

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

El estatus jurídico del embrión humano en la legislación ecuatoriana a la luz del análisis de la sentencia del caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica

María José Isa García

Farith Simon, Dr., Director de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito
para la obtención del título de Abogada

Quito, octubre de 2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“El estatus jurídico del embrión humano en la legislación ecuatoriana a la luz del análisis de la sentencia del caso Artavia Murillo y otros “Fecundación in Vitro” vs. Costa Rica”

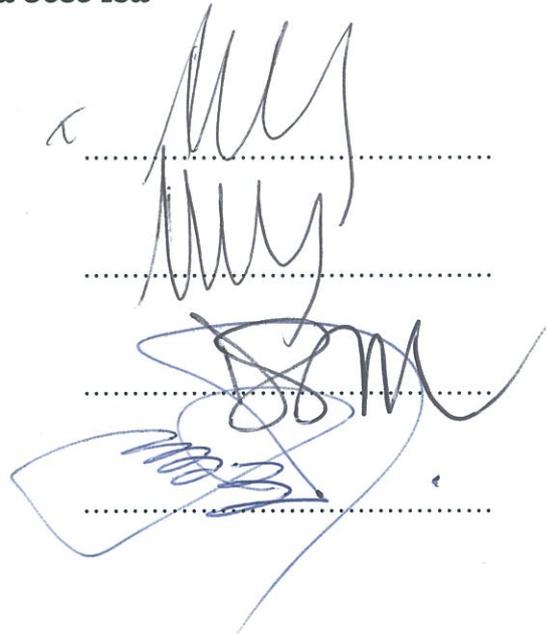
María José Isa

✕ Dra. Sophie Espinosa
Informante

Dr. Farith Simon
Director de Tesis y Presidente

Dra. Daniela Salazar
Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, 17 de Septiembre de 2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO

El estatus jurídico del embrión humano en la legislación ecuatoriana a la luz del análisis de la sentencia del caso Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro" vs. Costa Rica.

ALUMNA

María José Isa García

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Artavia Murillo y otros "Fecundación in vitro" vs. Costa Rica, es de gran relevancia para el país si consideramos que las decisiones de este tribunal son interpretaciones autorizadas de las obligaciones contraídas por el Ecuador al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, en esta se establece con claridad que el embrión no puede ser considerado persona, por tanto no se encuentra protegido por el derecho a la vida y esto da como resultado que sería compatible con ciertos métodos anticonceptivos que impiden la anidación del ovulo fecundado, o, como es el alcance de la presente tesina, con ciertos métodos de reproducción asistida.

Estudiar la compatibilidad de la sentencia con la legislación ecuatoriana es de gran importancia en el momento actual por la reforma constitucional del 2008 y las contradicciones normativas (tratamiento otorgado por el Código Civil y el Código de la Niñez y Adolescencia, por ejemplo).

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.



A partir del fallo expuesto la tesis se pregunta *¿Qué estatus jurídico gozan los embriones humanos obtenidos para la práctica de la Fecundación In Vitro en la legislación ecuatoriana?* una hipótesis trascendente a la luz de los debates que en el país se han dado sobre la protección del embrión y el impacto de las decisiones de la Corte Interamericana en la materia.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

La estudiante utiliza material suficiente y pertinente para sustentar su investigación, existe un uso adecuado de las fuentes normativas, jurisprudencia y doctrina.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

La tesis se encuentra organizada en tres capítulos. En el capítulo I se estudia el tratamiento que otorga al embrión la legislación ecuatoriana, haciéndose notar las contradicciones existentes entre los diferentes cuerpos normativos; en el capítulo II se estudia la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, y el valor de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para determinar el posible impacto de este fallo para el país; y, en el capítulo III se realiza un análisis de la legislación nacional y el fallo estudiado para determinar el impacto del mismo en el tratamiento jurídico al embrión, en particular al embrión resultante de los métodos de reproducción asistida.

El trabajo está debidamente planteado y desarrollado, justificándose adecuadamente la hipótesis propuesta.



Faith Simon Campaña
15/07/2013

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: _____

Nombre: María José Isa García

C. I.: 1714258744

Fecha: Quito, octubre de 2013

Resumen

El estatus jurídico del embrión humano, es una cuestión de la cual se han originado grandes debates, en relación a su posición en el derecho; específicamente si se lo considera “persona titular de derechos”. Con el objetivo de determinar la postura de la legislación ecuatoriana en el tema, en el presente trabajo, se ha analizado las diferentes teorías acerca del inicio de la vida, además del tratamiento jurídico que se le ha otorgado al embrión humano a lo largo de la historia del derecho, la posición de las leyes nacionales e internacionales, así como la jurisprudencia respecto al tema. En este sentido, se ha contrastado el análisis a la luz de la sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, emitida por la Corte IDH, para concluir, que en el Ecuador, el embrión humano no posee el estatus jurídico de una persona titular de derechos.

Abstract

The legal status of the human embryo is a matter which major debates have arisen in relation to its position in law, specifically if it is considered a "rights holder". In order to determine the position of the Ecuadorian legislation on the subject, in this thesis, we analyzed the different theories about the beginning of life, in addition to the legal treatment has been given to the human embryo along the history of law, the position of national and international laws and jurisprudence on the issue. In this sense, we have contrasted the analysis with the decision of the Inter-American Court of Human Rights, affirmed in the judgment of *Artavia Murillo and others vs. Costa Rica*, to conclude, that in Ecuador, the human embryo does not have the legal status of a right holder.

Contenido

Resumen.....	7
Abstract	8
Introducción.....	11
1. Conceptos básicos. Análisis del estatus jurídico del embrión humano en el marco de la legislación ecuatoriana.....	16
1.1 Conceptos básicos.....	16
1.1.1 Fecundación In vitro (FIV)	16
1.1.2 Embrión	18
1.1.3 Crioconservación.....	21
1.1.4 Experimentación e investigación con embriones.....	22
1.1.5 Destrucción de embriones	24
1.2 Análisis del estatus jurídico del embrión humano en el marco de la legislación ecuatoriana.....	25
1.2.1 El embrión humano.....	25
1.2.2 Código Civil.....	30
1.2.3 Código de la niñez y adolescencia.....	36
1.3 Demás normas jurídicas que protegen al embrión en la legislación ecuatoriana.	39
1.3.1 Constitución de la República del Ecuador.....	39
1.3.2 Ley Orgánica de Salud	40
1.3.3 Código de Penal.....	41
1.4 Momento en que el embrión es sujeto de derechos en el ordenamiento jurídico internacional de derechos humanos.....	42
1.4.1 Convención Americana de Derechos Humanos.....	45
1.4.2 Convención sobre los Derechos del Niño.....	45
2. Estatus jurídico del embrión a la luz de la interpretación de la Corte IDH en la sentencia del caso Artavia Murillo y otros “Fecundación in vitro” vs. Costa Rica.....	47
2.1 Antecedentes generales del caso.....	48
2.2 Embrión no es considerado persona.....	53

2.3 Recomendación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la Fecundación in vitro.....	64
3. La interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.....	67
3.1 Naturaleza jurídica de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Afecta la sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica al Ecuador?.....	67
3.2 Inicio de la vida humana. Tribunal Constitucional ecuatoriano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	74
3.3 ¿Qué se considera embrión en la legislación ecuatoriana?.....	80
3.4 Tratamiento jurídico de la Fecundación in vitro en el Ecuador.	85
4.1 Conclusiones	87
4.2 Recomendaciones	95

Introducción

En la presente tesina se analiza y estudia principalmente el estatus jurídico del embrión humano o nasciturus en la legislación ecuatoriana, a la luz del análisis de la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Al estatus al que nos referimos es si el embrión humano es considerado persona, una potencial persona, o un simple grupo de células con esperanza de vida.¹ El atribuir al embrión humano la calidad de persona se ha convertido en un tema de discusión a nivel mundial; como es de conocimiento general, juristas, religiosos y científicos no han logrado llegar a un consenso sobre el tema.

