del desarrollo de un nuevo ser humano.

Entonces, si nos sumergimos a la perspectiva de la bioética, la vida humana comienza con la concepción, entendida ésta como fecundación, al considerarla como un proceso que se basa en la existencia de un ser humano genéticamente individualizado a partir de la unión del óvulo y el espermatozoide.

Por tanto, concebido es aquel ser humano en etapa de formación que se encuentra anidado en el útero de la madre, ambiente que le proporciona alimento y protección, de la cual necesita para su permanente desarrollo y futuro nacimiento.

En resumen, podemos aseverar que el concebido no solo pertenece a la especie humana, sino que predetermina el desarrollo de un individuo concreto en un proceso lineal y continuo sin saltos cualitativos. Esto exige que sean valorados como etapas de un ser que está haciéndose hombre, aunque su estructura morfológica en su primera fase no sea plenamente significativa, aunque no tenga todavía voz ni llanto perceptibles, es individualidad biológica, tiene un apetito natural de crecimiento y supone también una exigencia natural, no solo de respeto, sino de acompañamiento vital en su propia debilidad e indefensión.

3.5.1. Momento de la concepción.

Es precisamente en este punto donde se crea la dificultad respecto al momento en el que se inicia la vida del ser humano, tal y como se había anticipado. Esto porque existen teorías que son participes de que ella se da con la fecundación, otras con la concepción²⁶, y las más que toman ambos hechos como sinónimos.

²⁶ Para mayor referencia, véase G. Bosser. Derecho y manipulación genética. Principios generales y especiales de la reproducción. En: <http://comunidad.derecho.org/dergenetico/LibroDerechoManGeneCap.html>.

No obstante, se debe diferenciar, ya que implican fases separadas por las cuales atraviesa todo ser humano, dependiendo una de la otra.

Como se había señalado, la fecundación es la unión del espermatozoide con el óvulo, lo que inicia la división de células dando origen al cigoto, que es único, original e irrepetible, con un código biogenético individualizado, un genotipo perfectamente establecido y con un genoma en actividad²⁷.

En cambio, la concepción es la anidación del cigoto en el útero de la madre para su posterior desarrollo, proceso que ocurre, más o menos desde el sexto día a partir de la fecundación.

Es esta la disputa más común que se da en términos médicos y posteriormente jurídicos para establecer desde cuando existe vida humana y desde cuándo se debe resguardar la misma, creemos que esta discrepancia se da porque ambos tienen sus bases lógicas para debatir, las cuales pasamos a explicar a continuación:

Si bien existe vida desde la unión de gametos, es decir, a partir de la fecundación, que es cuando se genera un nuevo organismo, que realiza sus propias acciones que hacen que proceda a la consiguiente fase denotando un proceso de desarrollo, es también cierto que si dicho huevo fecundado no llegara en el transcurso de su recorrido a la anidación en el útero materno, único órgano que puede recibirlo y posteriormente proporcionarle todos los medios necesarios para su formación, este perecería sin duda alguna.

Estamos hablando en este caso, de lo que se denomina médicamente embarazo ectópico²⁸, cuya importancia radica en que el óvulo fecundado no llega a anidarse en su medio natural, estacionándose fuera del útero, aunque prosigue su desarrollo, el mismo no es normal, porque la ciencia indica que si no se encuentra en su medio necesario y único, como es la matriz, es imposible su sobrevivencia y tarde o temprano morirá, haciendo incluso de este modo, peligrar la vida de la madre, portadora de este tipo de embarazo.

Por lo que se entiende que, el óvulo fecundado, si bien tiene vida, no obstante, el mismo todavía no se asegura de forma determinante hasta no encontrarse en el ambiente donde puede desarrollarse de manera permanente y definitiva. Es decir que,

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ Para este caso, consultar a V. Connill. Embarazo Ectópico. Salvat Editores. Barcelona. 1945.

sí hay vida desde la fecundación, pero no es sino hasta la concepción que existe certeza de que ese nuevo ser llegará al mundo tal y como la naturaleza lo dispone.

De lo que si “debemos estar completamente seguros (..), es que lo que suceda luego de la fecundación es simplemente un proceso único e irreversible, sustentado en la evolución y continuidad de un desarrollo vital que termina exclusivamente con la muerte de la persona, y es a ésta, como protagonista y animadora principal del Derecho, a la que debemos reconocer y proteger desde su inicio y formación”²⁹, lo que equivale a decir que, el conjunto de células que contienen un genoma y que conformará en adelante un ser humano, necesita de protección jurídica.

3.5.2. Desarrollo del concebido.

La fecundación, da origen al cigoto, éste en su vida ya independiente, se divide en varias células dando lugar a lo que ahora se denomina blastocito y, a medida que siga su división buscará la anidación en el útero de la mujer.

Durante la fecundación y en el transcurso de su recorrido hacia el útero, tanto el cigoto como el blastocito son inmunes a factores que puedan ocurrir a su alrededor, según estudios médicos; no obstante, una vez que se da la implantación o concepción, llegándose a denominar ahora embrión, más o menos desde el día 15 de la fecundación hasta la octava semana, se convierte en un ser sumamente vulnerable y sensible a cualquier factor externo.

Lo que denota que toda sustancia que ingiera, o cualquier tipo de maltrato que sufra la mujer, portadora de la nueva vida, afectará de sobremanera al embrión. Es esta fase, entonces, la más inerte por la que atraviesa el concebido, y la menos defendible para la penetración de cualquier sustancia al líquido amniótico.

Por tanto, y aplicando la lógica, es ésta una de las razones por las cuales debe protegerse al engendrado, porque es justamente en este periodo donde se forman

²⁹ Ibíd 65.

todos los órganos vitales del nuevo ser humano y, si recibe cualquier tipo de maltrato en esta instancia, es sin duda alguna, determinante para su posterior desarrollo, ya que se atenta de manera directa a su integridad física y/o mental.

A partir de la octava semana hasta su nacimiento, se denomina feto, es decir, desde el momento en que se encuentra completamente formado, lo único que le hace falta es tiempo para crecer y ser de esta forma viable al mundo exterior.

El desarrollo prenatal de manera increíblemente rápida se verá recién desde la concepción, ser humano que ya tiene determinado sus características físicas, tales como el color del pelo, el sexo, la estructura ósea, etc. Sólo necesita de un intervalo, alimentación y un ambiente adecuado para su crecimiento.

Su corazón comienza a latir entre los 18 y los 25 días de vida, a partir de la fecundación; la base del sistema nervioso se establece alrededor de los 20 días, a los 42 días el esqueleto está completo, ya tienen reflejos y, a los 45 se pueden registrar los impulsos eléctricos de su cerebro.

A las 8 semanas se le puede hacer un electrocardiograma y detectar los latidos del corazón. Si se le pone un objeto en la mano, lo agarra y sostiene. Se mueve en el líquido amniótico como si fuera un nadador innato.

A las nueve o diez semanas abre los ojos, traga, mueve la lengua, y si se le toca la palma de la mano, hará un puño.

A las 10 semanas ya posee huellas digitales, entre las once y doce semanas se chupa vigorosamente el pulgar y absorbe el fluido amniótico, el cerebro y todos los órganos del cuerpo ya están presentes. Durante esta etapa, si hacemos cosquillas en la nariz del bebé, éste moverá la cabeza hacia atrás para alejarse del estímulo³⁰.

³⁰ Para mayor referencia consultar a Lejeune. El Aborto. Genes y vida humana en: <http://expage.com/page/Aborto>

A las 12 semanas, etapa durante la cual se llevan a cabo, muchas veces, los abortos, su cuerpo está completamente formado, sus órganos ya están funcionando y es capaz de sentir dolor³¹.

El embrión es quien por un mensaje químico suspende el ciclo menstrual de la madre, obligándola de esta manera a protegerlo, hecho que se produce más o menos a los quince días del retraso del periodo, es decir, a la edad real de un mes del concebido, cuando el nuevo ser humano mide cuatro milímetros y medio³².

Como se ve, el concebido es un ente viviente a partir de la fusión de las células, el cual comienza a integrar sus órganos en las primeras semanas, llegando a constituir indiscutiblemente un ser humano en miniatura.

Por esta razón merece protección especial, de su existencia y de su integridad, hecho que debe claramente figurar en la ley que específicamente lo reconoce como niño.

3.5.3. El concebido con autonomía y vida propia.

Es de conocimiento amplio, y siempre con el apoyo de la ciencia médica, que el ser en gestación es totalmente individual en el transcurso de su desarrollo desde la fecundación, siguiendo todo un proceso de formación de manera natural, de no mediar factores externos que puedan ir en contra de ello.

Esto podemos confirmarlo con “los nuevos adelantos biomédicos que demuestran cómo desde el momento de la fecundación existe una entidad nueva y autónoma, con capacidad para desarrollar su propio programa genético a lo largo de todo un proceso, que culminará con el nacimiento de la persona y posteriormente con su muerte” (Femenia, 1999:92).

Desde el punto de vista de la bioética³³, la vida humana comienza con la concepción, al considerarla como un proceso que se basa en la existencia de un ser humano

³¹ Véase El comienzo de la vida humana. ¿Cuándo somos una personalidad humana? s/a. en: <http://www.encuentra.com/zar/aborto/2mito0.html>

³² Véase O. Fernández E.M.. La Vida Humana ¿A partir de cuando somos seres humanos? Cultura de la vida en: <http://www.pithpress.com.mx/specialEd/Abortion/ab01sp.htm>

³³ La Bioética es la aplicación al cien por ciento de la ética, en las ciencias de la vida.

genéticamente individualizado a partir de la unión del óvulo y el espermatozoide³⁴, existiendo a partir de ello un organismo que autodetermina su desarrollo, que es inconfundible y que pertenece a la especie humana, como lo afirma el doctor Lejeune: “debemos admitir que toda información necesaria y suficiente para definir al nuevo ser se encuentra ya presente en la fecundación”³⁵.

Por lo tanto, no debe existir inconveniente respecto de otorgarle la calidad de persona al concebido, por el hecho que el embrión humano es sustancia individual, es decir, que dicho ente, durante el transcurso de su desarrollo mantiene en cada fase sucesiva, la unidad ontológica con la fase precedente, por lo que se concluye racionalmente que, en todo el tiempo de formación del embrión existe ontológicamente³⁶ identidad individual; y es de naturaleza humana racional, es decir, que es común a todos los seres humanos³⁷.

Además científicamente se ha demostrado que los embriones son seres humanos³⁸, desde que se sabe que poseen todo el material genético y la capacidad de su propia activación.

Si bien se puede afirmar que el nuevo ser tiene, y no cabe dudarlo, una vida dependiente de la madre, se debe entender también, que vida dependiente no quiere decir vida indiferenciada, confundida o identificada con la vida de la madre. La vida dependiente del concebido desde el momento de la fertilización es una vida distinta, como prueban los hechos siguientes:

- 1) **el fenómeno del rechazo subsiguiente a la implantación, que obliga al germen, por anidarse, a un esfuerzo increíble que conlleva la detención del período materno;**
- 2) **la vitalidad del embrión, producto de las fecundaciones “in vitro”³⁹, fuera del claustro materno;**

³⁴ Op. Cit. C. FERNANDEZ S. Ibíd.

³⁵ Citado por P. PASCUAL. Los hijos del frío en: DESDE LA FE. html. N° 145. 26/12/91 en: <http://www.archimadrid.es/alfayome/menu/pasados/revistas/98/dic98num145desdlafe/desdlafe10.htm>

³⁶ Ontología es parte de la metafísica que trata del ser en general y de sus propiedades trascendentales.

³⁷ Op. Cit. Femenia pp. 70 - 72

³⁸ Para ello véase La Vida Humana. s/a. <http://www.radioestrelladelmar.com/temas/aborto/vidahumana.htm>

³⁹ Véase C. Castro A. Ibíd. p. 108

- 3) la necesidad de que los abortos voluntarios hayan de producirse no a través del organismo materno, sino mediante una actuación incisiva (muerte violenta) directa sobre el concebido;
- 4) invocación del embarazo para conseguir el retraso en aplicación de la pena capital en algunos ordenamientos jurídicos;

Además, su dependencia con respecto a la madre no tiene nada que lo pueda definir como parte del organismo materno. “De éste no recibe una sola célula, ni sangre, ni tejidos, ni funciones; recibe sólo alimento y espacio para crecer. Todo ser vivo necesita de otros seres vivos, o inertes, para vivir. Y los necesita como ambiente, alimento o condición de vida. El no nacido depende de la madre como ambiente, como fuente de alimentación, como condición para desarrollarse” (Fernández).

Por este hecho, la individualidad del concebido como ser humano, es que debe ser tutelado y resguardado de igual manera que cualquier otro individuo, en lo que respecta a sus derechos fundamentales, dentro de nuestra sociedad.

3.6. LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL CONCEBIDO.

Sabemos ahora con la ayuda de la ciencia médica, que la persona existe desde el momento de la fecundación, y para corroborar este asentimiento ahora de forma legal, debemos analizar, el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico, el cual como se había enunciado, considera niño, o niña a todo menor desde la concepción hasta los doce años de edad⁴⁰, por lo tanto, la persona es reconocida de forma abierta y legalmente desde dicha etapa.

Es así que, más adelante, también se garantiza condiciones dignas para su gestación y consiguientemente para la maternidad⁴¹. También se hace mención del derecho a la dignidad, sustantivo que es entendido como aquella cualidad que permite y sirve para conceptuar a un ser como persona, lo que se quiere decir es que:

“(..) persona [es el] ser existente que es acreedor a un máximo deber de respeto y protección por el sólo hecho de existir, independiente de sus cualidades

⁴⁰ Véase el Código del Niño, Niña y Adolescente, Artículo 2

⁴¹ Ibíd. Artículo 13 y 15

accidentales. Esta necesidad de respetar a ultranza a la persona, se traduce más adelante en el concepto de dignidad humana. En este sentido, persona es esencialmente el ser digno” (Corral, 2002).

Entonces, si la misma ley otorga el derecho de respeto a la dignidad del gestante y, digno solo se entiende a la calidad de persona, cabe afirmar que el embrión o concebido es un ser que presenta este imperativo, que se respete su dignidad por el solo hecho de existir como tal.

Por ello existe la determinación de considerarlo como niño, ratificando que no por la diversa apariencia física (el cigoto o huevo fecundado no tiene una forma semejante al niño nacido), exista una discrepancia esencial para negar la humanidad, ya que esta no es una diferencia cualitativa que excluya al concebido de ser considerado homo sapiens: individuo biológico perteneciente a la especie humana. Y comprendemos que siendo un homo sapiens, nadie tiene derecho a negarle su dignidad intrínseca y su personalidad.

Por tanto, podemos afirmar que son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición, tal y como lo afirma el artículo 6 de la Constitución Política del Estado.

Podemos verificar, además, que **la ley resguarda la vida del que está por nacer**, entendido ello del Código Penal, anteriormente mencionado, sobre el delito de aborto, ésta es una reafirmación que el concebido es persona y tiene el derecho de vivir que la misma Constitución otorga a **todas las personas**.

Pasando a la norma Civil, podemos percibir que este Código considera al concebido como nacido para todo aquello que le favorece, consecuentemente, se habla de una persona que existe en el vientre materno, aunque con generalidad se lo establece tan solo para efectos patrimoniales, pero se debe extender dicho principio hacia otros hechos que también le favorecen, siendo éstos que le otorgan garantías para su propio

desarrollo, e irá a fortalecer asimismo lo que es el derecho a la vida que tiene todo ser humano.

Por ello se comprende que el mejor de los resguardos que puede otorgar el Estado, al ser humano en etapa de desarrollo, es una norma que establezca la protección misma de su integridad personal y que lo proteja de todo maltrato que pueda sufrir en la etapa de la concepción, periodo donde más vulnerable se encuentra.

Es de entenderse también que la postura que sobresale respecto del concepto de persona, es aquella que sostiene que, el Derecho se debe someter a los hechos que se producen en la realidad, y como la persona y su concepto, se da fuera de su contexto, no le queda al Derecho otro camino que enfocarlo como tal; concibiéndose que: “la personalidad no es mera cualidad que el ordenamiento jurídico puede atribuir de manera arbitraria, es una exigencia de la naturaleza y dignidad del hombre que el Derecho no tiene más remedio que reconocerlo”(Corral, 2002).

Por otro lado, es lógico asegurar que todo ser humano que tenga descendencia, será semejante a su especie, es indiscutible entonces que el concebido, deba recibir un reconocimiento anticipado de su personalidad jurídica, en virtud de la dignidad de la que es acreedor como miembro de la humanidad, lo que le hace merecedor de un respeto y consideración absoluto, y es lógico que así sea, ya que su paso por la etapa intrauterina es de manera pasajera y circunstancial.

“el embrión humano es por título propio persona en sentido ontológico y real y, por tanto, es detentador de derechos fundamentales iguales a los de un individuo adulto, el primero de todo el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud” (E. Sgreccia. Cit. en Femenia, 1999:171).

Partiendo además de la aseveración respecto de la existencia humana desde la fecundación, por la biología y otras ciencias médicas, podemos establecer que si bien la ley civil condiciona al concebido a ciertos requisitos para poder ejercer algunos derechos patrimoniales, esta misma ley no puede limitar el contenido esencial de los

derechos de la personalidad que son innatos, inherentes, originarios y que tiene todo individuo, desde el instante mismo que existe como ser humano, sin ningún tipo de condiciones suspensivas. Esto nos lleva a la conclusión siguiente:

“la existencia de dos auténticos estados civiles: el estado civil del nacido, cuyo contenido está determinado por todos los derechos y obligaciones de que puede ser titular una persona nacida, y el estado civil del concebido y no nacido, cuyo contenido jurídico estará determinado por titularidad incondicionada de los derechos de la personalidad y condicionada de los derechos patrimoniales”⁴².

Es relevante además hacer hincapié respecto de las controversias que crea el Código Civil, al establecer que el concebido puede ser sujeto de donaciones, legados y herencias, para lo cual debe ser representado por sus padres o tutores, lo que se haría imposible de entender si no se lo tuviese como persona, ya que un ser que no existe no puede ser representado, pero como en este caso, el no nacido, si puede serlo, entonces , es persona, por lo tanto, se sobreentiende que también es sujeto de derechos; como lo especifica Savigny:

“no concibo que haya ente con susceptibilidad de adquirir derechos, sin que haya persona. Si se atribuye derechos a la persona por nacer en un orden especial de hechos, si los que han de nacer son representados mediante un curador al vientre, es forzoso convenir que ya existen y que son personas, pues la nada no se representa” (Savigny, 1985:571,572).

De todo lo mencionado surge que la posición más justa es la que reconoce a todo ser humano el estatus de “persona”, independientemente de sus accidentes (edad, estado físico, psíquico, raza, cualidades, etc.) por tanto, son igualmente personas el anciano, el adulto, el discapacitado, el embrión, el recién nacido, el comatoso, el feto

⁴² Femenia, ibíd. pp. 90

y el concebido, todos ellos comparten la personalidad como una realidad ontológica fundada en el ser⁴³.

3.6.1. Naturaleza jurídica de la protección al concebido.

Existen varias teorías, entre las cuales destacan las siguientes:

3.6.1.1. Teoría de la ficción.

Ficción significa simular, es decir, representar algo fingiendo lo que no es, o lo que es lo mismo, aparentar algo que no es, en este caso tomar como nacido al concebido que todavía no lo es. Sin embargo, no se necesita recurrir a esta ficción, pues desde el momento en que la ley permite adquirir bienes por herencia, legado o donación al concebido, siempre y cuando la fecha de la concepción sea anterior a la muerte del de cujus (de la persona fallecida que deja bienes en herencia), le reconoce capacidad de goce, aunque sujeta a condición resolutoria; asimismo observa su existencia, que en este caso es real.

Es decir, la personalidad existe desde el momento de la concepción, dado que hay capacidad para adquirir ciertos bienes y derechos, pero depende de una condición resolutoria negativa: que nazcure viable. Si no se da este requisito se destruye la personalidad con efectos retroactivos y para el derecho se considera como si no hubiera habido sujeto. En cambio, si nace viable, la persona ha existido desde el momento de la concepción.

Resumiendo, se entiende que si bien es una ficción su nacimiento anticipado, no lo es la existencia del concebido. Es más, tenerle por nacido al concebido antes del alumbramiento, muestra el deseo del legislador de darle la mayor protección posible. De otra manera ¿para qué hacer esa preferente ficción legal?

El concebido es capaz de heredar, abre un compás de espera en el discernimiento de la sucesión, modifica sus obligaciones, suspende la partición de la herencia, puede recibir donaciones y en consecuencia tener un patrimonio, con todas sus

⁴³ Véase A. M. Ibar Personalidad del embrión. Los Derechos Reproductivos en: <http://www.vidahumana.org/vidafam/onu/derechos-rep.html>

consecuencias: tener un representante, contratar, obligarse, etc. Con esto se ve que, aunque todavía no ha nacido, sí ha irrumpido en el campo del Derecho, se han originado para él derechos y obligaciones, y con su presencia ha modificado la situación jurídica y el patrimonio de otros. Por ello, el Derecho le considera persona.

3.6.1.2. Personalidad condicional o provisional.

Debemos partir de lo que se entiende por personalidad, siendo esta una diferencia individual que nos distingue a cada uno, además de especificar la aptitud legal para ser sujeto titular de derechos y obligaciones.

“(..) podemos decir que la personalidad es la suma total de los patrones de conducta actuales o potenciales de un organismo, en tanto que determinados por la herencia y el ambiente; se origina y desarrolla mediante la interacción funcional de los cuatro sectores principales en los que tales patrones de conducta están organizados: el sector cognitivo (inteligencia), el conativo (carácter), el afectivo (temperamento) y el sector somático (constitución)” (Eysenck, 1999).

Y como se había indicado el concebido se encuentra determinado desde el primer instante de la unión de los gametos, por tanto, fijado por todos los sectores o patrones de conducta señalados anteriormente, lo que indica que tiene personalidad.

Ahora debemos enmarcarnos en lo que es lo provisional o condicional, entendido como el acto jurídico que encierra una situación o requisito especial, sin cuya observancia o cumplimiento no es válido o no surte efecto en derecho, en este caso la condición es que el concebido: naciere con vida, caso contrario no se cumplirá su cometido.

Por tanto, la teoría condicional o provisional encuadra dos tipos de condiciones que se impondrá respecto del reconocimiento jurídico de la personalidad al concebido, la primera es el respeto a la vida del no nacido, lo que tendrá directa relación con la voluntad de la madre y con la de terceros; y la segunda el de nacer con vida y ser viable, esto quiere decir, que sea capaz de vivir de forma independiente.

Y más aún se manifiesta esta condición cuando el Código Civil establece que el concebido puede ser sujeto de derechos patrimoniales siempre y cuando al momento de recibir dicho derecho se encuentre concebido y que posteriormente naciere con vida, de lo contrario, si nace muerto, se tendrá como un hecho que jamás hubiese

ocurrido. Lo que parece ser una contradicción, el querer hacer pasar por un hecho que jamás se hubiese suscitado, ya que sí existió un ser en gestación, aunque después se entienda que murió o nació sin vida.

Se comprende entonces, que el derecho que tenía dicho concebido no se extingue, sino que retorna al titular originario por no haberse cumplido las condiciones establecidas que emanan de la ley.

Lo que se quiere dar a entender es lo siguiente: el concebido es un ser humano y, en cuanto tal, sujeto actual, y no meramente potencial de derechos. La exigencia doctrinal del nacimiento para reconocerle la titularidad de derechos es una interpretación errada de los textos legales, “el nacimiento señala el comienzo de la personalidad”.

