

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**La condición jurídica del nasciturus en el Derecho ecuatoriano**

**Ana Carolina Valarezo Guevara**

Tesina de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado

Quito, Mayo de 2007

© **Derechos de Autor**  
Carolina Valarezo Guevara  
2007

*Dedicado a todas las personas que aprecian la vida.*

*Después de haber recorrido un largo camino y estar a solo unos pasos de terminar con una importante etapa de mi vida, quiero agradecer a mis padres, Margarita y Rodrigo por todos los sacrificios que han hecho para que yo alcance mis sueños; y a mi esposo, Gabriel, por ser mi inspiración, al haberme enseñado las cosas importantes de la vida.*

## Resumen

La condición jurídica de la criatura que se encuentra en el vientre materno, ha sido a lo largo de la historia, una cuestión que ha generado grandes debates y poco consenso. Con el afán de determinar la posición del Ecuador frente al tema, en esta investigación se ha analizado las distintas corrientes doctrinarias con respecto al alcance del término “persona”, así como las diferentes teorías acerca del tratamiento jurídico que se le debe dar al *no nato*; para después, a partir de un profundo estudio de las leyes, códigos y tratados que forman parte del sistema jurídico ecuatoriano, así como la jurisprudencia pertinente, concluir que en nuestro país, el *nasciturus* es una persona, titular de derechos, que merece un tratamiento jurídico acorde a su naturaleza humana.

## **Abstract**

The legal rights of the unborn have generated significant legal debates and lack of consensus. This research presents the different legal doctrines regarding the limits of the legal concept: “person”, as well as the dissimilar legal theories related to “the child to be born”. After a profound study of the regulations, codes, treaties and jurisprudence applicable in Ecuador, I conclude that the *nasciturus* is a human being and, therefore, a person with full legal rights under the Ecuadorian legal system.

## Tabla de Contenidos

	Pág.
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I “EL ALCANCE DEL CONCEPTO DE PERSONA NATURAL: TEORÍAS EN PUGNA”	4
1.1. Teoría Positivista, Clásica o Reduccionista	4
1.2. Teoría Unitaria o Ius naturalista	8
CAPÍTULO II “DISTINTAS TEORÍAS SOBRE LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL NASCITURUS”	16
2.1. El <i>nasciturus</i> no es persona	16
2.2. El <i>nasciturus</i> es sujeto de derechos, pero no persona	23
2.3. El <i>nasciturus</i> es ser humano y persona	25
2.3.1. ¿Qué se entiende por concepción?	39
CAPÍTULO III: “EL ABORTO COMO CONSECUENCIA DE LA ADOPCIÓN DE UNA POSICIÓN SOBRE LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL NASCITURUS”	44
3.1. Corrientes Pro-aborto	44
3.1.1. <i>Roe Vs. Wade</i> .	45
3.1.2. Baby Boy	47
3.1.3. Sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional Colombiana sobre el aborto.	51
3.2. Corrientes anti-aborto	55
CAPÍTULO IV: “LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL NASCITURUS EN EL DERECHO ECUATORIANO”	69
CONCLUSIONES	84
RECOMENDACIONES	93
BIBLIOGRAFÍA	94

## Abreviaturas

<b>CC</b>	Código Civil
<b>CNA</b>	Código de la Niñez y Adolescencia
<b>CP</b>	Código Penal
<b>CADH</b>	Convención Americana de Derechos Humanos
<b>DADDH</b>	Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
<b>DUDH</b>	Declaración Universal de Derechos Humanos
<b>PIDCP</b>	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
<b>CDN</b>	Convención sobre los Derechos del Niño
<b>CV</b>	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
<b>CIDH</b>	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
<b>COIDH</b>	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<b>EE.UU</b>	Estados Unidos de América

## INTRODUCCIÓN

El enorme valor biológico de cada preñez, tal vez por lo que somos malos reproductores en comparación con otras especies, ha hecho, que desde épocas tan remotas como testimonios se conocen, los humanos hayamos dado especial importancia a la vida en gestación, estableciendo en casi todas las culturas, instituciones socio-jurídicas para proteger al nuevo ser y ayudar a las mujeres embarazadas. Sin embargo, en la actualidad, la preeminencia de las diversas necesidades humanas frente a la culminación del embarazo, ha logrado variar el panorama. Distintos ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, han establecido, dependiendo de su grado de desarrollo, experiencia, conocimientos, moral, religión, sistema jurídico, corriente política, etc., diversas consideraciones respecto a la condición jurídica de *nasciturus*, otorgándole un estatus específico en virtud del cual se desarrollan las normas protectivas y reguladoras de dicha criatura. Siendo así, muy disímiles las legislaciones y doctrinas con respecto al *no-nato*.

Tomando en cuenta la aseveración antes expuesta, surge la necesidad de emprender un análisis acerca del tratamiento que le han dado las diferente corrientes doctrinas y jurídicas a la criatura que se encuentra en el vientre materno; para así

confrontarlas con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y determinar de esta forma la posición que nuestra legislación ha adoptado. Tras una breve reflexión de las principales normas que conforman el sistema legal ecuatoriano, se hizo evidente la contraposición de algunos artículos de ciertos cuerpos normativos frente a otros. Sin embargo, y como analizaremos a profundidad posteriormente, a partir de un análisis preliminar del tema, pude concluir como hipótesis central de mi tesina, que en nuestra legislación, tanto en el ámbito internacional, constitucional, legal y jurisprudencial, se le reconocen al no nacido la condición de persona y titularidad de derechos.

Motivada por la vasta problemática jurídica que la naturaleza y tratamiento del *no nato* muestra en el Derecho ecuatoriano, así como por mi enfoque humanista que defiende la inviolabilidad y sacramentalidad de la vida humana, he considerado oportuno, con el fin de justificar la hipótesis antes planteada, exponer en este trabajo, las distintas corrientes de pensamiento que defiende diferentes teorías acerca del alcance del término persona natural y de la condición jurídica del *no nato*, así como las más destacadas sentencias tanto internacionales como locales respecto al tema del aborto, sin olvidar los distintos tratados de Derechos Humanos y leyes internas, que forman parte del sistema legal ecuatoriano y que de alguna manera nos dan las pautas necesarias para determinar la condición jurídica del *nasciturus* en nuestro país.

Con el afán de abordar la integralidad de las ideas y argumentos que giran alrededor de la problemática objeto del presente trabajo y poder determinar la posición del Ecuador con respecto a la naturaleza y tratamiento jurídico del no nacido, he dividido el material de estudio en cuatro capítulos, los cuales tratan diversas posiciones sobre distintos problemas que finalmente repercutirán en la solución encontrada.

Como primer momento, he considerado útil comenzar esta tesina con la exposición de las ideas sobre el término persona natural y el alcance que este tiene, en dos corrientes doctrinarias radicalmente opuestas, ambas defendidas por destacados juristas. La primera, que afirma que la condición de persona y por ende la personalidad jurídica son características otorgadas por el Derecho, motivo por el cual no necesariamente se encuentra una equivalencia entre el ser humano y la persona natural, ya que pueden existir individuos pertenecientes a la especie humana, que no alcancen el carácter de personas. Por el otro lado, la segunda corriente de pensamiento, asevera

que el término persona natural tiene una identidad absoluta con el concepto de ser humano. Razón por la cual al Derecho simplemente le corresponde reconocer la personalidad jurídica a todos los individuos de la especie humana, más no tiene el poder de discriminar al establecer quien es o no persona.

Inmediatamente después, se examina el tratamiento que distintas doctrinas jurídicas le dan al *nasciturus*. Una de las cuales, establece que la criatura que se encuentra en el vientre materno es un objeto de protección diferenciado o a la mucho una potencialidad de ser humano, pero que no ha alcanzado el estatus de persona, por no cumplir aún con el requisito legal del nacimiento. Una segunda corriente de pensamiento afirma que el *no nato* es un sujeto de derechos pero no una persona, ya que ostenta la titular de ciertos derechos fundamentales, pero aún no está completamente separado de la madre, requisito este necesario para ostentar la calidad de persona. Mientras que una última doctrina jurídica, afirma que el no nacido, es un ser humano, distinto de cualquier otro y que como tal, merece ser tratado como persona.

Más adelante, consideré necesario plantear y estudiar los argumentos que han sustentado las distintas posiciones frente al aborto, como consecuencia de la adopción de una de las teorías sobre el alcance del término persona y la condición jurídica del *nasciturus*. Las corrientes pro-abortistas han apoyado la legalización del aborto, sustentado su posición básicamente en el desconocimiento del carácter de persona del *nasciturus*, y la prevalencia de los derechos de la mujer sobre su propio cuerpo. Mientras que las corrientes anti-aborto, han basado sus argumentos en los avances científicos que han establecido que el *no nato* es un ser perteneciente a la especie humana y totalmente distinto de su madre; que por lo tanto, es una persona con titularidad de derechos, entre estos el de la vida. Motivo por el cual, se opone a la legalización del aborto, considerándolo a este un crimen contra la vida de una persona inocente.

Todos estos lineamientos, finalmente concurrirán a la ayuda, de esclarecer el pilar fundamental de este trabajo, que es determinar la condición jurídica del *nasciturus* y el tratamiento que este tiene en el Derecho ecuatoriano. Razón por la cual en el último capítulo analizaremos cuidadosamente las principales normas que conforman el régimen jurídico ecuatoriano pertinentes al *no nato*, para así poder establecer la posición que nuestro ordenamiento jurídico a adoptado con respecto a la naturaleza del mismo.

## CAPÍTULO I

### “EL ALCANCE DEL CONCEPTO DE PERSONA NATURAL: TEORÍAS EN PUGNA”

Aunque a simple vista, el concepto de persona (y para efectos de este trabajo, específicamente, el de persona natural), en principio parecería no tener dificultad técnica alguna, ha hecho surgir grandes debates, de enorme trascendencia para la humanidad, alrededor de él. Tras miles de años de discusión alrededor de dicha palabra y reinando en distintas épocas y lugares diferentes corrientes de pensamiento; en la actualidad, lamentablemente, todavía no se ha llegado a un consenso sobre el alcance o el contenido del término persona natural; encontrando así diferentes teorías, que en ciertos aspectos discrepan radicalmente unas de otras, las cuales revisaremos rápidamente, en este primer capítulo.

#### **1.1. Teoría Positivista, Clásica o Reduccionista**

La primera corriente de pensamiento, ha criticado la equivalencia de persona natural y ser humano, pues según ella esto obedece a un tratamiento con apoyo en la biología y sin ningún fundamento jurídico, afirmándose que es persona aquel ser que el Derecho determine como tal<sup>1</sup>. “El hombre y la persona (natural) no son términos sinónimos. El hombre existe en la naturaleza, la persona solamente en el derecho”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. B. CARRIÓN, *El nuevo relato ecuatoriano. Crítica y antología*, Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1950, p. 85.

<sup>2</sup> I. HOYOS CASTAÑEDA, *Las personas y sus derechos. Consideraciones bioético-jurídicas*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000, p. 21.

“Para la ciencia del derecho”, dice la autora I. HOYOS, al explicar la corriente, denominada por ella como Reduccionista, “la palabra persona (natural) no indica un ente o un ser, ni mucho menos la realidad antropológica del ser humano, es simplemente una construcción jurídica, es decir un concepto abstracto que sirve para indicar que a determinados seres se les atribuye capacidad para ser titulares de derechos subjetivos”<sup>3</sup>. El calificativo reduccionista es fruto de la idea de que debe haber una separación entre la definición de persona y ser humano, lo que implica reducir el ámbito de aplicación del concepto de persona natural respecto del ser humano<sup>4</sup>. Algunos autores en este mismo sentido han establecido que el ser humano, para que sea considerado por el Derecho, debe ser tomado en cuenta “no desde su realidad plenaria, sino desde el punto de vista jurídico, es decir desde su conducta, ya que el concepto jurídico de persona (natural) no coincide con el antropológico, puesto que persona natural en sentido jurídico, no es lo mismo que persona en su realidad plenaria”<sup>5</sup>.

Esta teoría, al igual que el pensamiento clásico romano, distingue entre el concepto de ser humano y persona. El antiguo Derecho romano, llamaba persona al hombre libre y discriminaba de esta calidad a los esclavos, los cuales ostentaban el carácter de seres humanos, pero no eran considerados ni tratados como personas por el Derecho. Como bien dice B. CARRIÓN<sup>6</sup>, los romanos “a la voz de hombre le daban un sentido natural”, más no jurídico, ya que el Derecho romano, no consideraba a todos los seres humanos como personas. Es así que F. PUIG, explica que en el Derecho romano la existencia de la esclavitud y la consideración de los siervos como hombres desprovistos de la condición de persona, determinó, la distinción entre el ser humano y la persona. “Ello llevó a que, como lo pone de relieve GUASP, el jurista haya conocido a lo largo de la historia, hombres que no eran personas”<sup>7</sup>.

El término persona (natural) en sentido jurídico, dicen algunos autores, es un concepto más funcional, que natural, ya que es posible concebir situaciones en las

---

<sup>3</sup> *Ibíd.*, p. 21.

<sup>4</sup> *Cfr. Ibíd.*, p. 3.

<sup>5</sup> A. TORRÉ, *Introducción al derecho*, duodécima ed. actualizada, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 186.

<sup>6</sup> *Cfr. B. CARRIÓN, El nuevo relato ecuatoriano...*, *op.cit.*, p. 84.

<sup>7</sup> F. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español: Parte general*, 3era ed., Ediciones Pirámide, Madrid, 1976, p. 236.

cuales el concepto jurídico de persona natural: ente capaz o susceptible de tener derechos y de contraer obligaciones, difiere del concepto vulgar del mismo, entendido este último, como cualquier individuo de la especie humana. “Tal es el caso de seres humanos vivos que no son considerados personas por el Derecho, como ocurre con la criatura que se encuentra en el vientre materno”<sup>8</sup>.

Para esta primera corriente de pensamiento, como era de esperarse, la condición de persona, indiscutiblemente, trae aparejada la aptitud de poder ser titular de derechos y obligaciones. Sin embargo, como consecuencia de lo antes expuesto, esta aptitud, mejor conocida como personalidad jurídica, esta concedida solo a las personas que el Derecho las a calificado como tal. Es decir, la personalidad jurídica, no es una facultad que le pertenece a todos los seres humanos, sino solamente, a los que son considerados como personas por el Derecho.

La interpretación hecha por algunos autores, pertenecientes a la corriente positivista antes expuesta, del artículo 51 del Código Civil (en adelante CC) de la Argentina, es un claro ejemplo, que ilustra perfectamente esta línea de pensamiento, aunque el ejemplo no sea aplicable para todos los pensadores encuadrados en esta corriente, ni para todos los ordenamientos jurídicos. El artículo 51 del CC argentino establece: “Todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible”. El jurista A. VALENCIA dice que los “signos característicos de humanidad” han sido interpretados en el Derecho argentino en el sentido de que al nacido no le falten los órganos necesarios de un ser humano. “Así, el acéfalo, el acardiaco, los bicéfalos, etc., no gozan de personalidad jurídica, pues no se les considera personas que pueden tener una vida extrauterina autónoma”<sup>9</sup>.

Como podemos ver, en el caso de la Argentina, y siguiendo la línea de interpretación antes expuesta, el Derecho a establecido que para ser persona de existencia visible se debe presentar signos característicos de humanidad, y estos han sido interpretados, una vez más, en virtud del pensamiento clásico romano, el cual no

---

<sup>8</sup> L. PARRAGUEZ RUIZ, *Manual de Derecho Civil ecuatoriano. Personas y familia*, 6ta ed., Universidad Técnica Particular de Loja, Loja, 1999, p. 48.

<sup>9</sup> A. VALENCIA ZEA Y A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil: Parte General y Personas*, 14ta. ed., Editorial Temis, Bogotá 1997, p. 299.

consideraba persona a los *monstrum* o *prodigium*. Es decir, el Derecho a lo largo de la historia ha establecido ciertos requisitos para adquirir la condición de persona, sin los cuales no se reconoce personalidad jurídica alguna. Los seres humanos, que no posean los signos característicos de humanidad, no tienen, para el CC argentino personalidad jurídica.

En consecuencia, decimos que la doctrina clásica no admite que la pertenencia al género humano sea fundamento suficiente para reconocer a todo individuo el carácter de persona, y por lo tanto, la titularidad o susceptibilidad de derechos, entre estos los fundamentales. Los derechos, por lo tanto, solo corresponden, a aquellos seres humanos, que ostenten las condiciones o posean las propiedades que el ordenamiento jurídico les imponga. Únicamente, los seres así son personas, y solo la persona así entendida tiene personalidad jurídica y por lo tanto titularidad de derechos.

En el mismo sentido, la autora I. HOYOS, afirma que en Colombia ha sido la tesis Reduccionista la que tenido mayor redundancia. Ya que se posterga el inicio de la persona respecto del ser humano, cuando se considera ser humano al que está por nacer, pero se le desconoce el carácter de persona.<sup>10</sup> Por lo tanto, este sector de la doctrina jurídica defienden que los derechos no se predicen del ser humano sino de la persona; significando esto, como ya antes lo establecimos, que ser persona natural, no es de origen natural sino positivo, porque los hombres no tienen naturalmente el carácter de personas en sentido jurídico. Es competencia del Derecho positivo el determinar quienes son jurídicamente personas, y por lo tanto gozan de personalidad jurídica.

F. PUIG explica que “la personalidad es la condición que el Derecho exige y confiere para poder tomar parte del mundo jurídico, es una investidura que actúa de condición *sine que non* para proyectar y recibir los efectos jurídicos. Es un marchamo sin el cual no se puede entrar en el campo de la juridicidad”<sup>11</sup>. Para este autor, entre muchos otros, la personalidad es siempre un atributo conferido por el Derecho, y por lo tanto, siempre tiene la condición de categoría jurídica. Es así, que una vez más, el Derecho puede no otorgarle personalidad a un sujeto, por no considerarlo persona.

---

<sup>10</sup> Cfr. I. HOYOS CASTAÑEDA, *Las personas y sus derechos...*, op. cit., p. 13.

<sup>11</sup> F. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español...*, op.cit., p. 236.

Finalmente, y resumiendo esta primera línea de pensamiento, se puede decir que la persona tanto jurídica (colectiva) como natural, es una creación legal; la legislación positiva es la que determina quien es persona y cuáles son los requisitos legales para que se otorguen a un determinado ser, dicha categoría jurídica. Para esta postura doctrinal, no hay identidad entre las nociones de ser humano y de persona natural, ya que pueden haber casos, en que un ser humano, no sea persona.

## 1.2. Teoría Unitaria o Ius naturalista

Esta segunda corriente doctrinaria, critica fuertemente las ideas y argumentos planteados por la teoría Clásica, anteriormente explicada. La corriente Unitaria, básicamente justifica la identidad intrínseca entre persona natural y ser humano. Considera que el término persona natural, debe caracterizar al individuo de la especie humana, porque lo contrario llevaría a una sociedad fragmentada, en la cual los hombres estarían divididos en dos grupos antagónicos, el hombre-persona que se convertiría en juez del hombre-natural. La doctora I. HOYOS, ferviente defensora de esta teoría dice que “no hay actos más fuertes de disposición sobre un ser humano que establecer si es o no persona”<sup>12</sup>. Diferentes autores, críticos de la doctrina Reduccionistas, explican que un concepto de persona (natural) que no incluya a todos los individuos de la especie humana, es resaltar ciertas cualidades, condiciones o expresiones de la persona, más no reconocer al ser humano en si mismo, desprovoyéndole de esta manera de dignidad.

El concepto jurídico de persona natural tiene relación con el concepto filosófico del mismo (individuo de naturaleza racional), dicen los seguidores de esta línea de pensamiento. Uno y otro se refieren a la misma realidad, al ser humano<sup>13</sup>. El término persona natural, es sinónimo de hombre, se identifica con el individuo de la especie humana. La única condición necesaria y exigida, en el Derecho moderno, debería ser, y es, en muchos ordenamientos jurídicos, entre estos el Derecho Internacional, el pertenecer a la especie humana, es decir ser *homo sapiens*.<sup>14</sup> Así puede decirse que la

---

<sup>12</sup> I. HOYOS CASTAÑEDA, *Las personas y sus derechos...*, op. cit., p. 13.

<sup>13</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 64

<sup>14</sup> En el voto razonado del Juez Roux Rengifo, en el caso Bámaca Velásquez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se estableció que “ la consagración normativa del derecho a ese reconocimiento (Art. 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos: reconocimiento de la

persona natural no es un ser creado por el Derecho: es preexistente a él y, en cuanto tal, es un ser ante el Derecho.<sup>15</sup>

A. TORRÉ dice “que no puede haber ni ha habido seres humanos que carezcan en absoluto de personalidad jurídica, es decir que no sean personas en sentido jurídico. Inclusive los esclavos si bien se compraban y vendían, teniendo en esas relaciones el carácter de cosas, siempre tuvieron algunos derechos, aunque limitadísimos, por la sencilla razón de que eran seres humanos, y en consecuencia tenían personalidad jurídica”<sup>16</sup>. Como vemos, para algunos autores, no es posible que un ser humano no sea persona. Siempre un individuo de nuestra especie va a tener personalidad jurídica y por lo tanto titularidad de derechos, así sean limitadísimos por su condición, o por una arbitrariedad del ordenamiento jurídico que lo regula; pero jamás se podrá llegar al extremo de afirmar que un ser humano, no es persona, ya que el hacerlo sería un absurdo jurídico además de eminentemente contradictorio con la lógica, la doctrina y principios del Derecho Internacional. Otros juristas, aunque se encuentran en esta misma línea de pensamiento, es decir consideran que todos los seres humanos tienen la calidad de personas, discrepan con la explicación que A. TORRÉ da sobre los esclavos, esto dice, que en efecto, los esclavos, no tenían derechos y por ende tampoco personalidad, motivo por el cual, no eran considerados personas por el Derecho afirmando de esta forma que la desaparición de la esclavitud implicó la asimilación de las ideas de hombre y persona. Por lo que en la actualidad esta distinción no es pertinente ni viable<sup>17</sup>. Más allá, del tema de la esclavitud, que en épocas anteriores se vivió en muchos lugares de nuestro planeta, hoy por hoy el decir que un ser humano no es persona, sería retrógrada, y eminentemente contrario a la dignidad del mismo.

---

personalidad jurídica) se dirige a contrarrestar un flagelo que merece ser combatido, en su especificidad, con el mayor vigor: aquél que consiste en que determinados ordenamientos jurídicos establecen, por definición, que ciertas categorías de seres humanos carecen de la condición de sujetos de derechos y deberes y son, para todos los efectos, asimilables a cosas”. Caso *Bámaca Velásquez*, del 25 de noviembre del 2000, disponible en [www.corteidh.or.cr/casos.cfm](http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm), consultado el 2 de Mayo del 2007.

<sup>15</sup> En el voto razonado de García Ramírez de la sentencia al caso *Bámaca Velásquez* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 25 de noviembre del 2000, se dijo que: “para llegar a la conclusión que sostuvo la Corte, es preciso analizar el sentido del derecho acogido por el art. 3: reconocimiento de la personalidad jurídica, es decir, recepción de un dato que preexiste al acto de quien lo reconoce”. Comentado por F. BARBOSA DELGADO, *Litigio Interamericano. Perspectiva Jurídica del Sistema de Protección de Derechos Humanos*, Universidad de Bogotá, Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, 2002, p. 308.

<sup>16</sup> A. TORRÉ, *Introducción al Derecho*, op.cit., p. 185.

<sup>17</sup> Cfr. B. CARRIÓN, *El nuevo relato ecuatoriano...*, op. cit., p. 85.

“Existe una persona natural jurídicamente hablando, porque hay un ser humano”<sup>18</sup>. La persona natural se aplica al ser humano, y esto desde el mismo instante en que comienza a ser, hasta que por naturaleza muere. Esta primera corriente doctrinaria opina que la definición de persona (“todo ente capaz de tener derechos y contraer obligaciones”)<sup>19</sup> es aplicable tanto para las personas naturales (y por lo tanto a todos los seres humanos), como para las jurídicas; ya que ellos entienden que no toda persona es ser humano (Ej. personas jurídicas), pero si todo ser humano es persona. Los defensores de la doctrina Unitaria, están convencidos, como ya lo hemos dicho anteriormente, de que todo individuo de la especie humana, sin distinción de edad, sexo, estirpe o cualquier otra condición, son personas jurídicamente hablando; y pensar lo contrario sería evidentemente discriminatorio.

Las ideas de esta corriente doctrinaria, se encuentran plasmadas en la actualidad, en muchos códigos, leyes y constituciones de diferentes países. Adicionalmente, considero que muchos convenios internacionales, que a lo largo de este trabajo iremos mencionando, han reconocido la equivalencia absoluta entre ser humano y persona natural, ya que para estos no existe ser humano desprovisto de personalidad jurídica<sup>20</sup>. Así por ejemplo, el art. 41 del CC ecuatoriano, establece que: “son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición”. Así mismo, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención Americana o CADH), en su artículo 1.2 establece que: “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” y el artículo 3 dispone que: “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante Declaración Americana o DUDH), es otro instrumento internacional, el cual, en su artículo 6, consagra el reconocimiento de la

---

<sup>18</sup> A. GARCÍA FLORES, *Protección de los niños no nacidos en el sistema interamericano de Derechos Humanos*, Advocatus, Córdova, 2001, p. 35.

<sup>19</sup> L. PARRAGUEZ RUIZ, *Manual de Derecho Civil ecuatoriano...*, op. cit., p. 48.

