

INTRODUCCIÓN

Una amiga llegó a mí con la noticia de que estaba embarazada. Me confesó que al estar todavía soltera y no estar lista para ser madre se le cruzó por la mente un aborto. Me dijo *“no te voy a mentir, se me cruzó por la mente abortar. Conversé con mi novio y él estaba súper feliz con el hecho de que vayamos a ser padres pero me dijo: - “Yo quiero que este niño nazca pero es tu decisión”.*” Esa frase se transformó en mi tesis.

No puede ser que un hombre teniendo los mismos derechos de ser padre que una mujer de ser madre, no pueda hacer nada si la madre de su futuro hijo decide terminar con la vida de esa criatura antes de que nazca. Los derechos del padre del *nasciturus* deberían ser tomados en cuenta al momento de permitir que una mujer aborte, en el supuesto en que el aborto sea una opción legal para la mujer. Sin embargo, alrededor de este asunto hay muchas situaciones jurídicas que deben ser tomadas en cuenta. Una de las más importantes es el estatus jurídico del *nasciturus*. ¿Es el *nasciturus* una persona con derechos o es una parte de la madre de la cual ella pueda disponer? Por otro lado, ¿qué situación tiene el futuro padre en relación al concebido, y por lo tanto qué derechos del hombre deben ser tomados en cuenta? ¿Tendría el padre alguna vía legal para proteger a su hijo por nacer, y si la madre abortó en contra de su voluntad, existe alguna forma en la cual ella deba ser castigada?

Para determinar si los derechos del futuro padre son suficientes para impedir que una mujer embarazada aborte es necesario determinar en qué momento inicia la vida de la persona como tal. A diferencia de la muerte, el inicio de la vida del ser humano es un momento difícil de definir. Creencias, ciencia y teorías de distintos tipos intentan ponerse de acuerdo para marcar el momento en que podemos

considerar que la persona inicia. En este caso nos preocupa cuándo comienza la personalidad jurídica del ser humano, y cómo debe relacionarse el padre del *nasciturus* al no nacido de acuerdo a la teoría adoptada.

Según MARCO GERARDO MONROY CABRA “*La vida se debe reconocer al niño que está por nacer, al nacido, al joven, al anciano, al demente, al minus válido y en general a todo ser humano.*”¹ Sin embargo, ésta es sólo una forma de pensamiento sobre este tema, y la situación jurídica del no nacido está en constante discusión. Hay distintas teorías sobre el estatus jurídico del *nasciturus*. Las principales son: a) La consideración del *nasciturus* como objeto especial de protección; b) La consideración del *nasciturus* como un ser humano pero no como persona; y por último, c) La consideración del *nasciturus* como una persona, y por lo tanto, con derechos. De acuerdo a la teoría que se adopte se determinará el momento en que comienza la existencia de la persona para el derecho y qué relación tiene el futuro padre con el que está por nacer.

Después de analizar qué teorías importantes existen sobre el estatus jurídico del no nato, se debe analizar directamente al padre o futuro padre del *nasciturus* y sus derechos. De acuerdo a la teoría sobre el estatus jurídico del no nacido adoptada puede existir representación del que está por nacer por parte de los padres y otros sujetos si se considera que el no nato es una persona o un ser humano. Si por el contrario, se considera que el no nacido es solamente un objeto especial de protección ya no se puede hablar de representación de un ser que no tiene personalidad jurídica ni derechos. Por esta razón, son los derechos de la madre y del padre los que deberán tomarse en cuenta cuando se trate el tema del aborto.

Por último, después de analizar qué teorías importantes existen sobre el estatus jurídico del que está por nacer, y de estudiar los derechos del futuro padre, es

¹Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución No. 23/81, del 6 de marzo de 1981, en el caso 2141 denominado Baby Boy, Petición en contra de Estados Unidos y el Estado de Massachusetts interpuesta por Christian S. White y Gary K. Potter (Presidente de Catholics for Christian Political Action), Primer Voto Negativo.

importante definir qué postura al respecto se adopta en nuestro país. Por lo tanto, hay que analizar la legislación y jurisprudencia ecuatoriana así como la doctrina para saber qué estatus jurídico tiene el *nasciturus*, qué posibilidades hay de que el aborto sea una opción legal, y qué posición tiene el futuro padre según nuestro Derecho.

De esta forma podemos determinar desde qué momento existe una persona. Si la existencia de un ser humano implica que es titular de derechos antes del nacimiento, y si existe un padre y una madre que puedan ejercer su paternidad desde ese momento. Esto daría a los padres la potestad de tomar decisiones sobre la vida del que está por nacer. Analizaremos las implicaciones jurídicas de que exista un futuro hijo, y por lo tanto un futuro padre capaz de proteger a ese hijo, y los derechos del futuro padre y la posibilidad de que estos pesen más que la libertad de la madre al momento de tomar la decisión sobre un aborto. Es decir, la posibilidad de que un hombre legalmente impida que la madre de su futuro hijo aborte.

En nuestro país el aborto no es una práctica permitida, sin tomar en cuenta dos excepciones que veremos más adelante. Sin embargo, la Constitución del 2008 puede haber cambiado el estatus jurídico del no nacido en el Ecuador, siendo más permisiva con el aborto. Al hablar de la posibilidad de que una mujer aborte, se debe tomar en cuenta los derechos del padre, y las normas que protegen al no nato. Por esta razón, cuando una mujer decida abortar el padre de la criatura en su vientre, tiene la posibilidad de impedir que ella aborte por sus propios derechos y por el interés del no nacido, si él se quiere encargar de la crianza del niño a partir del nacimiento.

CAPÍTULO I

TEORÍAS SOBRE EL ESTATUS JURÍDICO DEL *NASCITURUS*

El estatus jurídico del *nasciturus* en Ecuador y en el mundo ha cambiado en los últimos años. Estatus jurídico es la posición que tiene una entidad o asunto desde el punto de vista del Derecho², en este caso la posición que tiene el que está por nacer según el Derecho. ¿Es el *nasciturus* una persona, un ser humano, o parte del cuerpo de la madre? El estatus jurídico, en el caso del no nacido, ayudará a definir jurídicamente en qué momento se debe comenzar a tutelar y proteger a las personas humanas.³ Es muy importante esta consideración ya que de acuerdo a cómo se considere al no nato se establece desde qué momento el ser humano existe, tiene la consideración de persona y por lo tanto personalidad jurídica y derechos.⁴ Esto ayuda a determinar en qué forma el que está por nacer va a tener protección.

Si se considera que el no nacido tiene derechos, el derecho más importante del cual se habla al tratar los derechos del *nasciturus* es el derecho a la vida. La vida es el bien jurídico protegido más importante, ya que sin vida no hay nada más. Sin

²Cfr: BUSINESS DICTIONARY.COM, Disponible en: <http://www.businessdictionary.com/definition/legal-status.html>, [Última visita: 3 de abril de 2011].

³Cfr: G. F. BLASI, “Sobre el Inicio de la Existencia del Ser Humano: Un Análisis Jurídico”, En *Persona: Revista Electrónica Mensual de Derechos Existenciales*, Número 45, 2005, Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona45/45Blasi.htm>, [Última visita: 2 de diciembre de 2010].

⁴Cfr: C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, “¿Qué es ser “Persona” para el Derecho?”, En *Dike: Portal de Información y Opinión Legal*, Pontificia Universidad Católica de Perú, Disponible en: http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_13.PDF, [Última visita: 15 de noviembre de 2010], pp. 9, 12, 14, y 16. Ser humano es todo ente de nuestra especie y por ser libre y espiritual todo ser humano es persona, ya que no existe una persona que no sea un ser humano. La persona es el sujeto de derecho. Por su parte la personalidad es la manifestación externa de la persona.

vida no podemos gozar del resto de derechos de los que somos titulares por el solo hecho de ser seres humanos, y de derechos que podemos adquirir a lo largo de nuestra vida. Distintas leyes, jurisprudencia y doctrina definen el principio de la vida humana según el Derecho, y desde cuándo se considera una persona⁵, por esta razón, hay que analizarlas para determinar qué situación tiene este bien jurídico protegido y desde cuándo consideramos la existencia de un ser humano en el Ecuador.

En muchos casos, la forma en que el aborto es regulado en determinado país puede servir como un indicador del estatus jurídico del *nasciturus*, ya que la aceptación a esta práctica demuestra la consideración e importancia que se le da al no nato. Aborto es el proceso natural o provocado por el cual el feto no termina el periodo de gestación y muere siendo removido del útero de la madre sin que llegue a nacer.⁶ Este es un tema muy debatido en el mundo por sus implicaciones morales, en muchas ocasiones religiosas, y de manera relevante para este estudio, jurídicas. Debido a importantes discusiones, el aborto que era penalizado ha sido permitido por muchas legislaciones alrededor del mundo. El libro *Abortion and the Politics of Motherhood* de LUKER, maneja la hipótesis de que la decisión de permitir o no el aborto en general se considera una cuestión política, cuando en realidad es un tema moral y jurídico.⁷

La existencia biológica del ser humano comienza con la fecundación⁸, sin embargo, la consideración jurídica del no nacido es diferente y varía de acuerdo a distintos puntos de vista. Por esta razón, en los capítulos siguientes analizaremos el

⁵Ver pies de página: 9-11, 13, 36, 39, 48, 58-62, 68, 69, 76, 78, 81, 85-87, 89, 91, 92, 95, 98, 100-102, 104, 116-120, 132-133, 144-152, 165, 337, 389, 391.

⁶Cfr: G. CABANELLAS DE TORRES, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2003, pp. 13-14. Aborto es una palabra de raíces latinas: “*ab*” privación y “*ortus*” nacimiento. Equivale a mal parto, parto antes de tiempo o parto anticipado. Hay diferentes tipos de aborto. El aborto en general, es siempre que el feto es expelido del útero antes de tiempo. Después se hace una distinción entre aborto médico, espontáneo y delictivo. Aborto médico es “*la expulsión del huevo antes de que el feto sea viable o la muerte del feto provocada dentro del cuerpo de la madre*”. Aborto espontáneo es cuando esto ocurre por causas fisiológicas. Finalmente, aborto delictivo es la cuando alguien maliciosamente interrumpe el proceso de la concepción.

⁷Cfr: K. LUKER, *Abortion and the Politics of Motherhood*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1984 pp. 126-127.

⁸Cfr: J. ACOSTA. Entrevista, 2010.

estatus jurídico del *nasciturus* en distintas partes del mundo incluyendo el Ecuador. Las legislaciones, doctrina y jurisprudencia de Argentina, Chile, Colombia, España, Estados Unidos, y Perú dan un enfoque de las principales tendencias sobre el estatus jurídico del no nacido en la región y en el mundo. De esta forma, analizaremos desde qué momento existe una persona según el Derecho, y desde qué momento es titular de derechos.

Existen distintas teorías sobre el estatus jurídico del no nato entre las que se encuentran: a) la consideración del *nasciturus* como un objeto de protección; b) la consideración del *nasciturus* como ser humano pero no como persona; y c) la consideración del *nasciturus* como persona.⁹

1.1. *Nasciturus* como objeto especial de protección

La primera teoría que vamos a analizar considera que el no nacido jurídicamente es solamente una célula o parte del cuerpo de la mujer de la cual ella puede disponer. Los derechos del que está por nacer no inician sino hasta que esté completamente separado de la madre,¹⁰ y la personalidad jurídica se otorga únicamente al ser humano nacido vivo.¹¹ Al analizar temas como el aborto en relación a esta posición, se puede notar el nivel de importancia otorgado al *nasciturus* a raíz de su consideración como parte del cuerpo de la madre. Por ejemplo, el bien jurídico protegido de la libertad de la madre, es más importante que el que está por nacer ya que no se lo considera un ser humano, por lo tanto, la mujer tiene derecho a elegir cuándo y cuántos hijos tener, siendo ella la única dueña de su cuerpo.¹²

⁹Cfr: G.A. CRIOLLO MAYORGA, “El inicio de la vida del Ser Humano como fundamento para la protección penal”, En *Persona: Revista Electrónica Mensual de Derechos Existenciales*, Número 79, 2009, Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona79/79Criollo.htm>, [Última visita: 2 de diciembre de 2010].

¹⁰Cfr: M. E. CORRAL, “Sobre la “Pastilla del Día Después”, En *Iuris Dictio: Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2007, pp. 108-113.

¹¹Cfr: A. VALENCIA ZEA Y Á. ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil*, Tomo I: Parte General y Personas, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2000, pp. 309.

¹²Cfr: M. E. CORRAL, op. sup., pp. 108-113.

Únicamente con el nacimiento la vida fetal se transforma en vida personal, por lo tanto, el ser humano no es sujeto de derechos sino hasta el nacimiento.¹³ Sin embargo, la ley que protege únicamente a la persona, protege al que está por nacer.¹⁴ Una de las razones por las cuales se otorga protección al *nasciturus* es porque se protege a una porción de la misma vida y cuerpo de la madre. No se puede violar la vida de la madre y por eso se protege la vida desde la concepción, ya que no se puede separar al no nacido de la madre. NARANJO respalda esta posición en las normas que establecen que durante el embarazo y después del parto la mujer debe gozar de especial asistencia y protección por parte del Estado. Leyes laborales otorgan a la mujer un período de descanso remunerado después del parto, en caso de aborto, durante el período de lactancia, y existe la prohibición de despido.¹⁵

VALENCIA y ORTIZ consideran que esta protección se da porque se ve al concebido como órgano o porción de la madre. Se le da importancia a esa parte del cuerpo de la madre por su capacidad de convertirse en un ser humano separado. De esta manera existe protección a cualquier daño y una sanción por daños causados. Por esta razón, algunas legislaciones han prohibido y penalizado el aborto.¹⁶

En Estados Unidos, al igual que en otros países se permite el aborto hasta cierto momento. En la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos del caso *Roe vs Wade*, la Corte expresó que las leyes contra el aborto violaban el derecho a la privacidad según el debido proceso de la Enmienda 14.¹⁷ La Enmienda 14 de la Constitución de los Estados Unidos establece que ninguna ley podrá privar a los ciudadanos de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso.¹⁸ Considerando que se violaban derechos de la mujer, la decisión derogó todas las

¹³Cfr: F. NARANJO OCHOA, *Derecho Civil: Personas y Familia*, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 2009, pp. 122.

¹⁴Cfr: *Ibid.* pp. 122.

¹⁵Cfr: *Ibid.* pp. 122-125.

¹⁶Cfr: A. VALENCIA ZEA Y Á. ORTIZ MONSALVE, *op. cit.*, pp. 309-311.

¹⁷Cfr: Corte Suprema de Justicia (Estados Unidos) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, (1973).

¹⁸Cfr: "The Constitution of the United States," Amendment 14.

leyes federales y estatales que no fueran consistentes con esta decisión, es decir, las normas que prohibían el aborto.¹⁹

Los Estados solamente pueden limitar el ejercicio de derechos fundamentales cuando se pueda demostrar un interés apremiante.²⁰ Según la Corte dos de los intereses que podrían ser la base de una reglamentación estatal legítima en distintas etapas del embarazo son: Durante el primer trimestre del embarazo la decisión queda a discreción del médico. Durante el siguiente período al primer trimestre de embarazo el Estado puede regular el procedimiento de un aborto para proteger la salud de la madre. Es importante notar que se refiere a la salud y no la vida. En el período siguiente a la viabilidad, el Estado debe proteger la vida potencial del feto. En esta última etapa el Estado puede regular el aborto, con excepción de cuando según el médico la vida de la madre está en peligro.²¹

En conclusión, la Corte manifestó que la decisión de abortar de una mujer se puede tomar hasta que el feto pueda vivir fuera del vientre materno que generalmente es a la semana veintiocho. Incluso planteó la posibilidad de abortos después de ese momento cuando está en peligro la vida de la madre. Sin embargo, establece etapas del embarazo en que se van aumentando restricciones sobre decidir libremente el futuro del feto.²²

Notemos que al establecer la forma en que se debe regular el aborto se habla de una vida potencial y no de una vida actual. Es decir, no consideran que el *nasciturus* sea una vida humana existente sino que tiene potencial para ser una. Sin embargo, el derecho a la intimidad de la mujer no es absoluto y ella no tiene derecho a dar por terminado su embarazo en cualquier momento y por cualquier razón que le parezca adecuada, sino que debe atenerse a los parámetros establecidos.

¹⁹Cfr: Corte Suprema de Justicia (Estados Unidos) *Roe v. Wade*, op. cit.

²⁰Cfr: *Ibid.*

²¹Cfr: *Ibid.*

²²Cfr: *Ibid.*

En el caso Doe vs Bolton se analizó que por negar la posibilidad de abortar a una mujer se le estaba negando su derecho de decidir cuándo y cuántos hijos tener. Esto violaba sus derechos a la privacidad y libertad en lo relativo a la familia, matrimonio y relaciones sexuales.²³ Era una violación a los derechos garantizados en la Primera Enmienda²⁴ (derecho a la libertad de religión, de expresión, a reunirse, y a presentar una petición)²⁵, Cuarta Enmienda²⁶ (derecho a la propiedad)²⁷, Quinta Enmienda²⁸ (debido proceso)²⁹, Novena Enmienda³⁰ (derechos que no están específicamente expresados en la leyes)³¹ y Décimo Cuarta Enmienda³² (ya mencionada anteriormente)³³.

En el caso se mencionó que el derecho constitucional de una mujer a abortar no es absoluto como se estableció en Roe vs Wade, y las condiciones necesarias para que se realice el procedimiento violan la Enmienda Catorce, explicada anteriormente.³⁴ Se concluyó que al hablar de un aborto por la salud de la mujer se trataba de tanto salud física como mental.³⁵ La Corte declaró que las limitaciones del aborto violaban la privacidad y libertad personal de Doe. Sin embargo, el Estado debe velar por la protección y existencia de una potencial independiente existencia humana, lo que justificaba las regulaciones sobre forma de realizarse el procedimiento así como la calidad de la decisión final de abortar.³⁶

Una vez más notamos que los derechos de la madre tienen más valor que lo que consideran una potencial y no actual existencia humana. El *nasciturus* se

²³Cfr: Corte Suprema de Justicia (Estados Unidos) Doe v. Bolton, 410 U.S. 179, (1973).

²⁴Cfr: Ibid.

²⁵Cfr: "The Constitution of the United States," Amendment 1.

²⁶Cfr: Corte Suprema de Justicia (Estados Unidos) Doe v. Bolton, op. cit.

²⁷Cfr: "The Constitution of the United States," Amendment 4.

²⁸Cfr: Corte Suprema de Justicia (Estados Unidos) Doe v. Bolton, op. cit.

²⁹Cfr: "The Constitution of the United States," Amendment 5.

³⁰Cfr: Corte Suprema de Justicia (Estados Unidos) Doe v. Bolton op. cit.

³¹Cfr: "The Constitution of the United States," Amendment 9.

³²Cfr: Corte Suprema de Justicia (Estados Unidos) Doe v. Bolton, op. cit.

³³Supra.

³⁴Cfr: Corte Suprema de Justicia (Estados Unidos) Doe v. Bolton, op. cit.

³⁵Cfr: Ibid.

³⁶Cfr: Ibid.

considera que tiene la capacidad de convertirse en una persona, sin embargo no es una persona ni tiene derecho alguno.

De acuerdo a la jurisprudencia analizada, en Estados Unidos se le da un inmenso valor a las libertades de la mujer, incluso mayor a la protección de la vida del *nasciturus*. Es interesante notar que en general la discusión gira alrededor de los derechos y libertades de la mujer y no de la personalidad jurídica del no nato. No obstante, el derecho de la mujer no es absoluto. Según otros casos, no es necesario entrar al tema del aborto para analizar la importancia de proteger los derechos de la mujer o la vida antes del nacimiento. En los siguientes casos en este análisis, los jueces fueron en contra de la decisión de la mujer al obligarla a tener una cesárea o incluso en contra de su libertad para proteger al no nacido, demostrando que cuando no se trata de absolutos como una decisión de la madre de no tener un hijo, se valora más la vida del que está por nacer. Esta jurisprudencia nos lleva a concluir que proteger al no nacido es un interés, aunque no se lo considere un ser humano.

A pesar de que no se considera que el no nacido es una persona o un ser humano, el Estado sí debe darle protección. Por esta razón, 26 Estados, en Estados Unidos, consideran que lastimar a un no nacido es un crimen.³⁷ Un ejemplo de este criterio es la decisión de la Corte de Menores en Denver, Colorado, en el caso Unborn Baby Kenner en 1979. El Hospital de la Universidad de Colorado llevó este caso a corte para obtener una orden en que obligaran a una mujer con obesidad a realizarse una cesárea. La labor de parto de la mujer se desaceleró y los médicos notaron que el latido del niño que estaba por nacer era más lento, y que el niño estaba sufriendo. Sin embargo, ella se negó a la cesárea por miedo a la misma.³⁸ La Corte se basó en la decisión del caso Roe vs Wade, reconociendo que el Estado

³⁷Cfr: “Defining the Legal Status of the Unborn”, Disponible en: http://www.lpca.us/defining_the_legal_status_of_the.htm, [Última visita: 30 de abril de 2011].

³⁸Cfr: Corte de Menores (Colorado) Unborn Baby Kenner, File 79-JN83, (1979).

tiene interés en proteger al no nacido. El juez declaró que el feto que estaba en término para nacer era un niño independiente y descuidado, y ordenó la cirugía.³⁹

En el caso U.S. vs Vaughan ante la División Penal de la Corte Superior del Distrito de Columbia, Brenda Vaughan se declaró culpable del delito de falsificar setecientos dólares en cheques. Este delito normalmente es castigado con libertad provisional siendo la primera vez que se comete. Vaughan estaba embarazada y en exámenes realizados mostró positivo en el consumo de cocaína cuando se presentó ante la Corte. Por esta razón, el Juez Peter Wolf la sentenció a prisión para mantenerla alejada de las drogas y proteger al feto. Salió en libertad doce semanas después, justo antes de dar a luz a su hijo.⁴⁰

En los 90's, MARY CARRINGTON trata en su artículo "*Maternal-Fetal Conflict: Legal and Ethical Issues*" (Conflicto Maternal-Fetal: Asuntos Legales y Éticos) sobre el conflicto que existe entre los derechos de la mujer y del feto. Muchos de estos conflictos no llegan al extremo de tratarse sobre abortos, pero conllevan ya una consideración entre derechos de la madre y protección al no nacido. CARRINGTON explica que casi siempre las mujeres están dispuestas a enfrentar un sacrificio para beneficiar a su hijo que está por nacer. Sin embargo, hay otras circunstancias en que las mujeres embarazadas prefieren seguir con su vida a su manera aunque esto pueda afectar al niño que llevan en su vientre. Durante el embarazo, todo lo que haga la mujer afecta al feto.⁴¹ La autora señala que la edad en gestación del feto es mencionada muchas veces como algo importante en los casos en que existe conflicto. Por ejemplo, si es el feto es viable, es decir, puede sobrevivir fuera del vientre de la madre, se le da más importancia al no nato.⁴²

³⁹Cfr: Ibid.

⁴⁰Cfr: Corte Superior (Distrito de Columbia) U.S. v. Vaughan, Case No. F-2172-88B, (1988).

⁴¹Cfr: M. CARRINGTON COUTTS, *Maternal-Fetal Conflict: Legal and Ethical Issues*, Washington, DC, National Reference Center for Bioethics Literature: The Joseph and Rose Kennedy Institute of Ethics, 1990, pp. 1-2.

⁴² Cfr: Ibid. pp. 2.

Hay diversos problemas que pueden surgir a raíz del conflicto entre la madre y el feto. Por ejemplo, CARRINGTON menciona un asunto que deriva del estilo de vida que lleva la madre. Hay mujeres, que consumen drogas, como por ejemplo la cocaína. Según este artículo, en la ciudad de Nueva York el hecho de encontrar la presencia de cocaína en la madre durante el embarazo es motivo suficiente para que se someta el caso a una audiencia en la Corte Familiar por negligencia con el futuro niño. A otras madres se las ha hospitalizado forzosamente por no seguir las órdenes del médico sobre mantener una dieta adecuada en casos de pacientes con diabetes o por no quedarse en reposo para evitar un parto prematuro.⁴³

Por otro lado, están casos en que las mujeres embarazadas se rehúsan a llevar a cabo tratamientos médicos, sin los cuales podría sufrir un daño el feto. En un caso, una mujer con una enfermedad terminal rehusó una cesárea que probablemente iba a acelerar su muerte, solamente para que más adelante la corte ordenara la operación.⁴⁴

Otra área en la cual CARRINGTON demuestra que se debe considerar los derechos de la mujer embarazada *versus* el que está por nacer, es el área laboral. Las empresas restringen algunos puestos de trabajos por considerarlos peligrosos para el feto si una mujer está embarazada. Incluso hay puestos para los que no contratan mujeres que tengan edad para embarazarse por esta razón. El problema con estas restricciones es que algunas mujeres prueban que son infértiles para conseguir estos trabajos o se esterilizan para poder acceder a estas posiciones. Otras personas han argumentado que es sólo una manera de discriminar por género en la contratación. Por último, personas defienden este criterio argumentando que es sentido común querer defender al feto.⁴⁵

⁴³Cfr: Ibid. pp. 2.

⁴⁴Cfr: Ibid. pp. 2-3.

⁴⁵Cfr: Ibid. pp. 3.

El estatus jurídico del que está por nacer, se ve reflejado en temas relacionados como la forma en que médicamente se resuelven los conflictos entre la madre y el no nacido. El Comité de Bioética de la *American Academy of Pediatrics* (Academia Americana de Pediatría) en 1988 trató sobre las consideraciones éticas de la terapia del feto cuando el interés del feto y de la madre no es el mismo. En los casos en que un tratamiento podría poner en peligro a la madre y su integridad, el médico debe respetar su derecho a rehusarse al tratamiento, pero hay ciertas circunstancias en las que el médico puede considerar el contradecir a la mujer. La primera de estas situaciones es en el caso de que el feto fuera a sufrir un daño irreparable sin el tratamiento. Si la mujer insiste el médico debe consultar con el comité del hospital, pero se presentará una petición ante la corte solamente como último recurso.⁴⁶

Temas relacionados fueron considerados por el Comité de Ética del *American College of Obstetricians and Gynecologists* (Colegio Americano de Obstetras y Ginecólogos) en 1987. Este comité trató sobre la decisión de la paciente en los casos en que hay conflicto entre madre y feto. La sociedad de profesionales en obstetricia y ginecología tiene políticas enfocadas en los casos en que mujeres embarazadas rechazan el tratamiento o cirugía que se les ha diagnosticado y por esa razón ponen en peligro al feto, o casos en que el estilo de vida de la madre daña al feto. En esos casos el *American College of Obstetricians and Gynecologists* recomienda orientación psicopedagógica y educación para convencer a la madre de seguir el consejo de su médico. Si persiste el desacuerdo con la mujer, el médico debería acudir al comité de ética de la institución. Consideran que llevar el caso al sistema legal es una opción que casi nunca tiene justificación.⁴⁷

Como pudimos observar con la jurisprudencia y el criterio expuesto por CARRINGTON, el tema de conflicto entre derechos del no nacido y derechos de la mujer embarazada ha estado presente en Estados Unidos desde hace varias décadas.

⁴⁶Cfr: Ibid. pp. 3.

⁴⁷Cfr: Ibid. pp. 3.

Este tema ha sido tratado no sólo al extremo del aborto en el cual la situación de conflicto es mucho más evidente, sino también en temas más sutiles de salud de la madre y salud del feto. El no nacido no se considera un ser humano o una persona, por esta razón se da prioridad a algunos derechos de la mujer embarazada, sin embargo hay muchas situaciones en que se limita a la mujer y se protege al que está por nacer ya que su vida potencial tiene una gran importancia. Estos son los casos en que al limitar a la mujer se considera que no se está violentando en gran manera sus derechos o que la vida de un potencial ser humano merece esta limitación a la madre.

Esta consideración jurídica se ve reflejada en la práctica. Por ejemplo, cuando los médicos deben decidir si respetar o no los deseos de la madre. Como observamos, los médicos tienen que respetar la libertad de la madre, ayudarla a que tome decisiones informadas, y sólo en casos extremos plantear los casos a jueces que decidirán si vale la pena limitar los derechos de la mujer embarazada para proteger a una futura persona.

España es un país que se acerca más en su Derecho al Ecuador que Estados Unidos, sin embargo, comparte la visión del *nasciturus* como un objeto de protección y no como un sujeto de derechos o un ser humano.

El artículo 29 del Código Civil de España 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.*”⁴⁸ Las condiciones a las que se refiere según el artículo 30 del mismo código es que tenga forma humana y viva por lo menos veinticuatro horas totalmente desprendido de la madre.⁴⁹ Esta norma otorga personalidad jurídica sólo con el nacimiento, sin embargo, reconoce ciertos beneficios al no nacido antes del nacimiento.

⁴⁸Código Civil (España). 24-07-1889, artículo 29.

⁴⁹Cfr: Ibid, artículo 30.

En España, a pesar de la polémica y oposición, entró el 5 de julio del 2010 en vigencia una Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción voluntaria del Embarazo que permite a la mujer detener la gestación sin tener que dar explicaciones hasta la semana catorce de embarazo. La única condición es que se debe esperar tres días antes de realizar el procedimiento para que la mujer tenga tiempo para pensarlo y para que sectores públicos le proporcionen la información necesaria antes de tomar esa decisión.⁵⁰ Para que se realice un aborto entre la semana catorce y veintidós del embarazo se debe determinar que hay riesgo para la vida o salud de la madre, o anomalías fetales. Si se interrumpe el embarazo después de la semana veintidós un comité de especialistas debe analizar si existen anomalías.⁵¹

El artículo 3 de la Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción voluntaria del Embarazo de España, establece los principios y el ámbito de aplicación de esta ley. Según este artículo en su numeral primero:

En el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes.⁵²

En el numeral segundo de este artículo se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida.⁵³ Por otro lado, el artículo 12 de esta norma establece que:

Se garantiza el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones que se determinan en esta Ley. Estas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los

⁵⁰R. Cazco, *En España entrará en vigencia una Ley de aborto que causa polémica*, en El Comercio, Quito, 2010. pp. 19.

⁵¹Ibid. pp. 19.

⁵²Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (España). BOE Núm. 55, Sec. I, pp. 21001. 3-03-2010, artículo 3.

⁵³Cfr: Ibid, artículo 3.

derechos fundamentales de la mujer que solicita la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación.⁵⁴

El artículo 17 trata de la información previa que se debe dar a la mujer antes de que dé su consentimiento de interrumpir voluntariamente del embarazo. Entre otra información se le entrega a la mujer las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de seguir con el embarazo o de la interrupción del mismo.⁵⁵ Como podemos notar en estos artículos analizados, esta ley da absoluta prioridad a los derechos de las personas a decidir cuándo y cuántos hijos tener sin siquiera mencionar al *nasciturus*.

Esta ley habla de dos tipos de situaciones en las cuales se puede realizar un aborto. La primera situación es la contenida en el artículo 14 de esta norma el cual trata de la interrupción del embarazo a petición de la mujer. Según este artículo, durante las primeras catorce semanas de embarazo se lo puede interrumpir a petición de la mujer cuando se cumplen ciertos requisitos. El primer requisito es que la mujer embarazada haya sido informada “*sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad*” contenidos en esta ley. El segundo requisito es que haya transcurrido un plazo de al menos tres días desde que la mujer recibió la información antes mencionada.⁵⁶

La segunda situación se encuentra en el artículo 15 y se trata de la interrupción por causas médicas del embarazo. Según este artículo de manera excepcional se puede interrumpir el embarazo por razones médicas si se cumple alguna de las circunstancias en este artículo. La primera circunstancia es si existe grave riesgo a la vida o salud de la madre antes de las veintidós semanas de gestación. La segunda es que exista riesgo de graves anomalías en el feto también antes de las veintidós semanas de embarazo. La tercera es cuando se encuentren

⁵⁴Ibid, artículo 12.

⁵⁵Cfr: Ibid, artículo 17.