Además, existe una contradicción visible en el ordenamiento jurídico, porque más adelante, en cuanto a quienes pueden suceder indica: “para suceder es preciso existir en el momento de abrirse la sucesión, nacido o concebido”, utiliza el vocablo existir y termina especificando, nacido o concebido, lo que claramente y sin duda alguna señala que el Derecho, reconoce la existencia como persona con derechos al concebido; por esto, se denota dos tipos de derechos: los personales que no son condicionales sino reales y los patrimoniales que sí son condicionales, de lo contrario se caería en contradicción.

La ley reconoce al concebido como sujeto de derechos, con capacidad de adquirir obligaciones de modo actual y efectivo; el concebido es titular de derechos y lo que se suspende no es la titularidad sino el ejercicio de estos; esto debido a que “el concebido es un ser no solo en sentido filosófico, sino en sentido jurídico. El concebido no dejó de ser: pierde sí, la condición de no-nacido, para adquirir la de nacido [o de fallecido], pero su ser, sigue siendo idéntico” (Duarte, 1991).

Como el concebido es una entidad humana en curso o en vías de potenciarse como hombre y, existe germinalmente, es decir, que tiene vida y ésta es individual, además se percibe su presencia, a través de los cambios físicos que sufre la madre,

independientemente de su voluntad, es, por tanto, merecedor de respeto y como tal podemos hablar de la dignidad del concebido como sujeto de derechos.

Además, se debe destacar que “el factor determinante de la personalidad jurídica, es la vida, no el nacimiento” (Hoyos, 2000:32), no debemos olvidar que el nacimiento es simplemente uno de los cambios cualitativos que se encuadra en el desarrollo del proceso vital y que es de particular relevancia.

De esta manera, y como sabemos que la vida empieza en el momento de la concepción, sería acertado afirmar que el concebido que muere sin nacer, habrá existido natural mas no legalmente.

3.6.1.3. Derechos sin sujeto.

Existe un gran problema legal tanto a nivel nacional como en otros países, cuando se trata de conceptuar lo que se entiende por persona, aspecto que debe encontrarse plasmado en la Constitución, más al contrario se tiende a ignorar dicha noción. Por lo que haciendo un estudio de ella encontramos cuatro postulados principales al respecto, siendo cada una de ellas totalmente discrepantes entre sí:

- 1) El concebido no es persona, pero es titular del derecho a la vida;
- 2) El concebido no es persona ni titular de derechos; es titular de intereses;
- 3) El concebido es persona y es titular del derecho a la vida;
- 4) El concebido es objeto de protección jurídica.

El primero sostiene que el concebido no es persona, pero si titular del derecho a la vida, mismo que se fundamenta por ser el derecho más importante, por ello, debe ser garantizado y reconocido a todos los individuos de la especie humana. “[para que no exista controversias con relación a ello y] (..) para evitar reconocerle el carácter de persona al concebido, acepta que, en razón del valor fundamental que encarna la vida, por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado, el concebido pero no-nacido sea titular del derecho a la vida”⁴⁴.

⁴⁴ Hoyos, Ibíd., p. 52

Los juristas que se han declarado en contra de esta tesis, alegan que es simplemente contradictorio, ser titular de derechos fundamentales, sin ser persona; razonamiento totalmente lógico y con el que nos encontramos en total acuerdo.

El segundo postulado, afirma que el concebido no es persona, ni titular de derechos, sino de intereses, usa como argumento principal la diferencia entre la protección a la vida y el derecho fundamental a ella. Indica que de este último, solo puede ser titular la persona nacida, mientras que, “el Estado tiene el poder de proteger la vida del feto de varias formas; y ello no significa que sea posible - ni imprescindible-considerarlo persona para efectos jurídicos”⁴⁵.

De ello sigue que el Estado debe proteger los intereses del concebido, como son la alimentación, atención médica prenatal, parto, etc.; sin que para tal efecto se deba considerar al concebido como persona. Además, los juristas que respaldan esta teoría, agregan que no es una persona en sentido constitucional, pues dicha norma suprema en ningún momento lo hace sujeto de derechos.

Postulado con el que disentimos, porque entendemos que la calidad de persona no es algo que deba otorgar la ley, sino que el Derecho debe someterse a las condiciones reales y tangibles que derivan de la naturaleza, por lo tanto, lo único que debe hacer es reconocerlo.

Por su parte, el tercer postulado indica que: “el concebido es persona y titular de derechos”, se basa en su esencia, en la paridad ontológica entre hombre y persona; “todo ser humano, desde el principio y hasta el final de su existencia física tiene el derecho primordial e insustituible a la vida. De este derecho se es titular, por el solo hecho de existir. Los demás derechos requieren de la vida del sujeto para tener existencia y viabilidad”⁴⁶, lo que este pasaje primordialmente sostiene, es que no se puede ser titular de derechos sin vida, así esta sea pasada, presente o futura y ser titular de derechos, como ya hemos visto, significa expresamente, ser persona. Es con

⁴⁵ Hoyos, *Ibíd.*, p. 53

⁴⁶ Hoyos, *Ibíd.*, p. 56

este postulado con el que nos hallamos en total acuerdo por albergar conceptos en los cuales nos basamos para el desarrollo de la presente tesis.

Por último, la doctrina que sostiene que el concebido es objeto de protección jurídica, es una acepción que evita complicarse con conceptos de personalidad jurídica y existencia legal, para declarar que el concebido es un organismo vivo y si bien no puede ser considerado plenamente como persona, es considerado como un objeto altamente valioso, por esto y por el simple hecho de estar vivo, debe necesariamente contar con protección jurídica; lo cual desde nuestro punto de vista es totalmente contradictorio y negativo, porque la lógica nos lleva a entender que no puede existir un objeto con vida, además suena irracional, es decir, si tiene vida, es alguien, y en este caso es un ser humano, que indiscutiblemente encarna un valor y por ende una protección especial.

Para finalizar con estas teorías, debemos señalar que lo rescatable de la segunda proposición, es el hecho de indicar que el concebido no se encuentra en las normas fundamentales, aspecto que se debe cambiar, porque corresponde que se encuentre inmerso en todas las Constituciones, ya que así lo amerita su naturaleza. Asimismo, se puede verificar que tanto las dos primeras como la última proposición, tienen el problema de conceptualizar lo que es persona, ello seguramente para no entrar en altas controversias.

Para evitarnos nosotros el mismo problema, más al contrario tener una amplia visión sobre lo que es persona, encauzaremos esta noción, tomando a Champeau y Uribe, quienes definen que, persona es todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir, “todo ente capaz de constituir sujeto activo o pasivo de derecho”; para Eduardo Rodríguez Pineres⁴⁷ la noción es bastante similar pues sostiene que persona es “todo ser existente física o legalmente, susceptible de desempeñar el papel de sujeto activo o pasivo de derecho”⁴⁸.

Tomando en cuenta la precisión con la que se define a la persona, se sobreentiende que el concebido se enmarca dentro de ella ya que juega el papel de sujeto pasivo en las relaciones jurídicas que le reconoce el ordenamiento jurídico, además como se dijo supra, es inaceptable comprender la existencia de derechos sin persona.

De igual modo podemos indicar que el concebido, es para el Derecho una persona, porque se establece que persona es todo ser humano y, no puede dudarse que el no nacido lo sea, tampoco se puede cuestionar que de la fusión de gametos de dos personas pueda resultar algo que no sea humano.

3.7. LA DOCTRINA DEL CÓDIGO CIVIL.

Nuestro Código Civil, como se había indicado, en su artículo primero señala que deberá tenersele al concebido como nacido para todo aquello que le favorezca; dicha expresión, crea confusión y dudas entre los intérpretes, porque nadie sabe, a ciencia cierta, todo aquello que pueda o no favorecerle⁴⁹, aunque creemos que debe entenderse de manera extensa, a todo aquello que vaya en pro de su bienestar.

⁴⁷ Jerónimo Duarte Riascos. **Un problema de derechos: El Nasciturus A la luz del Código Civil y la Constitución Política de 1991. España 2002 en:**

<http://derecho.uniandes.edu.co/client/images/bolnasciturus.doc>

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ Para mayor referencia véase C. Fernández, “Nuevas propuestas para el debate constitucional”, 2002.

Para tal efecto es que se desea implementar su protección, teniéndolo para ello como persona con titularidad de derechos reconocidos a todo ser humano.

Si bien la frase está dada con fines patrimoniales, nos conduce también a sostener que el concebido carece de capacidad para obligarse; no obstante, el hecho mismo de gozar de derechos hereditarios, supone necesariamente que el titular de derecho, es decir, el concebido, esté realmente obligado a cumplir mediante sus representantes con las obligaciones que dimana la ley. Así se afirma que tiene capacidad de derecho, aunque limitada y restringida "para todo cuanto le favorece", pero a la vez es un incapaz absoluto de ejercicio.

Por otra parte, no se puede negar que el reconocerle Derechos Fundamentales que le corresponde como ser humano, es ir en su beneficio, ya que con ello se le protegerá de una infinidad de atentados que podrían suscitarse en su contra.

Al mismo tiempo, el principio establecido por el Código Civil: "al que está por nacer se lo considera nacido para todo cuanto le favorezca (..)", se debe entender también usando la regla del Derecho Romano⁵⁰: "Conceptus pro iam nato habetur" (en cuanto a él le beneficie, el concebido se tiene por nacido), según la cual el concebido, puede ser considerado nacido no solo para perspectivas patrimoniales sino también para efectos personales y "(..) no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación que el conservar la integridad física y psíquica"⁵¹.

3.8. TUTELA DEL CONCEBIDO.

Tutela se entiende como aquel derecho que la ley confiere para gobernar a la persona. El concebido recibe la tutela de la norma jurídica de muchas maneras de las que distinguimos las siguientes:

3.8.1. Al sancionar el aborto.

El Código Penal, establece como delito la acción del aborto que se da con respecto a un ser que lleva vida intrauterina, quebrantamiento que lleva por título "**Delitos contra la vida y la integridad corporal**"; que atenta contra el más esencial de los Derechos Fundamentales; comprendiendo de esta manera que se protege la vida de ese ser humano que aún se encuentra en el vientre materno y que puede ser truncada por una acción externa, en detrimento de su propia existencia.

⁵⁰ Ver [E. Cuerva D.](http://www.caipe.org.pe/guia/teo.htm) El Nasciturus y el derecho fundamental a la vida en: <http://www.caipe.org.pe/guia/teo.htm>

⁵¹ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 5 de abril de 1985.

Dicha tipificación no especifica respecto del tiempo del gestante, es decir, no se distingue entre los distintos estadios del proceso de gestación, lo que quiere decir, que pesa la prohibición legal desde el día uno de la fecundación y/o concepción hasta la culminación de la misma, lo que nos lleva a deducir que es igualmente delito el abortar tanto en los inicios del embarazo como en los últimos días, por lo tanto, se consuma la posición jurídica del concebido, quien se encuentra protegido desde el origen de su vida hasta su nacimiento.

Lo que implica comprender que ¿si se sanciona una acción que va en contra de la vida del concebido, por qué no también se habría de sancionar los actos que van en contra de su integridad tanto física como síquica. ¿Otorgándole para su ejecución un articulado que especifique el maltrato al concebido, con su correspondiente sanción?

3.8.2. Al garantizar el derecho a la vida.

La Constitución, el Código Civil, El Código del Niño, Niña y Adolescente y otras normas nacionales; asimismo Declaraciones, Convenios, Cartas etc., en lo que respecta a legislación internacional, establecen el derecho a la vida, muchos de ellos lo hacen de manera explícita, “desde el momento de la concepción”, o como dicen otras: “tanto antes como después del nacimiento”.

Esto porque se sobreentiende que toda persona lleva de forma intrínseca la dignidad de ser humano y por ende derechos atribuibles como tal, de los cuales el más fundamental es precisamente el derecho a la vida, reconocido de manera universal, ya que como es sabido, sin éste no existirían los demás, porque es la base de todo derecho, logrando tener de esta forma un fin y un destinatario.

3.8.3. Al establecer la protección a la maternidad.

Tanto la norma elemental, el Código Civil, el Código de familia, la ley 2026, la 1674, como la ley del trabajo, corroboran de manera infranqueable la protección a la maternidad, tal como lo indican los Documentos Internacionales en los cuales se halla

suscrito nuestro país, poniendo en práctica la orientación médica psicológica, social, la atención prenatal y otros durante el periodo de gestación, lo que implica el amparo tanto de la madre como del concebido.

Se entiende esto, porque la maternidad es la única forma de subsistencia de la humanidad, por ende, su protección legal es sumamente significativa, en tanto que, el que naciere vendrá a conformar lo que es la sociedad en un futuro muy cercano, ya que la vida en el claustro materno es un periodo pasajero, pero a la vez, el fundamental, por ser dependiente de ella la condición de su nacimiento y posterior desarrollo.

3.8.4. Al proteger sus posibilidades sucesorias.

Es el Código Civil, que reconoce al concebido como sujeto susceptible de recibir herencia, o dicho de otra manera, que puede ser heredero⁵², hecho que encarna la susceptibilidad de tener derechos y obligaciones, como el de pagar impuestos, de disponer y disfrutar del bien y otras actividades inherentes al hecho principal, lo cual obviamente, será realizado por los padres o personas que le representen, hechos que el concebido, podrá asentir cuando tenga capacidad plena.

3.8.5. Al ser sujeto de otros derechos.

En otro de sus artículos el Código Civil⁵³, ratifica que el concebido puede ser sujeto que se beneficie con legados y donaciones, aspecto para lo cual, como se dijo, se le considera nacido.

Llegando a desempeñar el concebido, el papel de sujeto pasivo dentro de las relaciones jurídicas en juego, por lo que es innegable la tutela que le brinda el derecho, al gestante.

⁵² Véase el Código Civil. Art. 1008

⁵³ *Ibíd.* Art. 1182

Haciendo entonces síntesis de todo lo referente a la tutela del concebido por la legislación nacional, se encuentra claro que es un niño que goza de algunos derechos que le protegen y le legitiman como sujeto con capacidad, aunque esta sea sólo parcial.

Y tomando como ejemplo la concesión de derechos patrimoniales, que son efectos secundarios, se debe entender también y con mucha más razón, que es preciso reconocérsele otros derechos de carácter personal, principalmente respecto de sus derechos fundamentales o inherentes, que son aspectos esenciales.



CAPÍTULO 4

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONCEBIDO Y LA TRANSGRESIÓN A LOS MISMOS

4.6. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONCEBIDO .

Para poder desarrollar este capítulo, debemos enmarcarnos en el Código del Niño, Niña y Adolescente (Ley 2026), norma medular de la presente tesis, porque este precepto es el que de forma enfática y consistente reconoce y señala que *el concebido es un niño*⁵⁴, lo que nos permite hacer las consiguientes consideraciones y afirmaciones:

Como el concebido es niño es también sujeto de todos los derechos que le pertenece como tal, principalmente de los innatos a todo ser humano; este mismo argumento se verifica en el artículo 5 de la ley antedicha:

“(GARANTÍAS).- Los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de derecho, gozan de todos los derechos fundamentales y garantías constitucionales inherentes a toda persona, (..)”.

Además se debe manifestar, que los derechos del concebido (entendido éste como niño), son de aplicación preferente y deben prevalecer a los derechos de los demás, entiéndase ello por el estado de seres indefensos, hecho por el cual necesitan de una protección especial. Aspecto que se manifiesta en los artículos 3 y 6 de la ley 2026:

“(INTERPRETACIÓN).- Las normas del presente Código deben interpretarse velando por el interés superior del niño, niña y

⁵⁴ Ver el Artículo 2.

adolescente, de acuerdo con la Constitución Política del Estado, las Convenciones, Tratados Internacionales vigentes, y las leyes de la República”.

Asimismo, el artículo siguiente señala que estos derechos deben estar protegidos por todos los miembros que componen una sociedad, es decir, por el Estado, la familia y la misma sociedad:

“(PRIORIDAD SOCIAL). - Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño, niña y adolescente, con absoluta prioridad, el ejercicio y el respeto pleno de sus derechos”.

Ampliando aún más esta garantía, el artículo 107 corrobora que el niño importa prioridad, ante cualquier otro sujeto, para ser protegido contra cualquier persona o autoridad:

“(AMPARO Y PROTECCIÓN). - Este derecho comprende:

- 1. A ser el primero quien reciba protección y socorro en situación de peligro; y,**
- 2. A ser asistido y defendido en sus intereses y derechos, ante cualquier persona o autoridad y por cualquier causa o motivo”.**

Así también en su artículo primero indica que es obligación del Estado la prioridad de los derechos de este ser, como prevenir, proteger y atender a todo niño respecto de hechos que vayan en contra de su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social:

“(OBJETO DEL CÓDIGO).- El presente Código establece y regula el régimen de prevención, protección y atención integral que el Estado y la sociedad deben garantizar a todo niño niña y adolescente con el fin de

asegurarles un desarrollo físico, mental, moral, espiritual, emocional y social en condiciones de libertad, respeto, dignidad, equidad y justicia”.

Este punto es el que se desea enfatizar ampliamente, porque atender a un ser en formación, como es el concebido, es ir directamente en contra de su desarrollo físico y mental, naciendo a consecuencia de ello, niños con diversas incapacidades, como resultado justamente de la violación a sus Derechos Fundamentales.

Acto que se da, por diversas circunstancias ajenas al mismo, quien posteriormente paga las consecuencias, sufriendo muchas veces por el resto de su vida; porque varias de estas discapacidades son irreversibles o incurables y más cuando se trata de problemas mentales. Por lo tanto, se atenta contra los derechos del ser humano más indefenso como es el niño en gestación.

Es entonces tiempo para hacer entrar en vigencia los antelados principios, y para que de una vez por todas se respeten los derechos del niño desde el germen de su existencia como es la concepción. Con este fin señalamos sus Derechos Fundamentales:

4.6.1. Derecho a la vida.

Derecho sagrado y fundamental de la humanidad, puesto que solamente con la existencia del hombre se pueden plasmar los demás derechos. Siendo consagrado por todas las constituciones y normas internacionales, se sobreentiende el mismo (además lo ratifican algunas de las normas internacionales) que debe ser protegido antes del nacimiento o mejor expresado, desde el momento de la concepción.

Del mismo modo en nuestro país se encuentra consagrado por la Constitución Política del Estado en su artículo 7, en el Código Civil en su artículo 6, en la Ley 2026 en su artículo 13 y en el Código Penal al sancionar el aborto.

Por tanto, la vida es la primera prerrogativa de todo ser humano, fuente de todo derecho y garantía para la conservación de la especie humana, hecho por el cual el concebido debe ser protegido desde la etapa en que comienza su existencia.

4.6.2. Derecho a la salud.

De la misma forma el derecho a la salud se encuentra reconocido por la Constitución y por otras leyes del país, puesto que se entiende que atentar contra la salud de una persona es atentar contra la vida de ésta, siendo la salud parte inseparable del derecho a la vida, éste debe ser respetado y precautelado por todos los medios posibles, y con más razón en la etapa donde cada ser humano se desarrolla de manera única e irrepetible, desde la fecundación hasta el nacimiento, etapa transitoria más conocida como concepción.

4.6.3. Derecho a la Integridad Física.

El diccionario define integridad como a aquél que tiene todas sus partes, y por demás está decir, que esas partes deben encontrarse en perfectas condiciones de salud; esto es lo que protege el Estado a través del Código Civil, en su artículo 6, al igual que la Ley Contra la Violencia en la Familia o Domestica (Ley 1674), cuando consagran el derecho a la integridad física de las personas.

En este caso en particular, la integridad física del concebido, que se encuentra en plena fase de formación, por tanto, la más vulnerable y la menos defendible, hecho por lo cual debe ser precautelado doblemente, ya que se deduce que atentar a este ser es, indiscutiblemente, ir en contra de este su derecho.

4.6.4. Derecho a la Integridad síquica.

De igual forma que en el anterior subtítulo el Código del Niño Niña y adolescente (art. 1) y a la vez la Ley 1674 (art. 2), establecen y protegen el derecho a la integridad síquica. Entiéndase que se diferencia de lo físico, por ser el cerebro o la mente, el

órgano más importante y cuando se llega a atrofiar de alguna manera su funcionamiento, resulta ser el más agravante de los males.

Es este, otro de los argumentos para pedir tutoría legal para el concebido, etapa que debe ser celosamente protegida y resguardada; ello no debe darse sólo desde el nacimiento, momento demasiado tarde para hacer algo respecto de las deficiencias con las que precisamente pudiera nacer, a causa de la violación de sus derechos en el vientre materno.

4.6.5. Derecho al Respeto.

Ratificando los anteriores derechos, la Ley 2026 en su artículo 105 establece que todo niño tiene **derecho al respeto**, y aclara que ello consiste en la inviolabilidad de su integridad física, síquica y moral, por ende, debe existir y darse de forma infranqueable el acato a este derecho con respecto al concebido.

4.6.6. Derecho a la Seguridad.

El derecho a la seguridad se encuentra resguardado en la Constitución Política del Estado y en La Declaración de los Derechos Humanos, en el artículo 7 y 3 respectivamente, indicando que todo ser humano tiene derecho a la seguridad de su persona.

Aunque ello parece paradójico analizar respecto de un ser que se encuentra en el claustro materno, lugar donde más seguro debiera encontrarse, más por las circunstancias que atraviesa nuestra sociedad: la irresponsabilidad y más aún de los adolescentes, la inmadurez, los problemas económicos, las drogas, la violencia intrafamiliar y, por si fuera poco, la falta de conciencia, hace que, lamentablemente, el concebido sufra de esta inseguridad, padeciendo posteriormente enfermedades tan atroces que debe soportar. Justificación más que suficiente para hacer prevalecer sus prerrogativas.

4.6.7. Derecho a la Dignidad.

La Constitución en el artículo seis prevé que la dignidad de la persona es inviolable y protegerla es obligación del Estado; el mismo argumento, aunque más específico lo encontramos en la Ley 2026 en su artículo 106:

“(DIGNIDAD).- Es deber de todos velar por la dignidad del niño, niña o adolescente, ampararlos y ponerlos a salvo de cualquier tratamiento inhumano, violento, deshumanizante, vejatorio o represivo, así como denunciar ante la autoridad competente los casos de sospecha o confirmación de maltrato”.

Digno comprende ser merecedor de algo, por tanto, el concebido es plenamente digno o meritorio de recibir resguardo legal de todos sus derechos innatos y de cualquier otra índole para que su posterior desarrollo sea íntegro.

Además, el mismo artículo señala que el concebido (niño) debe ser salvo de cualquier tipo de atropello al que estuviese sometido.

4.6.8. Derecho a Suceder.

Muy aparte de los derechos elementales del concebido, que se habló párrafos arriba, a los cuales tiene acceso sin duda alguna y, abarcando todo nuestro ordenamiento jurídico sobre el mismo, se encuentran otros derechos de carácter patrimonial que también le favorece, así lo muestra el Código Civil en su artículo 1008 cuando dispone que:

“DE LA CAPACIDAD DE SUCEDER (Capacidad de las personas).-

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

Considerando el artículo, podemos observar primero que, al concebido se lo toma en cuenta como sujeto de derechos, que se lo tiene como persona, que el ser humano existe desde la concepción y finalmente determina que, si bien el concebido tiene capacidad para recibir herencias y adquirir derechos, la misma es relativa en cuanto a ejercer obligaciones.

De igual forma el artículo 1182 señala que el concebido también puede recibir legados, es decir, estipula otro derecho de carácter patrimonial que tiene la persona por nacer.

