

UNIVERSIDAD DE LAS AMERICAS

FACULTAD DE DERECHO

LA PROTECCIÓN JURIDICA AL NO NACIDO EN EL ECUADOR

Trabajo de titulación presentado en conformidad a los requisitos
Para obtener el título de Abogado

Dr. René Bedón Garzón

Gabriela Valdivieso Ortega

2008

“AGRADECIMIENTOS”

Mi gratitud en principio a Dios, sin su bendición no hubiese llegado hasta aquí.

A mi abuelito Rubén, de quien heredé la pasión por el Derecho y quien ha sido mi mejor maestro a lo largo de toda mi carrera, por su tiempo y sapiencia y sobre todo por su paciencia para revisar línea a línea mi tesis.

Al Dr. René Bedón, maestro y amigo, por su ejemplo, apoyo y el tiempo dedicado a corregir minuciosamente mi trabajo, a quien reitero mi admiración y afecto.

DEDICATORIA:

A mis padres, Juan Carlos y Judith, a quienes amo y admiro profundamente, además, han sido los pilares fundamentales de mi vida.

A mis hermanos, Valeria y Juan Emanuel, estímulo constante para querer mejorar cada día, en el intento de convertirme en ejemplo a seguir.

A mis abuelitos Rubén, Julio, Albita y María del Cisne, por toda la comprensión, protección y cariño que he recibido a lo largo de mi vida.

RESUMEN

Este trabajo trata de un tema fundamental: la persona natural y su derecho a la vida, se ha desarrollado desde un punto de vista jurídico y, por consiguiente, del Derecho de la Persona, reducido en los Códigos Civiles tradicionales a unos pocos artículos sobre el nacimiento, la muerte y algunos atributos de la personalidad; esta legislación se debe reformular completamente dando al Derecho a la persona un lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico privado, y asignándole posiblemente algunas reformas al Libro I del Código Civil, sino un nuevo libro adicional.

Se realiza una revisión de la doctrina, para a través de las diferentes posiciones, determinar el momento del inicio de la vida humana y, por lo tanto, el momento desde el cual debe empezar la protección legal.

Analizo detenidamente la única jurisprudencia respecto al tema en el Ecuador, caso POSTINOR 2, para saber el porqué de la resolución tomada por nuestros Jueces Constitucionales.

Mediante el derecho comparado se han consultado otras legislaciones para establecer semejanzas y diferencias, a fin de conocer la protección otorgada al no nacido, en otros países (España y Argentina); y se han examinado Convenios y Tratados Internacionales importantes, relacionados con el tema; concluyendo con un análisis de las diversas leyes existentes y vigentes en el Ecuador, que considero se deben modificar, a fin de armonizar el cuerpo normativo.

El tema de la protección jurídica al no nacido, y su principal derecho, el derecho a la vida, han sido origen de polémica y distintos enfoques, durante muchos años; pero hoy está claro que el hombre no es un producto del derecho sino, según palabras de Miguel de Unamuno: "el hombre de carne y hueso, el que nace, sufre y muere, sobre todo muere, el que come y bebe y juega y duerme y piensa y quiere".

INDICE

	Págs.
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	
1. EL DERECHO A LA VIDA	
1.1. Definición de Persona	3
1.2. Clasificación de las Personas	10
1.3. La Persona Natural	13
1.3.1. Los Derechos esenciales de las Personas Naturales	15
CAPITULO II	
2. CUANDO COMIENZA LA VIDA HUMANA	
2.1. Como empieza la vida, Análisis Biológico	18
2.2. Análisis de las Posiciones Respecto al inicio de la Vida Humana	19
2.2.1. Animación antes de la concepción	19
2.2.2. Animación al momento de nacer	20
2.2.3. Animación después de la concepción pero antes del nacimiento	20
2.2.4. Animación el momento de la fecundación	20
2.2.5. Para la Iglesia Católica e Instituciones afines	21
2.2.6. La teoría de la anidación	21
2.2.7. El que está por nacer empieza con la actividad cerebral del embrión	21
2.2.8. El que esta por nacer empieza con la racionalidad o culturización del feto	21
a) La Concepción se produce el momento de la Fecundació	23

b)	La concepción se produce el momento de la implantación en el útero materno, esto es, catorce días después de la concepción	24
c)	Posición de la Legislación Ecuatoriana respecto a la Presunción de la época de la Concepción	25

CAPITULO III

3. ANALISIS DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA RESPECTO AL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA Y LA PROTECCIÓN JURÍDICA AL NO NACIDO

3.1.	La Constitución Política de la República del Ecuador	27
3.2.	Posición del Código Civil	30
3.2.1.	Inicio de la vida humana	30
3.2.2.	Protección de la vida del que está por nacer	37
3.2.3.	Protección de los derechos eventuales del no nacido	39
3.3.	Código Penal	41
3.4.	En el Código de la Niñez y la Adolescencia	44
3.5.	La Convención Americana de Derechos Humanos	46
3.6.	La Declaración Universal de Derechos Humanos	47

CAPITULO IV

4. DERECHOS COMPARADO Y JURISPRUDENCIA

4.1.	Derecho Comparado	48
4.1.1.	Argentina	48
4.1.1.1.	Síntesis de la normativa actual	48

4.1.1.2. Derecho Penal	55
4.1.2. España	59
4.1.2.1. Ley sobre Reproducción Humana asistida en España	60
4.1.2.2. Inicio de la Existencia de la persona física	65
4.1.2.3. Divergencia entre el Código Civil y el Código Penal	70
4.1.2.4. España y los Derechos de la Personalidad	70
4.2. Análisis de Jurisprudencia en el Ecuador	72
4.2.1. Caso POSTINOR 2	72
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	90

INTRODUCCIÓN

En el mundo contemporáneo se ha producido un gran avance en las ciencias, por ejemplo, en informática existen nuevas tecnologías vinculadas al internet que exigen una rápida respuesta de las ciencias jurídicas, a fin de que estas nuevas relaciones no dejen de estar reguladas por su ordenamiento.

Este mismo fenómeno ocurre con las ciencias biológicas que han experimentado un desarrollo acelerado, de tal forma, que actualmente, no es raro hablar, de temas tan extraños, en otras épocas, como el trasplante de órganos, la investigación con células madre o la clonación, fenómenos a los cuales el Derecho también debe responder a fin de regularlos.

Dentro de los problemas contemporáneos se encuentra el del inicio de la vida humana y la protección al no nacido. En efecto, se han presentado varias posturas doctrinarias e inclusive teológicas, desde aquellas clásicas romanas de considerar al no nacido como una víscera materna y como un ser potencial, cuyos derechos se suspenden hasta el momento en que se verifica la condición del nacimiento, pasando por las teorías de la culturización, que pretenden ver la aceptación de la madre, como una condición para el comienzo de la vida humana; hasta la posición de la iglesia católica que considera a la vida una solución de continuidad en la que el proceso vital nunca se suspende, sino que únicamente se proyecta con el nuevo ser en el momento de la singamia.

Estas distintas posiciones han generado, a su vez, que en el marco legal se produzcan una serie de normas, hasta contradictorias, respecto al tiempo en que se debe considerar el comienzo de la vida humana y, por lo mismo, el momento en que el no nacido debe ser titular de derechos subjetivos.

En el Ecuador se contraponen varias normas existentes en diferentes cuerpos legales, en las cuales se considera al no nacido de diversas formas; sujeto

pleno de derechos desde la concepción, hasta como un ser digno de protección jurídica. Inclusive, existen normas legales que se contraponen a normas de Derecho Internacional y que son además evidentemente inconstitucionales.

El objeto de la presente investigación es realizar un análisis de la doctrina, a fin de determinar las diversas posiciones en relación al comienzo de la vida humana, de las normas existentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, de la posición asumida por otras legislaciones, del problema actual respecto a la utilización de la pastilla denominada “del día siguiente”; para concluir con una aproximación a las normas legales que es necesario modificar, en la legislación interna ecuatoriana a fin de armonizar el Derecho Positivo.

CAPITULO I

1. EL DERECHO A LA VIDA

1.1. DEFINICIÓN DE PERSONA

Persona es el ser humano. Definición actual, sintética, exacta y sencilla, que no admite mayores explicaciones.

El legislador ecuatoriano, cuando intentó una definición abundó en cualidades que, por inherentes, resultan innecesarias y empezó una clasificación que nada tiene que ver con la definición misma: TODOS LOS INDIVIDUOS DE LA ESPECIE HUMANA, CUALQUIERA QUE SEA SU EDAD, SEXO O CONDICIÓN.¹

EL Legislador Argentino incurrió en una generalidad confusa, cuando sintetizó su concepto partiendo de ENTES, que en verdad es todo y es nada: TODOS LOS ENTES SUSCEPTIBLES DE ADQUIRIR DERECHOS Y CONTRAER OBLIGACIONES.² Los derechos y obligaciones atinentes a las personas ya son cualidades de las mismas, que no pueden ni deben estar juntos, cuando se trata de definirlos, puesto que, si partimos del hecho del nacimiento, existirán personas que, nunca pudieron hacer uso de sus derechos ni cumplir obligaciones.

Creo que en la actualidad las personas existen aun independientemente de esas cualidades.

En el aspecto jurídico ese concepto ha sufrido variaciones, con los tiempos, que son notables.

¹ "Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sea su edad, sexo o condición. Divergence en ecuatorianos y extranjeros" Código Civil, Art. 41.

² "Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones" Código Civil Argentino, Art. 30.

Etimológicamente, PERSONA³, proviene del latín PERSONAE y era la máscara que usaban los actores para que, con resonancia, algo se ampliara la voz, y aparentara características de quien querían representar; luego se fue acomodando el concepto hasta confundirse primero con el actor mismo, y después con el representado; al final el vocablo fue sinónimo de HOMBRE, como protagonista de la vida. En definitiva, desde sus inicios se utilizó el término para referirse al ser humano.

Filosóficamente, ha sido considerada como una sustancia individual de naturaleza racional, por Boecio; como naturaleza humana encarnada en un individuo, por Headrick; y, jurídicamente, como ser humano individual o colectivo, capaz de derechos y obligaciones, por Julián Calvo.⁴

Es preciso destacar que se ha descartado la posibilidad de que la personalidad jurídica, se encuentren en los reinos vegetal y zoológico, porque solo cabe en el hombre como ser inteligente y existente en el Universo. De tal manera que aquella distinción que surgía anteriormente, en tiempos en los cuales se establecía una diferencia fundamental entre hombres y esclavos, ahora ya no existe, supuesto que todo ser humano, todo hombre, tomado el concepto como individuo de la especie humana, es persona, independientemente de la personalidad jurídica que puede llegar o no a tenerla. Y vienen los derivados, que para efectos de su mejor empleo, es necesario tenerlos en cuenta, tal como los ha definido la Academia de la Lengua.⁵

PERSONACIÓN. Acto de comparecer formalmente como parte en un juicio.

PERSONADO. Prerrogativa eclesiástica, sin jurisdicción.⁶

PERSONAJE. Sujeto de distinción y calidad o representación en la vida pública.

PERSONAL. Perteneiente a la persona o propio o particular de ella.

³ Cabanellas Guillermo, Diccionario de Derecho Usual: Editorial Heliasta. S.R.L., Buenos Aires, 1974, Pág. 286

⁴ Id. Página 286

⁵ Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Edición. 1984, Pág. 1049

⁶ Además Diccionario de Derecho Canónico, Librería de Rosa y Bouret, París, 1853, pág. 936

PERSONALIDAD. Diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra. Y sobre todo, aptitud legal para intervenir en un negocio o para comparecer en juicio.

PERSONALISMO. Adhesión a una persona o a las tendencias que ella representa especialmente en política. Tendencia a subordinar el interés común a miras personales.

PERSONAMIENTO O PERSONACIÓN. Acto de comparecer como parte en un juicio.

PERSONARSE. Comparecer como parte interesada en un juicio o pleito

PERSONERA. La que en unión de otras mujeres que ostentan cargos representativos auxilia a al alcaldesa, en ciertas festividades religiosas españolas.

PERSONERÍA. Está aceptado como capacidad y representación legal; es más propio y exacta personalidad (personalidad jurídica)

PERSONERO. El constituido procurador para entender o solicitar negocios ajenos.

Otros derivados como PERSONIFICACIÓN, PERSONIFICANTE, PERSONIFICAR, PERSONIDA, PERSONUDO, catizos en realidad, no tienen mayor importancia para el tema.

Luego de haber intentado una definición exacta y lacónica, me parece que el legislador ecuatoriano se excedió en detalles, en el Art. 41 del Código Civil⁷ cuando considera personas a “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad sexo o condición”. Bajo el supuesto de que nuestra Constitución Política prohíbe distinciones que se fundamenten en esos factores es claro que en la definición es innecesaria la clasificación realizada.

⁷ “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sea su edad, sexo o condición. Divergence en ecuatorianos y extranjeros” Art. 41, Código Civil.

Creo que es indispensable que todas las ramas del derecho confluyan en sus diferentes perspectivas, se unifiquen sus contenidos pues una persona natural la caracterizan los derechos humanos, los derechos constitucionales especialmente reglamentados, los derechos protegidos por el ordenamiento penal, los derechos y los atributos de la personalidad civil. Y esta caracterización debe ser válida igualmente para todas las ramas del derecho.

El derecho es una creación del hombre y para el hombre, y la persona natural es la destinataria final de la norma jurídica, ya sea en el derecho público o en el privado, pues siendo el hombre su creador, el objetivo de dicha creación será siempre el bienestar, la seguridad, la imposición de conductas o la defensa de valores de su propio creador.

Hay una distinción necesaria que debe tenerse en cuenta, no puede confundirse “persona natural” y “sujeto de derecho”.

Al analizar con detención la protección otorgada por las Constituciones políticas, por los Códigos Penales o las leyes Civiles y Laborales, es notorio que se dirigen de preferencia a la persona natural y solo por extensión resultan aplicables a otros sujetos de derecho.

El derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, etc. son difícilmente aplicables a las personas jurídicas, se lo puede constatar con algunas normas civiles, penales y laborales, cuando tratan temas como el

homicidio, el aborto, la previsión por enfermedades o la cesantía, o los derechos del no nacido; esas normas solo se dirigen a las personas naturales y son inaplicables en las personas jurídicas.

Según el profesor Fernando Fueyo Laneri⁸ para dar un concepto, desde el punto de vista civil deben tenerse en cuenta tres aspectos fundamentales.

El primero se refiere a la “generalidad que debe abarcar el concepto.”⁹No se trata de personas en cuanto comerciantes, aspecto que abordará el derecho mercantil; o de las personas en tanto trabajadores asalariados, punto que le corresponderá al derecho laboral y así sucesivamente. En el campo del derecho Civil las personas tendrán un estatuto general, y son consideradas simplemente como individuos de la especie humana, basándose en su esencia común e inalterable.

El segundo aspecto tiende a considerar no solo la concepción patrimonial de la persona, y trata de abarcar también los derechos extramatrimoniales; definiendo así a la persona, más por sus características vitales, espirituales y morales, que por su economía o patrimonio. Afirma así el profesor David Sttichkin¹⁰ que con ello “se ha dado plena configuración y sentido al concepto de la personalidad”.

⁸ Citado por Figueroa Yáñez Gonzalo, Derecho Civil de la Persona, Editorial Jurídica de Chile, Salesianos S.A. 2001, Página 19.

⁹ Id., Página 19.

¹⁰ Citado por Figueroa Yáñez Gonzalo, Derecho Civil de la Persona, Editorial Jurídica de Chile, Salesianos S.A., 2001. Página 19.

El tercer punto se refiere a la importancia que tiene la persona natural dentro del Derecho Civil; y si esta rama del derecho es la base del derecho privado, puesto que no hay nada mas privado que la persona misma, debe ser ella la que lo fundamente.

En los diversos Códigos Civiles modernos se trata a la persona, siguiendo la línea del Código Francés de 1804; en su mayoría, han dedicado a los derechos de las personas muy pocas disposiciones.

En nuestro Código Civil se define a la persona natural en el Art. 41;¹¹ en los siguientes artículos se tratan muy escuetamente algunos atributos de la personalidad, como el domicilio;¹² sobre el principio y el fin de la existencia de las personas hay disposiciones contenidas del Art. 60 al 65;¹³ y se dedica prácticamente todo el resto del Libro a una reglamentación larga y minuciosa del matrimonio y de las relaciones de familia.

No creo que nuestro Código haya soslayado a propósito el tema; jamás se ha negado la importancia al individuo humano y su privilegio en la cima del ordenamiento jurídico, pienso que esta omisión se debe a la certeza de que el ser humano se encuentra plenamente protegido por el ordenamiento constitucional.

¹¹ “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sea su edad, sexo o condición. Dividense en ecuatorianos y extranjeros.” Código Civil, Art.41.

¹² Código Civil, Arts. 42-59

¹³ Código Civil, Arts. 60-65

En los Códigos Civiles del siglo XIX se trató a las personas como sujetos de relaciones jurídicas, específicamente reglamentadas; es a partir de mediados del siglo XX que los Códigos empezaron a extender sus disposiciones a los derechos fundamentales de las personas; en efecto, ni el Código español de 1889 ni el alemán de 1900 tratan estas materias con definición.

“Fue el Código Civil italiano de 1942 el primero que incorporó esta materia a la civilística mundial”¹⁴ seguido por el Código Civil portugués de 1967, que dedicó ya algunas de sus normas a los derechos esenciales, así por ejemplo en su Art. 70¹⁵ se protege a los individuos de cualquier ofensa o amenaza de ofensa que pueda afectar su personalidad física y moral.

Dentro de Latinoamérica podemos citar el Código Civil peruano de 1984, cuyo Libro I se denomina “Derechos de las personas”, el Código Civil de Québec de 1994 cuyo Libro I está destinado a “Las Personas” y en él trata de varios derechos que les son inherentes al ser humano.

Finalmente también el proyecto de Código Civil brasileño de 1963 tiene un Libro I denominado “De las personas” y el Código Civil paraguayo de 1964 tiene también el Libro I de igual nombre.¹⁶

¹⁴ Figueroa Yáñez Gonzalo, Derecho Civil de la Persona, Editorial Jurídica de Chile, Salesianos S.A, 2001. Página 24

¹⁵ “La ley protege a los individuos contra cualquier ofensa ilícita o amenaza de ofensa su personalidad física o moral.” Código Civil de Portugal, Art.70

¹⁶ Información contenida en Figueroa Yáñez Gonzalo, Derecho Civil de la Persona, Editorial Jurídica de Chile, Salesianos S.A., 2001 Página 24

1.2. CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS

Después, quizá para aclarar el concepto, se emplea una clasificación, que no es la única, cuando divide a las personas en ECUATORIANOS Y EXTRANJEROS, indudablemente que el factor para esa distinción es político, toda vez que solamente los ecuatorianos gozan de los derechos políticos dentro del país, en tanto que los extranjeros no. Pero, los demás derechos que no tienen incidencia política, son comunes tanto para los unos, como para los otros. La división a la cual se refiere el Art. 44 ibidem tiene como fundamento el lugar de residencia, para establecer la diferencia que existe entre domiciliados y transeúntes.