De ese punto parte la discusión, desde ¿cuándo se considera que la vida ha iniciado?, ¿el embrión es sujeto de derechos dentro de nuestro ordenamiento jurídico?, ¿Cuál es el tratamiento que se le ha dado a nivel legislativo?; existen varios interrogantes que giran en torno al embrión, por sobre todo si se están violentando los derechos reconocidos por el Estado, como el derecho a la vida, ¿se debe proteger absolutamente este derecho?, ¿cómo se ha pronunciado la jurisprudencia y doctrina nacional e internacional al respecto?, las cuestiones expuestas, han sido desarrolladas de forma distinta por los Estados.

En este sentido, la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* es una piedra fundamental en el desarrollo del tema, porque en esta se destacan las diferentes teorías, doctrinas, jurisprudencia y ensayos científicos que abarcan el tema del momento de inicio de la vida humana, como resultado, la Corte IDH, concluye que el embrión no ostenta el estatus jurídico de persona, por lo tanto, no es titular del derecho a la vida.² La Corte IDH llegó a la conclusión mencionada, después de realizar un análisis jurídico, histórico y sistemático del Sistema Universal de Derechos Humanos, del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del Sistema Europeo de Derechos Humanos, y del Sistema Africano de Derechos Humanos.³ La conclusión de la Corte IDH, es el resultado, de las violaciones de algunos derechos humanos como son: la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar⁴; como

¹Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr.167.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 223.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr.194-244.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 137-151.

consecuencia, de la prohibición de practicar la técnica de reproducción asistida conocida como fecundación in vitro en Costa Rica.⁵

El Estado costarricense prohibió la práctica de la fecundación in vitro, a través de una sentencia de la Sala Constitucional de 15 de marzo de 2000, en la cual se concluye, que “el embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación (...) conservado en congelación, (...) no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte”.⁶ Al considerar al embrión persona, el Estado fundamentó la prohibición de la Fecundación in Vitro estableciendo que “atentan claramente contra la vida y dignidad del ser humano”.⁷ Se puede ver, que la postura de Costa Rica es radical en referencia a la protección del derecho a la vida del embrión.

Sin embargo, no todos los Estados han adoptado la postura de Costa Rica, cada Estado brinda un tratamiento jurídico diferente al embrión. Por ejemplo, en Ecuador, la fecundación in vitro no se encuentra prohibida ni restringida, porque no se considera que se atenta contra la vida ni la dignidad de un ser humano al momento de practicarla. Por esta razón, formulo mi problema: *¿Qué estatus jurídico gozan los embriones humanos obtenidos para la práctica de la Fecundación In Vitro en la legislación ecuatoriana?*

En referencia al embrión, en nuestra legislación, encontramos tres posturas distintas, que se refieren al estatus jurídico del embrión. La Constitución de la República del Ecuador protege, respeta y garantiza la vida desde la concepción, más no el derecho a la vida⁸; el Código de la Niñez y Adolescencia: establece la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción (fecundación del óvulo por el espermatozoide)⁹; y, el Código Civil, establece que la existencia legal de las personas comienza con el nacimiento¹⁰. Además la jurisprudencia ecuatoriana que considera al embrión una persona.¹¹

⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Artavia Murillo...”. *Óp. cit.*, párr. 152- 162.

⁶*Id.*, párr.76.

⁷*Id.*, párr.74

⁸Constitución de la República del Ecuador. Artículo 45. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

⁹Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 20. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

¹⁰Código Civil. Artículo 60. Registro Oficial suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970.

¹¹El Tribunal Constitucional del Ecuador en el *caso No. 0014-2005-RA*, establece que se garantiza la vida del ser humano desde su formación “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 al ser humano”.

Teniendo en cuenta, las normas mencionadas y la jurisprudencia, mi hipótesis se centra que en el Ecuador el embrión humano no es considerado persona, por lo tanto, no ostenta el estatus de sujeto de derechos y obligaciones. Como resultado, el tratamiento jurídico que se le ha dado al embrión humano dentro de nuestra legislación tiene concordancia con la decisión de la Corte IDH, es decir, el Ecuador no se encuentra obligado a adoptar decisiones de derecho interno.¹² Después de una breve exposición de los puntos esenciales de la presente tesina, su desarrollo se divide de la siguiente manera:

Como análisis introductorio en el presente trabajo, se abarcan los conceptos básicos sobre las técnicas de reproducción asistida, en especial, la fecundación in vitro y, de los procedimientos que se desprenden de ella, como la crioconservación, la experimentación/manipulación, y la destrucción de embriones. Principalmente, los términos científicos para entender mejor lo que es un embrión, y las diferentes etapas del desarrollo embrionario

En el capítulo I, se elabora un análisis sobre el estatus jurídico del embrión en el marco de la legislación ecuatoriana, exponiendo las tres posturas diferentes en relación al tratamiento jurídico que se le otorga al embrión. Con el objetivo de dar fuerza a la investigación, se desarrollan las diferentes teorías respecto del momento en que inicia la vida humana, además, se establece el tratamiento jurídico que se le otorgaba al que está por nacer en el Derecho romano, como una de las principales fuentes del derecho ecuatoriano. En el mismo sentido, se realiza un análisis sobre la normativa interna referente al embrión, en la cual podemos encontrar regulaciones en referencia a la prohibición de experimentación, manipulación, comercialización y patente de embriones. Lo expuesto, expresa la división de nuestro ordenamiento jurídico respecto del estatus jurídico del embrión.

El capítulo II, se centra en el análisis de la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, emitida por la Corte IDH. El análisis de la sentencia mencionada, es primordial, porque en ella se tratan temas esenciales sobre el estatus jurídico del embrión a nivel internacional. Además, de la postura que tomó la Sala Constitucional

Tribunal Constitucional del Ecuador. *Caso Nro. 0014-2005-RA*. Resolución de 23 de mayo de 2006. Registro Oficial Nro. 297 de 22 de junio de 2006.