4.7. PROTECCIÓN DEL CONCEBIDO POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

4.7.1. En la Constitución Política del Estado.

La norma esencial de nuestro país acoge extensamente a la persona, describiendo un amparo integro, que se puede ver claramente en el artículo 6:

“I. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidos por esta constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica, social u otra cualquiera.

Por los términos que emplea la Constitución a lo largo de su disposición, podemos advertir que el concebido se encuentra dentro de esta protección, ya que de forma cristalina prescribe, “**todo ser humano**”, y como se sabe, el concebido es uno de ellos en etapa de desarrollo, que tiene derecho a que se le reconozca su personalidad y capacidad jurídica, además de todos los otros derechos que menciona el artículo señalado y otras normas pertinentes.

El mismo artículo teoriza que no debe mediar ningún tipo de discriminación para el reconocimiento de los derechos argüidos, por tanto, incluye al concebido implícitamente, porque hace deducir que el hecho de llevar una vida intrauterina no será impedimento alguno para ser sujeto de dicha garantía.

El art. 7, sostiene que toda persona tiene derecho tanto a la vida, la salud, como a la seguridad; el mismo es complementado por el art. 13 cuando indica que: “el atentado contra la seguridad personal, hacen responsables a sus autores inmediatos(..)”.

Y como se había indicado en el capítulo tercero (3.2.1.3), el concebido se encuentra enmarcado dentro de lo que es persona, ya que la noción de persona, es aquel sujeto activo o pasivo de derecho, y el gestante se encuadra dentro de lo que es el sujeto pasivo en las relaciones jurídicas. Por tanto, es también susceptible de protección constitucional.

El art. 193 del mismo cuerpo, sostiene que se encuentran bajo la protección del Estado: la familia, el matrimonio y **la maternidad**, quedando sobreentendido que el concebido se encuentra dentro de dicha muralla.

Por todo lo anteriormente expuesto, podemos denotar que la Constitución reconoce y salvaguarda a todos los seres humanos que existen en su territorio, incluyendo al concebido.

4.7.2. En el Código Civil.

Su primer artículo, indica que en Bolivia se comprende al concebido, como ser humano que comparte todos los derechos de sus semejantes, e indica con toda precisión que se lo tendrá por nacido, es decir, que se hace una suposición de su nacimiento, tomándolo como sujeto con plenos derechos.

Agrega también que ésta figuración, será con fines benéficos para tal sujeto, por tanto, ¿Cómo podría negarse o no entenderse que al reconocérsele derechos desde el vientre, se está plasmando la protección que se merece, ya que con ello solo se busca

socorrer la defensa de sus primordiales derechos, justamente a partir de esta etapa en que se encuentra más inerme?

Reconocer los derechos del ser humano, en este caso del concebido, es lo más favorable y beneficioso que se le puede otorgar, y más aún si la misma se da desde el instante de su existencia y a lo largo de su formación.

4.7.3. En el Código Penal.

Norma que sanciona el atentado contra la vida que pudiera sufrir el concebido, cuando la misma establece como delito, el “aborto”⁵⁵. La palabra aborto, viene del latín abortus, de ab, que se traduce en privación, y ortus que indica nacimiento, por lo que equivale a, privación del nacimiento o mal parto, generalmente se dice de lo que no ha podido llegar a su perfecta madurez y debido desarrollo.

Entonces, aborto, viene a ser el impedimento para que se complete la formación natural del ser humano, o causar la muerte del concebido en el vientre materno durante cualquier momento de la gestación, etapa que va desde la fecundación hasta previos del parto, vida que es preservada de manera antelada por las leyes de nuestro ordenamiento jurídico.

Otro elemento a analizarse, con respecto al aborto es, ¿A quién se protege o a quién tutela la norma penal, cuando se implanta dicha acción como delito?. Si se entiende que esta figura delictiva tiene como objetivo sancionar el perecimiento del feto, entonces el sujeto que se encuentra auxiliado es el concebido y su derecho precautelado es la vida.

Asimismo la norma sancionadora no especifica en ninguno de sus artículos a partir de qué etapa, tiempo o momento se comete aborto, por lo que se comprende que, la esencia de la regla es el impedimento del nacimiento del concebido, es decir, que no

⁵⁵ Véase el Código Penal. Arts. 263 y siguientes.

importa en qué fase se encuentre el feto (ya que poner un período sería una discriminación a cierto grado de desarrollo), tampoco hace mención a las circunstancias de su formación o a su falta de capacidad para la vida externa, lo que conlleva a la conjetura, que la vida del concebido se encuentra tutelada desde el inicio mismo de su supervivencia, como es la fecundación⁵⁶.

De igual manera arguye Dalmacio Vélez Sarfield, citado por Carlos Fernandez, con quien nos encontramos en pleno acuerdo, cuando expresa la interrogante “¿sobre cuál sería la razón jurídica que habría, siendo que al concebido no se lo considerase como sujeto de derechos, para que las leyes penales castiguen el aborto, no llegaría acaso a ser un absurdo esta figura, si el gestante solo entraría al mundo legal una vez nacido?” (Fernández, 1995:207).

Es semejante el entender de la Real Academia Española de Medicina, cuando en Conclusión de 10 de abril de 1973, proclama: “prescindiendo de toda razón moral y teológica, sólo desde el punto de vista de la biología, el huevo fecundado es una vida independiente y dotada de individualidad propia. Desde el punto de vista biológico, pues, cualquier práctica abortiva, por temprana que sea, debe ser considerada como un homicidio”⁵⁷.

Sintetizando, se percibe que nuestra norma, protege al concebido en todas sus etapas por las que atraviesa como ser en formación, y primordialmente en su derecho más fundamental y producto de los demás derechos, como es el derecho a la vida, esto al sancionarse el aborto. Por tanto, el concebido, es tomado como sujeto que merece acogerse como cualquier otro, dentro la sociedad. Hecho totalmente justificable y razonable, porque se debe tener en cuenta que con el aborto:

⁵⁶ Etapa que se toma como sinónimo de concepción ver: Revista Arbil: Manipular el lenguaje para transformarla. María Valent en: http://www.mercaba.org/FICHAS/Revista_arbil/manipular_el_lenguaje_para_trans.htm

⁵⁷ Véase Posturas Abortistas y Respuestas. Durante el proceso ontogenético. El comienzo de la vida. Declaraciones médicas política y morales. En <http://members.tripod.com/ñhispanidad/vida/aborto2.htm>

“(..) a quien se elimina es a un ser humano que comienza a vivir, es decir, lo más inocente en absoluto que se pueda imaginar; ¡jamás podrá ser considerado un agresor, y menos aún, un agresor injusto! Es débil, inerme, hasta el punto de estar privado incluso de aquella mínima forma de defensa que constituye la fuerza implorante de los gemidos y del llanto del recién nacido. Se halla totalmente confiado a la protección y al cuidado de la mujer que lo lleva en su seno”⁵⁸.

Y si pese a ello, ella también lo maltrata, deberá ser la sociedad y el mismo Estado quienes lo protejan.

De igual forma el artículo 250 del Código Penal que analizamos, preserva al concebido, cuando sanciona el acto de embarazar a una mujer fuera del matrimonio y luego abandonarla sin asumir la responsabilidad que conlleva la paternidad, hecho que se encuentra descrito de la siguiente manera:

“(ABANDONO DE MUJER EMBARAZADA). - El que fuera de matrimonio hubiere embarazado a una mujer y la abandonare sin prestarle la asistencia necesaria, será sancionado con reclusión de seis meses a tres años.

La pena será de privación de libertad de uno a cinco años, si a consecuencia del abandono la mujer cometiere delito de aborto, infanticidio, exposición o abandono del recién nacido, o se suicidare”.

Artículo que, como se ve, no solo castiga el abandono de la madre, sino también la del concebido, ya que el estado de embarazo supone la presencia de dos seres.

⁵⁸ Véase el Comunicado con ocasión del pronunciamiento de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de México sobre La Ley Robles en el Distrito Federal. Derecho a la vida. 8 de febrero de 2002. vol. 5. no. 7

4.7.4. En el Código de Familia.

Una otra norma que acertadamente señala que el concebido está bajo la protección del Estado, es el Código de Familia, cuando en su artículo 4 dispone que se encuentran protegidos por el Estado tanto el matrimonio, la familia como la maternidad, siendo sujetos de éste último, los dos seres que implica esta etapa.

Más adelante, en el artículo 178, utiliza este mismo sustantivo para designarle al nuevo niño uno de sus derechos, indicando de manera totalmente clara que: **el hijo concebido** durante el matrimonio tendrá como padre al marido de la madre; como se observa, se está haciendo alusión a un derecho que tiene, tomando como base del precepto, la vida del ser humano desde la concepción, y para corroborar lo anteriormente afirmado, se establece en su artículo siguiente, respecto de la presunción de paternidad, lo siguiente:

“se presume concebido durante el matrimonio al hijo que nace después de ciento ochenta días siguientes a su celebración o dentro de los trescientos días después de su disolución o invalidación (..)”

Refiriéndose de este modo a un factor que se presenta de manera antelada al nacimiento, tomándose para esto ciertos parámetros, como es el ciclo de la fecundación, demarcación sólida que establece la paternidad o filiación, sin que se deje lugar a dudas o a equivocación alguna el establecimiento del padre biológico, de un ser que posteriormente necesitará de un nombre y de protección paterna.

El artículo 201 de la misma norma describe que tanto **el hijo concebido** como el prematuro pueden ser reconocidos:

“(RECONOCIMIENTO DE HIJOS CONCEBIDOS Y PREMATUROS).- Puede reconocerse a los hijos simplemente concebidos e igualmente prematuros para beneficio de los cónyuges y los descendientes”.

En el caso del primer sujeto se lo hará ad-vientre (ver anexo) es decir, estando todavía gestando.

El 210 indica que una vez determinada la paternidad, el padre debe correr con todos los gastos de gestación, empezando el conteo seis semanas antes del nacimiento hasta seis semanas después, acto que señala la importancia que tiene, la vida del concebido.

Por tanto, se puede afirmar sin temor a dudas que el Código de Familia, reconoce al concebido, como sujeto, con todos los derechos que le corresponde a cualquier persona, empezando por los que en esta etapa son los más relevantes como: el derecho a tener afinidad con los padres biológicos, hecho que debe ser destacado para confirmar nuestra hipótesis.

Si analizamos estos aspectos, se sobreentiende que, si se toma el hecho de la concepción como parámetro de ciertas acciones y para establecer ciertos derechos dentro de la vida familiar, también se debe tomar el mismo hecho para otros casos que son aún más urgentes.

Tal el caso de hacer prevalecer los derechos inherentes y fundamentales de ese ser que se encuentra en una etapa transitoria de formación; derechos que fácilmente pueden ser violados por la madre, el padre o por terceros.

4.7.5. En el Código del Niño Niña y Adolescente,

Ley N° 2026, especifica que se debe comprender el término concebido como sustantivo de niño, que importa todo ser humano que existe como tal a partir de la etapa de la concepción; es exactamente como lo que expresa y reconoce en el artículo segundo:

“(SUJETO DE PROTECCIÓN). - Se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años (..)”, **(las negrillas son nuestras).**

El artículo 13 implanta a la vez que es obligación del Estado la protección del ser humano en gestación, brindándole para ello condiciones dignas en todo este periodo y en su posterior desarrollo:

“(GARANTÍA Y PROTECCIÓN DEL ESTADO). - Todo niño, niña o adolescente tiene derecho a la vida y la salud. El Estado tiene la obligación de garantizar y proteger estos derechos, implementando políticas sociales, que aseguren condiciones dignas para su gestación y desarrollo integral”.

Complementado por el artículo 15 donde indica que son sujetos de dicho tratamiento especial tanto la madre que es portadora de la nueva vida, como el niño que se encuentra gestando. Reconociendo de esta manera que el concebido, es sujeto de derechos subjetivos inherentes a su naturaleza humana.

Además, establece, de diferentes maneras, el cuidado de madres gestantes, tanto por el Estado, la sociedad como por los centros encargados de ello, como ser hospitales y otros; acentuando más esa atención al tratarse de adolescentes; indicaciones que se encuentran en el artículo 16.

4.7.6. En la Ley de Violencia Contra la Familia o Doméstica.

Ley N° 1674 de 15 de Diciembre de 1995, tiene como objetivo fundamental la protección de la familia contra cualquier tipo de violencia que pudiera presentarse en ésta, como lo especifica el artículo segundo:

“(BIENES PROTEGIDOS). - Los bienes jurídicamente protegidos por la presente ley son la integridad física, psicológica, moral y sexual de cada uno de los integrantes del núcleo familiar”.

Utiliza los vocablos: integrantes del núcleo familiar, es sabido que este núcleo se encuentra conformado por los esposos, los hijos habidos y los concebidos, razón por la cual se protege la maternidad y por la que existe el reconocimiento ad vientre.

Además, indica que se protege la integridad física y síquica de todos quienes integran la familia, hecho rescatable ya que son estos aspectos los que se desea hacer prevalecer y que son afectados cuando se atenta contra un gestante.

El artículo siguiente, indica abiertamente que el Estado, debe hacerse de tácticas que determinen la moralidad de la sociedad entera, respecto del trato especial que merece la madre es estado de gestación, por el respeto a la vida que encarna en su ser y por los derechos que todo concebido tiene:

“(PREVENCIÓN). - Constituye estrategia nacional la erradicación de la violencia en la familia.

d) Sensibilizará a la comunidad a través de campañas masivas acerca de los cuidados que se debe prestar a la mujer embarazada, evitando todo tipo de violencia que pueda afectarla o afecte al ser en gestación”.

Enunciado por demás claro para entender los derechos de que es sujeto todo niño que se encuentra en el vientre materno y que conforma parte de la sociedad.

4.7.7. En el Código de Ética Médica.

Ley N° 728 de 4 de Agosto de 1993, advierte en su segundo artículo, que todo profesional médico debe tener ante todo, respeto y consideración por sobre cualquier hecho, a la vida y la dignidad humana:

“La actuación profesional del médico deberá ajustarse fundamentalmente a las siguientes normas:

- 2.1 Respeto a la vida.
- 2.2 Respeto a la personalidad humana.
- 2.3 Reconocimiento de las propias limitaciones”.

Lo que conlleva a la deducción de enaltecimiento a la vida del concebido, porque sin duda alguna, es vida, y por ello también comporta dignidad.

Más claro todavía, lo que importa el concebido, se designa en el artículo 15 cuando señala que la interrupción del embarazo se lo hará únicamente por razones altamente médicas y bajo la aprobación de una junta de profesionales entendidos en la materia:

“La interrupción de un embarazo sólo será procedente por indicación terapéutica acordada en junta médica y con debida autorización de la paciente o sus familiares inmediatos”.

Es, por tanto, una norma que hace hincapié al reconocimiento del concebido como valor humano y sujeto portador de derechos.

4.8. PROTECCIÓN DEL CONCEBIDO POR PARTE DE LA SOCIEDAD Y LA FAMILIA

El razonamiento lógico lleva a patentizar la protección efectiva que debe darse a los derechos de cada sujeto por la misma sociedad, tal y como lo expresan la Constitución, el Código de Familia y la Ley 2026.

Todos los miembros de un Estado pueden garantizar sus propios derechos, si ellos mismos los precautelan, denuncian y resguardan el de los demás.

No debemos esperar que esa custodia, venga sólo del Estado, sino que debe partir de cada uno de nosotros, y con mucha más razón sobre los niños por nacer, quienes no tienen voz para hacerlo.

Esta misma salvaguarda debe empezar fundamentalmente por la familia, no obstante, y paradójicamente muchas veces es en este núcleo donde se presenta la violación a los derechos, aspecto que debe ser tomado en cuenta para dar hincapié a la hipótesis.

4.4. VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL CONCEBIDO.

4.4.1. Maltrato.

Maltrato, es la acción o acciones violentas que se ejercen en una persona, ocasionándole heridas de diferente gravamen; entendido también como hechos que pueden suscitar traumas psicológicos sin que estos puedan ser tangibles, aunque si se puedan percibir; de manera más extensa, es la acción u omisión que va en perjuicio de una persona y que le ocasiona diversas lesiones, los cuales pueden ser demostrables de manera contundente.

Así también lo apunta la Ley Contra la Violencia en la Familia o Domestica, en su artículo seis:

“(FORMAS DE VIOLENCIA). - Se considera:

- a) Violencia física, las conductas que causen lesión interna o externa o cualquier otro maltrato que afecte la integridad física de las personas;
- b) violencia psicológica, las conductas que perturben emocionalmente a la víctima, perjudicando su desarrollo psíquico y emotivo; y,
- d) Asimismo, se consideran hechos de violencia en la familia cuando los progenitores, tutores o encargados de la custodia pongan en peligro la integridad física o psicológica de los menores (.).”

De ello deriva que toda violencia o maltrato al concebido, deba ser sancionado de igual forma que lo son para las demás personas, aspecto sumamente importante para la comprobación de nuestra hipótesis.

4.4.2. Maltratos al concebido.

La Clínica de Atención Integral al Niño Maltratado – Instituto Nacional de Pediatría (CAINM-INP), con residencia en México, considera que el maltrato infantil es "toda agresión u omisión intencional dentro o fuera del hogar contra un menor(es), **antes o después de nacer y que afecte su integridad bio-psicosocial**, realizada

habitual u ocasionalmente por una persona, institución o sociedad, **en función de su superioridad física y/o intelectual**"⁵⁹ (las negrillas son nuestras).

Por lo tanto, el maltrato al concebido es cualquier conducta atentatoria que por acción u omisión se lleve a cabo en el cuerpo de la mujer embarazada, poniendo en peligro al niño en gestación o impidiendo su desarrollo normal, además es de sobreentenderse que la violencia ejercida sobre la madre es una forma de maltrato al concebido, ya que todo golpe que sufra ésta se extiende al gestante.

En esta categoría se encuentran también, el consumo de alcohol y otras drogas por la madre, durante el tiempo de gestación. La gravedad está dada en el riesgo directo que implica en el desarrollo y formación del no nacido.

- Maltrato Prenatal

Hablamos de maltrato prenatal, cuando una mujer en proceso de gestación no tiene cuidado, de forma consciente o inconsciente, de las atenciones necesarias que pide su estado, con riesgo de perjudicar al concebido. El hecho de no ofrecer al gestante todas los cuidados, constituye una forma de maltrato, que puede ser tanto de acción como de omisión⁶⁰.

Además, no debemos olvidar que la Declaración de los Derechos del Niño en su preámbulo, indica 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".

Y el no estar incluido, en el ordenamiento jurídico, los maltratos al concebido, conlleva a la afirmación, que éste no representa un valor humano, como persona, ni como sujeto de afección⁶¹, ya que no se reconoce sus derechos personales a los cuales tiene acceso directo; al contrario, se le reconoce aspectos secundarios, como derechos patrimoniales, que no tiene nada que ver con la integridad personal, que es lo

⁵⁹ Véase Maltrato Físico Sistema Nacional de Información. Síndrome Niño Maltratado. Defensoría del Pueblo. Bogotá. 1995.

⁶⁰ Esta es la opinión de Juana Arbós Galdón. Roles de Enfermería ante la Desprotección Infantil. INTERSALUD en: <http://www.intersalud.net/paginas/Num4/maltrato.htm>

⁶¹ Véase la Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo III Clau-Cons Argentina 1985

fundamental en todo ser humano, y de los cuales necesita ejercer; los demás derechos vendrán a adherirse después.

Haciendo un análisis y después de haber visto el ciclo de vida por la que atraviesa el concebido (3.1.2), se puede asegurar que éste, puede ser sujeto de varios delitos de lesiones (artículos 270 y 271 Cód. Penal), ya sea de forma dolosa o por imprudencia temeraria. Razón por la cual debe ser protegido legalmente de manera clara y específica, pues como se dijo no existe acto más beneficioso que el conservar la integridad.

Además, la estipulación legal de lesiones al concebido, le resultaría tan favorable como recibir en el futuro una donación, ya que sería indemnizado por las secuelas físicas causadas durante el período de gestación. Asimismo coinciden varios juristas⁶², cuando se habla sobre el derecho del niño a ser subsanado con resarcimiento de los daños, que se le causaron estando en el claustro materno (defectos físicos, lesiones orgánicas, etc.).

De lo que se trataría, por lo tanto, es de proteger el derecho a la integridad del concebido, y si queremos abarcar aún más se hablaría del “(..) derecho a ser indemnizado por los daños que se le haya provocado en una defectuosa asistencia en el momento del parto”⁶³.

4.4.2.1. Maltrato por violencia intrafamiliar.

Violencia intrafamiliar es aquella que se da en el núcleo de la familia, o sea, entre la pareja o con los familiares, hecho muy común en nuestro medio, y pocas veces denunciados⁶⁴, esto por la cultura misma en la que vivimos, como el miedo a una

⁶² Un ejemplo claro es el estudio de Emiliano Cuevas Díaz El Nasciturus y el derecho fundamental a la vida en: <http://derecho.org>

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ Véase el Informe Mundial Sobre la Violencia y la Salud. Prevención. Centro de Documentación OPS/OMS

represalia mayor, o a una agresión de más envergadura; por vergüenza del qué dirán; o por el simple machismo que acuñan las mismas mujeres.

Además la legislación al respecto es muy débil, ya que si se patentiza la denuncia, el hecho que sigue, es la citación al agresor, quien muchas de las veces no asiste a la misma o a las siguientes, quedando de este modo con ningún tipo de castigo, porque la víctima llega a extenuarse en su actuar, además de gastar dinero y perder tiempo; todo ello por no contar con un mecanismo directo de coerción⁶⁵.

En caso de asistencia del agresor a la citación, los encargados de estas instituciones hablan con el individuo, quien, en el mejor de los casos, accede a firmar un compromiso de no agresión a la pareja, con la consiguiente reconciliación, aplicando nada o muy poca sanción al varón por su actuar, sanción que se traduce en una llamada de atención o en casos extremos a acudir a charlas psicológicas (ver capítulo 6).

Asimismo, el sujeto agresor conoce la rutina de mostrar arrepentimiento, para su consiguiente disculpa por las autoridades en cuestión, creándose de esta manera un círculo vicioso, porque se repite el drama una y otra vez, hasta llegar al límite del cansancio, terminando la víctima por acostumbrarse al maltrato.

La violencia que se imparte dentro de la familia, con relación a mujer embarazada, afecta de sobremanera al concebido, ya que las dolencias que sufre la portadora de la nueva vida, denotan en el no nacido, aspecto que muchas veces termina con la muerte del niño, ya que se produce el aborto por maltrato.

⁶⁵ Debería existir un organismo de defensa al núcleo familiar que sea de forma directa sin ningún tipo de papeleos o trámites, sino con solo una llamada telefónica para detener al individuo agresor (a) por medio de la coerción, por tratarse de la integridad personal y con mucha más razón cuando se arremete a madre gestante, porque ello implica también maltrato al concebido.

4.4.2.2. Maltrato por irresponsabilidad.

La responsabilidad enmarca una conducta dada por la dependencia del tipo de educación que se ha recibido, principalmente en la familia y en centros facultados para ello, aspecto que en nuestra sociedad es muy pobre por la misma situación en la que se vive, ya que tenemos una economía demasiado tirante, tanto que es normal que trabajen ambos padres, descuidando de esta manera a los hijos; peor aún, muchas veces son los mismos hijos quienes deben colaborar en la economía familiar.

Estos y otros dramas hacen que muchos jóvenes tengan poca o nada de responsabilidad; y en el caso las mujeres, éstas una vez embarazadas muestran poca importancia hacia el nuevo ser que lleva en su vientre, dándose escasa o ninguna atención que requiere como tal, no realizan control prenatal ni tienen ningún tipo de cuidado, que enmarca aquella situación, creando muchas veces grandes riesgos contra la vida del concebido.