La clasificación con la cual se inicia el texto del Art. 40. LAS PERSONAS SON NATURALES O JURIDICAS, en la actualidad resulta no sólo discutible, sino inexacta, porque por la definición empleada en el Art. 564. SE LLAMA PERSONA JURIDICA UNA PERSONA FICTICIA,¹⁷ por lo mismo es un arbitrio del legislador, que contradice la naturaleza humana esencial de las personas. Y no es cierto que las corporaciones y fundaciones de beneficencia sean las únicas personas jurídicas que existan, porque las Instituciones Públicas también lo son, tanto que el segundo inciso del Art.566¹⁸ ha debido dejarlas fuera, porque indudablemente para su funcionamiento precisan de otras leyes.

¹⁷ “Se llama persona jurídica una persona ficticia capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente.” Código Civil, Art. 564, Inc. Iro.

¹⁸ “Tampoco se extienden las disposiciones de éste título a las corporaciones o a las fundaciones de derecho público, como la Nación; el Fisco, las Municipalidades y los establecimientos que se costean con fondos del erario. Estas corporaciones y fundaciones se rigen por leyes y reglamentos especiales.” Código Civil, Art.566, Inc.2do.

Pero a estas horas cambiar el sistema, para que la personalidad jurídica solamente sea calidad y cualidad de las personas naturales, sería un esfuerzo inútil. Es por lo mismo, mejor, aun cuando sea discutible en su esencia, el concepto PERSONA JURIDICA¹⁹, para estos entes ficticios, mantener las cosas como están, porque en la práctica nada se ganaría con una revisión de esa naturaleza.

Confirma la imprecisión que se ha producido en la legislación el concepto PERSONA JURIDICA, el número de sinónimos que tiene; a continuación consignamos unos cuantos: PERSONA ABSTRACTA, PERSONA ARTIFICIAL, PERSONA CIVIL, PERSONA COLECTIVA, PERSONA DE EXISTENCIA IDEAL, PERSONA INCORPORAL, PERSONA MORAL, PERSONA NO FISICA, PERSONA SOCIAL.

Hoy en día en la sociedad y en el mundo jurídico existe la pugna de si debe primar la persona natural o la persona jurídica. Si nos basamos en el mundo de los negocios se tiende a privilegiar a la persona jurídica, debido a la sociedad mercantilista en la que nos desenvolvemos; pero el centro del derecho es el hombre como tal.

En la actualidad los términos “persona” y “persona jurídica” se encuentran íntimamente relacionados por varios factores, sin embargo, no debemos olvidar

¹⁹ Cabanellas Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.I., Buenos Aires, 1974, Página 289 y siguientes.

que estas personas jurídicas tienen detrás personas de carne y hueso que son sus creadoras.

No podemos desconocer que las personas jurídicas son un recurso técnico para el desarrollo, pero siempre el destinatario final es el hombre. Así Mosset Iturraspe²⁰ afirma que luego de sufrir toda clase de teorizaciones, la persona jurídica ha terminado por ser analizada como un “Mero instrumento jurídico, un medio que el Derecho otorga a los particulares para una actuación conjunta o asociada, tanto en la sociedad civil como en el mercado”. Lo cual ha llevado a la llamada crisis de la persona jurídica.

Esta crisis, en gran parte se da por la mala utilización de ésta figura, al llamar a cualquier organización “persona jurídica” y más aún el abuso en el que muchas veces incurren los socios o accionistas, por ejemplo, en las Sociedades Anónimas o en las Compañías de Responsabilidad Limitada, en las cuales la ley permite circunscribir la responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones, al límite de sus participaciones o acciones, sin poner en riesgo su patrimonio personal, abusando de ello en ciertas ocasiones, para evadir el pago de deudas contraídas a nombre de la compañía.

Tampoco es desconocido que en el mundo del capitalismo se utilizan figuras como las Compañías Off Shore, las Compañías Holding o Tenedoras de Acciones, inclusive figuras tan nuevas como las Fundaciones de Interés

²⁰ Citado en Arias C, Borda A, Borda G, Bueres A, Cifuentes S, Kemelmayer A, Massini C, Mattera M, Mazzinghi J, Morillo A, Mosset J, Noya G, Fernández C, Tobías J, Zambrano P, “Persona Jurídica y Persona Humana: El Abuso de la Personería”, en Borda G.A. (Director), La Persona Humana, FEDYE, Argentina, 2001. Páginas 358 y 359.

Privado (FIP), como escudo o cortina que defiende toda la injerencia e investigación de la vida interna de una o varias personas naturales.

Dar a la persona jurídica un valor superior sobre el que tienen la persona natural, resulta una exageración; pues la vida humana es el verdadero eje y centro del derecho.

1.3. LA PERSONA NATURAL

Los derechos de la persona en el Ecuador han sido solapados, pues durante décadas el legislador ha dirigido sus atención al Derecho Patrimonial. Si la norma jurídica es una creación del hombre, cuyo destinatario final es él mismo, resulta un poco extraño que el Código Civil Ecuatoriano no haya ubicado a la persona natural en el sitio que merece.

La causa se la puede encontrar en la historia de nuestro país; factores tales como la deuda externa, la inflación, la crisis bancaria, etc. han orientado al legislador a dirigir su atención, de preferencia, a temas de mayor impacto político (legislación laboral, societaria, bancaria, etc.).

Se incentiva a pensar el “yo soy por lo que tengo”, en lugar del “yo soy único e irreplicable, por mi mismo, en mi propia dignidad”.

En 1885, se encargó, por Decreto a la Corte Suprema, la redacción del Proyecto del Código Civil Ecuatoriano; en ese mismo año se publicó el Código Civil Chileno de Andrés Bello y en 1857, dos años más tarde, los Magistrados de la Corte Suprema, quienes habían dejado a un lado sus tareas para dedicarse a la misión encomendada y habían redactado hasta entonces

ochocientos setenta artículos, hicieron una carta en la que sugerían al Congreso Nacional adoptar la obra de Bello.

Esta propuesta fue acatada por los legisladores, quienes decretan en diciembre de 1960 la vigencia del nuevo Código Civil, a partir del 1 de enero de 1961.

Por lo mismo, nuestro Código Civil se copió totalmente del Código Chileno, el mismo que se basó en el Código de Napoleón y en el Derecho Romano.

El Código Civil Ecuatoriano en su Art. 40 dice: “Las personas son naturales o jurídicas”²¹. Utiliza además el termino persona como sinónimo de sujeto de derecho, y la referencia a la persona natural está en el Art. 41 ibidem “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sea su edad, sexo o condición. Divídense en ecuatorianos y extranjeros.”²²

Esta norma no contiene una definición acertada de persona natural, pues no conectan el género ni sus características propias, lo que ha llevado a la jurisprudencia y doctrina ecuatoriana a establecer y fijar el concepto en base a ciertos atributos, como la capacidad jurídica (condición legal que le otorga facultades para ejercer derechos y contraer obligaciones), nombre (atributo esencial para diferenciar a una persona de otra), estado civil (calidad permanente que un individuo ocupa en la familia y en la sociedad), nacionalidad (vínculo jurídico entre una persona y un Estado determinado), domicilio (residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella); y algunos autores incluyen el patrimonio (conjunto de derechos y obligaciones que son susceptibles de valorarse económicamente); atributos, que aun , son insuficientes para definirla.

Sin embargo, en Art. 41 tiene un mérito al establecer la “no discriminación” por edad, sexo o condición. Aclara entonces un primer punto nuestra legislación; todos los seres humanos somos personas, y, por lo tanto, sujetos de derechos.

²¹ Código Civil, Art. 40 Inciso 1.

²² Código Civil, Art. 41

La mayoría de doctrinas afirman que el inicio de la personalidad del ser humano es a partir de que éste tenga una vida independiente; sin embargo estos criterios se diversifican a la hora de determinar cuando la persona adquiere esa vida independiente.

La personalidad humana existe y produce efectos, desde el momento mismo de la concepción; el concebido ya puede ser heredero o donatario, por ejemplo, desde que nace vivo; en algunas legislaciones exigen que nazca vivo y viable. Sin embargo el concepto de persona excede con mucha la amplitud para ser titular de derechos y obligaciones patrimoniales.

1.3.1. Los Derechos esenciales de las Personas Naturales

El primer fundamento de los derechos esenciales de las personas naturales consagrados en Tratados Internacionales, Constituciones o Códigos, es su dignidad. De esta dignidad derivan los conceptos de igualdad jurídica, no discriminación y libertad.

Los derechos a la integridad física y moral, a la privacidad, al honor, a la intimidad, a la inviolabilidad del hogar, etc. tienden a resguardar la dignidad de cada individuo de la especie humana.

Algunos autores clásicos como Grocio, Hobbes, Rousseau sostienen que los derechos esenciales de las personas naturales se caracterizan por ser anteriores al Estado, basados en el iusnaturalismo o Escuela de Derecho Natural; se reconoce así que el hombre, en razón de su esencia y naturaleza, posee ciertos derechos fundamentales anteriores, inalienables y superiores a la sociedad.

Durante el siglo XIX la Escuela del Iusnaturalismo empezó a ser atacada, sosteniendo que no es correcta esa denominación para los derechos naturales, en el sentido estrictamente técnico - jurídico del término, mientras no estén reconocido en una norma jurídica (derecho positivo); hasta tanto serían nada más que valores, intereses, deseos humanos que no han llegado a convertirse en derechos propiamente.

Analicemos algunas de las características esenciales de los mismos:

a) Son Originarios.- “se producen independientemente de la actividad del titular dirigida o encaminada a adquirirlos”²³, es decir que surgen de la personalidad, no se necesita medios legales que los reconozcan.

b) Son Absolutos.- pues “atribuyen al sujeto un poder que puede hacerse valer frente a todos los terceros y una correspondiente defensa, contra actos de violación de quienquiera que provengan”²⁴.

Se dice que estos derechos tienen un sujeto pasivo universal, que en el lado del crédito están el acreedor singular o acreedores si son varios y en el lado del obligado el resto de la humanidad, que tienen una obligación de no hacer.

c) Generales.- ya que “constituye una característica de toda las personas naturales”²⁵ sin excepción alguna, es decir, no serían concebibles personas que no los tengan.

d) Indisponibles, inalienables, inenajenables, irrenunciables, intransferibles, intransmisibles, inembargables, imprescriptibles e inexpropiables.- Se refieren estas características a que el titular no tiene

²³ Figueroa Yáñez Gonzalo, Derecho Civil de la Persona, Editorial Jurídica de Chile, Salesianos S.A., 2001, Pág.44

²⁴ Id. Página 46

²⁵ Figueroa Yáñez Gonzalo, Derecho Civil de la Persona, Editorial Jurídica de Chile, Salesianos S. A. 2001, Pág. 48.

facultad para desprenderse de “su titularidad sobre un derecho que el ordenamiento entiende es esencial a su personalidad”²⁶

e) Extrapatrimoniales.- Se entiende así a los derechos que “no son susceptibles de apreciación pecuniaria,”²⁷ sin embargo su violación o desconocimiento puede dar origen a una sanción monetaria como cuando se atenta contra el honor de alguien acarrea daños y perjuicios.

f) Subjetivos.- Messineo²⁸ sostiene “que los derechos de la personalidad son auténticos derechos subjetivos”. Estos derechos en efecto corresponden a poderes que nos otorga el ordenamiento jurídico para salvaguardar algunos atributos que nos corresponden como personas, teniendo en cuenta no tanto los atributos, sino los derechos a los atributos.

Los derechos de la personalidad tienen los atributos esenciales del derecho subjetivo, según Messineo y los caracterizan el estar fundados sobre intereses autónomos, que el ordenamiento ha estimado dignos de protección y el estar revestidos de acciones destinadas a protegerlos.

En mi opinión el derecho a la vida constituye un derecho esencial de las personas; pues cumple con todas las características que lo definen. A más de ello creo que el derecho natural, siendo anterior y superior al derecho positivo los contempla y protege. Los seres humanos no somos perfectos y el derecho positivo es una creación del hombre que, por lo tanto, puede ser imperfecta también, sin embargo los dictados del Iusnaturalismo no pueden adolecer de error alguno.

²⁶ Id. Página 50

²⁷ Id. Página 52

²⁸ Citado en Figueroa Yañez Gonzalo, Derecho Civil de la Persona, Editorial Jurídica de Chile, Salesianos S. A. 2001, Pág. 54

CAPITULO II

2. CUANDO COMIENZA LA VIDA HUMANA

2.1. COMO EMPIEZA LA VIDA, ANALISIS BIOLOGICO

Según la Fisiología Médica de Arthur Guyton²⁹, para tener una idea del mecanismo inicial que produce la vida, primero se debe hacer referencia al tiempo durante el cual el óvulo permanece viable y capaz de ser fecundado, una vez que ha sido expulsado del ovario; por otra parte el tiempo que el espermatozoide puede permanecer viable en las vías genitales femeninas.

Estos tiempos no se conocen con exactitud, sin embargo, después de muchos estudios se sabe que el espermatozoide puede vivir de 24 a 72 horas, tomándose como tiempo promedio de 12 a 24 horas, para la mayor parte de casos. En tanto que para el óvulo el tiempo es de 24 horas; en consecuencia para que haya fecundación el contacto sexual debe ocurrir un día antes o un día después de la ovulación.

Después del coito los espermatozoides pasan al útero y a la trompa de Falopio, y llegan a la vecindad del ovario en unos 5 minutos; lugar en donde se realiza la fecundación. Los espermatozoides llegan con la ayuda de sus movimientos; y también con la ayuda de los movimientos del útero y la trompa.

Para fecundar se necesita de un solo espermatozoide que penetre en el óvulo. Cuando esto ocurre, el óvulo maduro y el espermatozoide unen 46 cromosomas, 23 de cada uno y se forma el huevo, comienza allí el desarrollo de la nueva vida.

²⁹ Ghuyton Arthur, Tratado de Fisiología Médica-Nueva Editorial Interamericana, S.A., México, 1971, Página 1022 y siguientes

Posteriormente, el huevo, u óvulo ya fecundado tarda aproximadamente 3 días en llegar al útero, donde se implanta para que se desarrolle el nuevo ser; la implantación en el útero ocurre entre el séptimo día y el decimosexto, después de la fecundación.

En definitiva, uno es el momento de la fecundación y otro el momento de la implantación en el útero materno y a estos dos momentos se los ha considerado por diversas corrientes, como el momento de la concepción.

Dependerá entonces del criterio que se aplique para considerar cuando se produce la concepción, si el momento de la fecundación o el de la implantación, para establecer el momento en que principia la vida humana.

2.2. ANALISIS DE LAS POSICIONES RESPECTO AL INICIO DE LA VIDA HUMANA

En lo referente al principio de la vida humana, existen varias teorías que pretenden explicar este fenómeno:

2.2.1 Animación antes de la concepción.- Esta posición es consecuencia del preformismo, que da origen a la teoría del “encajonamiento”, según la cual el organismo, con todas sus partes, se halla ya contenido en el germen. Se supone entonces que el germen no es solo el principio de la generación sucesiva sino de todas las generaciones futuras, hasta la consumación del género humano.

Muchos naturalistas han sostenido que es posible la animación antes aun de la concepción, entre ellos Malpighi, Bufón, Cuvier, etc., y entre los filósofos, sostuvieron esta teoría Malebranche y Leibnitz.

2.2.2 Animación al momento de nacer.- Platón, Asclepiades, Protágoras y algunos médicos judíos, hasta bien entrada la Edad Moderna, pensaban que el cuerpo recibía el alma en el momento en que empezaba a respirar. Esta doctrina no tiene ahora seguidores, por múltiples razones de orden biológico y filosófico. Además es una teoría que fácilmente conduce a las conclusiones más inmorales, ya que antes del nacimiento, si el feto no vive, si no tiene alma, no pasaría de ser una parte del cuerpo de la madre o un ser sin vida; de modo que el aborto provocado no sería delito. En el marco de esta teoría se enmarca la consideración que en Roma el no nacido era tenido como una víscera materna.

2.2.3 Animación después de la concepción pero antes del nacimiento.- Esta teoría es sostenida por Aristóteles y Santo Tomás en base a argumentos embriológicos de la “animación retardada”, o sea, cuando el feto ha alcanzado algún desarrollo: a los 40 días si es varón, o a los 90 si es mujer; cuando el cuerpo llega a una organización apropiada para recibir al alma, que es su forma sustancial, solamente en ese momento, se produciría la unión del alma al cuerpo. Los progresos de la biología descartan esta tesis.

2.2.4 Animación el momento de la fecundación.- La mayoría de los autores modernos aprovechan de los argumentos filosóficos de Aristóteles y Santo Tomás, y con los mejores conocimientos embriológicos de nuestros días, sostienen que el momento mismo de la fecundación existe ya una organización compatible con la unión a un alma, más aún, que existe ya desde ese instante una vida que exige el correspondiente principio vital que es el alma.

2.2.5 Para la iglesia Católica e Instituciones afines.- La persona existe desde la concepción dentro o fuera del seno materno, basta la unión de los gametos masculino y femenino para que se esté en presencia de una persona. Ésta es una unidad que reconoce etapas sucesivas de desarrollo, que se dan desde la concepción hasta la muerte del mismo e irrepetible ser, postura que

sirve de base a las normas que penalizan el aborto, que regulan la renunciabilidad a la propia vida como la eutanasia y el suicidio.

2.2.6 La teoría de la anidación.- Afirma que no se puede hablar de persona al momento de la concepción, pues la unicidad o individualidad que trae aparejado el concepto de persona, recién se asegura cuando el cigoto o huevo anida en el útero, unos 14 días desde la concepción, ya que hasta ese momento puede ocurrir el desdoblamiento dentro del huevo generándose los denominados "gemelos monodgóticos"

2.2.7. El que está por nacer empieza con la actividad cerebral del embrión.- Los sostenedores de ésta teoría piensan que debe existir cierta analogía de criterio para determinar los dos momentos entre los cuales se extiende la vida humana, pretenden aplicar al inicio de la vida el mismo criterio aceptado generalmente para determinar el momento de la muerte, de entre ellos, al referirse a los experimentos con embriones humanos Peter Singer³⁰ dice que a su juicio la determinante desde un punto de vista ético "Es que el embrión no sea mantenido con vida más allá de que se ha formado el cerebro y el sistema nervioso y pueda experimentar dolor y sufrimiento". Así esta posición hace hincapié en que la vida humana comienza con el inicio de la actividad cerebral lo cual ocurre alrededor de los 48 días siguientes a la fecundación.

2.2.8. El que esta por nacer empieza con la racionalidad o culturización del feto.- Esta teoría sostiene que: "La vida humana no es un problema de la biología, sino de la sociología o de la filosofía, puesto que la vida humana requiere aceptación del otro".³¹ Es decir que el embrión es un humano cuando se culturiza y ello requiere que el embarazo sea deseado y que la madre acepte al nuevo ser como una entidad independiente y ajena de ella para considerar que inicia la vida humana, lo cual implicaría que basta que la madre no desee el embarazo para que el aborto sea legal.