<sup>20</sup> En la sentencia al Caso Bámaco Velásquez, se estableció expresamente, que “el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica establecido en el artículo 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos tiene, al igual que los demás derechos protegidos en la Convención, un contenido jurídico propio”. Así mismo el voto razonado de García Ramírez, a esta sentencia estableció que la personalidad jurídica, atribución reconocida a todo ser humano, en virtud del artículo 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, implica la capacidad que tiene la persona humana para ser, por esa misma condición radical, persona jurídica. Caso Bámaco Velásquez, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 25 de noviembre del 2000, disponible en [www.corteidh.or.cr/casos.cfm](http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm), consultada el 2 de Mayo del 2007.

personalidad jurídica a todo ser humano. Siendo así, podemos afirmar que la personalidad jurídica constituye una condición inseparable de todo ser humano, la cual es reconocida por el Derecho más no otorgada por él. Como bien dijo F. BARBOSA: “la personalidad jurídica trae consigo, justamente, esa capacidad de ser sujetos de derechos y obligaciones, titular de las consecuencias jurídicas de cierta situación”<sup>21</sup>, cuyo objeto, al decir de CEPEDA, es “garantizar a todo ser humano su protección en el ámbito jurídico, de tal manera que se le asegure la posibilidad de adquirir derechos y contraer obligaciones”<sup>22</sup>. Adicionalmente, los pensadores, encuadrados en esta doctrina, se apoyan en el hecho de que de la lectura de distintos textos internacionales, como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADDH), la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), entre otras, se refieren indiscriminadamente a hombre, persona, ser humano, persona humana, individuo; es decir son términos que se usan sin distinción alguna, asimilándolos unos con otros y por lo tanto, otorgándoles el mismo tratamiento. Solo a modo de ejemplo, podemos ver que la DUDH, en el segundo párrafo de su preámbulo utiliza como sinónimos los términos “hombre” y “ser humano”, y en el cuarto párrafo la equivalencia es para los términos “hombre” y “persona”. Para luego, en su articulado utilizar en semejanza absoluta los términos “ser humano”, “persona” e “individuo”<sup>23</sup>. La paridad entre estos términos nos hace saber que todos los seres identificados con cualquiera de los

---

<sup>21</sup> F. BARBOSA, *Litigio Interamericano. Perspectivas Jurídicas del Sistema de Protección de Derechos Humanos*, Universidad de Bogotá, Jorge Tadeo Lozano, Colombia, 2002, p. 309.

<sup>22</sup> B. CARRIÓN, *El nuevo relato ecuatoriano...*, op. cit., p. 85.

<sup>23</sup> El párrafo 2 del Preámbulo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone, “Considerando que el desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajante para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del **hombre**, el advenimiento de un mundo en que los **seres humanos**, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias...”, así mismo el párrafo 5 establece, “Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del **hombre**, en la dignidad y el valor de la **persona humana** y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad...”

Adicionalmente, en este mismo instrumento internacional, los Artículos 1 y 6 usan el término ser humano; los arts. 2, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 usan la palabra persona; y, los artículos 3 y 19 usan el término individuo.

vocablos antes expuestos, son titulares de derechos fundamentales, provistos de personalidad jurídica y por lo tanto personas jurídicamente hablando.

Según la doctrina *Jus Naturalista*, los Derechos Humanos son preexistentes e independientes de la ley positiva, fundándose en el hecho de que todo ser humano es persona y como tal digno y dotado de derechos. Por lo que, la noción de persona natural lejos de concebirse como una noción privatista, exclusiva del Derecho Civil, ha pasado a ser considerada, por modernos textos de Derechos Humanos, y por el constitucionalismo contemporáneo, la base y el centro de todo ordenamiento jurídico, y el término por excelencia para identificar al ser humano.<sup>24</sup> El pensar lo contrario sería desproveer a los Derechos Humanos de su universalidad e inherencia a todos los sujetos de la especie humana<sup>25</sup>.

Ahora, regresando al ejemplo dado en la primera parte de este capítulo, sobre la interpretación del art. 51 del CC Argentino, R. RABINOVICH, junto a otros pensadores, interpretan este artículo de una manera diametralmente opuesta a la explicada en el acápite anterior. Para mi entender la interpretación de R. RABINOVICH deja de ser discriminatoria, además de que es más acorde con la realidad actual, y concordante con la segunda doctrina que hemos estado analizando en esta sección. Es así que R. RABINOVICH<sup>26</sup> considera que la norma contenida en el artículo antes mencionado, ha sido poco comprendida por una rama de la doctrina; “ya que los textos no nos dicen por que signos se reconoce una criatura humana. La ley no determina que es lo que debe entenderse por signos característicos de humanidad”. El espíritu del CC de la Argentina, no ha sido que se trate de un ente que presente las formas y las características ordinarias del ser humano, puesto que no importa que tales formas sean perfectas o presenten deformaciones más o menos graves, ya que el artículo agrega expresamente, “sin distinción de cualidades o accidentes”. Los estudios actuales sobre el ser humano, han demostrado la imposibilidad natural de la existencia de monstruos o prodigios; es así que R. RABINOVICH, en virtud de su interpretación del CC argentino,

<sup>24</sup> Cfr. I. HOYOS CASTAÑEDA, *Las personas y sus derechos...*, op. cit., p. 15.

<sup>25</sup> F. BARBOSA, *Litigio Interamericano...*, op. cit., p. 58., ha dicho que “La universalidad de los derechos Humanos, tiene relación con el reconocimiento de los derechos de toda persona humana, sin distinción de raza, sexo o condición. Esta cualidad implica, *prima facie*, que todas las personas tienen sus derechos en virtud de su inherencia, y que ningún Estado, independientemente de la clase de gobierno que imponga, puede determinar quién tiene derechos y quién no”.

<sup>26</sup> R. RABINOVICH BERKMAN, *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 142.

afirma que, a todos los seres humanos se les reconoce el carácter de personas, logrando con ello el codificador, un “adecuado ordenamiento jurídico conforme a los principios básicos instituidos por la Constitución nacional, que garantiza la igualdad y no discriminación”<sup>27</sup>.

Como podemos observar, para esta corriente de pensamiento, lo decisivo es la vida humana, puesto que cualquier deformación por grave que sea, no impide que el Derecho reconozca la existencia del ser humano y por ende de la persona. “Los signos característicos de humanidad”, vuelve a decir R. RABINOVICH, “no pueden ser un simple examen anatómico externo. Hay que apuntar más lejos, es un criterio dinámico y ajustable al estado de la ciencia. Por lo que actualmente, el signo característico de humanidad es la estructura genética humana, perfectamente determinable en cualquier ser, inclusive en el concebido”<sup>28</sup>.

Por lo tanto, una separación entre ser humano y persona natural, es arbitraria y sin fundamento real, además de altamente discriminatoria; ya que es la generación y no cualquier condición la que determina quién es un ser humano, y por lo tanto persona jurídicamente hablando. Adicionalmente, la idea de que no todos los hombres son personas, reciente ante lo que modernamente se denomina dignidad del ser humano. El comportamiento que le es adecuado al ser humano, conforme a su dignidad, es que tanto el Estado como los particulares reconozcan su titularidad natural de derechos, y por ende su personalidad. Es por ello, que el considerar a unos personas y a otros no, implica desconocer la dignidad intrínseca del ser humano, merecedor de un trato igualitario y acorde como personas en virtud de su naturaleza. Los documentos internacionales insisten en cualificar a la dignidad como intrínseca o inherente a todo ser humano, ya que esta nos corresponde en razón de nuestra naturaleza y no del positivismo jurídico<sup>29</sup>. La dignidad que se predica de la persona no es una mera

---

<sup>27</sup> *Ibíd.*, p. 143.

<sup>28</sup> R. RABINOVICH BERKMAN, *Responsabilidad del Médico. Aspectos civiles, penales y procesales*, Editorial Astreas, Buenos Aires, 1999, p. 143.

<sup>29</sup> Art. 11 de la CADH: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”; párrafo primero del preámbulo de la DUDH: “considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana...”; párrafo primero de la Convención sobre los Derechos del niño y del PIDCP: “considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo se basan en

cualidad, sino el mismo estatuto ontológico del ser humano, que lleva consigo la condición natural de sujeto de derechos. En esta forma, los derechos naturales, hoy llamados Derechos Humanos, son la expresión jurídica de la dignidad de la persona humana. En consecuencia, por la dignidad que todos los seres humanos ostentamos, como bien digo I. HOYOS, al explicar la idea generada por KANT “el hombre no es, ni puede ser medio para el hombre, sino alguien que debe ser aceptado por la ley en la preeminencia de su ser. Ningún ser humano puede ser tratado como cosa, como simple medio, porque la persona es fin en si misma por antonomasia”<sup>30</sup>. Todo ser humano es digno, todo hombre merece respeto por la excelencia de su ser, de su propia estructura ontológica, y es por ello que creo, que el no reconocer a todo ser humano su personalidad y por ende su calidad de persona, es el acto de disposición más atroz que se puede cometer, cosificando al ser humano y desconociéndole su dignidad, como no hace muchos años pasó con los esclavos.

Finalmente, podemos concluir diciendo que para la doctrina *Jus Naturalista*, en la civilización actual, todo ser humano es persona, puesto que no hay hombre sin la susceptibilidad de adquirir derechos, y desprovisto de aquellos llamados personalísimos, entendidos como los que no tienen un contenido patrimonial, innatos al ser humano, vitalicios, absolutos, personales, irrenunciables, inalienables, inembargables, e imprescriptibles; mejor conocidos como Derechos Humanos. R. RABINOVICH expresa que no concibe que haya seres humanos con susceptibilidad de adquirir derechos sin que haya persona, ya que los derechos se predicen del ser humano<sup>31</sup>. Motivo por el cual, esta corriente doctrinaria identifica el concepto de ser humano con el de persona natural, puesto que la pertenencia al género humano, es fundamento suficiente para ser persona; ya que el desconocimiento de esta identidad, de la personalidad jurídica, implicaría la cosificación del ser humano y con ello el desconocimiento de su dignidad<sup>32</sup>.

---

el reconocimiento de la dignidad intrínseca...”; párrafo 2 del PIDCP: “Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana...”, etc.

<sup>30</sup> Cfr. I. HOYOS CASTAÑEDA, *Las personas y sus derechos...*, op. cit., pp. 82-84.

<sup>31</sup> Cfr. R. RABINOVICH BERKMAN. *Derecho Civil...*, op. cit., p. 212

<sup>32</sup> “El desconocimiento de la personalidad jurídica equivaldría a la negación absoluta de la posibilidad de que una persona humana sea titular de derechos y obligaciones. En este caso se le trataría como un objeto materia de una relación jurídica, no sujeto de ella, o se le reduciría a la condición de esclavo. De todo lo dicho se desprende que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica tiene sustancia

---

o entidad propia y no puede ser visto como un reflejo de una situación de hecho que prive al individuo de la posibilidad de ejercer los derechos de los que, sin embargo, no se le ha negado la titularidad. Esto entrañaría una situación jurídica –desconocimiento de la personalidad de este carácter-, en tanto aquello constituye un hecho, tan deplorable o limitante como se quiera, pero no necesariamente derogatorio, en sí mismo, de la personalidad jurídica del ser humano que lo padece” Voto razonado del Juez García Ramírez, en la sentencia Bámaca Velásquez, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 25 de noviembre del 2000, disponible en [www.corteidh.or.cr/casos.cfm](http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm), consultada el 2 de Mayo del 2007.

## CAPÍTULO II

### “DISTINTAS TEORÍAS SOBRE LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL NASCITURUS”

En este capítulo trataremos de contestar básicamente dos interrogantes: ¿cuál es la naturaleza del *nasciturus*? y ¿qué tratamiento debería darle el Derecho a esta criatura? Estas preguntas han estado girando en la mente de muchos científicos y especialmente juristas a lo largo de la historia. Sin embargo, las respuestas han sido muy variadas, dependiendo del avance de la ciencia, del ordenamiento jurídico que lo regula, de la corriente doctrinaria que se siga, etc. A continuación expondremos a grandes rasgos tres distintas líneas de pensamiento, que aunque pueden tener cosas en común, la solución a la que llegan, es decir su respuesta a las cuestiones antes planteadas, son distintas y acarrear consecuencias diametralmente opuestas.

#### **2.1. El *nasciturus* no es persona**

La mayoría de juristas profesan que en la antigua Roma predominó la consideración del *no-nato* como víscera materna, es decir como parte de las entrañas de la mujer; mereciendo así, una protección jurídica por su carácter de objeto relevante y potencialidad de ser humano. Para el pasado Derecho romano, según R. RABINOVICH, el comienzo de la individualidad del ser humano, se daba con el nacimiento, ya que antes de dicho acontecimiento, lo único observable era el vientre gestante de la madre;

motivo por el cual el feto era una parte más del cuerpo femenino.<sup>33</sup> La independencia, era en ese entonces (y sigue siendo para algunos autores), un requisito esencial para adquirir personalidad jurídica, ya que hasta concluido el parto difícilmente podía hablarse de una persona natural. No obstante, no podemos olvidar que el no nacido existía como ente jurídicamente protegido a los efectos de poder nacer y la madre no tenía disposición alguna sobre dicha criatura.

Hubiera sido muy extraño que el hombre primitivo asignase en principio individualidad y personalidad jurídica a un ente que nadie podía ver y que según toda evidencia, integraba el cuerpo de su madre como otro órgano más de ella. Sin embargo, y a pesar de estas consideraciones, la catalogación del no-nato como víscera materna no importaba una atribución de potestad a la madre, ni un derecho de deshacerse de él. Por el contrario, la mujer en cinta era menos dueña de su vientre, pues había un interés colectivo en el feliz término de la gestación, que la hacía sujeto de cuidados especiales y de protección del grupo.<sup>34</sup> A. VALENCIA, al explicar la condición jurídica del *nasciturus* en el antiguo Derecho romano, manifiesta que, los juristas de la época consideraban al feto como un miembro o porción del cuerpo de la madre, con lo cual se negaba que el *no-nato* sea un simple objeto cualquiera; concepción esta que permitía dar cierta protección jurídica al que está por nacer. Es decir, según este mismo autor, la criatura en el vientre materno gozaba de similar resguardo legal que el cuerpo de la madre, siendo así viable sancionar los hechos ilícitos provenientes de cualquier persona, que lesionaran o impidieran la gestación normal del concebido.<sup>35</sup>

A nadie debe asombrar que los antiguos romanos, al igual que otros pueblos con conocimientos semejantes, considerasen que el objeto de protección era el vientre de la mujer. Era esencial, pues, salvaguardar tales vientres y a sus portadoras, para que el grupo continuase. Como bien dice R. RABINOVICH: “el sentido común fue más importante para nuestros remotos ancestros de lo que antes pensábamos: la plena existencia individual de un nuevo ser podía predicarse solo desde que aparecía en el parto, espontáneo o no”<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> Cfr. R. RABINOVICH BERKMAN, *Derecho Civil...*, op. cit., p. 190.

<sup>34</sup> *Ibíd.*

<sup>35</sup> Cfr. A. VALENCIA ZEA Y A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil...*, op. cit., p. 301.

<sup>36</sup> R. RABINOVICH BERKMAN, *Derecho Civil...*, op. cit., p. 189.

La doctrina que modernamente sigue considerando al *no-nato* como un objeto relevante o una potencialidad de ser humano, que merece tener, por diversas consideraciones, cierta protección jurídica; pero jamás un tratamiento de persona natural, se vio influenciada por la concepción que el antiguo Derecho romano tenía sobre el *nasciturus*. “El derecho civil actual”, dice A. VALENCIA, “guarda esta idea de los romanos, de que el concebido es una porción de la vida misma y del cuerpo de la madre, salvo la advertencia de que tal porción u órgano debe considerarse como la más noble, en virtud de su potencialidad de poder separarse en lo futuro del cuerpo de la mujer y constituirse en una vida autónoma”<sup>37</sup>. Así mismo, SALVAT, miembro entusiasta de esta primera línea de pensamiento, varias veces citado por RABINOVICH, establece que “en el orden natural una persona supone una individualidad distinta de las demás, con vida propia e independiente. El ser humano, mientras permanece en el seno materno, no reúne estos requisitos; orgánicamente no es sino una entraña de la madre. En estas condiciones ha sido un error considerarlo como una persona real, ya existente”.<sup>38</sup> Como podemos ver, sea, que se le considere al concebido como un objeto de protección o como un ser humano, por el hecho de no tener individualidad e independencia, requisitos estos fundamentales, no se le puede otorgar el carácter de persona, y todas las consecuencias jurídicas que ello implica. Antes de que se produzca tal singularidad y autonomía, la criatura merece protección de su vida, pero no es titular del derecho a la vida. La carencia de personalidad jurídica del concebido, ha sido interpretada como una consecuencia de no ser independiente de la madre; confundiéndose entonces con la personalidad de esta<sup>39</sup>.

A pesar de la falta de consenso, respecto a si el *no-nato* es o no parte del cuerpo de la madre y especialmente si es una persona distinta de ella, parecería que muchos de los Códigos Civiles actuales, recogen estas ideas, al desconocer el carácter de persona al que está por nacer. De esta forma, el concebido, según los juristas encuadrados en esta tendencia, no es persona, por lo tanto, tampoco es titular de derechos, siendo simplemente una criatura que debe ser protegida en virtud de intereses futuros, tanto individuales como colectivos. Se distingue, en consecuencia, entre la protección a la

---

<sup>37</sup> A. VALENCIA ZEA Y A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil...*, op. cit., p. 301.

<sup>38</sup> R. RABINOVICH BERKMAN, *Derecho Civil...*, op. cit., p. 223.

<sup>39</sup> Cfr. B. CARRIÓN, *El nuevo relato ecuatoriano...*, op. cit., p. 85.

vida, y el derecho fundamental de la vida. Del derecho a la vida, solo puede ser titular el nacido, la persona; el concebido, llanamente tiene una protección jurídica, pero no un derecho fundamental.<sup>40</sup>

Esta primera teoría, como bien podemos observar, desconoce abiertamente el carácter de persona o sujeto de derechos al *nasciturus*. Sin embargo, están de acuerdo en que es obligación del Estado el proteger la vida del feto, por su relevancia futura en la vida social. Pero, nunca dejando de aclarar, que aquello no implica que sea posible, ni imprescindible, considerarlo persona para efectos jurídicos.

Son varios los códigos que en Latinoamérica han adoptado la doctrina antes expuesta. Así por ejemplo, el Código Civil Chileno establece que el concebido es protegido aún antes de su nacimiento, sin que esto implique considerarlo persona, ya que la existencia legal principia al nacer, esto es cuando la criatura ha sido completamente separada de la madre<sup>41</sup>. La protección que se ha dado al *nasciturus*, en este tipo de sistemas jurídicos, se ha manifestado en dos sentidos: primero, como una protección para evitar todo daño que pueda surgir; y dos, como sanción de los menoscabos efectivamente causados. De esta forma, han sido diversas leyes las que establecen algún tipo de protección hacia el no nacido.<sup>42</sup>

Los autores inscritos en esta corriente doctrinaria, aseveran que si “la aptitud para tener derechos corresponde solamente a la persona y que ésta -si es natural-, solo existe a partir del hecho del nacimiento legal, necesariamente habrá que concluir que la criatura no nacida no puede tener derechos”<sup>43</sup>. Es así que el nacimiento marca el término de la condición de *no-nato*, dando paso a la persona natural, y por consiguiente, a la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones. NARANJO OCHOA, en concordancia con esta teoría, sostiene que la separación completa del *no-nato* con el cuerpo de la madre le otorga al hombre la calidad de persona. “Esa es”, dice él, “la *condition iuris* para que el individuo adquiera personalidad”<sup>44</sup>. “La existencia biológica

---

<sup>40</sup> Cfr. I. HOYOS CASTAÑEDA, *Las personas y sus derechos...*, op. cit., p. 52.

<sup>41</sup> Art. 75, del Código Civil Chileno.

<sup>42</sup> Las legislaciones laborales han otorgado importantes beneficios a la mujer embarazada; los Códigos Civiles, por lo general autorizan para que los jueces y funcionarios tomen las providencias que les parezcan convenientes para proteger la existencia del no-nato; las leyes penales, castigan con penas a la mujer que cause su aborto, o que permita que otra persona se lo cause; entre otros.

<sup>43</sup> L. PARRAGUEZ RUIZ, *Manual de Derecho Civil ecuatoriano...*, op. cit., p. 55.

<sup>44</sup> I. HOYOS CASTAÑEDA, *Las personas y sus derechos...*, op. cit., p. 52.

del ser humano comienza con la concepción; pero la personalidad solo se otorga a los seres humanos que nazcan vivos”<sup>45</sup>. Como podemos ver, algunos de los juristas inscritos en esta posición, hacen una distinción entre la existencia biológica y la existencia legal, siendo el nacimiento el requisito necesario para oficialmente existir.

Más allá de si el concebido pero no nacido es considerado un objeto de protección jurídica, parte del cuerpo de la madre, un ser con potencialidad de persona, o una existencia biológica de ser humano; todos los seguidores de esta corriente afirman que la personalidad jurídica se la adquiere al momento de nacer, motivo por el cual el NO-NATO no tiene ni podrá tener titularidad de derechos. Sin embargo, si se alega que el *nasciturus* no posee derechos, por no ostentar la calidad de persona, cabe preguntarse, ¿a que se refieren estos juristas, cuando hablan de los derechos del que está por nacer? Para poder explicar esto debemos volver a las ideas del antiguo Derecho romano, que una vez más constituyen el antecedente más directo de la corriente de pensamiento que estamos estudiando. Para los romanos, dice R. RABINOVICH, “el hombre que había enterrado a su padre en el campo propio creía que el espíritu del muerto tomaba posesión por siempre de ese campo y exigía de su posteridad un culto perpetuo; de donde ha resultado que el campo, dominio del muerto y lugar de los sacrificios, se convirtió en propiedad inalienable de la familia.... Para que el muerto no se transformase en espíritu condenado a errar siempre, en forma de larva o de fantasma, sin detenerse nunca, sin recibir jamás las ofrendas y los alimentos que necesitaba.... era preciso observar ritos tradicionales y pronunciar determinadas fórmulas”<sup>46</sup>. Los ritos funerarios destinados a satisfacer a los espíritus, solo podían ser realizados por los descendientes del difunto, ya que cada familia solo podía satisfacer a los muertos que le pertenecían por propia sangre. El hijo tenía que hacer todos los rituales y sacrificios para satisfacer el espíritu de sus padres y abuelos; la interrupción del culto destruía la felicidad de esa familia para toda la eternidad. Por lo tanto, que tal interrupción no se produjera, era imperativo para todos los romanos,

---

<sup>45</sup> A. VALENCIA ZEA Y A. ORTIZ MONSALVE, *Derecho Civil...*, op. cit., p. 297.

<sup>46</sup> R. RABINOVICH BERKMAN, *Derecho Civil...*, op. cit., pp. 193 - 194.

siendo así necesario para cualquier individuo de esa época, dejar descendencia idónea para rendir homenaje funerario a él y a sus ancestros<sup>47</sup>.

En el interés de continuar los cultos familiares romanos, las instituciones jurídicas tendieron a apoyar las creencias religiosas de su pueblo. Es así que en un contexto de generalizado rechazo a la muerte de un hombre, sin dejar descendencia, toda solución posible a tal tragedia era bien recibida. Es por ello, que si una esposa estaba embarazada ¿por qué privar a esa familia del culto? Si alguien murió dejando encinta a su mujer, no se considerará como que murió sin hijos. Los hijos póstumos (aquellos cuyo padre muere estando simplemente concebidos) en una sociedad purgada de guerras, con predilección por las víctimas masculinas jóvenes, que están en aquellos años que se suponen serán padres, eran muy comunes. En consecuencia, existió una directa relación entre la necesidad de los romanos de tener un descendiente biológico, impuesta por el culto doméstico, y la consideración del *nonato* como persona actual y su consecuente protección jurídica.<sup>48</sup> La frase que con más claridad se refiere, de las que han quedado, a la situación descrita, enarbola la máxima “el concebido a de ser tenido como ya nacido”<sup>49</sup>.

La explicación histórica antes descrita, ha generado a su alrededor una interesante polémica. ¿Existió una ficción jurídica, que asimila al concebido con el nacido? O bien ¿el concebido era en realidad una persona en Roma? Para la corriente de pensamiento, que hasta el momento hemos expuesto, en Roma el *nasciturus*, era, a través de una ficción, considerado como ya nacido. Es así que en algunos sistemas jurídicos contemporáneos se emplea la ficción, de origen clásico, según la cual, solo en ciertos casos, la criatura que se encuentra en el vientre materno y está por nacer, tiene personalidad anticipada. Explica A. VALENCIA, que los ordenamientos jurídicos actuales protegen la vida del no nacido sin la necesidad de considerarlo persona y “en ciertos casos se asimila el concebido al infante ya nacido, con el fin de otorgarle una personalidad diferente de la de la madre. Dos concepciones que no son contradictorias: “la primera expresa la realidad de las cosas en su estado presente; la segunda es una simple ficción que no puede aplicarse sino a cierto número de hechos

---

<sup>47</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 194 - 195.

<sup>48</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 204, 205.

<sup>49</sup> Cfr. *Ibíd.*, p. 205.

especialmente determinados, y que se ocupan de la vida futura del infante”<sup>50</sup>. Es así que para esta primera corriente doctrinaria, cuando se habla de derechos del que está por nacer no se refiere propiamente a derechos que le correspondan al *nasciturus*, puesto que ninguno le corresponde, por no ser persona; lo que se quiere indicar son los derechos que le corresponderían si hubiese nacido y viviese.<sup>51</sup> A manera de ejemplo, y con el objetivo de aclarar esta situación transcribo el artículo 63 del CC ecuatoriano, el cual dispone que: “los derechos que corresponderían a la criatura que esta 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”. Analicemos el ejemplo presentado por el L. PARRAGUEZ, en su obra *Derecho Civil. Parte General y Personas. Volumen 1*, para visualizar mejor esta situación: “se establece una asignación testamentaria de 100.000 dólares a favor de la criatura que está por nacer. El autor de la asignación (causante) fallece antes del nacimiento de la criatura beneficiaria. En ese momento no podemos afirmar que la criatura tenga derecho a esa asignación, puesto que aún no nace. ¿Qué sucede con esta expectativa de derecho? Según el artículo 63 habrá que esperar hasta el momento del nacimiento, de tal manera que si este se produce, la criatura gozará de la asignación como si realmente hubiera existido a la época en que dicha asignación se hizo”<sup>52</sup>, produciéndose de esta manera, el llamado adelanto de la personalidad jurídica. En el caso de que el nacimiento no se verifique, dice el CC ecuatoriano, se entiende que la criatura jamás existió.