Confunden fácilmente la responsabilidad con el libertinaje, optando en muchas de las veces por la opción a decidir, dejando de lado los derechos del concebido, a sabiendas que no existe sanción alguna a la transgresión de sus derechos (excepto por el aborto).

Por tanto, debe concretizarse la moralidad, a través de programas que debe impartir el Estado (tal como lo indica la Ley 1674 en su artículo 3), demostrando de esta forma que tiene interés en la salud de su pueblo y más aún en aquellos seres que se encuentran totalmente desprotegidos y que serán las futuras generaciones de la sociedad. De igual manera debe ser garantizado dichas tareas con la implementación del concebido a la norma positiva y estableciendo la correspondiente sanción a la violación de sus derechos.

Además debe hacerse mención en este punto, a dos normas internacionales que fijan justamente un parámetro con respecto al abuso de derechos, que fácilmente se da, en este caso, en relación al concebido: el Pacto de San José (artículo 32 inciso 2) y

la Declaración de los Derechos Humanos (artículo 29), son los escritos que mandan que los derechos de una persona terminan cuando empieza los derechos de otra, y los derechos del concebido empiezan exactamente cuando existe como ser humano, es decir, desde la fecundación:

“Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común (..)”.

Y como pudimos observar en el análisis del capítulo tercero, el concebido encarna una individualidad indiscutible, por tanto, es un ser diferente del cuerpo de la madre que necesita se respeten sus derechos.

No podría concebirse que por la superioridad en fuerza o por ser un individuo adulto, pueda someter a su voluntad al débil e indefendible, siendo estas decisiones egoístas, olvidando que el concebido, también tiene derechos y abusando de los suyos.

4.4.2.3. Maltrato por drogodependencia.

Drogodependencia es el uso y abuso de cualquier tipo de droga(s), la drogadicción en madres gestantes es sumamente peligroso y más enormemente para el concebido, quien acarrea todas las secuelas dejadas por la droga consumida. Los resultados más adversos de estas acciones pueden ser: la muerte súbita del no nacido, contraer deficiencias físicas y/o mentales y otras de menor categoría. Por tanto, la dependencia a cualquier clase de droga, es altamente consecuente para la vida del gestante.

Siendo este un mal que complica la vida, la integridad física y síquica del concebido, enmarca un otro maltrato, del cual son sujeto muchos niños no nacidos y que encuadra posteriores lesiones que afectan sus derechos personales. Aspecto por el que se debe legislar dicha situación.

4.4.2.4. Otras formas de maltrato.

Los maltratos que generalmente muy poco se toman en cuenta, son aquellos dados por el daño moral que sufre la madre gestante, éstos se encuentran fuera de lo que es el maltrato por violencia física, por tanto, no es tangible y por ese mismo hecho poco verificable, aunque altamente estudiado por pediatras.

Todos ellos se encuadran dentro de las aflicciones que tiene o por las cuales atraviesa la gestante, sea está a nivel familiar o de cualquier otro tipo, que irá, quiérase o no, a afectar de manera directa al concebido, ya que como se ha podido corroborar, en este ser repercute todo lo asimilado por la madre, dentro de ello podemos situar el afecto, la aceptación, los cuidados y otros hechos que debe presentar la portadora de la nueva vida, como su pareja, acciones que muy poco se ven en nuestra sociedad.

De este mismo aspecto habla Atala, comprendiendo que por circunstancias por las cuales pasa la madre, llega hasta el límite de no desear al hijo que ha engendrado, hecho que enmarca un maltrato más al concebido:

“Un niño que todavía no nace es el más desprotegido porque no se ve, no se palpa. Puede llegar a ser el más maltratado. Un niño desde que es concebido, al no ser deseado por la madre, comienza a sentir toda la angustia, todo el rechazo; se trata aquí del primer maltrato que puede conducirlo hasta la práctica del aborto”⁶⁶.

Sabido es también que es sumamente difícil prestar ayuda en este tipo de maltrato, lo único que se puede hacer es transmitir educación a los niños de hoy, hecho que el Estado debe designar a las instituciones y autoridades pertinentes, para el bien de futuras generaciones (artículo 3 de la Ley 1674).

⁶⁶ Véase Atala Ruiz M. El Maltrato Que No Se Ve en <http://www.seminario.com.mx/2002/268-24032002/temasSemana.html>

4.5. LESIONES QUE SE CAUSA AL CONCEBIDO.

Lesión es el daño, herida, golpe u otro detrimento injusto causado en el cuerpo o salud de una persona, que puede ser suscitado de forma dolosa o por el contrario por desconocer los efectos de su acción, es decir, por imprudencia.

Dentro de las lesiones existe una actual clasificación dado por el Código Penal, estableciendo tres tipos que a continuación redactamos:

4.5.1. Lesiones leves.

El Código Penal no indica a qué hechos se toma como lesiones leves, aunque se entiende que son daños que no provocan fuertes dolencias. En el caso del concebido, con este tipo de lesiones, es hablar de daños que pueden ser fácilmente sobrellevados y que no tengan mucha complicación; dentro de ellos podemos situar, por ejemplo, a los maltratos morales, mismos que pueden ser resarcidos por la propia madre demostrando todo el cariño necesario una vez nacido el niño.

Aunque se encuentra comprobado que este tipo de maltrato deja resabios en el concebido, mismos que se manifiestan cuando son adultos:

“Hemos comprobado que un niño puede guardar en su memoria el rechazo que experimenta antes de nacer; cuando llegue a ser adulto podrá sentir un miedo irracional a que alguien lo pueda matar por la espalda, sufre de depresiones, se siente devaluado y es generalmente persona muy enfermiza”⁶⁷.

4.5.2. Lesiones graves.

Dentro de las lesiones graves se encuentran aquellas que necesariamente deben acudir a la ayuda médica para su rehabilitación, concretamente nos referimos a los efectos del consumo de alcohol, tabaco, cafeína (cuando el consumo es en menor

⁶⁷ *Ibíd.*

grado) y otras sustancias que causan deficiencia en el tamaño y peso del concebido, aspecto verificable al momento de nacer (ver anexo), hecho que no puede ser subsanado posteriormente, pero que de alguna u otra forma sobresalen al problema y subsisten de manera normal, aunque muchas de ellas tendrán sus secuelas según la ciencia médica, como ser niños hiperactivos, con poca capacidad de atención, etc⁶⁸.

4.5.3. Lesiones gravísimas.

Las lesiones gravísimas que se causa al concebido son las que nos preocupa de sobremanera y una de las que se desea sean sancionadas de acuerdo al Código penal⁶⁹, ya que son estas las que le afectan de por vida. Lesiones que fácilmente pueden ser provocadas tanto por el uso de drogas (donde también se encuentran las drogas legales en altos grados de consumo), por violencia intrafamiliar, por irresponsabilidad y otros actos que atentan directamente a su integridad corporal.

Así una madre que consume drogas cuando se encuentra en estado de gestación, está sometiendo a una adicción al concebido y además contaminando su medio ambiente que es en este caso el vientre de la misma y por ende lo induce a tratos inhumanos que afectan su estado físico y mental, hecho que debe ser sancionado.

Además, encarnan lesiones que son claramente detalladas por el propio Código Penal, los cuales pasaremos a transcribir:

“(LESIONES GRAVÍSIMAS). - Incurrirá el autor en pena de privación de libertad de dos a ocho años, cuando de la lesión resultare:

1. Una enfermedad mental o corporal cierta o probablemente incurable.
2. La debilitación permanente o la pérdida o uso de un sentido de un miembro o una función.
3. El peligro Inminente de perder la vida”.

Muchos de los concebidos en nuestro entorno social nacen con complicaciones como las anteriormente detalladas, justamente a causa de hechos irresponsables de los

⁶⁸ Ver anexos. El consumo de alcohol, tabaco, cafeína y otras sustancias en el embarazo

⁶⁹ Véase el Código Penal artículo 270 y siguientes

cuales hablamos párrafos arriba, hasta ahora no sancionados, hecho por el cual se muestra que no se tiene la menor consideración para con el concebido, aspecto que debe cambiar con la consiguiente protección legal en el respectivo Código del Niño, Niña y Adolescente.

Al mismo tiempo la Ley 1674 en su artículo 7, manda que las sanciones que se debe disponer de no existir éstas en el Código Penal, serán dadas por orden del juez, quién demandará el tamaño y tipo de maltrato que se hubiere registrado:

“(SANCIONES). - Los hechos de violencia en la familia o doméstica, comprendidos en la presente ley, y que no constituyan delitos tipificados en el Código Penal, serán sancionados con las penas de multa o arresto”.

Ésta misma norma registra su agravante del maltrato, situándolo al concebido en la esfera de protección legal (aunque no de forma explícita), al establecer en su artículo 10 que:

“(AGRAVANTES). - Las sanciones serán agravadas hasta el doble de los máximos previstos, en los siguientes casos:

- 1) Cuando la víctima sea discapacitada, mayor de sesenta años o esté embarazada”.

Por tanto, no puede existir duda del valor que encarna el concebido como futuro niño que compondrá nuestro entorno.

Finalmente, y haciendo un resumen de todo lo expuesto a lo largo del capítulo, podemos advertir, que, tanto en Bolivia como a nivel internacional, el concebido es un niño en formación, asistido de todos los derechos que le concierne como tal, y reconocido en las leyes pertinentes, protegido, por tanto, por el Estado de forma prioritaria, aunque ello no se pone en práctica.

Por ese mismo hecho, debe también reconocerse que se encuentra en una etapa totalmente indefensa, susceptible de ser sujeto de violencia a todo nivel, por ello, debe

sancionarse cualquier tipo de atropello que pudiera generarse en su integridad, como claramente lo establece el Código Penal en sus artículos 270 al 275, cuando trata de las lesiones leves, graves y gravísimas que pudiera sufrir un individuo, en este caso en particular, será el concebido.



CAPÍTULO 5

ANÁLISIS SOBRE LA PROTECCIÓN AL CONCEBIDO A TRAVÉS DE LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Para realizar el cotejo se ha tomado en cuenta a los siguientes países: Argentina, Perú, Paraguay, Colombia y España (como objetos de análisis), por ser estos los más accesibles en cuanto a información jurídico legal se refiere y porque presentan legislación inherente al tema en cuestión.

De la misma forma, tendremos como unidades de análisis, la legislación de cada país, empezando por la más elemental, como es la Constitución, seguida por las demás leyes que hacen mención y acogen de alguna manera al concebido, llegando a las normas más específicas.

5.1. EN LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS DEL ESTADO.

La Constitución de Paraguay y la del Perú, son las únicas que de forma explícita reconocen al concebido como sujeto de derechos, indicando que la vida del ser humano, comienza con la concepción. Colombia, al igual que Bolivia, no hacen mención en sus constituciones, sobre el ser en gestación, sino implícitamente, cuando establecen la protección de la maternidad. La Constitución de España y Argentina, por otro lado, no demandan ninguna de estas figuras.

Para verificar lo dicho analizaremos cada uno de los artículos en cuestión:

Artículo cuarto de la Constitución paraguaya:

“El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción (...). Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, (...)”.

Como se ve, en este país, existe una amplia protección a la vida, a la integridad física y síquica del concebido, además lo entiende como persona. Asimismo, señala en su artículo 5, que nadie puede ser sometido a vejámenes. Entonces, se indica, que no pueden ser admitidos, ni la manipulación genética, ni el aborto en ninguna de sus formas:

“La democracia [paraguaya] está basada en la afirmación de la dignidad humana, es decir, en una verdad objetiva, no puede dicha dignidad ser objeto de desprecio, ni aún a costa de la opinión mayoritaria legislativa, como es a través de leyes a favor del aborto, la eutanasia, etc. De obrarse así, peligraría el mismo fundamento de la democracia”⁷⁰.

Igualmente es sumamente clara cuando indica, en el artículo 6, que se tomará en cuenta **los factores condicionantes que pueden darse para la calidad de vida que lleve todo individuo que se encuentren relacionados con la edad del mismo** o sus impedimentos por discapacidad.

El art. 58 indica que: “Se garantizarán a las personas excepcionales la atención de su salud (...) para una plena integración social”. Por tanto, “no puede existir el aborto por malformaciones físicas o genéticas, que algunos suelen llamar, aborto por razones humanitarias”⁷¹, y se protegerá, de esta manera, en su integridad la salud del concebido.

⁷⁰María Elena Acevedo González y Esteban Kriskovich De Vargas. De los menores por nacer y su personalidad en el sistema Paraguayo. Los menores por nacer, ¿son personas?.

ia en: <http://www.vidahumana.org/día/paraguay-día.html>

⁷¹ Idem.

De la misma forma, la Constitución peruana, establece en su artículo segundo el reconocimiento y protección que merece el concebido:

“Toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Siendo este país, más específico en cuanto a la protección del concebido como persona, ya que establece derechos concretos.

La Constitución colombiana, no menciona al concebido abiertamente, aunque se debe entender, que sí lo protege de forma tácita, cuando señala, en el párrafo tercero del artículo 13, respecto de las personas que se encuentren en un estado mental en menor grado que otras y por ese hecho pueden ser atentados contra sus Derechos Fundamentales, actos que, como menciona, serán sancionados:

“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Igualmente, el artículo 14 resalta que todos tienen derecho a que se reconozca su personalidad jurídica; el artículo 43 prescribe la protección a la mujer en estado de embarazo, lo que permite afirmar que la protección está basada también en función del concebido:

“(..) Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

El capítulo cinco artículos 95, señala los deberes y obligaciones de las personas, el respeto a los derechos ajenos, y el no abuso de los propios, estos se entienden que van en beneficio del sujeto en cuestión (el concebido), porque siendo un ser diferente

de la madre, ella no puede abusar de su cuerpo, cuando lleva dentro de si a un nuevo ser y que ciertamente importa individualidad.

Finalmente, haciendo una comparación, podemos observar, que nuestra Constitución no habla sobre el concebido en ninguno de sus artículos, pero sí determina, al igual que la colombiana, en el artículo 193 el amparo de que es susceptible la maternidad, lo que lógicamente hace presumir la protección tanto de la madre como del concebido.

En este sentido, se puede observar el vacío legal que tiene Bolivia, en cuanto al reconocimiento del concebido y el establecimiento de sus derechos, en la ley que encabeza la normatividad nacional, tal y como lo hacen Paraguay y Perú.

5.2. EN EL CÓDIGO CIVIL.

El Código Civil, es otra de las normas importantes que tiene todo país, donde en varios de sus artículos se menciona al concebido. Por lo que se pasará a estudiar cada una de ellas según nuestros países en análisis.

Argentina, Colombia, España, Paraguay, Perú y Bolivia, reconocen en su Código Civil correspondiente, al concebido como nacido o como persona por nacer, por tanto, entendido como sujeto de derechos.

El más destacable es el peruano, porque en su artículo 1 indica que la vida comienza con la concepción y que el concebido es sujeto de derechos para todo cuanto le sea provechoso:

"(..) 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".

El Código Civil paraguayo, en su artículo 28 indica que el concebido es capaz de derecho, el 31 establece el cese de las funciones del representante de las personas por nacer y el 37 ratifica que el concebido es incapaz de hecho: “Son absolutamente incapaces de hecho: a) *las personas por nacer* (..)”; el artículo 40 prescribe que los representantes del mismo pueden ser los padres o por incapacidad de ellos los curadores.

El Código Civil argentino es el más extenso, así en su artículo 30 determina que, ser humano es aquel ente capaz de adquirir obligaciones y derechos, el 51 que, ser humano es el ente con características de humanidad, en lo que encaja lógicamente el concebido.

El artículo 54 establece la incapacidad absoluta del concebido, el 57 habla respecto de los representantes de éste y el 63 le califica como aquella persona por nacer. Además, los títulos II, III y IV, es decir, desde el artículo 51 al 78 tratan exclusivamente de la persona por nacer y de todo lo concerniente a ella, y de forma clara, el artículo 70, establece que la concepción señala el comienzo de la existencia de la persona:

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

En el caso boliviano el artículo primero del Código Civil reconoce al concebido como sujeto de derechos para todo cuanto le favorezca, el 6 protege el derecho a la vida y la integridad física de las personas, el 1008 al tratar de los sujetos que tienen capacidad para suceder, señala que los concebidos, se encuentra dentro de ellos, más adelante el artículo 1182 ratifica que el concebido también puede ser legatario.

Se puede finalizar entonces, entendiendo que todos los Códigos Civiles de los países en cuestión, incluido el nuestro, reconocen al concebido como sujeto de derechos,

protegiendo a la vez, dichas salvaguardas, aunque unos de manera más extensa y clara que otros. Como es el caso de Argentina, que explícitamente reconoce al concebido como persona, lo que encarna el valor que otorga dicho país a la vida humana.

Asimismo, consideran, nacido al concebido, para todo cuanto le favorece, y que mejor en este caso que tomarlo en cuenta para hacer respetar sus Derechos Fundamentales, como son el derecho a la vida, a la integridad física, mental y a la salud, objeto de la presente tesis.

5.3. EN EL CÓDIGO PENAL.

La figura delictiva que contemplan absolutamente todos los Códigos Penales de los países tomados para nuestro cotejo, es el aborto, acción que puede ser dado de diferentes formas: con violencia, dolo, engaño o con consentimiento, implicando de la misma manera un delito que tiene tanto sus atenuantes como sus agravantes. Hecho que también se encuentra en nuestro Código Penal.

Lo que se debe resaltar, es que en ninguno de éstos Códigos Penales, y tampoco en el de Bolivia, se hace referencia sobre el tiempo desde el cual el concebido se encuentra protegido de su derecho primordial, como es la vida, o dicho de otra forma, desde qué etapa se comete el delito de aborto; ya que a simple leída de los artículos pertinentes, se sobreentiende que este atentado (el aborto) puede existir desde el día uno de la fecundación hasta antes del nacimiento. Por lo tanto, se deduce que el concebido se encuentra tutelado desde su procreación hasta el momento en que germina.

Otro aspecto destacable referente a la protección del concebido en el Código Penal se encuentra en los países del Paraguay, España y Colombia. Así el Código Penal del Paraguay en sus artículos 112 y 134 indican o tipifican como delito la manipulación genética, hecho que puede darse solamente en embriones, etapa por la cual pasa todo concebido.

España más extensa y específica todavía, señala en sus artículos 157 y 158 las lesiones de que puede ser sujeto el concebido, ya sea imprudente, culposa o dolosamente, acción que se encuentra tipificado como trasgresión a la norma y castigado, con pena de privación de libertad, llegando muchas veces (en caso de ser el culpable una persona dedicada a la medicina), hasta el impedimento o inhabilitación de continuar con cualquier tipo de profesión médica o sanitaria por un tiempo definido, sí estos hechos causaran daño o lesión al concebido, que posteriormente irá a perjudicar el desarrollo normal del mismo, provocándole algún tipo de deficiencia o tara, ya sea esta física o síquica.

El Código Penal colombiano describe en su artículo primero que se tomará en cuenta como fundamento de la normativa de ese país, la dignidad humana; y del mismo modo que el anterior, en los artículos 125 y 126 hace referencia como delitos, las lesiones al concebido:

“DE LAS LESIONES AL FETO.

El que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.

Si la conducta descrita en el artículo anterior se realizare por culpa, la pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años.

Si fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término”.

Más adelante el mismo cuerpo legal en los artículos 132, 133 y 134 prefijan la punición de la manipulación genética, la clonación, el tráfico de embriones y otros, aspecto que precautela los derechos del concebido.

Cotejando con nuestro actual Código Penal, podemos verificar que el mismo no contempla las lesiones al feto y mucho menos las últimas figuras indicadas, por lo que

se puede observar de manera inequívoca, el vacío legal existente, respecto de las sanciones a la violación de los Derechos Fundamentales del concebido.

5.4. EN NORMAS ESPECIALES DE PROTECCIÓN AL MENOR.

Se puede percibir que, en normas especiales de protección al menor, que tienen los países en análisis, excepto el argentino, se resguarda de una manera u otra al concebido.

Normas que tienen distinta denominación, según el país, pero que tienen el mismo propósito, como es el amparo del menor en sus distintas etapas, así por ejemplo Perú, contempla en su legislación el Código de Niños y Adolescentes; España, Paraguay y Colombia el Código del Menor; todos ellos señalan en una parte de su cuerpo normativo, la protección de la maternidad, aspecto que resalta la defensa de dos seres que se encuentran relacionados entre sí, por la misma naturaleza, la madre y el concebido.

Determinan específicamente sobre la asistencia a que tiene derecho la madre gestante, como son la atención prenatal, la natal y más adelante la postnatal, esto no solo por la salud de la madre, sino también por la nueva vida que trae consigo, que es fundamento para la subsistencia de la especie humana, por ello lo de prenatal, palabra que significa antes del nacimiento, tiempo que implica naturalmente al concebido.

Asimismo, el Código del Menor de Paraguay Ley N° 903, determina, que se es menor desde el momento de la concepción, especificado de la siguiente manera:

“Este Código regula los derechos y garantías de los menores desde la concepción hasta la edad de 20 años cumplidos,...”⁷².

⁷² Véase el Código del Menor del Paraguay, Sujetos del Código del Menor. Artículo 1

En el art. 8 indica los derechos que tiene el niño, así señala como uno de los primeros, a una atención prenatal y a nacer con buena salud:

“Todo menor tiene los siguientes derechos:

- a) Gozar de la protección prenatal y a nacer en condiciones adecuadas con la debida asistencia sanitaria”.

Tiene además un capítulo específico sobre el derecho a la atención y protección prenatal que merecen tanto la madre como el niño por nacer. Dicho código, entonces, ampara la protección integral del menor⁷³ y la integridad de la maternidad; en los arts. 204 al 207 y el 283, se protege a la mujer grávida, haciendo referencia a la alimentación, reconociéndose la dignidad de la vida humana y el valor de la vida del menor desde la concepción.

De la misma forma, el Código del Menor colombiano, resalta que el concebido tiene derecho a un desarrollo sano, cuando en su artículo 3 describe:

“Todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social; estos derechos se reconocen desde la concepción”.

De la comparación que se hace, podemos concretar que el Código que más se acerca al nuestro, es el peruano, cuando explica que se considera niño desde la etapa de la concepción hasta los doce años de edad, esto en su artículo primero del preámbulo, ya en su artículo 1 de su cuerpo, se expone que el adolescente tiene derecho a la vida desde la concepción, en el segundo, figura que el Estado tiene como objetivo proteger la vida de dicho ser.

⁷³ Ibíd. Art. 4

El Código del Niño Niña y adolescente de Bolivia, de manera determinante en su artículo segundo establece que se es niño o se considera niño desde la concepción, del mismo modo hace referencia tanto a la protección prenatal, natal y postnatal, también describe todos los Derechos Fundamentales de los cuales es sujeto todo niño. Conjuntamente en el artículo 13 se concretiza la protección del concebido cuando ratifica que el mismo debe tener condiciones dignas para su desarrollo:

“(GARANTÍA Y PROTECCIÓN DEL ESTADO).- Todo niño, niña y adolescente tiene derecho a la vida y a la salud. El Estado tiene la obligación de garantizar y proteger estos derechos, implementando políticas sociales, que aseguren condiciones dignas para su gestación, nacimiento y desarrollo integral” (el subrayado es nuestro).

Se puede resumir, por tanto, que los países que reconocen al concebido entendiéndolo como aquel niño en etapa de desarrollo, y más aún, establecen sus derechos, son Paraguay, España y Colombia. El nuestro también se encuentra dentro de estos parámetros, lo que le hace falta es establecer los maltratos de los cuales puede ser sujeto.