³⁰ Citado en Figueroa Yáñez Gonzalo, Derecho Civil de la Persona, Editorial Jurídica de Chile, Salesiano S.A., 2001, Página 127

³¹ Citado en Figueroa Yáñez Gonzalo, Derecho Civil de la Persona, Editorial Jurídica de Chile, Salesianos S.A., 2001, Página 129.

La mayoría de teorías resultan incompatibles con el estado actual de la ciencia y con los principios filosóficos. Sin embargo, varios de nuestros Códigos continúan utilizando la teoría de que la vida empieza con el nacimiento, al menos para dar inicio a la existencia legal de la persona.

En efecto, el Derecho tiene que establecer sus reglas sobre hechos ciertos y bien determinados, y no sobre meras suposiciones o conceptos aproximativos, así es como en general, históricamente ha tomado en cuenta, como punto de partida el nacimiento, sin desconocer la vida anterior, a la cual también ha protegido, pero de manera distinta.

Actualmente, sin embargo la forma en la cual el derecho protegía al no nacido, se ha visto desbordada por las consideraciones actuales respecto a entender al no nacido, como un sujeto de derechos subjetivos, desde el momento mismo de la concepción, quedando pendiente únicamente determinar cuando ocurre ésta.

El derecho siempre protegió como sujeto de derecho al nacido y como un sujeto digno de protección al no nacido; sin embargo, en la actualidad se considera, sobre todo en convenciones internacionales de derechos humanos, que el no nacido es un sujeto de derechos desde el momento mismo de la concepción, lo cual afecta en forma sustancial al ordenamiento jurídico.

En definitiva, actualmente, se entiende en forma general que principia la vida humana desde la concepción, esto es desde que se crea y existe otra vida, este es el criterio adoptado inclusive por los Convenios Internacionales de Derechos Humanos. Sin embargo, el término concepción es objeto de una nueva discusión, respecto del momento en que ésta se produce, especialmente esta discusión continúa por la utilización de embriones para experimentación en clonación o en técnicas de reproducción asistidas, puesto que si se considera que la vida comienza con la fecundación, los embriones no serían

objeto de ningún tipo de acto o declaración de voluntad y, por el contrario, si se sostiene que la concepción se da en un momento posterior, como el de la implantación, antes de este hecho técnicamente el embrión sería un objeto y por lo mismo perfectamente materia de un contrato.

En cuanto concierne a estas posiciones sobre el momento de la concepción se pueden rescatar fundamentalmente las siguientes:

a) La Concepción se produce el momento de la Fecundación.-

Esta posición, asumida por la Iglesia Católica, establece que la concepción se produce el momento mismo de la singamia, es decir, en el intercambio de gametos y desde este momento entonces se debe entender que inicia la vida humana y la protección establecida por los Convenios Internacionales de Derechos Humanos para el ser humano funciona aunque sea un no nacido. En efecto, la Iglesia considera que el origen del hombre no se debe sólo a las leyes de la biología, sino directamente a la voluntad creadora de Dios. Por esto señala el Catecismo que dotada de un alma espiritual e inmortal, la persona humana es la única criatura en la tierra a la que Dios ha amado por sí misma. “Desde su concepción está destinada a la bienaventuranza eterna.”³² Y establece que desde la fecundación “Se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo”.³³ Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre, la genética moderna otorga una preciosa confirmación, con la fecundación inicia la aventura de una vida humana. “El ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de su concepción.”³⁴ Por tanto, la Iglesia Católica, confirma que “La eliminación directa y voluntaria de un ser humano inocente es siempre gravemente inmoral.”³⁵

³² Catecismo de la Iglesia Católica No. 1703

³³ JUAN PABLO II, Encíclica *Evangelium vitae*, 25-III-95, No.60

³⁴ JUAN PABLO II, Encíclica *Evangelium vitae*, 25-III-95, No.60

³⁵ JUAN PABLO II, Encíclica *Evangelium vitae*, 25-III-95, No.57

b) La Concepción se produce el momento de la implantación en el útero materno, esto es, catorce días después de la concepción.-

Esta teoría difundida principalmente en Europa, establece que la concepción no ocurre el momento del intercambio de gametos, sino catorce días después y por lo mismo cualquier acto o declaración de voluntad realizado sobre embriones, que no lleguen a esa edad, no puede ser realizado pues se trataría de objetos de derecho y no de sujetos, calidad que la adquieren únicamente después de este período.

Como antecedentes jurisprudenciales podemos mencionar que el Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana³⁶ en sentencia del 25-2-75 resolvió que, “según los conocimientos fisiológicos y biológicos la vida humana, existe desde el día 14 que sigue a la fecundación”. Mientras que el Tribunal Constitucional español³⁷ con sentencia 11 de abril de 1985 establece que “la vida humana es un devenir un proceso que comienza con la gestación (...) y que termina con la muerte.” Por otra parte cuando se hace referencia al desarrollo embrionario, se acepta que sus distintas fases son embriológicamente diferenciables, con lo que su valoración desde la ética y su protección jurídica también deberían serlo.

En el Reino Unido el informe Warnock³⁸ de 1984 fijó la edad de 14 días tras la concepción como edad límite para la investigación. De esta manera era posible cumplir con las exigencias de los tecnólogos en reproducción asistida, permitiéndoles realizar manipulaciones a los embriones que no lleguen a ésta edad, incluso denominaron “pre-embrión” al embrión humano menor de catorce días, buscando así dar mayor consistencia a sus conclusiones y mejorar su aceptación por la opinión pública.

³⁶ Tribunal Constitucional de Alemania, Sentencia 25-2-7

³⁷ “La vida humana es un devenir un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana que termina con la muerte.” Tribunal Constitucional Español, Sentencia 11/4/85

³⁸ Informe de la Comisión Warnock, mde, 1984

En definitiva, dependiendo de las posiciones que se adopten respecto a la época de la concepción, devendrán las consecuencias en temas de relevancia jurídica, como por ejemplo, en el Ecuador, los asuntos relativos a la pastilla denominada “del día siguiente”, pues si se establece que la concepción y la protección al no nacido inicia el día catorce no habría ninguna connotación jurídica, pero si se considera, como considero se debe hacer, a la fecundación como la época del inicio de la vida, tal píldora es claramente abortiva.

c) Posición de la Legislación Ecuatoriana respecto a la Presunción de la época de la Concepción.-

En el Ecuador, el nacimiento (cuyo hecho y circunstancias se pueden establecer, aún por testimonios), sirve de base, de antecedente lógico, de ese otro hecho anterior en el tiempo, pero que se deduce del nacimiento como una consecuencia lógica: la concepción. Ya que no se puede conocer el momento exacto de la concepción, por lo menos se infiere del nacimiento la época en que se ha verificado.

En el Art. 62 del Código Civil³⁹ Ecuatoriano se establece que “De la fecha del nacimiento se colige la de la concepción según la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento”. (Con la reforma introducida por la Ley 43).

Nos hallamos ante una presunción de derecho, es decir, que no admite prueba en contrario: nadie puede probar que una criatura haya tenido una gestación de más de trescientos días o de menos de 180 días. En este último caso para el

³⁹ Código Civil, Art. 62.

Código ecuatoriano se trataría de un aborto, pero no cabe que nazca vivo y sobreviva el que no lleva ni 180 días en el vientre materno.

Como es lógico, el que nace después de 180 días de celebrado el matrimonio de sus padres, ya puede haber sido concebido dentro del matrimonio. Si transcurre más tiempo, esa probabilidad aumentará, hasta convertirse en certeza plena si pasan 300 días desde la celebración.

Sin embargo, aunque pasados los 180 días ya se presume que durante el matrimonio ha sido o ha podido ser concebido, el hijo, y en principio se considera que tiene por padre al marido de la madre, sin embargo éste puede demostrar que no es el padre y repudiar al presunto hijo. Si consta que la mujer ha cometido adulterio durante la época en que pudo verificarse la concepción, la impugnación de la falsa paternidad del marido se facilita, pero no basta la simple prueba del adulterio, porque a pesar del adulterio, el hijo puede ser del marido.

Por otra parte, si el matrimonio se disuelve (por muerte, declaración de nulidad o divorcio), o si los cónyuges se separan con autorización judicial, y nace un hijo después de estos hechos, todavía puede haber sido concebido dentro del matrimonio, siempre que el nacimiento se verifique antes de los 300 días del divorcio, muerte del marido, etc., ya que si nace después de 300 días, evidentemente todo el período en que pudo ocurrir la concepción cae íntegramente fuera del matrimonio.

En definitiva el Código Civil ecuatoriano, contiene una serie de reglas para establecer el momento de la concepción, las cuales son evidentemente arcaicas puesto que, como se ha referido, la concepción actualmente debe ser considerada desde el momento de la fecundación o a lo sumo desde el décimo cuarto día, después de ésta, pero en ningún caso bajo las reglas previstas por la norma legal ecuatoriana que merece una reforma.

CAPITULO III

3. ANALISIS DE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA RESPECTO AL COMIENZO DE LA VIDA HUMANA Y LA PROTECCIÓN JURÍDICA AL NO NACIDO

3.1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Es sabido que la Constitución es la norma jurídica fundamental en los Estados de Derecho. La Suprema Ley.

Hans Kelsen,⁴⁰ mediante el empleo de su famosa pirámide nos había explicado, de una manera gráfica, la verdadera jerarquía que guardan las normas jurídicas de Derecho Positivo, para su aplicación. En la base de la pirámide, como fundamento principal del sistema, y con preferencia, sobre todas las leyes, está la Constitución.

Después subiendo hacia arriba se encuentran primero las leyes generales; luego las especiales, continúan los reglamentos. El hecho a juzgarse, o resolverse está en la cúspide.

De tal manera que en la operación de aplicar una de estas normas para decidir, se prefiere la más cercana al hecho; esto es la que se encuentre más arriba. De manera particular cuando existen contradicciones. Pero cuando en cualquier nivel la norma general, especial o reglamentaria contradice lo que ordena la Constitución, pierde su vigencia, porque el principio constitucional es el primero que debe observarse.

⁴⁰ Citado por Rubén Ortega en Introducción al Derecho. Impreso en Gráficas Hernández Cía Ltda., Cuenca-Ecuador. 1998.

Nuestra Carta Fundamental, en varias de sus disposiciones considera, haciendo énfasis muchas veces, el derecho a la vida, directa o indirectamente.

En efecto, encontramos las siguientes disposiciones:

Art. 3.- Deberes del Estado.- “Son deberes primordiales del Estado:

2.- Asegurar la vigencia de los derechos humanos(...)”⁴¹

Art. 16.- Respeto a los Derechos Humanos.- “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución.”⁴²

Art. 19.- Derechos Naturales del Hombre.- “Los derechos y garantías señalados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales, no excluyen otros que se deriven de la naturaleza de la persona y que son necesarios para su pleno desenvolvimiento moral y material.”⁴³

Art. 23.- Derechos Civiles.- “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

1.- La inviolabilidad de la vida. No hay pena de muerte.

2.- El derecho a una calidad de vida que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, recreación, vivienda, vestido y otros servicios.”⁴⁴

⁴¹ “Son deberes primordiales del Estado: 2 Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social.” Constitución Política, Art.3 Numeral 2

⁴² Constitución Política Art. 16

⁴³ Constitución Política Art. 19

⁴⁴ Constitución Política Art. 23 Números 1 y 20

Art. 48.- Principio de Interés superior de los niños.- “Será obligación del Estado, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de los niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás.”⁴⁵

Art. 49.- Derechos de los Niños y Adolescentes.- “Los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción, a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y al ser consultados en los asuntos que les afecten.”⁴⁶

Art. 51.- Régimen Jurídico de los Menores.- “Los menores de dieciocho años estarán sujetos a la legislación de menores y a una administración de justicia especializada en la Función Judicial. Los niños y adolescentes tendrán derecho a que se respeten sus garantías constitucionales.”⁴⁷

La Constitución Política ecuatoriana, norma fundamental, debería ser más explícita al determinar que la vida es un derecho del ser humano desde su concepción, presenta dudas la forma de redacción actual en la que no se especifica claramente en el artículo 23 ⁴⁸ que se protege la vida desde la concepción tal como si lo han hecho Convenios Internacionales relativos a Derechos Humanos.

Sería lógico adicionalmente que en el artículo 49 ⁴⁹ se establezca una fórmula distinta de redacción, estableciendo que los niños y adolescentes tendrán

⁴⁵ Constitución Política, Art. 48

⁴⁶ Constitución Política, Art. 49 inciso 1ro.

⁴⁷ Constitución Política, Art. 51

⁴⁸ Ver Página 29

⁴⁹ Ver Páginas 29-30

derechos humanos desde su concepción y no en la forma de redacción actual en la que parece que únicamente se les otorga el derecho a la vida y a la integridad personal.

A más de esto es muy importante que la Constitución o las leyes establezcan claramente cuando se produce la concepción, que a mi modo de ver debería, ser, sin lugar a dudas, el momento mismo de la fecundación.

3.2. POSICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

3.2.1. INICIO DE LA VIDA HUMANA

El Art. 60 del Código Civil establece que “el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal (...)”.⁵⁰ Es necesario entonces para este cuerpo legal que el nuevo ser haya sido separado completamente de su madre. Quienes no llegaron a ese momento, para nuestras leyes, no han existido jamás.

Tiene una serie de problemas el texto, aún cuando ha sido varias veces modificado, pues aunque se ha suprimido el requisito de las veinte y cuatro horas con la reforma del año 1989, se declara inexistente algo que físicamente si existió.

Consecuentemente el mortinato no es persona, más aún, quien nació con vida y muere al ser separado de su madre, tampoco es persona, con lo cual el Código Civil declara inexistente legalmente a un ser que físicamente si existió.

Pero eso no significa que la vida no haya sido tomada en cuenta y protegida por el legislador ecuatoriano, aún antes de su iniciación; esto es, antes de que

⁵⁰ “El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho debe probarlo”. Código Civil, Art.60

exista la persona. La presunción legal establecida en el último inciso de la disposición citada lo demuestra. "Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo".⁵¹

El doctor Juan Larrea Holguín, en su MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL ⁵² ha comentado el Título II, Libro I de nuestro Código, en la siguiente forma:

"La existencia de la persona humana, al menos para los efectos jurídicos, supone la vida. Es persona todo individuo de la especie humana, pero con la condición de que viva. Si todavía no ha llegado a la vida, no es más que una posibilidad; si ha muerto, ha dejado de ser persona jurídicamente hablando"

Por consiguiente, tiene suma importancia la determinación del momento inicial y final de la vida. Existe vida desde que el principio vital anima a un cuerpo, es decir, desde el momento en que se une alma y cuerpo para formar esta sustancia compuesta que es el hombre.

Como no se podía precisar el momento en que se producía la animación el redactor del Código Civil tuvo que preferir el nacimiento como dato de hecho para iniciar la personalidad legal de los hombres.

Ahora bien, es necesario definir qué se entiende por nacimiento y esto tampoco esta exento de problemas. Efectivamente, el alumbramiento de una criatura que nace muerta no puede considerarse como principio de existencia legal de una persona, y constituye un serio problema saber si el nacido está o no vivo el momento de nacer, o si ha muerto antes, o no ha tenido vida, o si ha muerto poco después de nacer.

⁵¹ Código Civil, Art.60 Inciso 3ro.

⁵² Larrea Holguín Juan, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador. Tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2002, Página 129 y siguientes

La diferente manera de considerar el nacimiento con relación al principio de la existencia legal, ha dado origen a las doctrinas históricas, llamadas de la vitalidad y de la viabilidad.

La doctrina de vitalidad.-⁵³ Sostiene que para que el nacimiento constituya principio de existencia legal se requiere que una criatura humana nazca viva.

En cuanto a la determinación de este hecho o condición de nacer con vida, puede probarse de varias maneras. Ya entre los romanos, se dividían las opiniones de los proculeyanos y los sabinianos también en lo relativo a este punto, puesto que mientras los primeros exigían como signo indiscutible de vida el llanto de la criatura, para los otros bastaba cualquier movimiento para probar la vida. Ninguno de los dos criterios es absoluto.

Hoy día se conocen procedimientos experimentales para establecer si una criatura vive, y, que pueden ser más valiosos aún, para determinar si ha vivido. Consisten en análisis de órganos, tejidos, etc., pero en la vida corriente puede resultar muy difícil practicar tales experimentos, de modo que la dificultad subsiste en la práctica.

Otro sistema para comprobar la vida del recién nacido puede ser el de exigir que los fenómenos vitales se manifiesten durante un cierto tiempo en forma que no dejen lugar a dudas sobre su verdadera entidad.

El Código Civil ecuatoriano, luego de la reforma de 1989 acoge esta teoría. Sin embargo, respecto a este punto pueden presentarse también controversias a fin de determinar si basta la separación del vientre de la madre del recién nacido o si es necesario el corte del cordón umbilical, problema resuelto por la Ley de Registro Civil.

⁵³ Figueroa Yáñez Gonzalo, Derecho Civil de la Persona, Editorial Jurídica de Chile, Salesianos S.A.,2001, Pág. 227 y 228

El Art. 130.- tiene el siguiente texto: “Se entenderá por nacimiento vivo a la expulsión o extracción completa del cuerpo de la madre prescindiendo de la duración del embarazo, de un producto de la concepción que, después de tal separación, respire o manifieste cualquier otro signo de vida, tal como el latido del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimiento efectivo de músculos voluntarios, haya o no haya sido cortado el cordón umbilical y esté o no unido a la placenta; cada producto de tal alumbramiento se considerará nacido vivo.

Todos los niños nacidos vivos deben inscribirse y considerarse como tales, cualquiera que sea el periodo de gestación y esté vivo o muerto en el momento de ser inscrito; y si mueren, en cualquier momento posterior al nacimiento, debe inscribirse su nacimiento y además su defunción.”⁵⁴

La norma se refiere al mecanismo de inscripción del nacido vivo, aun cuando por cualquier razón no sea viable. El producto de la concepción que dé cualquier señal de vida, y aunque no haya sido separado del cordón umbilical, debe inscribirse, aun cuando sea para realizar inmediatamente después la inscripción de la defunción. Entre otras finalidades de esta disposición y de este mecanismo, se encuentran las estadísticas. Pero la contradicción con los conceptos civiles salta a la vista. El Art. 60 del Código Civil, en su segundo inciso establece: “La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás.”⁵⁵ Y el Art. 62 ibidem, en su inciso segundo contiene esta presunción de derecho, que no admite por lo mismo prueba en contrario: “Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la primera noche en que principie el día del nacimiento.”⁵⁶

⁵⁴ Ley de Registro Civil, Art.130

⁵⁵ Código Civil, Art. 60

⁵⁶ Código Civil, Art. 62

En cambio, el sistema de la viabilidad.- exige que nazca una criatura “viable”, es decir con aptitud para continuar viviendo. Aunque haya manifestaciones de vida en el recién nacido, si carece de órganos esenciales, como los pulmones o el hígado, etc., para los partidarios de esta doctrina, no habría principio de existencia legal. La doctrina de la viabilidad entonces se basa a mi criterio en un pronóstico, no en un hecho. Según Serafini ⁵⁷ “No se puede hablar de la existencia de un hombre sino cuando ha nacido vivo, viable y con forma humana” el tercer requisito es un modo de excluir de la personalidad natural a “los monstruos”, los que no son considerados como hombres ni protegidos por las leyes, sin embargo, es muy subjetivo pues no hay modo de determinar donde la forma humana termina y donde comienza la monstruosidad. La exigencia de sobrevivir 24 horas, que contenía nuestro Código, era una aplicación arbitraria de la doctrina de viabilidad, ya que no hay razón para negar la existencia legal al que sobrevive doce horas, o seis, o una o cinco minutos. En efecto, El Código Civil ecuatoriano requería, siguiendo esta doctrina, la sobrevivencia de 24 horas a partir del nacimiento, pero desde la reforma de la Ley 43 de 1989, pasamos al otro sistema, al de considerar sólo el nacimiento y presumir la vida, debiendo probarse lo contrario – la muerte – si es que se ha producido ésta, antes del nacimiento.