Varias son las opiniones en torno a que clase de derechos son estos que le corresponderían al *no-nato* si naciese. Unos consideran que son derechos sometidos a condición suspensiva y otros que son derechos eventuales<sup>53</sup>. La tesis del derecho sujeto a condición suspensiva, dice que el nacimiento es justamente el requisito que aún no se cumple, y que suspende el derecho. Es decir, los derechos estarían

---

<sup>50</sup> A. VALENCIA ZEA Y A. ORTIZ MONSALVE. *Derecho Civil...*, op. cit., p. 304.

<sup>51</sup> Cfr. L. PARRAGUEZ RUIZ, *Manual de Derecho Civil ecuatoriano...*, op. cit., p. 55.

<sup>52</sup> *Ibíd.*, p. 55.

<sup>53</sup> La idea que los derechos condicionales o eventuales que le corresponderían al *nasciturus* ha sido crítica por algunos autores, ya que estos establecen que incluso los derechos condicionales y/o eventuales necesitan de la existencia de un sujeto actual.

condicionados a que el sujeto llegue a existir. Por el otro lado, la tesis de los derechos eventuales, establece que los derechos que le corresponderían al *nasciturus* son derechos en formación.<sup>54</sup>

## 2.2. El *nasciturus* es sujeto de derechos, pero no persona

En los siguientes párrafos trataremos de explicar brevemente una segunda corriente doctrinal, que a diferencia de la primera, le otorga al *no-nato* la calidad de sujeto de derecho, no llegando a proclamarlo persona. Es así que algunos autores, especialmente los juristas peruanos, establecen que el *nasciturus* es un sujeto de derecho distinguiéndolo de la persona. Diferencian, “pero solo con fines de utilidad práctica y jurídica”, dice SONIA MERLYN SACOTO, al concebido de la persona, explicando que el concebido pero no nacido tiene el goce de los derechos, pero los patrimoniales están sometidos a una condición resolutoria<sup>55</sup>.

Aunque en la actualidad los términos sujeto de derecho y persona se entienden y usan como sinónimos, en rigor técnico no son los mismo. Un gran sector de la doctrina jurídica concibe al sujeto de derecho como el ente al cual se le imputan situaciones jurídicas subjetivas. Cuando se habla de sujetos de derecho, dice A. TORRÉ “se refiere a la persona, actuando en una relación jurídica. Así se dice persona por nacer y no sujeto por nacer; sujeto activo y no persona activa; etc.”; mientras que el término persona, “se refiere al ser humano o a las personas colectivas, considerados en sí mismos, aisladamente”<sup>56</sup>. “Desde el ángulo del derecho actual”, expresa A. VALENCIA ZEA, “la frase sujeto de derecho se toma en una acepción concreta, significando a quien está investido actualmente de un derecho determinado”<sup>57</sup>. En tales respectos podemos decir que el término persona es más amplio que el de sujeto de derecho. Así un niño y un loco serán personas, pero existen serios obstáculos para considerarlos *in actu* como sujetos de derecho en los términos técnicos de la ciencia jurídica”. Todo sujeto de derecho, será pues persona; pero no toda persona será sujeto

<sup>54</sup> Cfr. B. CARRIÓN, *El nuevo relato ecuatoriano...*, op. cit., pp. 95-96.

<sup>55</sup> S. MERLYN, SACOTO, *Derecho y reproducción asistida. Retrato de la evolución médica y sus perspectivas legales en Ecuador*, Cevallos Editora Jurídica, Quito, 2006, p. 26.

<sup>56</sup> A. TORRÉ, *Introducción al Derecho...*, op. cit., p. 182.

<sup>57</sup> A. VALENCIA ZEA Y A. ORTIZ MONSALVE. *Derecho Civil...*, op. cit., p. 306.

de derecho, porque la actuación concreta supone aptitud o susceptibilidad, pero no viceversa.<sup>58</sup>

Tradicionalmente, estos entes (los sujetos de derecho) eran solo las personas naturales y jurídicas; sin embargo, el CC peruano, imprimiendo un sello de originalidad, a puesto de manifiesto que en el Derecho, existen al menos cuatro sujetos de derecho: 1. el concebido; 2. la persona individual; 3. la persona colectiva; y 4. las asociaciones de personas no inscritas. Parecería, entonces, que el ordenamiento jurídico y la doctrina peruana, discrepa con la concepción tradicional, de que el sujeto de derecho es el ente que actualmente está involucrado en una relación jurídica investido de un derecho determinado, ya que sería dificultoso considerar al *nasciturus* (al igual que el caso de los niños) *in actum* como sujeto de derecho.

De lo expuesto, los juristas que siguen esta línea de pensamiento, consideran sujeto de derecho al ente que posee derechos, al ser sujeto de imputación jurídica; siendo así lo decisivo la titularidad de estos más no su actual ejercicio. En consecuencia, podemos concluir que esta corriente, considera a todos los seres humanos sujetos de derecho, pero solo a los nacidos, personas naturales; concordando así parcialmente, con la doctrina Positivista explicada en el primer capítulo de este trabajo, la cual considera que el estatus de persona está otorgada por el derecho. Por este motivo, los concebidos, al tener titularidad de derechos (extrapatrimoniales) tienen el carácter de sujetos de derechos, pero no alcanzan la calidad de personas, por no haber nacido aún.

Por otro lado, decimos que las asociaciones de personas no inscritas también son sujetos de derecho por ser centros de imputación jurídica (titulares de derechos), pero no alcanzan la calidad de personas por no estar inscritas en el registro respectivo, según lo estipula el artículo 77 del CC Peruano, acto este necesario para adquirir personalidad jurídica<sup>59</sup>. Como vemos, es una solución, como dijo S. MERLYN, más práctica que apegada a la teoría jurídica.

---

<sup>58</sup> Cfr. F. PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español...*, op. cit., p. 236.

<sup>59</sup> Art. 77 del Código Civil Peruano: la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley.

### 2.3. El *nasciturus* es ser humano y persona

La última corriente de pensamiento que expondremos, para así concluir este segundo capítulo, es diametralmente opuesta a la primera doctrina, ya antes explicada, la cual no le otorgaba la calidad de persona al *no-nato*. A diferencia de esto, esta tercera línea doctrinaria, en pocas palabras, establece que todo ser humano es persona desde su concepción. Los pioneros en el desarrollo de esta teoría dicen que sus ideas son también fruto del antiguo Derecho romano. Para justificar, esta afirmación, han interpretado las fuentes romanas de una manera radicalmente distinta a la explicada en el acápite 2.1. VÉLEZ SÁRSFIELD, redactor del Código Civil argentino, inspirado en las ideas de FREITAS escritor de un modelo de Código Civil brasilero, ambos convencidos de la noción de que el *nasciturus* es una persona para el Derecho, ponen en tela de duda que las modernas interpretaciones del antiguo esquema romano, (las explicadas al inicio de este capítulo) sobre la condición jurídica del *nasciturus*, resistan la lógica<sup>60</sup>. Estos juristas consideran que, el afirmar que el no nacido no es persona (y todos los argumentos que sustentan esta noción), detenta graves contradicciones, producto de una errónea interpretación del pasado Derecho romano, desvirtuando así la verdadera condición, que nuestros antecesores jurídicos, quisieron darle al *no-nato*. “No concibo que haya entes vivientes con susceptibilidad de adquirir derechos, sin que haya persona... si se atribuye derechos a las personas por nacer, aunque como dice SAVIGNY, en un orden especial de hechos, y si los *nasciturus* son representados... es forzoso concluir que ya existen y que son personas: pues la nada no se representa”.<sup>61</sup> Adicionalmente, FREITAS no entendía la lógica, si se partía de la idea de que el *nasciturus* no era persona, de la demora en la ejecución de una mujer embarazada que ha sido condenada, de la existencia del delito de aborto, etc. Motivo por el cual, luego de que este autor estudió las fuentes romanas, concluyó que el *no-nato*, era para nuestros antecesores jurídicos, persona desde su concepción. El *no-nato* humano, explica R. RABINOVICH<sup>62</sup>, al exponer las ideas planteadas por FREITAS y SÁRSFIELD, habría sido en Roma una persona desde su concepción. El clásico enunciado *conceptus pro iam nato*

---

<sup>60</sup> R. RABINOVICH BERKMAN, *Derecho Civil...* op. cit., p. 212.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 212.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 214.

*habetur* (el concebido ha de ser tenido como ya nacido) no constituiría, pues, una ficción jurídica, sino un reconocimiento de la realidad asimilando al *nasciturus* al hijo ya nacido y como tal considerándolo persona”. FREITAS, no ve la diferencia entre la existencia biológica y la legal, ya que buscaba dejar por sentado que la personalidad, en materia de humanos, no puede ni debe disociarse de la vida biológica.

Los juristas que afirman que el Derecho romano trataba al *nasciturus* como persona, se apoyan en varias expresiones encontradas en sus fuentes, como la frase “si alguien dejó encinta a su esposa, no será considerado que murió sin hijos”<sup>63</sup>. Para dichos juristas, esto significaba que el hijo, para todo efecto práctico, ya está vivo, y es sujeto de derecho. Dado el *nonato*, debía verificarse una protección inmediata, actual, equivalente a la que merece cualquier humano ya nacido. Pero, paralelamente, debido a que ese amparo se brindaba considerándolo un sujeto de derecho, y que tal situación le irrogaría la posibilidad de recibir válidamente otros beneficios (legados, donaciones, herencias) se imponía brindar una solución para el supuesto de que no llegase a nacer. Es así que en el Digesto 50, 16, 129, una vez más citado por R. RABINOVICH<sup>64</sup>, aparece la frase “los que nacen muertos no son vistos como nacidos ni como procreados, pues nunca pudieron ser llamados hijos”. Motivo por el cual, “aquí”, dice el mismo autor, “la ficción parece inversa, al estilo del Código Civil argentino: lo que se finge no es la personalidad actual del feto, sino su inexistencia física, su no procreación”.

Por lo antes expuesto, muchos autores, seguidores de FREITAS y VELEZ SÁRSFIELD, partiendo de los textos justinianos, rechazan la tesis de la ficción y se adhieren a la creencia en una paridad ontológica entre el concebido y nacido. Dicen que un estudio integral de las fuentes romanas, reafirma la personalidad del *nonato* como realidad y no como ficción, entendiendo que tal es la verdadera solución romana. El criterio de que la personalidad aparece con el nacimiento, dicen estos autores, lejos de ser genuinamente latino, “constituiría un agregado de la pandectística postsavigniana, exitosa en varios países europeos”.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> Digesto., 50, 17, 187, citado por R. RABINOVICH, *Derecho Civil...*, op. cit., p. 205.

<sup>64</sup> R. RABINOVICH, *Derecho Civil...*, op. cit., p. 207

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 207.

R. RABINOVICH<sup>66</sup>, después de exponer las dos corrientes doctrinarias que interpretan las fuentes del antiguo Derecho romano, e inmediatamente al acabar de explicar los argumentos que FREITAS y SARSFIELD dan para sustentar su interpretación, cita a RINALDI, el cual dice, “cabe reconocer que todo lo expuesto más arriba (se refiere a los argumentos de FREITAS y SARSFIELD) no alcanza para afirmar rotundamente que el Derecho romano consideraba al *nasciturus* como persona desde el momento de la concepción, pero creemos que puede servir de punto de partida para cuestionar la doctrina tradicional que ha afirmado que el Derecho romano no reconocía al *nasciturus* personalidad, considerándolo, solamente una parte de la mujer o de sus vísceras”. “Hay material suficiente en las fuentes para abonar ambas tesis”.

Aunque creo que es importante, entender las ideas de nuestros directos antecesores jurídicos, el llegar a tener una posición certera sobre este tema para así poder exponerla en este trabajo, implicaría una ardua labor de investigación, estudio y análisis de la integralidad de las fuentes romanas, asunto que no lograríamos sintetizar en una tesina y que por el momento no nos corresponde. Es por ello que comparto el lenguaje mesurado de RINALDI y RABINOVICH, sobre las interpretaciones al Derecho romano sobre la condición jurídica del *nasciturus*. Sin embargo, en el estado actual de las cosas, con tantos avances tecnológicos y nuevos conocimientos adquiridos, considero que debemos responder a nuestra realidad palpitante, la cual nos confirma el hecho de que el *no-nato* no es una parte más del cuerpo de la madre, como en algún momento del Derecho romano se pensó, sino un ser humano completamente diferente de sus progenitores<sup>67</sup>, motivo por el cual debe ser tratado como persona.

Es por ello, que más allá de lo que haya podido establecer el antiguo Derecho romano, y superando el debate antes planteado, sobre el tratamiento del *nasciturus* en dicho sistema jurídico, existe una importante corriente, que ha desarrollado fuertes argumentos para justificar el reconocimiento de la personalidad jurídica del *no-nato*. Los autores partidarios de esta idea, posan muchas de sus afirmaciones en la ciencia médica y en los conocimientos que el avance de la tecnología nos ha brindado, en el ordenamiento jurídico internacional, en muchas normas legales internas de distintos

---

<sup>66</sup> Ibid., p. 277.

<sup>67</sup> Cfr. T. SADLER, *Embriología médica con orientación clínica*, Editorial médica panamericana, 7ma ed., México, 1998, p. 12

países, en la lógica, la igualdad, la no discriminación, entre otros principios fundamentales que en la actualidad manejamos, siendo imposible desconocerlos.

El hombre era, hasta hace unas décadas, bastante ignorante del proceso de reproducción y desarrollo del feto humano. Sin embargo, ahora la tecnología y la ciencia médica han evolucionado, y sabemos casi con exactitud el funcionamiento y desarrollo del concebido en el vientre materno. Las modernas realidades tecnológicas nos han demostrado que el *nasciturus* es un ser humano totalmente diferente de ambos progenitores<sup>68</sup>; siendo insostenible, en la actualidad, afirmar que el *no-nato* es una parte más del cuerpo de la madre, ya que orgánicamente estaríamos incurriendo en un error. El no nacido, no es una víscera más del cuerpo de la madre, de la cual esta puede disponer, el *nasciturus* es una persona distinta de cualquier otra y la falta de independencia de dicha criatura no le quita su carácter de ser humano, no le hace más ni menos persona, es una simple situación transitoria, que en pocos meses desaparecerá. Gracias a la medicina, se ha aclarado la errada concepción de que en un vientre materno, se pueda engendrar otra cosa diferente de un ser humano. Las mujeres dan a luz a seres pertenecientes a la especie humana, no a cosas, ni a animales. Adicionalmente, es interesante conocer que algunas leyes contemporáneas, como el Código de la Niñez y Adolescencia (en adelante CNA) de la República del Ecuador, han plasmado en sus normas, la realidad científica, la cual asegura que el *nasciturus* es un ser humano. Así el artículo 2 del mencionado cuerpo legal, dispone lo siguiente: “las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad...”

Al ser, para la corriente de pensamiento que estamos exponiendo, el *nasciturus* un individuo de la especie humana, (como bien nos lo ha demostrado la ciencia médica), es innato que esta criatura posea personalidad jurídica propia y diferente de su madre. Como ya lo hemos dicho anteriormente, la personalidad es una cualidad inseparable y adherida a la naturaleza humana, corolario no solo sustentado en la máxima “son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera sea su edad, sexo o condición”, sino también en las normas y principios del Derecho Internacional, entre las cuales encontramos el artículo 3 de la CADH, el cual dispone

---

<sup>68</sup> Cfr. T. SADLER, *Embriología médica...*, op. cit., p. 12.

que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”, concepto este que “implica la capacidad que tiene el ser humano para ser, por esa misma condición radical, persona jurídica”<sup>69</sup>. Adicionalmente, si alguien se atreve a cuestionar el alcance del término persona, para discriminar así a cualquier individuo perteneciente a la especie humana, la propia Convención Americana de Derechos Humanos ha puesto un alto y soluciona el problema, estableciendo en su artículo 1.2 que persona es todo ser humano. Este artículo ha sido desarrollado en varias jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, entre las cuales está el caso Tabacalera Boquerón S.A., de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante La Comisión, Comisión Interamericana o CIDH), el cuál estableció que el artículo 1 de la CADH, “define a la persona como todo ser humano, y por consiguiente que el Sistema de Protección de los Derechos Humanos en este hemisferio, se limita a la protección de personas naturales...”<sup>70</sup> Como podemos ver, en virtud de la Convención Americana y de lo señalado, tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte, Corte Interamericana o COIDH) como por la Comisión, muchos autores afirman que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha usado como sinónimos absolutos, tanto en sentido antropológico como jurídico los términos ser humano y persona, ya que se ha reconocido la personalidad (concepto este de contenido jurídico)<sup>71</sup> a todo ser humano, por el simple hecho de serlo, sin necesidad del cumplimiento de requisito legal alguno<sup>72</sup>.

De igual forma, los seguidores de esta corriente, entienden que de la lectura de algunos de los más importantes textos internacionales (como ya lo habíamos mencionado anteriormente al exponer el pensamiento de la teoría Unitaria), se desprende la utilización de los términos persona, ser humano e individuo como

---

<sup>69</sup> Voto razonado de GARCÍA RAMÍREZ en el Caso Bámaca Velásquez de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, del 25 de noviembre del 2000, comentado por R. BARBOSA, *Litigio interamericano...*, op. cit., p. 308.

<sup>70</sup> Caso Tabacalera Boquerón S.A. de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra Paraguay, comentado por F. BARBOSA, *Litigio Interamericano...*, op. cit., p. 108.

<sup>71</sup> Caso Bámaca Velásquez, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 25 de noviembre del 2005, disponible en [www.corteidh.or.cr/casos.cfm](http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm), consultado el 2 mayo del 2007.

<sup>72</sup> Voto razonado del Juez ROUX RENGIFO, en la sentencia Bámaca Velásquez, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 25 de noviembre del 2000, disponible en [www.corteidh.or.cr/casos.cfm](http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm), consultado el 2 de mayo del 2007.

equivalentes absolutos<sup>73</sup>; motivo por el cual, si el *nasciturus* pertenecer al género humano, es para el ordenamiento jurídico internacional una persona. Los Derechos Humanos, como bien sabemos, son inherentes al ser humano, por lo que, si un ente ostenta dicha calidad, tendrá la titularidad de los derechos fundamentales sin más condiciones que su propia naturaleza. Es así que se concluye que si todo ser humano, entre estos el *no-nato*, posee derechos fundamentales, no solamente que será considerado persona por su propia naturaleza humana, sino que además encaja perfectamente en la definición jurídica de persona: “todo ser capaz de tener derechos y de contraer obligaciones”.<sup>74</sup>

Por otro lado, los juristas encuadrados en esta línea de pensamiento, indican que se debe tener en cuenta el artículo 4 de la CADH, así como el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), los cuales manifiestamente, aclaran cualquier duda sobre la condición jurídica del *nasciturus*, al reconocerle el carácter de persona y niño respectivamente<sup>75</sup>. El artículo 4 de la CADH, a consagrado el derecho a la vida del que está por nacer, situación esta que a hecho pensar a los intelectuales, que el *no-nato* es titular de derechos (al menos al de la vida); aptitud esta solo atribuible a las personas. Por otra parte, se debe tener en cuenta que según el artículo 31.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CV) “para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos”. Motivo por el cual, el preámbulo, entendido este como el conjunto de principios y valores que incluyen y sustentan el contenido sustancial y procedimental de los textos internacionales, es parte integrante, en este caso, de la Convención sobre los Derechos del Niño, y no es un simple enunciado de principios aislados<sup>76</sup>. El principio básico es que el tratado sea interpretado como un todo, ya que para encontrar y entender el verdadero significado de una estipulación no es suficiente el mirar el texto particular de la norma, se tiene que

---

<sup>73</sup> Ver *supra* capítulo 1, sección 1.1, pp. 10-11.

<sup>74</sup> L. PARRAGUEZ RUIZ, *Manual de derecho civil ecuatoriano...*, op. cit., p. 48.

<sup>75</sup> El párrafo noveno del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “...el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”; así mismo el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el respeto a la vida de toda persona, en general, a partir del momento de la concepción.

<sup>76</sup> R. BARBOSA, *Litigio Interamericano...*, op. cit., p. 299.

analizar en virtud del preámbulo y anexos partes del documento<sup>77</sup>. Por todo lo anteriormente explicado, muchos autores consideran que la CDN, incluye al *nasciturus* en el artículo 1, el cual establece que: “para los efectos de esta Convención, se entiende por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad...”<sup>78</sup>.

Conjuntamente con lo expuesto en párrafos anteriores, se ha observado que el “Instituto Interamericano del Niño” se refiere en varios de sus boletines oficiales, al hablar del *no-nato*, al “ser humano en período fetal”, o al “niño en período de gestación”<sup>79</sup>. Como podemos ver, este instituto, no solo que confirma que el no nacido es persona, sino que va más allá, considera al *nasciturus*, niño. En consecuencia, el concebido pero no nacido, por su circunstancia de debilidad manifiesta, merece tratos y cuidados especiales, que corresponden tanto a la familia, sociedad y Estado para garantizarle su desarrollo integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

El *nasciturus*, por su carácter de ser humano y como tal de persona, tiene como atributo de su personalidad la capacidad de goce, entendida esta como la aptitud para detentar derechos. “La llamada capacidad de goce”, dice SESSAREGO, famoso jurista peruano, “integra lo que estructuralmente es el ser humano en cuanto libre y coexistencial. Ella no puede limitarse mediante disposición legal.”<sup>80</sup> La capacidad de

---

<sup>77</sup> T. BUERGENTHAL, *Public Internacional Law in a Nutshell*, 2da edición, West Publishing Co., St. Paul Minn, 1990.

<sup>78</sup> Algunos autores establecen que el noveno párrafo del preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, fue la fórmula de mediación entre dos posiciones claramente contradictorias, que se encontraron en el proceso de redacción de dicho documento. El texto de la propuesta original del artículo 1 de la CDN definía al niño como “toda persona humana desde el nacimiento hasta los 18 años”, excluyendo expresamente al *nasciturus* de dicha categoría. Sin embargo, la redacción se cambió, consiguiéndose que se excluya de la definición de niño, al hecho del nacimiento, pero no logrando la expresa inclusión de un reconocimiento de la categoría de niño antes del nacimiento. Sin embargo, se logró que en el noveno párrafo de la CDN se incorpore el tercer párrafo de la Declaración de los Derechos del niño de 1959, el cual establece que: “el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. En virtud de todo lo ocurrido en la etapa de creación de la CDN, la delegación de Gran Bretaña solicitó un “consejo legal” sobre la posibilidad de que existan problemas en la interpretación de la CDN al incluir el noveno párrafo frente al artículo 1. La respuesta del consejero Carl August Fleischauer, fue que en virtud del artículo 32 de la Convención de Viena, se podrá acudir a los medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, razón por la cual, al ser el preámbulo no obligatorio, no impone a los Estados, la interpretación de considerar al *no-nato* como niño. Cfr. F. SIMON, Borrador de Manual de Derecho de Infancia y Adolescencia, s/e, Quito, 2007.

<sup>79</sup> Boletines t. 141, p.140 y t.150, p.26, citados por A. GARCÍA ELORRIO, *Protección de los niños no nacidos...*, op. cit., p. 70.

<sup>80</sup> F. SESSAREGO, *Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI*, p. 12.

goce es por lo tanto una aptitud inseparable a todo ser humano y no una cualidad concedida por el ordenamiento jurídico. Sin embargo, así como se reconoce la capacidad de goce al *nasciturus*, también se sabe que este no tiene capacidad de ejercicio, ya que es un incapaz absoluto, que “para poder realmente gozar de su personalidad, requiere de la protección de sus representantes y de las instituciones jurídicas”<sup>81</sup>. Como bien lo establece R. RABINOVICH, “el *nonato*-persona se protege solo con ayuda de sus representantes y de los jueces.... El *nonato*-vísceras queda hoy desamparado, a diferencia de lo que ocurría en la antigua Roma”<sup>82</sup>.

“Los ordenamientos jurídicos modernos enarbolan la ecuación básica persona humana = derecho a vivir”<sup>83</sup>; es decir, todo ente susceptible de ser titular de derechos y obligaciones, tendrá necesariamente la prerrogativa *iure proprio* de vivir por su propia naturaleza y de que se respete su vida, no en virtud de un interés comunitario, ni por el beneficio de la especie, sino por sí mismo. Es así que muchos cuerpos legales expresamente han plasmado en sus normas, ya no la simple protección a la vida del que está por nacer, regla esta que traía muchas dificultades técnicas y que se prestaba para diferentes interpretaciones, sino que le han reconocido explícitamente el derecho a la vida del *nasciturus*, junto con otros derechos fundamentales. Por ejemplo, la Constitución Política de la República del Ecuador, en su artículo 49 establece que “los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción...”. Así mismo, el artículo 3 del Código de Menores de Colombia consagra que “todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social; estos derechos se reconocen desde la concepción. En el mismo sentido, el artículo 4 de la CADH reconoce que toda persona tiene derecho a que se respete su vida; “este derecho estará protegido por la ley y en general a partir del momento de la concepción”. Como podemos ver, los textos antes transcritos, entre otros que no hemos mencionado, reconocen al concebido el carácter de persona, imputándole claramente entre sus derechos, el derecho a vivir; siendo ya muy complejo sostener que

---

<sup>81</sup> R. RABINOVICH, *Responsabilidad del Médico...*, op. cit., p. 291.

<sup>82</sup> R. RABINOVICH, *Derecho Civil...*, op. cit., p. 230

<sup>83</sup> *Ibid.*, p.273.

la protección a la vida de *no-nato* sea un simple reconocimiento de unas expectativas, y no un palpitante derecho humano. Actualmente, hay un acuerdo prácticamente unánime en darles a los derechos existenciales el sitio más alto entre todos los derechos, y al derecho a la vida se le reconoce un plus de protección por ser el derecho que hace posible el ejercicio de todos los demás; sin vida no hay existencia posible para un ser humano<sup>84</sup>. Es por ello que el derecho a la vida a sido “para muchos juriconsultos, tribunales y declaraciones de derechos locales e internacionales, lisa y llanamente la primera y fundamental de todas las prerrogativas”<sup>85</sup>. Creemos que hay una actual tendencia a extender el reconocimiento a la vida a todos los humanos, ya que esta es la lógica consecuente de los principios básicos de dignidad, igualdad y no discriminación. “El derecho a la vida es una conquista histórica de la humanidad como especie, para cada uno de sus individuos”<sup>86</sup>.