5.5. EN LEYES DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA.

Las normas que protegen a la familia en el Perú y en el Paraguay, aluden a la maternidad y la paternidad responsable, estableciendo su protección; por el contrario no se da ello en Colombia, España, ni Argentina.

Lo sobresaliente en este aspecto es la riqueza de nuestra normatividad, cuando encontramos varios artículos en el Código de Familia sobre el hijo por nacer, o sea, el concebido; así tenemos el artículo 4, donde se fija la salvaguarda de la maternidad por el Estado; el 178 y el 179, puntualizan sobre los derechos del hijo por nacer, en cuanto al establecimiento de la paternidad, instituyendo para ello términos de su fecundación, como derecho que tiene de conocer a su progenitor biológico; el 201 dispone la figura

de reconocimiento ad-ventre, hecho que enmarca el poder registrar a un niño concebido, es decir, que se admite su existencia desde la concepción.

Por último el artículo 210 denota que una vez establecida la paternidad, el padre debe satisfacer las necesidades tanto de la madre como del niño, tomando en cuenta para ello un parámetro, que es seis semanas antes del nacimiento, lo que implica que se tomará en cuenta para establecer dicho derecho, cierto tiempo de la etapa de la concepción, haciendo una retrospectiva en el tiempo, lo que hace figurar al concebido.

Es por tanto, este Código el más concreto, en tomar en cuenta al concebido para instituir sus derechos, aspecto que no se pudo advertir en Códigos semejantes de los países en estudio.

5.6. EN OTRAS NORMAS DE RESGUARDO AL CONCEBIDO.

Lo más resaltante que pudimos percibir, al estudiar la jurisdicción de los mencionados países, es en cuanto a normas que no se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico y que hacen directa alusión al concebido y sus derechos, aspecto que hace mucha falta en nuestro país, ya que es esta etapa del ser humano la más susceptible de sufrir vulneraciones, maltratos y atropellos, siendo que es origen de la vida misma y en torno al cual giran todos los demás derechos.

Paraguay por ejemplo posee la ley N° 836/80 denominado, Código Sanitario, en el cual se encuentra una sección exclusiva sobre el concebido. Mismo que por la importancia y el valor que encarna para nuestra tesis, será transcrita de manera extensa:

“Sección I. De la Salud de la Persona por Nacer:

- Art. 15 Las personas por nacer tienen derecho a ser protegidas por el Estado, en su vida y en su salud, desde su concepción.
- Art. 16 Durante la gestación la protección de la salud comprenderá a la madre y al ser en gestación como unidad biológica.

- Art. 17 El aborto en su calificación y sanción quedará sujeto a las disposiciones de la legislación penal común.

Sección II. De la Reproducción Humana

- Art. 18 La reproducción humana debe ser practicada con libertad y responsabilidad protegiendo la salud de la persona desde su concepción.

Sección III. De la Salud de los Progenitores y del Hijo:

- Art. 21 Es obligación y derecho de los progenitores el cuidado de su salud y la de su hijo desde el inicio de la gestación.
- Art. 22 El Estado, por su parte, protegerá y asistirá sanitariamente al niño desde su concepción hasta la mayoría de edad”.

No puede existir mayor claridad en cuanto a la protección de los Derechos Fundamentales del concebido, por cuanto determina obligación de los padres, el cuidado desde dicha etapa y, obligación del Estado a precautelar sus derechos, resaltando los más elementales, aspecto totalmente rescatable.

Argentina es otro de los países que protege los derechos del concebido, en una ley distinta a las estudiadas, y que tampoco contempla nuestra normatividad, esta es la Ley de Patria Potestad (ley N° 23264) que en su artículo 264, trata sobre la protección de los bienes del concebido y quienes son los responsables de su administración, definiéndola de la siguiente forma:

“(..) [la Patria Potestad es un] conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y los bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad, y no se hayan emancipado (..)”.

Esto se puede entender en lo que sigue: “Cabe señalar que el reconocimiento de la persona por nacer no es nuevo en nuestra tradición jurídica. En efecto, desde la

sanción del Código Civil, nuestro país ha reconocido que comienza la existencia de la persona desde su concepción (arts. 63 y 70). En ese mismo momento, comienzan los deberes y derechos de los padres, según establece el art. 264 sobre patria potestad” (Ruiz, 2000).

España en su legislación goza del Código Deontológico, norma que asienta en su artículo 114, que todo profesional que tiene el carácter de su denominación, debe prevalecer y respetar la vida en gestación, norma que no figura en la legislación de nuestro país.

Si bien Bolivia no contempla las leyes o normas antedichas, debemos también destacar que contiene otras en su normatividad, donde se arguye la protección al concebido, estas leyes son: la Ley contra la violencia en la familia o doméstica y el Código de ética médica, los cuales fueron analizados en el capítulo cuarto.

5.7. JURISPRUDENCIA A FAVOR DEL CONCEBIDO.

Muy aparte de las leyes positivas de cada país, pudimos recopilar jurisprudencia muy rica en lo que se refiere a la defensa del concebido, con fallos determinantes a su favor por tribunales versados en la materia, dictámenes de los que lastimosamente también carece Bolivia.

Colombia es uno de los países prototipo en esta cuestión, ya que se ha logrado establecer por varias Sentencias de la Corte Constitucional de Bogotá, la determinación del nasciturus (concebido), como sujeto de derechos y acogiéndolo como ser humano en fase de desarrollo, por tanto, sujeto de protección por parte del Estado como cualquier otra persona, miembro de ese país.

Así la Sentencia C-013/97 de la Corte Constitucional⁷⁴, es clara en afirmar que la vida es el más importante de los derechos y, que por su significado intrínseco y por estar

⁷⁴ Véase Corte Constitucional. Sentencia C-013 de 23 de enero de 1997. Colombia.

consagrado en la Constitución y en diversos tratados internacionales, tiene carácter de inviolable.

De igual forma, dicha sentencia reconoce que los derechos del concebido y la de la madre son merecedores de tutela por parte del Estado, dentro de los que se encuentran el derecho a la vida, al respeto por su dignidad, a su integridad física, síquica y otros.

Y como el Estado busca, como primer fin, garantizar la vida y como...

“desde la formación del cigoto hay vida, una vida que, obviamente, necesita de un proceso biológico natural que culmina con la plena formación del mismo, pero vida, al fin y al cabo, que no es inferior ni menos importante que la posterior al parto”⁷⁵.

Por su parte la sentencia C-133/94 resalta que:

“La vida del nasciturus [concebido] encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa y por su estado de indefensión, manifiesto que requiere de la especial protección del Estado”⁷⁶.

Aunque existe oposición a los anteriores argumentos, estos triunfan por mayoría de votos de jueces que comprenden que la especie humana se forma como tal desde la fecundación, por tanto indican, que se deben precautelar sus derechos para el beneficio mismo de la humanidad, desde el inicio de su vida.

Para ello, señalan, que se debe hacer cumplir tanto las normas internacionales que hacen referencia a la protección de los Derechos Fundamentales desde antes del nacimiento, como las propias normas nacionales.

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ Véase Corte Constitucional. Sentencia C-133 de 17 de marzo de 1994. Colombia. P.1

Las precedentes consideraciones permiten afirmar que, el ordenamiento jurídico Colombiano, adopta la tendencia unitaria entre los términos vida humana, hombre y persona:

“El concebido, sea embrión in-vitro o in-útero, es persona en sentido filosófico y en sentido jurídico. Esto significa que, desde el momento de la fecundación o concepción, el ser humano, en la condición en la que se encuentre, es titular de derechos, entre otros, del derecho a la vida, a la identidad genética y a nacer”⁷⁷.

Otro país que se resalta en cuestión de jurisprudencia sobre la defensa del concebido, es Argentina, al dictaminar la Corte Suprema de Justicia de dicha Nación, sentencias a su favor; existiendo así un fallo donde se fijó su posición, entendiendo que:

“El comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de dos gametos, es decir, con la fecundación; en ese momento existe un ser humano en estado embrionario...Tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos, está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo. Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos” (Brucita Lleana, 2000).

En otro fallo de la misma Corte Suprema⁷⁸, se da la negativa a la inducción (ocasionar el nacimiento antes de tiempo de un ser que lleva vida intrauterina) del embarazo de un concebido anencefálico⁷⁹ (feto que en el transcurso de su formación no ha logrado desarrollar su cerebro, careciendo del mismo, hecho que hace que sea imposible su viabilidad luego del parto), con la respectiva aseveración de los derechos que tiene

⁷⁷ *Ibíd.* p. 71

⁷⁸ Tribunal. Supremo. de la Corte/ Gobierno de la ciudad de Buenos Aires S/ Amparo Corte Suprema de Justicia de la nación. Buenos. Aires., 11/01/001

⁷⁹ Ver concepto de anencefalia en: Anencefalia por el Hospital Internacional General de Agudos “Eva Perón” en: <http://www.entornomedico.org/salud/saludyenfermedades/alfa-omega/anencefalia.html>

dicho concebido, sin importar, si el mismo es viable o no después del nacimiento, lo que interesa es que tiene derecho a la vida hasta cuando sus órganos vitales así lo permitan.

De lo que se entiende que, si es posible llevar a cabo un amparo legal con todas las formalidades de ley, respecto de un concebido, y nombrar para ello un tutor para su representatividad; dicho representado tiene todos los derechos que le pertenece como persona y más aún si el mencionado amparo falla a favor de éste.

Finalmente tomando en cuenta todo lo anteriormente expuesto se puede resumir, que tanto la persona por nacer como la persona adulta (en Argentina), tienen los mismos derechos y por ello deben reconocerse los derechos del concebido, tal como se arguye en lo siguiente:

“En cuanto a la protección jurídica que merece el embrión humano, (..) debe partirse de la premisa que toda vida humana, incluida la del embrión desde el momento preciso de su aparición a la vida tras la fecundación, es un valor objetivo fundamental, intrínseco, que no puede quedar abandonado al arbitrio de nuestras apreciaciones y emociones subjetivas de la vida humana”⁸⁰.

En Argentina, entonces, las normas que protegen al concebido son específicas, indicando sin lugar a dudas que dicho ser humano es poseedor de todos los derechos que le corresponde como tal.

Otro aspecto que debe preponderar de este país, es que se ha polemizado tanto la defensa de los derechos del niño por nacer, que se ha llegado a crear un proyecto de ley⁸¹, proclamando precisamente todos los derechos de los cuales el concebido es

⁸⁰ Véase Andrea Marina Ibar. Personalidad del embrión. Cátedra de BIOÉTICA y DERECHO ~ U.B.A. en: <http://www.bioetica.bioetica.org/mono2.htm>

⁸¹ Véase Proyecto de Declaración de los Derechos del Niño por Nacer. Diputada Patricia M. Ruiz Moreno de Ceballos. Servicio a la Vida Movimiento Fundar. Gacetilla Nro. 14 en: <http://www.vidahumana.org/eventos/proyecto-pornacer.html>

sujeto, haciendo referencia también a los que se proclaman en los Convenios Internacionales .

Para poder demostrar aún más el pensar de la población Argentina respecto de la defensa del concebido, se puede verificar que el 7 de diciembre de 1998 el ex - presidente de ese país, Carlos Menem, declara el 25 de marzo como Día del Niño por Nacer⁸², noticia que se toma con gran agrado por parte de aquellos sectores que defienden el mismo fin.

Un hecho semejante al argentino se realizó en la República del Perú, cuando en enero de 2002 el Congreso Peruano declaró el 25 de marzo como "Día del Niño por Nacer", siendo de esta forma, público el reconocimiento del ser humano desde antes del nacimiento.

Se entiende entonces, que el concebido en Perú tiene los mismos derechos que cualquier otra persona, y que los mismos deben ser respetados de la misma forma y en los mismos parámetros que de cualquier otro individuo.

En España, gracias al empeño de determinadas esferas de dicha sociedad en hacer prevalecer los Derechos del Niño desde la concepción, es que se ha llegado a crear un Proyecto de Ley de Los Derechos del Niño Por Nacer, concretado por la Organización española, Movimiento por el Derecho a Vivir, motivados por el ejemplo de Argentina, piden al Congreso español que sea promulgado, ya que se encuentra de por medio derechos de seres humanos.

Desde esta perspectiva, el Derecho español toma al concebido como aquel ser humano que se encuentra en una etapa de desarrollo formativo y que lleva una vida diferenciada de la madre, en cuanto a su desarrollo intrauterino, hasta llegar a la plenitud con el nacimiento, por lo que, pertenece también a la

⁸² Véase A:\Día del Niño por Nacer.htm en: <http://www.aciprensa.com/vida/pornacer2.htm>

especie humana y siendo un homo sapiens, aseguran⁸³ que nadie tiene derecho a negarle su dignidad intrínseca y su personalidad.

Es por ello que el Tribunal Constitucional de España concluye que: “la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, generando un ser existencialmente distinto de la madre”⁸⁴.

Paraguay al igual que Bolivia carece de jurisprudencia sobre el concebido, empero se puede entender que todo el sistema jurídico paraguayo, empezando por la ley elemental, tiene como consistencia, el respeto de la dignidad humana, con todos los accidentes que pudiera ésta soportar, no importando su edad, su forma física, su grupo social, etc., teniendo incluso el carácter tutelar en determinados casos, como los referentes al niño por nacer, se exige además por parte de la sociedad que la misma sea más específica y amplia, por entenderse que también, el concebido, es un ser humano.

Cotejando nuestra jurisprudencia, con todo lo tratado en este último subtítulo, lamentablemente encontramos que no existe nada semejante en Bolivia.

⁸³ Véase Movimiento por el Derecho a Vivir. Organización pro vida de España emite Declaración de Derechos del Niño por Nacer en : <http://persowanadoo.es/angeljes/44/44.htm> manosunida.crg/folletos/n3/n3p05_htm caipe.org.pe/guía/teo.htm unizar.es/unión_europa/htm

⁸⁴ El Nasciturus y el derecho fundamental a la vida : [Emiliano Cuerva Díaz](#)

CAPÍTULO 6

FUNDAMENTACIÓN PARA LA INCORPORACIÓN DEL “CONCEBIDO”, A LA NORMA LEGAL, DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PROTECCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.

A lo largo de la realización de la tesis, se ha podido verificar que el ser humano tiene un comienzo y un fin: su origen se da con la fecundación y se consolida con la concepción. Contrariamente, su culminación se da con la muerte de la persona; no existiendo ningún término medio, como indica el Código Civil, respecto del reconocimiento de la personalidad desde el nacimiento, esta etapa entraña, como se ha podido ver, sólo una de las fases por las cuales atraviesa todo ser humano.

Asimismo, se pudo confirmar que el concebido es persona, por entenderse que, persona es aquel sujeto que participa en cualquier acto jurídico ya sea de forma activa o pasiva, hecho con el que concuerda perfectamente el no nacido, por ello reconocido como tal.

Y como es de lógico entendimiento, la persona encarna un valor incondicionado y absoluto, porque las exigencias de su naturaleza hacen que se le adhieran derechos innatos, los cuales deben ser respetados, lo que a la vez importa reconocer que el concebido no es una “cosa” o un “objeto”, del cual puede alguien servirse, sino que es y será un “sujeto” dotado de valor en si mismo.

Además, como se observa en la actualidad, el concebido carece de un derecho perfecto sobre la protección a la vida, ya que muchas veces se atenta contra su propio estado físico y/o síquico, lo cual indica relación entre las partes del cuerpo y la vida misma, que son parte de ese sujeto de derecho, no simple producto del vientre materno.

Estos maltratos a los que hacemos referencia y de los cuales es sujeto el no nacido, no figuran en nuestra legislación, vacío que deseamos enmendar a través de la

proposición que detallamos más adelante. Entendiendo que todo atentado contra la vida humana, desde el momento de la concepción, debe ser considerado delito, y por ende deberá prohibirse y a la vez sancionarse todo tipo de trato y conducta que vaya en contra del concebido.

6.1. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.

El Derecho positivo en Bolivia, a partir de la promulgación del Código del Niño, Niña y Adolescente, da un paso hacia lo que es la legislación moderna, ya que con ello se sumerge en el conjunto de países que reconocen a la persona, desde la concepción, lo cual es realmente enaltecedor, por cuanto implica plasmar el valor que encarna todo ser humano.

Este postulado se halla en su artículo segundo, cuando reconoce abiertamente que la protección del niño se lo hará desde la etapa de la concepción, por lo tanto, importa un nuevo principio jurídico, y la apertura a una normatividad moderna en la definición de la personalidad.

Asimismo, nuestra legislación, da a entender de forma totalmente clara, que el concebido tiene como garantía el derecho a nacer, dado ello cuando el Estado afirma que precautela el valor social de la maternidad; derecho que comprende al concebido, respetado en su propia identidad y a ser considerado como portador de una específica dignidad, irreducible a aquella de otro ser humano.

Si deseamos ampliar aún más esta fundamentación, debemos hacer mención a la Ley 2026, en su artículo 13, que señala la obligación de otorgar al concebido, condiciones meritorias para su gestación. Igualmente, el Código de Familia encarna varios derechos de este ser, lo que conlleva a señalar que el Derecho proporciona al concebido, la facultad de ser reconocido como persona.

Por todo lo señalado, se puede observar que el Código Civil, es el que se ha quedado atrás⁸⁵, mismo que también debe ser modificado para no crear contradicciones dentro de nuestra normatividad.

Por tanto, es innegable, el reconocimiento del concebido como niño por la ley nacional, razón suficiente para establecer que los maltratos a que es sujeto deben ser sancionados a la par que el atropello a cualquier sujeto adulto. Por ello también, corresponde al Derecho Positivo respetar y revalidar la Ley 2026, avalado por una tradición jurídica, como se pudo observar en los antecedentes jurídicos de la legislación boliviana⁸⁶, defendiendo al ser humano desde el momento de su concepción.

6.2. FUNDAMENTACIÓN PRÁCTICA.

Para tal efecto nos remitimos a realizar varias entrevistas a personas de instituciones entendidas en la materia, recojo de información que nos permitió el logro de estadísticas que se plasman en gráficos de casos de maltrato a mujer gestante, datos por demás elocuentes para demostrar la hipótesis.

6.2.1. Trabajo de Campo.

Nos basamos en tres instituciones: LOS SLIMs, en la ciudad de La Paz y en la ciudad de El Alto, éstos centros se encargan de recibir denuncias sobre maltrato en el hogar y/o fuera de esta; LA FUNDACIÓN ARCO IRIS y REMAR, que se ocupan de personas adictas a la droga.

⁸⁵ Esto se puede analizar al leer el artículo primero, cuando señala que se adquiere la personalidad con el nacimiento, lo cual es falso, tal y como se ha corroborado en el capítulo 3, punto 3.2.1.2, de la presente tesis.

⁸⁶ Ver el segundo capítulo punto 2.3.

6.2.1.1. SLIMs La Paz y SLIMs El Alto⁸⁷.

La colaboración desinteresada de las trabajadoras de estas instituciones, es la que nos condujo a analizar cada uno de los casos recibidos en ambos SLIMs, en la gestión 2003. Del mismo modo, logramos entrevistar a las personas que trabajan colaborando y apoyando a las víctimas, obteniendo de esta forma información que a continuación detallamos:

Las entrevistas realizadas fueron tres⁸⁸, todas mostraron total acuerdo en el entendido de la total desprotección legal del concebido, pese a comprenderse que existe protección a la maternidad y ser a la vez un agravante cuando se trata de agresiones.

Se advirtió, según las declaraciones, que no solamente se debe atribuir a la falta de protección legal al concebido, el maltrato del cual es sujeto, sino que indicaron que este hecho se genera por diferentes causas, entre las cuales se destacan: el machismo solapado por la propia mujer; por el modus vivendi de la familia (donde generalmente trabaja el hombre y la mujer atiende el hogar, hallándose supeditada de este modo a la economía de la pareja); fundamentalmente por la falta de autoestima de la propias mujeres; y por no existir un método más eficaz de sanción para los agresores, quienes varias de las veces cometen el delito en repetidas ocasiones.

Asimismo, por declaraciones de las entrevistadas, se aseveró que si bien se contaría con un artículo que estipule los maltratos al concebido, éste quedaría en desuso, porque quién debe hacer uso del mismo, al igual que de las otras normas que protegen a la madre gestante, es en este caso, la misma mujer en

⁸⁷ (Servicios Legales e Integrales Municipales). Los SLIMs, son organismos de defensa al individuo en general y dependen de las Alcaldías, estas Instituciones son las que reciben denuncias sobre maltrato a la persona, asimismo, se encargan de ayudar en los conflictos que se generan a causa de la agresión física, brindándoles seguimiento en los casos denunciados, hasta que la o el denunciante así lo desee. En el caso de la ciudad de La Paz, existe un solo SLIMs y en la ciudad de El Alto son tres, el N° 1 se encuentra en Villa Esperanza, el N° 2 en la Avenida 6 de marzo y el tercero en Río Seco, este último no fue objeto de nuestro análisis por ser de reciente creación, es decir, del año 2004, y nuestra Tesis solo abarca la gestión 2003.

⁸⁸ A la Sra. Jhannethe Alfaro, Directora del SLIMs La Paz; a la Licenciada Milenka Gonzales, Psicóloga del SLIMs N° 2 de Villa Esperanza, El Alto; la Licenciada María Cristina Hernández, Directora de Género y Gestión Social del SLIMs N° 2 de la ciudad de El Alto.

gestación, que generalmente no lo hace o si realiza la denuncia, la misma es abandonada, dejando el caso inconcluso, esto porque muchas veces la mujer perdona al agresor, dándole una nueva oportunidad, lo que posteriormente se convierte en un círculo vicioso, algo casi normal en nuestro medio.

Este mismo hecho se pudo verificar en varias de las fichas sociales (hojas de información que usan en los Slims, donde se registran las denuncias, con todos los detalles pertinentes a cada caso), que nos otorgaron para el trabajo estadístico que realizamos, donde se ratifica que: de los 2.746 casos o denuncias que se registraron en el año 2003 en el Slims de La Paz, 172 fueron a mujer gestante, de ellos sólo 56 tuvieron algún tipo de solución, y 116 casos, que representan más del 70%, se quedaron sin arreglo o simplemente fueron abandonados, tal como se muestra en los gráficos Nº 6, 9 y 11.

Exactamente lo mismo se pudo comprobar en los SLIMs de la ciudad de El Alto, que tiene tres organismos independientes, de los cuales sólo acudimos a dos, porque el tercero recién empezó a funcionar en febrero de 2004 y nuestra tesis abarca sólo la gestión 2003.

En los SLIMs I y II de la ciudad de El Alto, sólo encontramos 1.207 casos registrados, esto debido a los acontecimientos políticos y sociales que se registraron el 12 y 13 de febrero del año 2003, hecho que generó la quema de los predios de la Alcaldía, donde también se quemaron varios documentos, entre ellos los que nos interesaba, posteriormente se dio lugar al traslado del SLIMs de la Alcaldía quemada a otro inmueble, por razones obvias, lo que también dio lugar a la pérdida de varios de los documentos indicados.

De la documentación restante se pudo ver que son 1.207 casos, de los cuales 210 son a mujer gestante y de ellos 88 tuvieron algún tipo de solución y 122 se quedaron como casos sin arreglo, lo que importa más del 50%, como puede observarse en los gráficos Nº 9, 12 y 13.