⁵⁶Cfr: Ibid, artículo 14.

anomalías fetales que sean incompatibles con la vida o cuando el feto tenga una enfermedad incurable y extremadamente grave.⁵⁷

Después de analizar jurisprudencia y legislación española y estadounidense, notamos que ambos países tienen en común la protección al *nasciturus* y al mismo tiempo la consideración de que el no nacido no es un sujeto de derechos ni un ser humano y por lo tanto no tiene derecho a la vida. Por esta razón, permiten el aborto de acuerdo a diferentes circunstancias dando prioridad a los derechos de la madre sobre la protección a una potencial vida humana.

1.2. *Nasciturus* como ser humano no persona

La siguiente teoría considera que el *nasciturus* es un ser humano pero no tiene personalidad jurídica, es decir, no es considerado persona por el Derecho.⁵⁸ El no nato es una persona potencial, por esta razón se protege su forma de vida y los derechos que eventualmente puede tener.⁵⁹

FABIO NARANJO OCHOA explica que la existencia de la vida humana puede ser biológica o legal. La existencia biológica comienza con la concepción⁶⁰; mientras que la existencia legal de la persona inicia sólo con el nacimiento según el artículo 90 del Código Civil en el caso de Colombia y artículo 74 del Código Civil en el caso de Chile, como veremos más adelante.⁶¹

El nacimiento es el momento en que el ser humano adquiere personalidad jurídica, es decir, se convierte en un sujeto de derechos.⁶² La ley otorga ciertos derechos y protección al no nacido, sin embargo, estos derechos están subordinados

⁵⁷Cfr: Ibid, artículo 15.

⁵⁸Cfr: L. PARRAGUEZ RUIZ, *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*, Volumen I, Loja, Universidad Técnica Particular de Loja, 2005, pp.40.

⁵⁹Cfr: Ibid, pp. 47.

⁶⁰Cfr: F. NARANJO OCHOA, op.cit., pp. 122.

⁶¹Ver pies de página: 69 y 76.

⁶²Cfr: Ibid, pp. 122.

al hecho del nacimiento. Si no llega a nacer la expectativa de derechos que tenía el no nacido se establecerá a favor de otra persona. Incluso hay casos, como en Derecho Sucesorio en que se le entrega tutela a una persona para velar por los derechos del que está por nacer en caso de que nazca. A pesar de que la ley protege la vida del que está por nacer desde el momento de la concepción, esto no quiere decir que le otorgue personalidad jurídica.⁶³

La legislación intenta impedir que se otorgue personalidad al no nacido antes de tiempo. Por esta razón, algunas normas en lo referente a herencias y legados otorgan al *nasciturus* la capacidad para recibirlos con la condición del nacimiento. El caso, por ejemplo, del hijo póstumo el cual no ha nacido a la muerte del padre, únicamente ha sido concebido. El hijo póstumo en caso de nacer con vida recibe la cuota hereditaria que le correspondería si hubiera nacido antes de la muerte del padre. Si no nace con vida, entonces se reputa como si no hubiera existido.⁶⁴

Es importante añadir que se otorga protección al *nasciturus* por ser un ente jurídico desde el momento de la concepción. Esto ocurre porque el derecho a la vida es inviolable y se protege desde ese momento. Este concepto está amparado por la Constitución Política de Colombia de 1991 y por instrumentos internacionales como por ejemplo la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño.⁶⁵ La constitución colombiana en el artículo 11 establece que el derecho a la vida es inviolable.⁶⁶ El Código de Infancia y Adolescencia de Colombia establece en su artículo 17 los niños y adolescentes tienen derecho a la vida. El derecho a la vida y a la calidad de la misma quiere decir que se debe generar condiciones que le aseguren cuidado y protección desde la concepción.⁶⁷

⁶³Cfr: Ibid. pp. 122.

⁶⁴Cfr: Ibid. pp. 122-125.

⁶⁵Cfr: Ibid. pp. 122-125.

⁶⁶Cfr: Constitución Política de Colombia. 1991, artículo 11.

⁶⁷Cfr: Código de la Infancia y Adolescencia (Colombia). Ley N° 1098. 8-11-2006, artículo 17.

Para concluir el autor explica, que la existencia legal de la persona implica que la criatura que nace debe separarse por completo del vientre materno. No aclara si debe o no haberse cortado el cordón umbilical, pero hace énfasis que lo importante son los síntomas que revelan vida independiente de la madre.⁶⁸

El artículo 90 del Código Civil colombiano establece que la existencia legal de las personas comienza con el nacimiento, cuando la persona se separa completamente de la madre. Si muere la criatura antes de que esto ocurra se reputa que nunca existió.⁶⁹ El artículo 91 por su parte expresa: *“La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.”*⁷⁰ Este criterio como podremos observar es compartido por la legislación chilena.⁷¹

La Corte Constitucional de Colombia despenalizó parcialmente el aborto en el año 2006 al reconocer tres casos en los cuales el aborto no es delito. El primero de los casos es cuando continuar con el embarazo sea un peligro para la vida o salud de la madre. El segundo caso es cuando el feto sufra de una malformación grave que haga inviable su vida. Por último, cuando el embarazo es el resultado de una violación, incesto, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado que no haya sido consentida por la mujer.⁷² El argumento presentado ante la Corte fue que no debía ser delito este tipo de abortos ya que sería castigar a la mujer cuando está intentando proteger su salud y vida o cuando ha sufrido una violación, etc. Según la parte actora si se castiga a la mujer por estas razones se viola el derecho a la

⁶⁸Cfr: Ibid pp. 122-128.

⁶⁹Cfr: Código Civil (Colombia), artículo 90.

⁷⁰Ibid., artículo 91.

⁷¹Ver pie de página: 76.

⁷²Cfr: Corte Constitucional (Colombia) Sentencia C-355/06, de 10 de mayo de 2006, en el caso D- 6122, Acción Pública de Inconstitucionalidad presentada por Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana contra los artículos 122, 123, 124 y 32 numeral 7 de la ley 599 de 2000 (Código Penal).

igualdad, a la vida, a la salud, a la dignidad y al desarrollo de la personalidad de las mujeres.⁷³

Según la Corte Constitucional colombiana, para que exista derecho a la vida debe existir una persona que sea titular de este derecho, sin embargo, se otorga protección también a quienes todavía no tienen categoría de persona.⁷⁴

La legislación chilena comparte este punto de vista. La Constitución de este país en el artículo 19 establece que asegura a todas las personas “1º.- *El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer.*”⁷⁵ Sin embargo, no establece específicamente si el *nasciturus* tiene personalidad jurídica o limita el tipo de protección.

Por otro lado, el Código Civil chileno en el artículo 74 establece que la existencia legal de la persona comienza con el nacimiento, cuando se separa completamente de la madre.⁷⁶ El artículo 75 norma que “*La ley protege la vida del que está por nacer.*” Por lo tanto el juez debe tomar a petición o de oficio las consideraciones que sean necesarias para proteger la existencia del no nacido.⁷⁷ Sin embargo:

Los derechos que se deferirían 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 se defirieron.⁷⁸

El Código Penal chileno castiga al que de manera maliciosa cause un aborto, sea o no consentido este aborto por la mujer (artículo 342), y a la mujer que cause o

⁷³Cfr: Ibid.

⁷⁴Cfr: Ibid.

⁷⁵Constitución Política de la República de Chile. 1980, artículo 19.

⁷⁶Cfr: Código Civil (Chile), artículo 74.

⁷⁷Cfr: Ibid, artículo 75.

⁷⁸Cfr: Ibid, artículo 77.

consienta un aborto (artículo 344).⁷⁹ El artículo 343 castiga al que causare un aborto incluso cuando no haya querido causarlo cuando el embarazo haya sido conocido por el agresor.⁸⁰

VODANOVIC apoya la teoría de que el *nasciturus* es un ser humano pero no una persona. Explica como otros autores la diferencia entre existencia natural con la concepción, y existencia legal al momento del nacimiento que es el momento en que comienza la personalidad legal.⁸¹ El autor explica que se protege la vida del que está por nacer de diferentes formas como por ejemplo el hecho de que el juez tome peticiones sobre protección del no nato, que se modifiquen los castigos de la madre embarazada para proteger al que está por nacer o que se castigue el aborto.⁸²

El autor hace un análisis sobre los derechos del no nato. Explica que la ley chilena establece que los derechos quedan suspensos hasta el nacimiento y que si muere antes de ese momento se reputa que nunca existió. Según VODANOVIC no hay una explicación estrictamente jurídica de la razón por la cual el no nacido tiene derechos. Concluye esto después de analizar que los derechos del que está por nacer no son derechos bajo condición suspensiva porque no podría un derecho estar subordinado a una misma especie de condición para dos ó más personas de intereses opuestos, que es lo que sucedería en este caso porque si el no nacido no nace los derechos pasan a terceros. Tampoco es un derecho condicional resolutorio porque tendría que ser un derecho actual y para eso se necesita una persona existente y el *nasciturus* no es persona. Por último, no hay derechos eventuales si el titular de la situación jurídica no existe o no ha sido determinado.⁸³

Por último, VODANOVIC considera que un óvulo fecundado por métodos de fecundación artificial, es decir, un embrión fuera del vientre materno, no puede ser

⁷⁹Cfr: Código Penal (Chile), artículos 342 y 344.

⁸⁰Cfr: Ibid, 343.

⁸¹Cfr: A. VODANOVIC H., *Derecho Civil: Parte Preliminar y Parte General*, Tomo Primero, Santiago, Ediar Conosur Ltda, 1990, pp. 341.

⁸²Cfr: Ibid, 345-346.

⁸³Cfr: Ibid, 346-347.

considerado un *nasciturus* y protegido como tal ya que no puede considerarse como un ser humano que está por nacer. Explica que el mismo puede ser protegido de otras maneras.⁸⁴

Este punto de vista significa que el *nasciturus* merece una protección por ser un ser humano no nacido, sin embargo, aclaran que no tiene categoría de persona y por lo tanto no goza de derechos sino hasta después del nacimiento cuando comienza su personalidad jurídica.

1.3. *Nasciturus* como ser humano/persona

La última teoría que vamos a analizar sostiene que la vida comienza en el momento de la concepción⁸⁵, sin embargo, hay un debate sobre si esto ocurre al momento de la unión de las células sexuales o al momento de la implantación del óvulo fecundado en el útero.⁸⁶ El Tribunal Constitucional del Ecuador en su resolución No 14-2005-RA que será analizada más adelante, sostiene que ya que existe una duda sobre en qué momento comienza la vida, y analizando el Código de Niñez y Adolescencia, se van a guiar por el principio *pro homine* y asumir que ocurre al momento de la fecundación del óvulo, lo que significa que la sentencia apoyó esta posición relacionada con la teoría llamada pro vida.⁸⁷ Esta teoría argumenta que el derecho a la vida del embrión es más importante que el derecho a elección de la madre cuando se trata del tema del aborto, ya que cualquier método artificial que impida al embrión o al feto desarrollarse es una violación al derecho a la vida, por lo tanto se considera a cualquier acción de este tipo como un crimen.⁸⁸ La doctrina que apoya esta teoría considera la personalidad jurídica comienza al momento de la

⁸⁴Cfr: Ibid, 356.

⁸⁵C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, op. cit., pp. 32. La concepción es “*aquel instante en que se produce la fecundación del óvulo por un espermatozoide, mediante la fusión de sus núcleos, acto que se conoce como “singamia”, y se concluye en un lapso aproximado de 24 horas al decir de los científicos*”.

⁸⁶Cfr: M. E. CORRAL, op. cit., pp.108-113.

⁸⁷Cfr: Tribunal Constitucional (Ecuador) Resolución No 14, de 23 de mayo de 2006, en el caso No. 0014-2005-RA, José Fernando Rosero Rhode contra el Director del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Leopoldo Izquieta Pérez" y el señor Ministro de Salud Pública, publicado en Registro Oficial Suplemento No 297 de 22 de junio de 6 2006.

⁸⁸Cfr: M. E. CORRAL, op. cit., pp. 108-113.

unión de las células sexuales y por lo tanto el *nasciturus*, titular de este derecho, se merece absoluta protección.⁸⁹

TORRÉ nos explica que la capacidad es la aptitud jurídica de ser titular de derechos y obligaciones; persona es el ser humano considerado por sí mismo y se llama sujeto del derecho cuando se lo considera en sus relaciones jurídicas. La concepción clásica define a la persona o sujeto de derecho como todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Es importante notar que el único ente que puede ser sujeto de derecho es el ser humano ya sea individual o colectivamente. También es necesario recalcar que no hay ser humano que carezca de personalidad jurídica.⁹⁰

Según WILLIAMS, la vida comienza con la unión de espermatozoides y óvulo, ya que en ese momento se crea un nuevo ser humano con un código genético propio y único. Por esa razón, no se puede considerar al que está por nacer como parte del cuerpo de la madre. Tanto es así que el niño en el vientre materno tiene distinto tipo de sangre que su madre. El no nacido es completamente humano y por lo tanto debería tener todas las protecciones como tal.⁹¹ Según la autora, investigación científica prueba que el feto es un ser humano desde el momento de la concepción. Se necesita de espermatozoides y óvulo para completar un ser humano, cuarenta y seis cromosomas con un ADN completo para un ser humano distinto. No se trata de un potencial ser humano, ya que nada puede de repente convertirse en humano, sino que es humano desde el principio.⁹² WILLIAMS plantea una cuestión: ¿Si ninguna persona matara a un bebé el minuto después de haber nacido, por qué se plantean matarlo el minuto antes de nacer o el anterior a ese o el anterior?⁹³ Para concluir argumenta que el comienzo de la vida humana es un hecho científico y

⁸⁹Cfr: Ibid, pp. 108-113.

⁹⁰Cfr: A. TORRÉ, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pp.181-189.

⁹¹Cfr: M. E. WILLIAMS, *Abortion: Opposing View Points*, San Diego, Greenhaven Press Inc, 2002, pp. 36.

⁹²Cfr: Ibid pp. 36.

⁹³Cfr: Ibid pp. 36.

biológico en la concepción, no un hecho moral, religioso o legal que se puede decidir.⁹⁴

ALBERTO CALVO MEIJIDE, por su parte tiene un punto de vista muy parecido a Williams. Sostiene que el avance en el campo de la genética hoy permite que se extienda al *nasciturus* el estatus de persona, basándose en la identidad del programa vital.⁹⁵ Para el autor, “*persona es todo individuo de la especie humana, esto es, el ser humano, el hombre*” y tiene su propia individualidad, por lo tanto es titular de derechos y obligaciones inalienables por el solo hecho de ser humano. Persona es el hombre cuando es sujeto de derechos.⁹⁶ Sin embargo, para CALVO es importante ir más allá del concepto jurídico de persona y acordarse de que persona es una realidad preexistente a todo tipo de organización política y social, por lo tanto, la dignidad humana, y los derechos fundamentales nacen de la naturaleza misma del hombre.⁹⁷

Según CALVO, el *nasciturus* es el “*concebido aún no nacido («nondum natus»)*”, es por lo tanto, el ser humano en el periodo de su vida que comienza con la concepción y termina en el momento del nacimiento. Durante este periodo el concebido se desarrolla en distintas etapas y en cualquiera estas fases se trata de un ser humano en los comienzos de su existencia. Durante estas fases no hay cambios cualitativos, ya que siempre es el mismo cuerpo biológico, a pesar de que su morfología todavía no sea como la del hombre adulto.⁹⁸

⁹⁴Cfr: Ibid pp. 36.

⁹⁵Cfr: A. CALVO MEIJIDE, “El Nasciturus como Sujeto del Derecho: Concepto Constitucional de Persona frente al Concepto Pandectista-Civilista”, En *Cuadernos de bioética*, Vol. 15 “Células madre”, N° 54, Madrid, Departamento de Empresa: Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad San Pablo, 2004, pp. 283.

⁹⁶Cfr: Ibid pp. 284-285.

⁹⁷Cfr: Ibid. pp. 286.

⁹⁸Cfr: Ibid. pp. 291-292. La primera de las etapas del desarrollo del concebido es la del embrión que va desde la fecundación hasta el tercer mes de embarazo. La segunda es la de feto que es el ser humano desde el tercer mes de embarazo hasta el nacimiento. A su vez, el periodo del embrión tiene distintas fases. El término “preembrión”, introducido, según el autor, por un informe redactado por el Comité Warnock, se refiere a los catorce días en el embarazo siguientes a la fecundación. Durante estos días ocurre la anidación. Según el autor, este término fue utilizado únicamente para justificar el uso científico del embrión humano como material genético, y lo califica como “*una manipulación del lenguaje*”. Recalca que en la fusión de óvulo y espermatozoide se forma el cigoto. Desde este momento el cigoto tiene estructura con información que lo lleva a “*actuar como una unidad individual*”. Comienza a desarrollarse mediante la división celular. Esto da paso

CALVO afirma que el concebido es un ser humano nuevo, diferente a sus padres. Tiene un código genético propio y un sistema inmunológico propio, lo que le da identidad al embrión.⁹⁹ El no nato necesita un entorno para poder vivir y desarrollarse, pero esto no quiere decir que por esta razón pierda su individualidad y su condición de ser humano.¹⁰⁰ Si el *nasciturus* es una persona desde que es un embrión, esta realidad debe ser reconocida por el Derecho en las leyes.¹⁰¹ El no nacido es un sujeto titular de los derechos inherentes al ser humano.¹⁰²

Según CALVO, para calificar de manera jurídica los derechos del *nasciturus* hay que analizar la naturaleza de estos derechos y la importancia que tienen personal y socialmente.¹⁰³ Se debe comenzar por considerar como persona al que está por nacer.¹⁰⁴ El autor explica que es más complicado el reconocimiento de algunos derechos como por ejemplo ciertos derechos civiles y políticos, pero no todos ya que derechos civiles como la donación o la herencia son aplicables al no nato aunque otras personas deban actuar por él.¹⁰⁵ CALVO explica que el *nasciturus* es titular de derechos que están sometidos a las condiciones suspensivas del nacimiento. El derecho existe pero no es eficaz sino hasta el momento del nacimiento cuando tiene todos sus efectos de manera retroactiva al momento en

a la fase de mórula y después a la blástula, que es cuando se produce la anidación. Con la anidación comienza el momento de la organogénesis e histogénesis que es cuando se forman órganos y tejidos.

⁹⁹Cfr: Ibid. pp. 292. Para asegurar este punto de vista científico el autor cita a Natalia López Moratalla: “*El proceso que constituye un nuevo ser humano es la fecundación. Con él se prepara la materia recibida de los progenitores para dar una unidad celular con las características propias de inicio o arranque de un programa de vida individual; esto es, con capacidad de comenzar a emitir el lenguaje genético del nuevo individuo. El engendrar de los padres, la fecundación natural, acaba en la formación de una célula con un fenotipo característico, el cigoto, que inicia su ciclo vital. (López Moratalla, N. «FIV y Deficiencias en la Relación intergametos y en la relación inicial madre-hijo». La Humanidad In Vitro, Comares, Granada, 2002, 129 ss.)*”.

Cfr: CASA DEL LIBRO, Natalia López Moratalla, Disponible en: <http://www.casadellibro.com/libros/lopez-moratalla-natalia/lopez2moratalla32natalia>, [Última visita: 11 de abril de 2010]. “*Licenciada en Ciencias Químicas por la Universidad de Granada, Doctora en Ciencias Biológicas por la Universidad de Navarra y Catedrática de Bioquímica desde 1981. Investiga en el área de biomedicina. Ha realizado una amplia labor de investigación y divulgación científica en las áreas de la Antropología y la Biología humana*”.

¹⁰⁰Cfr: Ibid. pp. 292.

¹⁰¹Cfr: Ibid. pp. 293.

¹⁰²Cfr: Ibid. pp. 293.

¹⁰³Cfr: Ibid. pp. 294.

¹⁰⁴Cfr: Ibid. pp. 294.

¹⁰⁵Cfr: Ibid. pp. 294.

que nació el derecho.¹⁰⁶ Por otro lado, el autor asegura que los derechos humanos son aplicables al que está por nacer de manera plena desde el momento de la concepción sin ningún tipo de condiciones, ya que estos derechos derivan de la naturaleza humana y son parte del Derecho Natural.¹⁰⁷ El *nasciturus* es protegido por el Derecho Natural ya que no importa el nivel de desarrollo del ser humano para que sea intrínseco a él este Derecho innato, inviolable, irrenunciable, inalienable, imprescriptible, y absoluto.¹⁰⁸ Al estar protegido se crean relaciones interpersonales que exigen cierto tipo de comportamiento de los demás que incluye “*respecto, protección y tutela*”.¹⁰⁹ Al formar parte de una determinada constitución, los derechos humanos forman parte del ordenamiento jurídico y son exigibles. De esta manera los derechos humanos se encuentran de manera positiva en el ordenamiento jurídico y se hacen efectivos para todas las personas sin ninguna distinción que excluya al que está por nacer.¹¹⁰ El no nacido debe ser titular de derechos como la dignidad, el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y a la salud, y la igualdad del *nasciturus* con otros seres humanos.¹¹¹ Entre estos el derecho a la vida es el primer derecho humano ya que si éste no se cumple los demás no pueden ser, por esta razón, este derecho debe ser respetado desde el inicio de la vida hasta que ésta naturalmente termine.¹¹²

FERNÁNDEZ SESSAREGO opina al respecto que la persona es el ser humano cuya conducta intersubjetiva está normativamente regulada, por lo que se constituye en un centro de imputación de situaciones jurídicas subjetivas, es decir, de derechos y deberes.¹¹³

Sujeto de derecho, bien lo sabemos, es un ente al cual se le imputan situaciones jurídicas subjetivas, es decir, derechos y deberes. Y, como está

¹⁰⁶Cfr: Ibid. pp. 294.

¹⁰⁷Cfr: Ibid. pp. 294-295.

¹⁰⁸Cfr: Ibid. pp. 295.

¹⁰⁹Cfr: Ibid pp. 295.

¹¹⁰Cfr: Ibid. pp. 295.

¹¹¹Cfr: Ibid pp. 295-296.

¹¹²Cfr: Ibid. pp. 297.

¹¹³Cfr: C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, op. cit., pp. 19.

dicho, en la doctrina generalmente se trata ambos conceptos como sinónimos en tanto no hay más sujeto de derecho que la persona - ya sea natural o jurídica - y, por consiguiente, toda persona es sujeto de derecho.¹¹⁴

“Sujeto de derecho” y “persona” se distinguen desde un punto de vista técnico-jurídico, aunque en la codificación comparada no existe otro sujeto de derecho que no sea persona ya sea natural o jurídica y por esta razón estos conceptos se superponen.¹¹⁵ Sin embargo, en la práctica se ha visto que hay sujetos de derecho distintos a los mencionados ya que también actúan como sujetos de derecho la “*organización de personas no inscrita*” y el concebido.¹¹⁶

Sólo el ser humano en sus cuatro formas de ser asumidas por el ordenamiento jurídico es sujeto de derecho: el ser humano por nacer, la persona natural, la organización de personas sin inscribirse y la persona jurídica propiamente dicha.¹¹⁷ Por esta razón, según FERNÁNDEZ, sería ideal que simplemente se tenga dos categorías de persona: el ser humano de manera individual, es decir el no nacido y la persona natural; y el ser humano colectivo.¹¹⁸

Para concluir, todos los sujetos de derecho son seres humanos ya sean personas por nacer o nacidas, individuales o colectivas,¹¹⁹ y el concepto de sujeto de derecho se refiere siempre al ser humano desde su concepción hasta su muerte.¹²⁰

Al nivel de la doctrina peruana el término de persona se aplica únicamente para el ser humano nacido.¹²¹ Sin embargo, el artículo segundo numeral primero de la Constitución de este país establece: “*Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido*

¹¹⁴Ibid pp. 19.

¹¹⁵Cfr: Ibid. pp. 19-20. Es importante notar que en el Ecuador esta situación no ocurre, desde que en la Constitución del 2008 se otorgó derechos a la naturaleza (artículo 10, artículos 71 a 74).

¹¹⁶Cfr: Ibid. pp. 20.

¹¹⁷Cfr: Ibid. pp. 20-21.

¹¹⁸Cfr: Ibid. pp. 21.

¹¹⁹Cfr: Ibid. pp. 33.

¹²⁰Cfr: Ibid. pp. 20.

¹²¹ Cfr: Ibid. pp. 21.

*es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.*¹²² Según FERNÁNDEZ el Código Civil peruano de 1984 admite una nueva clasificación del sujeto de derecho de acuerdo a los cuatro momentos de la vida humana, considerando que hay cuatro manifestaciones del mismo: el concebido, la persona natural, la organización de personas no inscrita y la persona jurídica.¹²³ El artículo primero inciso segundo del Código Civil peruano reconoce la calidad de sujeto de derecho del concebido por ser ser humano:¹²⁴ “*La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.*”¹²⁵ Es decir, mientras el código especifica que para atribuir derechos de carácter patrimonial es necesario el nacimiento, no hay esa especificación en otro tipo de derechos como por ejemplo el derecho a la vida.

Argentina, por su parte, es otro de los países que acoge la teoría de que el *nasciturus* es una persona. El ordenamiento jurídico argentino expresa que el concebido es una persona por nacer¹²⁶, el Código Civil de 1869 de este país reconoce derecho al concebido que Vélez Sarsfield llama persona por nacer. Sin embargo, no le concede de manera plena la calidad de sujeto de derecho.¹²⁷ El Código Civil argentino establece en su artículo 51 y 52 que “*Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible*”; y por lo tanto son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones. No constan en esta categoría los que el código declare incapaces.¹²⁸ Los incapaces absolutos están enumerados en el artículo 54, y en su numeral primero se encuentran “*las personas por nacer*” en la misma categoría que los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por

¹²²Constitución Política del Perú. 31-12-1993, artículo 2.

¹²³Cfr: C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, op.cit., pp. 32.

¹²⁴Cfr: Ibid. pp. 32.

¹²⁵Cfr: Código Civil (Perú), artículo 1.

¹²⁶Cfr: C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, op. cit., pp. 21.

¹²⁷Cfr: Ibid. pp. 31.

¹²⁸Cfr: Código Civil (Argentina), artículos 51 y 52.

escrito.¹²⁹ Por definición, según el artículo 63, “*Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.*”¹³⁰

Los artículos 56 y 57 establecen que los incapaces pueden adquirir derechos o contraer obligaciones mediante sus representantes por ley que en el caso del no nacido son sus padres o curadores que se nombren. Además de los representantes los incapaces son representados por el Ministerio de Menores, y si los intereses del incapaz están en oposición de los de su representante se nombra un curador especial que trate ese asunto. La representación de las personas por nacer se da siempre que vayan a adquirir bienes por donación o herencia y termina con el parto. Si nace con vida el niño comienza la representación de menores. También puede terminar antes del parto cuando se termine el plazo mayor de duración del embarazo según la ley.¹³¹

El artículo 70 del Código Civil argentino establece que desde la concepción comienza la existencia de las personas y que antes de su nacimiento pueden adquirir ciertos derechos como si hubieran nacido. Estos derechos adquiridos son irrevocables si nace con vida pero si mueren antes de separarse completamente del seno materno se considera que nunca existieron.¹³²

GHERSI explica que de acuerdo a los artículos 51 y 70 del Código Civil argentino todos los entes que presentan signos característicos de humanidad son personas de existencia visible y que desde la concepción comienza la existencia de las personas. Opina que es el mismo criterio contenido en el Pacto de San José de 1969 que reconoce el derecho a la vida desde la concepción según el autor.¹³³ GHERSI argumenta que antiguamente era difícil encontrar estas características en el

¹²⁹Cfr: Ibid, artículo 54.

¹³⁰Cfr: Ibid, artículo 63.

¹³¹Cfr: Ibid, artículos 56 y 57.

¹³²Cfr: Ibid, artículo 70.

¹³³Cfr: C. A. GHERSI, *Derecho Civil: Parte General*, Buenos Aires, Astrea, 1999, pp. 117 y 122.

no nacido pero que actualmente con la nueva tecnología esto sí es posible.¹³⁴ Desde la concepción comienza la personalidad jurídica y existe un nuevo hijo concebido.¹³⁵ En el caso de la fecundación *in vitro*, aunque el embrión no se encuentre implantado en el seno materno tiene derechos extra-patrimoniales.¹³⁶ GHERSI sostiene una posición muy interesante, opina que ya que la personalidad jurídica comienza con la concepción es irrelevante si el niño nace o no con vida: “*El nacimiento de hijo muerto, cuando hay desprendimiento del seno materno y presenta signos de humanidad, sostenemos que mantiene la personalidad jurídica, en otras palabras, a los efectos de la personalidad, el condicionamiento del alumbramiento con vida es inocuo*”¹³⁷. El autor llega a esta conclusión al pensar que por la dignidad del ser humano es derecho de los progenitores que se considere al niño muerto como una persona jurídica y no una cosa. Afirma que en estos casos se extiende un certificado de nacido muerto que jurídicamente es un certificado de defunción y este tipo de certificados sólo se puede extender a personas jurídicas. Además, a ese niño muerto le darán el mismo tratamiento que a otras personas en su entierro, etc.¹³⁸

Los artículos 85, 86, 87 y 88 del Código Penal de la Nación Argentina establecen que el aborto es reprimido sea este realizado con o sin consentimiento de la mujer, aunque sea la persona que cause el aborto un médico, partera, farmacéutico o la misma mujer. No importa si el aborto es causado sin intención. Teniendo sólo dos excepciones: cuando el aborto es realizado por un médico diplomado y con el consentimiento de la mujer si es realizado para evitar un peligro a la vida o salud de la madre y no hubiera otra manera de evitar este peligro; y si el embarazo es producto de la violación o atentado al pudor a una mujer idiota o demente.¹³⁹

Aunque el aborto es penalizado dentro del título de delitos contra las personas, capítulo delitos contra la vida, con una pena máxima de 10 años y 15 años

¹³⁴Cfr: Ibid, pp. 117.

¹³⁵Cfr: Ibid, pp. 118.

¹³⁶Cfr: Ibid, pp. 131.

¹³⁷Ibid, pp. 119.

¹³⁸Cfr: Ibid, pp. 119.

¹³⁹Cfr: Código Penal de la Nación Argentina, artículos 85 a 88.

si del mismo resulta la muerte de la mujer; la pena del mismo no es equivalente a la del homicidio o asesinato que puede ser incluso hasta 25 años.¹⁴⁰ Lo que significa que aunque la vida del *nasciturus* es valorada como la vida de una persona, no se le da la misma consideración que a la vida de un ser humano nacido.

BENJAMÍN PÉREZ analiza el tema de la personalidad jurídica del *nasciturus* en Argentina cuando hubo fecundación extra corporal. Como revisamos anteriormente, el Código Civil argentino habla de las personas por nacer, como aquellas concebidas que siguen en el seno materno.¹⁴¹ Este código de tendencia clásica no prevé los avances de la tecnología, y por esta razón no incluye a los casos de fecundación asistida de los que trata el autor. La nueva tecnología obliga a que se vuelva a plantear el concepto de la concepción, ya que ya no es un proceso meramente natural. La concepción humana hoy no solamente existe por medio de la cópula, sino en procesos de fecundación asistida.¹⁴²

En 1997 ya existían en Argentina más de quince centros dedicados a la fecundación asistida. Estos institutos operan con dos variantes fundamentales: La primera es la inseminación artificial corpórea, en la cual existe introducción de semen en el canal vaginal, en las trompas o útero. La segunda, es la fecundación ectógena, *in vitro*, o FIVTE. En este método la fecundación es extracorpórea en un laboratorio, en el cual más adelante se realiza una selección y transferencia de embriones que ya fueron fecundados al útero, para su anidación.¹⁴³

La discusión jurídica que trae esta nueva forma de fecundación artificial es en qué momento el *nasciturus* tiene personalidad jurídica. La primera opción sería considerar que se convierte en sujeto de derechos al momento de la concepción *in vitro*. La segunda posibilidad sería reconocerle este estatus al momento de la

¹⁴⁰Cfr: Ibid, artículos 79 y siguientes.

¹⁴¹Cfr: supra.

¹⁴²Cfr: B. PÉREZ, *La Personalidad del Nasciturus Extracorporis*, marzo, 1997, Disponible en: <http://www.iruya.com/content/view/103/113/>, [Última Visita: 27 de marzo de 2010].