¹²Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Artículo 2.

de Costa Rica, respecto a la prohibición de la FIV, con el objetivo de garantizar y dar una protección absoluta del derecho a la vida del embrión. Existen muchas posturas alrededor del tema, pero gracias a la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso en estudio, actualmente se cuenta con una disposición en la que se establece que el embrión humano no es una persona, y esa disposición tiene efectos *erga omnes*¹³, por lo tanto, los Estados miembros de la CADH, tienen una guía o una pauta a seguir en referencia al estatus jurídico del embrión.¹⁴

Como parte del análisis, se verifican los antecedentes generales del caso, con el objetivo de dar a conocer la razón por la cual se prohibió la Fecundación in Vitro en Costa Rica, y como esa decisión de la Sala Constitucional afectó a muchas parejas que padecían de infertilidad, vulnerando derechos humanos como: el derecho a la integridad personal, libertad personal, y el derecho a una vida privada y familiar. La Corte IDH, establece que el embrión no es considerado persona, por lo tanto, las técnicas de reproducción asistida no atentan contra la vida de un ser humano.¹⁵ Además, de establecer el momento en que según la Corte IDH la vida humana comienza. En este sentido, se contrasta el análisis de la Corte IDH, con jurisprudencia europea y americana, en las cuales se determina que el embrión no es considerado persona, por lo tanto, no tiene derecho a la vida. Como resultado, expondremos las recomendaciones que la Corte realiza a Costa Rica, y el efecto de esas recomendaciones a países miembros de la CADH.

Finalmente, en el capítulo III, se llega a una conclusión general, contrastando nuestro ordenamiento jurídico, y sus preceptos referentes al embrión, con las disposiciones de la Corte IDH. Para el cometido, se analiza la naturaleza jurídica de la jurisprudencia interamericana, y como la obligatoriedad de cumplimiento, afecta no solo al Estado demandado, sino también a terceros Estados miembros de la CADH.¹⁶ También, comparamos la jurisprudencia nacional, con la sentencia del caso en estudio,

¹³Cfr. Carlos M. Ayala Corao. “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*. Año 5 nro. 1, ISSN 0718-0195, Universidad de Talca, 2007, p. 134.

¹⁴Cfr. Salvador Mondragón Reyes. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/29/salvador%20mondragon%20reyes.pdf (Acceso: 03/06/2013).

¹⁵Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 223.

¹⁶Cfr. Salvador Mondragón Reyes. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/29/salvador%20mondragon%20reyes.pdf (Acceso: 03/06/2013).

para determinar cuál de las dos sentencias tiene más fuerza en su fundamento, y en su aplicación.

Para finalizar, exponemos el tratamiento jurídico que se le da a la FIV en nuestro país, con el afán de verificar si el Ecuador cumple con los estándares internacionales de derechos humanos establecidos en la sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.

Capítulo I

1. Conceptos básicos. Análisis del estatus jurídico del embrión humano en el marco de la legislación ecuatoriana.

1.1 Conceptos básicos.

1.1.1 Fecundación In vitro (FIV)

En el presente acápite se desarrollará esquemáticamente la definición de la técnica de reproducción asistida (TRA), conocida como Fecundación in vitro (FIV), sus ventajas, desventajas y consecuencias, como una alternativa para las parejas que sufren de infertilidad o esterilidad. Se conoce como técnicas de reproducción asistida a los diferentes procedimientos que pueden ayudar en uno o más pasos naturales en la reproducción.¹⁷ Entre las técnicas de reproducción asistida se pueden considerar las siguientes: la fecundación in vitro, la inyección intracitoplasmática del espermatozoide, la inseminación artificial, transferencia de embriones, transferencia intra-tubárica de gametos, cigotos y/o embriones, y la criopreservación de embriones.¹⁸

La FIV es un procedimiento médico-científico, el cual es realizado fuera del cuerpo, en el cual se obtiene un óvulo y, un espermatozoide, los cuales son unidos en una placa de laboratorio, con la finalidad de que se efectúe la fecundación.¹⁹

Para el autor Marciano Vidal, la FIV es:

La que puede lograrse en un laboratorio y en las condiciones adecuadas cuando se ponen en contacto un óvulo y un espermatozoide, los cuales se fertilizan. Al microscopio puede seguirse el proceso y el desarrollo posterior del embrión. Una vez conseguida la FIV, y en el momento ulterior considerado óptimo, se procede a la transferencia de embriones, se recomienda tres embriones, al interior del útero de la mujer.²⁰

La FIV se conforma por las siguientes técnicas:

a) Estimulación ovárica: dentro de esta fase se recolectan los óvulos maduros, que hayan respondido bien a las estimulaciones previas.

¹⁷Florencia Luna. “Técnicas de Reproducción asistida”. *Decisiones de vida o muerte*. Florencia Luna y Arleen L.F. Salles (eds.). Buenos Aires: Sudamericana, 1995, p. 227.

¹⁸Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. San José: Editorama S.A., C.R.: IIDH, 2008, pp. 36 – 47.

¹⁹Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. *La fecundación in vitro y la filiación*. 1ra. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 15-16.

²⁰Marciano Vidal. *Bioética. Estudios de Bioética racional*. 3ra. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 100.

b) Recuperación de óvulos: después de la estimulación ovárica los folículos ováricos deben alcanzar el tamaño de entre 17 y 21 mm, se inyecta a la paciente la hormona gonadotropina (HCG), se recuperan los óvulos 36 horas después de inyectada la hormona. La técnica más común es la aspiración de los óvulos guiada por una ecografía transvaginal.

c) Maduración de óvulos: se debe esperar a que estos alcancen su madurez para poder proceder con la fecundación.

d) Fecundación in vitro: cada óvulo se incuba con 50000-100000 espermatozoides móviles durante un periodo de 12 a 18 horas a 37 grados.

e) Transferencia embrionaria: Normalmente se realiza a los 2 o 3 días de la fecundación, transfiriendo al útero de la mujer los embriones de mejor calidad. El procedimiento se realiza vía transvaginal por medio de una cánula.

f) Apoyo de la fase lútea: se administra progesterona vía vaginal hasta la semana siete de gestación, o hasta la siguiente menstruación.²¹

En referencia a los inicios de la práctica de este procedimiento, este se practicaba únicamente cuando la mujer padecía de esterilidad tubárica definitiva, es decir, cuando la mujer presentaba ausencia total de las trompas de Falopio.²² Hoy en día, es la TRA más utilizada, tratando también otras causas de infertilidad, incluyendo pacientes que no han logrado alcanzar el embarazo después de una inseminación artificial.²³

La FIV, se empezó a practicar en humanos en 1969.²⁴ Después de muchos años de realizar experimentos en animales, nace en Inglaterra, el 25 de julio de 1978, la primera bebe producto de una FIV, llamada Louise J. Brown, bajo la supervisión y dirección del doctor Patrick Steptoe y, el biólogo Robert Edwards.²⁵

La FIV, es un procedimiento realizado en un laboratorio, donde el óvulo es fecundado por el espermatozoide fuera del cuerpo, es decir, esa es la ayuda que este procedimiento proporciona, la fecundación, ya que de forma natural no es posible. Una vez fecundado el óvulo es introducido al vientre de la mujer, pero existe la posibilidad de que este se implante o no, por lo que no es garantizado el éxito en la obtención del

²¹Laura Aibar Villán y Luis Martínez Navarro. *Fecundación In Vitro*. www.hvn.es/servicios_asistencia/ginecologia_asistencia/ficheros/clase2011_fecundacion_in_vitro.pdf (acceso: 13/2/2013).

²²Dolores Loyarte y Adriana A. Rotonda. *Procreación humana artificial: un desafío bioético*. Segunda Edición. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 119.

²³Laura Aibar Villán y Luis Martínez Navarro. *Fecundación In Vitro*. www.hvn.es/servicios_asistencia/ginecologia_asistencia/ficheros/clase2011_fecundacion_in_vitro.pdf (acceso: 13/2/2013).