La teoría de la viabilidad no es compatible con el supremo respeto que merece la vida humana, y el hombre mismo por su dignidad de ser racional. Fácilmente puede conducir al abuso de no considerar persona al niño defectuoso o enfermizo. Resulta muy difícil determinar hasta qué punto una criatura no tiene aptitud para la vida, y de allí se puede incurrir en toda clase de afirmaciones antojadizas. Además, y sobre todo, se debe tener presente que el fin de la vida humana no consiste en prolongarse tal o cual tiempo, para que pueda negarse la personalidad a quien no vive sino escasos momentos. Tampoco puede pensarse que el fin de un individuo es ser sano o fisiológicamente perfecto; aún en el plano simplemente natural el destino del hombre trasciende

⁵⁷ Citado en Figueroa Yáñez Gonzalo, Derecho Civil de la Persona, Editorial Jurídica de Chile, Salesiano S.A. 2001, Pág.225

inmensamente esos reducidos márgenes, y si se considera el destino superior del hombre, como hijo de Dios, dotado de alma inmortal, entonces se concibe claramente cómo el hecho de la deformidad, la debilidad o la enfermedad no pueden ser obstáculo para que se reconozca la plena personalidad de un niño.

El derecho de los pueblos civilizados rechaza unánimemente el sistema de la viabilidad.

Como hemos referido el artículo 60 del Código Civil vigente hasta el año 1989,⁵⁸ decía: “El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, siempre que viva veinticuatro horas a lo menos, desde que fue separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que parece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación veinticuatro horas a lo menos, se reputará no haber existido jamás”.

El proyecto de Don Andrés Bello, que fue aceptado en el Código Chileno, exige para que comience la existencia legal únicamente la completa separación de la madre y la sobrevivencia de un instante, condición establecida como prueba de que la criatura ha nacido viva. Esto último se ha incluido en la reforma introducida por la Ley 43.

El Código Chileno, siguiendo a Bello, exige la sobrevivencia de un instante. Pero aparte de que es muy relativo lo que debe entenderse por “un instante”, los signos (al menos los más elementales, como el movimiento) de vida en un momento fugaz no son prueba inequívoca de su existencia.

Quizá nuestro Código pecaba de un extremo contrario al chileno, al exigir una supervivencia demasiado larga “24 horas”, como única prueba admisible del nacimiento de una criatura viva.

⁵⁸ Código Civil Ecuatoriano de 1970, Art. 66

Por las razones antes anotadas, se ha reformado el artículo 60 del Código Civil, mediante la Ley 43 (RO 256: 18-ago-1989), de manera que actualmente se aproxima al texto primitivo de Don Andrés Bello, suprimiendo el lapso de 24 horas y facilitando la prueba del principio de la existencia mediante la presunción, muy conforme a la realidad normal, de que todo el que nace, nace vivo, salvo casos de excepción, que deberán probarse. Dice así el artículo 60⁵⁹ reformado: “El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace con vida, quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo”.

3.2.2. PROTECCIÓN DE LA VIDA DEL QUE ESTÁ POR NACER

Si bien la existencia legal comienza con el nacimiento, esto no significa que el Derecho no proteja a la persona humana antes de nacer. El Derecho Positivo tiene que acoger los superiores dictados del Derecho Natural. Si bien para los efectos civiles el no nacido no es aún persona, sin embargo desde que un alma racional alienta un cuerpo humano, la ley debe respetar y proteger esa vida.

Efectivamente, nuestro Código reconoce la realidad de la existencia natural de la persona humana antes de ser persona jurídicamente hablando. Así lo proclama el artículo 61 del Código Civil: “La Ley protege la vida del que está por nacer. El Juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá.

⁵⁹ Código Civil, Art. 60

Toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.”⁶⁰

En términos generales conviene advertir que la protección de la vida del, “nasciturus” es amplísima y se desarrolla por medio de disposiciones civiles y penales, de medidas preventivas y represivas o punitivas, con la intervención de autoridades sea a petición de cualquier persona o aun de oficio.

La protección de la vida del que está por nacer, se halla garantizada por el precepto constitucional; “El Estado protegerá al hijo desde su concepción”.⁶¹

En el plano estrictamente civil las reglas para el caso de divorcio, contenidas en los artículos 250 a 256 del Código Civil de 1970, constituían una aplicación práctica de la facultad concedida al juez por el Código actual en el Art.61 para que tome “todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido”.⁶² Esas medidas, desde luego, tenían además otro alcance, otras finalidades, pero se dirigían también a la protección de la vida. El Juez puede, según dichos artículos: a) enviar a la mujer una compañera de buena razón que le sirva de guarda; b) hacer que un médico o una obstetrix le asistan en el parto; e) hacer que la mujer sea colocada en el seno de una familia honesta y de confianza para el marido. Estas reglas fueron derogadas por la Ley 43, pero el juez conserva amplias facultades para proteger al no nacido.

Además de esas medidas, el juez, puede disponer cualquiera otra que le parezca conveniente. Tales podrían ser, a modo de ejemplo, el internamiento de la mujer en una clínica y hospital, el señalamiento de una pensión alimenticia suficiente para que la mujer mantenga su salud y la de la criatura, etc.

⁶⁰ Código Civil, Art. 61

⁶¹ Ver Página 29

⁶² Ver Página 37

En el plano penal, el artículo 52 del Código Civil de 1971,⁶³ dice así: “Ninguna sentencia en que se imponga pena de reclusión se notificará a la mujer embarazada, sino 60 días después del parto”.

En forma muy humanitaria se evita hasta la impresión dolorosa que puede ser causa remota de un aborto.

Sin embargo, la actual redacción del Código esta apartada de las concepciones modernas antes analizadas en que se le otorga la calidad de sujeto de derechos al no nacido y, por lo mismo, se torna intrascendente la diferenciación entre persona considerada desde el momento del nacimiento y el no nacido, como un sujeto digno de ser protegido en su derecho a la vida.

Actualmente se considera que la vida humana empieza desde la concepción y así debería estar entendida por el Código Civil para efecto de determinar que tiene derechos personalísimos, esto, sin perjuicio de la existencia de las correspondientes normas legales que suspendan el ejercicio de derechos patrimoniales hasta que se produzca el nacimiento.

3.2.3. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EVENTUALES DEL NO NACIDO

La Ley protege no solamente la vida sino también otros derechos que corresponderán al nasciturus una vez que nazca y principie su existencia legal. Así lo declara el artículo 63 del Código Civil: “Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le

⁶³ Código Civil de 1971, Art. 52

correspondieron. En el caso del artículo 60, inciso segundo, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”.⁶⁴

Mientras un niño no nazca, no comienza, según nuestro sistema, su existencia legal; luego, solamente hay la probabilidad de que llegue a ser persona. Pero esta posibilidad es suficiente para que se deban reservar los derechos que le corresponderán si cumple esas condiciones. Tales derechos están en suspenso, hasta que se cumplan las condiciones de nacer con vida y entonces, cumplidas esas condiciones, se atribuyen a la nueva persona esos derechos.

Los derechos que se mantienen en suspenso, se atribuyen, una vez que la persona comienza a existir legalmente, pero se confieren con efecto retroactivo, como si los hubiera tenido desde el momento mismo en que se crearon o transmitieron los derechos.

Los derechos del nasciturus serán normalmente hereditarios, sea que le correspondan como titular de una asignación forzosa (artículo 1194 Código Civil),⁶⁵ o bien por efecto de una asignación testamentaria que según el artículo 1084 *ibidem*⁶⁶ en todo caso debe recaer sobre personas ciertas y determinadas.

Nuestro Código habla de “suspensión de derechos”,⁶⁷ más no de obligaciones, del no nacido. Sin embargo, no sólo puede tener derechos sino también obligaciones; unos y otros, generalmente, por herencia. Pero como la legislación tiene carácter proteccionista del no nacido, habla sólo de derechos. Además, la suspensión de las obligaciones hasta que principie a existir

⁶⁴ Código Civil, Art.63

⁶⁵ Asignaciones Forzosas son las que el testador está obligado a hacer, y que se suplen cuando no las ha hecho, aún con perjuicio de sus disposiciones testamentarias expresas. Asignaciones forzosas son: 1 La porción conyugal; 2. Las legítimas; y, 3 La cuarta de mejoras, en las sucesiones de los descendientes” Código Civil, Art.1194.

⁶⁶ “Todo asignatario testamentario deberá ser persona cierta y determinada, natural o jurídica, ya sea que se determine por su nombre o por indicaciones claras del testamento. De otra manera, la asignación se tendrá por no escrita. Código Civil, Art.1084 Inc.1

⁶⁷ Código Civil, Art.63.

legalmente, originaría fácilmente retardos perjudiciales para terceras personas, particularmente si se trata de acreedores.

Para proteger los derechos eventuales del que está por nacer se podría prohibir la enajenación de los bienes o pedir caución a quienes los tengan.

También se puede proceder a nombrar un curador de esos derechos eventuales. El padre puede dar guardador por testamento, no sólo para los hijos que ya viven, sino también para el que todavía está en el vientre de la madre (artículo 506)⁶⁸, para el caso de que nazca vivo y también puede nombrar curador de los derechos eventuales del que está por nacer (artículo 384).⁶⁹

Estos derechos eventuales se encontraban también protegidos por la Ley de Patrocinio del Estado en su Art. 4, Inc. 2,⁷⁰ Ley, que se encuentra derogada por la Ley Orgánica del Ministerio Público y por la Ley de la Procuraduría del Estado.

3.3. CODIGO PENAL

El artículo 441 del Código Penal⁷¹ sanciona con reclusión menor de tres a seis años el aborto intencional cuando “no ha consentido la mujer”. Igualmente se pena con prisión de seis meses a dos años en el artículo 442⁷² al que sin

⁶⁸ Código Civil, Art.63.

⁶⁹ “Los bienes que han de corresponder al hijo póstumo, si nace vivo y en el tiempo debido, están a cargo del curador que haya sido designado al efecto por el testamento del padre, o de un curador nombrado por el juez, a petición de la madre, o a petición de cualquiera de las personas que han de suceder en dichos bienes, sino sucede en ellos el póstumo. Podrán nombrarse dos o más curadores si así conviniere.” Código Civil, Art.506.

⁷⁰ “También ejercerán en el patrocinio, respecto de las asignaciones para obras pías o de beneficencia, así como de las herencias yacentes, de los derechos eventuales del que está por nacer y de los menores de edad y demás incapaces que carecieren de guardador hasta que se les provea de éste y se haga cargo de la administración, con las formalidades legales.” Ley de Patrocinio del Estado, Art. 4, Inciso2.

⁷¹ “El que por alimentos, bebidas, medicamentos, o cualquier otro medio hubiere, intencionalmente, hecho abortar a una mujer que no ha consentido en ello, será reprimido con tres a seis años de reclusión menor.” Código Penal, Art.441 Inciso 1ro.

⁷² “Cuando el aborto ha sido causado por violencias hechas voluntariamente, pero sin intención de causarlo, el culpado será reprimido con prisión de seis meses a dos años. Si las violencias han sido cometidas con premeditación o con conocimiento del estado de la mujer, la prisión será de uno a cinco años.” Código Penal, Art. 442.

intención directa de causar el aborto sin embargo, con conocimiento del efecto que se puede producir, emplea violencias que realmente provocan un aborto y si ha cometido las violencias con premeditación y sabiendo del estado de la mujer la pena es de uno a cinco años.

En cambio, si la mujer ha consentido en el aborto la pena para el autor del delito es más leve: de dos a cinco años de prisión (artículo 443).⁷³ La pena para la misma mujer que consiente o causa por sí misma el aborto es también de uno a cinco años, de prisión. Y si incurre en ello “para ocultar su deshonor”,⁷⁴ se le rebaja a prisión de seis meses a dos años.

Todas estas penas en algunas circunstancias (si el autor es médico, etc., o si se produce la muerte de la madre), se agravan y pueden llegar hasta la reclusión mayor extraordinaria.

La protección del que está por nacer se completa en el aspecto penal con la sanción a quien atenta contra la vida del ya nacido, pero que todavía no puede defenderse por sí mismo. El parricidio y el infanticidio están incluidos en nuestro Código Penal en las figuras delictivas más amplias del homicidio o del asesinato, según los casos, y puede ser penado hasta con reclusión mayor extraordinaria de 16 años a 25 años cuando es parricidio (artículo 452),⁷⁵ pero también si es cometido por la madre, infanticidio, o por los abuelos maternos para ocultar la deshonor de aquella, se rebaja la pena a reclusión menor de 3 a 6 años (artículo 453).⁷⁶ Demasiado indulgente resulta en este punto nuestra ley.

⁷³ El que por alimentos, bebidas, medicamentos o cualquier otro medio hubiere hecho abortar a una mujer que ha consentido en ello, será reprimido con prisión de dos a cinco años.” Código Penal, Art.443.

⁷⁴ “La mujer que voluntariamente hubiere consentido en que se le haga abortar, o causare por sí misma el aborto, será reprimida con prisión de uno a cinco años. Si consintiere en que se le haga abortar o causare por sí misma el aborto, para ocultar su deshonor será reprimida con seis meses a dos años de prisión”. Código Penal, Art. 444

⁷⁵ “Los que, a sabiendas y voluntariamente, mataren a cualquier ascendiente o descendiente; cónyuge, o hermano, serán reprimidos con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.” Código Penal, Art. 252

⁷⁶ “La madre que por ocultar su deshonor matare al hijo recién nacido, será reprimida con la pena de reclusión menor de tres a seis años. Igual pena se impondrá a los abuelos maternos que, para ocultar la deshonor de la madre, cometieren ese delito.” Código Penal, Art. 453.

También protege la vida del recién nacido –y de los niños en general-, el artículo 474 del C. Penal⁷⁷ que castiga con prisión de un mes a un año al que abandona a un infante en un lugar solitario “y los que lo hubieren expuesto o hecho exponer, siempre que no sea en un hospicio o en una casa de expósitos”.

Es importante considerar una posible reforma al Código Penal, reduciendo las causales de imputación y de excusa en el delito de aborto; a las indispensables, puesto que actualmente se consideraría que existe el derecho a la vida desde la concepción y, por lo mismo, siendo un bien jurídico de extrema protección el derecho a la vida debe ser ampliamente garantizado.

Nuestro Código Penal en su Art. 447 ⁷⁸ del aborto terapéutico y eugenésico declara que no es punible el aborto si la mujer consiente en ello, y de no estar posibilitada para hacerlo, si lo consienten su marido o familiares íntimos en dos casos: Si está en peligro la vida de la madre o del niño, o si es producto de una violación a una mujer idiota o demente.

Sólo el primer caso es de aborto terapéutico, el segundo, es el denominado aborto ético o humanitario, aplicado en casos en los que el embarazo ha sido resultado de delitos como la violación, el incesto o el estupro y aunque atenta frontalmente contra el derecho a la vida, el Ecuador no es un país que garantice amplias seguridades, éstos delitos se cometen a diario y quizá es un poco extremista la posición de no sancionarlos.

La vida humana merece supremo respeto, nuestro Código Penal no contempla el aborto eugenésico, es decir el que se realiza para evitar el nacimiento de un

⁷⁷ “Serán reprimidos con prisión de un mes a un año y multa de seis dólares de los Estados Unidos de Norte América, lo que hubieren abandonado o hecho abandonar un niño en un lugar solitario; y los que lo hubieren expuesto o hecho exponer, siempre que no sea en un hospicio o en casa de expósitos.” Código Penal, Art. 474.

⁷⁸ “El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer o de su marido o familiares íntimos, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo no será punible: 1. Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y, 2. Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido a una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer.” Código Penal, Art. 47

vástago con serias deficiencias físicas y/ o mentales, el cual me parece imputable pues no se puede considerar que el único fin del ser humano es el ser perfecto; y muchos hombres geniales no han sido físicamente completos.

Con respecto a permitir un aborto, si pelagra la vida de la madre o del niño, no se puede provocar directamente de ningún modo la muerte de una persona inocente. No se puede, por lo mismo, ni matar a la madre para salvar al hijo, ni matar al hijo para salvar a la madre. Un médico debe agotar los medios para salvar ambas vidas, y solamente está libre de responsabilidad moral, si, empleando medios lícitos y conducentes a salvar ambas vidas, sin embargo, se produce la muerte de uno o de ambos sujetos, como efecto secundario, aunque sea previsto, pero no directamente querido.

3.4. EN EL CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Ese dando y dando del derecho francés que define la relación de utilidad pura existente en el Derecho Civil, en muchos casos no es la mejor y la más justa para la convivencia y el avance de una comunidad. Compro un objeto y pago su precio. Pero hay oportunidades en que la justicia exige que se entregue algo, en veces a cambio de nada objetivo, tal como ocurre en el derecho familiar, y el laboral, en las leyes de protección a la niñez, a los discapacitados, a los ancianos. Desde Aristóteles ya se advirtió esa particularidad. Siglos después, Santo Tomás, amplió aquellos conceptos y asomaron la justicia distributiva, que para establecerse tiene en cuenta los méritos de los individuos, y la justicia social, que reconoce la existencia de personas que no podrían vivir y desenvolverse sin el auxilio de la comunidad.

Los que más tienen, bienes materiales, talento, aptitudes para progresar, deben ceder algo en beneficio de los que menos tienen; para evitar eso que en esencia constituye la explotación, el crecimiento desmedido de unos cuantos, a costa de otros, que se debaten en la necesidad. El infante, el minusválido, el anciano tienen que vivir, aun cuando no produzcan nada; el salario, la

remuneración, los beneficios del trabajador no pueden ser negados por la empresa, aun cuando no haya recibido un beneficio de esos servicios, en la misma proporción del pago. Esto es lo que no se comprende, cuando a toda relación amparada por la ley, se la quiere medir en forma equiparadora, o sinalagmática. Es de admitir que junto al individuo de existencia ideal, que puede desenvolverse solo, sin necesitar el auxilio de nadie, hacia un lado están quienes son más que él, en todo sentido, y tienen más de lo que necesitan; pero en cambio al lado opuesto se encuentran, quienes tienen menos y no lograrían sobrevivir sin el auxilio de los que más tienen. Las proporciones, medidas, circunstancias y particularidades se logran por esas normas jurídicas que integran el derecho social, en las que rigen los principios pro-infante, pro-anciano, pro-desvalido, pro-trabajador, constantemente. Estas son algunas disposiciones de la ley citada, que confirman lo dicho:

Art. 2.- Sujetos protegidos.- “Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código.”⁷⁹

Art. 11.- El interés superior del niño.- “El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

⁷⁹ Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 2

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla.”⁸⁰

Art. 16.- Naturaleza de estos derechos y garantías.- “Por su naturaleza, los derechos y garantías de la niñez y adolescencia son de orden público, interdependientes, indivisibles, irrenunciables e intransigibles, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley.”⁸¹

Art. 20.- Derecho a la vida.- “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo. Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral.”⁸²

Este cuerpo legal, como es mucho más reciente, si considera al no nacido como un sujeto de derechos. En efecto, dejando de lado las definiciones lacónicas del Código Civil que establecen que se protegerá la vida del no nacido, en forma absolutamente clara establece que se protege la vida de los niños y adolescentes, es decir del ser humano desde la concepción; lastimosamente este cuerpo normativo quedó incompleto al no precisar en una norma legal, estableciendo que entiende el legislador ecuatoriano por concepción.