¹⁴³Cfr: Ibid.

anidación del embrión en el vientre de la madre. También podría haber teorías que argumenten que esto sucede en algún momento intermedio entre las dos posiciones expuestas, o anterior o posterior a las mismas.¹⁴⁴ El autor, hace énfasis en la importancia de esta discusión, ya que de acuerdo a la posición adoptada es el momento en el cual el *nasciturus* comienza a gozar de los derechos propios a la personalidad. Desde el momento en que se reconozca la personalidad jurídica habrá que respetar los derechos a la vida, a la integridad corporal y moral, a la identidad biológica, entre otros.¹⁴⁵

PÉREZ explica algunas de las posiciones sobre el inicio de la personalidad jurídica del *nasciturus extracorporis*. Una postura argumenta que la personalidad jurídica debe ser reconocida desde el momento de la concepción, sin importar si esta ocurre en el cuerpo o *in vitro*. De acuerdo a esta posición es en ese momento en que aparece un nuevo ser humano con la unión de cromosomas de las células germinales cuyo resultado es un cigoto con código genético propio, esto es una nueva, única, distinta, original e irrepetible realidad humana. Este punto de vista reconoce derechos desde el momento de la concepción.¹⁴⁶

Según el autor, la ciencia médica muestra que el concepto expuesto no es exacto debido a que después de la fecundación transcurre un período de algunas horas en el cual el material genético del hombre y de la mujer aún permanece separado. Durante este lapso, PÉREZ considera que no se justifica reconocer la personalidad a un óvulo que aún no tiene características genéticas propias. En su artículo menciona una teoría según la cual se debería establecer un plazo convencional para que se reconozca la personalidad, por ejemplo 36 o 48 horas.¹⁴⁷

PÉREZ explica la teoría de la anidación, según la cual debe reconocerse la personalidad al finalizar la implantación del embrión en el cuerpo de la madre, ya

¹⁴⁴Cfr: Ibid.

¹⁴⁵Cfr: Ibid.

¹⁴⁶Cfr: Ibid.

¹⁴⁷Cfr: Ibid.

que es en ese momento en que comienza el embarazo. Según el autor, existe jurisprudencia alemana que explica que antes de la anidación no existe vida humana, y por lo tanto no es un bien jurídicamente protegido el cigoto en sí.¹⁴⁸

Parte de la doctrina sostiene que se debe hablar de persona solamente cuando se desarrolla el Sistema Nervioso Central, la estructuración cerebral autónoma y la organogénesis, es decir, cuando aparece la “*cresta neural*”. Antes de este momento no existe una formación humana, simplemente lo que algunos llaman pre-embrión. El pre-embrión no siente dolor y aunque tiene su propio ADN no tiene personalidad propia y es incapaz de trasladar información hereditaria, lo que es determinante en el ser humano. Según este punto de vista, deben transcurrir catorce días desde la concepción para reconocer la personalidad. Incluso se plantea el caso de los gemelos idénticos en el cual no ocurre la división de los cigotos hasta los catorce días, y no se puede determinar si antes de esto existe individualidad.¹⁴⁹

Por otro lado, existen teorías que niegan la personalidad del *nasciturus* hasta etapas posteriores del embarazo, esto ocurre porque dan prioridad a los derechos de la mujer y al concepto de que el cuerpo es de ella y tiene derecho a la intimidad y libertad para decidir cuándo tener hijos.¹⁵⁰

Según PÉREZ, el concepto persona humana no responde únicamente a una realidad biológica que se pueda determinar exclusivamente por la embriología. Por el contrario, le da más importancia a la realidad ética y jurídica ya que según estas disciplinas se debe realizar las reflexiones que lo llevan a concluir que la personalidad jurídica del *nasciturus extracóporis* ocurre desde la concepción o desde que se determine de manera legal o científica la singamia que da origen al cigoto con código genético propio.¹⁵¹

¹⁴⁸Cfr: Ibid.

¹⁴⁹Cfr: Ibid.

¹⁵⁰Cfr: Ibid.

¹⁵¹Cfr: Ibid.

De acuerdo al punto de vista jurídico, analizando las diferentes normas pertinentes a nivel constitucional, el *nasciturus* tiene personalidad jurídica desde la concepción. El autor llega a esta conclusión al analizar el Código Civil, las Constituciones Provinciales, la Constitución Nacional, tratados internacionales sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional (artículo 75.22 de la Constitución Nacional Argentina) como por ejemplo el Pacto de San José y la Convención sobre los Derechos del Niño, que serán analizados más adelante. Según el autor, ambos reconocen personalidad jurídica desde la concepción sin distinguir si esto sucede dentro o fuera del cuerpo de la madre.¹⁵²

Por otro lado, no se puede aceptar que independientemente el lugar de su concepción o momento de su evolución se considere al no nacido como un grupo de células, una cosa de la cual madre o científico pueden disponer. Sabemos que tiene su propio ADN y por lo tanto no es algo sino alguien que se merece el respeto que deriva de la dignidad humana. La diferencia entre no tener personalidad y tenerla la hace la concepción sin importar en dónde se dé.¹⁵³

En la Sentencia N° 24435 de la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Mendoza se resolvió un caso sobre un daño emergente a la madre del que está por nacer. Decidió que no hay una diferencia en esencia sino sólo accidental entre una persona nacida y el que está por nacer.¹⁵⁴ La legislación argentina protege el derecho a la vida desde la Constitución y tratados internacionales, y se considera que la persona comienza la vida con la concepción. Por esta razón, el concebido es un ser humano que goza de derechos que puede ejercer sólo de acuerdo a su condición. La sentencia menciona que la declaración interpretativa de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que por niño se entiende al ser humano desde la concepción hasta los dieciocho años de edad.¹⁵⁵ La Convención sobre los Derechos

¹⁵²Cfr: Ibid.

¹⁵³Cfr: Ibid.

¹⁵⁴Cfr: Cámara de Apelaciones de la Provincia de Mendoza (Argentina) Sentencia de la Cuarta Cámara en lo Civil N° 24435, de 27 de agosto de 1999, Vega Viviana Lucero Dario.

¹⁵⁵Cfr: *ibid.*

del Niño, en su preámbulo, como veremos más adelante, menciona que el no nacido necesita cuidados, sin embargo, deja abierta en su artículo primero a cada país la facultad de decidir desde cuándo se considera un niño. En este caso la cámara asume, por la legislación argentina, que la vida del *nasciturus* debe ser protegida.¹⁵⁶

La sentencia del Tribunal Constitucional de Chile sobre la inconstitucionalidad de la entrega gratuita de la pastilla del día después consideró si ésta podía afectar el derecho a la vida. El fallo es muy parecido al fallo realizado en nuestro país como veremos más adelante.¹⁵⁷

El análisis de la Corte buscaba determinar si esta pastilla podía afectar al embrión. La Corte concluye que hay diferentes posiciones científicas y es imposible determinar si impide la implantación, puesto que hay evidencia contradictoria y poco convincente de que la pastilla no va a afectar la vida del ser humano concebido.¹⁵⁸

Este ser humano se merece plena protección y el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la vida, y la titularidad de este derecho. El Tribunal estableció que todas las personas tienen derecho a la vida desde la concepción, ya que es en ese momento que se crea un individuo distinto a sus padres con información genética completa y capaz de desarrollarse, y por lo tanto es un sujeto de derecho. Además de estar garantizado por la Constitución el derecho a la vida está garantizado por tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo cuatro numeral primero. Según la Corte, la protección al concebido no se refiere al bien jurídico del valor vida sino al derecho del cual el no nato es titular al igual que cualquier otra persona: “*Este mandato al*

¹⁵⁶Ver pies de página 199 en adelante.

¹⁵⁷Cfr: Tribunal Constitucional (Chile) Sentencia N° Rol 591-06, de 11 de enero del 2007, Recurso de Inconstitucionalidad de la Resolución Exenta N° 584 del Ministerio de Salud. Ver pie de página 229.

¹⁵⁸Cfr: *ibid.*

legislador importa la protección de un derecho y no sólo del bien jurídico de la vida distinción que no es menor para estos sentenciadores”.¹⁵⁹

Al existir una duda razonable sobre el efecto abortivo y la afectación al derecho la vida de la pastilla, el Tribunal determinó aplicar el principio *pro homine*. Se debe dar prioridad a la interpretación que favorezca al derecho de la persona y por lo tanto determinó la inconstitucionalidad de la circulación de la pastilla para guardar el derecho a la vida del no nato.¹⁶⁰

Los votos negativos de la resolución No. 23/81 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso contra los Estados Unidos de Norteamérica, apoyan también este punto de vista. Aunque la Corte haya decidido de acuerdo a un punto de vista distinto que estas opiniones, analizaremos estos votos negativos ya que respaldan la teoría de que el no nato es una persona. Más adelante revisaremos la decisión de la Corte. En este caso Christian S. White y Gary K. Potter (Presidente de *Catholics for Christian Political Action*) interpusieron una petición en contra de Estados Unidos y el Estado de Massachusetts, porque según ellos se violentaron los derechos humanos de un no nacido, denominado Baby Boy por las autoridades de Massachusetts, quien murió por un aborto realizado por el Doctor Kenneth Edelin.¹⁶¹

El primer Voto Negativo es el del Doctor MARCO GERARDO MONROY CABRA. MONROY CABRA comienza por aclarar que ya que el artículo primero de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre no aclara desde qué momento protege la vida, la interpretación más acorde con ese concepto es proteger la vida desde la concepción y no únicamente desde el nacimiento. No hay evidencia que demuestre que la intención de este artículo es establecer que la vida comienza

¹⁵⁹Cfr: *ibid.*

¹⁶⁰Cfr: *ibid.*

¹⁶¹Cfr: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 2141 denominado Baby Boy.

con el nacimiento, menos aún permitir el aborto.¹⁶² Por otro lado, si este artículo era contrario a las legislaciones internas de los países que participaron de esta Declaración, esto no habría sido una complicación ya que por jerarquía prevalecía la Declaración como norma internacional.¹⁶³ Un tercer argumento sobre este tema, es que a pesar de que se haya suprimido la frase expresa que mencionaba la protección a la vida del no nacido, también fue eliminado el texto que protegía expresamente la vida de los incurables, dementes, etc. Esto no quiere decir que se haya eliminado la protección.¹⁶⁴

Según MONROY CABRA, ya que el artículo no expresa cuándo es el comienzo de la vida, es necesario acudir a la ciencia médica que establece que la vida comienza a raíz de la unión de dos series de cromosomas y por esta razón la mayoría de científicos concuerdan en que el feto es un ser humano y está genéticamente completo. Con la fecundación se crea la primera célula del individuo que con todo el material comienza a desarrollarse en ese momento. Si los tratados internacionales deben ser interpretados de buena fe considerándose su objeto y fin, no hay duda de que la protección al derecho a la vida debe darse desde la concepción, ya que en ese momento comienza la vida. La interrupción del embarazo es un atentado contra la vida y por lo tanto es una violación al artículo primero de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre.¹⁶⁵

MONROY CABRA asegura que la vida es el primer derecho de toda persona humana. Es por esta razón, el derecho fundamental y la condición para que puedan existir los otros derechos. Si no se reconoce que existe un ser humano no hay un sujeto para que goce de los demás derechos. Este derecho existe sin necesidad de que sea reconocido por el Estado. Si desde la concepción hay vida humana, y es la vida un derecho fundamental que está antes que los demás, el aborto viola el

¹⁶²Cfr: *ibid*, primer voto negativo.

¹⁶³Cfr: *ibid*, primer voto negativo.

¹⁶⁴Cfr: *ibid*, primer voto negativo.

¹⁶⁵Cfr: *ibid*, primer voto negativo.

derecho a la vida y por lo tanto también el artículo primero de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.¹⁶⁶

El segundo Voto Negativo es el del Doctor LUIS DEMETRIO TINOCO CASTRO. El Doctor TINOCO discrepa de la mayoría en el sentido de que según él, la intención del artículo primero de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, según el análisis histórico, sí incluye protección a la vida desde la concepción. No existen documentos que expliquen por qué eliminaron la protección expresa al no nacido, entre otros. Según TINOCO, que se basa en la explicación del relator Señor López de Mesa, se eliminó ese término para evitar una enumeración taxativa que pueda causar confusión. Se eliminó la frase manteniéndose el concepto.¹⁶⁷

Argumenta, TINOCO, que ese principio es recogido en otros documentos como la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 que establece que el niño necesita protección y cuidado tanto antes como después del nacimiento. El ser humano existe y por lo tanto tiene derechos, y necesita protección legal antes de su nacimiento.¹⁶⁸ Según TINOCO, no existen dudas de que el artículo primero de la Declaración protege la vida completa del ser humano, es decir, desde el momento de la concepción. Además, la Declaración rechaza la legitimidad de actos que conduzcan a la muerte.¹⁶⁹

¹⁶⁶Cfr: *ibid*, primer voto negativo.

¹⁶⁷Cfr: *ibid*, segundo voto negativo.

¹⁶⁸Cfr: *ibid*, segundo voto negativo. TINOCO, al igual que Monroy Cabra, hace mención a lo manifestado por el Profesor Jérôme Lejeune, miembro de la Academia de Ciencia Morales y Políticas de París. El Profesor Lejeune expresó que la primera célula que se forma al momento de la concepción ya es un ser humano con personalidad propia e independiente de su madre. En esa célula ya se encuentran todas las características del individuo. Incluso hace mención que entre los dos y tres meses de gestación las huellas digitales que van a acompañar a ese ser humano el resto de su vida ya están formadas. La mayoría de científicos comparten esta visión. Incluso el Código Internacional de Moral Médica establece que el doctor tiene que preservar la vida humana desde la concepción. La Declaración de Ginebra, por su parte, contiene la promesa que deben hacer los médicos de tener el mayor respeto a la vida humana desde la concepción.

¹⁶⁹Cfr: *ibid*, segundo voto negativo. En la mayoría de países del mundo occidental se protege la vida del nasciturus. Por ejemplo, en los casos de pena de muerte, se debe posponer si la mujer está embarazada, ya que ningún niño tiene por qué seguir la suerte de su madre.

Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entiende como ser humano a los consagrados en la Declaración Americana de Derechos y deberes del Hombre. TINOCO sostiene que para los Estados que participan de la Organización de Estados Americanos y la Declaración, la misma no es sólo una expresión de ideales a ser realizados, sino que es un código de conducta.¹⁷⁰ Por último, según Tinoco, en el caso Commonwealth vs Doctor Kenneth Edelin, cuando la Corte anuló el fallo de condena, se irrespetó el artículo primero de la Declaración.¹⁷¹

Como pudimos observar todos estos puntos de vista contenidos en doctrina, legislaciones y jurisprudencia consideran al no nacido como titular de derechos desde la concepción, siendo el tratamiento del derecho a la vida el más analizado. Piensan en el *nasciturus* como una persona por nacer.

La existencia biológica del ser humano comienza desde la concepción¹⁷², pero su personalidad sólo se otorga con el nacimiento con vida en la mayor parte de ordenamientos jurídicos, y excepcionalmente en algún ordenamiento jurídico se establece que la personalidad comienza desde la concepción.¹⁷³ Sin embargo, en todas las legislaciones se otorga cierta protección al que está por nacer de acuerdo al estatus jurídico adoptado ya sea como persona, como ser humano no persona o como objeto de protección. Más adelante analizaremos el estatus jurídico del *nasciturus* en el Ecuador.

¹⁷⁰Cfr: *ibid*, segundo voto negativo.

¹⁷¹Cfr: *ibid*, segundo voto negativo.

¹⁷²Supra.

¹⁷³Cfr: A. VALENCIA ZEA Y Á. ORTIZ MONSALVE, *op. cit.*, pp. 309-311.

CAPÍTULO II

EL PADRE DEL *NASCITURUS*

De acuerdo a este análisis, cuando se considera que el *nasciturus* es una persona o un ser humano, la doctrina, jurisprudencia y distintas legislaciones muestran que cuando se trata de analizar el aborto el no nacido y sus derechos es lo que más se toma en cuenta. Se discute la posibilidad de vulnerar la vida del no nacido de acuerdo a la consideración que se le dé.¹⁷⁴ Por otro lado, al considerar que el no nato es un objeto de protección, los derechos de la madre toman protagonismo en el debate. En este capítulo, hablaremos del padre del no nacido desde distintos puntos de vista.

Se establece que el que está por nacer debe ser protegido y representado por distintas personas que se encargarán de que sus derechos presentes o futuros sean realmente efectivos. En caso de bienes se habla de curadores, sin embargo, al tratarse de la vida del no nato se tiende a pensar que serán parientes los llamados a proteger su vida. Con más razón su padre y su madre.¹⁷⁵

Además, como vimos anteriormente, el padre del *nasciturus* no es mencionado al tratar el tema de la consideración del no nacido según el Derecho, y del relacionado tema del aborto, sin embargo, la presencia del padre en la vida de un niño es muy importante para su desarrollo desde antes del nacimiento. Junto con la madre es el llamado a proporcionarle todos los cuidados que éste necesita que incluyen cambiarlo, alimentarlo, bañarlo, vestirlo, etc. Así es como por naturaleza el

¹⁷⁴Ver Capítulo 1: Teorías sobre el Estatus Jurídico del *Nasciturus*.

¹⁷⁵Ver Capítulo 1: Teorías sobre el Estatus Jurídico del *Nasciturus*.

Ver Capítulo 2: Estatus Jurídico del *Nasciturus* en Ecuador.

padre debe y puede cuidar al niño desde antes del nacimiento.¹⁷⁶ En caso de que la madre esté tomando la decisión de terminar con la vida del no nato el padre podrá defenderlo.

En este capítulo revisaremos quiénes pueden representar y proteger al no nacido, y los derechos del padre y de la madre del *nasciturus* para examinar la posibilidad de que se pueda obligar a la madre a llevar a cabo un embarazo que ella no desea, en caso de que el padre del que está por nacer desee que el mismo nazca. Esto significaría imponer a la mujer la obligación de cuidar al niño en su vientre durante aproximadamente nueve meses, es decir, limitar la libertad sobre el cuerpo de la madre.

2.1. Representación del *Nasciturus*

Según la primera de las teorías analizadas, el *nasciturus* es un objeto de protección, no una persona ni un ser humano.¹⁷⁷ Según este punto de vista, no se puede hablar de representación de una persona que no existe. Por esta razón, por ejemplo, la Corte de Florida negó la petición del Senador Jeb Bush de nombrar un representante para un feto, hijo de J.D.S., una mujer con retraso mental, ya que en el Estado no existían precedentes ni bases legales de representantes que velen por los intereses de no nacidos.¹⁷⁸

Si no hay una persona o un ser humano no existe alguien que pueda ser representado. Este criterio lo encontramos expuesto en el caso de la representación de J.D.S., una mujer con incapaz que quedó embarazada por violación. A causa de

¹⁷⁶Cfr: EL COMERCIO, *El padre influye desde el vientre*, en El Comercio, Quito, 2009.

¹⁷⁷Ver Subcapítulo 1.1. *Nasciturus* como objeto especial de protección.

¹⁷⁸Cfr: D. REYNOLDS, “J.D.S. Gives Birth To Baby Girl; Gov. Bush Continues Push For Appointing Guardians To Fetuses”, *Inclusion Daily Express*, 2003, Disponible en: <http://www.mnddc.org/news/inclusion-daily/2003/09/090303flabusejds.htm>, [Última Visita: 30 de abril de 2011].

Cfr: A. COLAROSI, “Florida judge refuses guardian for fetus; Gov. Bush vows appeal.”, 2003, Disponible en: http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-6924013_ITM, [Última Visita: 30 de abril de 2011]. “This court has found no section of Chapter 744 (the guardianship statute) nor any other Florida statute which entitles a fetus to a guardian.”

su retraso mental se pidió que se nombrara un tutor para ella, y también un representante para el niño por nacer.¹⁷⁹ La Corte, nombró un representante para J.D.S., pero negó que se nombrara un representante para el no nacido, argumentando que sería un error hacerlo, ya que para que haya un representante debe haber una persona a quien representar, y en el caso del que está por nacer no se trata de una. Según la sentencia, un tutor es una persona nombrada en juicio para actuar por su pupilo, su propiedad o ambos. Un pupilo es la persona para la cual se ha nombrado un tutor. Por esta razón, el feto tendría que ser considerado persona para que se le pueda nombrar un tutor.¹⁸⁰

La Corte argumentó que no hay precedentes ni bases legales para nombrar un representante para un *nasciturus*. En Florida no existe un estatuto o caso que determine que el feto es una persona, por el contrario según varios precedentes, incluyendo el caso de *Roe vs Wade*, la palabra persona no incluye al feto.¹⁸¹ Florida, al igual que la mayoría de Estados en Estados Unidos, sigue la norma del “*common law*” de que los derechos comienzan con el nacimiento, mientras tanto no se reconoce ningún derecho al no nacido.¹⁸² Las cortes americanas, en general, han decidido que las palabras “persona” o “ser humano” no incluyen al no nato, y existe una distinción entre no nacido y nacido vivo.¹⁸³

¹⁷⁹Cfr: Corte de Apelaciones (Florida) Guardianship of J.D.S., *Jennifer Wixtrom v. Department of Children and Families*, Case No. 5D03-1921, (2004).

¹⁸⁰Cfr: *Ibid.*

¹⁸¹Cfr: *Ibid.* “For instance, the Florida Supreme Court declined to rule that a fetus is a “person” within the meaning of the Florida Wrongful Death Act, *n8 Young v. St. Vincent’s Medical Center, Inc.*, 673 So. 2d 482, 483 (Fla. 1996), and the Fourth District declined to apply a child abuse statute *n9* in a case involving a fetus, *State v. Getthers*, 585 So. 2d 1140 (Fla. 4th DCA 1991). See also *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 158, 35 L. Ed. 2d 147, 93 S. Ct. 705 (1973) (“the word ‘person,’ as used in the Fourteenth Amendment, does not include the unborn”). Also persuasive are holdings from other jurisdictions which have concluded that a fetus is not a “person” and not subject to guardianship. See *In re D.K.*, 204 N.J. Super. 205, 497 A.2d 1298, 1302 (N.J. Sup. Ct. Ch. Div. 1985) (holding that appointment of guardian for a fetus prior to viability was improper and pointing out that there is no reference to fetuses in guardianship rules and that the use of the term “person” in the rules was significant because a fetus is not a person); see also *Roe v. Casey*, 464 F. Supp. 483, 487 (D.C. Pa. 1978) [*12] (“[W]e hold that unborn children (fetuses, embryos) are not persons with a legally protectable interest within the meaning of [Federal Rules of Civil Procedure] and, thus, appointment of guardian [a]d litem is neither warranted nor required”); *People v. Brown (In re Brown)*, 294 Ill. App. 3d 159, 689 N.E.2d 397, 228 Ill. Dec. 525 (Ill. App. 1997) (holding trial court erred in appointing guardian for fetus in case involving mother’s right to refuse medical treatment versus state’s interest in the viable fetus). But see *66 Federal Credit Union v. Tucker*, 853 So. 2d 104 (Miss. 2003) (holding that a fetus which had “quickened” was a person for purpose of prosecuting a wrongful death action).”

¹⁸²Cfr: *Ibid.*

¹⁸³Cfr: *Ibid.*

Aunque el Estado tenga el interés de proteger una potencial vida humana, este interés se vuelve imperioso cuando el que está por nacer se vuelve viable. No se puede realizar una interpretación amplia de las palabras “menor”, “persona” o “ser humano”, encontradas en las leyes referentes a representación en Florida, ya que estas palabras se refieren al ser humano después del nacimiento y estas leyes no contienen normas referentes a la representación del *nasciturus*.¹⁸⁴

La Corte explica que si reconoce a un feto como una persona, tienen que aceptar que todos los fetos tienen todos los derechos garantizados a las personas en la Constitución de los Estados Unidos y en la legislación de Florida.¹⁸⁵ Por esta razón, este caso no puede ser visualizado como un caso especial, ya que esto significaría una intromisión en la vida de las mujeres, y los importantes derechos a la privacidad e integridad personal de las mujeres embarazadas.¹⁸⁶ Además, el interés que tiene el Estado de proteger una potencial vida humana, puede ser sacrificado para proteger la vida o salud de la madre, según el caso *Roe vs Wade*.¹⁸⁷

Esta decisión concluye que no están afirmando que el feto viable no está vivo o que el Estado no debe protegerlo, porque las cortes de guarda y custodia sí deben tomar en cuenta el bienestar del feto. Según las leyes sobre tutores en Florida, y la legislación que no otorga derechos al no nacido, no se puede nombrar un tutor para el que está por nacer, porque violaría los derechos de la madre, cuya vida e integridad son fundamentales para el bienestar del feto. Cuidar la vida del que está por nacer es muy importante, sin embargo, al crear leyes que lo intenten proteger se debe tener mucho cuidado de no violentar algunos de los intereses más fundamentales y sagrados de la sociedad como son la privacidad, la libertad personal y la integridad física.¹⁸⁸

¹⁸⁴Cfr: Ibid.

¹⁸⁵Cfr: Ibid. Si un feto tiene derechos, entonces todos los fetos tienen derechos. Por otro lado, si un feto es una persona, entonces todos los fetos son personas, no solamente aquellos viviendo en el vientre de una mujer incapaz.

¹⁸⁶Cfr: Ibid.

¹⁸⁷Cfr: Ibid.

¹⁸⁸Cfr: Ibid.

Según COLB, para que se hable de representación del *nasciturus* se debe considerar que éste es una persona, ya que si no no cabe hablar de representación.¹⁸⁹ Sin embargo, analicemos qué sucede en el caso de la segunda teoría que revisamos, la concepción del no nacido como un ser humano, sin que se lo considere como una persona. En esta teoría la concepción de derechos del *nasciturus* se hace menos clara, y por esta razón se puede considerar derechos de personas que tengan una prioridad a la vida del no nacido.

El Código Civil de nuestro país fue realizado con esta concepción como veremos en el siguiente capítulo. El artículo 61 del Código Civil, establece que la ley protege la vida del que está por nacer, por esta razón, el juez debe tomar en cuenta todas las peticiones de cualquier persona para proteger la existencia del no nacido.¹⁹⁰ Esta protección al *nasciturus* la encontramos también en las legislaciones colombiana y chilena como revisamos anteriormente.¹⁹¹ Notemos que la ley dice que el juez debe tomar peticiones de cualquier persona. Es decir, se considera que el criterio de cualquier persona es suficientemente válido si se está protegiendo la vida del que está por nacer.

LARREA HOLGUÍN explica que las personas naturales pueden ser titulares de derechos desde que nacen, entre estos derechos menciona a la capacidad para recibir una herencia o legado.¹⁹² Antes del nacimiento, cuando el ser humano se encuentra en el vientre materno se tiene una existencia natural. Según el autor, el que está por nacer es “*una persona como cualquier otra, aunque no se le atribuyan aún los derechos que las leyes determinan*”.¹⁹³ De esta manera los derechos de la persona quedan suspensos

¹⁸⁹Cfr: S. F. COLB, “Governor Jeb Bush Sends Lawyers to Represent a Fetus: Targeting a Mentally Retarded Pregnant Woman for Pro-Life Intervention”, En *FindLaw*, 2003, Disponible en: <http://writ.news.findlaw.com/colb/20030827.html>, [Última Visita: 29 de abril de 2011].

¹⁹⁰Cfr: Código Civil (Ecuador), artículo 61.

¹⁹¹Supra.

¹⁹²Cfr: J. LARREA HOLGUÍN, *Derecho Civil del Ecuador: La Sucesión por Causa de Muerte*, Tomo IX, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1997, pp. 57.

¹⁹³Cfr: Ibid. pp. 57.

hasta que nazca con vida.¹⁹⁴ Esta norma la encontramos en el artículo 63 de nuestro 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 correspondieron. En el caso del Art. 60, inciso segundo (es decir, si la criatura muere antes de estar completamente separada de la madre), pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.¹⁹⁵

LARREA HOLGUÍN explica que el caso del concebido que aún no nace, entra en la categoría de las personas que no existen cuando se abre la sucesión pero se espera que existan. Estas asignaciones son válidas¹⁹⁶ como lo expresa el artículo 1005 del Código Civil de nuestro país en su inciso tercero: *“Con todo, las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa, si existieren dichas personas antes de expirar los quince años subsiguientes a la apertura de la sucesión.”*¹⁹⁷ Además en Derecho Sucesorio existe la curaduría de bienes del que está por nacer, al referirse a los sujetos que pueden suceder.¹⁹⁸ Es decir, en nuestro país existe una forma de representación del *nasciturus* en lo que se refiere a sus bienes en este sentido.

Como revisamos anteriormente, en Colombia se comparte este criterio. NARANJO en su obra explica que en Derecho se entrega tutela a una persona para velar por los derechos del que está por nacer en caso de que nazca. El Código Civil colombiano al referirse a herencias y legados otorga al *nasciturus* la capacidad para recibirlos con la condición del nacimiento. Cuando nace recibe lo que le

¹⁹⁴Cfr: Ibid. pp. 57.

¹⁹⁵Código Civil (Ecuador), artículos 60 y 63.

¹⁹⁶Cfr: J. LARREA HOLGUÍN, JUAN, *Derecho Civil del Ecuador: La Sucesión por Causa de Muerte*, pp. 57-58.

¹⁹⁷Código Civil (Ecuador), artículo 1005.

¹⁹⁸ Cfr: J. LARREA HOLGUÍN, *Derecho Civil del Ecuador: La Sucesión por Causa de Muerte*, pp. 23.

correspondía como si hubiera nacido antes de la muerte de la persona que le deja la herencia o legado.¹⁹⁹

De acuerdo a este análisis, cuando se considera que el *nasciturus* es un ser humano, la doctrina, jurisprudencia y distintas legislaciones muestran formas en que el no nacido se ve representado. En caso de bienes se habla de curadores, sin embargo, al tratarse de la vida del no nato las legislaciones analizadas otorgan a cualquier persona la facultad de acercarse a un juez para proteger al que está por nacer. Si cualquier persona puede proteger al *nasciturus* de acuerdo a estas legislaciones civiles, con más razón el futuro padre podrá proteger la vida de su hijo por nacer. En caso de que la madre esté tomando la decisión de terminar con la vida del no nacido el padre podrá defenderlo.

Cuando el no nacido es considerado persona, según la tercera teoría analizada en el capítulo anterior, su vida no puede ser violentada. Sólo vale la pena dejar de proteger su vida cuando la vida de su madre está en peligro, por lo tanto el aborto, no es una opción legal. Bajo esta teoría hay distintas formas en que el no nato podría verse representado por distintas personas con más razón por sus padres.²⁰⁰

El *nasciturus* es un niño que está por nacer. MERLYN opina al respecto que según las leyes de nuestro país, antes de la vigencia de la actual Constitución, el no nato tiene derechos patrimoniales y extra-patrimoniales (personalísimos o existenciales). Los derechos patrimoniales están subordinados al nacimiento con vida según el Código Civil, sin embargo, los derechos extra-patrimoniales no están subordinados pero debe ejercitarlos a través de un representante.²⁰¹ Los representantes naturales son los padres, y en caso de que faltara uno sería el otro solo. Esto ocurre a no ser que el derecho del padre o madre esté en contraposición

¹⁹⁹Supra.

²⁰⁰Ver subcapítulo 1.3. Nasciturus como ser humano/persona.