²⁴Marciano Vidal. *Bioética. Estudios de Bioética racional*. *Óp. cit.*, p. 108.

²⁵*Ibíd.*

embarazo.²⁶ Por ejemplo, en la sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, se puede evidenciar que la mayoría de los peticionarios que recurrieron a la FIV, dentro del caso, no siempre alcanzaron el embarazo, solo una de las nueve parejas logró el embarazo resultado de la FIV.²⁷

La ventaja principal de este procedimiento es una alternativa de reproducción que puede llegar a ser una solución a los problemas de infertilidad de las parejas que no pueden concebir hijos de forma natural.²⁸ Por el contrario, las desventajas son: los embarazos múltiples, poniendo en riesgo la vida de la madre y, de los fetos, los prejuicios sociales basados en la religión, y la falta de legislación sobre el tema en algunos ordenamientos jurídicos, como el ecuatoriano; los altos costos del tratamiento y, el hecho de que no se puede garantizar al cien por ciento el éxito del embarazo.²⁹

La FIV es un tema controversial, por que como producto de esta se obtienen embriones humanos, los cuales son manipulados, crioconservados y/o destruidos antes, durante y/o después de la FIV. Existe una discusión ética y jurídica que gira en torno a la protección del embrión desde la concepción, ya que existen distintas posturas referentes al tema. Unas lo consideran ser humano, otras persona, y otras un simple grupo de células, y la discusión se basa en el momento que las legislaciones protegen el derecho a la vida, y la dignidad del ser humano.

1.1.2 Embrión

En relación al embrión humano, se hace referencia al periodo embrionario, especialmente a la etapa postimplantatoria.³⁰ Por embrión se entiende “tradicionalmente a la fase del desarrollo embrionario (...) en la cual se señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos

²⁶Gonzalo Duquea y Jaime Albornoz. *El factor tubario en la era de la fecundación in vitro*. www.clinicalascondes.com/area_academica/pdf/MED_21_3/7_El%20factor_duque.pdf. (acceso: 20/3/2013).

²⁷En la sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, se expone la situación particular de cada uno de los peticionarios, de cómo accedieron a la FIV, y si resultado del procedimiento alcanzaron el embarazo. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 85 – 125.

²⁸Gonzalo Duquea y Jaime Albornoz. *El factor tubario en la era de la fecundación in vitro*. www.clinicalascondes.com/area_academica/pdf/MED_21_3/7_El%20factor_duque.pdf. (acceso: 14/2/2013).

²⁹*Ibid.*

³⁰María José Pareja. *Fecundación in vitro. Determinación del momento en que empieza la protección jurídica a la vida humana y la experimentación científica*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2011, p. 27.

meses y medio más”.³¹ A continuación explicaremos el desarrollo embrionario, según el autor José Luis Velázquez, el mismo consiste:

Un proceso de ocho semanas de duración que abarca desde la **fecundación** del óvulo por el espermatozoide hasta la constitución del feto sesenta días después. (...) La fecundación es la unión de dos células sexuales, con un juego de cromosomas cada una que puede formar un organismo diploide llamado cigoto; la mezcla cromosómica se denomina **singamia** lo que significa el final de fecundación y el inicio del desarrollo embrionario. (...) Durante los tres primeros días, el cigoto se divide y se transforma en un organismo indiferenciado de células llamados **blastómeros**. La primera división celular tiene lugar 24 horas después de la fecundación. Las divisiones celulares suceden en periodos espaciados de 18 horas y con cada segmentación los blastómeros se vuelven cada vez más pequeños. (...) Hasta el estado de 8 células, los blastómeros maximizan sus contactos y forman un grupo compacto, fase que se denomina **compactación**. Seguidamente, las células del embrión compactado se dividen otra vez, para formar una masa esférica de 16 células llamada **mórula**. Alrededor, del cuarto día después de la fecundación, la mórula alcanza la cavidad uterina y permanece allí 4 o 5 días mientras continúa la división celular. Al sexto o séptimo día (...) después de la fecundación, las células alcanzan un número aproximado de 100 y se forma una cavidad con líquido en el interior de la mórula. Con la formación de la cavidad, la estructura se llama **blastocito**. En el blastocito se distinguen dos células. Las que están localizadas en la parte externa configuran el **trofoblasto** y dan origen a la placenta y otros tejidos extraembrionarios. Las que están situadas en la parte interna y rodeada de las anteriores a las que se denomina **brioblasto** o masa celular interna. Al final de la primera semana, el blastocito se adhiere al útero y comienza la implantación. En esta fase se dan cambios importantes: la división de la masa celular interna en un disco con dos capas (la superior se transforma en el embrión y la cavidad amniótica, mientras que la capa inferior se transforma en el saco vitelino), y la formación de la placenta. (...) Las células de la masa celular interna dan lugar a la formación del disco embrionario, en cuya superficie aparece una línea estrecha de células o **línea primitiva** que será el futuro eje del embrión. Al cabo de dos semanas la línea primitiva está completamente formada, lo cual marca el comienzo del desarrollo organizado denominado **gastrulación**. (...) En esta etapa se originan las tres capas embrionarias: el ectodermo, el mesodermo y el endodermo. A partir de la tercera semana, el embrión crece hasta 2,3 mm de longitud y comienza a aparecer los primordios que originarán los órganos vitales. Entre seis y ocho semanas después de la fecundación el embrión adquiere rasgos externos propios de un ser humano y se convierte en feto.³² (Las nebrillas son mías)

Aproximadamente, entre la semana tres y cuatro, el embrión realiza procesos de plegamiento, periodo en el cual empiezan a esbozarse los órganos y a consolidarse las formas.³³ Durante esas semanas se da también la diferenciación de las células embrionarias y la individualización; entre la semana seis y catorce el embrión se

³¹Ángeles López. *Presupuestos Bioéticos y Biojurídicos para una crítica a la ley española sobre “Técnicas de Reproducción Asistida”*. http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12726/1/PD_23_06.pdf (acceso: 21/3/2013).

³²José Luis Velázquez. *Del Homo al embrión. Ética y biología para el siglo XXI*. 1ra. ed. Barcelona: Gedisa Editorial, 2003, pp. 49-50.

³³María Valeria Massaglia de Bacigalupo. *Nuevas formas de procreación y el derecho penal*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 2001, p. 32.

transforma en feto.³⁴ Específicamente, se lo llama embrión hasta la octava semana de desarrollo.³⁵ Durante el desarrollo fetal se da el crecimiento y la maduración de mismo, empezando el crecimiento de talla, desarrollo pleno de los órganos, y el aumento de peso.³⁶ El feto es un ser vivo, al que en nuestro ordenamiento jurídico, se lo considera “el que está por nacer o nasciturus”.³⁷

Existe debate alrededor del tema del embrión, específicamente en el tema de la posición de este en el derecho. ¿Es el embrión humano un ser humano, una persona, o un grupo de células? La posición jurídica que se le da al embrión en las distintas legislaciones, es un punto de partida para establecer el momento en el que este es considerado titular de derechos. Las posturas difieren de Estado a Estado, por ejemplo Costa Rica, considera que el embrión es:

Una persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, crioconservado, y lo que es fundamental para la sala, no es legítimo que sea constitucionalmente expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte (...).³⁸

En Costa Rica se prohibió la FIV, ya que consideran que el embrión es persona y se da una protección absoluta del derecho a la vida. Por el contrario, en el caso de nuestro país, no se ha adoptado una postura concreta sobre ¿qué se considera embrión?, en nuestra legislación no existe una definición científica que unifique el ordenamiento jurídico. Más bien, nuestro ordenamiento está dividido en tres posturas: a) la Constitución de la República de 2008 considera al embrión un objeto especial digno de protección; b) el Código de la Niñez y Adolescencia considera al embrión como titular de derechos desde la concepción; y c) el Código Civil que establece que el nasciturus debe haber nacido para que sea sujeto de derechos. Posturas que serán analizadas posteriormente.