“El concebido pero no nacido es, desde el momento de la concepción es un ser humano, y en cuanto tal, sujeto actual, no meramente potencial de derechos”<sup>87</sup>. El *no-nato* al ostentar el carácter de ser humano, efectivamente tiene todos los derechos fundamentales que le sean aplicables en función de su estado de desarrollo, así como personalidad jurídica<sup>88</sup>. El no nacido, por ejemplo, tiene derecho a la integridad física, al desarrollo, a la seguridad de su persona, a ser tratado dignamente, etc. Cada nueva vida es por tanto la vida no de un ser humano potencial sino de un ser humano con potencialidades, y el desarrollo de estas potencialidades es un proceso dotado de profunda continuidad que debe ser jurídicamente tutelado. “Las personas por nacer no

---

<sup>84</sup> La característica de interdependencia de los derechos humanos, está relacionada con al jerarquización de los derechos. “Por ningún motivo debe pensarse que existen derechos superiores a otros. No obstante, en la práctica es una verdad irrefutable, que el derecho a la vida tiene una relevancia superior a cualquier otro”. F. BARBOSA, *Litigio Interamericano...*, op. cit., p. 58.

<sup>85</sup> R. RABINOVICH, *Derecho Civil...*, op. cit., p. 237.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 240.

<sup>87</sup> I. HOYOS CASTAÑEDA, *La persona y sus derechos...*, op. cit., p. 35.

<sup>88</sup> El voto razonado de GARCÍA RAMÍREZ, en el caso Bámaca Velásquez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece que la titularidad alude a la capacidad de goce de derechos, propia del ser humano en general, pero esto no significa que la integración concreta de la capacidad mencionada así como la posibilidad de ejercicio de los derechos, esté siempre presente en todos los seres humanos, ya que muchas veces depende de la posición del individuo, o del conjunto de las relaciones jurídicas que participa. Así por ejemplo el menor de edad no será titular de algunos derechos, por su falta de madurez, así mismo entre la situación del padre de familia, que tiene obligaciones y potestades específica y quien no lo es, etc. Motivo por el cual, la personalidad jurídica no puede ser vista como un reflejo de una situación de hecho que prive al individuo de la posibilidad de ejercer los derechos..., comentado por R. BARBOSA DELGADO, *Litigio Interamericano...*, op. cit., p. 309.

son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre”, teniendo un papel fundamental en la vida jurídica<sup>89</sup>. Todo ser humano, desde el principio y hasta el fin de su existencia física, tiene el derecho primordial e insustituible a la vida, del cual es titular solo por el hecho de existir. La Convención Americana, conjuntamente con otros tratados, declaraciones y convenios internacionales, han confirmado esta prerrogativa, al establecer que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. El *nasciturus* por lo tanto, al tener titular de derechos fundamentales, tiene al menos capacidad de goce y por lo tanto personalidad jurídica, convirtiéndose así en una persona<sup>90</sup>. “Se evidencia”, dice A. TORRÉ, “que la capacidad podrá ser más o menos extensa, podrá ser limitada a un mínimo que en nuestro derecho (argentina), por ejemplo, corresponde a las personas por nacer, pero siempre habrá de ser mayor a cero”.<sup>91</sup>

Los seguidores de esta corriente se preguntan ¿que ser aparte del sujeto de derecho, de la persona, tanto natural como jurídica, puede poseer derechos? Nada que no sea humano ni creación humana, puede ser titulares de derechos. Quedan, por lo tanto, excluidos de tal posibilidad los demás animales: solo el *homo sapiens* posee ese privilegio.... Cuando hablamos de derechos de los animales, lo hacemos en forma figurada. “La mejor prueba de ello consiste en que quien inicia una acción penal o civil contra el agresor de un animal lo hace por derecho propio o como representante de una persona ideal (ej: sociedad protectora de animales) pero nunca a nombre del animal víctima”<sup>92</sup>. “Resulta evidente”, dice A. TORRÉ, “que solo pueden ser sujetos de derecho los seres humanos, sea que actúen individual o colectivamente. Es por ello que ni los animales, ni las plantas, ni los minerales, pueden ser sujetos de derecho”<sup>93</sup>. El Derecho como bien sabemos rige la conducta humana, y siendo la conducta algo propio del ser humano y exclusivo de él, se ve con claridad la imposibilidad ontológica de que los animales, vegetales, y otros entes no humanos, puedan ser titulares de derechos. Ahora, es verdad que se dictan leyes protectoras de los animales, plantas,

---

<sup>89</sup> R. RABINOVICH, *Derecho Civil...*, op. cit. p. 214.

<sup>90</sup> Cfr. A. TORRÉ, *Introducción al Derecho...*, op. cit., p. 188

<sup>91</sup> *Ibid.*, p.188.

<sup>92</sup> R. RABINOVICH, *Derecho Civil...*, op. cit., p. 152

<sup>93</sup> A. TORRÉ, *Introducción al Derecho...*, op. cit., p. 184, 185

etc., pero ello no significa que dichos entes efectivamente tengan derechos y obligaciones; simplemente son bienes o valores jurídicamente protegidos. Es así que en el caso de las leyes protectoras de animales, por poner un ejemplo, son las personas humanas los sujetos sobre los cuales recaen estas normas, ya que el ser humano es el que será sancionado por maltratar o matar a un animal. En consecuencia, si el no nacido es titular de derechos, es necesariamente persona, porque nada ni nadie más que la persona (natural como colectiva) pueden tener estos.

Así como, los autores de esta doctrina usan las normas legales para justificar sus ideas y argumentos, también se han apoyan en diferentes jurisprudencias habidas en distintos países latinoamericanos. Los jueces argentinos, en la famosa sentencia, “Rabinovich, R.D. s/medidas cautelares” sostuvieron que todo ser humano es persona, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones; “que reviste tal carácter no solo la persona nacida sino también la persona por nacer, que ello es así desde el momento de su concepción; y que resulta irrelevante que esta se produzca dentro o fuera del seno materno”<sup>94</sup>.

Los juristas que se incluyen en esta corriente de pensamiento, han criticado fervientemente la idea de que el nacimiento sea el hecho necesario para adquirir personalidad jurídica. Para ellos, como ya se ha dicho anteriormente, la personalidad es una cualidad de todo ser humano, inherente e inseparable de los seres pertenecientes a la especie humana. Motivo por el cual, un individuo no debe tener condición alguna que suspenda la adquisición de su personalidad, como en este caso sería el nacimiento. Una vez más tanto el artículo 3 de la CADH como el Art. 6 de la DUDH establecen que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, además de que el artículo 4 de la Convención Americana le reconoce el carácter de persona al *nasciturus*, otorgándole el derecho a la vida, sin necesidad de que se produzca el nacimiento. Como vemos, estos instrumentos internacionales, al igual que muchos otros, no establecen ninguna condición extra a la de pertenecer a la especie humana, para que inmediatamente se te reconozca la personalidad y en consecuencia la calidad de persona. El nacimiento constituye

---

<sup>94</sup> CNCIV, Sala I, 3/12/99 Rabinovich, R.D. s/medidas cautelares, citado por R. RABINOVICH, *Derecho Civil...*, op. cit., p. 231.

simplemente, un accidente que se presenta en la vida del ser humano, por cierto importantísima porque te da una existencia independiente, pero no es el punto de arranque del ser, puesto que uno es ser humano, desde el momento en que tiene la genética característica de nuestra especie, y no por tener una existencia independiente; si fuera ese el caso, los enfermos, que viven conectados a máquinas para poder sobrevivir, tampoco serían bajo ese punto de vista, considerados personas, situación esta que no se da. La separación completa del concebido del cuerpo de la madre no le agrega nada a la persona, no la hace ser quien es, es una etapa más en el desarrollo vital del ser humano. “El nacimiento, bajo ningún punto de vista, determina la existencia de la persona”, dice I. HOYOS; si la ciencia médica ha determinado que el *no-nato* desde el primer momento de su existencia, es un ser vivo, un individuo de la especie humana, único e irrepetible y por lo tanto distinto de sus padres, es necesario afirmar que la personalidad jurídica aparece desde la concepción. “El carácter biológico humano del concebido está fuera de toda duda, pues es una evidencia experimental”<sup>95</sup>. El ser humano no se convierte en persona gradualmente, ya que sería una contradicción afirmar que se empieza no siendo ser humano, pero que se llega a serlo. Sería ilógico decir que la mujer engendra un animal o una cosa, y que nueve meses después, por el hecho del nacimiento, se convierte en ser humano.<sup>96</sup> El ser concebido nunca será humano, si no lo es ya desde sus inicios. Debe recordarse que el hombre se define por su constitución y no por su morfología, funciones o actividades. El ser humano es lo que es, desde su origen, ya que tiene un genoma perfectamente delineado que puede distinguirse en las diferentes fases de su desarrollo. “El criterio para determinar quien es persona, es por tanto, la pertenencia a la especie *homo sapiens*. Solo si el hombre es reconocido como persona sobre la base de lo que es naturalmente, puede decirse que el reconocimiento se dirige al hombre mismo, no a un concepto que otros han convertido en criterio para otorgarle el carácter de persona”<sup>97</sup>.

Consecuencia directa de todo lo anteriormente dicho es la idea de que para esta corriente de pensamiento, la personalidad del *no-nato* es una realidad y no una ficción. Los ordenamientos jurídicos, dicen estos juristas, que contemplan en sus normas la

---

<sup>95</sup> I. HOYOS CASTAÑEDA, *La persona y sus derechos...*, op. cit., p. 99.

<sup>96</sup> Cfr. A. GARCÍA ELORRIO, *Protección de los niños no nacidos...*, op. cit., p. 36.

<sup>97</sup> I. CASTAÑEDA HOYOS, *La persona y sus derechos...*, op. cit., p. 38.

idea de que al *nasciturus* ficticiamente se le asimila al nacido adelantándole la personalidad para otorgarle ciertos derechos en el caso de que efectivamente se produzca el nacimiento, responden a la doctrina clásica, según la cual la criatura que está en el vientre no es persona, otorgándole una personalidad anticipada y en consecuencia, diferenciando la existencia biológica de la legal. Es así que esta corriente de pensamiento, critica que en la actual realidad de las cosas, algunos ordenamientos jurídicos sigan manteniendo estas ideas. F. SESSAREGO, “interpretando casi la totalidad de la codificación contemporánea, a excepción de la argentina y peruana, critica la teoría de la ficción sujeta a un evento futuro e incierto, como es el nacimiento con vida, afirmando que es un teoría absurda, que implica un contrasentido y que desconoce la real naturaleza del concebido. Asimilar fictamente al concebido a la calidad de nacido para el solo efecto formal de atribuirle derechos bajo condición suspensiva equivale a desconocer su naturaleza humana”<sup>98</sup>. Es por ello que estos juristas, concuerda con la redacción y el tratamiento que el Derecho argentino le da al *nasciturus*, al decir este, que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”, dejando así a un lado la diferenciación entre existencia biológica y legal. Adicionalmente, este ordenamiento jurídico, lo único que hace es condicionar la adquisición de derechos patrimoniales al momento del nacimiento, quedando así los derechos irrevocablemente adquiridos si los concebidos nacen con vida. Como podemos ver esta norma en nada afecta la personalidad jurídica del concebido. La personalidad del *nasciturus* no es condicional sino actual, pues lo único que se ha sometido a condición es la incorporación de derechos patrimoniales<sup>99</sup>. En efecto, podemos decir que los derechos patrimoniales del concebido, están sujetos a la condición suspensiva de que nazca vivo; por lo que lo que se concede fictamente no es la personalidad, sino los efectos retroactivos del cumplimiento de la condición.

Reforzando las idea antes expuestas, los juristas que forman parte de esta línea de pensamiento, sacan a flote el hecho de que todos los derechos, inclusive los condicionales y/o eventuales, suponen la existencia de un sujeto, motivo por el cual es

---

<sup>98</sup> Ibid., p. 40

<sup>99</sup> Cfr. R. RABINOVICH BERKMAN, *Responsabilidad del médico...*, op. cit., p. 279.

mejor admitir como persona actual al concebido, y dejar a un lado la idea de que el *no-nato* es simplemente una potencialidad de ser humano.<sup>100</sup>

Como para esta corriente doctrinaria, una vez que se ha producido la concepción debe verificarse una protección inmediata, actual, equivalente, a la que recibe cualquier otro ser humano; es decir, empieza un efectivo amparo hacia una persona y este ser puede además recibir validamente ciertos beneficios como: legados, donaciones y herencias, se impuso la necesidad de brindar una solución para el supuesto de que no llegase a nacer, motivo por el cual se ha establecido la ficción de que los que nacen muertos no son vistos como nacidos, ni como procreados, se aparenta que nunca existieron. Como podemos observar, aquí la ficción parece ser a la inversa, lo que se finge no es la personalidad del feto, sino su inexistencia, en el caso de que nazca muerto<sup>101</sup>.

Finalmente podemos concluir diciendo, como bien lo establece A. GARCÍA que “el derecho humano de todo ser concebido a nacer no dimana de un reconocimiento por parte de una determinada cultura jurídica o de la opción de otra persona, o de la voluntad de poder de quien gobierna, ni de la condición de ser nacional de un Estado, o de un acuerdo internacional. El derecho de nacer dimana de su propia condición natural humana”<sup>102</sup>. “La vida es un valor fundamental que no admite distinciones de sujetos ni diferenciaciones en el grado de protección...”<sup>103</sup>. El decir que la vida del *no-nato* no merece defensa alguna, o que esta es inferior a la de los otros seres humanos, es abiertamente arbitrario y sustancialmente contrario a la inviolabilidad del derecho a la vida, a la igualdad y a la no discriminación. La pertenencia al género humano es fundamento suficiente para reconocer a todo hombre el carácter de persona, y consecuentemente el derecho a la vida. Lamentablemente, existe todavía dos sombras en el cuadro de protección y reconocimiento del derecho a la vida: el aborto y la pena de muerte.

El ser humano, independiente de la circunstancia de haber nacido o no, es digno en sí mismo y merece como mínimo la protección penal a su existencia. El estar

<sup>100</sup> Cfr. B. CARRIÓN, *El nuevo relato ecuatoriano...*, op. cit., p. 96.

<sup>101</sup> Cfr. R. RABINOVICH BERKMAN, *Derecho Civil...*, op. cit., p. 170.

<sup>102</sup> A. GARCÍA ELORRIO, *Protección de los niños no nacidos en el Sistema Interamericano...*, p. 42.

<sup>103</sup> Sentencia No. c-355/06 del 10 de Mayo del 2006 de la Corte Constitucional Colombiana, sobre el aborto.

en el vientre materno es solo una condición transitoria, por la cual el hombre no puede ser discriminado. La vida del *nasciturus*, por ser humana, debe estar garantizada y regulada bajo el principio de dignidad, ya que de lo contrario, este queda expuesto a la instrumentalización de su existencia, y como consecuencia de ello, a ser reducido a la degradante condición de una cosa, de la cual se sirven o sobre la cual deciden los demás. La Declaración Universal de Derechos Humanos, expresa en su preámbulo que la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca, es decir, que el hombre es en sí mismo, en su sustancia, no en sus accidentes. Es por ello, que no importa que sea alto o bajo, bueno o malo, dependiente o independiente, campeón olímpico o parapléjico, nacido o por nacer, pues los derechos fundamentales del hombre provienen de su dignidad de su naturaleza de humano<sup>104</sup>.

### 2.3.1. ¿Qué se entiende por concepción?

Logramos observar que la última corriente doctrinaria expuesta en la sección anterior (2.3), afirma que el *nasciturus* es una persona desde la concepción. Sin embargo, el término concepción ha traído muchos problemas y ha generado grandes debates, puesto que, aún con el avance de la ciencia y tecnología, los científicos y juristas no se han puesto de acuerdo en el significado de esta palabra. Consecuencia directa de esto, es el alto grado de incertidumbre que existe sobre el instante preciso de la concepción. Produciéndose así el desarrollo de diferentes corrientes de pensamiento sobre el inicio de la vida humana, a partir de su entendimiento del vocablo concepción. Con el fin de exponer las diferentes tesis que se manejan con respecto a este tema, dividiremos las distintas corrientes en tres grupos, para así explicar los planteamientos generales de cada teoría.

La primera teoría, afirma que concepción es sinónimo de fecundación, motivo por el cual, la existencia humana comienza desde ese mismo instante. Tradicionalmente, se ha entendido fecundación como el momento de la unión de las células sexuales masculinas y femeninas<sup>105</sup>, dice S. MERLYN. El Doctor T.W SADLER, escritor del libro “Embriología médica con orientación clínica” define a la fecundación

<sup>104</sup> Cfr. A. GARCÍA FLORES, *Protección de los niños no nacidos...*, op. cit., p. 57.

<sup>105</sup> Cfr. S. MERLYN SACOTO, *Derecho y reproducción asistida...*, op. cit., p. 21.

como “el fenómeno en virtud del cual se fusionan los gametos masculinos y femeninos”<sup>106</sup>. A pesar de la aparente sencillez de estas definiciones, el asunto no es tan simple como parece, ya que recientemente los avances de la ingeniería genética nos han permitido saber que en el preciso momento en que se produce la penetración del espermatozoide en el óvulo, no hay, inmediatamente, intercambio cromosómico alguno. Motivo por el cual, desde el contacto primario del óvulo con el espermatozoide, hasta la singamia (intercambio genético) transcurre un espacio de tiempo que no será mayor en ningún caso, a 24 horas<sup>107</sup>.

Ahora, cuando los científicos hablan de fecundación, no se refieren estrictamente al instante mismo de la unión de los gametos masculinos y femeninos, sino más bien a un proceso, que involucra varias etapas, siendo la última de ellas la singamia. “Durante la fecundación, el espermatozoide debe atravesar: a) la corona radiante (barreras que protegen al gameto femenino), b) la zona pelúcida (capa de glicoproteínas que rodea al ovocito, facilitando y manteniendo la unión del espermatozoide e induciendo la liberación de enzimas acrosómicas, las cuales permiten que el espermatozoide penetre para así entrar en contacto con la membrana del ovocito) y c) la membrana celular del ovocito. Tan pronto como el espermatozoide ha penetrado en el ovocito: a) este completa su segunda división meiótica y forma el pronúcleo femenino; b) la zona pelúcida se torna impenetrable para otros espermatozoides, y c) la cabeza del espermatozoide se separa de la cola, se hincha y forma el pronúcleo masculino. Una vez que ambos pronúcleos han replicado su ADN, se entremezclan los cromosomas paternos y maternos (singamia), se divide longitudinalmente y experimentan una división mitótica que da origen a la etapa bicelular. Los resultados de la fecundación son: a) restablecimiento del número diploide de cromosomas (la mitad procedente del padre y la mitad de la madre. En consecuencia, el cigoto posee una nueva combinación de cromosomas, diferente de la de ambos progenitores); b) determinación del sexo del nuevo individuo; c) iniciación de

---

<sup>106</sup> T. SADLER, *Embriología médica...*, op. cit., p. 43.

<sup>107</sup> Entrevista a MARCELO VITERI, profesor de Embriología de la USFQ, Marzo 28 del 2007.

la segmentación (sino se produce la fecundación, el ovocito suele degenerarse en el término de 24 horas después de la ovulación)”<sup>108</sup>.

Como podemos observar, de la explicación científica antes expuesta, el proceso de fecundación, no comprende solamente la simple unión de óvulo y espermatozoide. La célula sexual masculina tiene que superar varios obstáculos para poder fecundar el ovocito, produciendo de esa manera el intercambio cromosómico tan esperado; proceso que no tardará más de 24 horas. Adicionalmente, es evidente, a partir del vocabulario utilizado por T.W. SADLER que el *nasciturus* en esta primera etapa ya tiene “una combinación de cromosomas diferentes de ambos progenitores”, considerando, de esta forma, la ciencia médica, al *no-nato*, como un “nuevo individuo”<sup>109</sup>.

En consecuencia, creo que es necesario entender claramente los procesos biológicos, para así poder formular conclusiones. Como se desprende de la explicación antes expuesta, cuando se habla de fecundación, se puede pensar tanto en la simple unión de las células sexuales masculinas y femeninas, como en el intercambio cromosómico, que genera un nuevo individuo con un ADN diferente de sus progenitores. Motivo por el cual, para evitar confusiones jurídicas, es necesario, ser más específicos, y hablar de singamia cuando nos queremos referir al surgimiento de un nuevo patrimonio genético.

En esta primera explicación hemos introducido, en realidad, dos corrientes de pensamiento en vez de solo una. Ya que hay personas, que alegan, que existe ser humano desde la unión del espermatozoide con el óvulo, y que este merece protección jurídica. La Dra. S. MERLYN, considera que durante esas horas en que todavía no se ha producido la singamia (que como vimos no puede ser más de 24 horas) se debe tratar al ovocito pronucleado como al cigoto (células con ADN único e irrepetible), aplicando el principio de “*in dubio pro personalitate*” o “*pro homine*”, tal como lo declaró el fallo argentino “Rabinovich, R.D. s/ medidas cautelares. (CN Civ., Sala I, 3/12/99)<sup>110</sup>, así como la resolución No. 0014-2005-RA del Tribunal Constitucional ecuatoriano<sup>111</sup>.

---

<sup>108</sup> T. SADLER, *Embriología Médica...*, op. cit., p. 51, 43.

<sup>109</sup> Ibid., p. 44

<sup>110</sup> Cfr. S. MERLYN SACOTO, *Derecho y Reproducción...*, op. cit., p. 21.

<sup>111</sup> Resolución del Tribunal Constitucional del Ecuador, No. 0014-2005-RA, del 23 de Mayo del 2006, considerando séptimo.

Las cuales establece que en caso de duda<sup>112</sup>, se estará a la interpretación que más favorezca a la personalidad o a la persona, pues dicho ovocito en pocas horas puede convertirse en un nuevo ser humano.<sup>113</sup>

La otra corriente de pensamiento, que también quedó expuesta en la explicación científica de los párrafos anteriores, considera que la existencia humana y por tanto la persona, comienza desde que aparece un nuevo patrimonio genético, signo este característico de humanidad. Con un ADN perfectamente diferenciado, el ser humano tiene desde sus inicios una dirección inmanente de desarrollo, minuciosamente programada, que determinará cada mínimo rasgo de su persona. Desde la singamia, el embrión queda cabalmente individualizado, con sexualidad definida y con características específicas ya depositadas en su código genético. Dice el genetista JEROME LEJEUNE, citado por A. GARCÍA que cuando los 46 cromosomas se fusionan, un nuevo ser humano ha sido creado, recogiendo dentro de él toda la información genética necesaria para su continuo desarrollo.<sup>114</sup> Es así que, desde que se produce en intercambio cromosómico, se establece una estructura biológica irrepetible, característica de la especie humana, pero diferente de cualquier otro individuo de la misma, motivo por el cual, no queda más remedio que reconocer al ser humano, su carácter de persona y por lo tanto su personalidad jurídica, desde sus inicios.

Finalmente, existe una tercera corriente doctrinaria, que afirma que la persona humana comienza desde la implantación del embrión en las paredes de útero de la mujer, entendiendo como sinónimos implantación y concepción. La anidación, en el endometrio femenino ocurre aproximadamente, según T.W. SADLER, en los primeros 12 días a contar desde la ovulación<sup>115</sup>. Esta teoría se ha apoyado en el hecho de que a partir de la implantación, el embrión adquiere estabilidad y unidad, significando esto, la imposibilidad de gemelación o reabsorción. Dicen los seguidores de estas ideas, que desde la anidación se inicia, además, el proceso de diferenciación de células y tejidos humanos, motivo por el cual, este debería ser el momento de la concepción. Es

---

<sup>112</sup> Sabemos que la singamia se puede producir en un máximo de 24 horas, pero, esto no significa que se puede dar en menos tiempo, motivo por el cual, es muy difícil saber exactamente cuando se producirá el intercambio cromosómico.

<sup>113</sup> S. MERLYN SACOTO, *Derecho y Reproducción...*, op. cit., p. 22.

<sup>114</sup> Cfr. A. GARCIA ELORRIO, *Protección de los niños no nacidos...*, op. cit., p. 10.

<sup>115</sup> Cfr. T. SADLER, *Embriología Médica con...*, op. cit., pp. 1, 58

importante saber que esta tesis ha encontrado mucho apoyo en quienes propugnan las técnicas de fecundación artificial, así como con la experimentación de embriones.

### CAPÍTULO III:

## “EL ABORTO COMO CONSECUENCIA DE LA ADOPCIÓN DE UNA POSICIÓN SOBRE LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL NASCITURUS”

¿Por qué hablar del aborto? El acogimiento a una de las corrientes que hasta el momento hemos venido estudiando, acerca de la persona y el *nasciturus*, es probablemente la causa esencial para adoptar a una posición frente al aborto. Los juristas encuadrados en las diferentes corrientes de pensamiento, anteriormente expuestas, tienen mucho de que discutir, ya que las implicaciones jurídicas que una u otra posición acarrearán son, en la mayoría de los casos, diametralmente opuestas. Por lo tanto, aunque los temas a pugnar y resolver son muchos, considero que el aborto es tal vez el más trascendental y el que mayor debate y polémica ha causado; motivo por el cual, en este capítulo estudiaremos los argumentos tanto de las corrientes pro-abortistas como de las que se oponen; a través del análisis y crítica de jurisprudencia internacional y local, conjuntamente con la doctrina que las acompaña y sustenta.