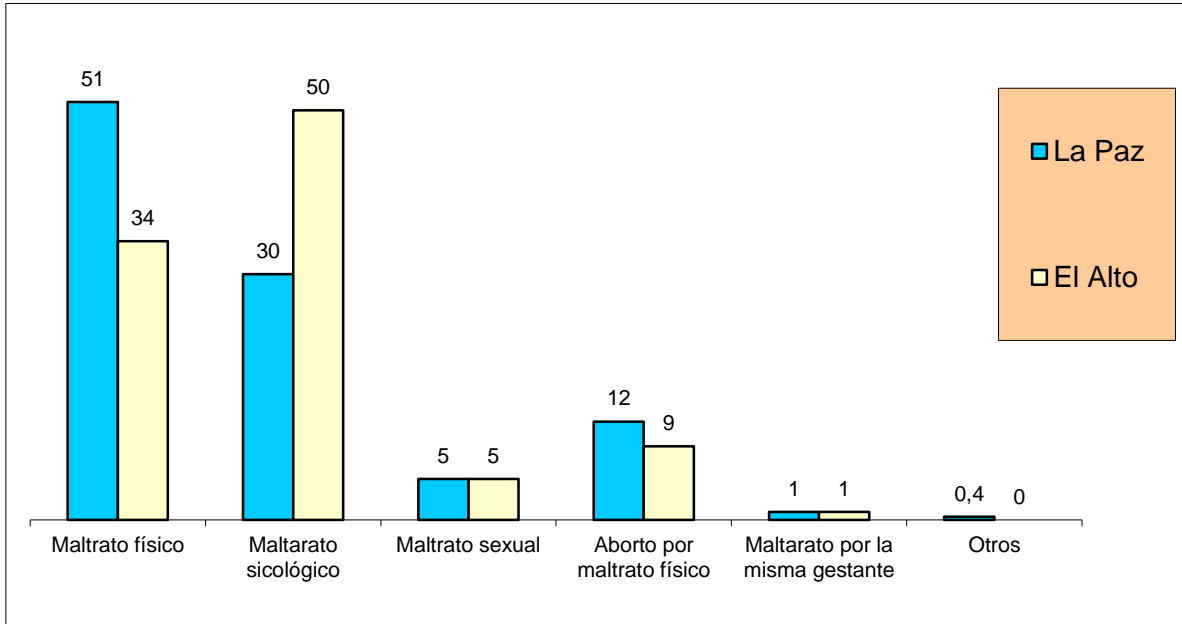
Estos y otros datos se muestran a continuación en diferentes gráficos elaborados en base a la información suministrada de los documentos registrados en los Slims de la ciudad de La Paz y de la ciudad de El Alto:

Gráfico N° 1

TIPOS DE MALTRATO

(En porcentaje)

Fuente: En base a las denuncias realizadas en los Slims de la ciudad de El Alto y la ciudad de La Paz.

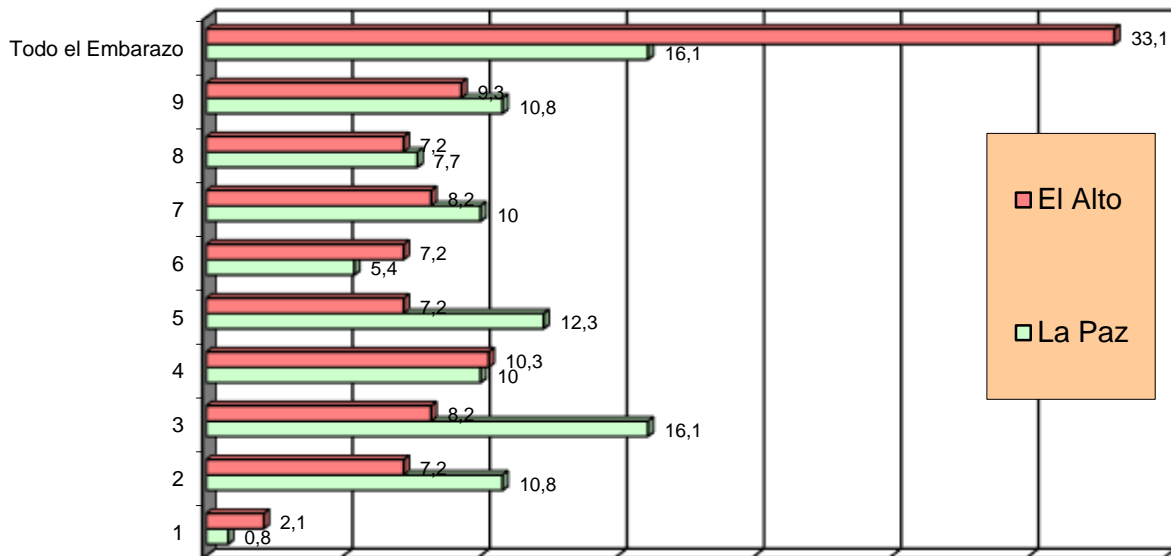


Se puede observar de forma indiscutible, por el gráfico que antecede, que el maltrato físico es el que impera en la ciudad de La Paz y por el contrario en la ciudad de El Alto, el maltrato que sobresale es el psicológico, pero a la vez se ve que las gestantes son sometidas a ambos tipos de maltratos, aunque en un porcentaje más bajo. De igual modo se advierte que la provocación de aborto por maltrato físico, se encuentra en parámetros casi iguales en ambas ciudades, hecho que debe preocuparnos, ya que ello encarna la violación del derecho a la vida del concebido.

Gráfico N° 2

MESES DE GESTACIÓN DEL CONCEBIDO, CUANDO SON AGREDIDOS

(En porcentaje)



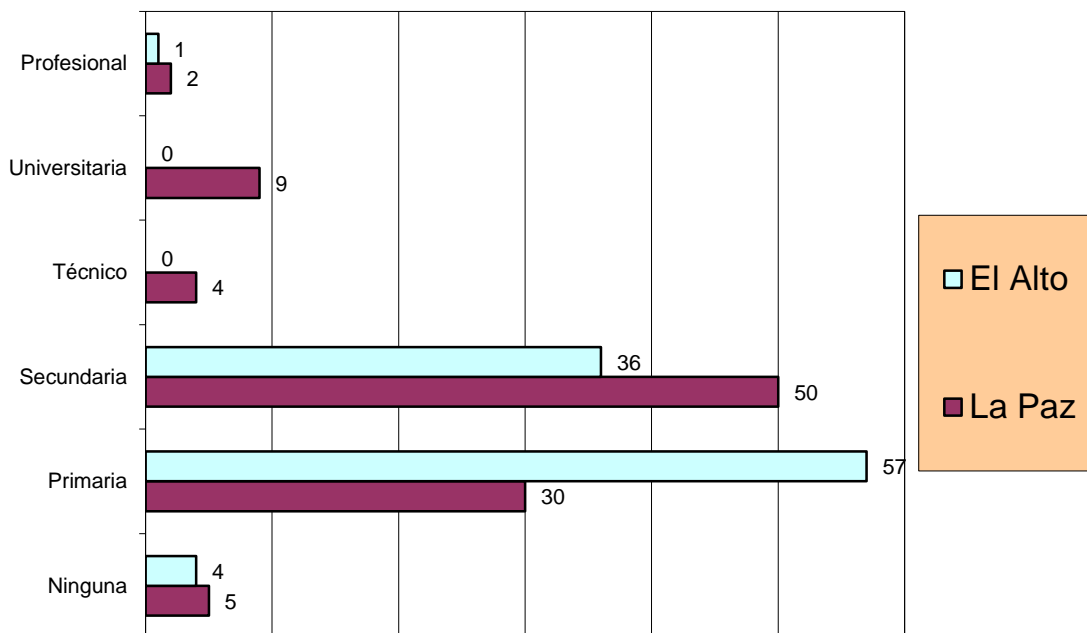
Fuente: En base a las denuncias realizadas en los Slims de la ciudad de El Alto y la ciudad de La Paz.

Según el gráfico precedente, el maltrato a mujer gestante, se da durante toda la gestación, seguidamente sobresale el maltrato en el 3er. mes, le siguen los meses 5to., el 9no. y el 2do., y casi aparejados van los meses 7mo. Y 4to.; como se puede ver, el gráfico no denota muchos altibajos, quedando como resultado general, el gran maltrato a dos seres humanos, que se encuentran unidos por la naturaleza, aunque sólo por un determinado lapso, hecho por demás peligroso para ambos seres.

Gráfico N° 3

INSTRUCCIÓN DE LAS GESTANTES MALTRATADAS (En porcentaje)

Fuente: En base a las denuncias realizadas en los Slims de la ciudad de El Alto y la ciudad de La Paz.



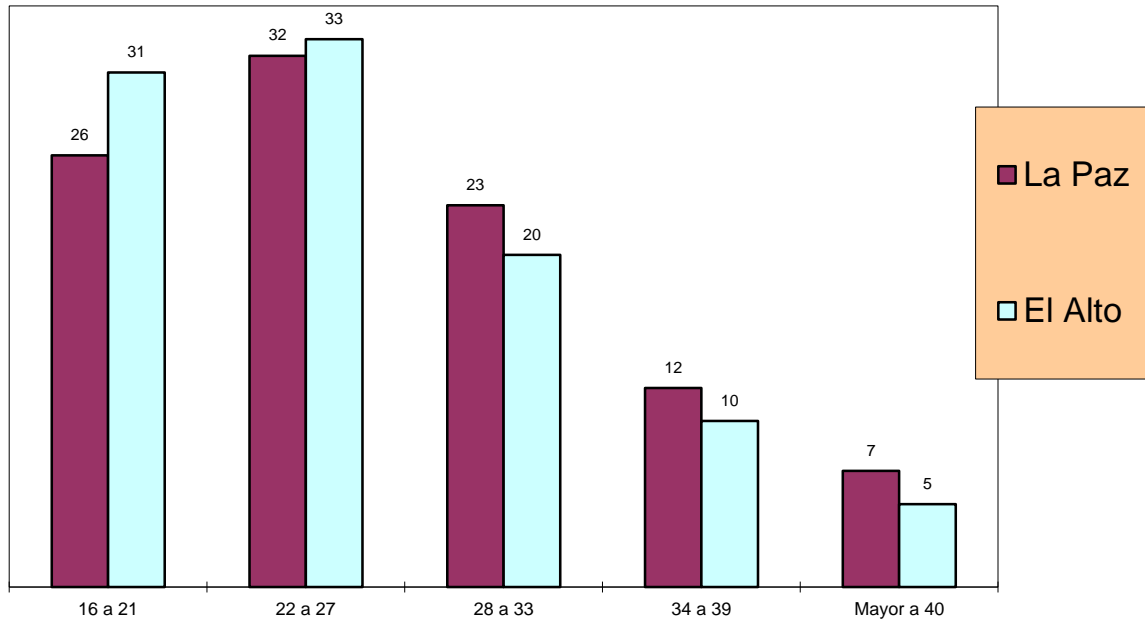
Como se puede ver, las mujeres en estado de embarazo que más son ultrajadas en etapa de gestación, son las que presentan niveles iniciales de instrucción primaria, con un 57% en El Alto y con un 30% en La Paz, a continuación están las de nivel secundario con un 50% en El Alto y un 36% en La Paz, le sigue el nivel universitario en la ciudad de El Alto, con un 9%, sin registrarse aquello en la ciudad de La Paz. Si bien no existe un alto porcentaje en aquellas personas que no tienen ningún tipo de instrucción, creemos que es por ese mismo hecho justamente, ya que la mujer que no sabe leer ni escribir, mucho menos querrá realizar una denuncia, por tanto, optamos por la hipótesis, de que a menor nivel de instrucción, mayor maltrato.

Gráfico N° 4

EDAD DE LAS GESTANTES

(En porcentaje)

Fuente: En base a las denuncias realizadas en los Slims de la ciudad de El Alto y la ciudad de La Paz.

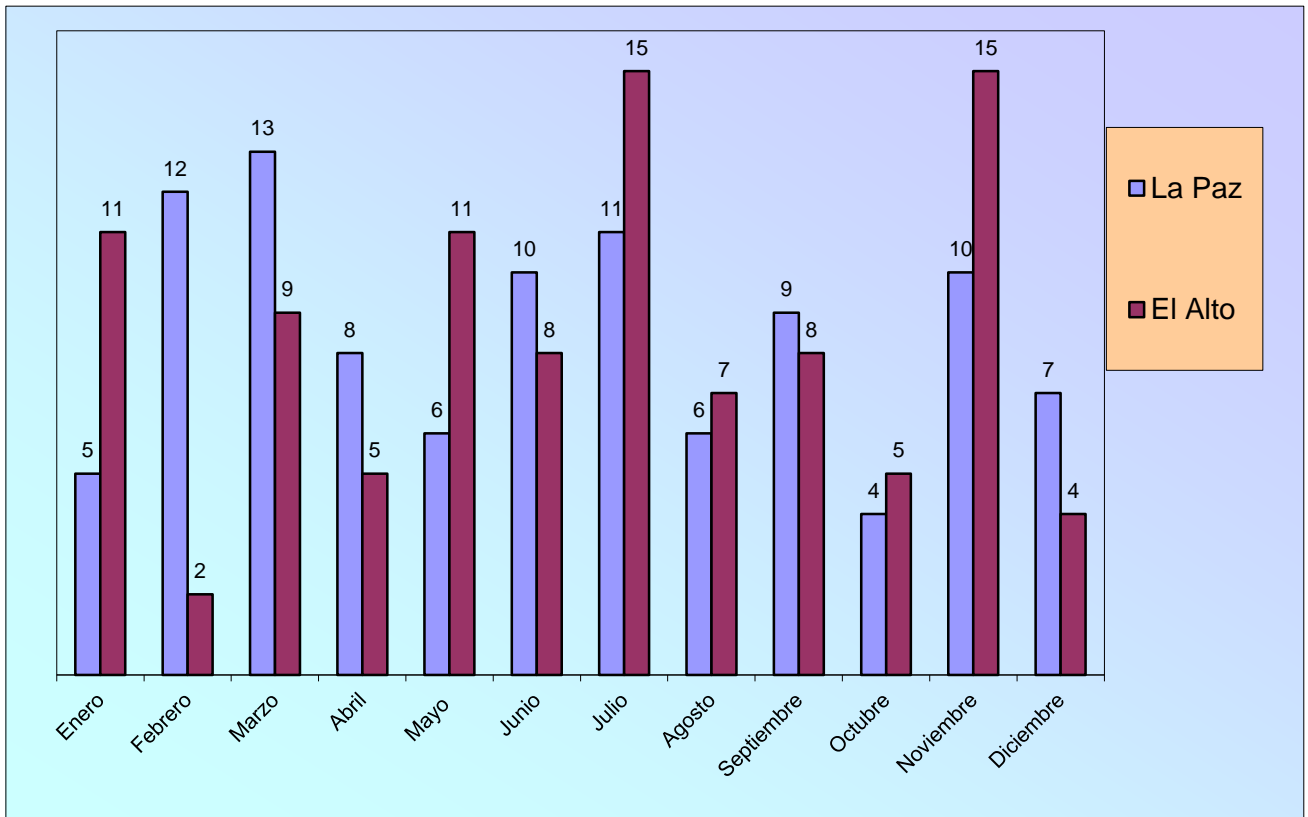


Los porcentajes más altos con respecto a la edad de las gestantes maltratadas, oscilan entre los 16 y 27 años, llegando a formar el 31 y 32% del total de los casos, lo que indica, que las mujeres en estado de gestación que son más maltratadas, son las más jóvenes, o sea, mujeres novatas con poca experiencia respecto a la vida en común, poca formación, presentando a la vez bajos niveles de autoestima.

Gráfico N° 5

FRECUENCIA DE LAS DENUNCIAS

(En porcentaje)



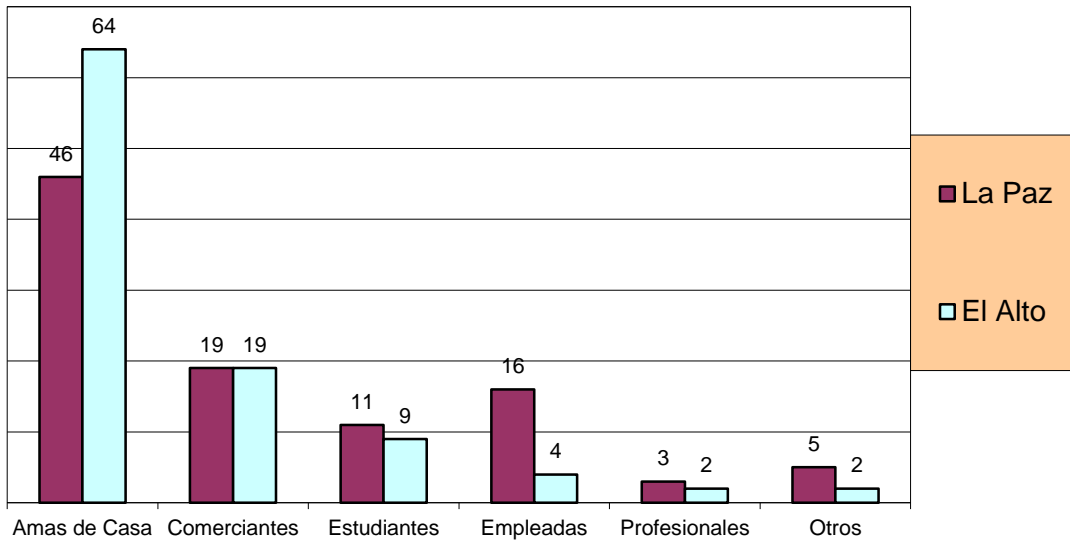
Fuente: Slims de la ciudad de El Alto y la ciudad de La Paz.

Si bien no se puede catalogar que las agresiones a mujeres en estado de gestación, vienen sólo de personas en estado de ebriedad, sino que también se da en estado sobrio del agresor, se puede verificar que las ocasiones más frecuentes de agresión se dan en los meses de febrero y marzo, que son meses donde generalmente se presentan festividades como el carnaval; julio mes de la efemérides paceña en la Sede de Gobierno que abarca también a la ciudad de El Alto, y el mes de noviembre que coincide con las fechas de Todosantos. Todas estas fiestas con el consumo de bebidas alcohólicas, lo que ratifica que el alcohol, es uno de los principales gestores para la agresividad y la violación de derechos.

Gráfico N° 6

OCUPACIÓN DE LAS DENUNCIANTES

(En porcentaje)



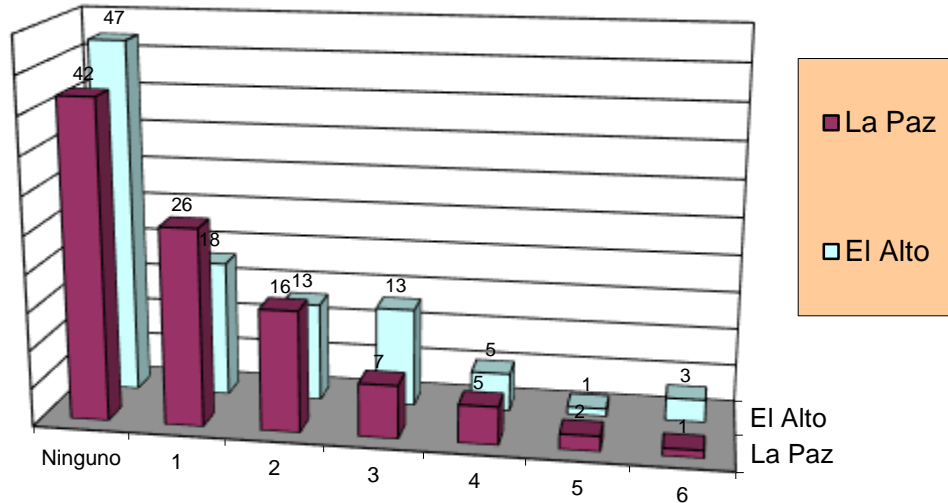
Fuente: En base a las denuncias realizadas en los Slims de la ciudad de El Alto y la ciudad de La Paz.

En este caso, se puede palpar en forma indiscutible que las mujeres que desempeñan las labores de casa, sin tener otro tipo de actividad, son las que sufren mayor maltrato, tanto en la ciudad de La Paz como en la ciudad de El Alto, pero el mayor índice se encuentra en ésta última con un 64%.

Gráfico N° 7

NÚMERO DE HIJOS DE LAS GESTANTES

(En porcentaje)



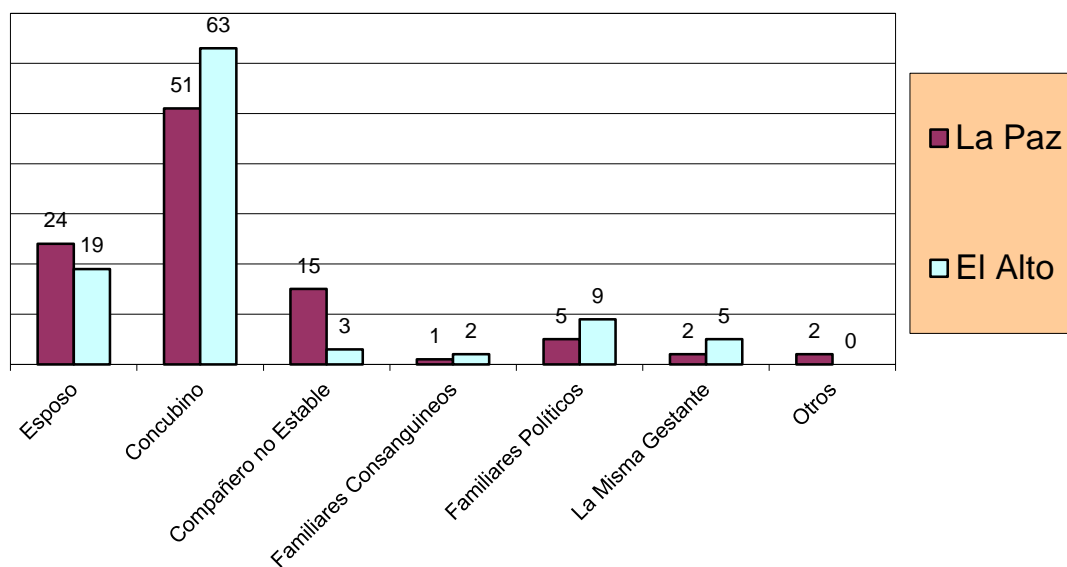
Fuente: En base a las denuncias realizadas en los Slims de la ciudad de El Alto y la ciudad de La Paz.

Este gráfico, ratifica que las mujeres en estado de gestación, que son más maltratadas, son las de menor edad y en este caso las primerizas o las que no tienen ningún hijo, por tanto, son mujeres que recién se están abriendo a la vida y a vivir en pareja, llegando en ambas ciudades a casi el 50 % de los casos denunciados. Por lo que se indicaría que, a menor experiencia conyugal mayor violencia.

Gráfico N° 8 EL AGRESOR

(En porcentaje)

Fuente: En base a las denuncias realizadas en los Slims de la ciudad de El Alto y la ciudad de La Paz.



Es difícil creer que el agresor de la mujer gestante, por consiguiente del concebido, son todos los clasificados en el gráfico que antecede, así tenemos, en primer lugar al concubino, con un 63% en la ciudad de La Paz, y un 51% en la ciudad de El Alto, le sigue el esposo, en un porcentaje menor; luego está el compañero no estable⁸⁹. Por otra parte, los familiares del varón, son otro tipo de agresores e increíblemente las mismas gestantes, se encuentran clasificadas como agresoras del concebido. Otros, en este caso, se trata de aquellas personas que no tienen ningún tipo de relación con

⁸⁹ Es aquella persona con la que la víctima tiene algún tipo de relaciones sentimentales, pero que a la vez, no convive con ella en forma permanente.