Finalmente, podemos establecer, que en torno al embrión existe un proceso de desarrollo biológico concreto, sin embargo, en la parte ética y jurídica no podemos definir una postura exacta de si se considera al embrión ser humano, persona titular de

³⁴Universidad de Navarra. *Embriogénesis humana. Desarrollo desde la primera célula hasta...* www.unavarra.es/genmic/expicia/desarrollo-embriion.pdf (acceso 14/2/2013).

³⁵Lino Ciccione. *Bioética. Historia, principios, cuestiones*. Barcelona: Pelícano, 2005, p. 68.

³⁶Juan V. Ramírez. *Fisiología Fetal*. [www.uv.es/~jvramire/apuntes/passats/obstetricia/TEMA%200-01%20\(2002\).pdf](http://www.uv.es/~jvramire/apuntes/passats/obstetricia/TEMA%200-01%20(2002).pdf) (acceso: 15/2/2013).

³⁷Código Civil. Artículo 61. Registro Oficial suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970.

³⁸Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia No. 2000-02306*, de 15 de marzo de 2000, expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 94 y 95). Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 76.

derechos o no, eso depende de la postura adoptada por cada Estado. En el desarrollo del presente trabajo, analizaremos las distintas posturas, además de la legislación nacional e internacional, para al final poder llegar a una conclusión concreta, respecto del estatus jurídico del embrión en la legislación ecuatoriana.

1.1.3 Crioconservación

La crioconservación, almacenamiento o congelamiento de embriones es un procedimiento que forma parte de la FIV. Para el autor Eduardo Sambrizzi:

Durante el congelamiento de los embriones se suspende el desarrollo embrionario, y se lo utiliza para mantenerlos vivos, a la espera de su destino, normalmente son aquellos que no fueron implantados en el útero, en consecuencia, de que la mujer no pueda alcanzar un embarazo, y poderlos utilizar en un futuro, por la muerte del embrión antes de la implantación, o para que puedan ser donados a mujeres que no producen óvulos fértiles.³⁹

Los embriones son conservados a temperaturas bastante bajas, y el periodo de conservación puede ser de meses, y en algunos casos de años.⁴⁰ Se ha establecido un límite de tiempo en el cual los embriones pueden permanecer congelados, por ejemplo, la Comisión Warnock establece un máximo de diez años; el informe Waller de Australia establece un límite de cinco años; y la legislación española establece un máximo de cinco años.⁴¹ Después de revisar las leyes ecuatorianas, podemos determinar que no se establecen reglas para la crioconservación.

Existe un riesgo bastante importante de muerte de los embriones, debido a los cambios de temperatura a los que son sometidos.⁴² La congelación de embriones, puede crear muchas opiniones respecto de si se atenta contra la dignidad de éste, por ejemplo, algunos autores piensan que un ser humano debe vivir o morir, y no debe estar destinado a ser congelado.⁴³ La crioconservación se considera un procedimiento de alto riesgo para el embrión, ya que en algunos casos puede causarle daño.⁴⁴ Parte de la

³⁹Eduardo A. Sambrizzi. *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Lexis – Nexis Argentina S.A., 2001, p. 178.

⁴⁰María Valeria Massaglia de Bacigalupo. *Nuevas formas de procreación y el derecho penal*. *Óp. cit.*, p. 65.

⁴¹Ángeles López. *Presupuestos Bioéticos y Biojurídicos para una crítica a la ley española sobre "Técnicas de Reproducción Asistida"*. http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12726/1/PD_23_06.pdf (acceso: 21/3/2013).

⁴²*Id.*, p 66.

⁴³ Rafael Junquera de Estéfani. *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 107.

⁴⁴*Ibíd.*

doctrina, considera que si la congelación es transitoria, y es realizada con la finalidad de una implantación futura, dando a los embriones una oportunidad de vivir, se considera que no hay razones que atenten contra la dignidad del embrión.⁴⁵

En consecuencia, se puede establecer que la mayoría de las legislaciones consideran la segunda postura, ya que la FIV es permitida en la mayoría de países, y parte de ese procedimiento es la congelación de embriones. En nuestro país, la FIV es permitida por ley, pero no existe ninguna norma que regule el tema de la crioconservación. Como opinión, la crioconservación, es un procedimiento que beneficia a las personas que no pueden tener hijos de forma natural, y que por razones de salud, dejan de producir óvulos y espermatozoides fértiles, al tener embriones congelados, alcanzar un embarazo sigue siendo una opción para estas parejas. Por otro lado, al considerarse un proceso de alto riesgo, en el tiempo en que un embrión permanece congelado puede verse afectado por diversas causas, lo que puede llevar a su inmediata destrucción.

1.1.4 Experimentación e investigación con embriones.

La experimentación con embriones humanos, está prohibida en algunas legislaciones, ya que se piensa que se atenta contra la dignidad del embrión. El tema de la experimentación es un tema delicado, después de las experimentaciones que se realizaron en la Alemania Nazi con seres humanos entre 1933 y 1945; la comunidad internacional decidió promulgar el Código de Nuremberg (1947), en el cual se establecen los principios generales para realizar experimentos con seres humanos.⁴⁶

Sin embargo, los vacíos que el Código tenía, obligó a realizar un nuevo documento, la Declaración de Helsinki, adoptado por la Asamblea Médica Mundial en 1964, el documento ha sido reformado en varias ocasiones.⁴⁷ La experimentación con embriones implica las siguientes actividades científicas “a) la creación de embriones; b) la observación en el microscopio de las fases evolutivas del embrión y; c) la

⁴⁵J.F. Elizari. “Congelación de semen, óvulos y embriones”. *Nuevas técnicas de reproducción, Familia cristiana*, (1986), p. 36. Citado en: Rafael Junquera de Estéfani. *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*. *Óp. cit.*, p. 107.

⁴⁶José Luis Velázquez. *Del Homo al embrión. Ética y biología para el siglo XXI*. *Óp. cit.*, p. 62.

⁴⁷*Ibíd.*

intervención invasiva o letal sobre el embrión”.⁴⁸ Según la Declaración de Helsinki, la única forma en que la experimentación sea admisible, sería en el caso de que tuviera una finalidad terapéutica, es decir, que este destinado a proteger la vida y salud del embrión, siempre y cuando el riesgo de la técnica aplicada justifique la gravedad de la enfermedad.⁴⁹

Existe otra postura, la cual considera inadmisibles por todos los medios, que los embriones con los cuales se va a experimentar sobrepasen los catorce días posteriores a la fecundación.⁵⁰ El informe Warnock establece: “la investigación se puede realizar sobre cualquier embrión que sea fruto de fecundación in vitro, independientemente de su procedencia hasta el decimocuarto día posterior a la fecundación.”⁵¹ La razón, es que “un punto de referencia en el desarrollo de la persona humana es la formación de la línea primitiva (...) unos quince días después de la fecundación. Esto marca el comienzo del desarrollo individual del embrión”⁵². En la legislación ecuatoriana la experimentación con embriones está prohibida, es así como la Constitución en su (art. 66 literal d)), el Código de la Niñez y Adolescencia (art. 20) y, la ley orgánica de salud (art.212), prohíben esta práctica.