### 3.1. Corrientes Pro-aborto

El famoso caso *Roe vs. Wade*, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, junto con la resolución del juicio *Baby Boy* de la Comisión Interamericana de Derechos

Humanos, han sido los dos pilares fundamentales en los que se apoyan y sustentan las corrientes pro-abortistas. En esta sección estudiaremos y analizaremos estas jurisprudencias, así como la sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional Colombiana sobre el aborto, para poder entender los planteamientos y justificativos dados por los grupos pro-abortistas.

### 3.1.1. *Roe Vs. Wade*

En los Estados Unidos (en adelante EE.UU.), el aborto, durante los 6 primeros meses de embarazo, es prácticamente libre a simple petición de la gestante; y en los finales 3 meses está autorizado en el caso de peligro a la vida o a la salud de la mujer. Esta política americana fue fruto de la controversial sentencia al caso *Roe vs. Wade*, dictada el 22 de enero de 1973, por la Corte Suprema de los EE.UU. *Norma Mc. Corvey* (actora), con el seudónimo de *Jane Roe*, alegó haber sido violada por una pandilla, y solicitó se declare inconstitucionales las normas del Estado de Texas que prohibían el aborto.

Este precepto jurisdiccional estableció que el no nacido (*the unborn*) carece de protección constitucional de acuerdo a una interpretación literal de la Constitución Americana, la cual en su enmienda XIV sostiene que tienen protección “todas las personas nacidas o naturalizadas en los EE.UU.”<sup>116</sup>, razón suficiente para excluirle al *no-nato* de un amparo legal similar al del resto de seres humanos, ya que el uso de la palabra persona es solo aplicable después del nacimiento. Negado el resguardo constitucional al *nasciturus*, explica la Corte que la decisión (*choice*) de la mujer de dar a luz o no, está dentro del ámbito de su intimidad personal o privacidad, derecho este reconocido como fundamental en el caso *Griswold vs. Connecticut* del Derecho interno americano. Además de que en la Constitución de los EE.UU está contenido el derecho a la libertad personal, por lo que cualquier restricción a este solo puede justificarse frente a un interés sustancial del Estado.<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup> A. GARCÍA ELORRIO, *Protección de los niños no nacidos.*, op. cit., p. 18.

<sup>117</sup> Caso *Griswold Vs. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), comentado por C, FELLMETH, *Child Rights and Remedies: How the U.S Legal System Affects Children*, second ed., Clarity Press Inc, Atlanta G, 2006, pp. 113-121.

En la sentencia al caso en estudio se estableció que el Estado tiene dos intereses sustanciales frente al aborto, que podrían limitarlo: 1) el legítimo interés en preservar y proteger la vida y salud de la mujer, y 2) el proteger una potencial vida humana. Se trata de dos intereses independientes que van creciendo en importancia a medida de que el embarazo avanza, hasta que llega un momento en que se hacen compulsivos y se podría incluso restringir la práctica de abortos.<sup>118</sup> Es así que la Corte armoniza el derecho individual de la madre a elegir sobre su embarazo y el interés del Estado frente al aborto, en tres etapas a lo largo de los nueve meses de gestación. En el primer trimestre de embarazo, como el feto no es viable y la ciencia médica ha demostrado que un aborto bien practicado, no implica riesgo sobre la madre, la mujer puede, en consulta con su médico, libremente decidir, sin ningún tipo de intervención estatal, sobre el fin del embarazo. En el segundo trimestre de gestación, el interés del Estado, para regular el aborto, se acrecienta de un modo razonable, a fin de preservar la salud de la madre. La Corte puso como ejemplos de permisible intromisión estatal, el posible requerimiento, por parte del Estado, de la información sobre la persona que va a realizar el aborto, así como su licencia, el lugar donde se efectuará, etc.; todo esto con el fin de asegurar la salud de la mujer para así evitar mortalidad y enfermedades por causa de abortos mal realizados o que por diferentes circunstancias no debían realizarse. En el tercer trimestre de preñez, el no nacido ya es viable, es decir tiene la capacidad de vivir por sí solo fuera del cuerpo de la madre, motivo por el cual el interés del Estado en esa potencialidad de vida se hace compulsivo y puede limitar o aún prohibir el aborto, en virtud de un interés público de que esa criatura nazca. La única excepción, para poder abortar en el los últimos 3 meses de embarazo, se da cuando la vida o salud de la madre estén en peligro.<sup>119</sup>

Como hemos podido observar de esta breve exposición del caso *Roe vs. Wade*, la Corte Suprema de los EE.UU., no consideró que el *nasciturus* era persona, careciendo en consecuencia de cualquier derecho, entre estos el de vivir. Sin embargo, los magistrados estadounidenses delinearon la presencia de un interés público, que aparece en el tercer mes de gestación y se consolida completamente en el sexto. Según R.

---

<sup>118</sup> Cfr. A. GARCÍA ELORRIO, *Protección de los niños...*, op. cit., p.19.

<sup>119</sup> Cfr. A. GARCÍA ELORRIO, *Protección de los niños no nacidos...*, op. cit., p. 19

RABINOVICH<sup>120</sup> los jueces de *Roe vs. Wade*, para resolver el caso, se hicieron la siguiente pregunta: “¿cuando el interés estatal en proteger la vida del feto se volvía prevaleciente y más importante que el derecho a la privacidad de la mujer?” y concluyeron que los dos intereses, tanto el de proteger la salud de la madre como la vida potencial del *nasciturus*, parecían converger y volverse prevalecientes alrededor de los seis meses de gestación.

En consecuencia, la Corte Suprema de los EE.UU., ha reconocido explícitamente el derecho de las mujeres a decidir sobre su embarazo antes de los 6 primeros meses. Derecho derivado del derecho a la autonomía individual y a la intimidad para tomar decisiones libres de la intervención del Estado. Lo que la Corte Suprema hizo en este caso, fue establecer directrices constitucionales para que las leyes estatales de los EE.UU. reglamenten los abortos.

Adicionalmente, es interesante saber, que pocos años después de *Roe vs. Wade*, en el caso *Planned Parenthood vs. Fitzpatrick*, la Corte Suprema de los EE.UU., acogió el derecho de las menores de edad de abortar sin el consentimiento de sus padres; en 1976 esta misma Corte resolvió reconocer el derecho de la mujer casada de poner fin a su embarazo sin el consentimiento de su marido en el conocido juicio *Parentbod vs. Dantforth*, fundados en el hecho de que el *nasciturus* no es parte del cuerpo del hombre y por lo tanto, no tiene derecho alguno; y finalmente, en abril de 1995, el poder ejecutivo de los EE.UU. vetaba la ley del Congreso que ponía límites a los abortos tardíos a través del método conocido como “aborto de nacimiento tardío”, consistente en inducir el nacimiento del niño que ya es viable, y cuando está en el canal del parto destruir desde afuera su cabeza para facilitar la salida del seno materno.<sup>121</sup>

### 3.1.2. Baby Boy

El seis de marzo de 1981 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió la resolución No. 23/81, en virtud de la cual establecía que “el aborto procurado a un niño de seis meses de gestación no constituye violación a los art. 1, 2, 7 y 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”<sup>122</sup> (DADDH), los

<sup>120</sup> Cfr. R. RABINOVICH, *Derecho Civil...*, op. cit., p. 225

<sup>121</sup> Cfr. A. GARCÍA ELORRIO, *Protección de los niños no nacidos...*, op. cit., p. 20.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 20

cuales disponen lo siguiente: art. 1: “todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, art. 2: “todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración, sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”, art. 7: “toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tiene derecho a la protección, cuidados y ayuda especiales”, artículo 11: “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

La resolución de la Comisión, responde a un proceso iniciado el 19 de enero de 1977, cuando *Christian S. White* y *Gary K. Potter* interpusieron ante esta una petición contra los EE.UU. y el Estado de Massachussets, por haber absuelto al *Dr. Kennet Edelin* después de practicar un aborto a una mujer que tenía 6 meses de embarazo.

La muerte de “*Baby Boy*” (*el nasciturus*) había sucedido el 3 de octubre de 1973, mediante una práctica abortiva (histeroectomía) efectuada por el *Dr. Kennet Edelin* en el *Boston City Hospital* de la ciudad de Boston, Estado de Massachussets. El *Dr. Edelin* fue primeramente condenado por homicidio premeditado por la Corte Superior de Boston y luego con fecha 17 de diciembre de 1976, en apelación a la Corte Suprema Judicial de Massachussets fue absuelto. Decisión esta que llevo a los EE.UU. a juicio ante la Comisión Interamericana.

Los jueces de la Corte Superior de Boston consideraron culpable al *Dr. Edelin*, por causar un aborto en un niño que reunía las condiciones relativas a la excepción protegible (más de seis meses después de la concepción y viabilidad fuera del vientre materno) señalada por la Corte Suprema de los EE.UU. en la causa *Roe vs. Wade*. Sin embargo, en el juicio de apelación, la Corte Suprema de Massachussets anuló la condena establecida por el tribunal inferior y ordenó el registro de un dictamen de absolución, básicamente por considerar que no hubieron pruebas suficientes para comprobar la viabilidad de “*Baby Boy*” fuera del útero materno<sup>123</sup>.

Una vez en el juicio ante la Comisión Interamericana, los EE.UU. en su defensa alegó que los asignatarios que actuaron en la Novena Conferencia Interamericana en

---

<sup>123</sup> Cfr., A. GARCÍA ELORRIO, *Protección de los niños no nacidos...*, op. cit., pp. 18,19

Bogotá-Colombia en 1948 rechazaron cualquier redacción que hubiera extendido el derecho a la vida a los que están por nacer. Se fundamenta esta defensa en el hecho de que el proyecto original que había propuesto el Comité Jurídico Interamericano a la Novena Conferencia establecía que “toda persona tiene derecho a la vida, inclusive los que están por nacer, así como también los incurables, dementes y débiles mentales”, no obstante se adoptó una simple redacción: “todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, a partir de la cual, dijeron los demandados, sería incorrecto interpretar que existe el derecho a la vida desde la concepción<sup>124</sup>. El Gobierno Americano cree que los derechos descritos en la DADDH pueden permitir muchas interpretaciones, pero afirma, que estas deben guardar congruencia con la intención de quienes la adoptaron.

Como segundo argumento, los EE.UU. afirmaron que la Convención Americana de Derechos Humanos no puede ser aplicada a esta cuestión, puesto que EE.UU. no ha ratificado dicho documento. Sin embargo, construyen ciertos argumentos alrededor de dicho instrumento para tratar de fortalecer su posición. Los EE.UU. recordaron a la Comisión que tanto ellos como Brasil consignaron una declaración, en la segunda sesión plenaria de la Conferencia de San José, la cual decía que estos dos países interpretan el texto del artículo 4 de la CADH (“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”) en el sentido de que se deja a la discreción de los Estados partes el contenido de su legislación frente al aborto a la luz de su propio desarrollo social, experiencia y factores similares.

Concluye los EE.UU. diciendo “hay que saber que en las sesiones de preparación del texto de la Convención Americana de Derechos Humanos, se reconoció que la inclusión de la frase “en general” deja abierta la posibilidad de que los Estados partes incluyan en sus legislaciones nacionales los casos más diversos de aborto”<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> A. GARCÍA ELORRIO, *Protección de los niños no nacidos...*, op. cit., p. 20.

<sup>125</sup> Resumen del caso Baby Boy. Resolución No. 23/81, caso 2141, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del 6 de Marzo del 1981, disponible en [www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm](http://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm)

Se plantearon muchas réplicas y objeciones por parte de los denunciantes hacia los argumentos del gobierno de los EE.UU., como por ejemplo; el cuestionar la cantidad de abortos injustificados o arbitrarios que se han cometido solo por pura conveniencia; o categorizar de incorrecto el argumento del Gobierno americano sobre la forma en como surgió el art. 1 de la DADDH, pues los demandantes creen que la redacción vigente de dicho artículo obedeció únicamente al propósito de simplificación y no de cambio de contenido; además de tachar de incorrecta la interpretación hecha por los EE.UU., del término “en general” contenido en el artículo 4 de la CADH, etc.

Sin embargo, la Comisión termina afirmando que para los fines de este caso se entiende por Derechos Humanos los formulados en la DADDH, por no haber EE.UU., ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos. Adicionalmente, entiende que el artículo 1 de la DADDH no protege de manera absoluta a los *nacisturnus*, al haberse cambiado su redacción del artículo original, para poder resolver los problemas suscitados por algunos países en razón del conflicto entre la norma propuesta originalmente por el Comité y las leyes internas de los Estados. Resolviendo, entonces de una forma afirmativa hacia el demandado, cuando recusa la suposición de los denunciantes de que el art. 1 de la DADDH ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción.

Con respecto a la Convención Americana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana afirmó que la inclusión de la frase “en general” del artículo 4, es sustancialmente diferente, en su contenido, a la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”. Estableciendo finalmente, que aunque este instrumento internacional hubiera aceptado el concepto absoluto del derecho a la vida desde el momento de la concepción, sería imposible imponer al gobierno de los EE.UU., por medio de una interpretación, una obligación internacional basada en un tratado que dicho Estado no ha aceptado ni ratificado<sup>126</sup>.

---

<sup>126</sup> A. GARCÍA ELORRIO, *Protección de los niños no nacidos...*, op. cit., p. 24-25.

### 3.1.3. Sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional Colombiana sobre el aborto

Una vez estudiadas dos de las más importantes e influyentes sentencias que permiten el aborto, en el hemisferio Norte de las Américas, revisaremos una reciente resolución de la Corte Constitucional colombiana que admitió la interrupción del embarazo en ciertas circunstancias. Sentencia esta muy bien construida, y probablemente pionera en el tema de legalización de abortos en América Latina.

El 10 de mayo del 2006 la Corte Constitucional de Colombia dicta sentencia declarando que “no se incurre en delito de aborto cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: 1) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o salud de la mujer, certificada por un médico; 2) cuando exista malformaciones del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, 3) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentido, o de incesto”<sup>127</sup>. La Corte procede a decidir sobre este tema, después de que algunos ciudadanos interpusieron ante ella una acción de inconstitucionalidad contra los artículos 122, 123, 124 y 32 numeral 7 de la ley 599 del 2000 (Código Penal). Básicamente, los artículos demandados, son normas que penalizan el aborto. La pretensión de los demandantes se fundamenta en torno a que los enunciados normativos del Código Penal, que tipifican el delito de aborto, son inexecutable, porque limitan de manera desproporcionada e irrazonable los derechos y libertades de la mujer gestante.

La Corte colombiana dio parcialmente la razón a los demandados al establecer que el penalizar el aborto en ciertas circunstancias (como cuando la concepción no fue consentida o cuando hay grave riesgo para la salud o vida de la madre o si existen enfermedades y/o disfuncionalidades del feto que lo hagan inviable) constituye una sanción irracional y desproporcionada a la mujer que decide interrumpir el embarazo. La penalización del aborto en todos los casos, se transforma en una injerencia a los derechos fundamentales de las mujeres además de un exceso en el ejercicio de la

---

<sup>127</sup> Sentencia C-355/06 del 10 de Mayo del 2006 de la Corte Constitucional Colombiana, resolución.

libertad de configuración del legislador en materia penal. Sin embargo, los magistrados colombianos piensan que la penalización del aborto en los casos que no encajen en las tres hipótesis antes enumerados en el segundo párrafo de esta sección, no es irracional ni desproporcional, ya que la vida del *nasciturus* es un bien jurídicamente protegido<sup>128</sup>.

Antes de entrar al tema de la proporcionalidad y razonabilidad de las normas que tipifican el delito de aborto, y al de los derecho de las mujeres embarazadas, la Corte ha realizado un análisis sobre la condición jurídica del *nasciturus* en el Derecho colombiano y la protección que este tiene. De la sentencia en estudio, se desprende que, en el ordenamiento jurídico de nuestro vecino del norte, no se reconoce el carácter de persona humana al *no-nato* y por ende tampoco la titularidad de derechos, entre estos el de la vida. Solamente hay un amparo estatal de esa vida latente, más no un reconocimiento del derecho a vivir. El fundamento de la prohibición del aborto, dice la Corte, radicó en el deber de protección del Estado a la vida en gestación y no en el carácter de ser humano del *nasciturus*.

“La vida y el derecho a la vida son fenómenos diferentes. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta”<sup>129</sup>. El ordenamiento jurídico si bien otorga protección al *no-nato*, no le concede en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en los dos casos y por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social, determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta. Pudiendo distinguir el derecho a la vida consagrado en la constitución, de la vida como bien jurídico protegido. El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad está restringida para la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esta condición. El nacimiento, ha sido para la Corte, el

---

<sup>128</sup> Esta idea ha sido criticada por algunos autores, ya que si el *nasciturus*, no es considerado persona ni ser humano, y es simplemente un objeto de protección jurídica por su relevancia futura, el limitar los derechos de la madre, al penalizar el aborto, atenta directamente contra su dignidad como persona, ya que por un interés colectivo o público, de que nazca una criatura que todavía no es persona, se menoscaba derechos fundamentales de la madre, convirtiéndola de esta forma en un medio para satisfacer intereses ajenos.

<sup>129</sup> Sentencia C-355/06 del 10 de Mayo del 2006 de la Corte Constitucional Colombiana, consideración quinta.

hecho relevante para determinar la intensidad de la protección y atribución de personalidad jurídica.

En esta resolución, como ya antes lo mencionamos, el tribunal colombiano estableció que no resulta desproporcionada la protección del no nacido mediante medidas de carácter penal, dada la relevancia del valor protegido. Sin embargo, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del concebido, y el consiguiente sacrificio y desconocimiento de los derechos fundamentales de la mujer embarazada, “lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional”. La Corte está de acuerdo en que el legislador introduzca distinciones en cuanto a la tipificación de las conductas que atentan contra la vida, así como la modalidad de la sanción. Corresponde al legislador la decisión de adoptar disposiciones penales para la protección del bien jurídico protegido, vida; empero, los derechos fundamentales y los principios constitucionales se erigen en límites a esa potestad de configuración, correspondiéndole a la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la carta magna, ejercer en estos casos el control sobre el marco de acción que ella le ha impuesto al legislador; es decir, debe examinar si tales medidas legislativas presentan o no el carácter de restricciones constitucionales válidas. En consecuencia, vemos que la Corte entiende que el Congreso dispone de un amplio margen de configuración de la política pública en relación con el aborto, sin embargo, este margen no es ilimitado, ya que el legislador tiene que respetar los preceptos constitucionales. Motivo por el cual, le está prohibido invadir de manera desproporcionada derechos constitucionales, desconociendo de ese modo la dignidad de las personas. “El legislador debe respetar los límites de razonabilidad y proporcionalidad”<sup>130</sup>.

Muchos de los tribunales que han debido abordar la constitucionalidad de la interrupción del embarazo han coincidido en la necesidad de ponderar los intereses en juego, que en determinados eventos pueden colisionar. En este caso, está por una parte la vida en gestación, bien que goza de relevancia constitucional y en esa medida es objeto importante de protección; y por otro lado están los derechos de la mujer

---

<sup>130</sup> Sentencia C-355/06 del 10 de Mayo del 2006 de la Corte Constitucional Colombiana, considerando octavo.

embarazada. La Corte Constitucional Colombiana, decidió que la prohibición total del embarazo, resulta inconstitucional, porque bajo ciertas circunstancias impone a la mujer encinta una carga insostenible que anula sus derechos fundamentales. “El Estado no puede obligar a un particular, en este caso a una mujer embarazada, a asumir sacrificios heroicos y a ofender sus propios derechos en beneficio de terceros o de un interés general”<sup>131</sup>. Así por ejemplo, se estableció, que en las hipótesis en las cuales el feto resulta inviable, obligar a la madre, bajo amenaza de una sanción penal, a llevar a término un embarazo de esa naturaleza significa someterla a tratos crueles, inhumanos y degradantes, que afectan su dignidad humana. “Para evitar que la medida de protección se convierta en política perfeccionista, debe ser proporcionada y no suponer una excesiva restricción de los derechos en juego, entre ellos, por supuesto, el libre desarrollo de la personalidad”<sup>132</sup>. La Corte, adicionalmente, consideró que la sanción prevista por la vulneración de una medida de protección no puede ser exagerada en relación al interés que se pretende proteger.

Como no podía ser de otra manera, el tribunal colombiano también desarrolla el tema de los derechos de la mujer, entre ellos, la autonomía individual, el libre desarrollo de la personalidad, la salud de la mujer embarazada, entre otros; estableciendo que todos ellos son límites a la facultad del legislador en materia penal. La Corte considera que la autonomía individual, entendida esta como, la esfera vital conformada por asuntos que solo atañen al individuo es un derecho fundamental que no puede ser coartado. Decidir, por la persona supone arrebatarse brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Para dicha Corte, la maternidad como opción de vida le corresponde al fuero interno de cada mujer, por lo que no es constitucionalmente permitido que el Estado, la familia, la sociedad, etc., establezcan normas que desestimulen la libre decisión de la mujer de ser madre. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, trata de que cada persona debe contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles, de tal forma que tanto las autoridades del

---

<sup>131</sup> Sentencia C-355/06 del 10 de Mayo del 2006 de la Corte Constitucional Colombiana, considerando 8.3

<sup>132</sup> Sentencia C-355/06 del 10 de Mayo del 2006 de la Corte Constitucional Colombiana, considerando 8.3.

Estado como los particulares deberán abstenerse de prohibir por cualquier medio, la posibilidad a una verdadera autodeterminación. El derecho a la intimidad, dice la Corte, también está relacionado con los derechos reproductivos, y puede afirmarse que se violan cuando el Estado o los particulares interfieren en el derecho de la mujer a tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva. De tal forma que la libertad de elección de un plan de vida concreto, en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle, integra la noción jurídica de dignidad.

Aunque algunos otros derechos fueron considerados por la Corte, terminaremos, diciendo que el derecho a la salud de la mujer, es uno de los más relevantes, que también actúa como límite a la actividad del legislador, pues los creadores de leyes penales, tiene que excluir la adopción de medidas punitivas cuando la mujer tenga que proceder a un aborto, para preservar su vida o salud.

Como hemos podido observar, en los tres casos anteriormente expuestos, es fundamental el hecho de que el *nasciturus* no es persona. En las tres sentencias estudiadas, se reconoce una protección al *no-nato*, por su potencialidad de ser humano, por interés públicos o colectivos, etc.; pero nunca llega a tener titularidad de derechos, ni siquiera el de la vida. Siendo así, es evidente que los derechos fundamentales de la mujer embarazada deberían prevalecer cuando se produzca una colisión entre cualquiera de sus derechos (salud, intimidad, libertad, etc.) y la protección estatal que se le da al *no-nato*.

### **3.2. Corrientes anti-aborto**

La discusión sobre el tema del aborto ha estado presente en toda la historia de la humanidad, generando siempre concepciones y decisiones legislativas diversas, en las que la tensión de valores ha estado vigente, pero no siempre los mismos valores, ni de la misma manera. Las decisiones tomadas por los hombres, de permitir o condenar el aborto, han obedecido en diferentes épocas, a decisiones de carácter político, a valoraciones filosóficas, religiosas, sociales, demográficas, científicas, económicas, jurídicas, etc. Pero solo hasta ahora, se empieza a tomar en cuenta como criterio de valoración, los derechos fundamentales del verdadero protagonista, el ser humano, el *nasciturus*.

Afortunadamente, no han faltado juristas que critique con fundamentos las decisiones que de una u otra manera legalizan el aborto. Los movimientos que están en contra de la terminación voluntaria del embarazo, basan sus argumentos, en la idea de que el *nasciturus* es un ser humano, que como cualquier otro es titular de derechos fundamentales que no los podemos desconocer, y que por lo tanto es persona ante el Derecho; motivo por el cual la legalización del aborto sería discriminatorio para un grupo de seres inocentes, violando de esta manera, el principio de igualdad ante la ley y sus derechos fundamentales, en especial el de vivir. Como queda claro, la adopción de una postura frente al concepto de persona y el alcance de este, así como la condición jurídica que tiene el *nasciturus*, es el punto de partida para poder tomar una posición frente a este controversial tema, que en los siguiente párrafos, será en contra.

Bajo este paraguas expondremos los cimientos que soportan la idea de la ilegalidad del aborto, así como algunas de las críticas hechas a los fallos pro-abortistas antes expuestos, en especial al caso *Baby Boy*, por tener trascendencia no solo en los EE.UU., sino en las Américas. Para finalmente analizar una sentencia de la República del Ecuador que prohíbe la venta de una píldora anticonceptiva de emergencia aclarando de esta forma el panorama jurídico respecto al aborto en dicho país.

“Una sociedad abortista, dice A. GARCÍA, ferviente defensor del derecho a la vida de los concebido, “se da cuando al amparo de su orden legal admite que sus miembro más débiles sean exterminados, tratando de esta forma pretender solucionar problemas sociales y morales que se creen no poder resolver de otro modo”<sup>133</sup>. La abrumadora y preocupante mortalidad de mujeres con escasos recursos económicos, por causa de abortos mal practicados, han llevado a que muchas personas bien intencionadas planteen como única manera de terminar con tanta carnicería la legalización del aborto al menos en los primeros meses de gestación. La idea ha sido poner al alcance de todas las mujeres lo que solo algunas tienen por el hecho de poder pagar grandes cantidades de dinero a médicos, sean locales o extranjeros, que están dispuestos a terminar con un embarazo no deseado. De esta forma, se terminaría con una flagrante y atroz desigualdad, evitando que el dinero sea causa de discriminación; ya que actualmente se dice que el aborto, es un delito para los más pobres. En

---

<sup>133</sup> A. GARCÍA ELORRIO, *Protección de los niños no nacidos...*, op. cit., p. 9

consecuencia lo que muchas personas han querido, es habilitar a los médicos y hospitales locales para que hagan lo mismo que ya hacen algunos países del primer mundo.