²⁰¹Cfr: S. MERLYN SACOTO, op. cit.

con el del *nasciturus*, ya que si esto sucediera debe buscarse un curador al no nacido.²⁰²

Como explica MERLYN, lo natural es decir que en este caso la representación del no nato estará a cargo de los padres. Ya que los padres son los llamados a representarlo después del nacimiento, y como revisamos en jurisprudencia argentina podríamos considerar que la diferencia entre un niño no nacido y nacido es meramente accidental²⁰³, por lo tanto, la patria potestad podría extenderse a antes del nacimiento. Éste es el criterio que encontramos en el Código Civil argentino cuando enumera al *nasciturus* entre los incapaces absolutos en el artículo 54. En los artículos siguientes este código establece que los representantes del no nacido son los padres o el Ministerio de menores, y que en caso de que los intereses del no nato y de su representante estén contrapuestos, se nombrará un curador que vele por los intereses del que está por nacer.²⁰⁴

Es interesante notar el concepto de patria potestad que existe en la legislación Argentina desde el texto original de Dalmacio Vélez Sarsfield en la década de 1860, hasta el día de hoy, en donde la patria potestad existe desde la concepción. También es interesante ver que el concepto de patria potestad ha ido cambiando a través de los tiempos en la mencionada legislación, pero nunca se ha cambiado el comienzo de la misma al nacimiento. Cambió en el sentido de que en un principio se consideraba que la patria potestad incluía solamente derechos de los padres sobre los hijos, más adelante se aumentó que era derechos y obligaciones, hasta que en 1985 en el artículo 264 del Código Civil se definió a la patria potestad como “*el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado*”. Es decir, las obligaciones pasaron a ser deberes, lo que significa que tienen una connotación más social que jurídica.

²⁰²Cfr: Ibid.

²⁰³Cfr: Cámara de Apelaciones de la Provincia de Mendoza (Argentina) Sentencia de la Cuarta Cámara en lo Civil N° 24435, de 27 de agosto de 1999, Vega Viviana Lucero Dario.

²⁰⁴Cfr: Código Civil (Argentina), artículo 54 y siguientes.

Además, los deberes están antes que los derechos. Por último, se estableció que la justificación y reconocimiento de estos derechos de los padres sobre los hijos es el fin de proteger y formar a los hijos.²⁰⁵

Al respecto, GHERSI opina al hablar de fecundación *in vitro*, que el derecho se vulneraría si los padres no se hicieran responsables de acuerdo a la patria potestad de sus hijos que podrían o no materializarse en un ser humano.²⁰⁶ Es decir, el autor considera importante que la representación de los padres comience desde el momento de la fecundación aunque ésta se realice fuera del vientre de la madre.

Existe una tesis al tratar el tema de los hijos póstumos, que considera al *nasciturus* como un sujeto actual y adquiere los bienes con el supuesto de que nazca con vida.²⁰⁷ Podríamos aplicar esta tesis al decir que el no nacido es un sujeto actual que por lo tanto tiene un padre y una madre quienes tienen la patria potestad y de esta manera en conjunto deben tomar las decisiones sobre la vida del que está por nacer. El artículo 69 de la Constitución de nuestro país protege a los integrantes de la familia. En su numeral primero promueve la paternidad y maternidad responsables. El padre y la madre están obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos.²⁰⁸ Si tomamos en cuenta la tesis expuesta esto debe ocurrir desde el momento de la concepción.

Si en el Ecuador se acogiera la tesis contenida en el Código de Niñez y Adolescencia que será revisado en el capítulo siguiente, y se considerara que el *nasciturus* es un niño desde la concepción²⁰⁹, habría que tomar en cuenta normas de la Constitución vigente que protegen a los niños y según esta teoría al no nacido. Según el artículo 44 de la Constitución el Estado, la sociedad y la familia deben dar

²⁰⁵Cfr: R. D. RABINOVICH-BERKMAN, “*Ius Congelandi: Reflexiones ante la nueva Potestad de Vida y Muerte: Los derechos paternos frente al embrión en la República del Ecuador, boy*”.

²⁰⁶Cfr: C. A. GHERSI, op. cit., pp. 131.

²⁰⁷Cfr: A. VALENCIA ZEA Y Á. ORTIZ MONSALVE, pp. 309-317.

²⁰⁸Cfr: Constitución de la República del Ecuador. R.O. 449. 20-10-2008, artículo 69.

²⁰⁹Supra.

prioridad al desarrollo de los niños y asegurar que se cumplan sus derechos que prevalecen sobre las demás personas.²¹⁰ Si según el artículo primero del Código de la Niñez y Adolescencia el que está por nacer es un niño, entonces se le debe dar la protección del mencionado artículo 44 de la Constitución. El que está por nacer deberá tener representación y cuidado de sus derechos como cualquier otro niño.²¹¹

Por otro lado, en la decisión estadounidense del caso Doe vs Bolton se menciona una norma anterior a este caso y al caso Roe vs Wade. Según esta norma, cualquier pariente del que está por nacer hasta segundo grado de consanguinidad puede pedir a la Corte Superior del Condado en donde se va a realizar un aborto una declaración sobre si el aborto va a violar algún derecho constitucional u otro del feto. Ese mismo peticionario podía verificar que se cumpla con todos los requisitos para que se realice el aborto, y el médico y la mujer embarazada debían justificar esto ante la corte. Si se ha violado derechos constitucionales del feto, la Corte podía ordenar que no se realice el aborto. Estos parientes eran llamados a proteger la vida del no nacido.²¹²

Como podemos observar, cuando se considera que el *nasciturus* es una persona por nacer, los llamados a velar por sus derechos y representarlo son el Estado, los padres, la familia o algún curador elegido para el efecto. Los padres tienen un mayor protagonismo cuando se refiere a representarlos como observamos según MERLYN y el Derecho Argentino. Siendo el no nacido una persona sus derechos son los relevantes al tratar el tema del aborto, ya que su vida debe ser protegida como la de cualquier otra persona. Eventualmente se considerará el derecho a la vida de la madre que es el único derecho que podría ser valorado más que la vida del que está por nacer.

²¹⁰Cfr: Constitución de la República del Ecuador, artículo 44.

²¹¹Supra.

²¹²Cfr: Corte Suprema de Justicia (Estados Unidos) Doe v. Bolton.

Una vez expuesto el escenario de la representación del que está por nacer según las tres teorías revisadas sobre su estatus jurídico, en el capítulo siguiente analizaremos cuál es la situación que se aplica en el Ecuador.

2.2. Derechos del Padre del *Nasciturus*

Es importante notar que al hablar del aborto, hay varias personas o entes involucrados. Tanto el padre como la madre del concebido, como el concebido de acuerdo a la teoría adoptada. Por esta razón, al momento de hablar de aborto no solamente se deben considerar derechos de la mujer, sino también derechos del futuro padre.

Cuando hablábamos de representación del *nasciturus*, notamos que muchas personas pueden actuar para proteger sus derechos. Entre estas personas encontramos que la representación natural del que está por nacer la tienen los padres, y en caso de que alguno de los padres no lo pueda representar porque sus derechos están en contraposición podría ser el otro padre quien represente al que está por nacer. En este caso estamos tratando el tema del aborto, en el cual es una mujer, la madre, quien quiere terminar con la vida del no nato. Según las normas analizadas del Código Civil de distintos países, el padre podría tener una vía para evitar que se haga daño a su hijo por nacer al acercarse a un juez como se faculta a cualquier persona. Por esta razón, analizaremos los derechos del padre que quisiera proteger a ese futuro hijo que fue concebido.

Al tratar el tema del *nasciturus* y el aborto, se trata generalmente de los derechos y libertades de la madre.²¹³ Se analiza si los derechos de la madre son suficientemente importantes como para privar al no nacido de su vida, ya que para que el tema del aborto sea debatido se debe comenzar por pensar que el no nato no

²¹³Cfr: “Consecuencias del aborto para el hombre: Impacto en el hombre de las leyes proabortistas de EE.UU.”, Disponible en: http://www.vidahumana.org/vidafam/aborto/conseq_hombre.html, [Última visita: 5 de mayo del 2011].

es una persona, es decir, no tiene derechos. Sin embargo, en este trabajo estamos analizando el aborto desde el punto de vista del padre del hijo que está por nacer.

Según FARITH SIMON, en su análisis sobre la Convención sobre los Derechos del Niño, en caso de que el padre haya perdido por alguna razón la titularidad de la patria potestad, puede oponerse a los actos y decisiones que la madre pueda realizar y que sean inconvenientes para el niño.²¹⁴ De igual manera, el que está por nacer podría ser protegido por su padre si éste se opone a una decisión inconveniente para el *nasciturus* como es la de abortar. En caso de que el niño nazca el padre tendría derecho a oponerse a qué colegio va a ir, con más razón tendrá el padre derecho de decidir si ese niño nace o no.

Hombres y mujeres, no somos sustancialmente diferentes. Muchos seres humanos ansiamos formar una familia y tener hijos, independientemente de si somos mujeres u hombres. Incluso, un estudio realizado por la Universidad de Chile relevó que “el 59% de los hombres y el 41% de las mujeres planean tener hijos”.²¹⁵ Este estudio explica que los hombres cada vez más quieren vivir de manera intensa su paternidad y tienen más ganas de ser padres. Según el Informe de Desarrollo Humano en Chile del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en el año 2010, los hombres tienen una mayor valoración de la familia que las mujeres, tanto en lo que tiene que ver con la pareja con lo que tiene que ver con los hijos. El informe muestra que los hombres sienten que para realizarse en la vida es fundamental tener una vida familiar. Los hombres “*fijan su identidad y su realización personal en función de la vida familiar. Necesitan que su mundo interno esté en orden para salir al mundo.*”²¹⁶ Por otro lado, los hombres muestran un cambio en la forma de ser papás, según una encuesta, 61% de padres con hijos menores de quince años

²¹⁴F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Tomo I, pp. 235.

²¹⁵Cfr: V. PRICE Y J. M. JAQUE, “Estudio revela que hoy los hombres quieren más que las mujeres tener hijos”, En *La Tercera*, 2011, Disponible en: <http://diario.latercera.com/2011/02/20/01/contenido/tendencias/16-59945-9-estudio-revela-que-hoy-los-hombres-quieren-mas-que-las-mujeres-tener-hijos.shtml>, [Última Visita: 1 de mayo de 2011].

²¹⁶Cfr: Ibid.

sacrificarían su desarrollo profesional para estar más cerca de sus hijos, y aunque no lleguen a desempeñar todavía los mismo roles que la mujer, se ha demostrado que ahora los padres están mucho más involucrados en la crianza.²¹⁷

Las mujeres, por su parte, han cambiado su forma de pensar porque han ido ganando espacio en el mundo laboral, y ahora tienen menos tiempo para dedicarse a la crianza de los hijos. Por otro lado, cada vez más la mujer se va atreviendo a alejarse de la visión convencional de mujer y de lo que se esperaba de ella. Ahora la mujer se atreve a decir que no quiere tener hijos.²¹⁸

Cuando se trata el tema del aborto, generalmente no se considera el asunto desde la posición del padre, sino que las decisiones las toma la mujer embarazada. Por esta razón, cuando hablamos de embarazos no deseados generalmente asumimos que no es deseado por la mujer, nadie se detiene a preguntar si el hombre lo deseaba o no.²¹⁹ En caso de que sea un embarazo no planeado pero que la mujer quiera dar a luz al niño y el hombre no quiera que se produzca ese nacimiento, ella vivirá su embarazo y dará a luz a un niño que más adelante podrá exigir ciertas cosas de su padre, como por ejemplo una pensión de alimentos. Vemos claramente que la opinión del padre y sus derechos no se tomaron en cuenta en esta decisión, y sin embargo, él tiene obligaciones, ha sido padre sin importar su opinión. En un caso contrario a éste, es decir, que el padre quiera que nazca el niño y la madre no, una vez más ella será la que tome la decisión de abortar sin importar lo que el padre haya pensado y sus derechos. Aunque él quiera tener ese hijo, ella va a decidir que ninguno lo tenga. Valencia y Ortiz comentan que la mujer debe tener libertad de decidir si quiere o no ser madre.²²⁰ ¿Tiene el hombre libertad de decidir si quiere o no ser padre? Tanto hombres como mujeres gozamos de los mismos derechos según la Constitución, por lo tanto si la mujer debe tener esta libertad el hombre

²¹⁷Cfr: Ibid.

Cfr: “Consecuencias del aborto para el hombre: Impacto en el hombre de las leyes proabortistas de EE.UU.”

²¹⁸Cfr: Ibid.

²¹⁹Cfr: “Consecuencias del aborto para el hombre: Impacto en el hombre de las leyes proabortistas de EE.UU”.

²²⁰A. VALENCIA ZEA Y Á.ORTIZ, op. cit., pp. 309-311.

también debe gozar de este derecho. La doctrina moderna establece que “*debe indemnizar a la madre por daños morales y materiales causados por la frustración del nacimiento*”.

²²¹ De esta manera el padre debe tener la posibilidad de que se le indemnice por daños morales causados a su persona a raíz de que la madre de su futuro hijo tome la decisión de que esa criatura no nazca sin su consentimiento.

Hay muchos casos de abortos en que la mujer se realiza el procedimiento sola. Al estar sola serán muchos los casos en que el padre del que está por nacer no esté de acuerdo con esa decisión o ni siquiera sepa que va a ser padre, no porque no sea responsable sino porque la mujer embarazada jamás tomó en cuenta los derechos de aquella persona que participó en la creación de ese niño que lleva en el vientre. Según el artículo “Consecuencias del aborto para el hombre: Impacto en el hombre de las leyes proabortistas de EE.UU”, el debate sobre el aborto, se enfoca casi totalmente sólo desde el punto de vista de las mujeres, sin tomar en cuenta en ningún sentido a los hombres. Hoy en día los hombres se comprometen cada vez más en la crianza de los niños, y sin embargo, las leyes sobre el aborto les niegan el derecho de estar involucrados en las decisiones sobre la vida o la muerte de sus hijos aún no nacidos.²²² Con mucha frecuencia el papel del hombre en esta decisión es “*marginal y pasivo*”, ya que puede no ser tomado en cuenta por su pareja, es ignorado por la clínica abortista, no es amparado por muchas las leyes, y no se toman en cuenta las secuelas en él del aborto.²²³

El padre del no nacido tiene derecho a que se lo tome en cuenta. Según estudios realizados el hecho de que el padre del no nacido sea impotente al momento de tomar esta decisión le puede causar conflictos con la imagen que tiene de él mismo, “*conflictos de funciones, culpabilidad, depresión y, con frecuencia, el final de la relación con su cónyuge*”.²²⁴ El aborto en general es tratado como un procedimiento

²²¹Ibid.

²²²Cfr: “Consecuencias del aborto para el hombre: Impacto en el hombre de las leyes proabortistas de EE.UU”.

²²³Cfr: Ibid.

²²⁴Cfr: Ibid.

médico que causa muy poco o ningún impacto psicológico en mujeres y hombres. Al igual que las mujeres, la mayor parte de los hombres niegan efectos negativos del aborto en su persona. Sin embargo, hay estudios que demuestran que cuando los hombres deciden reconocer sus sentimientos al respecto muestran que esta experiencia es muy dolorosa y desconcertante. Tres de cada cuatro hombres explican que la experiencia del aborto fue un momento difícil, y una parte incluso contó sueños, tanto de día como de noche, sobre el niño que nunca nació. Además, sienten mucha culpabilidad, remordimiento y tristeza.²²⁵ Tanto como para las mujeres que para los hombres, la experiencia del aborto, puede causar un sentimiento de vacío que los puede acompañar toda la vida, ya que los padres son padres para siempre aunque el niño haya muerto. Este problema emocional es muy complicado de resolver ya que se trata sólo de un recuerdo no perceptible al haber negado la humanidad al no nacido y así también la señal o sepultura a los padres.²²⁶

Si se mantiene una prohibición general en materia de aborto, no existiría mayor problema ya que la legislación no permite que se deje de tomar en cuenta los derechos del padre. Sin embargo, sería importante que se sancione a la mujer que se realiza un aborto, no solamente por el daño al que está por nacer, sino también al padre que no vio a su hijo nacer. Por otro lado, los derechos del padre parecen un asunto relevante en cualquier caso en que el aborto constituya una opción legal ya que para que comience a existir el *nasciturus* se necesita de la participación de hombre y mujer, padre y madre. Por lo tanto, la decisión sobre la vida del que está por nacer deben tomarla ambos.

El recurso de inconstitucionalidad presentado en España en contra del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 bis del Código Penal, nos da un ejemplo de un intento de proteger los derechos del padre del no nacido. Uno de los motivos por los cuales fue presentado el recurso fue que el Proyecto de Ley

²²⁵Cfr: Ibid.

²²⁶Cfr: Ibid. Esta falta del rol de los hombres en la toma de decisión sobre el aborto puede ser responsable de manera parcial del aumento en la disfunción sexual masculina. Los hombres se vuelven hostiles cuando han sido excluidos de la toma de decisiones y cuando descubren que han sido engañados y manipulados.

impugnado no permitía la intervención del padre para que otorgara consentimiento del aborto. De esta manera violaba el artículo 39 de la Constitución numerales 2 y 4. Según el numeral segundo de este artículo, los poderes públicos tienen el deber de asegurar la protección integral de los hijos que son iguales ante la ley sin importar su filiación. Según los peticionarios, esto impide que el hijo que está por nacer sea protegido de manera integral en contraposición con los hijos ya nacidos que gozan de protección paternal que el Código Civil de este país establece.²²⁷ Otra razón, es que crea una desigualdad entre los hijos nacidos y por nacer.²²⁸ Además, si no se necesita consentimiento del padre se está violentando de manera inconstitucional el principio de Derecho Civil que establece que hay igualdad entre los cónyuges.²²⁹ Al no requerir el consentimiento del padre, le impiden defender al *nasciturus* si él lo deseara, y así no puede cumplir con su deber de asistir a su hijo, según el numeral tercero del artículo 39 de la Constitución.²³⁰ Tampoco se toma en cuenta que la patria potestad la tienen ambos padres según el artículo 154 del Código Civil de este país.²³¹

La Constitución de nuestro país establece la responsabilidad del padre y de la madre en el cuidado de los hijos y en la protección de sus derechos en su artículo 69 numeral primero. El numeral quinto de este artículo establece la corresponsabilidad materna y paterna, y los deberes y derechos recíprocos entre padres, madres, e hijos.²³² Estos numerales hablan tanto una maternidad como una paternidad responsables a un mismo nivel, sin diferenciación entre padre y madre. Ambos tienen corresponsabilidad al momento del cuidado y protección de los derechos de los hijos.²³³ Es decir, una vez que el niño nazca ambos padres deberán estar involucrados en la misma forma en el cuidado de ese niño, ambos padres tienen expectativas, deseos y derechos al respecto.

²²⁷Cfr: Sentencia del Tribunal Constitucional Español Núm. 53/1985, 11-04-1985.

²²⁸Cfr: Ibid.

²²⁹Cfr: Ibid.

²³⁰Cfr: Ibid.

²³¹Cfr: Ibid.

²³²Cfr: Constitución de la República del Ecuador, artículo 69.

²³³Cfr: F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Tomo I, pp. 210.

El artículo 66 numeral 9 de la Constitución reconoce y garantiza a las personas el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad. El artículo 66 numeral 10 por su parte establece que se reconoce y garantiza a las personas el derecho a tomar decisiones libres en su vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántos hijos tener.²³⁴ Estos derechos son garantizados a todas las personas en nuestro país sin distinción de género, hombre y mujer tienen derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener, con mayor razón cuando el futuro hijo ya ha sido concebido. Para que un hombre pueda tomar este tipo de decisiones debe tener garantizado el derecho a ser informado sobre su futuro hijo y debería poder tomar la decisión de que nazca.

Tomemos en cuenta que tanto hombre como mujer al tener relaciones están tácitamente tomando una decisión sobre su vida reproductiva, sabiendo que podría llegar a producirse un embarazo del cual ambos son responsables. Si dejamos que la mujer tome una decisión de abortar en contra del parecer del futuro padre estamos privando al hombre de esta garantía. Si ella decide abortar, él no está decidiendo cuándo tener hijos que puede ser ahora que ese niño ya ha sido concebido. Cuando las mujeres deciden abortar sin importar lo que el hombre quiere se dice que se trata de la proclamación de los derechos de las mujeres como la libertad, la no opresión masculina, etc., pero cuando los hombres fomentan el aborto para sus parejas se habla de coacción, falta de afecto, insensibilidad y egoísmo.²³⁵ El Estado garantiza a las personas a tomar decisiones responsables sobre su sexualidad. De esta manera, sabemos al tener una relación sexual que el resultado podría ser la concepción de un hijo y que el padre o madre de ese hijo sería la persona con la cual estamos teniendo esa relación. Tácitamente estamos aceptando tomar en conjunto cualquier tipo de decisión sobre esa criatura al compartir derechos y obligaciones en relación a ese ser.

²³⁴Cfr: Constitución de la República del Ecuador, artículo 66.

²³⁵Cfr: “Consecuencias del aborto para el hombre: Impacto en el hombre de las leyes proabortistas de EE.UU”. Existe una doble escala de valores para los hombres y las mujeres. Se garantiza el derecho a renunciar a una futura maternidad, pero al mismo tiempo no se garantiza el derecho del padre a proteger su futura paternidad.

La Constitución de nuestro país garantiza la igualdad de las personas, así gozamos de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie puede ser discriminado por sexo, entre otras razones. Por esta razón, el padre debe tener los mismos derechos que la madre el momento de decidir sobre la vida del que está por nacer.

Según el art. 24 del Código Civil de nuestro país “*Se establece la filiación, y las correspondientes paternidad y maternidad: a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente;*”.²³⁶ Vemos que el primer presupuesto es la concepción en una determinada situación como es el matrimonio o la unión de hecho. Es decir, desde el momento de la concepción se establece la filiación.

En un sentido estricto, filiación es el vínculo jurídico que existe entre hijo y progenitor que crea un conjunto de derechos y obligaciones entre ellos. Del hecho jurídico de la procreación se desprende una situación jurídica permanente.²³⁷ Notemos que el autor menciona que es a partir de la procreación que existe este vínculo no al momento del nacimiento. El procrear se da desde el momento de la concepción, por lo tanto el vínculo existiría desde el mismo momento. La relación mencionada toma los nombres de paternidad y maternidad.

Según FARITH SIMON y EDUARDO ZANNONI, la filiación se deriva del parentesco, paternidad y maternidad, y es un conjunto de relaciones jurídicas que hacen un vínculo entre padres e hijos.²³⁸ Una de las formas en que se da la filiación es por la procreación,²³⁹ que es el presupuesto biológico fundamental que constituye

²³⁶Código Civil (Ecuador), artículo 24.

²³⁷Cfr: R. ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1998. pp. 591.

²³⁸Cfr: F. SIMON, *Material para Clase de Derecho de Familia*, 2007. Pp. 1-2.

²³⁹Cfr: *Ibid.* pp. 1-2.

Cfr: E. A. ZANNONI, *Derecho Civil: Derecho de Familia*, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981, pp. 313.

la relación paterno filial.²⁴⁰ La filiación es una fuente de derechos y obligaciones correlativos entre progenitores e hijos (artículo 25 del Código Civil).²⁴¹

El derecho de filiación abarca la patria potestad.²⁴² La patria potestad es un conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos según el artículo 283 del Código Civil de nuestro país²⁴³, es decir, los padres no solamente tienen obligaciones sino también derechos. Según ZANNONI, el proceso de procreación no es simplemente el hecho biológico de procrear sino que continúa dándoles a los hijos una formación integral hasta que ellos tienen capacidad de obrar.²⁴⁴ La titularidad de la patria potestad y el ejercicio de la misma corresponde a ambos padres por igual. El conjunto de derechos-deberes se les atribuye a los dos y ambos deben asumir la educación y asistencia del hijo.²⁴⁵ El Código de la Niñez y Adolescencia establece que por la patria potestad los padres tienen derechos y obligaciones en relación con sus hijos²⁴⁶, esto quiere decir que los padres tienen derechos y obligaciones con sus hijos desde la concepción según la definición de niño de este código ya revisada. Los derechos que tienen los padres son el cumplimiento de las obligaciones con sus hijos menores de edad según SIMON, quien explica que se los llama derechos-deberes al tratarse de obligaciones no estrictamente patrimoniales.²⁴⁷

Los sujetos activos de estos derechos-deberes son los padres²⁴⁸, y los pasivos son los hijos menores de edad no emancipados de acuerdo a las formas de filiación.²⁴⁹ El autor sostiene que esto ocurre únicamente desde el nacimiento²⁵⁰, sin

²⁴⁰Cfr: E. A. ZANNONI, op. cit., pp. 314.

²⁴¹Cfr: F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Tomo II, pp. 488.

²⁴²Cfr: E. A. ZANNONI, op. cit., pp. 313.

²⁴³Cfr: F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Tomo II, pp.488.

²⁴⁴Cfr: E. A. ZANNONI, op. cit., pp. 681.

²⁴⁵Cfr: *Ibid*, pp. 683-684.

²⁴⁶Cfr: Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 105.

²⁴⁷Cfr: F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Tomo II, pp. 489.

²⁴⁸Cfr: *Ibid*, pp. 492.

²⁴⁹Cfr: *Ibid*, pp. 490.

embargo, si hablamos que la filiación se establece con la procreación, proceso que comienza con la concepción y niño se entiende desde ese mismo momento podríamos concluir que la filiación y la patria potestad podrían aplicar al no nacido. Los padres tienen el deber de cuidar y defender los derechos de sus hijos²⁵¹, por lo tanto, siguiendo con esta lógica los padres tienen el derecho-deber de proteger los derechos de sus hijos no nacidos. SIMON, sin embargo, argumenta que al respecto del *nasciturus* esto no existe y solamente se puede adelantar ciertas facultades como en el caso del Derecho Sucesorio y el ya mencionado curador de los bienes del que está por nacer.²⁵² Sin embargo, tomando en cuenta que el *nasciturus* tiene derechos hereditarios de su padre antes de nacer, cómo no va a tener la posibilidad de que ese padre lo defienda.

Por otro lado, una de las obligaciones de los padres deriva en el derecho de alimentos de los hijos. Una de las fuentes del derecho de alimentos es la relación de parentesco, en caso de padres e hijos la relación paterno-filial.²⁵³ Este derecho es una obligación de carácter patrimonial que tienen los progenitores con sus hijos por el solo hecho de ser padres.²⁵⁴ SIMON cita a Antonio Vodanovic, quien explica que el derecho de alimentos es una forma en la cual el derecho a la vida se hace efectivo. El autor cita otras obras en las cuales se explica que la función de la obligación de alimentos, no es que sea una obligación de carácter estrictamente patrimonial sino que busca satisfacer las necesidades personales que llevan a la protección de la vida.²⁵⁵

²⁵⁰Cfr: Ibid, pp. 491.

²⁵¹Cfr: Ibid, pp. 491.

²⁵²Cfr: Ibid, pp. 492.

²⁵³Cfr: Ibid, pp. 544.

²⁵⁴Cfr: F. SIMON, *Material para Clase de Derecho de Familia*, pp. 1-5.

²⁵⁵Cfr: F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Tomo II, pp. 545:

VODANOVIC, ANTONIO, *Derecho de Alimentos*, Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda., 1987, pp. 1: “El derecho de alimentos es uno de los medios por los cuales se hace efectivo uno de los aspectos del derecho de la personalidad llamado derecho a la vida”.

ZANNONI Y BOSSERT, *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo 2, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981, pp. 46. El derecho a percibir alimentos y la obligación correlativa de prestarlos se “...deriva de una relación alimentaria legal de contenido patrimonial, pero cuyo fin es esencialmente extrapatrimonial: la satisfacción de necesidades personales para la conservación de la vida, la subsistencia de quien los requiere. De ahí que si bien el objeto del crédito alimentario es patrimonial,

Por esta razón, esta obligación está por fuera de la voluntad personal²⁵⁶, como lo menciona SIMON. Es decir, que un padre tiene que pagar alimentos a su hijo sin importar si quería o no ser padre. Si una pareja se queda embarazada y el hombre no quiere tener ese hijo y ella sí, ella tomará la decisión de que el niño nazca y le cobrará alimentos al padre, a pesar de que él se haya opuesto al nacimiento de ese hijo. Tanto padre como madre están obligados al pago de alimentos, por lo tanto, en el caso de que las cosas ocurrieran de manera contraria y fuese ella la que no quiere que nazca el niño y él sí, podría nacer el niño y quedar a cargo del padre y sería la madre la que pague alimentos más adelante.

FARITH SIMON señala algo muy interesante. La mujer embarazada tiene derecho a recibir alimentos desde el momento de la concepción.²⁵⁷ Estos alimentos servirán para cubrir los gastos de su cuidado y del niño en su vientre. El obligado al pago de esta pensión es el padre o el presunto padre de acuerdo a la presunción legal de paternidad por concepción dentro de un matrimonio, sin necesidad de prueba de ADN.²⁵⁸ En el supuesto de que el padre de esa criatura no estuviere de acuerdo con su nacimiento, tendría que cumplir con esta obligación sin importar su voluntad. Estamos entonces hablando de que la mujer recibe una pensión de alimentos de un hombre cuya voluntad de ser padre o no, no ha sido tomada en cuenta. Cuando el niño nazca comenzará a recibir una pensión alimenticia del padre cuya opinión no ha importado. Considerando que las obligaciones siempre vienen como contrapartida de derechos, podemos argumentar que el futuro padre tiene obligaciones por ser el presunto padre del hijo por nacer desde el momento de la concepción, por lo tanto debe también tener derechos en esta misma calidad desde ese mismo momento. Se considera al padre como tal desde la concepción. Si un hombre puede estar obligado al pago de alimentos desde el momento de la

dinero o especie, la relación jurídica que determina ese crédito atiende a la preservación de la persona del alimentado, y no es de índole económica (en la medida que no satisface un interés de naturaleza patrimonial).

²⁵⁶Cfr: F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Tomo II, pp. 546.

²⁵⁷Cfr: *Ibid*, pp. 574.

²⁵⁸Cfr: *Ibid*, pp. 557.

concepción, debería tener la facultad de defender al que está por nacer desde el mismo momento y tomar la decisión de que nazca de la misma manera que podría hacerlo la madre. Mediante el pago de alimentos se está asegurando el desarrollo de un ser humano de una manera indirecta. Con más razón podrá el padre asegurarse de manera directa de que el niño nazca al prevenir que la madre lo aborte.

Si el padre podría oponerse a un aborto, la mujer a la cual se le obligue a llevar un embarazo, mediante esta ley está protegida sabiendo que el hombre va a tener que cubrir con los gastos del embarazo que deriven del mismo.

Históricamente la mujer ha sido más vulnerable que el hombre en muchos temas como es el de la vida sexual y reproductiva. Por esta razón, se crean organizaciones como el Centro de Derechos Reproductivos que es una ONG que vela, porque haya igualdad en el mundo entre las mujeres de acuerdo a sus derechos reproductivos. Vemos que la misión de esta organización es garantizar que las mujeres tengan libertad sobre su cuerpo y vida sexual. Las mujeres deben poder decidir si quieren tener hijos y en qué forma. Se debe garantizar a las mujeres la capacidad de ejercer sus opciones reproductivas sin coacción.²⁵⁹ Todas las mujeres deben tener acceso a servicios básicos de salud que incluyan: anticoncepción, aborto seguro y legal, educación y cuidados durante el embarazo.²⁶⁰ Según el Centro de Derechos Reproductivos los derechos reproductivos son “*imprescindibles para asegurar la justicia para todos los miembros de la sociedad-mujeres, niños y sus familias*”.²⁶¹ Sin embargo, por garantizar estos derechos a las mujeres no podemos olvidarnos de que los hombres comparten los mismos derechos.

No olvidemos que no debe existir igualdad sólo entre las mujeres del mundo, sino entre los seres humanos en general. Así como todo esto debe ser garantizado para las mujeres debe también ser garantizado para los hombres, quienes por

²⁵⁹Cfr: CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS, Disponible en: http://reproductiverights.org/esp_about.html, [Última Visita: 15 de abril de 2009].

²⁶⁰Cfr: *ibid.*

²⁶¹Cfr: *ibid.*

ejemplo, tienen derecho a elegir “*si quieren tener hijos y en qué forma*”. Eso lo vemos reflejado en los valores de este centro cuando mencionan que uno de ellos es “*Promover los derechos reproductivos de cada **persona***”²⁶², es decir, de hombres y mujeres.