Después de describir las posturas existentes acerca de la experimentación con embriones, podemos establecer que quedan algunas dudas acerca de si es legal experimentar con los mismos. A modo de conclusión, la experimentación con embriones siempre y cuando tenga un fin terapéutico es lógica, porque la ciencia mediante la experimentación puede aportar con descubrimientos importantes para el beneficio de la raza humana, puede ayudar en encontrar cura para enfermedades terminales, y puede descubrir cómo se producen anomalías genéticas que producen deformidades físicas, retraso mental, entre otras. Lo que sí se debería considerar en el tema de experimentación con embriones, son las siguientes reglas:

⁴⁸M. Casado y J. Egozcue (coords.). *Documentos sobre investigación con embriones*. Observatori de Bioètica i Pret (Universidad de Barcelona). Barcelona: Editorial Signo, 2000. www.pcb.ub.edu.es (acceso: 15/2/2013).

⁴⁹María Valeria Massaglia de Bacigalupo. *Nuevas formas de procreación y el derecho penal*. *Óp. cit.*, p. 103.

⁵⁰Roxana Stasiow y María Isabel Simoncelli. “El embrión humano. Aspectos éticos y biológicos del informe Warnock ante las nuevas evidencias científicas”. *Vida y ética*, año 10, nro. 1, Buenos Aires, 2009. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/embrión-humano-informe-warnock.pdf> (acceso: 15/2/2013).

⁵¹ Mary Warnock. *A question of life, The Warnock report*. Londres: Basil Blackwell, 1984, p. 69.

⁵²*Id.*, pp. 23-24.

Experimentar previamente con embriones animales, para tener una idea de las experimentaciones que podrían efectuarse en embriones humanos; y autorizar la investigación con embriones humanos siempre y cuando se tenga una finalidad terapéutica.⁵³

Las reglas mencionadas, pueden ser un punto de partida, para considerar legislar respecto de la experimentación con embriones humanos (en los países que dicha práctica está permitida). Como punto de vista, un aspecto negativo dentro de este tema, es la experimentación enfocada en crear seres humanos perfectos, por ejemplo, el escoger el color de ojos y de cabello, o las preferencias que este pueda tener, dando como resultado, que desaparezcan las cualidades innatas y la esencia del ser humano.

1.1.5 Destrucción de embriones

Cuando se practica la FIV se obtiene más de un embrión de la misma pareja, con la finalidad de no intervenir más de una vez a la mujer, en el caso de requerir una FIV posterior.⁵⁴ La elaboración de un exceso de embriones, a los cuales no se les ha podido dar un destino, usualmente resulta en la destrucción de los mismos.⁵⁵

Existen algunos procesos biomédicos que pueden resultar en la destrucción de los embriones, según el Observatorio de Bioética de la Universidad Católica de Valencia, son los siguientes:

a) La clonación terapéutica, utilizada para la obtención de células madre; b) los procesos de congelación y descongelación a que son sometidos los embriones sobrantes de la FIV con vista a su posterior utilización experimental; c) la utilización de fármacos o instrumentos mecánicos con finalidad contraceptiva que actúe con un mecanismo anti implantatorio (...); d) el uso del diagnóstico genético preimplantacional para la selección de embriones sanos y su posterior gestación, e) hijos de padres con enfermedades hereditarias o genéticas, técnica claramente eugenésica; f) fabricación de embriones, para obtener tejidos que puedan tratar a un hermano enfermo (niños-medicamento), d) la utilización del diagnóstico preimplantacional para la selección del sexo del hijo, en los países donde se autoriza dicha práctica.⁵⁶

⁵³María del Carmen Vidal Casero. "La experimentación con embriones/ feto". *Revista Bioética y Ciencias de la Salud*. Vol. 4, Nro. 2, sección: investigación. www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/investigacionensayosclinicos/embriion.pdf (acceso: 21/3/2013).

⁵⁵Ángeles López. *Presupuestos Bioéticos y Biojurídicos para una crítica a la ley española sobre "Técnicas de Reproducción Asistida"*. http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12726/1/PD_23_06.pdf (acceso: 21/3/2013).

⁵⁶Justo Aznar. *El embrión humano un ser biológico en peligro*. www.observatoriobioetica.com/presentaciones/embriion_humano.pdf (acceso: 16/2/2013).

Finalmente, la destrucción de embriones es un tema que encierra dificultades éticas.⁵⁷ Razón por la cual se recomienda moderar la producción de embriones, es decir, que se deben producir los embriones que vayan a ser implantados, con la finalidad de no proceder a la destrucción de los mismos.⁵⁸ En este caso, la legislación ecuatoriana no se pronuncia al respecto, no existe regulación referente a la destrucción de embriones.

1.2 Análisis del estatus jurídico del embrión humano en el marco de la legislación ecuatoriana.

1.2.1 El embrión humano.

1.2.1.1. Teorías sobre el inicio de la vida humana.

Una de las preguntas que se plantea con más frecuencia entorno a la posición del embrión humano en el derecho es, ¿cuál es el momento en el que se inicia la vida humana?, alrededor de esta interrogante nos encontramos también con diferentes posturas. El asunto se centra en determinar el momento en que un individuo de la especie humana inicia el ciclo vital, de precisar en qué momento ese individuo concreto empezó a ser.⁵⁹ Como resultado, desde ese momento comienza para ese individuo una protección jurídica que lo acompañará hasta su muerte, en ese momento en que la vida humana comienza, el ordenamiento jurídico debe brindar un límite mínimo de protección a la persona.⁶⁰ En relación al inicio de la vida humana, dentro de la ciencia y el derecho se han planteado algunas teorías, estas son:

a) Desde el momento de la concepción. La vida humana inicia desde el momento de la fecundación del óvulo con el espermatozoide, así esta se realice fuera del cuerpo de la mujer (FIV). Como lo explica Massaglia “cuando la cabeza del espermatozoide penetra en la membrana que recubre el óvulo”.⁶¹

b) Cuando se da la Singamia. Según la Doctora Sonia Merlyn, “(...) en la actualidad desde la semántica se debe considerar singamia. Esta distinción

⁵⁷Vázquez. *Ética, derecho y reproducción asistida*. Citado en: Rafael Junquera de Estéfani. “Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica. *Óp. cit.*, p. 97.

⁵⁸*Ibíd.*

⁵⁹Gonzalo Figueroa Yáñez. “El comienzo de la vida humana: el embrión como persona y como sujeto de derechos”. *Bioética y Derecho. Óp. cit.*, p. 283.

⁶⁰*Id.*, p 284.