⁸⁰ Código de la Niñez y Adolescencia, Art.11

⁸¹ Código de la Niñez y Adolescencia, Art.16

⁸² Código de la Niñez y Adolescencia, Art.20

3.5. LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Este convenio internacional que conforme a nuestra Constitución Política es de aplicación directa e inmediata por nuestros jueces, establece claramente en su artículo 4 que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la Ley y, en general, a partir del momento de la concepción...”⁸³

Como este cuerpo normativo internacional forma parte del ordenamiento jurídico interno, inclusive con mayor jerarquía que las leyes como el Código Civil, entendemos que la protección jurídica al derecho a la vida del no nacido, como pleno titular de derechos subjetivos, al menos personalísimos, empieza con la concepción.

3.6. LA DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

Fue aprobada por las Naciones Unidas en su sesión plenaria del 10 de diciembre de 1948, y su texto, pese a los términos en que se encuentra redactado, no ha tenido la repercusión que de dicha Declaración debía esperarse. Por excepción, al igual que se ha reproducido el texto de la Declaración de los Derechos Humanos y dada su innegable importancia en el tema analizado, consideramos los siguientes artículos:

Art. 3.- “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”⁸⁴

⁸³ “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.” Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José), Art.4, Numeral 1.

⁸⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos, Art.3

Art. 6.- “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”⁸⁵

Art. 7.- “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda diferenciación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”⁸⁶

Este Convenio Internacional también contempla, como se ha indicado, plena protección del derecho a la vida del no nacido desde la concepción.

CAPITULO IV

4. DERECHO COMPARADO Y JURISPRUDENCIA

4.1. DERECHO COMPARADO

4.1.1. Argentina

Cuando se plantean estas cuestiones, relacionadas con la vida se suele hablar de vida humana, ser humano, persona, en veces sin mayores explicaciones. En este caso hablaremos de la persona por nacer, nos interesa saber si es un ser humano y por consiguiente si su vida es humana.

4.1.1.1. Síntesis de la normativa actual

La Constitución Argentina en el art.33 reconoce en forma implícita el derecho a la vida. “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos garantías no

⁸⁵ Declaración Universal de Derechos Humanos, Art.6

⁸⁶ Declaración Universal de Derechos Humanos, Art.7

enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.”⁸⁷

En el Capítulo Cuarto. Atribuciones del congreso el art. 75 inc. 23 prevé “dictar un régimen de seguridad social e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo (...)”⁸⁸ pero ¿Desde qué momento se debe interpretar que existe embarazo? Primer vacío de la legislación Argentina a mi criterio, pues el término embarazo trae aún más dudas que el término concepción, utilizado por la legislación ecuatoriana.

A mi criterio, sin duda, el momento de la fecundación, es decir cuando se unen ovulo y espermatozoide, comienza la existencia y el desarrollo de una nueva vida.

En la Legislación Argentina es claro el artículo 63 del Código Civil, cuando dice “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”;⁸⁹ así las personas por nacer son personas futuras, ya existen desde que están en el vientre materno, de lo contrario no habría sujeto que representar, primer punto aclarado por la legislación, las personas por nacer, son personas existentes.

El Código Civil en su art.70 que se encuentra en el Título IV denominado “De la existencia de las personas antes del nacimiento”, dice: “desde la concepción comienza la existencia de las personas...”.⁹⁰ Se determina ya con más claridad

⁸⁷ Constitución Política Argentina, Art.33

⁸⁸ “Corresponde al Congreso: Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. 23 Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.” Constitución Política de Argentina, Art.75 Inciso 23.

⁸⁹ Código Civil Argentino, Art. 63.

⁹⁰ “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.” Código Civil Argentino. Art. 70.

cuando inicia la existencia de la persona pero no olvidemos que es una ley, ya de carácter general.

El segundo punto a tratar es si esas personas son seres humanos.

En la nota al artículo 70 del Código Civil Vélez Sarsfield citando a Savigny⁹¹ explica que el hijo para tener derechos debe simplemente “presentar los signos característicos de humanidad.” Hoy, gracias a los avances científicos, se sabe que el signo característico de humanidad es tener ADN humano.

Aclarado el segundo punto, avanzamos hacia el tercero. Este ser humano, tiene vida humana y colijo de ello por lógica que la respuesta es afirmativa, ya que no puede atribuirse una calidad que no sea del hombre a la vida y del ser humano.

El Art. 72 del mismo Código expresa: “Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo”.⁹² Con lo cual queda claramente entendido que la legislación civil argentina acoge la teoría de la vitalidad, basta que nazca vivo, sin necesidad de condiciones posteriores. Y en la nota al Art. 72 del Código Vélez Sarsfield referente a la viabilidad señala:

“Esta doctrina no tiene ningún fundamento, pues contraría a los principios generales sobre la capacidad de derecho inherente al hecho de la existencia de una criatura humana, sin consideración alguna a la mayor o menor duración que pueda tener su existencia.”⁹³

El Art. 74 dice: “Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido”.⁹⁴ La legislación

⁹¹ Código Civil, Dr. Damalecio Vélez Sársfield, sancionado con fuerza de ley por el Senado de la Cámara de Diputados de la Nación Argentina a través de la Ley 340 para regir desde el 1 de enero de 1871, Nota al Art. 70

⁹² Código Civil Argentino, Art. 72

⁹³ Código Civil, Dr. Damalecio Vélez Sársfield, sancionado con fuerza de ley por el Senado de la Cámara de Diputados de la Nación Argentina a través de la Ley 340 para regir desde el 1 de enero de 1871, Nota al Art. 72.

⁹⁴ Código Civil Argentino, Art.74

Argentina requiere entonces una separación completa de la madre para reconocer la existencia de la persona, de lo contrario para sus leyes no habrán existido jamás.

También el Art. 75 del Código Civil expresa: "En caso de duda de si hubieran nacido o no con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario."⁹⁵

El Código civil, aún en caso de no haber la certeza, protege la vida presumiéndola y dejando la carga de la prueba a quien alegue lo contrario.

Con la reforma constitucional de 1994 Del Art. 75, inciso 2⁹⁶ se incorporaron con esa jerarquía, los siguientes tratados internacionales:

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.
- Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

⁹⁵ Código Civil Argentino, Art. 75

⁹⁶ Constitución Política Argentina, Art.75 Inciso 2do.

- Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer.
- Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.
- Convención Sobre los Derechos del Niño.

Análisis a continuación los que, a mi criterio, por su ingerencia son los tratados más importantes de los que Argentina es signatario:

a) Convención Americana sobre Derechos Humanos.- Podemos definir a los Derechos Humanos como “un conjunto de derechos fundamentales, reconocidos a todo hombre en su condición de miembro de toda sociedad humana, estos derechos han sido aceptados ya por todas las naciones que han adherido a la Organización de las Naciones Unidas como elementos de un derecho común”,⁹⁷ la Constitución de la Nación Argentina, adscribe al respeto de los Derechos Humanos, incorporando con jerarquía constitucional los convenios internacionales y regionales en la materia, el Artículo 4 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos-Pacto de San José de Costa Rica, en su punto 1, establece: “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”⁹⁸

Siguiendo esa línea de pensamiento y ya con la intervención estatal, cuando hablamos del Derecho Civil, el Estado también debe algo a esta persona por nacer. Lo dice con extrema claridad el artículo 4to. Del Pacto de San José de Costa Rica: se debe respeto a la vida.

⁹⁷ <http://bioeticaweb.com/content/view/full/4324/86/>. Fundamentos para una protección jurídico-penal de la persona por nacer, María José Meincke, escrito el 6 de octubre de 2006, página consultada el 22 de marzo de 2008.

⁹⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José), Art.4 Inciso 1.

b) El Pacto de Derechos Civiles y Políticos.- (1969) en su Art. 7 dice: “(...) nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”⁹⁹ y el Art. 16 tiene el siguiente texto: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”.¹⁰⁰

c) En cuanto a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.- El Art.16.1, literal e establece que los Estados parte “...asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres... los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer esos derechos”.¹⁰¹

d) La Convención de los Derechos del Niño.- En su Art. 6, numeral 1 tiene el siguiente texto: “los estados parte reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida,”¹⁰² y el numeral 2 del mismo artículo dice: “los Estados garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.¹⁰³

Con relación a éste artículo cabe mencionar que la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse entendiendo por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad.

e) Declaración Universal de los Derechos Humanos.- En el Art. 1 de ésta declaración se expresa claramente que “Todo individuo tiene derecho a la

⁹⁹ “Nadie será sometido a torturas ni a penas ni tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.” Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 7

¹⁰⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art.16

¹⁰¹ “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombre y mujeres: los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer esos derechos.” Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Art.16.1, literal E.

¹⁰² Convención de los Derechos del Niño. Art.6 Num. 1

¹⁰³ Convención de los Derechos del Niño. Art.6 Num. 2

vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”¹⁰⁴ El art. 6 dice “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”¹⁰⁵ y en el Art. 7¹⁰⁶ se habla de la igualdad de todos ante la ley, con igual derecho a protección sin distinción alguna, no hay por que entonces excluir al no nacido de dicha protección.

f) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.- En su preámbulo nos habla de que “Todos los hombres nacen iguales en dignidad y derechos (...)”¹⁰⁷ lo cual a mi criterio debería ser modificado pues discrimina de dicha igualdad a quienes no han nacido aún. Sin embargo, se los ha incluido a todos en su Capítulo 1 “Derechos” en su Art. 1 expresa: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”¹⁰⁸

En su Art. 2 dice: “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en ésta declaración sin distinción de raza, sexo idioma, credo ni otra alguna.”¹⁰⁹ Incluye así ya la igualdad para todos sin diferenciación alguna lo cual comprende por supuesto también a quienes todavía no han nacido. El Capítulo 2 “Deberes”, Art. 29 “Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad.”¹¹⁰ Me parece muy interesante éste artículo ya que impone como un deber a todos los hombres respetar el derecho que todas y cada una de las personas tienen para desenvolver su personalidad, personalidad que el no nacido llegará a tener si se verifica el nacimiento, pero que no puede ser truncada con anterioridad.

¹⁰⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art.1

¹⁰⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art.6

¹⁰⁶ “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todo tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a la discriminación.” Declaración Universal de los Derechos Humanos, Art.7

¹⁰⁷ “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.” Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Preámbulo.

¹⁰⁸ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 1

¹⁰⁹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 2

¹¹⁰ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Art. 29

4.1.1.1. Derecho Penal

Sea cual fuera la postura a la que se adscriba respecto a la función del Derecho Penal, todas (a excepción, obviamente, de las abolicionistas) proponen como notas características, el de ultima ratio y subsidiariedad. Es decir, el Derecho Penal será la última herramienta que utilizara el Estado para proteger algún bien o interés.

En ese mismo sentido, el Derecho Penal no crea bienes, se limita a proteger aquellos considerados por la sociedad, como imprescindibles, para su existencia y subsistencia. Indiscutiblemente, el primero de ellos y así aparece en el Código Penal Argentino, es la vida; la protección de la persona es el primordial interés que tutela la ley penal nacional; es, sobre el derecho a la vida que sustenta a los demás. Así dentro del Título 1: Delitos contra las personas Capítulo 1 Delitos contra la vida está tipificado el aborto.

Art. 85 “el que causare un aborto será reprimido:

1. Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer;
2. Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevará a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.”¹¹¹

Art. 86. “Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

¹¹¹ Código Penal Argentino. Art. 85.

1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;
2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.”¹¹²

Art. 87. “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.”¹¹³

Art. 88. “Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.”¹¹⁴

Del análisis en materia penal, surgen dos elementos de fundamental interés para el nuestro. En primer lugar, el reconocimiento del feto, es decir de la persona por nacer, como alguien cuya vida debe ser protegida, surge indispensable, de otro modo, no se hablaría de delito de aborto. Esto se considera más allá de las críticas que se pueden realizar a las escasas penas o casos en los que, dadas determinadas circunstancias o condiciones, no se castiga.

El otro elemento de particular interés, es que en todos los artículos, se habla del médico que abuse de su arte. Esto es una realidad, el médico no puede causar un aborto o colaborar en la producción de la muerte de una persona por nacer, aun su juramento hipocrático se lo prohíbe, la deontología médica condena esa conducta. En caso de hacerlo, sin dudas, su acción se transforma en un abuso de su arte.

¹¹² Código Penal Argentino, Art. 86

¹¹³ Código Penal Argentino, Art. 87

¹¹⁴ Código Penal Argentino, Art. 88

En cuanto a los derechos patrimoniales existe la protección a través de la representación al concebido pero no nacido, así lo declara el Art. 64 del Código Civil Argentino: “Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia,”¹¹⁵ entendiéndose por personas por nacer las que “(...) no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.”(Art.63 Código Civil)¹¹⁶

Ej.: Si un hombre muere, estando su mujer embarazada, y el hijo no ha nacido.

Los bienes hereditarios quedan en situación de espera hasta que el concebido nazca. Si nace, adquirirá los bienes hereditarios; pero si no nace, no adquirirá ningún bien.

1. La ley exige que cuando el padre muera, el niño esté por lo menos concebido; esto es, en el seno materno.
2. Se le transmiten al concebido beneficio y derechos (bienes), nunca obligaciones.

Hay dos determinantes posibles:

1. Herencia

Si al nasciturus se le deja una herencia, puede recibirla de cualquier persona, pero cuando el testador muera, la ley exige, que debe estar concebido, el

¹¹⁵ Código Civil Argentino, Art.64

¹¹⁶ “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.” Código Civil Argentino, Art.63

beneficiario. Los bienes hereditarios quedarán a cargo temporal de una administración, que puede ser designada por el testador, para que custodie los bienes y los guarde hasta que el heredero ya concebido nazca.

2. Donación

Esto es realizar una prestación a alguien, sin recibir nada a cambio. Donarle en vida al concebido.

Los padres o representantes legales deben aceptar la donación, el que la recibirá es el concebido (donatario) Los bienes donados serán custodiados por el propio donante o por otra persona, si esto decide el donante. Si no llega a nacer el donatario, los bienes vuelven al donante; o van a la persona que el donante haya signado o asigne.

La legislación Argentina protege la vida, desde la concepción por medio de su Carta Magna, en la cual tienen jerarquía constitucional los tratados y convenios internacionales, lo cual me parece un gran avance que debería ser incorporado a nuestra Constitución; pues no tenemos una norma expresa que les asigne tal jerarquía. Sin embargo La Constitución Ecuatoriana es más precisa que Argentina cuando establece expresamente la protección al no nacido desde la concepción.

En su Código Civil utiliza ya el término concepción, y su Código Penal tipifica claramente como el delito el aborto y establece la sanción tanto para la madre como para quien lo practica.

A mi parecer la protección al no nacido en Argentina está basada más en el Derecho Internacional, que en sus normas internas y al dar a los Tratados y Convenios Internacionales la Jerarquía de Constitucionales se llenan sus vacíos en cuanto al tema, pues estos son muy claros respecto a proteger la

vida desde la concepción. Sin embargo el problema continúa, al no establecerse claramente cuando ésta se produce.

4.1.2. España

La Constitución Española regula y protege el derecho a la vida en artículo 15, en la Sección dedicada a los derechos fundamentales y libertades públicas. En él se dispone que “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.¹¹⁷ Así en el mismo precepto constitucional se proclaman dos derechos fundamentales: el derecho a la vida y el derecho a la integridad física y moral, los cuales, están estrechamente ligados pero deben considerarse distintos.

Empiezo por el primero: el derecho a la vida; para referirme al origen del mismo, en la fase previa al nacimiento, que es el acontecimiento que en la mayoría de legislaciones determina la atribución legal de la condición jurídica de persona, (Arts. 29 y 30 del Código Civil, en el caso del derecho español), y, con lo cual adquiere la capacidad para ser titular de derechos y contraer obligaciones.

Creo que el debate en el que se plantea si ser persona, según la denominación legal, es o no condición necesaria para ser titular de la protección que se dispensa, para poder ejercer un derecho, en éste caso, el derecho a la vida, debería resolverse basándose en que no tiene por qué haber distinción entre el concepto biológico de ser humano y el concepto normativo de persona, no creo necesario referirse a persona solo bajo un concepto legal para defender la dignidad especial de todos los individuos de la

¹¹⁷ Constitución Política Española, Art. 15

especie humana, tomando en cuenta que el respeto a la dignidad se basa sólo en el ser hombre, pues no cabe hablar de dignidad sino únicamente con referencia al ser humano.

La garantía Constitucional de la vida exige atribuir al ser viviente la titularidad de un derecho sobre su propio organismo, la vida, para que no haya discriminación alguna entre los vivientes.

En la misma Constitución dentro del Capítulo Segundo de los Derechos y Libertades el Art. 14 dice: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".¹¹⁸ Por lo que no hay razón para desconocer el principal de los derechos, el derecho a la vida, al no nacido, si se quiere abolir la discriminación por nacimiento, raza, sexo, etc.

4.1.2.1. Ley sobre Reproducción Humana Asistida en España

En Europa existen discrepancias en cuanto al valor y protección del embrión; los países comenzaron acordando Recomendaciones dentro del Marco del Consejo de Europa. Para poder definir el status jurídico del desarrollo embrionario empezaron definiendo el status biológico del embrión y del pre embrión. El pre embrión es un grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo, desde que es fecundado hasta aproximadamente 14 días después, cuando anida en el interior del útero y aparece en él la línea primitiva; en cambio por embrión se entiende a la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior se ha completado, señala la formación de los órganos humanos y cuya duración es de unos dos meses y medio más.

El legislador español adoptó, del informe Warnock de 1964, el criterio del día décimo cuarto posterior a la fecundación, para delimitar el ámbito de aplicación

¹¹⁸ Constitución Política Española, Art.14

de una u otra ley. Es así que leemos, en la disposición final de La Ley 42/88,¹¹⁹ que, la donación y utilización de embriones (o pre embriones, si se prefiere esa expresión técnicamente más exacta), hasta el día catorce que sigue al de su fecundación, se hará en los términos que establece la Ley 35/88 sobre Reproducción Asistida otorgándoles una protección inferior,¹²⁰ mientras que lo referente a la utilización o donación de embriones (posteriores al día catorce) o fetos humanos, o de sus células, tejido u órganos, con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación o experimentación, sólo podrá autorizarse en los términos establecidos por La Ley 42/88. De acuerdo con este último cuerpo legal, uno de los requisitos indispensables para que dicha donación o utilización resulte lícita es que los embriones (de más de catorce días de desarrollo) o fetos objeto de la donación sean clínicamente no viables o estén muertos (Art.2, literal e)¹²¹

España fue una de las primeras legislaciones en promulgarse sobre las técnicas de reproducción asistida, mediante la aprobación de la ley 35/1998, de 22 de noviembre, intentando con ella no solo resolver los problemas de esterilidad sino darle otros fines, como los de diagnóstico o de investigación.