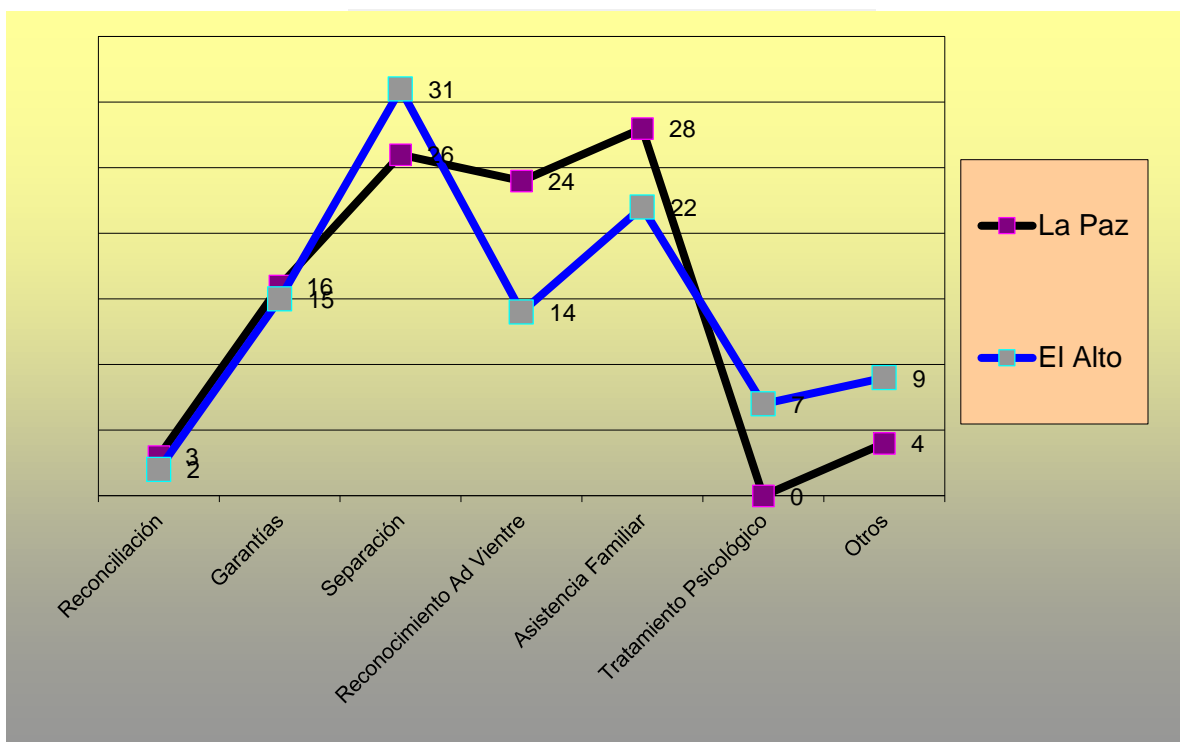
la mujer gestante, pero que de alguna manera la agreden, cuando se encuentra en estado de embarazo.

Gráfico N° 9

PETICIÓN DE LAS DENUNCIANTES

(En porcentaje)

Fuente: Slims de la ciudad de El Alto y la ciudad de La Paz.



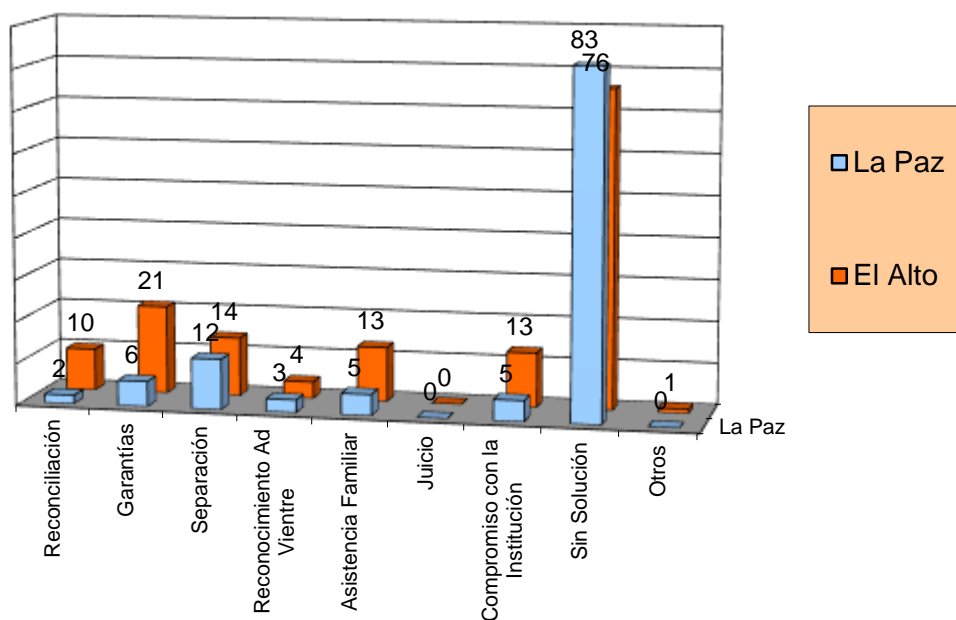
Como podemos ver, casi con generalidad la petición de las denunciadas, luego de la agresión, es la separación, lo que conlleva la solicitud de la asistencia familiar, petición que muy pocas veces se concretiza.

Se puede observar también que existe un alto índice respecto a la petición de reconocimiento ad-ventre, ello se da, porque los denunciadas o quienes piden la realización de este acto, son los padres de la menor embarazada, que en su generalidad son menores de edad, como se puede advertir en el gráfico N° 3.

Gráfico N° 10

FORMAS DE SOLUCIÓN DE LOS CASOS DENUNCIADOS

(En porcentaje)



Fuente: En base a las denuncias realizadas en los Slims de la ciudad de El Alto y la ciudad de La Paz.

Mediante este gráfico podemos advertir, que tanto en la ciudad de La Paz como en la ciudad de El Alto, existe un porcentaje bastante alto de los casos sin solución, así en la primera ciudad se tiene un 83 %, y en la segunda un 76 %, lo que ratifica lo aseverado con anterioridad⁹⁰.

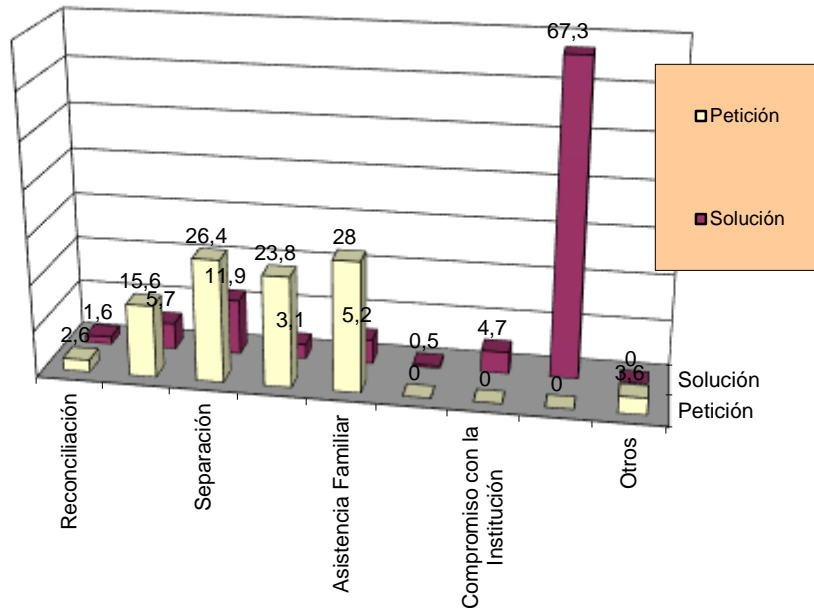
⁹⁰ Ver el punto 6.3.1.3 de la Tesis.

Gráfico N° 11

PETICIÓN Y FORMAS DE SOLUCIÓN EN CIUDAD DE LA PAZ

(En porcentaje)

Fuente: En base a las denuncias realizadas en los Slims de la ciudad de La Paz.



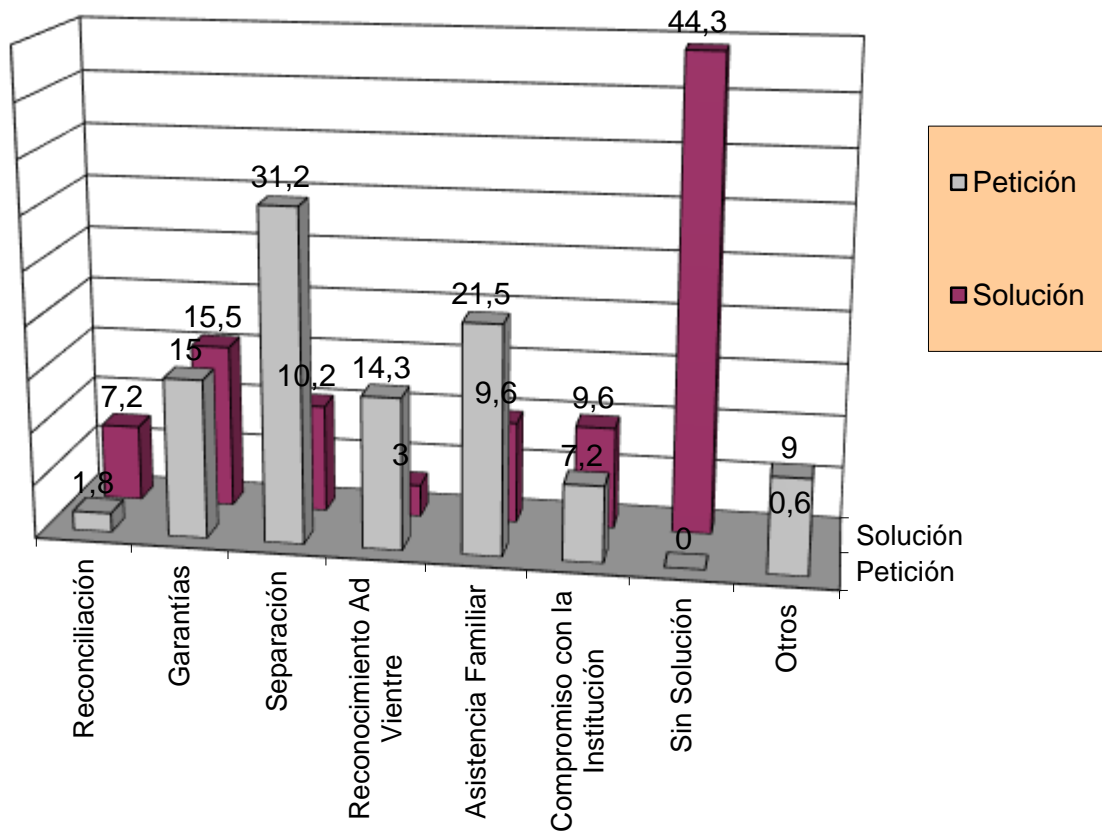
Este gráfico, es por demás elocuente, para mostrar que en la ciudad de La Paz, los casos sin solución, son los que llevan el mayor porcentaje, lo que establece la dejadez de las denuncias y por ende la impunidad de los agresores.

Gráfico N° 12

PETICIÓN Y FORMAS DE SOLUCIÓN EN LA CIUDAD DE EL ALTO

(En porcentaje)

Fuente: En base a las denuncias realizadas en el Slims de la ciudad de El Alto.



De igual forma que en el gráfico anterior, en la ciudad de El Alto, los casos sin solución son los que van adelante de forma contundente, lo que corrobora el total acuerdo con lo aseverado, tanto por los profesionales de las distintas instituciones entrevistadas, como por nosotros, esta es: el bajo autoestima de la mujer y el poco importismo del concebido como persona.

6.2.1.2. Fundación ARCO IRIS⁹¹.

El objetivo de la Fundación Ardo Iris, es ayudar y proteger, de diferentes maneras, a personas (niños y adolescentes) que tienen problemas de drogadicción.

Cuando hablamos de drogadicción debe entenderse que, en Bolivia, lo que se consume de forma muy elevada es el thiner, aunque generalmente estas personas se inician con la inhalación de la clefa.

Se entiende que el thiner, es la droga de mayor consumo, por el nivel económico que tiene nuestro país, en cuya estructura no puede asentarse drogas de precio elevado (marihuana, cocaína, etc.) como en otros países.

Ello no quiere decir, que no exista el consumo de drogas diferentes en nuestro medio, lo que sucede, es que se da en baja escala, tanto que estas otras drogas, son comercializadas y consumidas de forma oculta, no sucediendo lo mismo con el thiner, ya que tanto la venta como el consumo de ésta última, se la realiza a la vista y paciencia de la sociedad y de las mismas autoridades.

Según los estudios realizados por el Centro de la Fundación Arco Iris, en un campo de acción que abarca hasta los 18 años de edad, se tiene que son 8.000 las personas que viven en la calle con este problema, de los cuales 5.000 se encuentran institucionalizados en diferentes centros de la ciudad de La Paz. Dato que se registra hasta el primer semestre del año 2004.

Las personas que llevan esta forma de vida, inician tempranamente su actividad sexual, así una muchacha que es nueva, en el grupo de personas que consumen clefa y/ thiner, tiene tres caminos: uno, elegir pareja, lo cual lo hace a los días o a más tardar después de una semana, la pareja elegida es quien se encarga de proporcionarle los elementos y materiales que necesita (comida, vestimenta, droga,

⁹¹ Tuvimos el placer de acceder a una entrevista con el Licenciado, Fernando Montecinos, miembro del CENTRO DE INVESTIGACIÓN DE DOCUMENTACIÓN Y DIFUSIÓN DE LA FUNDACIÓN ARCO IRIS, quien muy amablemente nos ha nutrido de la información que redactamos.

etc); dos, consigue estos materiales con los diferentes muchachos, quienes cobran sus servicios, utilizando el cuerpo de la joven; y tres, la adolescente se prostituye fuera del grupo, logrando de esta forma su sobrevivencia.

Es también común, dentro del grupo, la violación a muchachas por varios varones, esto lo realizan, logrando que la joven pierda el conocimiento por la inhalación del thiner y el consumo de alcohol, hecho del que posteriormente no se emite ni una sola palabra.

Estos adolescentes, generalmente, suelen combinar en su consumo, dos tipos de drogas: el thiner y el alcohol, lo que les ocasiona, enormes problemas degenerativos y consiguientemente mayor destrucción del ser humano.

Por los antecedentes descritos anteriormente, se puede comprender, que existe un alto índice de embarazos en este conglomerado humano, pero por los estudios del Centro Arco Iris, se ha podido establecer que la inhalación de thiner crea una especie de barrera para la gestación, es decir, que estas personas por el mismo hecho de consumir esta droga, no pueden embarazarse ni embarazar fácilmente, por lo que se puede indicar que el thiner produce algún tipo de cuña para la fecundación.

No obstante, esta situación, existen embarazos de estas muchachas; cuando ocurre ello, generalmente no saben quién es el padre. Una vez embarazadas, éstas tienden a abortar por algún efecto que produce el consumo de thiner y alcohol, esto se lleva a cabo en los primeros tres meses de gestación, incluso muchas de las jóvenes gestantes no se llegan a enterar que estuvieron embarazadas, porque no llevan ningún tipo de control en cuanto a su ciclo menstrual, es más, otras se encuentran tan inmersas en la droga, que ni siquiera se dan cuenta que han abortado.

Por otra parte, existe otra forma de abortar de modo inducido, es decir, que la joven cuando llega a enterarse que está embarazada, consume deliberadamente thiner y alcohol en cantidades excesivas, perdiendo el control de su cuerpo por completo, lo

que genera desequilibrio en su andar, produciéndose a consecuencia de ello varias caídas, que hacen que posteriormente aborte.

Por lo que podemos asentir, a diferencia de la opinión del Licenciado Montecinos, que más abajo transcribimos, que existe un alto índice de abortos en este grupo de muchachas, lo que indica una clara violación del derecho a la vida del concebido.

Por todo ello, son apenas tres mujeres de cada diez, de este grupo, que llegan a culminar un embarazo, de éstos tres niños que llegan a nacer, uno muere en las primeras 24 horas; de los dos que sobreviven al parto, a la abstención de la droga, a los problemas pulmonares y de todo el aparato respiratorio (consecuencia de la droga consumida por la madre), al bajo peso (ya que estos niños nacen con un promedio que oscila entre los 1000 y 1800 gramos, lo que crea muy poca posibilidad de sobrevivencia) y otros problemas con los cuales nacen, uno muere entre los primeros tres meses de vida, el último que llega a sobrevivir a todas las contingencias, de su precaria existencia, lo hace con todos los problemas que conlleva la madre, es decir, en medio de la inhalación, del alcohol, de la desnutrición, la poca atención, descuido, etc., niños que posteriormente son llevados, por la Policía, a las Defensorías de la Niñez, instituciones que se encargan de proteger a los bebés, porque la madre no cambia este tipo de vida.

Como podemos observar, por los resultados de la entrevista, se corrobora que: entre las personas que sufren de drogadicción por thiner y que viven en las calles, existe una violación totalmente clara a los Derechos Fundamentales del concebido, ya que hacen que en más del 60% de éstos, se produzca el aborto, en el otro tanto se atenta contra su estado físico, síquico y su medio ambiente del no nacido.

Por otro lado, debemos indicar que el licenciado, Fernando Montecinos, opina contrariamente a nuestro sentir, porque afirma que no se puede hablar de desprotección al concebido en éste tipo de personas, porque ellas mismas no

se encuentran protegidas por el Estado, y se debería pensar primero, en hacer algo por estas personas para luego ocuparnos del ser que llevan en el vientre.

6.2.1.3. REMAR⁹².

Pudimos entrevistar a dos profesionales de REMAR, la licenciada Patricia Chirinos, Trabajadora Social y al Licenciado Juan Sadok Villarreal, psicólogo, con quienes llegamos a concluir los siguientes aspectos:

Nos ratificaron los mismos hechos descritos por la Fundación Arco Iris, pero además nos informaron, que no existe ningún tipo de institución que se encargue de madres gestantes con problemas de adicción que viven en las calles y, si se llega a suscitar algún caso de este tipo, el mismo no es registrado de ninguna forma, o si existen estos registros son de imposible acceso, ya que las instituciones que lo hacen, no desean dar ninguna clase de información al respecto.

Este es el caso del Hospital Arco Iris, nosocomio que atiende a esta población⁹³, pero que nos negaron la información, aseverando que ello era falso, es decir, que la información existe, pero es inaccesible.

Esto debido, a no suscitar ningún tipo de riesgo a la institución que realiza esta clase de acciones y por otro lado para velar por la seguridad del niño que se logró hacer sobrevivir y que generalmente se lo delega a las Defensorías, ya que sería inaudito la entrega a la madre que no tiene conciencia plena de la realidad, porque se encuentra en un estado de deterioro personal.

Por otro lado, se nos dijo que si bien, se da la violación de derechos del concebido por esta población, lo cual es fácilmente perceptible, ya que se puede observar de forma real y vivida en varias calles de nuestra ciudad⁹⁴, cuando advertimos muchachas que se encuentran con el problema de

⁹² REMAR (Rehabilitación para marginados), Institución de carácter internacional que tiene como propósito fundamental rehabilitar a niños, adolescentes y adultos que sufren el problema de dependencia de drogas, tarea que se da de forma gratuita y con toda la calidad profesional y humana que existe en dicha organización.

⁹³ Información extraída de la Fundación Arco Iris

⁹⁴ Entre la avenida Camacho y calle bueno; bajo el Puente de Las Américas; la Pérez Velazco y el Túnel de la San Francisco; Plaza Alonzo de Mendoza; etc., generalmente por las noches.

drogadicción y que están gestando, incluso en varias oportunidades y a la misma joven, es también cierto, que no se puede condenar de esta acción a estas mismas jóvenes.

Debemos comprender, que existen varios factores para que nuestra juventud, e incluso ahora, nuestra niñez, llegue a tal situación, entre estos podemos señalar: la situación económica en que vive nuestra sociedad; el descuido de los padres sobre sus hijos, debido al anterior aspecto; la ausencia de estímulo del autoestima; el fácil acceso, a la clefa y al thiner, además de su bajo precio; la falta de educación al respecto por parte del Estado, a través, de las escuelas y otras instituciones, etc.

6.3. EL VACÍO LEGAL.

El artículo 109 del Código Niño, Niña y adolescente, establece varios tipos de maltrato al niño, pero a la vez ninguno de ellos señala el maltrato al concebido, que como vimos, es también sujeto de derechos.

Es decir, que se establecen maltratos que se consagran cuando el niño tiene vida independiente, o sea, cuando el niño tiene transcurrido cierto tiempo de vida después de nacido, pero en ningún momento se toma en cuenta, al niño que lleva vida intrauterina y que también recibe maltratos de diferente nivel.

6.4. PROPUESTA PARA LA AMPLIACIÓN DEL ARTÍCULO 109 DEL CÓDIGO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE.

Como el concebido es niño, y el niño es persona y la persona importa derechos inherentes y respeto categórico e ilimitado, es que se describe la propuesta sobre la protección de los Derechos Fundamentales del concebido, estableciendo el maltrato en la respectiva etapa, por ende, protegiéndolo en su integridad física y síquica.

Propuesta que tiene como único objetivo ampliar un inciso más de maltrato, que será en este caso, el maltrato al concebido:

“ARTICULO 109°.- CIRCUNSTANCIAS

Se considera que el niño, niña o adolescente es víctima de maltrato cuando:

1. Se le cause daño físico, síquico o mental, en la etapa intrauterina, ya sea por maltrato físico a la madre o por acciones u omisiones realizadas por esta;

6.5. CONSECUENCIA DE LA AMPLIACIÓN.

Una vez ampliado el artículo 109 de la Ley 2026, tal y como se lo propuso, acarreará el mismo, la incorporación de los transgresores, de esta norma, al Código Penal, es decir, se dará paso a lo que indica el artículo precedente de la Ley 2026, que indica:

“ARTICULO 108°.- MALTRATO

Constituye maltrato todo acto de violencia ejercido por padres, responsables, terceros y/o instituciones, mediante abuso, acción, omisión o supresión, en forma habitual u ocasional, que atente contra los derechos reconocidos a niños, niñas y adolescentes por este Código y otras leyes; violencia que les ocasione daños o perjuicios en su salud física, mental o emocional.

Los casos de maltrato que constituyan delito, pasarán a conocimiento de la justicia ordinaria conforme a Ley. (las negrillas son nuestra).

En este caso en particular encajan en el artículo 270 del Código Penal, que especifica lesiones leves, graves y gravísimas. Lesiones que contrae el concebido, cuando sufre maltrato por cualquiera de las dos figuras señaladas en la propuesta. Lo que llevará a un trato justo y equiparado del concebido, con cualquier otro ser humano.

6.6. FASE OPERACIONAL.

6.6.1. Demostración y comprobación de la hipótesis.

La hipótesis⁹⁵ que se señala en la presente tesis, indica que en nuestra sociedad existe violación a los derechos del concebido, por falta de legislación para este sujeto, lo cual se pudo verificar de diferentes maneras.

Se ha identificado, asimismo, de forma contundentemente, que el maltrato al concebido se da, tanto en los hogares constituidos, es decir, en el núcleo familiar, como en grupos de personas que viven en las calles; esto, como vimos, debido a varios factores sociales, familiares y de otra índole, que se han ido señalado en el transcurso del presente capítulo. No obstante, se concreta que si el concebido estuviera protegido de igual forma que cualquier otro individuo, de alguna manera se apalearía con este problema.