⁶¹María Valeria Massaglia de Bacigalupo. *Nuevas formas de procreación y el derecho penal. Óp. cit.*, p. 24.

evidentemente adquiere importancia para los embriones concebidos en laboratorio, ya que en la concepción natural no se puede observar cuando ocurre la singamia”.⁶²

c) Implantación o anidación. Según Figueroa Yáñez, esta se da entre el séptimo y decimocuarto día posterior a la fecundación, una vez efectuada la implantación se puede hablar de embrión.⁶³ Esta postura tiene concordancia con la corriente que establece que “el embrión durante sus primeras horas de vida es un montón de células indiferenciadas, que no es un ser humano, y que si bien es una vida, no es una vida humana”.⁶⁴ Se establece que la única forma de establecer si la mujer está embarazada, es una vez implantado el producto de la fecundación en el útero, porque se produce la hormona Gonadatrapina Coriónica, la misma se produce cuando la mujer está embarazada.⁶⁵

d) Teoría de la Cresta Neural, sostiene que la vida humana comienza con la aparición del sistema nervioso y, el inicio de la actividad cerebral en el embrión.⁶⁶ Figueroa establece que desde ese momento el embrión puede sentir dolor y sufrimiento, momento de gran importancia para determinar el inicio de la vida.⁶⁷ Esta se da alrededor de 40 a 45 días después de la fecundación.⁶⁸

e) La viabilidad del feto fuera del útero materno. Algunos científicos consideran que la vida humana existe desde el momento en que tiene posibilidad razonable de supervivencia fuera del útero materno.⁶⁹

Finalmente, después de exponer las teorías existentes acerca del inicio de la vida humana, es necesario determinar que estatus le da la legislación ecuatoriana al embrión humano. Previamente desarrollaremos, el tratamiento jurídico que se le daba a lo largo

⁶²Sonia Merlyn Sacoto. *Sujetos de la Relación Jurídica*. 1ra. ed. Loja: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2011, pp. 11-16.

⁶³Gonzalo Figueroa Yáñez. *Derecho civil de la persona, del genoma al nacimiento*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p.125.

⁶⁴María Valeria Massaglia de Bacigalupo. *Nuevas formas de procreación y el derecho penal*. *Óp. cit.*, p. 26.

⁶⁵*Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte. (Expediente de fondo, tomo VI, folio 2846) citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 187.

⁶⁶María José Pareja. . “*Fecundación in vitro...*”. *Óp. cit.*, p. 36.

⁶⁷Gonzalo Figueroa Yáñez. *Derecho Civil de la persona, del genoma al nacimiento*. *Óp. cit.*, p. 128.

⁶⁸Sonia Merlyn Sacoto. *Sujetos de la Relación Jurídica*. *Óp. cit.*, p. 15.

⁶⁹Criterio sostenido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el fallo Roe vs. Wade (1979). Citado por: Sonia Merlyn Sacoto. *Sujetos de la Relación Jurídica*. *Óp. cit.*, p.16.

de la historia al nasciturus, principalmente en el derecho romano, por ser esta una de las principales fuentes de nuestro derecho.

1.2.1.2 Teorías sobre el estatus jurídico del que está por nacer. (Derecho romano).

En este acápite desarrollaremos el tratamiento que le ha dado el derecho romano al que está por nacer.⁷⁰ Principalmente, se expondrán tres corrientes que han marcado nuestro actual derecho civil, al tratarse de las principales fuentes del derecho ecuatoriano. En el derecho romano se conocía al que está por nacer como nasciturus. El término *nasciturus*, proviene del latín “nascere”, que significa “el que va a nacer” o “el concebido no nacido”⁷¹. En Roma el nacimiento era considerado como el inicio de la existencia legal de las personas, es decir, que si el nacimiento no ocurría no se debía reconocer la existencia de un sujeto.⁷² De esta fuente se despliegan dos teorías:

1) Teoría de la víscera materna: En la Roma antigua, se consideraba que el nasciturus era parte del cuerpo de la madre, es decir, se lo consideraba una visera materna, parte de las entrañas de la mujer; razón por la cual, se le daba protección jurídica por su carácter de objeto relevante y, la potencialidad de ser humano.⁷³ Según Merlyn, “esta interpretación se origina de una deducción equivocada de ciertos textos del jurista romano Papiniano: cuando aún el fruto del parto no fue extraído, no puede decirse correctamente que haya hombre⁷⁴; y de Ulpiano: el feto antes de nacer forma parte de la mujer y sus vísceras⁷⁵”.⁷⁶ En la época por la falta de tecnología, no podían

⁷⁰Se debe tener en cuenta que otras fuentes del derecho ecuatoriano daban tratamiento jurídico al no nacido, es así como el derecho español antiguo en sus fueros y las siete partidas hacen referencia al nasciturus, por ejemplo, en el Fuero Juzgo se reconocía el derecho del hijo póstumo a heredar a su padre una vez nacido (Fuero Juzgo, libro IV.2.20.), también se penalizaba el aborto (Fuero Juzgo libro VI.3). Las Siete Partidas, específicamente en la Partida séptima se protegía la vida del no nacido estableciendo la pena de muerte o el destierro para la mujer o las personas que atenten contra la vida del no nacido. (Ley 8 título 8 Partida VII). En el derecho indiano y aborígen, las Siete Partidas fueron aplicadas, ya que en América no se dictaron fueros, por lo tanto, el concebido era tratado bajo las leyes de las Siete Partidas. Sonia Merlyn Sacoto. *Sujetos de la Relación Jurídica. Óp. cit.*, pp. 33-40.

⁷¹Guillermo Cabanellas de Torres. *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2005.

⁷²Vid. Rodolfo Aguello. *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1997, p. 141; Agustín Bravo González y otra. *Derecho Romano*. México: Ed. Porrúa, 2000, p. 107; Mario Oderigo. *Sinopsis del Derecho Romano*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1973, p. 55. Citado en: Sonia Merlyn Sacoto. *Sujetos de la Relación Jurídica. Óp. cit.*, p. 28.

⁷³Ana Carolina Valarezo. *La condición jurídica del nasciturus en el Derecho ecuatoriano*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2007, p. 16.

⁷⁴Digesto, libro XXV, Título II, 9. Citado en: Sonia Merlyn Sacoto. *Sujetos de la Relación Jurídica. Óp. cit.*, p. 28.

⁷⁵Digesto, libro XXV, Título IV, ley 1, Pr. 1. Citado en: Sonia Merlyn Sacoto. *Sujetos de la Relación Jurídica. Óp. cit.*, p. 28.