De esta manera vemos que los hombres y las mujeres en igualdad de derechos muchas veces estarán en desacuerdo como en el caso de un embarazo no deseado por un progenitor y anhelado por el otro. En este caso, tenemos los derechos de hombre y mujer en desacuerdo y ambos deben ser tomados en cuenta. Como afirma el mencionado centro: “*los derechos reproductivos son imprescindibles para asegurar la justicia para **todos** los miembros de la sociedad-mujeres, niños y sus familias*”.²⁶³

Según la Declaración Universal de Derechos Sexuales “*los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad para todos los seres humanos*”.²⁶⁴ Es decir, tanto hombres como mujeres son iguales en este ámbito y gozamos de estos derechos. Revisemos estos derechos encontrados en esta declaración:

- “*El Derecho a la Libertad Sexual: La libertad sexual abarca la posibilidad de las personas a expresar su sexualidad y excluye todas las formas de coerción sexual, explotación y abuso en cualquier periodo y situación de la vida.*”²⁶⁵ Todos los seres humanos tenemos este derecho.
- “*El Derecho a la Equidad Sexual: Este derecho se refiere a la oposición a todas las formas de discriminación, por razones de sexo, **género**, orientación sexual, edad, raza, clase social, religión o discapacidad física, psíquica o sensorial.*”²⁶⁶ De acuerdo a este derecho tanto hombres como mujeres somos iguales en este ámbito.

²⁶²Cfr: Ibid.

²⁶³Cfr: Ibid.

²⁶⁴DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS SEXUALES, Declaración del XIII Congreso Mundial de Sexología, 1997 Valencia (España). Revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS), en el XIV Congreso Mundial de Sexología (Hong Kong), agosto, 1999, Disponible en: http://www.ctv.es/USERS/sexpol/derechos_sexuales.htm, [Última Visita: 20 de abril de 2009].

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶Ibid.

- “*El Derecho a tomar decisiones reproductivas libres y responsables: Derecho a decidir sobre tener descendencia o no, el número y el tiempo entre cada uno y el derecho al acceso a los métodos de la regulación de la fertilidad.*”²⁶⁷ Vemos que en este derecho una vez más no hay diferenciación entre hombres y mujeres, ambos tenemos derecho a elegir qué hijos tener y cuándo tenerlos. Ambos, hombres y mujeres podemos tomar esa decisión, no solamente las mujeres.

2.3. Derechos de la Madre del *Nasciturus*

Ya revisamos los derechos del padre que están involucrados al tratar el tema del aborto: derecho a la igualdad entre las personas y los cónyuges, derecho a la equidad sexual, derecho a tener hijos y formar una familia, derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, derecho a tomar decisiones libres en su vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántos hijos tener, derecho a tomar decisiones reproductivas libres y responsables, derecho a la igualdad en derechos reproductivos, derecho a la responsabilidad en el cuidado de los hijos y en la protección de sus derechos, derechos derivados de la filiación, posiblemente el derecho a una indemnización por daños morales causados a raíz de que la madre de su futuro hijo tome la decisión de que esa criatura nazca sin su consentimiento, además, hay quienes consideran una futura patria potestad como observamos en la petición al Tribunal Constitucional Español.²⁶⁸ Una vez analizados los derechos del padre, debemos analizar los derechos de la madre, y si los derechos del padre y el interés de proteger al que está por nacer podrían ser mayores que los derechos de la madre y así impedir un aborto.

La mujer comparte con el hombre todos estos mencionados derechos. Se diferencia del padre esencialmente en la parte biológica. Es decir, compartiendo los mismos derechos, libertades y responsabilidades mencionados, la mujer es capaz de llevar su embarazo, mientras que el hombre tiene más dependencia en ese sentido

²⁶⁷Ibid.

²⁶⁸Supra.

que una mujer. Para una mujer es mucho más fácil embarazarse y tener un hijo sola, que para un hombre poder tener un hijo solo. Consideremos que en la Constitución de nuestro país en el artículo 11 se establece que nadie puede ser discriminado por sexo²⁶⁹, es decir, en la medida de lo posible se debe dar las mismas opciones tanto a hombres como a mujeres.

Según MARÍA ELENA CORRAL, al analizar la tratada sentencia del Tribunal Constitucional sobre la pastilla del día después, ésta viola el derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre la vida sexual, ya que al prohibir el acceso a este mecanismo no permite que las mujeres puedan tener esta opción de controlar su reproducción.²⁷⁰ Los derechos sexuales y reproductivos nacen del derecho a la salud. Aspectos muy importantes son el derecho a las decisiones reproductivas libres y responsables que incluye qué hijos tener, en qué momento y el acceso a métodos sobre la regulación de la fertilidad. Otro aspecto importante es el acceso a la información adecuada, y por último, el derecho a la atención de la salud sexual para prevención y tratamiento de problemas sexuales.²⁷¹ Las personas tienen derecho a la libertad de elección, y según CORRAL, la libertad es un derecho en la misma jerarquía constitucional que el derecho a la vida, por lo tanto ambos derechos deben tener la misma protección y reconocimiento internacional.²⁷² Por otro lado, argumenta que las decisiones sobre sexualidad, maternidad y paternidad tienen que ver sobre el concepto de vida digna y la calidad de vida que una persona quiera tener.²⁷³

Documentos importantes en relación al aborto, en donde encontramos una enumeración de derechos de la mujer que son vulnerados cuando no se le permite abortar, son las decisiones de los casos *Roe vs Wade* y *Doe vs Bolton*. En el caso *Roe vs Wade*, la Corte expresó que las leyes contra el aborto violaban el derecho a la

²⁶⁹Cfr: Constitución de la República del Ecuador, artículo 11.

²⁷⁰Cfr: M. E. CORRAL, op. cit., pp.112.

²⁷¹Cfr: Ibid pp. 112-113.

²⁷²Cfr: Ibid pp. 113.

²⁷³Cfr: Ibid pp. 113.

privacidad e intimidad de la mujer.²⁷⁴ Los Estados solamente pueden limitar el ejercicio de derechos fundamentales cuando se pueda demostrar un interés apremiante como la vida y salud de la madre. Por esta razón, el derecho de la mujer no es absoluto sino que debe cumplirse con ciertas condiciones²⁷⁵.

Por otro lado, en el caso *Doe vs Bolton*, se concluyó que al hablar de un aborto por la salud de la mujer se trataba de tanto salud física como mental. La Corte declaró que las limitaciones del aborto violaban la privacidad y libertad personal de la persona. En ese caso, los apelantes incluso argumentaron que se violaba el derecho a la vida de la mujer. Sin embargo, en la decisión se recalcó en el interés de velar por una potencial independiente existencia humana, lo que justificaba las regulaciones sobre forma de realizarse el procedimiento así como la calidad de la decisión final de abortar. Por último, de acuerdo al Código Penal, establece que aborto injustificado es aquel en el cual una persona a propósito y sin justificación alguna termina un embarazo de otra de otro modo que no sea con el parto. En el caso se mencionó que el derecho constitucional de una mujer a abortar no es absoluto, como se estableció en *Roe vs Wade*. Además, excluir el primer trimestre de embarazo es inválido según *Roe vs Wade*.

Ahora analicemos estos derechos de la mujer en relación a este tema, a los derechos del padre y a la protección del *nasciturus*.

A partir del artículo 66 de la Constitución de nuestro país están comprendidos los derechos de libertad. Entre estos se protege la vida, dignidad e integridad, el libre desarrollo de la persona entre otros como por ejemplo la libertad sexual y reproductiva.²⁷⁶ Se habla de la libertad de la mujer, pero es importante pensar que libremente se involucró en una relación sexual con un hombre que podría resultar en un embarazo. Hoy en día hay distintos métodos a disposición de

²⁷⁴Supra.

²⁷⁵Supra.

²⁷⁶Cfr: Constitución de la República del Ecuador, artículos 66 y siguientes.

hombres y mujeres para prevenir un embarazo no deseado, dándole libertad a la pareja estable o momentánea de no concebir con responsabilidad. Libertad de no ser padres cuando no lo desean, pero cuando una mujer tiene una relación sexual con un hombre, está aceptando tácitamente que él sea el padre de un futuro hijo por ser así la naturaleza de la reproducción humana. La libertad de la mujer está presente en el momento que ella no tiene por qué vivir como madre el resto de su vida si no lo desea, ya que en la mayoría de casos lo que busca la mujer no es no estar embarazada, sino no tener las responsabilidades de ser madre el resto de su vida²⁷⁷. No existe mayor daño físico en la madre, ya que son nueve meses de embarazo para el cual su cuerpo está preparado por naturaleza, y después su vida seguirá como antes.

Es necesario tomar en cuenta que el acto sexual que resulta en un embarazo es un acto voluntario entre un hombre y una mujer. Ambos han consentido como algo ansiado por los dos y conocen las consecuencias que puede conllevar. El autor MÁXIMO PACHECO, antes de tratar la teoría del Derecho en sí, analiza las características del Ser Humano. Entre estas cualidades habla de la voluntad y explica que es la fuerza que mueve al ser humano a buscar lo que le conviene y

²⁷⁷Cfr: “¡Di que sí!: El Aborto”, En *Coalition for Positive Sexuality*, Disponible en: <http://www.positive.org/DiQueSi/aborto.html>, [Última visita: 6 de abril del 2011]. Las razones por las cuales las mujeres abortan son: no poder mantener a su hijo, sus padres se enojarían y estarían desilusionados, y hasta podrían echarlas de la casa, si tienen un hijo no van a poder terminar sus estudios, el padre del niño o de la niña no va a ayudar, tener el niño no sería saludable ni para nosotras, ni para el bebé, y embarazo por incesto o violación.

Cfr: “Buenas razones para abortar”, En *Tener Pareja.Com*, Disponible en: <http://www.tenerpareja.com/buenas-razones-para-abortar/>, [Última visita: 6 de abril del 2011]. La mujer debe poder decidir si abortar o no ya que es ella, la que después de dar a luz, debe criarlo y educarlo, además de otras obligaciones que tendrá que hacer en su vida cotidiana. Ella debe pensar si va a tener o no ayuda para criarlo.

Cfr: “Abortion - Reasons Women Choose Abortion”, En *Web MD: Better information better health*, 2008, Disponible en: <http://women.webmd.com/tc/abortion-reasons-women-choose-abortion>, [Última visita: 6 de abril del 2011]. Las razones más comunes por las cuales las mujeres consideran abortar son: la falla de anticonceptivos, ya que más de la mitad que deciden abortar se quedaron embarazadas a pesar de haber utilizado anticonceptivos, la falta de dinero para mantener al niño, para terminar un embarazo no deseado, por defectos en el feto, por embarazo como resultado de violación o incesto, por condiciones físicas o mentales que podrían causar un daño a la madre si continúa con el embarazo.

En general, la mujer al realizarse un aborto no busca no estar embarazada en sí, sino que busca no ser madre y no tener esa responsabilidad desde ese momento en adelante. Sin tomar en cuenta la salud o vida de la madre, o embarazos por incestos o violación, si el padre se va a encargar del niño una vez que nazca, no se afecta gravemente los derechos de la mujer, ya que ella puede seguir llevando el mismo estilo de vida después de aproximadamente nueve meses.

desechar lo que no lo hace, de acuerdo a nuestra naturaleza racional. Aclara PACHECO, que el hombre a pesar de no actuar siempre de acuerdo a la razón actúa sabiendo qué quiere y por qué lo quiere.²⁷⁸ En el caso de una relación sexual la persona actúa sabiendo que quiere esta relación y aunque no necesariamente quiera un embarazo actúa racionalmente sabiendo que podría ser la consecuencia de sus actos.

La libertad según PACHECO es que el ser humano, al tener voluntad y entendimiento de acuerdo a su naturaleza racional, no está obligado a actuar de una forma determinada. De esta forma, es el hombre dueño de sus actos, lo que es necesario para la dignidad humana.²⁷⁹ Dueño es el hombre o la mujer de la decisión que lo lleva a ser parte de una relación sexual, y dueños son ambos de las consecuencias de las mismas como es un embarazo. Así, tanto hombres como mujeres somos responsables del que está por nacer, su supervivencia y de velar por sus derechos presentes y futuros.

El autor habla de que el ser humano tiene derechos por el hecho de ser persona. Estos derechos están vinculados de manera inseparable de deberes que consisten en el reconocimiento y respeto de los derechos de los demás.²⁸⁰ De esta forma, el gozar de un derecho sexual y reproductivo incluye respeto a los derechos en los demás. Así, no sólo tiene que ser respetado el derecho de la mujer sino también del hombre con la misma importancia.

Según PACHECO, el acto humano sale de la voluntad del hombre y está directamente relacionado con su inteligencia.²⁸¹ El autor hace una clasificación entre los actos realizados por el ser humano. La primera clasificación es la de los actos naturales que son aquellos sobre los cuales no se tiene total control como por ejemplo la respiración. Los actos del hombre son aquellos no realizados

²⁷⁸Cfr: M. PACHECO G., *Teoría del Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993. Pp. 17-18.

²⁷⁹Cfr: *Ibid*, pp. 18.

²⁸⁰Cfr: *Ibid*, pp. 26-27.

²⁸¹Cfr: *Ibid*, pp. 32-34.

voluntariamente como por ejemplo los actos de sonambulismo. La tercera son los actos violentos, aquellos que el hombre realiza por una coacción exterior que lo obliga a actuar en contra de su voluntad. En contraste con los expuestos, los actos humanos son aquellos que el hombre realiza usando sus facultades racionales. La persona es dueña de estos actos y responsable, ya que es parte de la manifestación de su dignidad.²⁸²

En los actos humanos el autor explica la distinción entre actos internos que son dentro de la psiquis de la persona, y actos externos o acciones. Las acciones son corporales y vinculan a la persona con el medio objetivo. Los actos humanos tienen tres elementos: El primer elemento es el elemento cognoscitivo. Implica que la persona sabe lo que está haciendo, y conoce el aspecto moral del acto; El segundo elemento es el volutivo. Quiere decir que el hombre quiere realizar el acto, y conoce el fin del acto. Uno de los impedimentos al actuar libre que implica este elemento son las pasiones. El autor describe a las pasiones como perturbaciones del ánimo de la persona que se producen por afectos intensos y permanentes. Estos confunden a la razón adecuada y desvían la voluntad. Si son voluntariamente aceptadas o fomentadas aumentan la responsabilidad de la persona. Por último, está el elemento ejecutivo según el cual se hace efectivo a través de un acto externo.²⁸³

El involucrarse en una relación sexual es un acto humano, ya que cumple con todas estas características. Se podría intentar argumentar que entra en la categoría de las pasiones, es decir, que el hombre no actúa del todo libre. Sin embargo, esta afirmación implicaría afirmar que el ser humano es un animal sin control sobre su cuerpo, lo que es un error, ya que la capacidad de controlar nuestros instintos nos diferencia evidentemente de los animales. En todo caso, estaríamos frente a una pasión voluntariamente aceptada o fomentada, como explica Pacheco, en la cual el hombre es absolutamente responsable de sus actos.

²⁸²Cfr: Ibid, pp. 32-34.

²⁸³Cfr: Ibid, pp. 32-34.

PACHECO explica sobre la responsabilidad que el hombre es dueño de sus actos, por ende le son imputables y es responsable de los mismos ante los demás. La responsabilidad es la consecuencia favorable o no que tiene una persona que ha realizado un acto libre.²⁸⁴ Toda acción tiene un efecto positivo o negativo en la sociedad en donde vive la persona que la realiza, por esta razón la sociedad retribuye en una especie de pena o de mérito. Sin embargo, es importante notar que no todos los actos van acorde a una comunidad política, por lo tanto no todos son meritorios o no, pero mientras vivamos en un mundo somos responsables de los mismos. El hombre es responsable de sus decisiones libres, ya sean acciones u omisiones ya que las consecuencias de ambas son igualmente importantes.²⁸⁵

Un aspecto muy importante a considerar es que el hombre no solamente es responsable de lo que busca directa o inmediatamente con su decisión, sino que también de los efectos mediatamente perseguidos ya que son parte de su intención. Incluso es responsable de los efectos no queridos ya que pueden ser previsibles bajo esa decisión. Muchas veces, inclusive, el hombre con acciones buenas produce efectos negativos que aunque no fueren queridos también son responsabilidad del actor.²⁸⁶

Ya que el ser humano actúa con libertad es responsable de sus actos.²⁸⁷ Así como el hombre y la mujer escogen libremente el involucrarse en una relación sexual, son responsables por este acto y sus consecuencias. Como observamos, actuar de manera libre es actuar de manera responsable sobre las consecuencias de nuestras acciones. Terminar un embarazo de la forma “más fácil y rápida” no es necesariamente la solución más responsable si no se está tomando en cuenta los derechos de los demás y al futuro ser humano que ha sido creado.

²⁸⁴Cfr: Ibid, pp. 34-35.

²⁸⁵Cfr: Ibid, pp. 34-35.

²⁸⁶Cfr: Ibid, pp. 34-35.

²⁸⁷Cfr: Ibid, pp. 35.

Como revisamos, el artículo 66 numeral 9 de la Constitución reconoce y garantiza a las personas el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y **responsables** sobre su sexualidad, vida y orientación sexual.²⁸⁸ En este artículo es muy importante notar que las personas tienen libertad sexual, sin embargo, parte del derecho es que las decisiones sean tomadas de manera responsable. Como explica PACHECO, el hombre es dueño de sus actos y por esta razón actúa con libertad y de la misma forma es dueño de la consecuencia de los mismos por lo tanto debe ser responsable al momento de actuar.²⁸⁹ Hombre o mujer son dueños de la decisión que los lleva a ser parte de una relación sexual, y dueños ambos de las consecuencias como por ejemplo un embarazo. Tanto hombres como mujeres somos responsables del que está por nacer, su supervivencia y de velar por sus derechos presentes y futuros.

Consideremos que hoy en día la libertad sexual de la persona es mucho más amplia que en el pasado. Hoy, una persona puede ser parte de cuantas relaciones sexuales quiera y sin riesgo de quedar embarazada en caso de la mujer o embarazarse a alguien en caso del hombre. Ambos pueden actuar a su parecer y usar la gran cantidad de métodos anticonceptivos de distintos tipos que hay a disposición en el mercado. De esta manera pueden actuar siendo responsables de sus actos y previniendo consecuencias no deseadas y la utilización de medios abortivos que vulneren derechos del otro, del no nacido, o intereses de la sociedad.

El artículo 66 numeral 10 de la Constitución ya revisado establece que se reconoce y garantiza a las personas el derecho a tomar decisiones libres, **responsables** e informadas sobre su salud y en su vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántos hijos tener.²⁹⁰ Como mencioné con anterioridad, existe una gran cantidad de métodos anticonceptivos. Estos ayudan a tomar la decisión de en qué momento concebir o no. Decisión que toman responsablemente tanto hombres

²⁸⁸Supra.

²⁸⁹Supra.

²⁹⁰Supra.

como mujeres. Esto permite que todas las personas tengan absolutamente garantizada la libertad de decidir cuándo procrear. El momento de participar de una relación sexual no protegida tanto hombre como mujer están tácitamente aceptando la posibilidad de un embarazo. Estos derechos son garantizados a todas las personas en nuestro país sin distinción de género, hombre y mujer tienen derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener, con mayor razón cuando el que está por nacer ya ha sido concebido. Si en el abstracto se puede tomar la decisión de concebir y ser padre o madre, en un caso concreto en que mediante el acto no protegido se concibe a un niño, el nacimiento de esa criatura implica que ambos tomaron la decisión de ser padres. Si un hombre toma la decisión de ser padre cuando el niño ya ha sido concebido esta decisión debe ser amparada bajo este derecho.

Bajo la lógica de CORRAL, en la cual la maternidad y la paternidad son derechos y no obligaciones²⁹¹, un hombre tampoco debería estar obligado a la paternidad. Es decir, un hombre que no deseaba ser padre no debería ser obligado al pago de alimentos ya que él no quería tener esa responsabilidad en su vida. Sin embargo, para proteger al no nacido y a la mujer embarazada se obliga al hombre al pago de alimentos desde la concepción. Observamos que se pelea por la igualdad de condiciones para hombres y mujeres, esa igualdad significa que tanto hombres como mujeres tengan la posibilidad de decidir si ser o no padres. De la misma forma significa que cuando no quieran esa paternidad pero el otro progenitor involucrado sí quiera ser padre o madre, el que no desea involucrarse en la crianza de su hijo tendrá que involucrarse por lo menos en el pago de alimentos. Las mujeres también pueden pagar una pensión alimenticia y los hombres también pueden criar hijos solos. Maternidad es un derecho y no una obligación, pero al pensar que paternidad también es un derecho nos damos cuenta que decir que no es una obligación no es un concepto absoluto, ya que debemos tomar en cuenta los derechos del padre del futuro niño y el interés de proteger a esa potencial persona. Ser madre no es dar a luz a un hijo, ser madre es responsabilizarse por el resto de la

²⁹¹Supra.

niñez y adolescencia de la vida del niño que nace. De esta forma, nadie puede obligar a la mujer a ser madre, ella puede dar a luz al niño y dárselo al padre, así el derecho del hombre es efectivo y el interés de proteger al que está por nacer se cumple.

Desde el punto de vista de CORRAL, la maternidad y paternidad son derechos y no obligaciones, por lo tanto nunca se puede forzar estas elecciones a una persona. De esta manera al privar a las personas de medios como la pastilla del día después para impedir el embarazo se está violando derechos sexuales y reproductivos a hombres y mujeres.²⁹² VALENCIA ZEA y ORTIZ tienen un punto de vista relacionado al considerar que la mujer debe ser libre de abstenerse y no puede ser obligada a ser madre ya que esto violaría un derecho fundamental de la personalidad que es “*la maternidad debe ser libre*”.²⁹³ La vida del no nacido debe ser protegida, salvo la excepción de interrupción del embarazo para proteger los derechos de la mujer.²⁹⁴ Como revisamos anteriormente, hay mucho métodos que ayudan a la mujer a no ser madre en contra de su voluntad y nadie le está privando del uso de los mismos. Tanto hombres como mujeres tienen derecho al acceso a una información adecuada sobre sexualidad y sobre métodos anticonceptivos que los lleven a tomar la decisiones responsables de acuerdo a lo que ellos decidan y busquen en determinado momento.

La mujer goza de los mismos derechos que el hombre. El problema está en que ambos pueden querer ejercer derechos contrapuestos al mismo tiempo y en ese caso deberán tomarse en cuenta derechos que el otro no tiene. En este caso los derechos sexuales y reproductivos, los tienen tanto hombres como mujeres por igual. Los derechos en los que difieren hombres y mujeres en relación al aborto son el derecho a la libertad que tiene la mujer sobre su cuerpo, ya que será ella la que tenga que llevar en su vientre a un futuro ser humano durante aproximadamente

²⁹²Cfr: M. E. CORRAL, op. cit., pp. 113.

²⁹³Cfr: A. VALENCIA ZEA Y Á. ORTIZ MONSALVE, op. cit., pp. 315.

²⁹⁴Cfr: Ibid. pp. 315.

nueve meses. Según GHERSI, el lugar donde se encarna la persona física es su cuerpo. Por lo tanto, sólo la persona ejerce potestad sobre sí misma, y está en condiciones de tomar decisiones que tengan que ver con su cuerpo.²⁹⁵ Por esta misma razón, tiene derecho a la salud física y mental que puede ser afectada por un embarazo complicado. En este caso podríamos decir que la salud mental del hombre también está en juego en la medida que se lo considere sin voz de decisión sobre el nacimiento de su futuro hijo según los estudios mencionados anteriormente.²⁹⁶ El derecho a la vida también debe ser considerado por derechos de salud llevados al extremo en caso de complicaciones graves del embarazo. Por último, los derechos a la privacidad y a la intimidad.

Los derechos del padre y de la madre son en su mayoría los mismos. Menos estos mencionados derechos que deben ser analizados que podrían ser limitados en determinadas circunstancias. El derecho a la libertad sobre su cuerpo no es tan fuerte como los derechos del padre y el interés de proteger a un potencial ser humano. El derecho a la intimidad, es el derecho según el cual una persona puede disponer de un ámbito privado protegido de perturbaciones externas, a no ser que haya motivos válidos que autoricen una intromisión.²⁹⁷ En el caso del aborto, se puede argumentar que nadie puede entrometerse en la vida privada de la mujer y cuestionar u objetar su decisión a abortar. Sin embargo, podríamos considerar que los derechos del padre y el interés de proteger la vida humana son un motivo válido de esta intromisión. Por último, los derechos que consideramos más importantes a analizar: salud y vida. No todos los embarazos comprometen la vida o salud de la madre ya que el cuerpo de la mujer está biológicamente preparado para llevar un niño en su vientre. La mayoría de embarazos llevan un curso normal y la vida y salud de la madre no se ven afectadas. Por esta razón se podría argumentar que los derechos del padre y el interés de proteger a un no nacido podrían ser más importantes y obligar a la mujer a llevar un embarazo, a no ser que la salud de la

²⁹⁵Cfr: C. A. GHERSI, op. cit., pp. 236.

²⁹⁶Supra.

²⁹⁷Cfr: Ibid, pp. 241.

madre esté comprometida. Hoy en día es muy fácil monitorear embarazos y controlar que no le causen ningún daño a la mujer. Por esta razón, el embarazo podría ser cuidado y si no afecta la salud de la madre seguir en su curso normal. El padre podría ejercer sus derechos y ser papá, una potencial persona podría ser salvada y la madre después del embarazo podría continuar su vida normal con la única obligación de pagar alimentos.

Analicemos que en muchos casos se ha considerado que se puede vulnerar las libertades de la madre para proteger a un no nacido aunque no se lo considere una persona o un ser humano, más aún si tiene alguna de estas consideraciones.

Como revisamos en el primer capítulo al tratar el artículo de CARRINGTON, existen muchos casos en que se valora más la salud o vida del feto que la libertad de la madre.²⁹⁸ En el mismo sentido se encuentra el Comité de Bioética de la *American Academy of Pediatrics* (Academia Americana de Pediatría) el cual explicó que hay ciertas situaciones en las que los médicos contradicen la voluntad de la mujer para proteger al no nato, aunque estos casos sean una excepción cuando la mujer con su decisión vaya a causar un daño irrevocable al *nasciturus*.²⁹⁹ Por su parte, el Comité de Ética del *American College of Obstetricians and Gynecologists* (Colegio Americano de Obstetricians y Ginecólogos) en casos en que la mujer embarazada rechaza el tratamiento o cirugía que se le ha diagnosticado y pone en peligro al no nato se recomienda orientación psicopedagógica y educación para convencer a la madre de seguir el consejo de su médico.³⁰⁰ En el caso *Unborn Baby Kenner* observamos que el juez obligó a que no se tomara en cuenta la voluntad de la mujer que se oponía a la cesárea, ya que consideró que el feto que estaba en término para nacer era un niño independiente y descuidado, y ordenó la cirugía.³⁰¹ Por último, en el ya mencionado caso *U.S. vs Vaughan*, la División Penal de la Corte Superior del Distrito de

²⁹⁸Cfr: Supra.

²⁹⁹Supra.

³⁰⁰Supra.

³⁰¹Supra.

Columbia, consideró que limitar la libertad de Brenda Vaughan sentenciándola a prisión a pesar de que el delito generalmente era castigado con libertad provisional, estaba justificado para proteger al feto ya que ella consumía drogas y le estaba haciendo daño.³⁰²

³⁰²Supra.

CAPÍTULO III

SITUACIÓN EN ECUADOR

3.1. Estatus Jurídico del *Nasciturus* en el Ecuador

La legislación Civil en el Derecho ecuatoriano es adoptada de Chile del código de Andrés Bello. En enero de 1861 entró en vigencia casi el mismo Código Civil chileno con pequeñas variaciones, código que sigue vigente hasta la actualidad.³⁰³ A su vez, Bello se basó en el Código Napoleónico y en el Derecho Romano.³⁰⁴

Este código “*utiliza el término persona como sinónimo de sujeto de Derecho*”³⁰⁵, y establece que son personas los seres humanos. Por lo tanto, todo ser humano es persona natural.³⁰⁶ Según esta norma, el nacimiento es el principio de la existencia legal de la persona. Por otro lado, el *nasciturus* no es un sujeto derecho pero es protegido legalmente ya que es una potencial vida humana y por esta razón se establecen normas para su protección, por ejemplo, la penalización del aborto.³⁰⁷

Nuestro código adopta la teoría de la ficción al proteger los derechos patrimoniales del no nacido que quedan suspensos hasta el nacimiento, pero al nacer es titular de los mismos retroactivamente al momento en que le correspondieron

³⁰³Cfr: S. MERLYN SACOTO, “Consideraciones acerca del Inicio de la Persona Natural en el Derecho Ecuatoriano”, En *Persona: Revista Electrónica Mensual de Derechos Existenciales*, Número 34, 2004, Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona34/34Merlyn.htm>, [Última visita: 10 de noviembre de 2010].

³⁰⁴Cfr: Ibid.

³⁰⁵Cfr: Ibid.

³⁰⁶Cfr: Ibid.

³⁰⁷Cfr: Ibid.

aunque en ese entonces no era sujeto de derecho. Si la criatura no nace con vida entonces se reputa que nunca existió.³⁰⁸

Desde 1945 hasta 2008 las constituciones han protegido la vida del concebido.³⁰⁹ Así por ejemplo, el 10 de agosto de 1979, entró en vigencia una constitución que en su artículo 23, protegía al hijo desde la concepción.³¹⁰

El artículo 60 del Código Civil, el cual establece que el inicio de la existencia legal de la persona comienza con el nacimiento como veremos más adelante, no fue reformado, pero fue derogado tácitamente por la Constitución de 1998 y más adelante con el Código de la Niñez y Adolescencia en el 2003.³¹¹ Ya que la Constitución de 1998 garantizaba la vida desde la concepción y ponía un final a la discusión sobre el inicio de la existencia legal de la persona.³¹² Sin embargo, la autora duda de que realmente esa haya sido la intención del legislador, ya que esa decisión significaba alejarse de la doctrina de Andrés Bello que habíamos seguido siempre en nuestro país.³¹³

La Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 en su artículo 49 establecía al hablar de los niños y adolescentes: “*El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción*”³¹⁴ (las negritas son mías). Hablaba de la protección a los niños desde el momento de la concepción y de esta manera, el *nasciturus* estaba tratado como niño y protegido como tal. Por esta razón, el aborto no era una opción legal en nuestro país, salvo dos excepciones contempladas en el Código Penal, que serán mencionadas más adelante. A pesar de que esta constitución no está vigente en nuestro país, la mayoría de normas vigentes están hechas acorde a la misma y por lo tanto reúnen este criterio.

³⁰⁸Cfr: Ibid.

³⁰⁹Cfr: L. PARRAGUEZ RUIZ, op. cit., pp. 40-52.

³¹⁰F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Tomo I, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2008, pp. 199.

³¹¹Cfr: S. MERLYN SACOTO, op. cit.

³¹²Cfr: Ibid.

³¹³Cfr: Ibid.

³¹⁴Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. 1. 11-08-1998, artículo 49.

FARITH SIMON concuerda con Merlyn en el sentido de no estar seguros de que esta era la intención de los constituyentes. Según SIMON, este artículo habla del derecho a la vida desde la concepción, pero no del *nasciturus* como un ser humano. El Tribunal Constitucional en su resolución sobre la pastilla del día siguiente, que analizaremos más adelante, concluye así al tomar el hecho de ser humano como requisito para tener derechos. Sin embargo, SIMON considera que hoy en día esto no es un requisito ya que se concedió derechos a la naturaleza.³¹⁵

El Código de Niñez y Adolescencia protege a todo ser humano desde su concepción hasta que cumpla la mayoría de edad. Más adelante establece que los niños tienen **derecho a la vida desde su concepción** y es obligación del Estado, la sociedad y la familia protegerlos. Según MERLYN, esta es una de las normas más importantes en el Derecho de las personas en nuestro país en los últimos dos siglos. Si la Constitución dejaba alguna duda sobre el alcance de su norma, este código no deja dudas al respecto.³¹⁶ Si se tiene derechos desde la concepción, quiere decir que se es sujeto de derechos desde ese momento.³¹⁷

A raíz de esta norma es importante notar que el *nasciturus* tiene derechos patrimoniales y extra-patrimoniales (personalísimos o existenciales). Los derechos patrimoniales están subordinados al nacimiento con vida según el Código Civil, sin embargo, los derechos extra-patrimoniales no están subordinados pero debe ejercitarlos a través de un representante.³¹⁸

MERLYN, se cuestiona si de acuerdo al alcance de la norma del Código de Niñez y Adolescencia, no significa que en el Ecuador nos alejamos de la forma de

³¹⁵Cfr: F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Tomo II, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2009, pp. 46.