Este criterio, que como dije creo que proviene de gente bien intencionada, es mucho más común y popular, al menos en los países latinoamericanos, que los argumentos más elaborados y sofisticados fundados en los Derechos Humanos, típicos de países del norte. Sin embargo, entiendo que para el común de las personas es difícil entender la magnitud de ciertos principios y derechos básicos que rigen el ordenamiento jurídico y en general nuestras vidas. Para muchas personas la pena de muerte, por poner un ejemplo, es un mecanismo viable y creen que se la debería aplicar, ya que los asesinos, violadores, etc. no merecen vivir. Pero cuando uno logra entender la inseparabilidad de los Derechos Humanos con el ser humano, y entre estos, tal vez el de mayor importancia, el de la vida; entiende que no importa la bondad o maldad del sujeto, ni ninguna otra cualidad o condición, ya que por el simple hecho de pertenecer al género humano, merece el respeto de ciertos derechos fundamentales, entre estos el de vivir. Lo mismo ocurre con el *nasciturus*; cierto es que la situación económica de algunas personas las ponen entre la espada y la pared al momento de decidir si continuar o no con el embarazo, es verdad que el traer al mundo a un niño enfermo no debe ser fácil, concuerdo cuando se dice que no es justo tener que llevar a cabo un embarazo producto de una violación, etc.; pero, al igual que estoy rotundamente en contra de la pena capital, por más atroz e injusto que sea el crimen, me opongo a la legalización del aborto, porque el ser que está en el vientre de la mujer es un ser humano, digno y titular de derechos; que a diferencia de los condenados por los crímenes más horribles, el *no-nato*, es el ser más inocente que existe en el planeta, y merece todo el respeto de sus derechos, a más de una protección especial por su evidente condición de indefensión. Con esto no estoy diciendo que no importa lo que pase con las mujeres que están gestando un nuevo ser y que no tienen recursos, ni con las que han sido violadas, o que van a tener un niño enfermo, o cualquier otra situación; ya que estoy convencida que es la obligación del Estado proporcionar educación para que el número de embarazos no deseados disminuya considerablemente; conformar un sistema policial y judicial eficiente para evitar la

impunidad de personas que cometen gravísimos delitos, como la violación; crear puestos de trabajo para ayudar a las familias más necesitadas; proporcionar acceso a instituciones de salud; etc. Pero definitivamente, la solución a estos problemas, no deben buscarse por la vía de la legalización del aborto, ya que este es un mal mayor a cualquier otro. Es momento de entender el problema de fondo y por ejemplo analizar las graves deficiencias educativas en materia de sexualidad, para así trabajar en esas cuestiones.

“Es aberrante”, como bien dijo R. RABINOVICH, “la actitud de quienes condenan moral, social o jurídicamente el aborto, al tiempo que no mueven ni un meñique para ayudar a las mujeres embarazadas o a las madres recientes en riesgo. Una sociedad que no implemente este tipo de recaudos de un modo serio y efectivo no estará en condiciones morales de reprochar a la embarazada, que movida por su extrema pobreza o por el terror a las represalias familiares, decide abortar. Es preciso un destierro de la hipocresía, como base para un planteo jurídico respetable de la temática del aborto”<sup>134</sup>. Es por ello, que considero que una posición anti-abortista leal, exige la implementación de planes económicos y la correlativa asignación de recursos tendientes a ayudar y proteger a las mujeres tanto antes, durante y después del embarazo. Ciertamente es que estos planes involucrarán necesariamente la disposición de muchos recursos económicos que a veces no se tiene, pero no hay que olvidar que la legalización del aborto, tampoco es gratis, ya que importaría la derivación de una nada despreciable proporción de fondos públicos para ser destinados a sus prácticas en los hospitales.

En consecuencia para los juristas que se encuentran delineados en esta corriente de pensamiento (anti-abortista), la interrupción del embarazo no es, ni puede ser abordada por los ordenamientos jurídicos como un asunto exclusivamente privado de la mujer embarazada y por lo tanto reservado al ámbito del ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad; ya que el principal afectado o protagonista en esta historia, es el *no-nato*, y el derecho a la vida que él ostenta. Sin embargo, la responsabilidad sobre el embarazo no puede ser exigida solo a la mujer, mientras el Estado ha incumplido sus obligaciones de promoción de educación, de protección, de

---

<sup>134</sup> R. RABINOVICH BERKMAN, *Responsabilidad del Médico...*, op. cit., p. 308.

prevención, de orientación y de asistencia previos a la gestación, de acceso a la salud, de apoyo durante y después del embarazo, etc.

Ahora, es interesante saber que la mayoría de juristas que se oponen a la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo, sin embargo, han justificado el aborto en caso de estar en riesgo cierto la vida de la madre. R. RABINOVICH, ha dicho que la eliminación de la pena incluida en el aborto terapéutico quedaría parcialmente cubierta por el principio general del “estado de necesidad”, en tanto se causare un mal (la muerte del *no-nato*) para evitar otro mayor inminente (la muerte de la madre). Pero han aclarado que esta eximente funciona en caso de estar en riesgo la vida de la madre, no así solamente su salud.<sup>135</sup>

Una ley que liberaliza el aborto, quebranta el consenso característico de toda sociedad democrática, que busca desterrar privilegios y discriminaciones<sup>136</sup>. En muchos de los sistemas jurídicos actuales, el vientre materno ya no es un lugar muy seguro, solamente si el niño logra salir ileso de allí, contarán con toda la protección del orden jurídico. Solo en los EE.UU desde el 22 de enero de 1973, cuando se dictó sentencia al caso *Roe Vs. Wade*, hasta el 2001, aproximadamente treinta y dos millones de niños no nacidos fueron eliminados en el vientre de sus propias madres mediante prácticas quirúrgicas, a un promedio aproximado de un millón quinientos mil *no-natos* victimizados por año, de los cuales 10% (3'200.000) son eliminados tardíamente, es decir en abortos realizados en el último trimestre de la gestación. Todo ello sin contar los *nasciturus* que son eliminados con fármacos, cuyo número triplica al de los exterminados quirúrgicamente (96'000.000)<sup>137</sup>. Esta contradicción se expresa en forma trágica en el caso de los “abortos de nacimiento parcial” que se efectúan en los EE.UU con niños no nacidos, en el tercer trimestre de gestación cuando ya son viables. “Con esta práctica los niños son masacrados en el canal del parto, a centímetros de la luz del sol, previo estimular en la mujer el trabajo de parto. Si llega a salir de allí sin ser destruido en el seno materno, y luego fuera ultimado, el autor pagaría esa acción

---

<sup>135</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 235.

<sup>136</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 236.

<sup>137</sup> Cfr. A. GARCÍA ELORRIO, *Protección de los no nacidos...*, op. cit., p. 17

homicida con una severa condena, pero como lo hizo en el canal del parto, no tiene pena”<sup>138</sup>.

Según muchos autores, no parece soportar la lógica el hecho de que un ser humano unos segundos antes del nacimiento, no tenga la misma protección jurídica de una persona ya nacida, cuando la realidad es que el nacimiento simplemente te independiza físicamente de tu madre, circunstancia esta, importante en el proceso de crecimiento de un ser humano, pero no hecho constitutivo de tu naturaleza humana. El ser humano, independientemente de la circunstancia de haber nacido o no, es digno y merece como mínimo la protección penal de su existencia. La dignidad se predica del ser humano, motivo por el cual, la persona en razón de ella, tiene cosas propias y que respecto de los otros tiene el carácter de debidas. El derecho a la vida, es una de ellas, motivo por el cual, vulnerar ese derecho fundamental, es tratarle a la persona indignamente, no reconociéndole los mínimos que le pertenecen. El ser humano, en sí mismo tiene una dimensión jurídica natural, que se traduce precisamente en la existencia de derechos naturales. El concebido por ser *homo sapiens* es titular de derechos fundamentales y en consecuencia no puede ser tratado como cosa o simple medio. El principio de respeto de la dignidad humana y el reconocimiento del derecho a la vida impiden toda destrucción voluntaria o deliberada de *no-natos*, así como su manipulación para efectos de investigación o experimentación científica o para cualquier otro objetivo que no sea la misma conservación de este. La dignidad humana del *nasciturus* no se menoscaba por el hecho de que se den circunstancias tales como el carácter voluntario de la concepción, la salud de la madre, las condiciones sociales de su familia, etc. Motivo por el cual, legalizar el aborto, sería un trato indigno hacia un niño no nacido.

La triste paradoja de la historia de la civilización es precisamente que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, un organismo internacional de protección de los derechos del hombre, sea quien termine de colocar los cimientos argumentales de una matanza. Es por ello que a continuación analizaremos los votos disidentes en el caso *Baby Boy* y algunas críticas hechas a esta sentencia tan controversial.

---

<sup>138</sup> Ibid., p. 57

MARCO GERARDO MONROY CABRA y LUIS DEMETRIO TINOCO CASTRO, votaron en contra de la opinión de la mayoría en el caso *Baby Boy*, afirmando, entre otras cosas, que si la Comisión Interamericana entiende que la supresión del término “desde la concepción” en el artículo 1 del proyecto original (para la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre) propuesto por el Comité Jurídico (el comité originalmente redactó el artículo 1 de la siguiente forma: “toda persona tiene derecho a la vida. Este derecho se extiende al derecho a la vida desde el momento de la concepción, al derecho a la vida de los incurables, imbeciles y dementes”), implica que los Estados americanos desconocen el carácter de persona al *nasciturus* y como consecuencia su derecho a la vida, se entiende también (siguiendo la misma lógica) que la eliminación de la frase “al derecho a la vida de los incurables, imbeciles, y dementes” significa que a estos seres discapacitados tampoco se les reconoce el derecho a vivir.<sup>139</sup> Situación esta absurda, que sensatamente, nadie puede afirmar. Tanto los *no-natos* como los incurables, dementes y débiles mentales son seres humanos titulares de derechos, y la omisión de las frases antes expuestas, no tuvo otro objetivo que el de simplificación del artículo, evitando ejemplos o enumeraciones que puedan llevar a confusiones. Adicionalmente, estos juristas han afirmado que ningún documento, ni siquiera el informe de la Comisión Sexta, (CB 445/VI-36 pp. 472/478 y 510/516, vol. V), ni las actas y textos de la Novena Conferencia, sugieren elemento alguno que permita saber por qué se suprimió la frase “el derecho a la vida de los que están por nacer, así como el de los incurables, dementes y débiles mentales”. Por ello, se debe deducir que tal supresión se debió a la explicación que da el propio relator del informe de la Comisión Sexta y de la Novena Conferencia, el SR. LÓPEZ DE MESA, el cual estableció lo siguiente: “Asimismo se dispuso redactarlo (derechos y deberes) en su mera esencia, sin enumeraciones ejemplares o taxativas que llevan consigo el riesgo de la difusión inútil y de la confusión peligrosa de sus límites. Este motivo de evitar la enumeración y no otro, fue el que llevó a la Comisión y a la Asamblea a eliminar la expresión necesariamente explicativa de que inclusive... los que están por nacer...”<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> Cfr. MONROY CABRA, citado por, A. GARCÍA ELORRIO, *Protección de los niños no nacidos...*, op. cit., p. 25.

<sup>140</sup> SR. LÓPEZ DE MESA, citado por, A. GARCÍA ELORRIO, *Protección de los niños no nacidos...*, op. cit., p. 26.

En consecuencia, se cambió el artículo originalmente propuesto por considerar innecesario el establecer ejemplos o enumeraciones con respecto a que seres humanos tienen derecho a la vida, manteniéndose implícitamente el concepto por nadie discutido o puesto en duda, de que todo ser humano ostenta este derecho, incluso los que están por nacer, como así también los incurables, dementes, débiles mentales, etc. Adicionalmente, MONROY CABRA afirma que, si la vida humana comienza con la concepción, ya que en ese momento aparece un nuevo ser que es distinto al padre y a la madre, el derecho fundamental de la vida existe por el solo hecho de que hay un ser humano; y no pertenece al Estado indicar a quien no se le reconoce este derecho, porque el hacerlo conllevaría a una absoluta discriminación<sup>141</sup>. El derecho a la vida se debe reconocer al niño que está por nacer, al nacido, al joven, al anciano, al demente, al minusválido, y en general a todo ser humano sin importar su condición.

Así como M. MONROY CABRA y TINOCO están en contra de la resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Baby Boy*, hay un sin número de concedores del Derecho que critican esta sentencia, queriendo demostrar que en realidad si existe protección jurídica internacional para los niños no nacidos y que la Comisión en el precedente *Baby Boy* efectuó un incorrecto análisis de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, contrario al Derecho Internacional.

Según estos, la claridad del texto del art. 1 de la DADDH, cuando afirma que “todo ser humano tiene derecho a la vida” nos debería eximir de todo comentario respecto a si el niño no nacido es titular de este derecho, ya que con los avances de la ciencia médica, no se puede negar que se trata de un ser que pertenece a la especie humana.<sup>142</sup> En consecuencia, si ponemos lo anteriormente dicho en términos de lógica jurídica, se crea el siguiente silogismo indiscutible: todo ser humano tiene derecho a la vida (premisa mayor); el niño no nacido es un ser humano, según la ciencia médica (premisa menor); entonces, el *nasciturus* tiene derecho a la vida (conclusión). Reforzando la premisa menor, podemos decir que uno de los genetistas más reconocidos de la época JEROME LEJEUNE, ha expresado que la vida humana tiene un

---

<sup>141</sup> Cfr. MONROY CABRA, citado por, A. GARCÍA ELORRIO, *Protección de los niños no nacidos...*, op. cit., p. 28.

<sup>142</sup> Cfr. A. GARCÍA ELORRIO, *Protección de los niños no nacidos...*, op. cit., p. 29.

comienzo, el cual se da al momento en que toda la necesaria y suficiente información genética es recogida, es decir cuando se produce la singamia, instante desde el cual aparece un nuevo ser distinto de sus padres<sup>143</sup>.

La utilización del término “ser humano” en el art. 1 de la DADDH evita cualquier cuestión interpretativa. Además, de que este instrumento, en su artículo 17, establece que la personalidad jurídica jamás puede estar escindida del ser humano. En consecuencia, de la sola lectura del art. 1 de este texto internacional, tomando las palabras del documento y preámbulo en el uso corriente y aplicando una lógica clásica y elemental, dice A. GARCÍA, no podían albergarse dudas de que el *nasciturus* tenía y tiene protección internacional. Este autor, establece que la forma más apropiada de examinar el contenido de un tratado es simplemente aplicar el sentido corriente que hay que darle a los textos, más conocida como regla del sentido común, que no significa otra cosa que, “no está permitido interpretar aquello que no necesita interpretación”<sup>144</sup>. La Corte Permanente de Justicia Internacional, dice este mismo autor, ha afirmado que las palabras deben ser interpretadas según el sentido que tengan normalmente en el contexto, y en el mismo sentido el Tribunal Internacional de Justicia estableció, que cuando se puede atribuir a las palabras empleadas un sentido natural y ordinario, no puede interpretarse esos términos intentando darles otra significación.<sup>145</sup> En consecuencia, los pensadores encuadrados en esta línea de pensamiento afirman que el art. 1 de la DADDH es claro y que la lectura de su texto en el sentido corriente de los términos usados, con el concurso interdisciplinario de la genética humana, eran elementos más que suficientes a fin de que la Comisión resolviera sensatamente a la luz del artículo 31 de la Convención de Viena, que los niños norteamericanos no nacidos tenían en virtud de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre protección jurídica internacional<sup>146</sup>.

Ahora, con respecto a la interpretación que la Comisión Interamericana ha dado al artículo 4 de la CADH, algunos de los juristas, conocedores del asunto, han

---

<sup>143</sup> Cfr. Ibid., p. 31

<sup>144</sup> A. GARCÍA ELORRIO, *Protección de los niños no nacidos...*, op. cit., p. 32

<sup>145</sup> Cfr. Ibid., p. 33.

<sup>146</sup> Cfr. Art. 31 Convención de Viena: Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

establecido que si el término “en general” significa que solo algunos o la mayoría de los concebidos están protegidos en su derechos a la vida, y otros no, la igualdad ante la ley, consagrada en el artículo 24 de este mismo cuerpo legal se transformaría en un grafismo inerte, carente de sentido jurídico, ya que si se reconoce que todo niño no nacido es ser humano, la igualdad ante la ley se transforma en obstáculos para cualquier discriminación.

Otra crítica a la sentencia de la Comisión es que la parte final del artículo 4 de la CADH establece que “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, y no existe en el proceso documento alguno que justifique el motivo por el cual se realizó el aborto. La decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Baby Boy*, lo único que hizo es empeorar la protección jurídica que el *nasciturus* tenía con relación a su derecho interno, ya que por lo menos, en los EE.UU., como consecuencia del caso *Roe vs. Wade*, no se podía abortar a un niño de seis meses de gestación o más.

Finalmente, y para acabar con este controversial capítulo, expondremos brevemente los argumentos esenciales de la resolución 0014-2005-RA, del Tribunal Constitucional de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 297 del 22 de junio del 2006, la cual suspendió definitivamente, en dicho país, el otorgamiento del registro sanitario para la comercialización y expendio de la pastilla denominada Postinor -2, por poder en ciertas circunstancias ser abortiva.

El proceso se inicia cuando José Fernando Rosero Rhode, propone acción de amparo constitucional ante el Juez Tercero de lo Civil de Guayaquil, en contra del Director del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical “Leopoldo Inquieta Pérez” y del señor Ministro de Salud Pública, solicitando la suspensión definitiva del otorgamiento del registro sanitario para la comercialización y expendio de la pastilla denominada “pastilla del día siguiente”, conocida con el nombre de Postinor -2, por cuanto indica que al ser utilizada en los tres subsecuentes días de una relación sexual no protegida, pone fin a un embarazo no deseado, contra expresas disposiciones constitucionales y penales.

En la audiencia pública, celebrada el 22 de noviembre del 2004, los solicitantes afirmaron que la utilización de la pastilla en disputa, posibilita el aborto de un óvulo fecundado, atentando de esta forma, especialmente, contra el derecho a la vida del *no-*

*nato*, ya que ellos aseveran que antes de la implantación del cigoto, es decir desde la fecundación, ya se ha producido el intercambio genético y en consecuencia se ha definido el sexo del nuevo ser humano, así como todas sus demás características; siendo incuestionable, que desde ese momento (singamia) existe una persona, con derechos fundamentales que le deben ser respetados. Finalmente, los actores alegaron que el certificado de registro sanitario otorgado para la comercialización de la pastilla Postinor -2, viola las normas constitucionales del Ecuador, motivo por el cual debe ser suspendido.

El Juez Tercero de lo Civil de Guayaquil, con resolución del 1 de diciembre del 2004, decidió conceder el recurso de amparo propuesto por el Sr. Fernando Rosero, porque consideró que, según los artículos 16 y 18 de la Constitución, el más alto deber del Estado es respetar y hacer respetar los Derechos Humanos, y en materia de derechos y garantías se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia. Adicionalmente, añade que el derecho a la vida es un derecho garantizado por el artículo 49 de la Constitución, desde el momento de la concepción, derecho este imperativo, indisponible e inderogable. Como vemos el juez a quo, le reconoce al *nasciturus*, desde el momento de concepción, la titularidad de derechos humanos, precisamente, el de la vida, consagrado en la Constitución. Estableciendo, que este es un derecho que nadie puede disponer, es inviolable.

Una vez que el caso subió en apelación, el Tribunal Constitucional analizó el “informe del proceso de registro sanitario del producto Postinor -2”, proveniente del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical “Leopoldo Izquieta Pérez”, documento este muy importante porque contuvo información sobre las evaluaciones y análisis de los tres informes (físico, técnico y farmacológico) elaborados dentro del proceso de inscripción y registro del medicamento. En el informe farmacológico se rescató los siguientes textos: “su mecanismo de acción (refiriéndose al Postinor -2) no se conoce y se piensa que el Levonorgestrel actúa evitando la ovulación y la fertilización, si la relación ha tenido lugar en la fase preovulatoria. También puede provocar cambios endometriales que dificultan la implantación”. “El Levonorgestrel

puede actuar en tres momentos: 1) evitando la ovulación; 2) evitando la fecundación o fertilización; 3) evitando la implantación”<sup>147</sup>

Continúa la Corte diciendo que no existe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una norma específica que defina cuando se produce la concepción. “No obstante el artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia (CNA) nos da una pauta, dice el Tribunal, “en tanto que garantiza el derecho a la vida desde la concepción, y en el segundo inciso expresa que se prohíbe las manipulaciones genéticas desde la fecundación del óvulo. De todas formas esta Sala conciente de todo el debate científico y social, no puede aseverar que la concepción se produce desde al fecundación del óvulo, pero tampoco puede asegurar lo contrario. Es decir, en el análisis de la presente materia se ha generado una duda razonable que nos obliga en nuestra calidad de jueces constitucionales a realizar la interpretación de la norma contenida en el artículo 49 de la Constitución con un alcance a favor de la persona y del derecho a la vida por disposición del artículo 18 inciso 2 de la Constitución, que dice: “en materia de derechos y garantías constitucionales se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia”, “se trata pues de aplicar el universal principio de *in dubio pro homine*, esto es que en casos de duda, se debe estar a favor de la persona”<sup>148</sup>. Adicionalmente, en el considerando doceavo el juez constitucional, dice que se 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. Visto así, se debe conducir que “al actuar el medicamento Postinor -2 en una de sus fases como agente para impedir la implantación del cigoto<sup>149</sup>, es decir, luego de fecundarse el óvulo, se atentaría contra la vida del nuevo ser humano”<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> Resolución No. 0014-2005-RA, del Tribunal Constitucional del Ecuador, del 23 de Mayo del 2006, considerando séptimo, publicada en el R.O. No. 297 del 22 de Junio del 2006.

<sup>148</sup> Resolución No. 0014-2005-RA, del Tribunal Constitucional del Ecuador, del 23 de Mayo del 2006, considerando séptimo, publicada en el R.O. No. 297 del 22 de Junio del 2006.

<sup>149</sup> Del propio Informe del Proceso de Registro Sanitario del producto Postinos -2 del Instituto Leopoldo Inquieta Pérez, en el análisis farmacológico de dicho medicamento se rescatan los siguientes textos: “...También puede producir cambios endometriales que dificultan la implantación”. Así mismo, entre los documentos que forman parte del expediente del proceso de amparo ante el Tribunal Constitucional del Ecuador, hay varios documentos, entre estos la información para el consumidor del

Como podemos observar de lo anteriormente expuesto, se piensa que la pastilla Postinor-2 puede, dependiendo del ciclo menstrual en que la mujer se encuentre, evitar la implantación del cigoto en las paredes del endometrio materno, produciendo esto, para los que consideran que la concepción se da desde la singamia o antes, un aborto. La Corte, presume, en virtud del Código de la Niñez y Adolescencia, que la concepción se da al momento de la fecundación, momento en el que se produce el intercambio cromosomático (singamia); empero establece que no puede afirmar a ciencia cierta que eso es así, motivo por el cual aplica el principio de *in dubio pro homine*, que como ya dijimos, establece que en caso de duda se está a favor de la persona.

Adicionalmente, y para efectos de este trabajo, para mi parecer aquí viene el tema más importante de la sentencia en estudio: el Tribunal Constitucional ecuatoriano, reconoció el derecho a la vida del *nasciturus* y estableció que se debe realizar una interpretación del artículo 49 de la Constitución con un alcance a favor de la persona; motivo por el cual, el Tribunal considera persona al que está por nacer, aclarando de esta forma cualquier duda que podía presentarse en el Derecho ecuatoriano sobre la condición jurídica del *no-nato*. Además de que se debe estar a la interpretación que más favorezca la efectiva vigencia de los Derechos Humanos, en este caso el derecho a la vida, del ser humano, *nasciturus*.

La incertidumbre, entonces, al menos en el Ecuador, ya no es la condición jurídica del *nasciturus*, que como vimos es una persona, titular del derecho a la vida; la duda está en el determinar el momento mismo de la concepción, instante este necesario conocer porque desde aquel se forma un nuevo ser, titular de derechos fundamentales. Aunque a través de la interpretación del artículo 20 del CNA, el tribunal presume que concepción es sinónimo de fecundación, afirma que no tiene muy claro el tema, y que no le corresponde a él solucionarlo, motivo por el cual, lamentablemente deje en el aire este concepto, pero aplica el principio a favor de las personas y de los Derechos Humanos, en este caso, del *nasciturus* y el derecho a la vida.

---

producto Postinor -2 (*Consumer Medicine Information*) el cual advierte que el medicamento Postinor -2 en una de sus fases *“is thought to work by stopping a fertilised egg from attaching itself to you womb lining”*

<sup>150</sup> Resolución del Tribunal Constitucional del Ecuador, No. 0014-2005-RA, del 23 de mayo del 2006, considerando décimo segundo, publicada en el R.O. No. 297 del 22 de junio del 2006.

Por otro lado, el Tribunal aclaró en el considerando décimo segundo, que en el caso de colisión entre los derechos reproductivos de la mujer y el derecho a la vida del *nasciturus*, prevalece el del *no-nato*, porque después de hacerse una ponderación de estos derechos, se determinó que el bien jurídico constitucional protegido de la vida de una persona está por sobre el valor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de la libertad individual, “ya que mal podría una persona decidir sobre la vida ajena”<sup>151</sup>. Como podemos ver el Tribunal, considera al *no-nato* como una persona diferente de la madre, razón por la cual, esta no puede disponer de la vida que no es de ella.

Por todo lo expuesto, el Tribunal estableció la ilegitimidad del acto administrativo, por el cual se otorgó el registro sanitario para la comercialización de la Pastilla Postinor -2, por cuanto su causa y objeto son contrarias al ordenamiento jurídico ecuatoriano, que protege el derecho a la vida de los seres humanos desde la concepción. Y el permitir la comercialización y expendio de este medicamento amenaza de modo inminente con causar grave daño a un grupo de seres humanos imposibles de cuantificar, al producir la imposibilidad de implantación del cigoto, en el vientre materno.

---

<sup>151</sup> Resolución No. 0014-2005-RA, del Tribunal Constitucional del Ecuador, del 23 de Mayo del 2006, considerando séptimo, publicada en el R.O. No. 297 del 22 de Junio del 2006.