Aspecto que nos reconforta, porque naturalmente entendemos que es imposible arrancar la violencia, y más aún si se trata a mujer gestante y por ende al concebido, de una sola vez y por siempre, con tan solo el dictamen de un pequeño artículo sobre la prohibición de maltratar al concebido, a sabiendas, asimismo, que ya existen normas que agravan la sanción en este tipo de maltrato (mujer en gestación). Pero sabemos también que con algo se empieza, y esta sería la implantación de normas de protección al concebido, semejantes a la protección de cualquier otra persona.

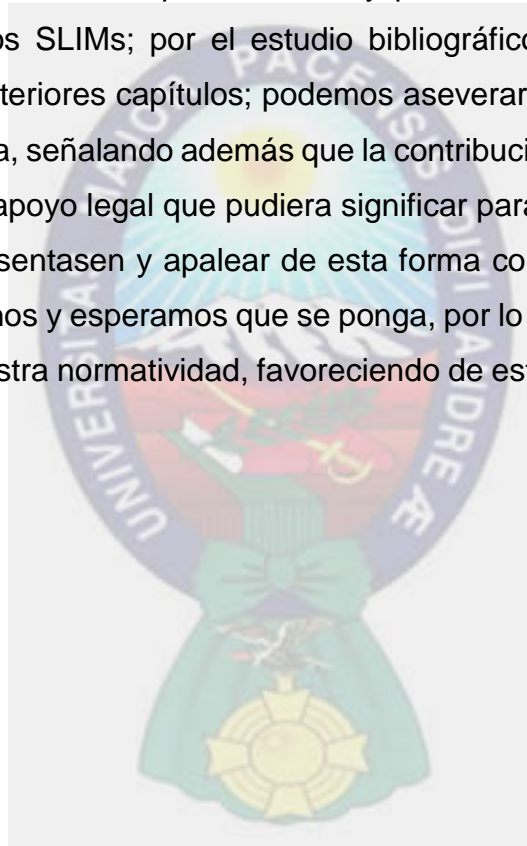
Por consiguiente, si bien se da y existe la violación de derechos al concebido de diferentes formas y en diferentes grupos de personas, el mismo tiene como desventaja, la no legislación de su protección, además de otras instancia que se reflejan en el diario vivir, por tanto, la ausencia de normas legales para este tipo de lesiones, también entraña un factor negativo, ya que una vez dada la agresión, no se puede entablar ningún tipo de proceso sobre el ultraje al concebido, ya que ello en la

⁹⁵ Ver el primer capítulo, punto 1.6

actualidad solo indica una agravante para el agresor, en caso de levantar un proceso, pero por maltrato a mujer gestante.

Por tanto, la existencia de una norma legal para la protección del concebido, daría lugar a una forma de protección para este ser específicamente, velando de esta manera por el capital humano de nuestro país.

De esta forma, por los resultados de la investigación empírica recolectada en cada institución, por las entrevistas a profesionales y por el análisis de las estadísticas proporcionadas por los SLIMs; por el estudio bibliográfico, documental y jurídico, desarrollado en los anteriores capítulos; podemos aseverar que nuestra hipótesis se encuentra comprobada, señalando además que la contribución que se realiza, es muy importante, debido al apoyo legal que pudiera significar para los casos de maltrato al concebido que se presentasen y apalea de esta forma con el problema; de lo cual nos sentimos satisfechos y esperamos que se ponga, por lo menos, como sugerencia para el cambio de nuestra normatividad, favoreciendo de esta manera al ser humano.



CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES.

Una vez descartado el entendido que el concebido es parte de las vísceras o entrañas de la madre (*pars vis rum matris*), y admitiendo que nos hallamos ante una vida nueva, dependiente pero distinta, **cabe señalar, que el concebido, es realmente y en todo momento, una vida humana, individual y personalizada**, no se trata ya tan sólo de una especie de vida o especie de hombre, de una vida que por hallarse en gestación, por tanto, en un status inferior o en proceso de hominización, no pueda equipararse al hombre, exigiendo idéntica protección por su importancia y trascendencia merecedora de un reconocimiento y una protección legalmente plena.

Por ende, determinar cuál es el status jurídico del concebido, es decisivo para resolver los problemas respecto del maltrato que recibe, tales como por violencia intrafamiliar, por drogodependencia de la madre y otros móviles, lo que acarrea graves deficiencias, como malformaciones físicas y/o síquicas, hechos que serán previstos en el ordenamiento jurídico, solo en tanto se considere al concebido como "persona" merecedora de respeto a su dignidad.

Y si se pretende una protección efectiva de los Derechos Fundamentales del concebido, no es suficiente con que dicha protección se encuentre escrita en una ley sino que es menester que ello, también sea auténticamente posible, es decir, que la interpretación que se haga de esa ley permita no solo una eficaz y pronta tutela de tales derechos, sino también que represente en los hechos, una norma operativa, de inmediata y directa aplicación al caso concreto.

Esta toma de conciencia debe comenzar siempre por el aparato jurídico, que es quién rige y determina las relaciones entre los particulares, por lo tanto, deberá enfrascarse primeramente en lo que implica la justicia. Y como indica su raíz etimológica, el término

“jurídico”, nace del ius y de éste la palabra justicia, que es dar a cada uno lo que le corresponde.

Esta correspondencia, para ser eficaz y permitir a los hombres un desarrollo pleno en su vida comunitaria, tiene un solo parámetro: la naturaleza humana. El hombre, como parte del Derecho ha sido llamado a descubrir lo que es justo, que no es otra cosa que lo suyo de cada uno, comenzando por lo más íntimo, profundo y misterioso como es la propia vida humana, seguida por la prevalencia de la integridad física y síquica.

Y se comprende que la posición más justa es la que reconoce a todo ser humano el estatus de “persona”, independientemente de sus accidentes (edad, estado físico, síquico, raza, cualidades, etc.), por tanto, son igualmente personas el anciano, el adulto, el discapacitado, el concebido, el recién nacido, el comatoso y el feto; todos ellos comparten la personalidad como una realidad ontológica fundada en el ser.

Por otra parte, resultaría artificial y carente de todo respaldo científico la teoría que sostuviera que, con antelación al nacimiento, aquella que se desarrollaba en el interior de la matriz, no era vida o que no correspondía a un ser humano. De lo cual se desprende que siempre, desde la fecundación, fue y sigue siendo digna de respeto y tutela jurídica.

Asimismo, se debe interpretar que los derechos inalienables de la persona deben ser reconocidos y respetados por parte de la sociedad civil y por la autoridad política. **Ya que los derechos del hombre no están subordinados ni a los individuos, ni a los padres y tampoco son una concesión de la sociedad o del Estado: pertenecen a la naturaleza humana y son inherentes a la persona** en virtud del acto creador que la ha originado.

Si bien es elogiable que se encuentre ello en nuestro ordenamiento jurídico, también sentimos la falta de materia jurídica y jurisprudencia en cuanto a la protección del concebido, lo que lógicamente debemos cambiar porque se debe promover la lucha por sus derechos, por ser ésta la etapa más proclive a recibir malos tratos y por sobretodo la más indefensa.

El maltrato al concebido, es una figura que no se encuentra incluido en nuestro ordenamiento jurídico, ni siquiera en aquel que es el específico, esto lamentablemente porque el reconocimiento de este ser como niño, es solo letra muerta. No es tomado en cuenta como un ser individual y de existencia propia que sufre maltratos en su integridad física y síquica, atentando de esa manera contra su dignidad y respeto.

Además, se deduce que el Estado que no pone su poder al servicio de los derechos de todo ciudadano, y particularmente de quien es más débil, quebranta los fundamentos mismos del Estado de derecho. El respeto y la protección que se han de garantizar, desde su misma concepción, a quien ha de nacer, exige que la ley prevea sanciones penales apropiadas para toda deliberada violación de sus derechos.

Es por todo este acontecer que debe cambiar nuestra legislación, creando garantías concretas y que realmente tengan mucho valor y contenido para favorecer tanto a la madre gestante como al concebido, dentro y fuera de la familia. Se debe también crear una nueva conciencia en la sociedad, acto que registra la Ley 1674 en su artículo tercero, principalmente con el atavismo del machismo y otros que se encuentran muy arraigados en nuestra población, para de una vez frenar estos abusos que son de forma permanente.

De este modo y en forma legal lograremos proteger el capital humano, empezando por la salvaguarda del concebido, como ser humano y que se encuentra reconocido como niño por nuestro ordenamiento jurídico, donde también debe figurar de forma explícita el reconocimiento de sus Derechos Fundamentales y la protección tanto a su integridad física como síquica, señalando a la vez las conductas de maltrato al no nacido como hechos que transgreden los derechos de éste sujeto.

Llegando de esta manera a equiparar en sus derechos al concebido, con cualquier otro individuo, como lógicamente debe ser.

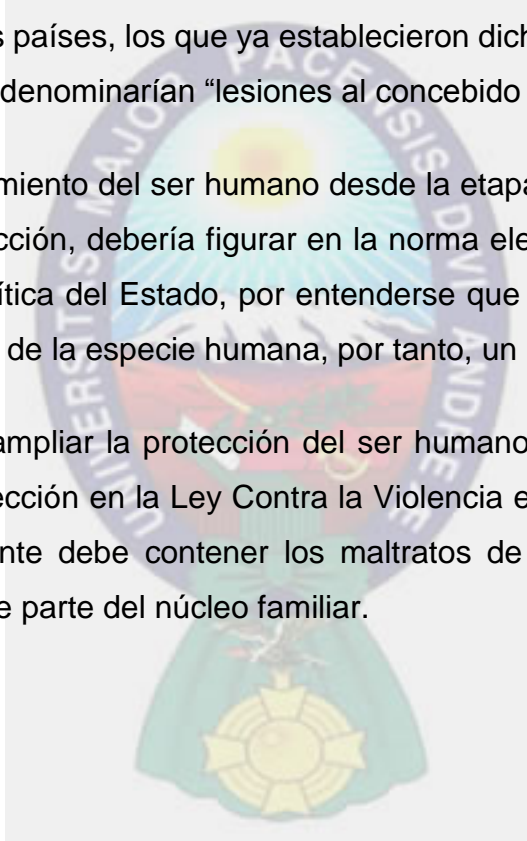
RECOMENDACIONES.

Uno de los aspectos que se resaltó en el transcurso de la realización de la tesis, principalmente en el capítulo cinco, fue la increíble necesidad de hacer figurar las lesiones al feto en el Código Penal, como norma sancionadora por excelencia, hecho que no se trató en el presente estudio, por encontrarse el mismo delimitado de antemano.

Lesiones que deben encontrarse en un capítulo aparte, tomando para ello los ejemplos de las normas de otros países, los que ya establecieron dichos actos como delitos, es decir, aquellos que se denominarían “lesiones al concebido o lesiones al feto”.

Asimismo, el reconocimiento del ser humano desde la etapa de la concepción con su correspondiente protección, debería figurar en la norma elemental del país, es decir, en la Constitución Política del Estado, por entenderse que la maternidad es la única forma de preservación de la especie humana, por tanto, un hecho elemental.

Otra forma de hacer ampliar la protección del ser humano desde la concepción, es estableciendo su protección en la Ley Contra la Violencia en la Familia o Doméstica, Ley que necesariamente debe contener los maltratos de que puede ser sujeto el concebido, por ser éste parte del núcleo familiar.



BIBLIOGRAFÍA

ALCAZAR DEL CASTILLO, Franklin y Otros.

1998 Investigación Consumo de Alcohol, Tabaco, Cocaína y otras Drogas en Bolivia. CELIN. La Paz

BALCAZAR, Juan Manuel.

1937 Protección y Crianza del Niño. ARNO. La Paz

BERTONI, Nora.

1990 “El Niño y las Drogas Psicoactivas”. En: Manual de Orientación para Educadores. Cuadernillo N°4. CIRCA. Buenos Aires

BOLIVIA. Ley 2026.

1999 Código del Niño, Niña y Adolescente. La Paz.

BOLIVIA. Ley 12760.

1975 Código Civil. La Paz.

BOLIVIA. Ley 1768.

1997 Código Penal. La Paz.

BOLIVIA. MINISTERIO DE GOBIERNO.

1995 Contra el Abuso del Alcohol y el Alcoholismo. Ministerio de Gobierno. Secretaría Nacional de Defensa Social. Subsecretaría de Prevención y Rehabilitación Social. La Paz

BOLIVIA. MINISTERIO DE PLANEAMIENTO Y COORDINACIÓN.

1979 Hacia un Diagnostico de la Niñez Boliviana. La Situación del Niño Popular. Ministerio de Planeamiento y Coordinación. La Paz

BOLIVIA. SECRETARIA NACIONAL DE SALUD.

1996 Salud Sexual y Reproductiva. Ministerio de Desarrollo Humano. La Paz

BORREL, Antonio.

- 1954 *La Persona Humana. Derechos Sobre su Propio Cuerpo Vivo y Muerto.* BOSCH. Barcelona
- BOSSER, Gustavo.
- 2000 *Derecho y manipulación genética. Principios generales y especiales de la reproducción.* En:
<http://comunidad.derecho.org/dergenetico/LibroDerechoManGeneCap.html>.
- BURROUGHS, Arlene.
- 1994 *Enfermería Materno Infantil.* Talleres de Prensa Técnica. México.
CARAFÁ, Carlos y Otros.
- 1983 *Luz y Sombra de la Vida. Mortalidad y Fecundidad en Bolivia.*
Ministerio de Planeamiento – UNFPA. La Paz
CARSON, Hampton.
- 1965 *Herencia y Vida.* Limusa Willey. México.
CASTRO, Arteaga Carmen.
- 2001 *Bases jurídicas para la protección de los derechos fundamentales dentro de la fecundación asistida extracorpórea.* Tesis para optar al Título de Licenciatura en Derecho en la UMSA. La Paz.
CHAUCHARD, Paul.
- 1970 *El Progreso Sexual.* Fontanella. Barcelona.
CRIALES, Pastor.
- 1935 *Protección a la Infancia.* S/e. La Paz.
- Centro De Orientación Familiar.
- 1987 *Población y Desarrollo Económico Social.* OPS. La Paz
- Clínica de Atención Integral al Niño Maltratado (CAINM-INP).
- 1995 *Maltrato Físico Sistema Nacional de Información. Síndrome Niño Maltratado.* Defensoría del Pueblo. Bogotá.
- Colegio de Abogados de Puerto Montt.
- 2002 *La vida Humana Incipiente en el Derecho Romano.* Montevideo.
En: <http://español.groups.yahoo.com/grup/ensayos/mensajes/80>

Comité de Ministros del Consejo de Europa.

1997 **Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad Humana en relación con la aplicación de la biología y la medicina sobre la prohibición de clonar seres humanos.**

En:<http://comunidad.derecho.org/dergenetico/ProtocoloConvDDHHBiomed.html>

COMUNIDAD DE MADRID.

1990 “Drogas Institucionalizadas”. En: Manual de Orientación para Educadores. El Accionar Educativo ante la Situación de Toxicodependencia. Cuadernillo N° 4. Secretaria de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha contra el Narcotráfico. Buenos Aires.

Conferencia General 29a. de la ONU.

1998 **Declaración Universal Sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.** ONU. Washington.
CONNILL, Victor.

1945 Embarazo Ectópico. Salvat Editores. Barcelona.

CORRAL Talciani, Hernán.

2002 Notas sobre el status jurídico del concebido. En:
<http://noticias.juridicas.com/acreas/45-derecho%20civil/10-art%Edculos/200404-265513131044911.html>.

CUEVAS Diaz, Emiliano.

2002 El Nasciturus y el derecho fundamental a la vida. En:
<http://www.caipe.org.pe/guia/teo.htm>

DAZA, Giovanni (coord.)

1987 La Niñez Abandonada en Bolivia. UNICEF. La Paz
DONNELLY, Jack.

1994 Derechos Humanos Universales en la Teoría y la Práctica.
Gernka. México.

DUARTE Riascos, Jerónimo.

1992 “Un problema de derechos: el nasciturus”. En: *A la luz del Código Civil y la Constitución Política de 1991.*

En:<http://derecho.uniandes.edu.co/client/images/bol/nasciturus.doc>.

ELIODORO, José Antonio.

1995 “Que es el Alcoholismo?”. En. *Contra el Abuso del Alcohol y el Alcoholismo.* Editorial. La Paz

EYSENCK, H. J.

1982 *Personalidad.* En: <http://usuarios.lycos.es/doliresa/index-2.html#ftnref8>.

FERNANDEZ, Carlos.

1995 *Tratamiento Jurídico del Concebido. En La Persona en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un Código Civil tipo en Materia de Personas.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

FERNÁNDEZ, Carlos

2002 *Propuestas para el Debate Constitucional.* Universidad Externado de Colombia. Lima.

FERNÁNDEZ, Oscar.

2003 *La Vida Humana ¿A partir de cuando somos seres humanos? Cultura de la vida* en: <http://www.pithpress.com.mx/specialEd/Abortion/ab01sp.htm>

FEMENIA López, Pedro.

1999 *Status Jurídico del Embrión Humano con Especial Atención al Concebido In Vitro.* Susana Santos Prieto. Madrid.

JÜNEMANN, Guillermo

1944 *Historia de la Literatura Universal.* En: http://html.rincondelvago.com/antigona_sofocles_7.html. Friburgo.

GEORGES, Dumas.

- 1954 Nuevo Tratado de Psicología. T. VII. Kapeluz S.A.. Buenos Aires.
HERNÁNDEZ, José Gregorio.
- 1997 Sentencia C-013 de 23 de enero de 1997. Corte Constitucional.
Medellín.
- HILU, Virginia (comp..)**
- 1974 Participación de la Escuela en la Educación Sexual. Pax-
México. México D.F.
- HOYOS, Ilva Myriam.**
- 2000 La Persona y sus Derechos Consideraciones Bioético-Jurídicas.
TEMIS S.A. Bogota.
- HUGHES, Jennifer.
- 1984 Manual de Psiquiatría Moderna. Limusa. México.
- IBAR, Andrea Marina.
- 2002 Personalidad del Embrión. Los Derechos Reproductivos. en:
<http://www.vidahumana.org/vidafam/onu/derechos-rep.html>
- JIMÉNEZ, Sanjinés Raúl.**
- 2000 Menor Trabajador. Presencia. La Paz
- JIMÉNEZ DE ASUA, Luis.**
- 1942 Libertad de Amar. 5ª ed. Lozada S.A. Buenos Aires.
- LAFORA, Gonzalo.
- 1957 La Educación Sexual y la Coeducación de los Sexos. 2ª ed.
Lozada S.A. Buenos Aires.
- LEJEUNE, Jerome.
- 1991 El Aborto. Genes y vida humana en:
<http://expage.com/page/Aborto>.
- 1991 El comienzo de la vida humana. ¿Cuándo somos una personalidad humana? en: <http://www.encuentra.com/zar/aborto/2mito0.html>
- MARQUISET, JEAN.**
- 1971 “Los Derechos Naturales”. En: ¿Qué Sé?. Oikos-Tav.
Barcelona.

MÉXICO. MINISTERIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

2002 **Comunicado en Ocasión del Pronunciamiento sobre la Ley Robles.** Ministerio de la Suprema Corte de Justicia. México
MICROSOFT.

1998 **ENCICLOPEDIA MICROSOFT ENCARTA 98**

MIRANDA Cordero, Cesar.

1990 **El Derecho Legal a la Planificación Familiar.** Tesis para optar al
Título de Licenciatura en Derecho en la UMSA. La Paz

Movimiento por el Derecho a Vivir y Organización Pro Vida de España.

2002 **Declaración de Derechos del Niño por Nacer.** En
<http://persowanadoo.es/angeljes/44/44.htm>
manosunida.org/folletos/n3/n3p05.htm
caipe.org.pe/guía/teo.htm
unizar.es/unión_europa/htm

NOWOTNY Vera, Alejandro.

1980 **Derechos Humanos.** Tesis para optar al Título de
Licenciatura en Derecho en la UMSA. La Paz.

OMEBA.

1985 **Enciclopedia Jurídica.** Talleres de Industria Gráfica del Libro.
Buenos Aires.

OPS/OMS.

2000 **Informe Mundial Sobre la Violencia y la Salud. Prevención.** Centro
de Documentación OPS/OMS. México

PAPALIA, Diane y Wendkos Sally.

1999 **Psicología del Desarrollo.** 7ª ed. Ultra S.A. México.

PARAGUAY. LEY 903

1981 **Código del Menor del Paraguay.** Asunción.

PASCUAL, P.

1997 “Los hijos del frío” en: **Desde la fe.** En: htm.Nº145.26.12.19

POMA, Marcos.

- 1990 *El Menor al Margen del Contexto Legal Protectivo*. Tesis para optar al Título de Licenciatura en Derecho en la UMSA. La Paz.
- RANCE, Susana.
1990 *Planificación Familiar. Se Abre el Debate*. Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Población. La Paz.
- RUIZ, Patricia
2000 “Proyecto de ley de los Derechos del Niño por Nacer”. En: *Por el Servicio a la Vida Movimiento Fundar (SEVI)*. Gacetilla nro. 14. en: <http://www.vidahumana.org/eventos/proyecto-pornacer.html>.
- RUIZ Atala, M.
2002 *El Maltrato Que No Se Ve*. En: <http://www.seminario.com.mx/2002/268-24032002/temasSemana.html>
- SAAVEDRA, María Luisa.
1950 *Publicaciones de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Régimen Jurídico de la Menor de Edad en Bolivia*. UMSA. La Paz.
- SALAZAR Meneces, Lucía.
2001 *Tratamiento socio-jurídico de las Lesiones al Feto*. Tesis para optar al Título de Licenciatura en Derecho en la UMSA. La Paz.
- SÁNCHEZ Berzaín, Carlos.
1995 “Presentación”. En: *Contra el Abuso del Alcohol y el Alcoholismo*. Secretaría de Defensa Social. Subsecretaria de Prevención y Rehabilitación Social. La Paz
- SAN JUAN, Mario.
1983 *Alcohol y Alcoholismo*. Mezquita. Madrid.
- SANZ Fernández, Jesús.

- 1993 Psicología de la Personalidad. En:
<http://www.ucm.es/info/psclinic/profesores/j sanz.htm>.
SBOCIA Espinoza, Patricia.
- 1971 El Problema de los Menores en Situación Irregular. Editorial
Jurídica de Chile. Santiago.
SGRECCIA, E. y Di Pietro. L. M.
- 1999 “Manipulazioni genetiche e procreazione artificiale” en: FEMENIA,
López Pedro. Status Jurídico del Embrión Humano con Especial
Consideración al Concebido In Vitro . Madrid
- SIVILA, Gustavo.
2002 “Un Problema Bioético. Embriones Sobrantes en la Fecundación
in vitro y Manipulación Genética”. En: La Gaceta Jurídica N° 8. en:
<http://www.vidahumana.org/temas/salud.html>.
- TRIAS, Miguel.
1974 El Hijo Indeseado. Retina. Bogota.
- UNICEF.
2000 Para la Vida. Saber para Salvar. J & J Asociados. Barcelona.
En: <http://www.unicef.org/spanish/ffl/forewrd.htm>
- VARGAS Coca, Rafael.
1953 El Torno de los Niños Abandonados. Tesis para optar al Título de
Licenciatura en Derecho en la UMSA. La Paz.
VIRUEL Lino, Maria del Carmen.
- 2002 El Nasciturus Sujeto de Derecho. Tesis para optar al Título de
Licenciatura en Derecho en la UMSA. La Paz.
- Watch Tower Bible and Tract Society of New York.
1987 Traducción del Nuevo Mundo de las Santas Escrituras.
International Bible Students Association. New York.
- WOLOWYNA, Oleh y Aguirre Guido.
1990 Sobrevivencia Infantil en Bolivia. Dirección Nacional de Salud
Materno Infantil. La Paz.