³¹⁶Cfr: S. MERLYN SACOTO, *op. cit.*

³¹⁷Cfr: *Ibid.*

³¹⁸Cfr: *Ibid.*

pensar de Bello para adoptar la forma de pensamiento de Vélez Sárfield que es notablemente distinta.³¹⁹

Al respecto, RABINOVICH-BERKMAN opina que aunque el artículo 60 del Código Civil de nuestro país establece que el nacimiento fija el comienzo de la existencia legal, concepto que sostenía Andrés Bello, en 1998 con el artículo 49 de la Constitución se cambió esta protección para reconocer la personalidad jurídica desde la concepción concepto que estaba acorde al Pacto de San José. De esta forma, argumenta que el *nasciturus* era considerado persona en nuestra legislación cuando esta Constitución estaba vigente, y esto derogaba la concepción del Código Civil. Cuando el Código de la Niñez y Adolescencia adoptó esta misma postura, protegiendo a todo ser humano desde la concepción a los dieciocho años y establece que los niños tienen derecho a la vida desde la concepción, el tema de la personalidad jurídica del no nato queda absolutamente claro. Según esta Constitución y el Código de la Niñez y Adolescencia, de acuerdo a la maternidad y paternidad responsables, y aunque exista el derecho de las personas a decidir sobre el número de hijos que puedan procrear, el aborto no era un alternativa en nuestro país ya que viola los derechos humanos del no nato.³²⁰

Por último, es interesante notar que en el Ecuador a pesar de existir centros de Técnica de Reproducción Asistida y de realizarse procedimientos de fertilización *in vitro* diariamente no hay una regulación explícita sobre el inicio de la existencia de la persona en estos casos. La práctica común en estos centros es que se implantan tres embriones, pero para esto se fertilizan diez óvulos. Según MERLYN, si los padres no cubren los gastos y expresan su voluntad de mantener el resto de óvulos fertilizados estos son destruidos.³²¹

³¹⁹Cfr: Ibid.

³²⁰Cfr: R. D. RABINOVICH-BERKMAN, “Ius Congelandi: Reflexiones ante la nueva Potestad de Vida y Muerte: Los derechos paternos frente al embrión en la República del Ecuador, hoy”, En *Persona: Revista Electrónica Mensual de Derechos Existenciales*, Número 22, 2003, Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona22/22Rabinovich.htm>, [Última visita: 30 de noviembre de 2010].

³²¹Cfr: Ibid.

En el año 2000 se presentó al Congreso Nacional un proyecto de Ley de la Familia que proponía normas sobre las Técnicas de Reproducción Asistida. Este proyecto presentaba normas en las cuales se podía utilizar las Técnicas de Reproducción Asistida para solucionar problemas de esterilidad pero no para buscar determinadas características en el concebido, a no ser que se esté tratando de evitar una enfermedad grave. Por otro lado, esta ley garantizaba el derecho a la intimidad y a la identidad del concebido mediante el manejo adecuado de los datos.³²²

Del proyecto nacían ciertos problemas, por ejemplo qué se debía hacer con los embriones que sobraran en el laboratorio. Sin embargo, considera MERLYN que el proyecto podía servir de base para una norma adecuada para cubrir estos vacíos legales que permiten abusos al concebido. La autora opina que en este tema debería adoptarse el concepto de que si no está permitido expresamente entonces está prohibido dado a la relevancia social y al interés de la sociedad en el tema.³²³

Por último, en relación con el tema de la protección antes del nacimiento, cuando se trata de métodos de reproducción asistida, hay normas en la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células que nos ayudan a entender la forma en que se debe proteger a los embriones en estas circunstancias. Revisaremos esta ley más adelante.³²⁴

Constitución de la República del Ecuador

La situación legal del *nasciturus* en el Ecuador no ha cambiado, sin embargo, la nueva constitución de nuestro país trajo a discusión este importante tema. El artículo 45 de la constitución vigente establece que “*el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción*”.³²⁵ Este artículo fue muy debatido en su elaboración, ya que se cuestiona si garantiza la vida al no nacido desde el

³²²Cfr: Ibid.

³²³Cfr: Ibid.

³²⁴Ver pies de página número 221 a 223.

³²⁵Constitución de la República del Ecuador. R.O. 449. 20-10-2008, artículo 45.

momento de la concepción o si solamente otorga protección al mismo desde ese momento. Notaremos que el artículo habla de que el Estado garantizará la vida, pero puede entenderse de dos maneras por la forma en que está escrito. La primera interpretación es que la garantía de la vida se da desde el momento de la concepción y esto es el resultado de la protección y cuidado. La segunda forma de entenderlo es que la protección y el cuidado desde la concepción son otra parte de la oración, y por lo tanto no son parte de la garantía a la vida. De esta manera no está claro si la constitución vigente mantiene la situación jurídica del *nasciturus* y así la protección al mismo, por ejemplo en la prohibición al aborto, o abre la puerta a que cambie la situación del *nasciturus* y el aborto sea una opción legal para la mujer.

Según FARITH SIMON, este artículo elimina el reconocimiento del *nasciturus* como sujeto de derechos al cambiar el derecho a la vida desde la concepción contenido en la Constitución de 1998, por el cuidado y protección desde la concepción contenido en este artículo que se encuentra vigente.³²⁶

El artículo 44 establece:

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y **sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.**³²⁷ (las negrillas son mías)

Si se mantiene la forma de ver al *nasciturus* de la constitución anterior, en el cual el no nato es considerado como un niño, los derechos del concebido deberían prevalecer sobre los de las demás personas. Haciendo imposible que se legalice el aborto. Si no se mantiene esta consideración del no nacido, este artículo no se aplica para el que está por nacer.

³²⁶Cfr: F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Tomo I, 2008, pp. 209.

³²⁷Constitución de la República del Ecuador. R.O. 449. 20-10-2008, artículo 44.

Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño fue redactada teniendo en cuenta que el niño necesita protección y cuidado, inclusive cuidado legal tanto antes como después de nacer según su preámbulo.³²⁸ El preámbulo sin ser una norma de *ius cogens* obligatoria para los países que participan de esta convención, ayudará a entender e interpretar el contenido de la misma, según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el artículo 31.³²⁹

Durante la preparación de la convención hubo problemas entre los Estados en ponerse de acuerdo desde cuándo se debe garantizar el derecho a la vida. En una posición se encontraban los países islámicos y católicos que protegían la vida desde la concepción. Por otro lado, los países nórdicos, asiáticos y los ex países socialistas quienes le dan a la mujer la opción de abortar. Por esta razón, a pesar de lo que analiza el preámbulo, el artículo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño fue redactado en una forma muy neutral.³³⁰ Éste establece que se entiende por niño a “*todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*”.³³¹ Como podemos ver no marca el momento en que inicia la consideración de niño y la protección al derecho a la vida, al mismo tiempo que tampoco fija un momento exacto para alcanzar la mayoría de edad, sugiere una edad y después deja a discreción de cada país quiénes son los sujetos protegidos.³³² Sin embargo, sin establecer estos momentos establece en su artículo seis “*que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida*”.³³³

Por esta razón, los países como en el Ecuador en que está vigente esta convención deben fijar en qué momento comienza la existencia del niño, y por lo

³²⁸Cfr: Convención sobre los Derechos del Niño. R.O. Sup. 153. 25-11-2005, preámbulo.

³²⁹Cfr: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. R.O. 6. 28-4-2005, artículo 31.

³³⁰Cfr: F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Tomo I, pp. 94-96.

³³¹Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 1.

³³²Cfr: F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Tomo I, pp. 99-102.

³³³Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 6.

tanto, desde ese momento proteger el derecho a la vida.

Convención Interamericana de Derechos Humanos

El artículo 4 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos trata el derecho a la vida, numeral 1: *“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.”*³³⁴ (las negrillas son mías) Este numeral, a pesar de tratar el derecho más importante del ser humano, tiene una escritura ambigua. Evidentemente protege la vida. Pero al momento de fijar desde qué momento usa las palabras “en general”. Por esta razón, se puede considerar que tampoco protege la vida desde la concepción ya que deja a discreción de cada país establecer desde qué momento se protege la vida.

La Comisión, como veremos más adelante, aclara que es distinto el concepto de que la vida se proteja en general desde la concepción a que se proteja la vida desde el momento de la concepción como algo absoluto. Es interesante pensar que Ecuador fue una de las delegaciones que votó para que se eliminara esa frase dejando así la protección al no nacido como algo definitivo.³³⁵

Código Civil

Como mencionamos anteriormente, el Código Civil del Ecuador en su artículo 41 establece: *“Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición.”*³³⁶ Más adelante, trata sobre el principio de la existencia de las personas, en el artículo 60, según el cual el nacimiento marca el principio de la existencia legal de las personas, el momento en que el niño es separado completamente de su madre. Si el que está por nacer muere antes de estar

³³⁴Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. R.O. 801. 6-8-1984.

³³⁵Cfr: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 2141 denominado Baby Boy.

³³⁶Código Civil (Ecuador). R.O. Sup 46. 24-06-2005, artículo 41.

completamente separado de su madre, se reputa que nunca existió. Sin embargo, es importante notar que en caso de duda se presume que el niño nació con vida.³³⁷

El artículo 61 del mismo cuerpo legal establece que la ley protege la vida del que está por nacer, por esta razón, el juez debe tomar en cuenta todas las peticiones de cualquier persona para proteger la existencia del no nacido.³³⁸ Un aspecto muy importante a considerar se encuentra en el artículo 63 de este código, el cual establece que los derechos del *nasciturus* quedan suspensos hasta que nazca. Como el nacimiento marca el principio de la existencia en ese momento el recién nacido comienza a gozar de dichos derechos como si hubiera existido cuando le correspondieron. Si el niño no nace con vida, es como si nunca hubiera existido y los derechos pasan a otras personas con ese supuesto.³³⁹

A pesar de que el Código Civil establezca que es con el nacimiento comienza la existencia legal de la persona, éste código está subordinado a la Constitución vigente, por lo tanto, de ésta depende la situación jurídica del que está por nacer. Por otro lado, MERLYN y RABINOVICH-BERKMAN expresan un punto de vista interesante sobre la concepción que tiene el Código de Civil sobre el *nasciturus*. Según ambos autores, como mencionamos anteriormente, la Constitución de 1998 derogó tácitamente los artículos de Código Civil que establecen que el no nacido comienza su existencia legal únicamente con el nacimiento.³⁴⁰ Sin embargo, nunca se tomó en cuenta esta posibilidad y las normas siguen vigentes, por esta razón, ahora es necesario ver qué establece la Constitución del 2008 para interpretarlas.

Código de Niñez y Adolescencia

El Código de la Niñez y Adolescencia, en su artículo segundo, establece que los sujetos bajo su protección son todo ser humano desde la concepción hasta los

³³⁷Cfr: *ibid*, artículo 60.

³³⁸Cfr: *ibid*, artículo 61.

³³⁹Cfr: *ibid*, artículo 63.

³⁴⁰*Supra*.

dieciocho años de edad.³⁴¹ Como podemos ver, este código considera que se trata de un ser humano desde el momento de la concepción al igual que la Constitución de 1998. Desde ese momento otorga protección a los niños. Es decir, la vida que protege esta norma comienza con la concepción.

El artículo doce de este cuerpo legal establece:

En la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran. Se dará prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años. **En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás.**³⁴² (las negrillas son mías).

Siendo el *nasciturus* un niño menor de seis años, según este código, también debe ser considerado como prioridad en la formulación de políticas públicas. Por otro lado, sus derechos deben prevalecer sobre los derechos de los demás.

El artículo 14 de este código establece que se debe hacer la interpretación y aplicación más favorable de la ley para el niño.³⁴³ Es decir, si en algún momento alguna disposición no está clara debe aplicársela de acuerdo a lo que más favorezca al niño. Tomando en cuenta que este código considera que se trata de niños desde la concepción, significa que cualquier disposición que se encuentre en duda debe ser aplicada a favor del *nasciturus*. Este principio podría utilizarse en la interpretación y aplicación del artículo 45 de la Constitución vigente de nuestro país.

El artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia dice sobre el derecho a la vida:

³⁴¹Cfr: Código de la Niñez y Adolescencia. R.O. 737. 3-01-2003, artículo 2.

³⁴²Ibid, artículo 12.

³⁴³Ibid, artículo 14.

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.³⁴⁴ (las negrillas son mías)

De acuerdo con el artículo anterior, el *nasciturus* es un niño y su derecho a la vida es absoluto desde la concepción. Este artículo es importante al ser considerado por el Tribunal Constitucional en la resolución sobre la pastilla del día siguiente como pauta para determinar desde qué momento comienza la protección a la vida como veremos más adelante.³⁴⁵ Por otro lado, FARITH SIMON considera que este artículo establece que los niños tienen derecho a la vida desde su concepción, pero señala que es importante considerar la diferencia de criterio con la Constitución vigente.³⁴⁶

El artículo 23 del Código de Niñez y Adolescencia establece que debe existir una protección prenatal. De acuerdo a esta protección, cuando una mujer embarazada debe recibir una pena privativa de la libertad, ésta debe ser sustituida por medidas cautelares adecuadas al caso hasta noventa días después del parto. Si esto no se hiciera, se sancionará a la persona que tome esta decisión.³⁴⁷ Por otro lado, el embarazo y parto deben recibir atención del sector público y las instituciones de salud.³⁴⁸ Estas son formas de protección al no nacido.

³⁴⁴Ibid, artículo 20.

³⁴⁵Cfr: Tribunal Constitucional (Ecuador) Resolución No 14, de 23 de mayo de 2006, en el caso No. 0014-2005-RA, *José Fernando Rosero Rhode contra el Director del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Leopoldo Izquieta Pérez" y el señor Ministro de Salud Pública*.

³⁴⁶Cfr: F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales* Tomo II, pp. 42-43.

³⁴⁷Cfr: Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 23.

³⁴⁸Cfr: Ibid, artículo 25.

Según los artículos 26 y 27 de este código y tomando en cuenta el criterio de los artículos anteriores, los niños desde la concepción tienen derecho a una vida digna que incluye los debidos cuidados de salud.³⁴⁹

Recordemos que según MERLYN, las normas de este código no dejaban duda de que el *nasciturus* tiene derechos desde la concepción, durante la vigencia de la Constitución de 1998. Sin embargo, como menciona SIMON, ahora se debe interpretar esta ley de acuerdo a la Constitución vigente.

Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células

La Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en su artículo 48 inciso primero establece que la Autoridad Sanitaria Nacional “*creará, autorizará y regulará el funcionamiento de banco de tejidos, progenitores no embrionarios ni fetales, hematopoyéticos y células no embrionarias ni fetales.*”³⁵⁰ (las negrillas son mías) El artículo 52 de la misma ley habla sobre las células hematopoyéticas. Pueden realizarse “*tratamientos con células progenitoras, no embrionarias ni fetales, hematopoyéticas provenientes de la médula ósea, sangre periférica y cordón umbilical para el tratamiento de patologías, cuya eficacia haya sido comprobada y sean debidamente autorizados por la Autoridad Sanitaria Nacional.*”³⁵¹ (las negrillas son mías) Por último, el artículo 53 del mismo cuerpo legal trata el tema de las células madre excluyendo la aplicación, manipulación con fines de investigación, y terapia con células madre embrionarias y fetales.³⁵²

³⁴⁹Cfr: Ibid, artículo 26 y 27.

³⁵⁰Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células. R.O. 398. 04-03-2011, artículo 48.

³⁵¹Cfr: Ibid., artículo 52.

³⁵²Cfr: Ibid., artículo 53. “*La Autoridad Sanitaria Nacional controlará y regulará el uso, investigación y aplicación de células madre adultas, provenientes de sangre, cordón umbilical del recién nacido, médula ósea, o cualquier otro componente anatómico adulto de donde se obtenga. Se excluye la aplicación de células madres embrionarias y fetales.*

Toda nueva terapia con células madre adultas, no embrionarias ni fetales, que se quiera aplicar en el país, deberá contar con la aprobación de la Autoridad Sanitaria Nacional y ser aceptada por los organismos mundiales de salud de los que el Estado ecuatoriano sea parte.

La manipulación de células madre con fines de investigación, estará permitida siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos: a) Exista la autorización expresa de la autoridad competente; b) No existan fines de lucro; c) Exista el

Estos artículos son muy importantes, ya que el proyecto de ley presentado por la Asamblea Nacional, al Presidente de la República, no excluía las células embrionarias y fetales en estos artículos. El Presidente, en su objeción parcial, hizo cambios al artículo 53 de esta ley, excluyendo las células embrionarias y fetales, recordando que el artículo 45 de la Constitución protege la vida desde la concepción. Según el Presidente RAFAEL CORREA, utilizar las células madres embrionarias y fetales significa destruir el embrión del cual se obtienen las células, y nada justifica el uso y destrucción de embriones humanos. El Presidente también sugirió que en el artículo 52 se aumente la frase “*no embrionarias ni fetales*” para que no quedara duda de que sólo se permite el uso de células madre adultas.³⁵³

Este punto de vista nos da una pauta sobre el alcance del artículo 45 de la Constitución, no sólo porque el Presidente hizo esta acotación, sino porque la Asamblea Nacional promulgó la ley con estos cambios y así acogió este criterio.

Código Penal

El Código Penal prohíbe el aborto en su generalidad en el artículo 441 y siguientes. El artículo 447 establece las dos excepciones en las cuales el aborto es permitido en nuestro país. El primer caso es el llamado aborto terapéutico, el cual se realiza cuando la vida o la salud de la madre están en peligro y no se puede evitar por otro medio este peligro. El segundo es el aborto eugenésico, éste se practica cuando por violación o estupro una mujer idiota o demente ha quedado embarazada.³⁵⁴

Este código protege al *nasciturus* de tal manera que antepone su protección a

consentimiento informado de la o el donante y la o el receptor; d) No se trate de células madre embrionarias y fetales; y, e) Las demás que señale el respectivo reglamento.”

³⁵³R. CORREA DELGADO, Objeción Parcial al Proyecto de Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, 02-02.2011.

³⁵⁴Cfr: Código Penal (Ecuador). R.O. Sup. 147. 22-01-1971, artículo 447.

los derechos de la madre. Por esa razón, castiga el aborto en su generalidad como un delito. Las dos excepciones son casos extremos en los cuales se consideró que se podría vulnerar esta protección por valores superiores, como por ejemplo la vida de la madre.

En el Ecuador, al igual que notamos en las leyes argentinas, aunque se castiga el aborto dentro de los delitos contra las personas, contra la vida, la pena es menor a la pena establecida para el homicidio o el asesinato. Mientras en el aborto la pena es de hasta seis años en general si del aborto no resulta la muerte de la madre, hasta dieciséis si el responsable es un médico, en el homicidio la pena es de hasta doce años, y siendo asesinato hasta veinticinco años, siendo evidente la diferente valoración a la vida humana antes del nacimiento y después.³⁵⁵

Según CRIOLLO, si bien es cierto que es necesario el nacimiento para que la muerte de la persona se penalice como homicidio, esto se debe únicamente a razones históricas, ya que cuando se configuró el tipo penal de aborto el conocimiento científico no permitía que se proteja al no nacido de otra manera.³⁵⁶ Según el autor, aborto viene del latín y significa “no surgido” o “no nacido”. Considera que ya que el aborto se encuentre tipificado entre los delitos contra la vida, no hay necesidad de que exista el tipo porque matar al concebido es también que un hombre dé la muerte a otro, ya que lo importante es el bien jurídico protegido vida y no el nacimiento de la persona.³⁵⁷

Resolución del Tribunal Constitucional sobre la Pastilla del Día Siguiente

Se concedió la acción de amparo constitucional en contra del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical y del Ministro de Salud Pública, otorgando

³⁵⁵Cfr: Ibid, artículo 441 y siguientes.

³⁵⁶Cfr: G. A. CRIOLLO MAYORGA, op. cit.

³⁵⁷Cfr: ibid.

la suspensión de manera definitiva del otorgamiento del registro sanitario para la comercialización de la pastilla del día siguiente que se conoce como “Postinor 2”.³⁵⁸

Se propuso esta acción argumentando que esta pastilla puede terminar un embarazo estando evidentemente en contra de la constitución del Ecuador y leyes penales. Al hacer posible el aborto de un óvulo fecundado se atenta contra el derecho de seguridad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a nacer, crecer y a elegir. Según el actor, la pastilla del día siguiente no es un método anticonceptivo sino abortivo, ya que desde la fecundación ya existe una persona única con código genético distinto a la madre y se le está impidiendo la implantación en el útero a ese ser humano.³⁵⁹

De los análisis presentados ante el tribunal el mismo concluye que la fecundación o fertilización es la unión del espermatozoide con el óvulo y de ahí se forma el cigoto. El cigoto se implanta en el endometrio (capa interna del útero). Una vez que ocurre la implantación se habla de un embarazo. Muchas veces la fecundación no resulta en un embarazo porque no hay implantación de manera natural. La pastilla puede actuar en tres diferentes momentos. El primer momento es evitando la ovulación. El segundo evitando la fecundación. Y por último evitando la implantación. Sin embargo, si ya existe implantación no evita el embarazo y existe contraindicación al uso de la pastilla.³⁶⁰

Esta sentencia se dictó durante la vigencia de la Constitución de 1998, la cual se analizó anteriormente. Por esta razón, cita el artículo 49 de la misma el cual garantiza la vida desde la concepción. Además, se apoya en otras normas como en el Código de la Niñez y Adolescencia y el ya analizado artículo 20, y el artículo 148 que establece que “*La mujer embarazada tiene derecho, desde el momento de la concepción, a*

³⁵⁸Cfr: Tribunal Constitucional (Ecuador) Resolución No 14, de 23 de mayo de 2006, en el caso No. 0014-2005-RA, *José Fernando Rosero Rhode contra el Director del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Leopoldo Izquieta Pérez" y el señor Ministro de Salud Pública.*

³⁵⁹Cfr: *ibid.*

³⁶⁰Cfr: *ibid.*

alimentos para la atención de sus necesidades de alimentación..."³⁶¹. La sentencia le da importancia al artículo 20 ya que menciona que no existe en nuestra legislación una definición sobre en qué momento ocurre la concepción pero según el tribunal este artículo da una pauta.³⁶²

El tribunal no puede establecer que la concepción se produce en la fecundación del óvulo pero tampoco puede estar seguro de lo contrario. Por esta razón, los jueces realizan una interpretación favorable a la persona y al derecho a la vida de la norma del artículo 49 de la Constitución, por el artículo 18 inciso segundo de la mencionada constitución que dice que "*En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos*".³⁶³ El tribunal aplica el principio *pro homine* ante esta duda. En la interpretación que realiza el tribunal se expresa de la siguiente manera:

El juez constitucional debe realizar una interpretación que garantice la vida del ser humano, desde el momento mismo de su formación, y para ello, aún frente a la duda, asumir por prudencia que ella se produce desde la fecundación del óvulo, momento en que se transmite toda la información genética del ser humano, sin que ella pueda ser modificada en lo posterior. Visto de esta forma, se debe concluir que al actuar el medicamento POSTINOR - 2, en una de sus fases, como agente para impedir la implantación del cigoto, es decir, luego de fecundarse el óvulo, se atentaría contra la vida del nuevo ser humano.³⁶⁴

Como respuesta al argumento de que suprimir la pastilla atenta contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres la sala pondera valores de principios constitucionales y decide que el bien jurídico constitucional vida debe tener prioridad al valor de los derechos sexuales y reproductivos y la libertad

³⁶¹Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 148.

³⁶²Cfr: Tribunal Constitucional (Ecuador) Resolución No 14, de 23 de mayo de 2006, en el caso No. 0014-2005-RA.

³⁶³Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. 1. 11-08-1998, artículo 18.

³⁶⁴Tribunal Constitucional (Ecuador) Resolución No 14, de 23 de mayo de 2006, en el caso No. 0014-2005-RA.

individual.³⁶⁵ Ninguna persona puede disponer de su propia vida y peor de la vida ajena o sobre la del no nacido. Añaden que sin el derecho a la vida, los demás derechos no son posibles.³⁶⁶

La sentencia trata sobre los derechos difusos y explica que se está protegiendo el derecho a la vida, amparado por la constitución vigente en ese momento que en su artículo 23 numeral primero protegía el derecho a la vida de todas las personas no solamente de manera individual sino como parte de una colectividad. El amparo para la protección del derecho a la vida no se entiende como la afectación de la vida del demandante “*sino como la afectación al grupo de seres humanos no nacidos, y no cuantificables, que de manera inminente se ve amenazado por el consumo del producto*”.³⁶⁷ Por otro lado, para la protección de la vida del que está por nacer la ley permite a cualquier persona o al juez de oficio intervenir en su defensa como lo hace el ya analizado artículo 61 del Código Civil que establece que el juez debe tomar “*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*”.³⁶⁸ Por esta razón, el tribunal considera que sería absurdo que el máximo órgano de control constitucional del país no tome esta facultad cuando el objeto del control constitucional es que se asegure la eficacia de las normas constitucionales y no se violenten los derechos y garantías de las personas.³⁶⁹ Otro argumento del tribunal es el artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia que dice que los niños tienen derecho a la vida desde su concepción y es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar el alcance de este derecho.³⁷⁰ En este caso el Estado está representado en el juez constitucional y tiene la obligación de proteger la vida de un:

³⁶⁵Cfr: Ibid.

³⁶⁶Cfr: Ibid.

³⁶⁷Ibid.

³⁶⁸Supra.

³⁶⁹Cfr: Tribunal Constitucional (Ecuador) Resolución No 14, de 23 de mayo de 2006, en el caso No. 0014-2005-RA.

³⁷⁰Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 20.

Grupo indeterminable de seres humanos no nacidos, cuya protección por ellos mismos es imposible, es imperativo que el Estado asuma incondicionalmente esta protección garantizando el interés superior de los no nacidos, por lo que, al tratarse en este caso de la protección de un derecho difuso, -la vida desde su concepción.³⁷¹

Continúa la sentencia explicando que es un imperativo de la lógica y sentido común la legitimación activa de cualquier persona en la acción de amparo constitucional por un derecho difuso.³⁷²

La sentencia continúa explicando que existe un acto ilegítimo de la autoridad pública al inscribir el medicamento y conceder el registro sanitario de un producto que amenaza a causar daño a un grupo de seres humanos que no se puede cuantificar y va en contra del ordenamiento jurídico que protege la vida desde la concepción. Por esta razón, concede la acción de amparo.³⁷³

Caso Baby Boy en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La resolución No. 23/81 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 6 de marzo de 1981, el caso 2141 contra los Estados Unidos de Norteamérica, trata sobre los derechos del no nacido como lo comentamos anteriormente. En este caso Christian S. White y Gary K. Potter (Presidente de *Catholics for Christian Political Action*) interpusieron una petición en contra de Estados Unidos y el Estado de Massachusetts. Según los peticionarios la persona cuyos derechos humanos se violaron era un no nacido, denominado Baby Boy por las autoridades de Massachusetts, quien murió por un aborto realizado por el Doctor Kenneth Edelin.³⁷⁴ Los peticionarios argumentan que se le violó el derecho a la vida que se encuentra reconocido en la Declaración Americana de los Derechos y

³⁷¹Tribunal Constitucional (Ecuador) Resolución No 14, de 23 de mayo de 2006, en el caso No. 0014-2005-RA.

³⁷²Cfr: Ibid.

³⁷³Cfr: Ibid.

³⁷⁴Cfr: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución No. 23/81, del 6 de marzo de 1981, en el caso 2141 denominado Baby Boy.

Deberes del Hombre en su artículo primero: “*Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.*”³⁷⁵ Este derecho se encontraba aclarado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El artículo 4 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos trata el derecho a la vida, numeral 1: “*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.*”³⁷⁶

El caso se interpuso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a raíz de que la Corte Suprema Judicial de Massachusetts emitió un fallo absolutorio después de que el Doctor Edelin apeló al fallo que lo reconocía culpable de homicidio sin premeditación en el caso Commonwealth of Massachusetts vs Kenneth Edelin. Esto ocurrió porque la víctima era un niño de más de seis meses desde la concepción, y por lo tanto reunía las condiciones necesarias para la excepción protegible de los casos Roe vs Wade y Doe vs Bolton tratados anteriormente. Al impedir que se sancione al culpable el Estado de Massachusetts violó los derechos de Baby Boy.³⁷⁷

Según los peticionarios se violaron los derechos a la vida (artículo primero) y que todo niño tiene derecho a que su salud sea preservada, consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, comenzando cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos emitió los fallos de los casos Roe vs Wade y Doe vs Bolton. Según la petición, ambos casos prepararon el escenario jurídico para que se privara la vida de Baby Boy, por lo tanto estas decisiones son una violación a su derecho a la vida. Por otro lado, en la decisión Roe vs Wade la Corte Suprema de Estados Unidos sanciona la muerte arbitraria de fetos humanos

³⁷⁵Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 1948, artículo 1.

³⁷⁶Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. R.O. 801. 6-8-1984, artículo 4.

³⁷⁷Cfr: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución No. 23/81, del 6 de marzo de 1981, en el caso 2141 denominado Baby Boy.

durante los primeros seis meses de desarrollo. Como mencionamos al analizar ese caso, la mujer no puede decidir realizarse un aborto en cualquier momento.³⁷⁸

Estados Unidos argumentó que no se violaron las disposiciones del derecho a la vida de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Según su argumento, este derecho no se extiende a los que están por nacer, a pesar de que el proyecto presentado en 1948 expresaba: “*Toda persona tiene derecho a la vida, inclusive los que están por nacer, así como también los incurables, dementes y débiles mentales.*” Por otro lado, a pesar de que la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos intentaba ser un complemento a la Declaración, ésta es un tratado que no entró en vigor en Estados Unidos. Sin embargo, Estados Unidos interpreta el artículo 4 numeral 1 de la Convención en el sentido de que cada Estado decide el momento en que comienza la protección a la vida por la frase “en general” del mencionado numeral (“*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.*” (las negrillas son mías)).³⁷⁹

Por otro lado, Estados Unidos argumentó que con los casos mencionados se creó directivas constitucionales para que las leyes estatales regulen el aborto. Estas directivas no fueron establecidas de manera arbitraria.³⁸⁰

Al momento del juicio contra el Doctor Edelin, no existía en Massachusetts legislación sobre el aborto, y por esta razón, se lo acusó de homicidio sin premeditación. En los registros del caso no existía información sobre la razón por la cual la embarazada quiso realizarse el aborto o si existía alguna razón médica para que éste se lleve a cabo. Por otro lado, el Doctor Edelin consideró que por el

³⁷⁸Cfr: *ibid.*

³⁷⁹Cfr: *ibid.*

³⁸⁰Cfr: *ibid.*

tiempo de gestación del feto, que se encontraba entre veinte y veintidós semanas, éste no era viable.³⁸¹

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos resolvió que las decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos y de la Corte Suprema Judicial de Massachusetts, y los demás hechos en la petición no violaron los derechos mencionados de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.³⁸²

Según la Comisión el artículo primero de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, no tiene la intención de proteger el derecho a la vida desde la concepción, contrario a lo argumentado por los peticionarios. El haber incluido este concepto habría causado problemas con legislaciones internas de los países signatarios de la Declaración, ya que muchos de los mismos permitían el aborto en distintos casos: para proteger la vida de la madre, en casos de violación, para prevenir que una enfermedad se contagie al feto, por angustia económica, etc. Después de los distintos debates sobre qué concepto debía contener este artículo se optó por la redacción transcrita que en ningún lado contiene la protección desde el momento de la concepción.³⁸³ De igual manera, consideran que el numeral primero del artículo 4 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, tampoco protege la vida desde la concepción y por esta razón conscientemente se añadió la frase “en general”. La Comisión aclara que es distinto el concepto de que la vida se proteja en general desde la concepción a que se proteja la vida desde el momento de la concepción como algo absoluto. Es importante pensar que Ecuador fue una de las delegaciones que votó para que se eliminara esa frase dejando así la protección al no nacido como algo definitivo.³⁸⁴

³⁸¹Cfr: *ibid.*

³⁸²Cfr: *ibid.*

³⁸³Cfr: *ibid.*

³⁸⁴Cfr: *ibid.*

Sin embargo, a esta resolución existieron dos votos negativos cuyos criterios expuse anteriormente al tratar el *nasciturus* como persona.³⁸⁵

Doctrina

El Dr. JUAN LARREA HOLGUÍN define a las personas como “*seres capaces de tener derechos y obligaciones*”, por lo tanto la “*persona es todo sujeto de derecho*”.³⁸⁶ La personalidad jurídica se confunde con la capacidad de goce, sin embargo, no todo sujeto de derechos puede ejercer sus derechos directamente ya que para ejercerlos se necesita de la capacidad de ejercicio.³⁸⁷ Larrea Holguín analiza el artículo 41 del Código Civil que dice: “*Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Divídense en ecuatorianos y extranjeros.*” Según el autor, el hecho de definir a la persona natural como “*todos los individuos de la especie humana*”, refleja que el hombre es persona por su misma naturaleza y no porque se le sea reconocida esta calidad. El hecho de que se especifique a cualquier edad, sexo o condición le da fuerza a esta definición.³⁸⁸

LUIS PARRAGUEZ, por su parte, tiene un punto de vista distinto a Juan Larrea Holguín. PARRAGUEZ explica que la personalidad es la aptitud de poder tener derechos y contraer obligaciones, por lo tanto, persona es todo ser capaz de lo mismo. Sin embargo, este autor se encarga de aclarar que no es considerada persona la criatura que está en el vientre materno, porque no puede considerarse ser humano viviente. Según el autor, hay seres humanos vivos que no son considerados personas por el derecho y pone el ejemplo de que si se puede considerar como humano viviente este sería el caso de la criatura que está en el vientre materno. La personalidad es una condición inseparable del ser humano.³⁸⁹

³⁸⁵Supra.