La ley 45/ 2003, de 21 de noviembre modificó ésta ley (35/98) estableciendo una diferenciación al autorizar la utilización de los preembriones que se encontraban crioconservados con anterioridad a su entrada en vigor (noviembre de 2003), para fines de investigación, mientras los pre embriones generados con posterioridad a tal fecha podrían utilizarse únicamente para fines reproductivos. Además limitaba el producir un máximo de 3 ovocitos en

¹¹⁹ “La donación y utilización de gametos humanos y la de los óvulos fecundados y en desarrollo, in Vitro o in vivo, hasta el día catorce que sigue al de su fecundación, se hará en los términos que establece la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, y las disposiciones que la desarrollen.” Ley 42/88 del 28 de diciembre de 1998, Ley sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

¹²⁰ Ley 35/88 del 22 de noviembre de 1998, Ley sobre técnicas de reproducción asistida.

¹²¹ “La donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos, con fines diagnósticos o terapéuticos, de investigación o experimentación, sólo podrá autorizarse en los términos que establece la presente Ley. Que los embriones o fetos objeto de la donación sean clínicamente no viables o estén muertos. Ley 42/88 del 28 de diciembre de 1998, Ley sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Art. 2 Literal e.

cada ciclo reproductivo, lo que dificultaría las prácticas de reproducción asistida.

La Ley 14/ 2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida deroga las dos leyes anteriores e introduce importantes novedades. En primer lugar define con efectos exclusivamente circunscritos a su ámbito propio de aplicación el concepto de preembrión en su Art. 1 Num.2

Art.1. Objeto y ámbito de aplicación de la Ley.

2: “A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito, desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”¹²²

En la ley 35/88 se encomendó al gobierno crear mediante Real Decreto una Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, de carácter permanente para que sea la encargada de la orientación de las técnicas sobre reproducción asistida y para que fije los criterios de los sitios donde se realizan éstas técnicas, la Comisión se creó mediante Real Decreto 415/1997.

Al haberse producido una evolución notable en las técnicas de reproducción asistida para la solución de problemas de esterilidad, la ley 14/2006 en su Art.2, Numerales 1, 2 y 3 extiende su ámbito de aplicación a otras que le sean suplementarias, abriendo la posibilidad de aplicar otras técnicas vigentes que cuenten con acreditación científica y clínica y para aquellas que no cuenten con dichas condiciones o que puedan surgir en el futuro, por los avances científicos y técnicos, fija como ente regulador a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. Se modifican también ciertos aspectos del Decreto Real 415/1997 en cuanto a las funciones de dicha Comisión.

Art. 2. “Técnicas de reproducción humana asistida.

¹²² Ley 14/2006 Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Art. 1 Num.2

1. Las técnicas de reproducción humana asistida que, conforme a lo que se determina en el artículo 1, reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica son las relacionadas en el anexo.

2. La aplicación de cualquier otra técnica no relacionada en el anexo requerirá la autorización de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, para su práctica provisional y tutelada como técnica experimental.

3. El Gobierno, mediante real decreto y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, podrá actualizar el anexo para su adaptación a los avances científicos y técnicos y para incorporar aquellas técnicas experimentales que hayan demostrado, mediante experiencia suficiente, reunir las condiciones de acreditación científica y clínica precisas para su aplicación generalizada.¹²³

Para corregir los problemas suscitados por la ley 45/2003 al establecer diferencias entre el destino de los preembriones, deja supeditado éste hecho siempre a la voluntad de sus progenitores así:

Art.4. “Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, son:

- a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge
- b) La donación con fines reproductivos
- c) La donación con fines de investigación
- d) El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación

¹²³ Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Art. 2 numerales 1, 2 y 3

establecido en esta Ley, sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.”¹²⁴

Art.5 “La utilización de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico crioconservados, para cualquiera de los fines citados, requerirá del consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. En el caso de los preembriones, el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones.”¹²⁵

Se elimina también el límite de 3 ovocitos para cada ciclo reproductivo, límites que ya derivarán de manera exclusiva de las indicaciones clínicas de cada caso, así lo expresa su Art. 3 en los numerales 2, 3 y 4

Art. 3 “Condiciones personales de la aplicación de las técnicas:

2. En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer, en cada ciclo reproductivo.

3. La información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de aquéllas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación, en los centros y servicios autorizados para su práctica.

¹²⁴ Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida, Art. 4

¹²⁵ Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Art. 5

4. La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas, quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado, en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso, en que se lleve a cabo su aplicación.”¹²⁶

Para finalizar modifica el organismo autónomo” Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa” y pasa a denominarse “Organización Nacional de Trasplantes.”¹²⁷

El Tribunal Constitucional español con sentencia 11 de abril de 1985 ¹²⁸ expresa que “la vida humana es un devenir un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana que termina con la muerte.” Con lo cual contradictoriamente se evidencia que no establece diferencia alguna, de acuerdo al desarrollo vital, por supuesto no podemos dejar de considerar que la Ley 14/2006 es muy posterior a la fecha de la Sentencia.

4.1.2.2 Inicio de la Existencia de la persona física

Dependiendo del sistema jurídico, la personalidad puede ser determinada por el mero nacimiento (teoría de la vitalidad), o bien el recién nacido debe cumplir una serie de requisitos posteriores. (Teoría de la viabilidad).

En España, las Leyes de Toro impusieron un triple requisito para que un hijo se tuviese por nacido: Que naciese vivo todo, que viviese 24 horas después de nacido y recibiese bautismo.

El artículo 60 de la Ley del Matrimonio Civil de 1870 suprimió el requisito del bautismo y estableció solo dos condiciones para reputar legalmente nacida la

¹²⁶ Ley 14/2006 Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Art.3 Numerales 2, 3 y 4.

¹²⁷ “Disposición adicional tercera. *Organización Nacional de Trasplantes*. 1. Se modifica el organismo autónomo Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa, creado por la disposición adicional única de La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, que pasa a denominarse Organización Nacional de Trasplantes.” Ley 14/2006 Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Art.28. Disposición Tercera

¹²⁸ Tribunal Constitucional Español, Sentencia 11 de abril de 1985. Nº 53

persona: Que naciese con figura humana y que viviese 24 horas desprendida enteramente del seno materno.

El Código Civil establece en su artículo 30 que "Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno".¹²⁹ De la lectura de este artículo se podría afirmar que el derecho español sigue la teoría de la viabilidad, pero el artículo 29 establece que "El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente."¹³⁰

La doctrina española mayoritaria entiende que con la comprensión conjunta de ambos artículos el sistema español se vuelve ecléctico, puesto que mientras acoge la teoría de la viabilidad para determinar el inicio de la personalidad, el artículo 29 garantiza derechos al concebido pero no nacido.

Para encontrar cual es el beneficio real que el principio recogido por el Código Civil otorga al nasciturus, no es necesario recurrir a pensar que se concede a este la categoría de la personalidad jurídica, pues la letra misma del artículo 29 hace imposible esta concepción (rechazada también por la doctrina extranjera), al decir que el nacimiento determina la personalidad.

Al establecer, a continuación, el beneficio al concebido, en cuanto se tenga por nacido para ello que le favorezca, no quiere decir, que debe considerársele como persona; y más todavía, si tenemos en cuenta que este beneficio solo se le concede en el caso de que nazca con las condiciones que expresas el artículo siguiente.

Al parecer resulta imposible atribuirle la categoría de persona jurídica, pero tampoco creo que soluciona el problema acudir a una figura que enuncie una especie de capacidad limitada o pendiente. Es bastante claro el Código Civil

¹²⁹ Código Civil Español, Art. 30

¹³⁰ Código Civil Español, Art. 29

con respecto a que la personalidad sólo la tendrá desde el nacimiento, si reúne las condiciones del artículo 30, sin embargo, antes de éste, el derecho hará producir ciertos efectos en el mundo jurídico, considerando que el concebido ya existe, pero sin colocarlo sobre una base, sustancia personal del mismo. En estos efectos la ley, más que a tribuir directamente derechos al concebido, tiende a limitar los de los demás en atención a la protección al futuro bien de ese ser que aun no ha nacido.

Sin embargo el embrión humano tiene alguna personalidad, antes de nacer, para ciertas consecuencias de derecho y estas son principalmente: capacidad para heredar, para recibir en legados y para recibir en donación. Sostengo esta tesis a sabiendas de que me pongo en abierta contradicción con toda la doctrina. Sin embargo, cada vez que medito más sobre este problema, reafirmo mi punto de vista, que es una consecuencia de una correcta teoría sobre la personalidad, pues, no podría explicarse, cómo puede ser heredero o donatario el ser que sólo está concebido. En cambio, si afirmamos que el concebido es persona, pero que su personalidad está sujeta a una condición negativa: que no nazca viable, quedará perfectamente explicado que fue persona desde el momento de la concepción.

En el derecho español los fetos en el vientre materno se denominan *naciturus*, y tienen una protección jurídica específica, para el caso de que finalmente nazcan; pues para ser heredero, legatario o donatario, se necesita tener personalidad jurídica; es sólo a través de dicha calidad que se pueden adquirir derechos patrimoniales. No se puede intentar explicar esta adquisición basándose en la teoría de la representación, diciendo que los padres, o si el padre ha muerto, la madre representan al ser concebido pero no nacido, porque su representación a la vez está fundamentada en la existencia real de un representado. De manera que la teoría de la representación descansa en una admisión previa; el embrión humano es persona y tiene una capacidad algo especial, pero suficiente para considerarlo sujeto de derecho. Y es de gran trascendencia, en el derecho hereditario, que el ser concebido pueda heredar,

si nace viable; por cuanto que los bienes pueden seguir una trayectoria distinta, si pasan del causante al ser concebido que nazca viable y después muera; o bien, si los bienes del de cujus no pasan a él, porque no nació viable. Si nace viable, los bienes primero pasan a aquel ser y después a los herederos de éste. Supongamos: en un caso de divorcio o de nulidad de matrimonio, el padre instituyo como heredero al único hijo que está concebido y no ha nacido, si el hijo nace viable y muere, la herencia pasa a la madre; pero si el hijo no nace viable la herencia ya no puede pasar a la madre; pasara a los herederos del padre, y la madre ya no será heredera pues hemos supuesto que hay divorcio o nulidad de matrimonio.

La Ley de Registro Civil Española en su Título V De las Secciones del Registro. Sección 1 de nacimientos y general. Capítulo I De la Inscripción de Nacimientos en su Art. 40 dice: "Son inscribibles los nacimientos en que concurren las condiciones establecidas en el Art. 30 del Código Civil".¹³¹ Es decir, son requisitos indispensables para efectos de registro que tenga figura humana y que viva veinticuatro horas, enteramente desprendido del seno materno.

La adquisición de nuevos conocimientos médicos, que han llevado a la conclusión de que la vida comienza con la concepción, ha influido en la tutela jurídica de la vida humana antes del nacimiento, mediante la figura típica penal del aborto.

El Código Penal Español sanciona, al igual que la mayoría de legislaciones del mundo, el delito de aborto, a quien lo practica y a la madre.

Art. 144. "El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.

¹³¹ Ley de Registro Civil de España, Art. 40

Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.”¹³²

Art. 145 1. “El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años.

2. La mujer que produjere su aborto o consintiera que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.”¹³³

Art. 146. “El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.”¹³⁴

4.1.2.3. Divergencia entre el Código Civil y el Código Penal

Normalmente el Código Civil regula la personalidad jurídica, ya que sus efectos generalmente son dentro de la esfera del derecho privado. Sin embargo, también el Código Penal trata a la persona, pero de un modo independiente.

En España aunque para que un ser sea considerado persona, se requiere que tenga figura humana y que viva veinte y cuatro horas enteramente desprendido

¹³² Código Penal Español, Art. 144

¹³³ Código Penal Español, Art. 145

¹³⁴ Código Penal Español, Art. 146

de la madre, según el Art. 30 del Código Civil,¹³⁵ el homicidio, para ser considerado como tal, no necesita que se cumplan esos requisitos, al parecer bastaría con que el bebé haya nacido, pues el Art. 78 del Código Penal tiene el siguiente texto” El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.”¹³⁶ Si no ha nacido, estaríamos entonces ante un posible delito de aborto, pero no de homicidio.

Por lo tanto, podemos tener casos en los que una persona humana es persona, desde el punto de vista penal, pero no civil (nacido con sólo unas pocas horas de vida). Su homicidio o asesinato daría lugar a consecuencias penales, pero algunas civiles quedarán fuera (por ejemplo, no habría herencia).

4.1.2.4 España y los Derechos de la Personalidad

Estos Derechos de la persona física o de la personalidad han alcanzado su reconocimiento principalmente gracias a los Tratados Internacionales; posteriormente hubo la positivización como Derechos Fundamentales en las diferentes constituciones, lo que ha incrementado su respeto por los poderes públicos; pues en un inicio pertenecían a la esfera del Derecho Civil, y, el Código de Napoleón, que sirvió de base para muchos otros, no desarrolló ésta categoría esencial de Derechos.

En el caso específico del derecho español, el más amplio catálogo de los mismos se encuentra en el Título Primero de la Constitución Española, dentro de los Derechos y Deberes fundamentales y, especialmente, en su Art. 10

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

¹³⁵ Ver Página 65-66

¹³⁶ Código Penal Español, Art. 78

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España¹³⁷.

Y como lo analizamos anteriormente la Declaración Universal de Derechos Humanos¹³⁸ reconoce en su Art. 4 el derecho a la vida de todo individuo, y en su Art. 6 el que todo ser humano tiene derechos, en todas partes, a que se le reconozca su personalidad jurídica.

La legislación Española con esto esclarece muchas dudas, si todos los seres humanos tienen derecho a una personalidad jurídica, no hay por que desconocerla al no nacido.

También el Art.39 Numeral 4 de la misma Constitución dice:” Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos,¹³⁹ y el derecho a la vida está garantizado en todos ellos.

Aunque el Derecho se ha mostrado muchas veces vacilante, a la hora de definir el claramente el derecho a la vida, que más que un derecho constituye un requisito, una condición previa, un soporte para poder ejercer todos los derechos y que siguiendo al Tribunal Constitucional Español, cabría calificar como “el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible.”¹⁴⁰ Cabe pues la duda de si se trata de un derecho o una condición previa y superior al derecho mismo, el entero edificio jurídico se basa en el derecho a la vida y el derecho a vivir es un presupuesto para la legitimidad del orden legal y civil. Este derecho no es conferido por el poder ni la positivización de normas, sino que es previo, cabría entonces recurrir a los sanos principios del Derecho Natural para fundamentarlo, el cual se basa en la

¹³⁷ Constitución Política Española, Art. 10

¹³⁸ Ver Página 52

¹³⁹ Constitución Política Española, Art. 39 Num. 4

¹⁴⁰ Tribunal Constitucional Español, Sentencia 53/1985 de 11 de abril (BOE N° 119 de 18 de mayo de 1985. Fundamento jurídico 5to.)

naturaleza del hombre, que es universal, y la misma en todo tiempo y espacio, el ius naturalismo contempla principios que sirven de base a las diferentes legislaciones; que los tratan de diferente manera pero reconociéndolos. El irrespeto a la vida, traería como consecuencia lógica una destrucción de la humanidad, algo más que lleva a la consideración de que tan sujeto de dignidad es el ser nonato como la madre y constituye algo más que un llamado “bien constitucionalmente protegido”.

4.2 ANALISIS DE JURISPRUDENCIA EN EL ECUADOR

4.2.1 Caso POSTINOR 2

El debate se dio entre la fundación Próvida, que en unión a Dejemos Huellas y otros organismos aseguran que el Postinor 2 y todos los genéricos similares deben ser suspendidos, pues según la abogada que los asesora Eliana Correa, el medicamento que contiene levonorgestrel es abortivo.

Sin embargo los movimientos de mujeres, entre ellos el CEPAM, Consejo Nacional de Mujeres manifiesta que es una alternativa anticonceptiva (no abortiva) para utilizarla en casos de violación o de relaciones sexuales sin protección; pues Virginia Gómez directora del CEPAM asegura que seguirán utilizando el método de yuspe (8 pastillas anticonceptivas ingeridas en dos días) que es utilizado con el mismo fin. “Estamos defendiendo el derecho a no tener un embarazo no deseado,”¹⁴¹ manifestó.

Los especialistas exponen su punto de vista. “No podemos permitir el aborto”. El Dr. José Darquea asegura que el medicamento atenta a la vida, pues explica que es una progesterona de alta dosis que bloquea la ovulación a nivel del cuello del útero, que provoca el espesamiento del moco cervical; es

¹⁴¹ <http://www.hoy.com.ec>. “Píldora para el día después”. Página consultada el 12 de abril de 2008

antimplantatorio, es decir altera e imposibilita la anidación del óvulo fecundado.

El abogado José Fernando Rosero Rohde compareciendo por sus propios derechos basado en el Art. 95 de la Constitución Política del Ecuador. “Cualquier persona por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley...”¹⁴² propuso una ACCION DE AMPARO CONSTITUCIONAL demandando al Ministerio de Salud Pública, encargado de la política sanitaria en el Ecuador y al Instituto Nacional de higiene y Medicina Tropical Leopoldo Inquieta Pérez, encargado de otorgar los registros sanitarios que permiten la lícita distribución y expendio de medicamentos, representados en las personas de los señores TEOFILO LAMA PICO y doctor LUIGGI MARTÍNI ROBLE.

El acto ilegítimo de autoridad pública que impugna es el Registro Sanitario otorgado por las dos instituciones antes mencionadas que permite la legal comercialización y expendio de la “pastilla del día siguiente” conocida con su nombre clínico como POSTINOR 2, lo cual contravendría disposiciones expresas en el ámbito constitucional y penal. la razón legal fue no considerar que no se ha probado clínicamente si la pastilla es anticonceptiva o abortiva y que nuestra legislación reprime con severas penas, tanto a las madres como a los médicos que induzcan un aborto, sea éste ovular, embrionario o fetal.

El conocimiento de la causa correspondió al Juez Tercero de lo civil del cantón Guayaquil, quien a cargo del proceso convocó a las partes a audiencia pública la cual se celebró el día veinte y dos de noviembre del año dos mil cuatro.

¹⁴² “Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la Ley, Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria,, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por persona que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública,” Constitución Política del Ecuador, Art.95 Inciso 1ro.