## **CAPÍTULO IV: “LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL NASCITURUS EN EL DERECHO ECUATORIANO”**

Hemos podido observar a lo largo de este trabajo, que el status legal del *no-nato* ha sido muy discutido en la mayoría de los órdenes jurídicos americanos. Sin embargo, una vez expuestos los diferentes argumentos que sustentan las distintas posiciones sobre el alcance del concepto de persona humana o natural, y la condición jurídica del *nasciturus*, así como los disímiles puntos de vista ante el aborto, tanto en la doctrina como en algunas sentencias internacionales, pasaremos a analizar el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para así poder llegar a una conclusión acerca de que tratamiento le da esta legislación a la criatura que se encuentra en el vientre materno y constatar cual ha sido la corriente adoptada por el Ecuador y bajo que parámetros lo ha hecho.

Son algunos cuerpos legales, los que en nuestro país contienen pautas acerca de la condición jurídica del *nasciturus*. Motivo por el cual, en este capítulo estudiaremos esencialmente, las normas del Código Civil (CC), del Código de la Niñez y Adolescencia (CNA) y de la Constitución Política, que atañan al concebido pero no nacido. Asiendo también una importante referencia a los tratados y convenios internacionales, ratificados por el Ecuador que se apliquen al caso en estudio, así como al Código Penal (CP) de nuestro país.

Antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política del 98 y del Código de la Niñez y Adolescencia, el Código Civil era, esencialmente, la única y fundamental

norma, que regulaba el estatus jurídico del *no nato* en el Ecuador. A partir de la Constitución del 98 y en especial de la entrada en vigor del Código de la Niñez y Adolescencia, el panorama cambia apreciablemente, siendo estos dos últimos cuerpos los que de manera principal y específica, pasan a regular el tema de la situación jurídica del *nasciturus*, convirtiéndose el Código Civil en norma supletorias y jerárquicamente inferiores, con lo que respecta al no nacido.

Son algunos los artículos, que en el Código Civil ecuatoriano, regulan la naturaleza jurídica del *no nato* y establecen el marco jurídico en que aquel se desenvuelve. Así el artículo 41 CC establece que “son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición...”; el artículo 60 dispone que “el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás...”; el artículo 61 de este mismo cuerpo legal indica que “la ley protege la vida del que está por nacer...”; y, finalmente el artículo 63 expresa que “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 artículo 60, inciso segundo, pasarán los derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”.

De los artículos antes citados, y en virtud de las interpretaciones más aceptadas, podemos ver que el Código Civil ecuatoriano, afirma que todos los individuos pertenecientes a la especie humana, son personas naturales (art. 41)<sup>152</sup>. Sin embargo, de su artículo 60 se desprende que el *nasciturus* no ostenta la calidad de persona, motivo por el cual se presume que tampoco es un ser humano, para que así haya una concordancia con el artículo 41 de este mismo cuerpo legal. En otras palabras, podemos decir que se genera el siguiente silogismo: premisa mayor, todo ser humano es persona (art. 41 CC); premisa menor, el no nacido no es persona (Art. 60);

---

<sup>152</sup> Posición esta que concuerda con el artículo 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos. “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”

conclusión, el *nasciturus* no es un individuo de la especie humana. Esta criatura, según el CC, tiene existencia legal y por lo tanto carácter de persona, solamente a partir del nacimiento, ya que antes de que este acontecimiento se produzca, el ser que se encuentra en el vientre materno no es un ser humano distinto de la madre y en consecuencia carece de personalidad jurídica alguna. Algunos de los civilistas más destacados, han afirmado que el *nasciturus* es, para nuestro Código Civil, un objeto relevante de protección jurídica, o a lo mucho una potencialidad de ser humano, pero jamás una persona. Es decir, el mencionado cuerpo normativo, reconoce la existencia de una criatura, que tiene una protección especial a su vida por su importancia como futuro miembro de la colectividad, pero para que exista como persona debe verificarse su nacimiento. Por lo tanto, el no nacido, en virtud del Código Civil, al no ostentar la calidad de persona no posee ningún derecho, ni siquiera el derecho a vivir.

Adicionalmente, debemos precisar que cuando los conocedores del Código Civil ecuatoriano, hablan de los derechos del que está por nacer, no se refieren propiamente a los derechos que le pertenecen a dicha criatura, ya que ningún derecho, ni fundamental ni patrimonial, le corresponden por no ser persona. Lo que se pretende explicar o justificar, es el tema del artículo 63 de dicho cuerpo legal, el cual indica los derechos que le corresponderían al *nasciturus* si naciese y viviese<sup>153</sup>. En este artículo se hace una ficción de adelanto de la personalidad a la criatura que está en el vientre materno, la cual consiste, básicamente, en que en el evento, de que el nacimiento constituya un principio de existencia, se entenderá como que el recién nacido entró en goce de los derechos que le correspondían, como si hubiera existido al tiempo en que se le otorgaron, o sea cuando aún era *no nato*.

En conclusión, y resumiendo la posición del Código Civil Ecuatoriano frente al *nasciturus*, podemos afirmar que para dicho cuerpo normativo, el *no nato* no tiene existencia legal, por no haberse cumplido el requisito necesario del nacimiento; además de que esta criatura no ostenta derecho alguno, ni fundamental (ya que no tiene ni siquiera el derecho a la vida) ni patrimonial, motivo por el cual no encaja en el concepto de persona: ente titular de derechos y obligaciones. Adicionalmente, el no

---

<sup>153</sup> Cfr. L. PARRAGUEZ RUIZ, *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano...*, op. cit. p. 55.

nacido, ante el Código Civil, no es un ser humano, ya que si lo fuera, no se le negaría el carácter de persona en virtud del artículo 41 del mismo cuerpo legal. Motivo por el cual, si alguien, con el afán de reconocerle el derecho a la vida al *nasciturus*, piensa que el Código Civil, considera al *no-nato* ser humano, pero no persona, estaría equivocado, ya que sería imposible conciliar dicha idea con la norma, ya antes mencionada, del artículo 41.

El Código Civil ecuatoriano al igual que la mayoría de las leyes civiles latinoamericanas, han estado altamente influenciadas por el antiguo Derecho romano, y en materia de *nasciturus* la influencia es evidente. La mayoría de juristas contemporáneos están convencidos de que nuestros antecesores jurídicos, consideraban al no nacido como una víscera más del cuerpo de la madre, motivo por el cual recibía una misma protección con esta. Secuela inmediata de esto, es la consideración actual que el Código Civil ecuatoriano hace del *nasciturus*, tratándolo como objeto relevante de protección jurídica por su importancia como potencialidad de ser humano, pero jamás otorgándole el estatus de persona.

Con el avance de la ciencia médica, la genética y la tecnología en general, se ha logrado zanjar cualquier incertidumbre habida con respecto a la naturaleza del *no-nato*; puesto que estas nos han enseñado, que el *nasciturus*, no es una parte más del cuerpo de la madre, sino que es un ser humano, con una genética diferente de cualquier otro hombre, inclusive de sus progenitores. Es así, que acertadamente, el Código de la Niñez y Adolescencia, ha superado las antiguas concepciones del Código Civil, plasmando en sus normas la realidad científica, al establecer que el *nasciturus* es un ser humano. El artículo 2, del antedicho cuerpo normativo, establece que “las normas del presente código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad...”. De este apartado se desprende, incuestionablemente, que el *nasciturus* es para el Código de la Niñez y Adolescencia, un ser humano, desde el momento mismo de su concepción.

Con el desarrollo de los Derechos Humanos, y en general de toda la ciencia jurídica, actualmente (al menos en el Ecuador) es imposible imaginar un ser humano que no ostente el carácter de persona. La tendencia reinante, como bien dijo R. RABINOVICH, es extender la condición de persona a todo individuo de la especie

humana, ya que el no hacerlo implicaría retroceder en el tiempo, volviéndonos una sociedad precaria, que buscaría fundamentos, como los que justificaron la esclavitud, para hacer viable la existencia de seres humanos carentes de personalidad jurídica y por lo tanto desprovistos de derechos.<sup>154</sup> Una posición de ese estilo es evidentemente discriminatoria, incompatible con principio de igualdad ante la ley y con la dignidad humana. La paridad entre ser humano y persona natural es incuestionable, afirmación esta que se encuentra consagrada no solo en el artículo 41 del CC, sino en la Convención Americana de Derechos Humanos, documento internacional ratificado por el Ecuador, el cual, en su artículo 1.2 consagra que "...persona es todo ser humano". Todo ser humano, incluido el *nasciturus*, por su condición de tal tiene el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, investidura esta que trae consigo la capacidad de ser sujeto de derecho. "La condición de ser humano", dijo el Juez GARCÍA RAMÍREZ, en su voto razonado al caso Bámaca Velásquez, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "debe ser reconocida y desarrollada normativamente por el orden jurídico"<sup>155</sup>.

En virtud de lo expuesto, decimos que el nacimiento ya no es requisito esencial para ser persona, puesto que el ser humano existe desde la concepción, y todo individuo de la especie humana, sin distinción alguna es necesariamente persona ante el derecho. El Juez DE ROUX RENGIFO en el voto razonado al caso Bámaca Velásquez ya antes comentado, ha dicho que se debe combatir con vigor la idea de que determinados ordenamientos jurídicos, puedan desconocer la condición de sujetos de derechos a ciertas categorías de seres humanos<sup>156</sup>.

El negarle al *no nato* el carácter de ser humano, no solo niega directamente a la ciencia médica, sino que contradice norma expresa del Código de la Niñez y Adolescencia, y el afirma que no todo ser humano es persona natural, se va en contra de la Convención Americana de Derechos Humanos; ambos, cuerpos legales, jerárquicamente superiores al Código Civil y por lo tanto prevalecientes sobre él.

<sup>154</sup> Cfr. R. RABINOVICH, *Derecho Civil...*, op. cit. p. 234.

<sup>155</sup> Voto razonado del Juez GARCÍA RAMÍREZ, en el caso Bámaca Velásquez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 25 de noviembre del 2000, comentada por F. BARBOSA, *Litigio Interamericano...*, op. cit., p. 308.

<sup>156</sup> Voto razonado del Juez DE ROUX RENGIO, en el caso Bámaca Velásquez de la Corte Interamericana de Derechos Humano, del 25 de noviembre del 2000, disponible en [www.corteidh.or.cr/casos.cfm](http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm), consultado el 2 de mayo del 2007.

Como consecuencia directa de lo anteriormente expuesto se crea el siguiente silogismo: premisa mayor: todo ser humano es persona (art. 1.2 CADH); premisa menor: el *nasciturus* es ser humano (art. 2 del CNA, además de que está científicamente comprobado); conclusión: el *nasciturus* es persona.

Adicionalmente, del artículo 2 del CNA antes transcrito, se observa que al *nasciturus* le son aplicables las normas de dicho código; entre las cuales están consagrados varios derechos fundamentales, motivo por el cual, algunos de estos derechos le serán reconocidos al *no nato*, en cuanto sean compatibles con su condición y grado de desarrollo. De este modo, el concebido pasa a ser titular de derechos, entre los cuales, esta específicamente consagrado, en el artículo 20 CNA, el derecho a la vida. Art. 20 CNA: “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”. En parecidos términos la Constitución Política de la República del Ecuador, ha reconocido expresamente, en su artículo 49, el derecho a la vida de los concebidos. Art. 49, “los niños, niñas y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción”.

A más de que el Código de la Niñez y Adolescencia le reconoce el carácter de ser humano al *nasciturus* y la expresa titularidad del derecho a la vida; una vez más en concordancia con el artículo segundo de dicho cuerpo legal, el *no nato* puede ser titular de otros derechos fundamentales, ya que las normas del Código de la Niñez y Adolescencia son aplicables a todo ser humano desde la concepción, y muchas de estas son derechos esenciales compatibles con la condición y grado de desarrollo del ser humano, *nasciturus*. Es así, que si vamos revisando uno por uno los artículos del antedicho cuerpo legal, nos encontraremos con algunas normas, que se le pueden perfectamente aplicar al ser que se encuentra en el vientre materno; solo a modo de ejemplo, podemos señalar el artículo 26, el cual es parcialmente aplicable al no nacido, puesto que este consagra el derecho a una vida digna, el cual incluye una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, acceso a los servicios de salud, etc.; así mismo el artículo 27 establece el derecho de los niños, niñas y adolescentes a disfrutar del más

alto nivel de salud, derecho este que comprende; una nutrición adecuada y un medio ambiente saludable; acceso a los servicios de salud pública, para la prevención, tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de su salud; acceso inmediato y eficaz a los servicios médicos de emergencia; el derecho a vivir y desarrollarse en un ambiente estable y afectivo que les permita un adecuado desarrollo emocional; entre otros; y el artículo 32 reconoce el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, y libre de contaminación, que garantice su salud, seguridad alimentaria y desarrollo integral; etc. Como vemos todos estos derechos son perfectamente aplicables y compatibles con el *nasciturus*, siendo de esta forma incuestionable el hecho de que el *no-nato* es titular de varios derechos fundamentales a más del de la vida. La imposibilidad de aplicación de otros derechos a la criatura que se encuentra en el vientre materno, no constituye motivo suficiente para desconocerle la personalidad jurídica. Como el mismo GARCÍA RAMÍREZ estableció, la titularidad de derechos es propia del ser humano, sin embargo la integración concreta de la capacidad de goce, así como la posibilidad de ejercicio de los derechos, están sujetos al Derecho positivo, en función de la posición del individuo, así por ejemplo un menor de edad no será titular del derecho al voto; o un padre de familia tendrá potestades y obligaciones diferentes a las de aquel que carece de dicha característica, etc. Sin embargo, la no aplicación de un derecho o de varios de estos, a un ser humano, por una situación de hecho, no implica, bajo ningún punto de vista el no reconocimiento de su personalidad jurídica<sup>157</sup>.

En consecuencia, si el *nasciturus* es titular de derechos, surge otro silogismo: premisa mayor: persona es el ente susceptible o titular de derechos; premisa menor: el *nasciturus* es titular de derechos; conclusión: el *nasciturus* es persona.

A pesar de que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha dado un enorme paso hacia el desarrollo, a partir de la Constitución del 98 y en especial del Código de la Niñez y Adolescencia, en materia de no nacidos, lo anteriormente expuesto, no agota todo el cambio que nuestro derecho interno ha sufrido. El Código de la Niñez y Adolescencia ha ido más allá del polémico reconocimiento del *nasciturus* como ser humano. El artículo 4 de este cuerpo legal establece que “niño o niña es la persona que

---

<sup>157</sup> Voto razonado de GARCÍA RAMÍREZ en el caso Bámaco Velásquez, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, disponible en [www.corteidh.or.cr/casos.cfm](http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm), consultado el 2 de Mayo del 2007.

no ha cumplido doce años de edad....” Al ser el *nasciturus* ser humano, (como bien lo consagra el artículo 2 del CNA), y por lo tanto, persona (en virtud del artículo 41 del CC, así como del artículo 1.2 de la CADH) y no haber llegado a la mayoría de edad aún, el no nacido, es para el Derecho ecuatoriano, niño o niña, según el caso.

Reforzando esta afirmación, se encuentra el artículo 25 de este mismo cuerpo legal, el cual expresamente se refiere al niño en el tiempo del embarazo y parto. Art. 25 “el poder público y las instituciones de salud y asistencia a niños, niñas y adolescentes crearán condiciones adecuadas para la atención durante el embarazo y el parto, a favor de la madre y del niño o niña, especialmente tratándose de madres adolescentes y de niños o niñas con peso inferior a 2500 gramos”. Si descomponemos este artículo y lo leemos, el resultado es el siguiente: ... 1) se crearán condiciones adecuadas para la atención durante el embarazo a favor de la madre y del niño o niña.... 2) se crearán condiciones adecuadas para la atención durante el parto a favor de la madre y del niño o niña... Como se desprende de la primera frase, el código cataloga de niño o niña al ser humano que se encuentra en el vientre materno, ya que ¿de que otro niño o niña se podría hablar en la etapa del embarazo? Como vemos este artículo, entiende que durante el embarazo hay un ser humano diferente de la madre, que requiere las debidas atenciones, y este individuo de la especie humana, es para el Código de la Niñez y Adolescencia un niño. Adicionalmente, el artículo consagra el derecho de atención al niño o niña durante el parto, cuando aún esa criatura no está necesariamente completamente separada de la madre, es decir todavía no se ha producido el nacimiento, sin embargo, el antedicho cuerpo legal ya le otorga la categoría de niño o niña.

Corroborando esta idea, tanto la Declaración como la Convención sobre los Derechos del Niño, han indicado en sus preámbulos que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Como vemos, estos importantísimos instrumentos internacionales en materia de niñez, han reconocido expresamente en sus preámbulos el carácter de niño al no nacido. El preámbulo forma parte integrante del tratado y la Convención Viena en su artículo 31.2 ha establecido

que el para la correcta interpretación de un tratado se debe utilizar el preámbulo.<sup>158</sup> Motivo por el cual, cuando en el artículo 1 de la CDN se establece que “...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...”, debemos entender que el *nasciturus* cae dentro de esta categoría, pasando a ser de esta forma un niño para el ordenamiento internacional. Sin embargo, y sin dejar a un lado las importantes opiniones de algunos juristas, que han afirmado que el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño es limitado y no obligatorio para algunos Estados, en virtud de los trabajos preparatorios y las consideraciones hechas por los Estados en el proceso de creación de la Convención de los Derechos del Niño, utilizando como sustento el artículo 32 de la CV, el cual establece que la incorporación o no de una determinada disposición o texto en el borrador puede ser utilizado como una forma suplementaria de interpretación<sup>159</sup>, considero que este argumento es inaplicable para el caso de nuestro país, debido a que la acción inmediata del Ecuador en el desarrollo y adopción de la Convención de los Derechos del Niño fue afirmar, en los debates del 1989, que “reconoce en particular el noveno párrafo del Preámbulo del proyecto de la Convención en que se manifiesta la necesidad de proteger la existencia del niño aún no nacido, y considerar que se debe tener en cuenta ese párrafo al interpretar todos los artículos de la Convención”<sup>160</sup>.

En virtud de la anterior explicación, creo que para el Ecuador, el *nasciturus*, cae necesariamente en la categoría de niño, generándose de esta manera el siguiente silogismo: Premisa mayor: niño es todo ser humano, que no ha cumplido 18 años de edad (art. 4 CNA, artículo 1 de la CDN); premisa menor: el *nasciturus* es un ser humano, que no ha cumplido 18 años (art. 2 CNA) conclusión: el *nasciturus* es un niño. (Preámbulo de la CDN).

Consecuencia directa de esto es el hecho de que toda vez que una norma, parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se refiera a los niños o niñas, se debe entender que se incluye dentro de esta a los no nacidos; obviamente, entendiendo que solo se les

---

<sup>158</sup> Art. 31.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “para los efectos de la interpretación de un tratado. El contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos”

<sup>159</sup> F. SIMON, Borrador de Manual..., op. cit.

<sup>160</sup> A/C. 3/44/Sr. 41, p.11, citado por A. GARCÍA ELORRIO, Protección de los niños no nacidos..., op. cit., p. 80.

puede aplicar aquellas normas compatibles con su condición y grado de desarrollo. Motivo por el cual, cuando la Constitución, en su artículo 49 establece que los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad, y a continuación enumera una lista de derechos fundamentales, los no nacidos por su calidad de niños pasan a ser titulares no solo del derecho a la vida, expresamente consagrado, sino también de varios otros derechos que integran la lista del artículo 49, compatibles con su condición, como son por ejemplo, la integridad física y psíquica; su identidad (algunos autores han establecido la titularidad del derecho a la intimidad y a la identidad del concebido, mediante la reserva obligatoria de todos los datos obtenidos, por los centros que practican las técnicas de reproducción asistida, para la perfecta identificación del embrión); la salud integral y nutrición; el respeto a su dignidad, y cualquier otro que le sea aplicable.

A continuación, me parece oportuno hacer algunas consideraciones con respecto al derecho a la vida en nuestro ordenamiento jurídico, y la concreta aplicación de este al concebido pero no nacido.

Como ya lo hemos mencionado muchas veces a lo largo de este capítulo, el derecho a la vida de los *no natos*, es un derechos fundamental que está expresamente consagrado en el artículo 49 de nuestra Constitución, así como en el artículo 20 del CNA. Al mismo tiempo, el artículo 23 numeral 1 de la Carta Magna establece que el derecho a la vida es inviolable. Adicionalmente, el artículo 18 de la Constitución consagra que en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Razón esta suficiente para que, en nuestro país sea imposible, despenalizar el aborto, ya que matar al *nasciturus* sería exterminar a un ser humano inocente. El derecho a la vida es inherente a la persona humana, no puede entenderse de manera restrictiva, y la protección a este exige que los Estados adopten medidas positivas.

De los artículos antes expuesto, podemos apreciar claramente, que en nuestro país, no es posible limitar bajo ninguna circunstancia el derecho a la vida de los seres humanos, incluido el *nasciturus*; motivo por el cual, de conformidad con nuestra Constitución ninguna ley puede restringir el derecho constitucional a la vida, razón esta

suficiente para sostener la inconstitucionalidad de cualquier norma que legalice el aborto.

A mi entender, el único caso de aborto, que podría (y dijo podría porque todavía hay mucho debate respecto a este) estar legítimamente contemplado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es la interrupción voluntaria del embarazo por estar en peligro la vida de la madre, por estar esta situación amparada por el principio del estado de necesidad, (artículo 24 CP: no se impondrá ninguna pena al que, en la necesidad de evitar un mal (muerte de la madre) ejecuta un acto que produzca daño en la propiedad ajena (vida del *nasciturus*), siempre que sea real el mal que se haya querido evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo, y que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo). Aunque, esta solución no resuelve el problema del conflicto entre derechos, es al menos una de las pocas salidas que encuentro, para poder justificar un aborto terapéutico, en el cual corra peligro la vida de la madre, más no solo su salud<sup>161</sup>.

Por otro lado, aunque los derechos sexuales y reproductivos y la libertad individual también son derechos fundamentales, en virtud de lo establecido por el Tribunal Constitucional de nuestro país, en el Ecuador a quedado claro que al ponderar los valores contenidos en los principios constitucionales, resulta de forma indubitable que se debe dar prioridad al derecho a la vida, por sobre el valor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de la libertad individual, pues ninguna persona puede disponer sobre la vida ajena o sobre la del que está por nacer. Adicionalmente, esta idea queda corroborada por lo establecido en el artículo 12 del CNA, el cual dispone que, “en caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás”. Motivo por el cual, si el *nasciturus* cae dentro de la condición de niño, su derecho a la vida, prevalecerá por sobre cualquier derecho o interés de la madre. En consecuencia, el ejercicio del derecho de elección del número de hijos, y en general los derechos sexuales y reproductivos de la mujer embarazada, se encuentran limitados por los derechos personalísimos del

---

<sup>161</sup> La legalización del aborto terapéutico, en nuestro país, todavía es muy discutida, porque el artículo 12 inciso 3 del CNA ha establecido que “en caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecerán sobre los derechos de los demás”. Motivo por el cual, si el *nasciturus* ostenta la condición de niño, sus derechos, en este caso el de la vida, prevalecerá sobre el de la madre.

concebido y el interés superior del niño que prevalece sobre cualquier otro interés. En otras palabras los derechos de la mujer embarazada llegan hasta donde empiezan los derechos del *nasciturus*, peor aún cuando este tiene una protección especial por su condición tan indefensa.

Por otro lado, con respecto a la Convención Americana de Derechos Humanos, es importante discutir la redacción y alcance del artículo 4, para poder llegar a una conclusión sobre su modo de aplicación al menos para el Ecuador. Art. 4: “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”. Aunque sensatamente creo que la inclusión de la frase “en general” en el texto del artículo 4 crea muchas confusiones y se presta para distintas interpretaciones; e inclusive si en realidad la inclusión de la frase “en general” deja la libertad a los Estados para que en sus legislaciones, a la luz de su desarrollo y experiencia, incluyan los casos más variados de abortos; en el Ecuador esta interpretación no puede aplicarse, ya que, afortunadamente nuestro país, en normas locales, expresamente consagra el derecho a la vida del *nasciturus* y la inviolabilidad de la vida del mismo. Adicionalmente, debemos tener en cuenta la actuación y reacción del Ecuador frente al artículo 4 de la CADH, para así entender la verdadera intención e interpretación que nuestro país tiene frente a esa norma. En una de las comisiones en las cuales se discutía la frase “en general” del artículo 4 de la CADH, el delegado del Ecuador pidió que se retire el término “en general” y que quede redactado así: “este derecho estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción”. Sin embargo, por el voto de la mayoría, la conferencia adoptó el texto preliminar (el que contenía la frase en general)<sup>162</sup>.

Creo que la posición del Ecuador, sobre la condición jurídica del *nasciturus* no puede ser más clara. El Ecuador, ha adoptado una posición totalmente protectora hacia el *no nato*, concediéndole el carácter de ser humano, de persona, niño, la titularidad del derecho a la vida, así como de otros derechos fundamentales.

Todos sabemos que los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, son las garantías mínimas que un Estado debe

---

<sup>162</sup> Cfr., A. GARCÍA ELORRIO, *Protección de los niños no nacidos...*, op. cit. pp. 24 y 78

reconocer a sus nacionales. El Ecuador, a través de su legislación interna, así como de su proceder frente a los tratados internacionales de derechos humanos, ha consagrado estas garantías mínimas y en materia del *no nato*, (en caso de que se dude sobre el alcance de la protección internacional sobre esta criatura) ha dejado en claro, que este es un ser humano, persona, niño y titular de derechos. “El margen de apreciación”<sup>163</sup>, a dicho R. BARBOSA<sup>164</sup>, “es aquel espacio que tiene los Estados para interpretar los Derechos Humanos dentro de su territorio. La interpretación que realicen tiene que estar sustentada en el principio *pro homine*”. Este principio consiste en que las normas internas o internacionales deben ser interpretadas siempre a favor de la persona humana. “Es tal la situación que si llegare a ser más protectora una norma interna a una internacional, de deberá aplicar la interna”, y viceversa. Motivo por el cual, si el Ecuador a dado una mayor protección al *nasciturus*, con respecto al Derecho Internacional, no es posible que se vaya para atrás o se apliquen normas restrictivas.