³⁸⁶J. LARREA HOLGUÍN, *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998, pp. 99-101.

³⁸⁷Cfr: Ibid, pp. 99-101.

³⁸⁸Cfr: Ibid, pp. 99-101.

³⁸⁹Cfr: L. PARRAGUEZ RUIZ, op. cit., pp.40-52.

Por otro lado, LARREA HOLGUÍN explica que lo fundamental al hablar de la existencia de las personas es que vivan. Es decir, si no han llegado a la vida son sólo una posibilidad y si han muerto han dejado de existir.³⁹⁰ El principio de existencia legal de las personas lo marca el nacimiento, sin embargo el derecho no desconoce los “*inviolables*” derechos del que está por nacer. Explica el autor que el Derecho Positivo acoge los valores del Derecho Natural y por esta razón protege y respeta la vida del no nacido.³⁹¹

LARREA HOLGUÍN no cataloga de esa forma al que está por nacer y explica que el Código Civil reconoce la realidad de la existencia natural antes de que sea persona jurídicamente hablando. Esa es la razón de ser del ya mencionado artículo 61 según el cual la ley protege la vida del que está por nacer y el juez debe también protegerla. La ley protege al *nasciturus* con normas de orden civil y penal, medidas preventivas, represivas o punitivas.³⁹² Desde 1945 hasta 2008 las constituciones han sido claras en proteger la vida del concebido. Las normas en el Código de Trabajo, sobre la mujer embarazada también demuestran esta protección y las normas del Código Penal que castigan el aborto, como se estableció anteriormente.³⁹³ Según PARRAGUEZ, el Derecho protege al que está por nacer, porque hay intereses jurídicos en torno a esa criatura.³⁹⁴

Además de proteger la vida del no nacido, la ley protege otros derechos del mismo que le van a corresponder con el nacimiento con vida. De esta manera los derechos estarán suspensos como lo contempla el ya analizado artículo 63 del Código Civil. Hasta el momento del nacimiento, según nuestro sistema legal sólo existe la probabilidad de que el niño comience a ser persona, pero esta probabilidad es suficiente para que se protejan estos derechos y estén suspensos hasta que el niño

³⁹⁰Cfr: J. LARREA HOLGUÍN, *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. pp. 115.

³⁹¹Cfr: *Ibid.* pp. 118-119.

³⁹²Cfr: *Ibid.* pp. 119.

³⁹³Cfr: PARRAGUEZ RUIZ, LUIS, *op. cit.*, pp. 40-52.

³⁹⁴Cfr: *Ibid.*, pp. 40-52.

nazca y comience a gozar de ellos de manera retroactiva al momento en que los mismos se le transmitieron.³⁹⁵

Generalmente los derechos suspensos son de carácter hereditario. A pesar de que se hable en el código únicamente de derechos, el *nasciturus* también puede tener obligaciones. Sin embargo, la ley habla sólo de derechos por protección al no nacido y porque la suspensión de obligaciones hasta el momento del nacimiento puede ocasionar problemas.³⁹⁶

PARRAGUEZ explica que cuando se habla de los derechos del que está por nacer, no se refiere a los derechos actuales que tenga esa criatura, ya que por no ser persona no puede tener derechos. Esta expresión se refiere a los potenciales derechos que le corresponderían al concebido si hubiese nacido y viviese. El *nasciturus* es titular de estos derechos al momento de su nacimiento, y si no nace vivo, se reputará como si nunca hubiera existido. El autor menciona que estos son derechos condicionales, subordinados a la condición de que el no nato nazca con vida. Son estos derechos condicionales que la ley protege.³⁹⁷

Los autores Parraguez y Larrea Holguín tratan este tema durante la vigencia de la Constitución de 1998, sin embargo, no mencionan ni tratan el punto de vista de la misma sobre el *nasciturus* a pesar de que este punto de vista era tan radical.

CRIOLLO, por su parte, se basa en los artículos 66 (la inviolabilidad de la vida) y 45 (protección de la vida desde la concepción) de nuestra constitución para afirmar que en nuestro país se protege la vida desde la concepción. Según el autor se protege la vida humana desde su comienzo, sin embargo lo importante es determinar en qué momento esto ocurre y desde cuándo se es titular de este

³⁹⁵Cfr: LARREA HOLGUÍN, JUAN, *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. pp. 121.

³⁹⁶Cfr: Ibid. pp. 121.

³⁹⁷Cfr: L. PARRAGUEZ RUIZ, op.cit., pp.40-52.

derecho.³⁹⁸ El autor argumenta que aunque las leyes marcan una pauta la jurisprudencia tiene un papel muy importante al determinar el grado de protección que se le da al no nacido. En el caso de nuestro país, CRIOLLO sostiene que la Constitución protege la vida desde la concepción, pero la jurisprudencia al nivel constitucional establece que la protección comienza con la fecundación del óvulo que es un momento diferente a la concepción ya que esto significa que el ser humano es persona “*ab origine*” sin importar si se encuentra dentro del vientre o fuera como en el caso de la fecundación *in vitro*.³⁹⁹

3.2. Los Padres del *Nasciturus* en el Ecuador

Hasta 1998 la situación del *nasciturus* estaba determinada, sin embargo, en el año 2008 entró en vigencia una nueva Constitución con un aparente trato distinto al no nacido. Sin embargo, no ha habido normativa o decisión expresa que cambie el estatus jurídico del no nato en nuestro país. Actualmente, el artículo 45 de nuestra Constitución en su inciso primero establece la protección a la vida antes del nacimiento: “*Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.*”⁴⁰⁰ De esta forma se cambió la garantía del derecho a la vida desde la concepción de la Constitución de 1998⁴⁰¹, por la protección a la vida vigente actualmente. Sin embargo, es importante notar que el resto de normas que protegen al no nato como el Código Penal, el Código Civil, el Código de Niñez y Adolescencia, la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, etc., ya revisados, siguen vigentes. Por esta razón, aunque el estatus jurídico del no nacido en el Ecuador no está totalmente claro, éste se encuentra entre *nasciturus* como persona o como ser humano, y estas dos teorías permiten la representación del no nacido como vimos anteriormente.

³⁹⁸Cfr: G. A. CRIOLLO MAYORGA, op. cit.

³⁹⁹Cfr: Ibid.

⁴⁰⁰Constitución de la República del Ecuador, artículo 45.

⁴⁰¹Cfr: Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. 1. 11-08-1998, artículo 49.

Si en el Ecuador se considerara que el no nacido es una persona, significaría que se debe tomar en cuenta las normas del Código de Niñez y Adolescencia y probablemente la postura de MERLYN, al argumentar que los padres deben tener la representación del que está por nacer desde la concepción.⁴⁰² Si se considerara en nuestro país que el concebido es un ser humano, entonces se trataría más del tema de representación del no nacido en lo que tiene que ver con sus bienes como por ejemplo en el caso del Derecho sucesorio.⁴⁰³ En los dos casos, tendrán que tomarse en cuenta todas las normas revisadas según las cuales el Estado y la sociedad están llamados a cuidar y proteger los derechos del *nasciturus* si se lo considera persona, e interés de protegerlo bajo las dos concepciones.⁴⁰⁴

En ambos casos se debe tomar en cuenta una norma muy relevante en concordancia con el artículo 45 de la Constitución. El artículo 61 de nuestro Código Civil establece: “*La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera 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 peligra.*”⁴⁰⁵ Esta norma es anterior la Constitución vigente en nuestro país, pero también es anterior a la Constitución de 1998, es decir, reúne un criterio independiente a las constituciones y mucho anterior a las mismas. Además, esta norma se aplica tanto a la concepción de no nacido como persona que como ser humano, al haber sido creada en un código que considera al que está por nacer como un ser humano, cuya personalidad comienza únicamente con el nacimiento. Por otro lado, la ley en este artículo, valora tanto la vida del no nacido, que el juez debe tomar peticiones de cualquier persona. Es decir, se considera que el criterio de cualquier persona es suficientemente válido si se está protegiendo la vida del que está por nacer. Por último, esta norma es tan importante que fue uno de los argumentos del Tribunal Constitucional al tratar el tema de la pastilla del día siguiente como vimos anteriormente. El Tribunal argumentó que si un juez debe

⁴⁰²Supra.

⁴⁰³Supra.

⁴⁰⁴Supra.

⁴⁰⁵Código Civil (Ecuador), artículo 61.

escuchar a cualquier persona para proteger al no nacido, con más razón el máximo órgano de control constitucional debía escuchar una petición de proteger la vida de los no natos como un grupo de seres humano no nacidos y no cuantificables que están amenazados.⁴⁰⁶

Por su parte, el Código Penal prohíbe el aborto en su generalidad, pero de manera expresa establece en qué casos el aborto es permitido en nuestro país. En su artículo 447 establece:

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:

1o.- 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,

2o.- Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer.⁴⁰⁷

Es decir, si se considerara al no nacido como una persona, el aborto legal no es una opción, y el no nato debe ser representado como un menor de edad como lo describe MERLYN. Si el no nacido es considerado un ser humano estaría representado de acuerdo a derechos patrimoniales. Pero en ambos casos, se encuentra protegido por la Constitución que establece la protección de la vida al no nato, y por el Código Civil que otorga un medio por el cual la persona que desee proteger al que está por nacer lo puede hacer. El padre del no nacido podría evitar que la mujer aborte, en los casos en que la legislación ecuatoriana le permita abortar a una mujer, y proteger al *nasciturus*, amparado en estas normas. Debemos analizar esta situación legal de acuerdo a los derechos del padre y de la madre del no nacido en nuestro país, para determinar la posibilidad de que el padre del no nato se pueda oponer a un aborto legal y decidido por la madre. Tanto el padre como la madre tienen derechos que se encuentran relacionados a esta decisión, por lo que es

⁴⁰⁶Supra.

⁴⁰⁷Código Penal (Ecuador). R.O. Sup. 147. 22-01-1971, artículo 447.

necesario analizar qué bienes jurídicos están comprometidos para determinar bajo qué circunstancia esto podría suceder.

Según las normas analizadas en el capítulo anterior, el primer presupuesto para establecer la filiación es la concepción,⁴⁰⁸ y el derecho de filiación abarca la patria potestad.⁴⁰⁹ Según la concepción del *nasciturus* en el Código de la Niñez y Adolescencia, los padres tienen derechos y obligaciones sobre sus hijos desde la concepción,⁴¹⁰ entre las que se encuentran protegerlo. Esta protección se puede dar de manera directa, como lo establece el Código Civil o de manera indirecta como con el pago de una pensión alimenticia.⁴¹¹ Los padres tienen la obligación de prestar alimentos sin importar su voluntad. En caso del hombre, debe comenzar a pagar alimentos desde la concepción a la mujer embarazada, y después del nacimiento al niño, desde que se lo considera presunto padre de un no nacido.⁴¹² Si el padre no hubiese querido la concepción y posterior nacimiento del niño, la mujer decide el nacimiento de ese niño y él debe pagar alimentos en contra de su voluntad. De esta forma la mujer hace efectivos sus derechos reproductivos y protege la vida de un ser humano por nacer.⁴¹³ El hombre debe tener la misma posibilidad de que sus derechos reproductivos sean reales y de poder defender a su futuro hijo.

Si el no nacido tiene derechos hereditarios de su padre lo que mejorará su calidad de vida,⁴¹⁴ si su madre va a recibir alimentos de su padre desde la concepción que indirectamente ayudarán a su desarrollo antes del nacimiento, y después del nacimiento recibirá alimentos sin importar la voluntad de su padre contribuyendo a su derecho a la vida, con más razón el hombre debe poder oponerse a la decisión de

⁴⁰⁸Cfr: Código Civil, artículo 24.

⁴⁰⁹Cfr: E. A. ZANNONI, op. cit., pp. 313.

⁴¹⁰Cfr: Código Civil, artículo 283.

Cfr: Código de la Niñez y Adolescencia, artículo 105.

⁴¹¹Supra.

⁴¹²Cfr: F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Tomo II, pp. 546 y 574.

⁴¹³Supra.

⁴¹⁴Supra.

la madre de abortar que es una acción directa, no indirecta como las mencionadas, de protegerlo.

Como revisamos anteriormente, la Constitución establece la responsabilidad del padre y de la madre en el cuidado de los hijos y en la protección de sus derechos, además de la corresponsabilidad materna y paterna, y los deberes y derechos recíprocos entre padres, madres, e hijos,⁴¹⁵ sin ningún tipo de diferenciación entre el padre y la madre. Además, reconoce y garantiza a las personas el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y sobre su vida reproductiva.⁴¹⁶ Garantías reconocidas tanto a hombres como mujeres, pero que si solamente la mujer toma la decisión de abortar, solamente sus derechos están siendo garantizados. Si esta misma Constitución garantiza la igualdad de las personas, debe en nuestro país garantizarse la igualdad de hombres y mujeres sin discriminación sobre los derechos sexuales y reproductivos.

La mujer tiene los mismos derechos sexuales y reproductivos que el hombre, como analizamos en el capítulo anterior, la diferencia está en la parte biológica, ya que únicamente la mujer puede llevar el embarazo. Sin embargo, consideremos que la Constitución establece que nadie puede ser discriminado por sexo⁴¹⁷, es decir, en la medida de lo posible se debe dar las mismas opciones a hombres como a mujeres.

La Constitución garantiza los derechos de libertad, como la libertad sexual y reproductiva.⁴¹⁸ Libertad que tanto para hombres como para mujeres está garantizada al momento de involucrarse en la relación sexual sabiendo sus posibles consecuencias, y en la utilización de diversos métodos anticonceptivos con los cuales responsablemente deben actuar para prevenir o no un embarazo. Por otro lado, la decisión libre de la mujer, de no ser madre el resto de su vida, está garantizada si entrega el recién nacido al padre para que él cuide del niño. Ella

⁴¹⁵Cfr: Constitución de la República del Ecuador, artículo 69 numerales 1 y 5.

⁴¹⁶Cfr: Constitución de la República del Ecuador, artículo 66 numerales 9 y 10.

⁴¹⁷Cfr: Constitución de la República del Ecuador, artículo 11.

⁴¹⁸Cfr: Constitución de la República del Ecuador, artículos 66 y siguientes.

tendrá únicamente que pagar alimentos, al igual que los pagara el hombre si la situación fuera a la inversa.⁴¹⁹ Esto es muy importante, ya que gozar de un derecho sexual y reproductivo incluye también el respeto a los derechos de los demás.⁴²⁰ Así, no sólo tiene que ser respetado el derecho de la mujer sino también del hombre con la misma importancia. Si la mujer tomara la decisión de terminar con el aborto, en contra de la voluntad del hombre, únicamente ella está ejercitando su derecho.

Todas las personas en nuestro país sin distinción de género, tienen derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener, con mayor razón cuando el no nacido ya ha sido concebido. Si en el abstracto se puede tomar la decisión de concebir y ser padre o madre, en un caso concreto en que en una relación no protegida de manera adecuada se concibe a un niño, el nacimiento de esa criatura implica que ambos aceptaron la posibilidad de convertirse en padres. Si un hombre toma la decisión de ser padre cuando el niño ya ha sido concebido esta decisión debe ser amparada bajo este derecho. Por otro lado, se argumenta que maternidad y paternidad son derechos y no obligaciones⁴²¹, sin embargo, los derechos de paternidad y el interés

⁴¹⁹Cfr: “¿Di que sí: El Aborto”, En *Coalition for Positive Sexuality*, Disponible en: <http://www.positive.org/DiQueSi/aborto.html>, [Última visita: 6 de abril del 2011]. Las razones por las cuales las mujeres abortan son: no poder mantener a su hijo, sus padres se enojarían y estarían desilusionados, y hasta podrían echarlas de la casa, si tienen un hijo no van a poder terminar sus estudios, el padre del niño o de la niña no va a ayudar, tener el niño no sería saludable ni para nosotras, ni para el bebé, y embarazo por incesto o violación.

Cfr: “Buenas razones para abortar”, En *Tener Pareja.Com*, Disponible en: <http://www.tenerpareja.com/buenas-razones-para-abortar/>, [Última visita: 6 de abril del 2011]. La mujer debe poder decidir si abortar o no ya que es ella, la que después de dar a luz, debe criarlo y educarlo, además de otras obligaciones que tendrá que hacer en su vida cotidiana. Ella debe pensar si va a tener o no ayuda para criarlo.

Cfr: “Abortion - Reasons Women Choose Abortion”, En *Web MD: Better information better health*, 2008, Disponible en: <http://women.webmd.com/tc/abortion-reasons-women-choose-abortion>, [Última visita: 6 de abril del 2011]. Las razones más comunes por las cuales las mujeres consideran abortar son: la falla de anticonceptivos, ya que más de la mitad que deciden abortar se quedaron embarazadas a pesar de haber utilizado anticonceptivos, la falta de dinero para mantener al niño, para terminar un embarazo no deseado, por defectos en el feto, por embarazo como resultado de violación o incesto, por condiciones físicas o mentales que podrían causar un daño a la madre si continúa con el embarazo.

En general, la mujer al realizarse un aborto no busca no estar embarazada en sí, sino que busca no ser madre y no tener esa responsabilidad desde ese momento en adelante. Sin tomar en cuenta la salud o vida de la madre, o embarazos por incestos o violación, si el padre se va a encargar del niño una vez que nazca, no se afecta gravemente los derechos de la mujer, ya que ella puede seguir llevando el mismo estilo de vida después de aproximadamente nueve meses.

⁴²⁰Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo (España). BOE Núm. 55, Sec. I, pp. 21001. 3-03-2010, artículo 3.

⁴²¹Supra.

de proteger a una futura persona, pueden hacer que la única obligación que tenga la mujer como madre sea el pago de alimentos. Ya que paternidad y maternidad, no significan concebir un hijo y que nazca, sino cuidarlo el resto de su vida. La mujer no está obligada a cuidar de ese hijo, más que el pago de la pensión alimenticia que garantizará el derecho a la vida de ese niño.

Mujer y hombre gozan de los mismos derechos sexuales y reproductivos, que al tratar de ejercerlos al mismo tiempo, pueden contraponerse. Por otro lado, tanto la salud mental del hombre como de la mujer pueden ser afectadas a raíz de la decisión que se tome sobre terminar o no el embarazo como revisamos en el capítulo anterior.⁴²² Por lo tanto, hay que tomar en cuenta los derechos en relación al aborto en los que difieren hombres y mujeres.

La mujer tiene derecho a la libertad sobre su cuerpo, a la salud física y a la vida, que pueden ser afectadas por un embarazo complicado, y los derechos a la privacidad y a la intimidad. Los derechos a la libertad sobre su cuerpo, a la intimidad y privacidad no son tan fuertes como el interés de proteger a un potencial ser humano como vimos en jurisprudencia extranjera. Además, en oposición a estos derechos de la mujer, encontramos las normas vigentes que protegen la vida del que está por nacer. La Constitución vigente otorga al que está por nacer protección desde la concepción⁴²³, y una forma en la cual se puede proteger al no nacido es la norma según la cual el Código Civil establece que el juez puede escuchar peticiones de cualquier persona para proteger al no nato.⁴²⁴ Además, estos derechos serán limitados por un tiempo determinado mientras dure el embarazo, y después ella seguirá con su vida normal, por lo tanto los derechos del padre adquieren importancia. Por esta razón, los derechos que deben ser realmente analizados son la salud y la vida. Sin embargo, no todos los embarazos comprometen estos derechos, sino únicamente una minoría. Por lo tanto, los derechos del padre y el interés de

⁴²²Supra.

⁴²³Supra.

⁴²⁴Supra.

proteger a un no nacido son más importantes y pueden obligar una mujer a llevar un embarazo, a no ser que la salud o vida de la madre estén comprometidas. El embarazo puede ser impuesto a una mujer, pero debe ser monitoreado para no afectar la salud o vida de la madre. El padre de esta forma ejerce sus derechos, y protege la vida de una futura persona. La madre a partir del nacimiento deberá entregar el niño al padre, y cumplir con la única obligación de pagar alimentos.

3.3. Derechos del Padre del *Nasciturus* en el Ecuador

Al revisar la legislación, jurisprudencia y doctrina ecuatoriana se concluye fácilmente que el *nasciturus* se encuentra protegido por diversas normas. Sin embargo, no está claramente establecido si esto ocurre como persona o como ser humano. La última interpretación sobre en qué momento comienza la protección a la vida como un absoluto fue realizada por el Tribunal Constitucional fue cuando la Constitución de 1998 estaba vigente y tomó en cuenta el todavía vigente Código de Niñez y Adolescencia para establecer su criterio.⁴²⁵

Hoy en día la Constitución de 2008 establece que “*el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción*”.⁴²⁶ A este artículo, se le ha dado distintas interpretaciones, y todavía no se ha determinado el alcance de la protección al *nasciturus*, debe ser interpretado para conocer su verdadero alcance. Sin embargo, aunque la misma no establezca que el no nato es una persona, queda claro que se protege su vida desde la concepción. Además, se debe tomar en cuenta las normas vigentes revisadas anteriormente que protegen al *nasciturus* y el criterio del Tribunal Constitucional sobre la pastilla del día después.

⁴²⁵Supra.

⁴²⁶Constitución de la República del Ecuador, artículo 45.

La Constitución no establece qué estatus tiene el no nacido, pero le otorga protección.⁴²⁷ Por su parte, el Código Civil, como mencionamos, establece que el inicio de la vida legal de la persona comienza con el nacimiento.⁴²⁸ Sin embargo, le otorga protección desde la concepción al facultar al juez a escuchar peticiones de cualquier persona para protegerlo. Por otro lado, el Código de la Niñez y Adolescencia es una norma especial sobre los menores de edad entre los que incluye al no nacido como un niño y lo protege desde la concepción. El Estado, la sociedad y la familia son los llamados a protegerlos. Esta norma es consecuente con la norma del Código Civil que permite que cualquier persona se acerque a un juez. Los niños tienen derecho a la vida desde la concepción y se prohíben los experimentos desde ese momento. Además, establece que para la interpretación de la ley se debe hacer la interpretación favorable al niño, y al ser el no nato un niño según esta norma, debería interpretarse el artículo 45 de la Constitución en la forma más favorable al *nasciturus*. Por último, establece que los derechos de los niños, entre los que se encuentra el que está por nacer prevalecen sobre los de las demás personas, haciendo con este criterio imposible la permisión de una práctica como el aborto. Otra norma que ayuda a interpretar que alcance tiene el artículo 45 de la Constitución, es la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Células y Tejidos, promulgada durante la vigencia de la actual Constitución y redactada acorde con este artículo. En esta ley los asambleístas y el Presidente, se preocuparon de no permitir que se maltrate embriones humanos, mediante la exclusión de la utilización de células embrionarias y fetales.⁴²⁹ Por último, el Código Penal castiga el aborto en su generalidad entre los delitos contra la vida de las personas.⁴³⁰

Es interesante que el aborto sea tipificado dentro de los delitos contra las personas contra la vida. Es decir, este código considera que el no nacido es una persona. Ya que si estuviera protegiendo la salud de la madre, establecería que la

⁴²⁷Supra. CRIOLLO considera que ya que la Constitución establece la inviolabilidad de la vida la protección de la misma desde la concepción, en nuestro país se protege la vida desde la concepción.

⁴²⁸Supra.

⁴²⁹Supra.

⁴³⁰Supra.

salud de la madre tiene que ser afectada. Por lo tanto, el código intenta proteger a una persona por nacer al prohibir el aborto en su generalidad. Si se considera que el no nato es una persona, el aborto no debería ser permitido ni siquiera en los casos en que lo permite este código. El único caso que podría considerarse válido es si la vida de la madre está siendo amenazada, ya que serían dos bienes jurídicos protegidos al mismo nivel que se contraponen. Sin embargo, si nadie puede disponer de la vida de una persona⁴³¹, ni siquiera este caso sería aceptable. Por esta razón, la permisión del aborto en estas circunstancias y dentro de los delitos contra la vida de las personas en una contradicción. Por otro lado, si se consideraba que el que está por nacer era una persona, debería establecerse una pena semejante al homicidio y al asesinato dependiendo de la circunstancia. Debería analizarse de acuerdo a que estatus jurídico del *nasciturus* se lo quiere proteger y hacer que los tipos penales del aborto sean regulados consecuentemente con esa visión.

Por su parte, los tratados internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Interamericana de Derechos y Deberes del Hombre, no ayudan a definir la situación del *nasciturus* en el Ecuador, ya que ambas contienen una escritura ambigua sobre el momento en que debe comenzar a protegerse la vida del ser humano. Sin embargo, vale la pena tomar en cuenta que en la elaboración de la Convención Interamericana de Derechos y Deberes del Hombre el Ecuador fue uno de los países que intentó que la protección al *nasciturus* se otorgue de manera absoluta.⁴³²

Estas normas otorgan protección al no nacido desde la concepción. Por otro lado, podríamos utilizar los mismos conceptos que utilizó el Tribunal Constitucional para concluir que el no nato tiene protección a su vida desde ese momento y el aborto no podría ser permitido. El Tribunal Constitucional al no saber desde qué momento se consideraba la concepción, y por lo tanto desde qué momento estaba protegido el que está por nacer, se basó en el principio *pro homine* y en el Código de

⁴³¹Supra.

⁴³²Supra.

la Niñez y Adolescencia y la protección de la vida desde la fecundación del óvulo. Según el principio *pro homine*, frente a la duda, los jueces realizaron una interpretación favorable a la persona y al derecho a la vida del ser humano.⁴³³ Es decir, si una interpretación otorga poca protección al *nasciturus* y la otra lo protege, en el caso de la legislación actual deberíamos realizar la interpretación que no deje dudas que estamos protegiendo al no nato de forma adecuada y otorgarle protección a su vida desde la concepción. Además, la sala consideró que el bien jurídico constitucional vida tiene prioridad al valor de los derechos sexuales y reproductivos y la libertad individual.⁴³⁴ Argumentó que ninguna persona puede disponer de su propia vida y peor de la vida ajena o sobre la del no nacido. Sin el derecho a la vida, los demás derechos no son posibles.⁴³⁵

Según este análisis, el *nasciturus* está protegido desde la concepción ya sea como una persona o un ser humano. Si se aplicara el principio *pro homine* con el afán de que no quepa duda que no se está dejando de proteger a alguien que debe protegerse podríamos adoptar la concepción de Código de la Niñez y Adolescencia y considerar al que está por nacer como una persona y el aborto no debería ser permitido ya que nadie puede disponer la vida de ninguna persona.

Si se llegara a determinar que ya que la Constitución de manera expresa no considera al no nato como una persona, la misma únicamente lo considera como un ser humano, permitiendo el aborto según el Código Penal. En el caso de que una mujer embarazada no quiera que nazca su hijo, y el padre del ser humano por nacer quiera encargarse de su crianza, el padre puede según el Código Civil y la Constitución, acercarse a un juez y presentar la petición de que se impida que la mujer aborte, por el interés de proteger al *nasciturus*, ya que tanto hombre como mujer tienen los mismos derechos sexuales y reproductivos y derecho a la salud mental; a no ser que la salud física de la mujer o su vida estén comprometidas, ya

⁴³³Supra.

⁴³⁴Supra.

⁴³⁵Supra.

que nadie puede obligar a una mujer a llevar algún riesgo cuando su salud y vida son bienes jurídicos superiores que la protección de alguien que no es considerado una persona. Si la mujer, no toma en cuenta los derechos del hombre, debería tener responsabilidad civil y penal.

En lo civil el hombre podría presentar una demanda de daño moral, ya que como vimos anteriormente el hombre cuyo parecer no ha sido tomado en cuenta por la mujer que decide abortar, puede ser gravemente afectado psicológicamente. El artículo 2232 del Código Civil establece que *“podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”* siendo uno de los supuestos el sufrimiento *“síquico como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes”*. Además esta acción es independiente a cualquier demanda penal que pueda desencadenar el mismo acto.⁴³⁶ La ley civil busca reparar el sufrimiento, y la penal, castigar al culpable y reparar los daños objetivos, sin interesar en lo penal si la víctima sufrió o no.

El Código Penal tipifica el aborto en los delitos contra las personas, contra la vida, prohibiéndolo en general, con únicamente dos excepciones en que se lo permite. El artículo 444 del Código Penal establece que

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 deshonra, será reprimida con seis meses a dos años de prisión.⁴³⁷

De esta forma la mujer deberá ser castigada penalmente. Sin embargo, es importante considerar que la deshonra no debería establecer una pena menor, ya

⁴³⁶Código Civil, artículo 2232.

⁴³⁷Código Penal, artículo 444.

que la honra es un bien jurídico protegido inferior a la vida de un ser humano. Por otro lado, debería incluir un tipo penal o establecer como agravante a este tipo penal existente, una penalidad para la mujer que consienta o se realice un aborto en contra de la voluntad del futuro padre, ya que además de ir en contra de la vida del que está por nacer se está afectando a los derechos del hombre mencionados en este trabajo.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

1. La primera teoría analizada sostiene que el *nasciturus* es un objeto especial de protección.⁴³⁸ De acuerdo a la jurisprudencia, leyes y doctrina revisadas, cuando se le da esta consideración al no nacido, el interés de protegerlo existe pero está en un plano secundario. Lo importante es garantizarle a la mujer embarazada todos sus derechos de libertad y salud física y mental, y cuando se trata el tema del embarazo o el aborto, el único sujeto que importa es la mujer. Sin embargo, en ambas legislaciones analizadas el derecho de la mujer no es absoluto, ya que está limitado por el interés que tiene el Estado y la sociedad de proteger la potencial vida humana.⁴³⁹ Es decir, la mujer tiene la libertad de elegir y de protegerse hasta cierto punto determinado por una valoración del nivel de desarrollo del feto hecha en cada legislación. Por su parte, el Estado intenta proteger la potencial vida en la medida que no se sacrifique en gran manera los derechos de la mujer.⁴⁴⁰
2. En general, la discusión sobre la penalización o permisión del aborto en distintas legislaciones comienza con la definición del estatus jurídico del no

⁴³⁸Cfr: Ver subtema 1.1. *Nasciturus* como objeto especial de protección, pies de página número 9-17, 19-24, 26, 28, 30, 32, 34-42 y 48.