Concedió primero la palabra al abogado José Fernando Rosero Rohde quien en su intervención da al inicio una reflexión acerca del valor de la vida y después expone sus argumentos basado principalmente en el Art. 49 de la Constitución Política del Ecuador que expone que “El Estado Ecuatoriano asegura y garantiza el derecho a la vida desde su concepción a los niños y adolescentes”.¹⁴³ En el Art. 272¹⁴⁴ de la misma Constitución que expresa lo que conocemos como la supremacía de las normas constitucionales. En el Art. 20 del Código de la Niñez y Adolescencia “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo. Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral.”¹⁴⁵ En materia penal en los Art. 443, 444 y 446 que sancionan con severas penas de reclusión tanto al médico como a la madre que consiente el aborto. Y menciona que la Corte Suprema de Justicia del Ecuador mediante fallo publicado en la gaceta judicial del 30 de mayo de 1997 considera que el aborto ovular también es aborto y por lo tanto reprimido en nuestra legislación. El fallo publicado define el aborto de la siguiente manera: “Aborto es la interrupción violenta del proceso fisiológico del desarrollo del feto, por ello que proviene del latín abortus que significa AB y ORTUS nacimiento. Hay aborto siempre que el producto de la concepción sea expedito del útero antes de la época establecida por la naturaleza. El aborto como acto típico y antijurídico es incriminado en todos los Códigos Penales y, contra raras excepciones, consiste en el uso voluntario y consciente de medios idóneos para producir un mal parto o la arriesgada anticipación de él, con el fin inmediato o mediato que perezca el feto, o para producir su destrucción. Es la expulsión del feto antes de que sea viable.

¹⁴³ Constitución Política del Ecuador, Art. 49

¹⁴⁴ “La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos – estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si de algún modo estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones. Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior.” Constitución Política del Ecuador. Art. 272.

¹⁴⁵ Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 20

Puede ser ovular, embrionario o fetal según la época en que ocurra, como en forma acertada lo sostiene el autor argentino Raúl Goldestein.”¹⁴⁶

Luego concede la palabra al abogado Alfredo Borbor Zambrano quien interviene a nombre y representación del doctor Luiggi Martíni Robles, Director Nacional del Instituto Nacional de Higiene LEOPOLDO EZQUIETA PEREZ mencionando que: “El Instituto Nacional de Higiene es un laboratorio referencial del estado y el otorgamiento de un certificado del registro sanitario, obedece a los requisitos constantes tanto en el código sanitario o de salud como en los reglamentos que para medicamentos existen. La institución no ha violentado ninguno de estos trámites ni legales ni técnicos se ha sujetado a la documentación presentada por el solicitante del registro y que en algunos casos como el presente es remitida desde el exterior debidamente legalizada y consularizada; por lo tanto no existe violación de trámite del acto administrativo cuyo trámite final es el otorgamiento del Registro Sanitario.”¹⁴⁷

Interviene luego la doctora Lelia Elvira Marchan Castro quien tiene la función de coordinadora del proceso de registro sanitario del Instituto Nacional de Higiene quien ratifica lo explicado por el abogado.

El Ministro de Salud Pública no asiste a la audiencia. El primero de diciembre del dos mil cuatro el Juez Tercero de lo Civil de Guayaquil dicta su resolución concediendo el amparo propuesto considerando en lo fundamental que según los artículos 16 y 18 de la Constitución Política de la República: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos, y en materia de derechos y garantías se estará a la interpretación que más

¹⁴⁶ Fallo publicado en la Gaceta Judicial del 30 de mayo de 1997

¹⁴⁷ Juzgado Tercero de lo Civil de Guayaquil. Audiencia del Juicio N° 0930320040672

favorezca a su efectiva vigencia”,¹⁴⁸ sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de las partes para iniciar o adoptar otras acciones que las leyes le confieran.

El Dr. Luiggi Martín Robles Director Nacional del Instituto Nacional de Higiene “Leopoldo Izquierda Pérez en conocimiento de la resolución, encontrándose inconforme, apela de ella para ante el Superior.

Efectuado el sorteo corresponde el caso a la Primera Sala del Tribunal Constitucional, que avoca conocimiento; sin embargo se da un re sorteo con el cual la causa corresponde a la Tercera Sala del Tribunal Constitucional que avoca conocimiento del proceso y dicta su resolución el veinte y tres de mayo del año dos mil seis, que en su considerando Séptimo indica que de folios 79 a 103 del expediente consta el Informe de Proceso de Registro Sanitario del Producto POSTINOR 2 que en conclusión dice:“ El resultado de las evaluaciones y análisis señalados en cada uno de los 3 informes elaborados por las áreas correspondientes para el producto Postinor 2/ levonorgestrel 0.75 mg. Comprimidos permite la emisión del correspondiente Certificado de Registro Sanitario que lleva señalada la condición de venta “BAJO RECETA MEDICA” se expida el día 5 de agosto del 2004 con el No. 25.848-08-04”¹⁴⁹ Luego de haber elaborado el proceso de análisis técnico-legal, el proceso de análisis físico-químico y el análisis farmacológico.

El considerando Octavo ¹⁵⁰ menciona el Art. 49 de la Constitución Política de la República que dentro de la sección sobre los grupos vulnerables refiriéndose a los niños y adolescentes dice: “El Estado les asegurará y garantizará la vida desde su concepción”. Es entonces el Estado el primer llamado a cumplir con ésta obligación por lo que coincide con LARREA HOLGUÍN cuando apunta

¹⁴⁸ Juzgado Tercero de lo Civil de Guayaquil, Juicio No.09303220040672. Guayaquil, 01 de Diciembre del 2004. Argumento Jurídico 5to. De la Resolución.

¹⁴⁹ Resolución N° 0014-2005-RA, Tercera Sala del Tribunal Constitucional, considerando 7

¹⁵⁰ Resolución N° 0014-2005-RA, Tercera Sala del Tribunal Constitucional, Considerando 8

que “La primera consecuencia de la garantía de la vida consiste en la debida penalización de lo que pueda atentar contra la vida (...)”¹⁵¹

En el Considerando noveno ¹⁵² hace referencia a otras normas especiales como el Código de la Niñez y Adolescencia que en su Art. 20 dice: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo. Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral”. Y el Art. 148 del mismo Código “La mujer embarazada tiene derecho, desde el momento de la concepción, a alimentos para la atención de sus necesidades de alimentación...”.

La Sala en su considerando Décimo toma como referencia para resolver el Art. 20 del Código de la Niñez y Adolescencia puesto que garantiza el derecho a la vida desde la concepción y en el segundo inciso expresa que se prohíbe las manipulaciones médicas desde la fecundación del óvulo, con lo cual, a pesar de ser una ley especial con menor jerarquía que la Constitución, da una pauta mucho más clara y precisa al referirse expresamente al momento de la fecundación como inicio de protección legal para el no nacido, así, aún cuando en la Constitución no exista una norma clara la Sala expresa: “ De todas formas, esta Sala consiente de todo el debate científico y social, no puede aseverar que la concepción se produce desde la fecundación del óvulo, pero tampoco puede estar seguro de lo contrario. Es decir, en el análisis de la presente materia se ha generado una duda razonable que nos obliga, en

¹⁵¹ “La primera consecuencia de la garantía de la vida consiste en la debida penalización de lo que pueda atentar contra la vida. Esto es obvio. Sería inútil formular el derecho a la vida y no sancionar, con suficiente severidad, el asesinato, el homicidio, el infanticidio, el aborto, el suicidio, el genocidio, las propagandas nihilistas, la apología del delito contra la vida, y todos los demás crímenes que atentan contra este precioso don de la existencia”. Larrea Holguín Juan. Informe sobre la Constitucionalidad de los Proyectos de Ley No.26-751 y 26-918

¹⁵² Resolución No.0014-2005-RA, Tercera Sala del Tribunal Constitucional, Considerando 9

nuestra calidad de jueces constitucionales, a realizar la interpretación de la norma contenida en el Art. 49 de la Constitución, con un alcance a favor de la persona y del derecho a la vida, por disposición del Art. 18 segundo inciso de la citada Constitución.”¹⁵³ Con lo cual estoy en total acuerdo pues se aplica el principio del in dubio pro homine, es decir que en caso de duda se debe estar a favor del hombre (del humano).

Además se está aplicando el “principio de interpretación restrictiva de las potestades públicas y de interpretación amplia y favorable de los derechos y garantías constitucionales.”¹⁵⁴ Según el cual en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Este principio básico de la Constitución explica que su parte orgánica (organiza el poder político y lo distribuye), se interpreta restrictivamente; mientras su parte dogmática (derechos y garantías de los ciudadanos), se interpreta en forma amplia y favorable, es decir que deben ser interpretados en el sentido más favorable que garantice su plena vigencia.

A más de ello, siendo la vida el bien más preciado, sin en cual no se podrá hacer efectivo ningún otro tipo de derecho, como los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, manifestados por ciertos grupos interesados, aún a pesar de la duda se debe dar prioridad al bien jurídico constitucional de la vida, pues según el “Principio de concordancia práctica”¹⁵⁵ en los casos en los que varios bienes constitucionales parecen estar en pugna el juez constitucional es el encargado de establecer prioridades, formulando juicios de valor para interpretar el texto constitucional y preferir el que sea un bien jurídico superior.

¹⁵³ Resolución N° 0014-2005-RA, Tercera Sala del Tribunal Constitucional, Considerando Décimo.

¹⁵⁴ Velázquez Coello Santiago, “Principios básicos de Interpretación Constitucional”, en Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, No.8-III Trimestre, 2006, Páginas 71 y 72.

¹⁵⁵ Velázquez Coello Santiago, “Principios básicos de Interpretación Constitucional”, en Revista del Tribunal constitucional del Ecuador, Quito, N° 8-III Trimestre, 2006, Páginas 73 y 74

En los considerandos décimo tercero y décimo cuarto ¹⁵⁶ se indica que la función del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical “Leopoldo Izquieta Pérez” no consiste únicamente en verificar que exista la documentación habilitante para otorgar un registro sanitario, sino que es un ente facultado para verificar los componentes de dichos productos, en este caso del Levonorgestrel, para así poder determinar sus efectos sobre la vida del ser humano que debieron haber sido analizados en el Proceso técnico-legal y comparados con la normativa vigente, la cual sería claramente contravenida si se considera que la concepción se produce el momento de la fecundación .

En el Considerando Décimo Quinto ¹⁵⁷ respecto a la legitimación activa del demandante, la parte demandada alega que no es el legítimo interesado.

Según el Art. 95 de la Constitución “Cualquier persona por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la Ley (...)”¹⁵⁸ La Constitución ha incluido en el Capítulo V del Título III “ De los derechos, garantías y deberes” bajo la denominación de “De los derechos colectivos” , al medio ambiente y a los derechos de los consumidores que por su naturaleza son derechos difusos, de manera incompleta, puesto que también debe contemplar por ejemplo los derechos del colectivo a la protección del patrimonio cultural, o a la vida, cuando es amenazada de forma global a un grupo de individuos. Los derechos colectivos hacen referencia a una agrupación unida por lazos específicos como son los pueblos indígenas y negros. “La doctrina ha señalado que son aquellos derechos de grupo, como los que corresponden a los jubilados, los incapacitados los estudiantes, etc.”¹⁵⁹ Es difícil en esos casos identificar el

¹⁵⁶ Resolución No.0014-2005-RA, Tercera Sala de Tribunal Constitucional del Ecuador, Considerandos 13 y 14.

¹⁵⁷ Resolución No.0014-2005-RA, Tercera Sala del Tribunal Constitucional del Ecuador, Considerando 15.

¹⁵⁸ Ver Página 74

¹⁵⁹ “Aguiar de Luque L, Nogueira H, Oyarte R, Sagués N, Salgado H,”En Materia de Derechos Colectivos y Difusos”,en Pérez Tremps Pablo(Coord.), Los Derechos Fundamentales, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, Pág.167.

grupo afectado, si dichos derechos son violentados, por lo que deberá ser un representante de la colectividad debidamente legitimado quien podrá interponer la acción de amparo.

Los derechos colectivos no son sólo los señalados del Art. 83 al 92 de la Constitución, pues la Carta Fundamental se limita a reconocer derechos más no a establecerlos, es decir es un señalamiento ejemplificativo más no taxativo de los mismos, así el Art. 95 de la Constitución Política de la República protege tanto los derechos individuales como los colectivos y el derecho a la vida está amparado en el Art. 23 numeral 1) de la Constitución¹⁶⁰ como parte de los derechos garantizados por el Estado, de un modo general a todas las personas, es decir ya no se trata de derechos garantizados individualmente, sino garantizados a todo ser humano ya como parte de una colectividad.

En el caso de que la violación de un derecho, reconocido con el carácter de colectivo, afecte directamente a un individuo, el amparo podrá ser interpuesto por sus propios derechos, teniéndose en cuenta que la acción de amparo solo beneficia a quien la interpone.

El problema se presenta en cuanto a los derechos difusos que en términos del profesor Francisco Fernández Segado” No se caracterizan ni se diferencian de los derechos colectivos e individuales, en cuanto a su contenido sino en cuanto sus titulares.”¹⁶¹ En los derechos difusos a diferencia de los colectivos es difícil determinar el grupo que ejerce dichos derechos y por lo tanto a quienes afecta su vulneración, tal como sucede en el derecho a la protección del ambiente, el derecho de los consumidores o el derecho a la vida.

¹⁶⁰ “Sin perjuicio de los derechos establecidos en ésta Constitución y en los Instrumentos Internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes. 1 la inviolabilidad de la vida, no hay pena de muerte.” Constitución Política del Ecuador, Art. 23, Numeral 1.

¹⁶¹ Citado en Aguiar de Luque L, Nogueira H, Oyarte R, Sagués N, Salgado H, “En Materia de Derechos Colectivos y Difusos”, en Pérez Tremps Pablo(Coord.), Los Derechos Fundamentales, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, Pág.167

La dificultad radicaría en que en apariencia se debería legitimar un representante de la colectividad, pues no se señala ninguna otra forma de legitimación en éstos casos, pero este sería el representante legitimado de una colectividad que en realidad no existe, pues somos todos, pero al mismo tiempo ningún sujeto considerado individualmente o como parte de dicha colectividad, por lo que considero que se debe reconocer el derecho de que cualquier persona pueda proponer el derecho de amparo respecto a un derecho difuso.

Se hace referencia en el mismo considerando al Art. 61 del Código Civil que dice: “La Ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que se crea que de algún modo peligrará. Toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.”¹⁶²

En términos generales entonces conviene advertir que la ley permite a cualquier persona, e incluso al juez de oficio, intervenir en la defensa de la vida del que está por nacer.

El Art. 18 de la Constitución en sus incisos 3 y 4 aplica el “Principio de fuerza normativa de la Constitución.” “...No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el

¹⁶² Código Civil Ecuatoriano, Art. 61

reconocimiento de tales derechos.”¹⁶³ “Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.”¹⁶⁴

Según éste principio la Constitución no es simplemente un conjunto de buenos deseos sino un documento jurídico con fuerza normativa, sus principios son directrices obligatorias para los gobernantes y para la Administración pues “el contenido de sus preceptos jurídicos es directamente exigible y los derechos y garantías contenidos en la misma son directamente aplicables,”¹⁶⁵ sin que se pueda alegar falta de ley para evadir la responsabilidad. De modo que los jueces constitucionales, ni por cuestiones procesales ni por falta de ley, podían desechar la acción, pues el derecho a la vida está protegido por la Constitución.

El considerando Décimo Sexto¹⁶⁶ indica que existe un acto ilegítimo de autoridad pública al haberse concedido el registro sanitario del POSTINOR 2, puesto que ésta pastilla como se explica en el considerando Séptimo de la misma sentencia, “puede actuar en tres momentos: 1) Evitando la ovulación; 2) Evitando la fecundación o fertilización; y, 3) Evitando la implantación;”¹⁶⁷ el tercero, es claramente abortivo pues evita la implantación del cigoto y por lo tanto contraviene claramente el ordenamiento jurídico ecuatoriano, principalmente el Art. 49 de la Constitución que protege la vida desde su concepción, lo cual ha sido el fundamento de éste fallo. A más de ello hace un llamado a las autoridades a analizar no solo el cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de un registro sanitario sino también a ir un poco más allá analizando el contenido de dichos productos.

¹⁶³ Constitución Política del Ecuador, Art. 18 Inc. 3

¹⁶⁴ Constitución Política del Ecuador, Art. 18 Inc. 4

¹⁶⁵ Velázquez Coello Santiago, “Principios básicos de Interpretación Constitucional”, en Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, No.8-III Trimestre, 2006, Páginas 74-76.

¹⁶⁶ Resolución N° 0014-2005-RA Tercera Sala del Tribunal Constitucional, considerando 16

¹⁶⁷ Resolución N° 0014-2005-RA Tercera Sala del Tribunal Constitucional, Considerando 7

Así la Sala resuelve “Conceder la acción de amparo constitucional propuesta por el señor José Fernando Rosero Rohde, suspendiendo definitivamente la inscripción del medicamento y certificado de registro sanitario No. 25.848-08-04, del producto denominado POSTINOR-2/LEVONORGESTREL 0.75 COMPRIMIDOS, con vigencia desde el 5 de agosto de 2004.”¹⁶⁸

Sin embargo el Abogado José Fernando Rosero Rohde interpone recurso de aclaración y ampliación pidiendo que se suspenda no sólo la comercialización, expendio y registro sanitario del POSTINOR 2 sino de todos los medicamentos que tengan un efecto anti - implantatorio similar y que se ordene al Instituto Nacional de Higiene “Leopoldo Izquieta Pérez” que no otorgue posteriormente Registros Sanitarios a éste tipo de productos puesto que violan el derecho a la vida protegido desde la Concepción por el Art. 49 de la Constitución.

El Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer CEPAM-QUITO interpone también recurso de aclaración y ampliación al fallo dictado. Impugnando la legitimidad de personería activa del Abogado Fernando Rosero, al igual que el haber considerando a la vida un derecho difuso e impugnando la declaratoria de ilegitimidad del acto del registro sanitario del POSTINOR 2.

La resolución no puede ser alterada ni revocada por el juez que la dictó en ningún caso. Procede la aclaración cuando es oscura y la ampliación cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos. El accionante Fernando Rosero pretende que la resolución sea modificada al solicitar pronunciamiento de la Sala respecto a temas que no fueron objeto de la acción de amparo, por lo que es improcedente.

¹⁶⁸ Resolución N° 0014-2005-RA, Tercera Sala del Tribunal constitucional, pág. 14

En el considerando Décimo Sexto de la resolución la Sala hizo simplemente referencia a productos que contengan Levonorgestrel haciendo un llamado a las autoridades para que en los casos posteriores se pronuncien claramente sobre los efectos que éstos puedan ocasionar, pues de ello dependerá que los Registros Sanitarios, de ser otorgados, sean o no concedidos indebidamente, pero no resolvió nada acerca de los registros de tales productos debido a la imposibilidad de hacerlo. Así la Sala expresa: “Puesto que en virtud del principio en eat index ultra petita partium, el juez constitucional no puede sobrepasar lo impugnado, que en el caso fue el Registro Sanitario del Producto Postinor-2, inscrito y registrado con el No. 25.848-08-08 el 5 de agosto de 2004, único acto sobre el que podía pronunciarse la Sala como en efecto lo hizo”.¹⁶⁹

La polémica se da por dos corrientes:

La primera dice que la vida no se define, hasta que no se produce la implantación, y la segunda, con la que yo concuerdo, indica que la vida se origina en el momento mismo de la unión del espermatozoide con el óvulo, es decir cuando se produce la fecundación.