Finalmente, para zanjar cualquier duda acerca de la condición jurídica del *nasciturus* en el Derecho ecuatoriano, en Mayo del 2006, el Tribunal Constitucional de nuestro país, dejó en claro, a través de la sentencia 0014-2005-RA, sobre la pastilla Postinor -2, que el *nasciturus* es una persona desde su concepción, al establecer que en caso de duda sobre el momento mismo de la concepción se estará a la interpretación que más favorezca a la persona, “*pro homine*”, en este caso al *no-nato*, motivo por el cual suspendieron definitivamente el registro sanitario de una pastilla “Postinor -2” que en una de sus etapas podía ser abortiva, al impedir la implantación del cigoto en el útero materno. “En el análisis de la presente materia (refiriéndose al momento mismo de la concepción) se ha generado una duda razonable que nos obliga en nuestra calidad de jueces constitucionales a realizar la interpretación de la norma contenida en el art. 49 de la Constitución, con un alcance a favor de la persona (*nasciturus*) y del derecho a la vida...”<sup>165</sup> Lo que no queda totalmente definido en esta sentencia es el momento mismo de la concepción, pero el carácter de ser humano, y persona, del *nasciturus*,

---

<sup>163</sup> La facultad del margen de apreciación que tienen los Estados fue desarrollado en el sistema Europeo de Derechos Humanos, caso Brannigan an McBride versus UK, sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, del 23 de Mayo de 1993.

<sup>164</sup> F. BARBOSA, Litigio Interamericano..., op. cit., p. 87.

<sup>165</sup> Resolución No. 0014-2005-RA, del Tribunal Constitucional del Ecuador, del 23 de Mayo del 2006, considerando décimo, publicada en el R.O. No. 297 del 22 de Junio del 2006.

queda fuera de discusión. Ha dicho el Tribunal que “no existe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una norma específica que defina cuando se produce la concepción. No obstante el art. 20 del CNA nos da una pauta, en tanto que garantiza el derecho a la vida desde la concepción, y el inciso segundo expresa que se prohíben las manipulaciones genéticas desde la fecundación del óvulo”<sup>166</sup>.

El Tribunal Constitucional lo que hizo en este fallo es seguir las leyes del ordenamiento jurídico ecuatoriano, cumpliendo lo estipulado en el artículo 20 del CNA, así como el artículo 16 de la Constitución los cuales establecen “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” y “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta constitución” respectivamente; siendo el derecho a la vida de los concebidos un derecho constitucional, “imperativo, indisponible e inderogable”<sup>167</sup>.

Por todo lo anteriormente expuesto, estoy convencida de que el legislador ecuatoriano, a raíz de la constitución del 98 y del Código de la Niñez y Adolescencia, ha modificado sustancialmente el régimen de la personalidad jurídica vigente en el Ecuador en virtud del Código Civil, abandonando de esta forma la postura de Don Andres Bello, y acercándonos a la corriente diametralmente opuesta, pero más acorde con los avances científicos y tecnológicos, la cual ha considerado la existencia de un ser humano, y por lo tanto, de una persona titular de derechos, desde la concepción, y no desde el nacimiento. Es por ello, que hay que tratar de armonizar y si es el caso adaptar las normas del Código Civil con la moderna legislación, que como todos sabemos, son en todos los sentidos, jerárquicamente superiores. Además de que el Código Civil para este tema, es norma supletoria que se aplicará en cuando no contradiga los principios reconocidos en el Código de la Niñez y Adolescencia y sean favorable para la vigencia de los derechos de los niños y adolescentes. Siendo así considero que el artículo 63 del CC, debe ser entendido, ya no como una ficción de

---

<sup>166</sup> Resolución No. 0014-2005-RA, del Tribunal Constitucional del Ecuador, del 23 de Mayo del 2006, considerando noveno, publicada en el R.O. No. 297 del 22 de Junio del 2006.

<sup>167</sup> Resolución No. 0014-2005-RA, del Tribunal Constitucional del Ecuador, del 23 de Mayo del 2006, considerando octavo, publicada en el R.O. No. 297 del 22 de Junio del 2006.

adelanto de la personalidad al *nasciturus*, puesto que este ser humano, tiene personalidad desde la concepción, ni que todos los derechos le estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe, puesto que el ser que se encuentra en el vientre materno es titular de derechos fundamentales; simplemente, debe entenderse que los derechos patrimoniales, derechos estos que no están regulados en el Código de la Niñez y Adolescencia, estarán, para el *nasciturus*, suspensos hasta que el nacimiento se efectuó. Y con respecto al artículo 60 CC, considero que este a sido tácitamente derogado, ya que es incompatible, con todas las demás normas del ordenamiento jurídico.

## CONCLUSIONES

Mientras efectuaba mi investigación y a medida en que esta avanzaba profundizando en los temas tan discutidos y de poco consenso expuestos en esta tesina, he podido advertir la existencia de valiosos aportes que el Ecuador, ha brindado al mundo con respecto a la protección y condición jurídica de los no nacidos. Contribuciones estas, que se han desarrollado partiendo de la ciencia médica y de las garantías mínimas establecidas por los distintos instrumentos internacionales ratificados por nuestra nación.

Sin embargo, aunque considero que nuestro país, a partir de la Constitución Política del 98 y en especial de la vigencia Código de la Niñez y Adolescencia, ha adoptado una clara posición con respecto a la condición jurídica del *nasciturus*, considerándolo persona, en la acepción jurídica de esta palabra; la doctrina en general no ha encontrado unanimidad. Motivo por el cual, es necesario seguir ahondando en estos temas, analizarlos y recapacitar continuamente sobre los complejos asuntos que la materia nos plantea, así como las diferentes consecuencias tanto jurídicas como humanas, que la prevalencia de cualquiera de las teorías, a lo largo de este trabajo expuestas, acarrearían.

El alcance o contenido del vocablo persona natural ha sido expuesto en esta tesina como la primera cuestión a debatir, encontrando dos teorías que sostienen puntos de vista diametralmente opuestos. La primera de ellas, conocida comúnmente con el nombre de Positivista, Clásica o Reduccionista, sostiene que el ser humano y la persona natural no son términos sinónimos, afirmando que es persona solamente aquel

ser que el Derecho determine como tal. Siendo de esta forma, la palabra persona, una simple construcción jurídica que sirve para determinar a que seres se les ha atribuido la capacidad para ser titulares de derechos subjetivos (personalidad jurídica).

Como podemos ver, esta corriente doctrinaria reduce el ámbito de aplicación del concepto de persona natural respecto del ser humano; por lo que es posible concebir, en virtud de esta ideología, situaciones en las cuales la definición jurídica de persona natural (ente capaz o susceptible de tener derechos y obligaciones), difiere del concepto vulgar del mismo (cualquier individuo de la especie humana). Tal es el caso de seres humano vivos, que no son considerados personas por el Derecho, por no cumplir los requisitos que este impone, como por ejemplo, ocurrió hace algunos años con los esclavos y actualmente sucede con las criaturas que se encuentran en el vientre materno. Para los juristas, encuadrados en esta línea de pensamiento, los derechos no se predicán del ser humano, sino de la persona y es competencia del derecho positivo el determinar quienes gozan de personalidad jurídica.

En absoluta discordancia, con lo anteriormente planteado, se encuentra la teoría Unitario o *Ius naturalista*, la cual considera que el criterio objetivo para determinar quién es persona natural, yace en su pertenencia a la especie humana. Es decir, justifica la identidad intrínseca entre persona natural y ser humano, estableciendo que la persona natural, no es un ser creado por el Derecho, sino preexistente a él y en cuanto tal, es un ser ante el Derecho. Para esta corriente de pensamiento, la personalidad jurídica constituye una condición inseparable de todo ser humano.

Desde mi leal saber y entender, considero, que en pleno siglo XXI, reducir el ámbito de aplicación del concepto de persona natural respecto al ser humano y por lo tanto desconocer la personalidad jurídica de todos los individuos pertenecientes a la especie humana, así como su innata titularidad de derechos fundamentales, constituye definitivamente una nueva forma de discriminación, ya no basada en aspectos raciales, políticos, sociales, religiosos ni económicos, sino en algo más radical: el desconocer al ser humano, negándole su condición de persona, por no cumplir con los requisitos que la ley a establecido para ser tratado como tal. No hay acto más fuerte de disposición sobre un ser humano que establecer si es o no persona. Un concepto de persona natural que no incluya a todos los individuos de la especie humana, es resaltar ciertas

cualidades, condiciones o expresiones de la persona, más no reconocer al ser humano en si mismo, desproveyéndole de esta manera de dignidad. Los seres humanos, que no son considerados personas por el Derecho, serían cosificados, pasarían a ser medios en vez de un fin en si mismo.

Adicionalmente, estoy convencida que el otorgarle a cada ordenamiento jurídico, el poder para determinar quien es o no persona natural es altamente riesgoso, puesto que se puede prestar para muchos abusos, segregaciones y posibles arbitrariedades. Justamente, por ostentar el Derecho esta facultad, hemos podido ver que a lo largo de la historia, han habido consideraciones totalmente absurdas y se han puesto requisitos absolutamente discriminatorias, para poder alcanzar la condición de persona; así por ejemplo, en ciertas épocas se era persona “cuando el padre aceptaba al hijo, o por el bautismo, o solo cuando se nacía como hombre libre”<sup>168</sup>. Motivo por el cual, en nuestra realidad actual, el decir que no todo ser humano es persona, implica retroceder en la historia, volviendo a las ideas que hicieron viable a la esclavitud, así como otro tipo de discriminaciones, fragmentando la sociedad en dos grupos antagónicos, uno de los cuales es el juez del otro.

Los más importante instrumentos internacional sobre Derechos Humanos han reconocido que la simple pertenencia al género humano es condición suficiente para ser titular de derechos y merecedor de un trato digno e igualitario. La calidad de persona y por ende la personalidad jurídica es inherente a todo ser humano sin discriminación alguna, más allá de lo que diferentes ordenamientos jurídicos internos puedan establecer.

Los Derechos Humanos, se predicarían respecto del ser humano, ya que el decir lo contrario, implicaría desproveerles de la universalidad que los caracteriza. El término persona ya no es exclusivo del Derecho Civil, sino que ha pasado a formar parte importante del derecho constitucional, internacional, público, etc., así como de la vida en general, tomando una trascendencia mucho más grande de lo que el Derecho Privado en principio pudo imaginar.

---

<sup>168</sup> CAÑON RAMIREZ, citado por BENJAMÍN CARRIÓN, *El nuevo relato ecuatoriano, crítica y antología*, Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1950, p. 88.

Afortunadamente, después un exhaustivo estudio del ordenamiento jurídico ecuatoriano, considero que nuestro país ha recogido las ideas de la teoría Unitaria, plasmando en sus normas la equivalencia absoluta (tanto antropológica como jurídica) del término ser humano y persona natural, al consagrar tanto en el Código Civil como en distintos instrumentos internacionales que, son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera sea su edad, sexo o condición.<sup>169</sup> Dejando en claro, adicionalmente, que la personalidad jurídica constituye una condición inseparable de todo ser humano, la cual no puede ser desconocida por el derecho.<sup>170</sup>

Una vez esclarecida la posición del Ecuador frente al alcance del término persona natural, nos correspondió meternos de lleno en la búsqueda de la respuesta a la interrogante ¿cuál es la naturaleza y condición jurídica del *nasciturus* en el Derecho Ecuatoriano? Que básicamente constituye la piedra angular de este trabajo. Sin embargo, antes de entrar a analizar el ordenamiento jurídico ecuatoriano, expusimos tres corrientes doctrinarias, que le otorgan distinto tratamiento al no nacido, en virtud del estatus jurídico que cada una de ellas le concede.

Aunque dentro de la primera teoría se han encontrado pequeños matices de diferenciación con respecto a la condición jurídica de *nasciturus*; lo decisivo a sido que, todos los pensadores inscritos en esta corriente, le desconocen la calidad de persona a la criatura que se encuentra en el vientre materno. Algunos juristas han afirmado que el *no nato* es una parte integrante del cuerpo de la madre, que por su potencialidad de ser humano es un objeto relevante de protección jurídica; mientras que otros, dado el *nasciturus*, han reconocido la existencia biológica de un ser. No obstante, todos estos concuerdan en que la personalidad jurídica y por lo tanto la condición de persona, se adquiere al momento de la completa separación de la criatura respecto al cuerpo de la madre; siendo así, la independencia el factor decisivo, sin el cual no se puede considerar que existe una persona distinta de la madre. En consecuencia, el concebido, al no ser persona, tampoco es titular de derecho alguno, siendo simplemente una criatura que debe ser protegida en virtud de intereses futuros; distinguiéndose, de esa forma, entre la protección a la vida, y el derecho fundamental de la vida.

---

<sup>169</sup> Artículos 41 del CC y 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>170</sup> Artículo 6 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, Art. 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.

A diferencia de la primera, una segunda corriente jurídica, le ha otorgado al *no nato* la calidad de sujeto de derechos, pero no lo llega a proclamar persona, por no haberse advertido aún el nacimiento. Explican, los entendidos en el tema, que el *nasciturus* tiene el goce de derechos, pero los patrimoniales están sometidos a una condición resolutoria. Los juristas que defiende esta posición reconocen que todos los seres humanos ostentan la condición de sujetos de derecho, pero solo los nacidos son personas naturales. Siendo así el *nasciturus* un ser perteneciente a la especie humana, titular de derechos fundamentales, pero no una persona, por no haber cumplido con el requisito esencial del nacimiento.

Finalmente, con respecto a la condición y tratamiento jurídico del *no nato*, encontramos una última teoría, la cual ha afirmado que todo ser humano es persona desde su concepción. Considerando, que la personalidad es una característica que no puede desasociarse del ser humano, y al ser el *nasciturus*, un individuo perteneciente a la especie humana necesariamente ostenta una personalidad jurídica diferente de la de su madre. El concebido pero no nacido es, para los juristas encuadrados en esta posición, es un ser humano, y en cuanto tal, sujeto actual, y no meramente potencial de los derechos fundamentales que le sean aplicables en función de su grado de desarrollo. Motivo por el cual, el no nacido merece un trato digno e igualitario, en virtud de su condición de persona.

Al confrontar las distintas teorías antes expuestas, con la integralidad del ordenamiento jurídico ecuatoriano, puede concluirse que, nuestro país, ha plasmado en sus normas las ideas y argumentos de la última corriente doctrinaria, la cual reconoce al *nasciturus* la condición de persona desde el momento mismo de la concepción.

Gracias a los avances tecnológicos, la ciencia médica ha logrado zanjar cualquier incertidumbre habida con respecto a la naturaleza del *no-nato*, puesto que ha quedado demostrado que la criatura que se encuentra en el vientre materno es un ser humano distinto de cualquier otro, inclusive de sus progenitores; con un patrimonio genético propio, único e irreplicable que imprime todas sus características y procesos de desarrollo. Como consecuencia directa de esto, en la actualidad, ha sido desechada la consideración de que el *nasciturus* constituye una parte o víscera más del cuerpo de la madre.

Acertadamente, y en concordancia con la evidencia experimental, el Código de la Niñez y Adolescencia, ha consagrado en su artículo segundo, la condición de ser humano del concebido pero no nacido; al establecer que: “las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla 18 años de edad...”, superando de esta forma la antigua concepción del Código Civil, que excluye al *nasciturus* de la categoría de ser humano.

Una vez demostrado y expresamente consagrado la pertenencia del *no nato* a la especie humana, es necesario, volver a los argumentos que la teoría Unitaria maneja, respecto a la paridad absoluta que existe entre los vocablos ser humano y persona. Recordando, que en el Ecuador, a sido esta la doctrina que ha quedado plasmada en sus normas, en virtud tanto del artículo 41 del CC como del artículo 1.2 y 3 de la CADH; siendo de esta forma inviable la idea de una separación o distinción, con trascendencia jurídica, entre una existencia biológica y legal del ser humano. La simple pertenencia a nuestro género, es requisito suficiente para ostentar la condición de persona, quedando así, la exigencia del nacimiento, como forma de adquisición de personalidad jurídica (art. 60 CC), tácitamente derogada; puesto que el imponerle a un ser humano, el cumplimiento de ciertas condiciones para que sea considerado persona, desconociendo mientras tanto el reconocimiento de sus personalidad, es evidentemente arbitrario, discriminatorio, contrario a la igualdad ante la ley y en general atentatorio a los Derechos Humanos. El nacimiento, es una etapa más en la vida del ser humano, importantísima por cierto, pero no al punto de arranque de su ser.

Adicionalmente, en virtud del artículo 4 de la CADH, 49 de la Constitución Política y 2 y 20 del CNA, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, le ha otorgado al no nacido la titularidad de derechos, entre los cuales, está expresamente consagrado el de la vida; siendo este otro motivo para afirmar que el legislador le ha reconocido la categoría de persona al *nasciturus*, ya que solo una persona puede ser titular de derechos. Ningún objeto ni animal, por más importante y querido que sea, puede ser titular de derecho alguno.

En virtud del artículo 4 del CNA, del artículo 1 de la CDN y del párrafo noveno del preámbulo de este mismo instrumento internacional, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no solo le ha reconocido la hominidad y condición de persona a la criatura

que se encuentra en el vientre materno, sino que lo ha catalogado como niño o niña según corresponda; puesto que está expresamente consagrado que niño es todo ser humano (o persona) que no ha cumplido dieciocho años de edad<sup>171</sup>. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que tanto la Declaración como la Convención sobre los Derechos del Niño nos han hecho entender, en virtud su preámbulo, que se es niño tanto antes como después del nacimiento y para salir de cualquier duda, el Ecuador en 1989, expresamente declaró, que reconocía particularmente el noveno párrafo del preámbulo de la Convención, acápite este que alega que: “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

El *no nato* al ostentar el carácter de ser humano, persona y niño, es titular de todos los derechos fundamentales que le sean aplicables en virtud de su estado de desarrollo; así por ejemplo, tiene derecho a la integridad física, al reconocimiento de su personalidad, a que se respete su vida, al desarrollarse en un ambiente sano, a la salud, a la seguridad de su persona, a ser tratado dignamente, etc.

La condición de persona del *no-nato* ha pasado a ser, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, una realidad, dejando de esta forma, a un lado la doctrina de la ficción del adelanto de la personalidad. Motivo por el cual, con el afán de armonizando, en la medida de lo posible, las normas del Código Civil con las nuevas realidades científicas y jurídicas, considero que, para el manejo de los posibles derechos patrimoniales del *nasciturus*, el artículo 63 del CC todavía podría ser aplicable como norma supletoria al Código de la Niñez y Adolescencia, ya que este cuerpo legal, no trata asuntos de contenido patrimonial. En consecuencia, debemos interpretar el art. 63 del CC, en el sentido de que los derechos patrimoniales del *nasciturus* estarán sujetos a la condición del nacimiento. No significando esto, la suspensión o desconocimiento de su personalidad jurídica, ya que el *no nato*, es titular actual de derechos fundamentales.

Como se desprende de algunos artículos, especialmente de la lectura del artículo 2 conjuntamente con el 20 del CNA y del 49 de la Constitución, se reconoce la titularidad del derecho a la vida, de los seres humanos, desde el momento de la

---

<sup>171</sup> Art. 4 del Código de la niñez y adolescencia usa el término persona, mientras que el art. 1 de la CDN se refiere a ser humano.

concepción. Sin embargo, el término concepción no ha encontrado unanimidad en la ciencia médica, peor aún en la jurídica; generando así un alto grado de incertidumbre sobre el instante preciso de inicio de la vida humana.

Como consecuencia directa de esto, se han generado distintas teorías sobre el alcance del vocablo concepción. La primera de estas que afirma la sinonimia entre el término concepción y fecundación. Entendiendo a la fecundación como el momento de la unión de las células sexuales masculinas y femeninas. Una segunda doctrina, a afirmado que la existencia humana comienza desde que aparece un nuevo patrimonio genético, instante este que se produce con el intercambio cromosomático (singamia). Y una última teoría ha establecido, que la concepción se da con la anidación del cigoto en las paredes uterinas.

Lamentablemente, en nuestro ordenamiento jurídico no existe ninguna norma que expresamente nos diga que es lo que el legislador ha entendido por concepción, y cuando esta se produce. Sin embargo, en virtud de la resolución No. 0014-2005-RA del Tribunal Constitucional del Ecuador, se debe en caso de duda, sobre el momento mismo de la concepción estar a la interpretación que más favorezca a la persona, en este caso, al *nasciturus*.

En mi opinión, creo que los ordenamientos jurídicos modernos, deben reconocer el carácter de persona a todo ser humano, desde el momento mismo de la aparición de un nuevo individuo de la especie humana; momento este que ocurre con la singamia, estado en el cual se produce el intercambio cromosomático de las células sexuales masculinas y femeninas; formándose, de esa forma, un nuevo ser humano, distinto de sus progenitores, único e irrepetible. Siendo, así la generación y no cualquier condición el signo característico de humanidad, requisito este suficiente para tener personalidad jurídica.

El acogimiento a una de las corrientes antes expuestas, sobre la condición jurídica del *nasciturus*, es la causa esencial para adoptar una posición frente al aborto. Motivo por el cual, a pesar de las importantes sentencias a favor de la interrupción voluntaria del embarazo, desarrolladas en distintos Estados; en nuestro país, por las consideraciones legales antes expuestas, que han justificado el reconocimiento de la

condición de persona del *nasciturus*, así como su titularidad del derecho a la vida, es imposible pensar en la viabilidad de la legalización del aborto.

Reforzando esta idea, debemos recordar, que al ser el derecho a la vida del *nasciturus* un derecho constitucional, es en virtud del artículo 23 de la propia Constitución inviolable, motivo por el cual, la legalización de la interrupción voluntaria de los embarazos, sería abiertamente inconstitucional.

Finalmente, podemos concluir que el legislador ecuatoriano, a raíz de la Constitución del 98 (ley suprema del Estado, de aplicación directa e inmediata) y en especial de la entrada en vigencia del Código de la niñez y adolescencia (ley orgánica y especial), modificó sustancialmente el régimen de personalidad jurídica vigente que el Ecuador sostenía, en virtud del Código Civil; reconociéndole en la actualidad, al *nasciturus* el carácter de ser humano, persona y niño, y como tal, titular del derecho a la vida, así como de otros derechos fundamentales.

## RECOMENDACIONES

Después de un arduo trabajo de investigación, en el cual, entre otras cosas, se han considerado las normas más relevantes del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y percatarme de algunas incoherencias habidas entre estas, recomiendo:

1. Se reforme el inciso primero del artículo 60 del CC, más o menos en el sentido de la primera parte del artículo 70 del CC argentino, el cual establece que: “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”;
2. se reforme el artículo 63 del CC, para que la nueva redacción no se preste a interpretaciones contrarias al reconocimiento de la personalidad jurídica del *nasciturus*, característica esta innata a su condición de persona, así como a la efectiva titularidad de derechos fundamentales que ostenta el no nacido;
3. en general, revisar todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano que directa o indirectamente regule el tratamiento jurídico del *nasciturus*, para así compatibilizar todas sus normas, con el nuevo tratamiento que el legislador le ha dado al *nonato*;
4. Derogar expresamente el inciso segundo del artículo 447 del Código Penal, por ser abiertamente inconstitucional; y reformar en inciso primero, de manera que el aborto terapéutico quede amparado por el estado de necesidad; es decir que solo se permita abortar en el caso de que corra peligro la vida de la madre; y,
6. reemplazar, el término concepción por singamia, en todas las normas relacionadas al tema.

## BIBLIOGRAFÍA

BARBOSA, FRANCISCO R. *Litigio Interamericano, Perspectiva Jurídica del Sistema de Protección de Derechos Humanos*. Universidad de Bogotá, Jorge Tadeo Lozano. Colombia, 2002

BUERGENTHAL, THOMAS. *Public International Law in a Nutshell*. 2da edición, West Publishing Co. St. Paul Minn, 1990.

CARRIÓN, BENJAMÍN. *El nuevo relato ecuatoriano. Crítica y antología*. Casa de la Cultura Ecuatoriana. Quito, 1950.

FELLMETH, ROBERT C. *Chile Rights and Remedies: How the U.S. Legal System Affects Children*. second edition, Clarity Press Inc. Atlanta G., 2006.

GARCÍA FLORES, AURELIO. *Protección de los niños no nacidos en el sistema interamericano de Derechos Humanos*. Advocatus. Córdova, 2001.

HOYOS CASTAÑEDA, ILVA M. *Las personas y sus derechos. Consideraciones bioéticas-jurídicas*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000, p. 21.

MERLYN SACOTO, SONIA. *Derecho y reproducción asistida. Retrato de la evolución médica y sus perspectivas legales en el Ecuador*. Cevallos Editora Jurídica. Quito, 2006.

PARRAGUEZ RUIZ, LUIS. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Personas y Familia*. volumen 1, 6ta edición, Universidad Técnica Particular de Loja. Loja, 1999.

PUIG PEÑA, FEDERICO. *Compendio de Derecho Civil Español: Parte General*. 3era edición, Ediciones Pirámide, Madrid, 1976.

RABINOVICH BERKMAN, RICARDO D. *Derecho Civil. Parte General*. 1era reimpresión, Editorial Astrea. Buenos Aires, 2000.

RABINOVICH BERKMAN, RICARDO D. *Responsabilidad del Médico. Aspectos civiles, penales y Procesales*. Editorial Astreas, Buenos Aires, 1999.

SADLER, T.W. *Embriología médica*. Editorial médica panamericana, 7ma edición, México, 1998.

SESSAREGO, CARLOS FERNANDO. *Personas, personalidad, capacidad, sujeto de derecho, un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI*.

SIMON, FARITH. *Borrador de Manual de Derecho de Infancia y Adolescencia*. s/e, Quito, 2007.

TORRÉ, ABELARDO. *Introducción al Derecho*. Duodécima edición actualizada, Abeledo-

Perrot, Buenos Aires, 1999.

VALENCIA ZEA, ARTURO Y ÁLVARO ORTIZ MONSALVE. *Derecho Civil: Parte General y Personas*. Tomo I, decimocuarta edición, Editorial Temis, Bogotá 1997.