⁴³⁹Supra. En el caso de Estados Unidos, con el caso *Roe vs Wade* se marcó que durante el primer trimestre de embarazo puede haber discreción para terminarlo, durante el segundo trimestre se puede terminar con el embarazo si está en juego la salud de la madre, el último trimestre que comienza con la consideración de viabilidad del concebido, es en el cual el Estado puede proteger la vida del no nacido, a no ser que esté comprometida la vida de la madre. En España, la Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo, determina que hasta la semana catorce puede la mujer tomar la decisión de abortar sin más consideraciones que su decisión sea informada para proteger sus derechos e intereses, hasta la semana veintidós puede realizarse un aborto si la salud o vida de la madre están comprometidas, o si el feto presenta anomalías, en el último periodo también se permite el aborto pero solamente en casos excepcionales y una vez realizado un examen que lo justifique.

⁴⁴⁰Cfr: Ibid. Evidencia de esto es los casos estadounidenses revisados en los cuales los jueces fueron en contra de la voluntad de la mujer para proteger al no nacido.

nacido. Una vez determinado el estatus jurídico se puede plantear de acuerdo al mismo la posibilidad de terminar con la vida del que está por nacer de acuerdo a valores que se consideran más o menos importantes que la vida del mismo. La Corte Constitucional de Colombia despenalizó parcialmente el aborto en el año 2006, al reconocer tres casos en los cuales el aborto no es delito: cuando continuar con el embarazo sea un peligro para la vida o salud de la madre; cuando el feto sufra de una malformación grave que haga inviable su vida, y cuando el embarazo es el resultado de una violación, incesto, inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado que no haya sido consentida por la mujer.⁴⁴¹ El primero de los casos es una ponderación en la cual se dio prioridad a la vida y salud de la madre sobre la vida del feto. El segundo caso es interesante, ya que considerando que en Colombia el *nasciturus* tiene estatus de ser humano, esta despenalización del aborto hace parecer que un feto con algún tipo de malformación es menos ser humano que uno sano, y por lo tanto su vida tiene menos valor que la vida de los concebidos sin problemas, y por esta razón terminar con su vida sí es permitido. Por último, la tercera situación se despenalizó argumentando que no debía ser delito este tipo de abortos ya que sería castigar a la mujer cuando ha sufrido una violación, etc.⁴⁴² Entonces el *nasciturus* se vuelve menos ser humano por la forma en que comenzó el embarazo, es decir, involuntaria a la mujer. Anteriormente se valoraba la vida y salud de la madre, en este caso para que sea válida esta despenalización tendría que argumentarse que la salud psicológica de la madre es suficiente para terminar con la vida del ser humano que tiene en su vientre, y esto significaría que se compruebe que el daño psicológico no es causado por la violación en sí, sino directamente por el hecho de estar embarazada.⁴⁴³ Parecería que se están

⁴⁴¹Cfr: Corte Constitucional (Colombia) Sentencia C-355/06.

⁴⁴²Cfr: Ibid. Según la parte actora, esto sería una violación al derecho a la igualdad, a la vida, a la salud, a la dignidad y al desarrollo de la personalidad de las mujeres.

⁴⁴³Cfr: “Razones para abortar”, 2011, Disponible en: <http://www.4abortion.net/razones.htm>, [Última Visita: 6 de abril del 2011]. “La mujer es víctima de violación y no de embarazo”. El daño a la mujer violada es la violación, no el embarazo. El tratamiento que debe llevar una mujer violada es una terapia psicológica y física de acuerdo a sus necesidades, pero el aborto no va a aliviar el daño psicológico y físico causado con la violación.

alejando de la discusión sobre la personalidad jurídica del no nacido para simplemente hablar de detener un embarazo por la forma en que inició o por las características del feto. Si se le da cierta consideración jurídica al *nasciturus* esta no puede cambiar por la forma en que inició el embarazo o por una enfermedad que tenga. Si se considera que el no nacido es un ser humano, va a ser un ser humano haya o no elegido la madre estar embarazada y tenga o no alguna enfermedad grave.

3. La segunda teoría analizada sostiene que el no nacido es un ser humano, pero no es una persona, por lo tanto se le otorga protección, pero no tiene derechos como una persona nacida. Para ser titular de derechos como el derecho a la vida, el *nasciturus* tendría que ser persona, y esta teoría no acepta esa condición.⁴⁴⁴ Sin embargo, bajo esta concepción del no nato, se le otorga derechos a alguien que todavía no tiene esta categoría, con la condición de que se convierta en persona con el nacimiento, y se le protege la vida argumentando que es un ser humano. Es difícil entender la forma en que el no nacido sin ser persona tiene ciertos derechos, como lo expresa VODANOVIC.⁴⁴⁵ Siendo un ser humano pero no una persona, esta teoría permite que estén a discusión derechos de otras personas relacionadas a él como la madre.⁴⁴⁶ Por último, es interesante pensar en la posibilidad de la existencia de un ser humano que no sea persona, es decir, que no tenga personalidad jurídica y por lo tanto no tenga derechos.

⁴⁴⁴Cfr: Ibid.

⁴⁴⁵Supra. La ley establece que los derechos de *nasciturus* quedan suspensos hasta el nacimiento y que si muere antes de ese momento se reputa que nunca existió. Según VODANOVIC no hay una explicación estrictamente jurídica de la razón por la cual el no nacido tiene derechos. Los derechos del que está por nacer no son derechos bajo condición suspensiva porque no podría un derecho estar subordinado a una misma especie de condición para dos ó más personas de intereses opuestos, que es lo que sucedería en este caso porque si el no nacido no nace los derechos pasan a terceros. Tampoco es un derecho condicional resolutorio porque tendría que ser un derecho actual y para eso se necesita una persona existente y el *nasciturus* no es persona. Por último, no hay derechos eventuales si el titular de la situación jurídica no existe o no ha sido determinado.

⁴⁴⁶Ver subcapítulo 1.2. *Nasciturus* como ser humano no persona.

4. La tercera teoría analizada considera al no nacido como persona, por lo tanto titular de derechos, desde la concepción, siendo el tratamiento del derecho a la vida el más analizado. Es el único al que se debe tomar en cuenta al analizar el tema del aborto, ya que si es una persona debe tener las mismas garantías que cualquier otra.⁴⁴⁷ El no nato tiene personalidad jurídica sin distinguir si esto sucede dentro o fuera del cuerpo de la madre según algunos autores,⁴⁴⁸ ya que tiene las características genéticas y biológicas que lo convierten en una persona,⁴⁴⁹ y no hay diferencia en esencia entre el nacido vivo y el niño por nacer.⁴⁵⁰ Sin embargo, reconocer en el *nasciturus* la capacidad de tener derechos es una realidad que trae complicaciones en la práctica. Como lo menciona la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Mendoza, el concebido goza de derechos que puede ejercer sólo de acuerdo a su condición.⁴⁵¹ Por esta razón, la legislación de los países que aceptan esta teoría tiene fórmulas interesantes al hablar del no nato, como por ejemplo establecer que es sujeto de derechos en lo que le favorece⁴⁵², hablar sólo de cierto tipo de derechos⁴⁵³, o aceptar al concebido como incapaz⁴⁵⁴, es decir, una persona que necesita de representación. Sin embargo, las legislaciones se contradicen al aceptar al que está por nacer como persona, y al mismo tiempo establecer penas considerablemente diferentes para el aborto y delitos contra la vida de nacidos como el asesinato y el homicidio⁴⁵⁵, demostrando

⁴⁴⁷Ver subcapítulo 1.3. *Nasciturus* como ser humano/persona.

⁴⁴⁸Cfr: B. Pérez, op. cit.

⁴⁴⁹Cfr: Ibid. El *nasciturus* tiene su propio ADN.

Cfr: Tribunal Constitucional (Chile) Sentencia N° Rol 591-06. Las personas tienen derecho a la vida desde la concepción, cuando se crea un individuo distinto a sus padres con información genética completa y capaz de desarrollarse.

⁴⁵⁰Cfr: Cámara de Apelaciones de la Provincia de Mendoza (Argentina) Sentencia de la Cuarta Cámara en lo Civil N° 24435.

⁴⁵¹Supra.

⁴⁵²Supra. En Perú, la Constitución establece que el concebido es sujeto de derecho en lo que le favorece.

⁴⁵³Código Civil (Perú), artículo 1. El Código Civil de Perú establece que “*La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.*” Mientras la atribución de derechos de carácter patrimonial necesita del nacimiento, no se necesita de este requisito para otro tipo de derechos, como por ejemplo, el derecho a la vida.

⁴⁵⁴Supra. Según el Código Civil de Argentina, el *nasciturus* es una persona incapaz en la misma categoría que los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito.

⁴⁵⁵Supra.

que la valoración de la vida del no nato es inferior que la valoración del resto de personas.

5. La existencia biológica del ser humano comienza desde la concepción, pero su personalidad sólo se otorga con el nacimiento con vida en la mayor parte de ordenamientos jurídicos analizados. Excepcionalmente algún ordenamiento jurídico establece la personalidad jurídica desde la concepción. Sin embargo, en todas las legislaciones se otorga cierta protección al que está por nacer de acuerdo al estatus jurídico adoptado ya sea como persona, como ser humano no persona o como objeto de protección.⁴⁵⁶ Por esta razón, la determinación del estatus jurídico del *nasciturus* en una legislación, es una decisión que demuestra que el Derecho es una ciencia que debe tratar de regular la vida de los seres humanos lo más cerca de la realidad, ya que es muy importante la determinación científica del desarrollo del no nacido desde la fecundación, al momento de decidir cómo protegerlo.
6. Si se considera que el no nacido es un objeto de protección, no cabe la representación ya que para que haya representación debe existir una persona. Si se considera que el no nato es un ser humano, ya se comienza hablar de formas de representación, por ejemplo cuando se trata de bienes en Derecho Sucesorio, ya que al ser un ser humano ya se comienza a pensar en una mayor protección a los intereses del *nasciturus*. En nuestro país además existe la opción de que cualquier persona presente una petición ante un juez para protegerlo. Por último, cuando el que está por nacer se considera persona tiene que ser representado, ya que como se menciona en Argentina es un menor, un incapaz que necesita de sus padres, el Estado y demás personas para que lo protejan y defiendan sus derechos e intereses.⁴⁵⁷

⁴⁵⁶Cfr. A. VALENCIA ZEA Y Á. ORTIZ MONSALVE, op. cit., pp. 309-311.

⁴⁵⁷Supra.

7. Cuando se trata del *nasciturus* se habla generalmente de los derechos de la madre, parecería que la mujer por sí sola pudiera concebir. Sin embargo, la presencia del padre en la vida de un niño es muy importante para su desarrollo desde antes del nacimiento. Después del nacimiento, tanto padre como madre pueden estar involucrados en el cuidado y crianza de los hijos. Por otro lado, los derechos del padre y de la madre son en su mayoría los mismos. Se considera de gran importancia la igualdad entre hombres y mujeres, y ambos gozamos de los mismos derechos sexuales y reproductivos, aunque seamos anatómicamente diferentes. La diferencia está en los derechos que tiene la mujer sobre su propio cuerpo, el derecho a la privacidad e intimidad, y los derechos a la salud y vida. El derecho a la libertad sobre su cuerpo no es tan fuerte como los derechos del padre y el interés de proteger a un ser humano no nacido. El derecho a la intimidad en el caso del aborto se puede limitar para proteger a un potencial ser humano y los derechos del hombre. Los derechos más importantes son la salud y vida. Sin embargo, no todos los embarazos comprometen estos derechos de la madre ya que el cuerpo de la mujer está biológicamente preparado para llevar un niño en su vientre. Por esta razón, los derechos del padre y el interés de proteger a un no nacido podrían ser más importantes que ciertos derechos de la mujer, y obligarla a llevar un embarazo, a no ser que la salud de la madre esté comprometida. Por lo tanto, los derechos de hombres y mujeres, deben ser tomados en cuenta al momento de definir qué personas están involucradas en la decisión de que se realice un aborto.
8. Las decisiones responsables de acuerdo a los derechos sexuales y reproductivos, deben comenzar al evitar el embarazo, no al intentar terminarlo: ya que los métodos anticonceptivos no ponen en riesgo la salud de la madre ni la vida de un potencial ser humano. Los derechos sexuales y reproductivos se hacen efectivos tanto para hombres como para mujeres, con educación y acceso a métodos anticonceptivos, si estos son bien

utilizados los métodos abortivos son innecesarios. Las personas deben ser bien informadas. Nadie obliga a que las personas se embaracen, pero si se puede obligar a las personas a tomar en cuenta los derechos de los demás, o el interés de proteger a una futura persona, a no ser que su salud o vida se encuentren en peligro, y en ese caso no se puede obligar a nadie a llevar a cabo un proceso que lo va a dañar.

9. En nuestro país no está claro el estatus jurídico del *nasciturus*, ya que el artículo 45 de la Constitución puede tener distintas interpretaciones.⁴⁵⁸ Según SIMON, este artículo elimina el reconocimiento del *nasciturus* como sujeto de derechos.⁴⁵⁹ Por otro lado, las distintas leyes de nuestro país reúnen distintos criterios dificultando la definición del estatus jurídico del no nacido. El Código Civil establece que con el nacimiento comienza la existencia legal de la persona, pero al mismo tiempo faculta al juez a atender peticiones cualquier persona que quiera proteger al no nacido.⁴⁶⁰ El Código de la Niñez y Adolescencia habla de niños desde la concepción y del derecho a la vida desde el mismo momento, además establece que se debe hacer la interpretación y aplicación más favorable de la ley para el niño. Si el no nacido es un niño, debe aplicarse este principio para interpretar cualquier ambigüedad sobre su estatus jurídico⁴⁶¹ y podría servir como guía para interpretar el artículo 45 de la Constitución. Por su parte, el Código Penal protege la vida del *nasciturus* con una prohibición general al aborto con solamente dos excepciones, sin embargo, demuestra la distinta consideración

⁴⁵⁸Supra. Su artículo 45 establece que “el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”. Éste es un artículo de interpretación ambigua, por lo que dificulta la determinación del estatus jurídico del *nasciturus* en nuestro país, al no dejar claro si garantiza la vida desde el momento de la concepción o si solamente otorga protección al mismo desde ese momento. De esta manera no está claro en qué medida el no nacido está protegido en nuestro país, y si la Constitución es más permisiva que la Constitución anterior en lo que se refiere al aborto. Por otro lado, tratados internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, no ayudan a clarificar este problema por sus ambiguas normas ya analizadas.

⁴⁵⁹Cfr: F. SIMON, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Tomo I, 2008, pp. 209.

⁴⁶⁰Supra.

⁴⁶¹Supra.

que tiene el no nacido con el ser humano nacido al haber una notable diferencia entre las penas del aborto y el homicidio o asesinato.⁴⁶² Por último, la Ley de Donación y Trasplante de Órganos, Tejido y Células, se encarga de dejar claro que no se puede utilizar células embrionarias y fetales como protección a embriones y fetos, y la Constitución protege la vida desde la concepción, y como mencionó el Presidente, no hay justificación para el uso y destrucción de embriones humanos.⁴⁶³ Por lo tanto, la legislación, jurisprudencia y doctrina ecuatoriana demuestra que el *nasciturus* se encuentra protegido por diversas normas, sin embargo, no está claramente establecido en qué momento comienza la protección de la vida del no nacido como absoluto y en qué calidad se lo protege. La última interpretación realizada por el Tribunal Constitucional fue cuando la Constitución de 1998 estaba vigente y tomó en cuenta el todavía vigente Código de Niñez y Adolescencia, el principio *pro homine* y el Código Civil para establecer su criterio. Es probable que en un futuro cercano la Corte Constitucional realice una interpretación del artículo 45 de la Constitución vigente para saber cuál es el alcance real de esta norma. Sin embargo, mientras no haya una interpretación se protege la vida del no nato desde la concepción de acuerdo a las normas mencionadas y al criterio del Tribunal Constitucional.⁴⁶⁴

10. En nuestro país hay una irresponsabilidad en la creación de leyes. No se realiza un análisis profundo de la intención de la norma y sus consecuencias, ni se hace un seguimiento de homologación de teorías en la legislación que debería funcionar como un todo, no como normas aisladas que se contradicen. Esto lo vemos ya que el Código Civil tenía una teoría sobre el estatus jurídico del *nasciturus*⁴⁶⁵, la Constitución de 1998 intencional o inintencionalmente lo modificó⁴⁶⁶, el Código de la Niñez lo fortaleció⁴⁶⁷, sólo

⁴⁶²Supra.

⁴⁶³Supra.

⁴⁶⁴Ver pies de página número 378, y 224 en adelante.

⁴⁶⁵Ver pies de página número 178 a 180.

⁴⁶⁶Ver pies de página número 183 a 187, y 192.

para que más adelante la Constitución del 2008 vuelva a cambiar las cosas.⁴⁶⁸ Por otro lado, cuando la Constitución de 1998 estaba vigente, como lo manifiesta RABINOVICH y apoya el criterio de MERLYN, se debió haber establecido que el artículo 60 de Código de Civil de nuestro país, que marca el nacimiento como el inicio de la vida legal de la persona, era inconstitucional, ya que esa Constitución protegía al *nasciturus* como a un niño desde la concepción.⁴⁶⁹ Por último, el aborto es tipificado dentro de los delitos contra las personas contra la vida. Es decir, este código considera que el no nacido es una persona, sin embargo si considerara que el no nacido es una persona por nacer debería prohibir el aborto por completo, sin las excepciones permitidas por este código. El único caso que podría considerarse válido es si la vida de la madre está siendo amenazada, ya que serían dos bienes jurídicos protegidos al mismo nivel que se contraponen. Por esta razón, la permisión del aborto en estas circunstancias y dentro de los delitos contra la vida de las personas en una contradicción. Por otro lado, si se consideraba que el que está por nacer era una persona, debería establecerse una pena semejante al homicidio y al asesinato dependiendo de la circunstancia. Debería analizarse qué estatus jurídico del *nasciturus* se quiere adoptar y de acuerdo a éste establecer los tipos penales que castiguen el aborto.

11. Según la protección a la vida del no nacido, encontrada en la Constitución de nuestro país, el hecho de que el juez deba escuchar las peticiones de personas que quieran protegerlo, según nuestro Código Civil⁴⁷⁰, y los derechos sexuales y reproductivos de hombres y mujeres, se podría considerar la posibilidad de que el padre del no nato se oponga a que la madre del concebido aborte para proteger al no nacido y tomando en cuenta sus

⁴⁶⁷Ver pies de página número 183, 188 y 189.

⁴⁶⁸Ver pies de página número 196 a 198.

⁴⁶⁹Supra.

⁴⁷⁰Supra.

derechos sexuales, siempre y cuando la vida o salud de la madre no se vean afectadas.

12. Si una mujer se queda embarazada, y el hombre no quiere tener ese hijo y ella sí, ella tomará la decisión de que el niño nazca y le cobrará alimentos al padre, a pesar de que él se haya opuesto al nacimiento de ese hijo. Tanto padre como madre están obligados al pago de alimentos, por lo tanto, en el caso de que las cosas ocurrieran de manera contraria y fuese ella la que no quiere que nazca el niño y él sí, podría nacer el niño y quedar a cargo del padre y sería la madre la que pague alimentos más adelante. En ambos casos los dos tendrían que asumir los gastos del embarazo. Si el padre que quiere proteger la vida de su hijo debe poder hacerlo de la manera que lo establece el Código Civil. Son nueve meses en la vida de la mujer en la cual se limita su libertad sobre su cuerpo, por proteger a un ser humano y futura persona, y por entender que tanto hombres como mujeres tienen los mismos derechos sexuales y reproductivos. Más adelante entrega el recién nacido al padre y sigue su vida. Si el padre va a encargarse del niño a partir del nacimiento, se podría considerar que la mujer que no quiso que nazca su hijo, y que el padre impidió que abortara, deba además de entregar a su hijo para que el padre lo críe, perder la patria potestad por haber demostrado no tener interés de cuidar de ese hijo. La Constitución reconoce y protege a la familia en sus diversos tipos, ya que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad⁴⁷¹, por lo tanto, una familia solo con un padre es protegida también, y puede ser fomentada en estos casos y para proteger la vida del no nacido y los derechos de los hombres.

13. En la sentencia N° 24435 de la Cámara de Apelaciones de la Provincia de Mendoza revisada, se resolvió un caso sobre un daño emergente a la madre

⁴⁷¹Cfr: Constitución de la República del Ecuador, artículo 67.

del que está por nacer.⁴⁷² En nuestro país, si una mujer se realiza un aborto sin tomar en cuenta la voluntad del futuro padre, deberá ser castigada según el artículo 444 de nuestro Código Penal por haberse realizado o consentido el aborto.⁴⁷³ Por otro lado, debería incluirse un tipo penal o establecer como agravante al tipo penal existente, una penalidad para la mujer que consienta o se realice un aborto en contra de la voluntad del futuro padre, ya que además de ir en contra de la vida del que está por nacer se está afectando a los derechos del hombre mencionados en este trabajo. Por último, el padre cuya opinión no se tomó en cuenta también podría demandar civilmente por daño moral según el artículo 2231 del Código Civil de nuestro país a la mujer que decidió que su hijo no debía nacer, ya puede ser afectado a raíz de un aborto que terminó con la vida de su futuro hijo.

14. Existe un gran problema si el padre impidiera que la mujer aborte en contra de su voluntad. Si ella definitivamente no quiere llevar ese embarazo, ella podría maltratar al feto haciendo cosas contraindicadas en el embarazo. Eso podría resultar en el nacimiento de un niño con problemas. Si funcionara este sistema en el cual el padre puede impedir que la madre aborte para que más tarde ella le entregue al niño, debería buscarse métodos para prevenir que esto suceda. Mediante controles del embarazo, ayuda psicológica tanto al padre como a la madre, entre otras cosas.

⁴⁷²Ver pies de página número 329 y 330.

⁴⁷³Supra.

BIBLIOGRAFÍA

“Abortion - Reasons Women Choose Abortion”, En *Web MD: Better information better health*, 2008, Disponible en: <http://women.webmd.com/tc/abortion-reasons-women-choose-abortion>

ACOSTA, JAIME, Entrevista, 2010

BLASI, GASTÓN FEDERICO, “Sobre el Inicio de la Existencia del Ser Humano: Un Análisis Jurídico”, En *Persona: Revista Electrónica Mensual de Derechos Existenciales*, Número 45, 2005, Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona45/45Blasi.htm>

“Buenas razones para abortar”, En *Tener Pareja.Com*, Disponible en: <http://www.tenerpareja.com/buenas-razones-para-abortar/>

BUSINESS DICTIONARY.COM, Disponible en: <http://www.businessdictionary.com/definition/legal-status.html>

CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 2003

CALVO MEIJIDE, ALBERTO, “El Nasciturus como Sujeto del Derecho: Concepto Constitucional de Persona frente al Concepto Pandectista-Civilista”, En *Cuadernos de bioética*, Vol. 15 "Células madre", N° 54, Madrid, Departamento de Empresa: Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad San Pablo, 2004

CARRINGTON COUTTS, MARY, *Maternal-Fetal Conflict: Legal and Ethical Issues*, Washington, DC, National Reference Center for Bioethics Literature: The Joseph and Rose Kennedy Institute of Ethics, 1990

CASA DEL LIBRO, *Natalia López Moratalla*, Disponible en: <http://www.casadellibro.com/libros/lopez-moratalla-natalia/lopez2moratalla32natalia>

CAZCO, ROXANA, “En España entrará en vigencia una Ley de aborto que causa polémica”, en *El Comercio*, Quito, 2010

CENTRO DE DERECHOS REPRODUCTIVOS, Disponible en: http://reproductiverights.org/esp_about.html

COLAROSSO, ANTHONY, “Florida judge refuses guardian for fetus; Gov. Bush vows appeal.”, 2003, Disponible en: http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-6924013_ITM

COLB, SHERRY F., “Governor Jeb Bush Sends Lawyers to Represent a Fetus: Targeting a Mentally Retarded Pregnant Woman for Pro-Life Intervention”, En *Find Law*, 2003, Disponible en: <http://writ.news.findlaw.com/colb/20030827.html>

“Consecuencias del aborto para el hombre: Impacto en el hombre de las leyes proabortistas de EE.UU.”, Disponible en: http://www.vidahumana.org/vidafam/aborto/conseq_hombre.html

CORRAL, MARÍA ELENA, “Sobre la “Pastilla del Día Después”, En *Iuris Dictio: Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito*, Quito, Ediciones Abya-Yala, 2007

CRIOLLO MAYORGA, GIOVANI ALEJANDRO, “El inicio de la vida del Ser Humano como fundamento para la protección penal”, En *Persona: Revista Electrónica Mensual de Derechos Existenciales*, Número 79, 2009, Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona79/79Criollo.htm>

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS SEXUALES, Declaración del XIII Congreso Mundial de Sexología, 1997 Valencia (España). Revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología (WAS), en el XIV Congreso Mundial de Sexología (Hong Kong), agosto, 1999, Disponible en: http://www.ctv.es/USERS/sexpol/derechos_sexuales.htm

“Defining the Legal Status of the Unborn”, Disponible en: http://www.lpca.us/defining_the_legal_status_of_the.htm

“¡Di que sí! El Aborto”, En *Coalition for Positive Sexuality*, Disponible en: <http://www.positive.org/DiQueSi/aborto.html>

EL COMERCIO, “El padre influye desde el vientre”, en *El Comercio*, Quito, 2009

FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, “¿Qué es ser “Persona” para el Derecho?”, En *Diké: Portal de Información y Opinión Legal*, Pontificia Universidad Católica de Perú, Disponible en: http://www.pucp.edu.pe/dike/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_13.PDF

GHERSI, CARLOS ALBERTO, *Derecho Civil: Parte General*, Buenos Aires, Astrea, 1999

LARREA HOLGUÍN, JUAN, *Derecho Civil del Ecuador: La Sucesión por Causa de Muerte*, Tomo IX, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1997

LARREA HOLGUÍN, JUAN, *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998

LUKER, KRISTIN, *Abortion and the Politics of Motherhood*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 1984

MERLYN SACOTO, SONIA, “Consideraciones acerca del Inicio de la Persona Natural en el Derecho Ecuatoriano”, En *Persona: Revista Electrónica Mensual de Derechos Existenciales*, Número 34, 2004, Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona34/34Merlyn.htm>

NARANJO OCHOA, FABIO, *Derecho Civil: Personas y Familia*, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 2009

PACHECO G., MÁXIMO, *Teoría del Derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993

PARRAGUEZ RUIZ, LUIS, *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*, Volumen I, Loja, Universidad Técnica Particular de Loja, 2005

PÉREZ, BENJAMÍN, *La Personalidad del Nasciturus Extracorporis*, marzo, 1997, Disponible en: <http://www.iruya.com/content/view/103/113/>

PRICE, V. Y J. M. JAQUE, “Estudio revela que hoy los hombres quieren más que las mujeres tener hijos”, En *La Tercera*, 2011, Disponible en: <http://diario.latercera.com/2011/02/20/01/contenido/tendencias/16-59945-9-estudio-revela-que-hoy-los-hombres-quieren-mas-que-las-mujeres-tener-hijos.shtml>

RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO D., “Ius Congelandi: Reflexiones ante la nueva Potestad de Vida y Muerte: Los derechos paternos frente al embrión en la República del Ecuador, hoy”, En *Persona: Revista Electrónica Mensual de Derechos Existenciales*, Número 22, 2003, Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona22/22Rabinovich.htm>

“Razones para abortar”, 2011, Disponible en: <http://www.4abortion.net/razones.htm>

REYNOLDS, DAVE, “J.D.S. Gives Birth To Baby Girl; Gov. Bush Continues Push For Appointing Guardians To Fetuses”, *Inclusion Daily Express*, 2003, Disponible en: <http://www.mnddc.org/news/inclusion-daily/2003/09/090303flabusejds.htm>

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, *Derecho Civil Mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1998

SIMON, FARITH, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Tomo I, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2008

SIMON, FARITH, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*, Tomo II, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2009

SIMON, FARITH, *Material para Clase de Derecho de Familia*, 2007

TORRÉ, ABELARDO, *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot

VALENCIA ZEA, ARTURO Y ÁLVARO ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil*, Tomo I: Parte General y Personas, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2000

VODANOVIC H., ANTONIO, *Derecho Civil: Parte Preliminar y Parte General*, Tomo Primero, Santiago, Ediar Conosur Ltda, 1990

WILLIAMS, MARY E.: *Abortion: Opposing View Points*, San Diego, Greenhaven Press Inc, 2002

ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil: Derecho de Familia*, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1981

Legislación

Código Civil (Argentina)

Código Civil (Chile)

Código Civil (Colombia)

Código Civil (España). 24-07-1889

Código Civil (Perú)

Código Civil (Ecuador). R.O. Sup 46. 24-06-2005

Código de la Infancia y Adolescencia (Colombia). Ley N° 1098. 8-11-2006

Código de la Niñez y Adolescencia. R.O. 737. 3-01-2003

Código Penal (Chile)

Código Penal de la Nación Argentina

Código Penal (Ecuador). R.O. Sup. 147. 22-01-1971

Constitución Nacional Argentina. 22-8-1994

Constitución de la República del Ecuador. R.O. 449. 20-10-2008

Constitución Política de la República de Chile. 1980

Constitución Política de Colombia. 1991

Constitución Política del Perú. 31-12-1993

Constitución Política de la República del Ecuador. R.O. 1. 11-08-1998

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. R.O. 6. 28-4-2005

Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. R.O. 801. 6-8-1984

Convención sobre los Derechos del Niño. R.O. Sup. 153. 25-11-2005

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 1948

Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células. R.O. 398.
04-03-2011

Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del
Embarazo (España). BOE Núm. 55, Sec I, pp. 21001. 3-03-2010

"The Constitution of the United States," Amendment 1. 15-12-1791

"The Constitution of the United States," Amendment 4. 15-12-1791

"The Constitution of the United States," Amendment 5. 15-12-1791

"The Constitution of the United States," Amendment 9. 15-12-1791

"The Constitution of the United States," Amendment 14. 9-7-1868

Jurisprudencia

Cámara de Apelaciones de la Provincia de Mendoza (Argentina) Sentencia de la Cuarta Cámara en lo Civil N° 24435, de 27 de agosto de 1999, *Vega Viviana Lucero Dario*

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución No. 23/81, del 6 de marzo de 1981, en el caso 2141 denominado Baby Boy, *Petición en contra de Estados Unidos y el Estado de Massachusetts interpuesta por Christian S. White y Gary K. Potter (Presidente de Catholics for Christian Political Action)*

Corte Constitucional (Colombia) Sentencia C-355/06, de 10 de mayo de 2006, en el caso D- 6122, *Acción Pública de Inconstitucionalidad presentada por Mónica del Pilar Roa López, Pablo Jaramillo Valencia, Marcela Abadía Cubillos, Juana Dávila Sáenz y Laura Porras Santillana contra los artículos 122, 123, 124 y 32 numeral 7 de la ley 599 de 2000 (Código Penal)*

Corte de Menores (Colorado) Unborn Baby Kenner, File 79-JN83, (1979)

Corte de Apelaciones (Florida) Guardianship of J.D.S., Jennifer Wixtrom v. Department of Children and Families, Case No. 5D03-1921, (2004)

Corte Superior (Distrito de Columbia) U.S. v. Vaughan, Case No. F-2172-88B, (1988)

Corte Suprema de Justicia (Estados Unidos) Roe v. Wade, 410 U.S. 113, (1973)

Corte Suprema de Justicia (Estados Unidos) Doe v. Bolton, 410 U.S. 179, (1973)

Tribunal Constitucional (Chile) Sentencia N° Rol 591-06, de 11 de enero del 2007, *Recurso de Inconstitucionalidad de la Resolución Excenta N° 584 del Ministerio de Salud*

Tribunal Constitucional (Ecuador) Resolución No 14, de 23 de mayo de 2006, en el caso No. 0014-2005-RA, *José Fernando Rosero Rhode contra el Director del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Leopoldo Izquieta Pérez" y el señor Ministro de Salud Pública*, publicado en Registro Oficial Suplemento No 297 de 22 de junio de 6 2006

Sentencia del Tribunal Constitucional Español Núm. 53/1985, 11-04-1985