La Constitución Política de la República es la Ley Suprema, a la que se subordinan todas las demás. Así lo entiende la doctrina universalmente admitida, así se ha afirmado una y otra vez durante nuestra vida independiente, así se ha reafirmado en varios tratados internacionales y así lo declara el Art. 272 de la actual Constitución.

Pocas constituciones hay en el mundo que, de forma expresa y técnicamente precisa, protejan el derecho a la vida, desde la misma concepción. Entre ese

¹⁶⁹ Aclaración y Ampliación de la Resolución No.0014-2005-RA, Tercera Sala del Tribunal Constitucional

grupo reducido de constituciones destaca, por su claridad, la Ecuatoriana, que reiteradamente confirma los derechos del que está por nacer.

Las diversas redacciones, a lo largo de la historia de nuestro derecho constitucional, han ido ampliando y garantizando de mejor manera los derechos humanos, así en la codificación de 1998 en el Art. 3 se enumera los deberes fundamentales del Estado y, entre ellos. “2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de hombres y mujeres, y la seguridad social”.¹⁷⁰

Después la Carta Fundamental enumera cuales son esos derechos y libertades que el Estado garantiza (principalmente en los artículos (16 a 92)).¹⁷¹ A continuación dispone cuales son las garantías de esos derechos y como se hacen efectivos mediante varias acciones como el habeas corpus, el habeas data, el amparo, y la intervención del Defensor del Pueblo (Art. 93 a 95).¹⁷²

Entre los derechos humanos el primero y más importante es el derecho a la vida, así lo afirma la doctrina, la jurisprudencia, los tratados internacionales y el simple sentido común, puesto que sin él, si no existe un sujeto vivo, no cabe el ejercicio de ningún otro.

Nuestra constitución en su Art. 16 expresa que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta constitución.”¹⁷³

El Art. 18 de la Constitución,¹⁷⁴ como lo expliqué anteriormente, en su inciso 2 hace referencia al “principio de interpretación restrictiva de las potestades

¹⁷⁰ Constitución Política del Ecuador, Art.3, Num.2

¹⁷¹ Constitución Política del Ecuador, Artículos 16-92

¹⁷² Constitución Política del Ecuador, Art.93, 94 y 95

¹⁷³ Constitución Política del Ecuador, Art.16

públicas y de interpretación amplia y favorable de los derechos y garantías constitucionales”. “... En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia...”. Y en los incisos 3 y 4 aplica el “Principio de fuerza normativa de la Constitución.” “...No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos. Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.

El artículo 23¹⁷⁵ enumera los derechos civiles y el primero de ellos es “1. La inviolabilidad de la vida. No hay pena de muerte”. Nuestra Constitución comienza consagrando la inviolabilidad de la vida de forma sintética y a la vez amplia. Recordemos aquí a HAMILTON,¹⁷⁶ quien prefería ser parco al regular los derechos humanos, por cuanto consideraba que el silencio permitía una mejor protección de los mismos y evitaba cualquier eventual limitación normativa.

De la inviolabilidad de la vida se derivan otros derechos como el de la integridad personal¹⁷⁷ (Art.23 No.2), precisándose inclusive la prohibición de la “utilización de material genético humano”, al igual que se condena “el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el secuestro, el homicidio...”

El numeral 3 del mismo artículo, mencionando la igualdad ante la Ley, especifica que “todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, (...) estado de salud, discapacidad, o diferencia de

¹⁷⁴ Constitución Política del Ecuador, Art.18, Inciso 2do.

¹⁷⁵ Constitución Política del Ecuador, Art.23, Num.1

¹⁷⁶ Citado en Gran Omeba Diccionario Enciclopédico ilustrado, Editorial Bibliográfica OMEGA, Argentina, 1966

¹⁷⁷ Constitución Política del Ecuador, Art.23, Num. 2

cualquier otra índole.”¹⁷⁸ Consecuentemente no habrá que discriminar el primero de todos los derechos, la vida, a los no nacidos. La vida es sagrada: no es posible matar ni bajo pretexto de discapacidad, salud deficiente o no haber nacido.

Más adelante, al hablar de los grupos vulnerables en el Art. 49 se menciona a los que están por nacer, a quienes “el Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida desde su concepción (...)”¹⁷⁹ Se encuadra de este modo al *naciturus* dentro de los grupos vulnerables, y se fija un principio protector de aquellos seres humanos más débiles. Resulta imposible ser más claro. La norma interna de mayor jerarquía en el Ecuador no deja lugar a la más mínima duda: el derecho a la vida se protege desde la misma concepción.

Del criterio señalado está impregnado hondamente todo el texto constitucional, haciéndose más evidente en determinadas disposiciones, que no analizo porque huelga abundar sobre este punto. Solo dejo sentado que, bajo los tradicionales métodos interpretativos de la constitución, la conclusión siempre es idéntica: en el Ecuador el derecho a la vida se protege desde la concepción; sin embargo se crea la duda razonable acerca del momento en que se produce la misma, lo cual debería ser aclarado por nuestra Carta Fundamental y de no serlo, es ese el trabajo de los jueces Constitucionales: el resolver utilizando los métodos de interpretación Constitucional.

Mi posición, como estudiante de Derecho, es la de evitar que estos medicamentos se vendan libremente, pues la ética médica defiende la vida apenas se forma.

¹⁷⁸ “La igualdad ante la ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.” Constitución Política del Ecuador, Art.23 Num3

¹⁷⁹ Ver páginas 29-30

A mi modo de ver es un método perjudicial; en Europa aumentó el índice de abortos, en vez de disminuirlo, después de permitida su venta; es un aborto solapado que lleva a una situación cómoda, pero amoral: libertinaje sexual, embarazos indiscriminados y abortos.

Se debe crear conciencia, a través de la educación sexual, no habría problemas si no habría embarazos no deseados, no se puede seguir incentivando el uso de medicamentos de este tipo que alteran el proceso natural de la vida.

En mi opinión, una posición más ética, acorde con el derecho natural es la de considerar el inicio de la vida humana desde la concepción, entendiéndose que la misma se produce el momento mismo de la fecundación; con lo cual, la pastilla denominada “del día siguiente” es claramente abortiva, por lo que estoy en total acuerdo con la resolución tomada por el Tribunal Constitucional.

Para finalizar creo que mi investigación no tiene afán político ni religioso, pero me gustaría llegar a ser abogada, dispuesta a defender la vida y todos los derechos que garanticen el desarrollo íntegro y pleno del ser humano.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- a) La vida humana es un bien, que debe ser querido, garantizado y cuidado ampliamente; porque el hombre, Rey del Universo, no ha podido hasta ahora, crear la vida.

- b) La vida es un don de Dios, la vida del hombre es sagrada e inviolable y debe ser protegida desde el inicio de su existencia en el seno materno, hasta su muerte natural.
- c) El derecho a la vida es reconocido como un derecho que emana de la dignidad inherente al ser humano, no como una concesión de los Estados, los cuales tienen el deber de respetarlo, cumplirlo y garantizarlo.
- d) Se define a la persona como todo individuo de la especie humana.
- e) El ser humano tiene derecho a que su vida sea respetada en virtud de la dignidad que ostenta, dignidad basada en la superioridad respecto a todo lo creado.
- f) El derecho a la vida se funda en la naturaleza y en la dignidad de la persona humana, ésta naturaleza peculiar es base de los derechos de todo individuo, que tiene dignidad de persona desde el momento de su concepción.
- g) Es importante ayudar a nuestros contemporáneos a comprender el valor positivo y humanizador de la ley moral, que en cuanto regula las relaciones interhumanas, se califica como “derecho natural”, y como tal exige el respeto integral a la dignidad de cada persona en la búsqueda del bien común.
- h) En el caso de conflicto entre normas internas o internacionales, o entre dos tratados que versen sobre el mismo asunto, el derecho a la protección jurídica de la vida, en caso de debe prevalecer, la norma más beneficiosa al ser humano, que es el titular de los derechos preconizados.
- i) Independientemente del número de normativas referentes a la protección del derecho a la vida, la última palabra que debe prevalecer, será siempre la concerniente a la apreciación del juez, tanto en el ámbito interno como en el internacional, por ello, el juez será el mayor implicado

en la aplicación de la norma más favorable al ser humano y el Estado estará obligado a ejecutar la decisión.

- j) El Derecho a la vida, es un derecho fundamental, inserto en el programa de los Derechos Humanos, y en virtud del cual el Estado esta obligado a protegerlo desde todas sus instituciones, y, desde el momento de la concepción hasta la muerte.
- k) La ley penal, herramienta de la política criminal, que hoy se manifiesta en todas sus instancias respetuosa de los Derechos Humanos, históricamente ha protegido la vida del que esta por nacer.
- l) La ley no puede autorizar quitar la vida a nadie, en las diferentes jerarquías en aplicación, pues atentaría frontalmente contra el Art.23 Num.1 de la Constitución Política, que consagra la inviolabilidad de la vida.
- m) Discriminar la vida del nonato, y tenerla como un valor jurídico menor por el hecho de no haberse manifestado con el nacimiento atenta contra el Art.23 Num.3 de la Carta Fundamental.
- n) Los Artículos 49 y 50 obligan al Estado a asegurar y garantizar “la vida del que está por nacer”, y adoptar medidas y a prevenir la violencia y maltrato del nasciturus.
- o) Por el principio de la proporcionalidad de la pena, previsto en el Art.24 Num.3 de la Constitución, las conductas que atenten contra el valor supremo de la vida,, deberán reprimirse penalmente. Actualmente nuestro Código Penal sí sanciona el aborto; el despenalizarlo ocasionaría una inconstitucionalidad por omisión.
- p) Obligar a un médico a realizar un aborto, contra su voluntad, violenta la libertad de conciencia consagrada en el Art.23 Num.12 de la Carta Magna, y si la Religión considera pecaminoso el aborto, no se puede transgredir la libertad de religión prevista en el mismo numeral.
- q) No se advierte motivo alguno para desviar esta tradición jurídico-penal, de la protección del sujeto más débil en la relación jurídica, en este caso,

la persona por nacer, conforme la actual doctrina de los derechos humanos.

- r) Existen diversas teorías respecto al comienzo de la vida humana, sin embargo la teoría más difundida actualmente es aquella que manifiesta que la vida humana empieza con la concepción.
- s) Se han presentado dos posiciones fundamentales respecto al momento mismo de la concepción. La primera que establece este momento en la época de la concepción misma y la segunda que establece que esto ocurre catorce días después de la fecundación, cuando el óvulo se implanta en el útero materno.
- t) El Código Civil utiliza el término persona como sinónimo de sujeto de derecho; la referencia a la persona natural está en el Art. 41 que considera persona a todo individuo de la especie humana sin discriminación de edad, sexo o condición. Sin embargo creo que es una definición poco acertada de persona natural, pues no contiene un género propio ni sus características propias.
- u) La teoría de los catorce días, de amplio uso sobre todo en Europa, ha permitido que se realicen investigaciones con embriones e inclusive contratos sobre ello, puesto que no se considerarían sujetos de derecho sino objetos.
- v) El análisis de los Artículos referentes al derecho a la vida en las Constituciones Argentina y Española nos lleva a la conclusión de que hay intercambio y complemento entre leyes internas e internacionales para proteger la vida desde la concepción
- w) En mi opinión, una posición más ética, acorde con el derecho natural es la de considerar el inicio de la vida humana desde la concepción.
- x) Si el no nacido no está vivo.... ¿Por qué está creciendo?....Si no es un ser humano..... ¿Qué clase de ser es?.... Si es un ser vivo y humano.... ¿Por qué negarle el derecho a la vida y no otorgarle toda la protección

jurídica que merece como parte de la creación a la que Dios le dio este maravilloso don de la existencia?....

- y) El Derecho a la vida, entre el conjunto de artículos que garantiza el Estado y que discute el pleno de la Asamblea Constituyente, es uno de los que más atención ha llamado a los Asambleístas.

El texto propuesto por la Mesa 1 de Derechos Fundamentales es parecido al que consta en la Constitución de 1998, vigente hasta la fecha: “El Estado garantizará la inviolabilidad de la vida. No hay pena de muerte.” Acordaron que el principio se desarrollará cuando se trate de los grupos de atención prioritaria como los niños, niñas y adolescentes.

Pablo Lucio Paredes, Mae Montañó y Gissel Rosado plantean que el Estado reconozca el Derecho a la vida desde la concepción hasta la muerte natural, sin embargo Asambleístas como María Paula Romo y Betty Tola creen que esta propuesta serviría como medio para declarar ilegal el aborto terapéutico, que está contemplado en el Código Penal actual, en dos casos: cuando está en peligro la vida de la madre o del niño y cuando el embarazo es producto de una violación a una mujer idiota o demente y consideran que debe protegerse simplemente el” Derecho a la vida “sin ninguna otra especificación.

Los Derechos Sexuales y Reproductivos también han sido motivo de polémica. En la actual constitución ambos están juntos, ahora la mesa ha decidido reconocerlos de manera separada.

El texto de los derechos sexuales dice: “Toda persona tiene derecho a tomar decisiones libres, informadas y responsables sobre su sexualidad y vida sexual, incluida la identidad sexual y de género, la elección de pareja y la orientación sexual.”

El texto de los derechos reproductivos indica: “Toda persona tiene derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y decidir cuándo y cuántos hijos tener y cada qué tiempo”

Este artículo de los derechos reproductivos puede tener dos lecturas: la primera, “planificación familiar”, con lo cual estoy de acuerdo; y la segunda, permitir el aborto, pues según el texto la persona puede decidir libremente y parar el embarazo sino quiere tener hijos en ese momento.

Como mujer y parte de la sociedad promuevo la defensa de los derechos sexuales y reproductivos tanto de las mujeres cuanto de los hombres, pero dicha protección jamás puede atentar contra el Derecho a la vida que es un derecho no otorgado por el Poder Público, el Estado, la Sociedad o el derecho positivo. Este derecho es anterior a todo, propio del ser humano por su esencia y naturaleza y el Estado debe limitarse a respetarlo y garantizarlo.

Con respecto al derecho a la vida que es el de más relevancia para el tema creo que tenemos varias alternativas:

El texto podría mantenerse similar al actual Art. 49 de la Constitución y proteger el derecho a la vida “desde la concepción hasta la muerte natural”, pero, como lo hemos analizado el término “concepción” es también motivo de polémica, pues son muchas las opiniones respecto a cuando ésta se produce.

Si en el texto se especifica que se protege la vida desde “la fecundación hasta la muerte natural, sin excepciones”. El derecho a la vida estaría plenamente garantizado, pero tendría que eliminarse el aborto terapéutico permitido en el actual código penal y de no hacerlo dejaría de tener validez, puesto que la jerarquía de las normas Constitucionales es superior al ordenamiento penal.

Lo cual sin dejar de ser lo correcto, puede considerarse injusto y extremista, aunque la justicia es bastante subjetiva y relativa; es necesario ser consciente que el Ecuador no es un País que garantice plenamente la seguridad, hay violaciones a diario.

Quizá es necesario, entonces, encontrar un punto intermedio, proteger el derecho a la vida “desde la fecundación, hasta la muerte natural” y que consten en el mismo texto constitucional las excepciones permitidas, si así se lo decide.

Pero el proteger el “Derecho a la vida” sin ninguna otra especificación es dejar abierta una puerta muy amplia, que con el tiempo puede llevar a que sean incluidas en la Ley Penal todas las modificaciones que se desee, con lo que estoy en total desacuerdo.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRIGUEZ ARTURO, Las actuales orientaciones del Derecho, Editorial Nascimento, Santiago, 1942.

BERNASCHINA MARIO, Manual de Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1951.

BLAZQUEZ NICETO, Bioética Fundamental, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1996.

BORDA GUILLERMO ANTONIO Y OTROS, La Persona Humana, FEYDE, Argentina, 2001.

BUSTOS JOSE, El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética, Editorial Dykinson, Madrid, 1996.

CABANELLAS GUILLERMO, Diccionario de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.I., Buenos Aires, 1974.

CIFUENTES SANTOS, Los derechos personalísimos, Lerner ediciones, Buenos Aires, 1974.

CLARO SOLAR LUIS, Explicaciones del Derecho Civil chileno y comparado, Imprenta Nascimento, Santiago, 1937.

COLIN Y CAPIANT, Curso elemental de Derecho Civil, traducción castellana, Madrid, 1922.

COVIELLO NICOLAS, Doctrina General del Derecho Civil, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938.

DE OTTO Y PARDO IGNACIO, Derechos Fundamentales y Constitución, Cuadernos Civitas S.A., Madrid, 1998.

FIGUEROA YÁÑEZ GONZALO, El Derecho Civil de la Persona, Editorial Jurídica de Chile, SALESIANOS S.A., 2001.

FIGUEROA YAÑEZ GONZALO, Persona, pareja y familia, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

GHUYTON ARTHUR, Tratado de Fisiología Médica, Nueva Editorial Interamericana, México, 1971.

JORQUERA FRANCISCO, Derecho Romano, Editorial Jurídica de Chile, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, Santiago, 1953.

JUAN PABLO II, Encíclica Evangelium vital, No.57 y 60.

LARREA HOLGUÍN JUAN, Informe sobre la Inconstitucionalidad de los Proyectos de Ley No. 26-757 y 26-918, 2005.

LARREA HOLGUÍN JUAN, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2002

MEINCKE MARÍA JOSÉ, Fundamentos para una protección jurídico-penal de la persona por nacer, <http://www.bioeticaweb.com/content/viw/4324/86>, escrito el 6 de octubre de 2006.

ORTEGA RUBÉN, Introducción al Derecho, Gráficas Hernández Cía. Ltda., Cuenca- Ecuador, 1998.

PALACIOS MARCELO, Biogislación española y Consejo de Europa, Editorial Stella, Gijón, España, 1989.

PEREZ TREMPES PABLO Y OTROS, Los Derechos Fundamentales, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004.

ROMEO CASANOBA CARLOS MARÍA, El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1994.

VELÁZQUEZ COELLO SANTIAGO Y OTROS, Principios básicos de Interpretación Constitucional, en Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador, Quito, No.8-III Trimestre, 2006.

VARIOS, Diccionario de Derecho Canónico, Librería de Rosa y Bouret, París, 1853.

VARIOS, Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Edición, 1984.

VARIOS, Código Civil del Ecuador de 1970
Código Civil del Ecuador
Código Civil de Portugal
Código Civil de Argentina
Código Civil de España
Código Penal del Ecuador de 1970
Código Penal del Ecuador
Código Penal de España
Código Penal de Argentina
Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador

VARIOS, Ley de Registro Civil del Ecuador
Ley de Registro Civil de España
Ley de Patrocinio del Estado del Ecuador
Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida
Ley 35/88 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida
Ley 45/88 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida
Ley 42/88 sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

VARIOS, Convención Americana de Derechos Humanos
Declaración Universal de Derechos del Hombre
Pacto de Derechos Civiles y Políticos
Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
Convención de los Derechos del Niño.
Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