⁷⁶*Ibid.*

dar seguimiento al desarrollo del nasciturus; la única manera de verificar el embarazo era observando el vientre de la madre, razón por la cual, el comienzo de la individualidad del ser humano era con el nacimiento, antes de eso se consideraba conformaba una parte del cuerpo de la mujer.⁷⁷

El autor Valencia Zea establece que:

El derecho civil actual se inspira en la misma idea de los romanos, que consideraban al simple concebido como una porción de la vida misma y del cuerpo de la madre (portiomuelleris), salva la advertencia de que tal porción u órgano debe considerarse como la más noble, en virtud de su potencialidad de poder separarse en el futuro del cuerpo de la mujer y constituirse en una vida autónoma.⁷⁸

Para el autor Charles Maynez, “si el hijo no ha nacido no tiene existencia separada de la madre y forma parte de ella”.⁷⁹ Por otro lado, Urscinio Álvarez establece que “el concebido, pero no nacido no puede considerarse entre los humanos (in rebús humanis), ni entre las cosas de la naturaleza (in rebús natura). Al no hallarse desprendido del claustro materno, no posee autonomía respecto de la madre, constituye una parte integrante de ésta (mulierispartio)”.⁸⁰ Como podemos ver, esta teoría actualmente no tiene precedentes, gracias a los avances científicos se puede determinar, que el producto del vientre de la madre, es autónomo, depende de la madre para sobrevivir, pero es una existencia distinta, con características genéticas y físicas diferentes.

a.2) Teoría Ficcionalista: Existen autores que consideran que la igualación del concebido con el nacido es una ficción legal, por la cual explica Catalano “se supone que la criatura que se encuentra en el seno materno reúne todos los requisitos abstractos creados por los juristas, tales como personalidad, sujeto de derecho, capacidad jurídica, persona ficticia”.⁸¹ La teoría ficcionalista establece en los textos de Gayo, Celso y Juliano que “el concebido (...) es el tutelado (custoditur) en cuanto a entidad futura; y en este

⁷⁷Ricardo Ravinovich-Berckman. *Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2000, p. 190.

⁷⁸Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho Civil. Parte General y Personas*. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis, 1997, p. 300.

⁷⁹Charles Maynz. *Cours de droit romain*. 5ta. ed. París, 1981, t. I, p.392. Citado por: Lisandro Cruz Ponce. *El Nasciturus*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/67/art/art2.pdf>. (acceso: 26/3/2013).

⁸⁰Urscinio Álvarez Suárez. *Instituciones del derecho romano*. Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1977, p. 13

⁸¹Pierangelo Catalano. “Los concebidos en el derecho romano y el derecho americano, a propósito del artículo 1 del Código Civil peruano”, *El Código Civil peruano y el sistema jurídico Latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco, 1986, pp. 229-234. Citado en: Lisandro Cruz Ponce. *El Nasciturus*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/67/art/art2.pdf>. (acceso: 26/3/2013).

sentido se le reservan ciertos derechos que sólo le corresponden definitivamente cuando se produzca el nacimiento”.⁸² La idea general de esta teoría se formula en el texto de Paulo (Digesto, libro 1, título 5) que se refiere al derecho hereditario de los hijos de los condenados a muerte⁸³: “El que está en el útero es protegido como si estuviera entre las cosas humanas, siempre que se busque la conveniencia del parto mismo; aunque antes de nacer, de ningún modo aproveche a otros”.⁸⁴ En este caso el nasciturus goza de una protección como si fuera persona, pero no lo es, porque se le atribuyen algunos derechos como los patrimoniales, de los cuales será acreedor si nace vivo, pero ese beneficio es solo para el nasciturus, los terceros no se pueden beneficiar de esas expectativas de derechos mientras no nazca vivo.⁸⁵

La autora Merlyn establece que en referencia al estatus jurídico del concebido “este gozaba de protección jurídica pero no era considerado sujeto de derecho, ya que la titularidad de derechos se adquiría al momento del nacimiento y siempre que ocurrieran las calidades de ser libre (status libertatis), romano (status civitatis) y, paterfamiliae (status familiae)”.⁸⁶ Por lo mismo, se protegía la vida del concebido, pero sin que este fuera un derecho, con el fin de preservar la especie y para proteger los intereses del padre.⁸⁷ Esta teoría ha producido debates por considerar que el que está por nacer es una ficción condicionada al nacimiento. Los críticos de esta teoría, se basan en la postura de que el nasciturus es un ser humano y por tanto persona la que explicaré a continuación.⁸⁸

a.3) El que está por nacer es ser humano y persona: Esta equiparaba al nasciturus con la idea de que todo ser humano es persona. Los propulsores de esta corriente establecen que su fuente es también el derecho romano.⁸⁹ Por ejemplo, Juliano establecía que “los que están en el útero, en casi todo el ius civil se entiende que están en la naturaleza de las cosas”⁹⁰, Rabinovich según este precepto opina que “para el

⁸²Sonia Merlyn Sacoto. *Sujetos de la Relación Jurídica*. Óp. cit., p. 29.

⁸³Ricardo Ravinovich-Berkman. *Derecho romano para Latinoamérica*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2006, p. 192.

⁸⁴Digesto, Libro 1, título 5. Citado en: Ricardo Ravinovich-Berkman. *Derecho romano para Latinoamérica*. Óp. cit., p. 192.

⁸⁵*Ibíd.*

⁸⁶Sonia Merlyn Sacoto. *Sujetos de la Relación Jurídica*. Óp. cit., p.30.

⁸⁷*Ibíd.*

⁸⁸*Ibíd.*

⁸⁹Ana Carolina Valarezo. *La condición jurídica del nasciturus en el Derecho ecuatoriano*. Óp. cit., p. 25.

⁹⁰Digesto, libro I, título 5. Citado en: Ricardo Ravinovich-Berkman. *Derecho romano para Latinoamérica*. Óp. cit., p. 192.

derecho romano, el que está en el útero es una persona con prerrogativas propias, diferentes a las de su madre”.⁹¹ La interpretación de esta teoría se basa en que el nasciturus era considerado sujeto de derechos, Merlyn explica “entre los romanos más bien existió un reconocimiento del principio general de igualdad ontológica entre el concebido y el nacido”⁹², porque “según el Digesto de Justiniano, la igualdad del concebido y del nacido es un principio de carácter general, salvadas las excepciones de algunas partes del ius”.⁹³

Por lo expuesto anteriormente, se puede determinar el carácter de persona que se le reconocía al nasciturus, dejando de lado la visión de que es una ficción. Algunos juristas adoptaron esta posición Vélez Sarsfield, autor del código Civil argentino, tomando la postura del jurista brasileño Teixeira de Freitas piensan que el comienzo de la existencia humana se da desde el momento mismo de la concepción.⁹⁴ Freitas, consideraba al nasciturus persona por nacer, asimilando vida humana a persona humana.⁹⁵ La corriente adoptada por Vélez Sarsfield es bien conocida hoy en día como la teoría de la personalidad.⁹⁶

Finalmente, las fuentes de derecho romano expuestas anteriormente sobre el estatus jurídico del nasciturus, han sido herencia en las legislaciones actuales, a través del Corpus Iuris Civilis de Justiniano.⁹⁷ Como resultado, la mayoría de los códigos civiles de Latinoamérica se ven influenciados por estas teorías. Es así, como Andrés Bello plasmó estos preceptos en el CC chileno, y más adelante en 1860 nuestro CC se inspiró en la obra de Bello.⁹⁸ A continuación analizaremos específicamente la legislación ecuatoriana respecto del estatus jurídico del embrión.

1.2.2 Código Civil.

En la legislación civil nacional es necesario determinar el momento en que se considera persona al individuo, ya que por ese reconocimiento, se lo determina como

⁹¹Id., p 193.

⁹²Sonia Merlyn Sacoto. *Sujetos de la Relación Jurídica*. Óp. cit., p.33.

⁹³Pierangelo Catalano. “El Código Civil peruano y el...”. Óp. cit., pp. 229-234.

⁹⁴José Carlos Costa. *Protección al concebido. Vigencia de los principios rectores del derecho romano en la legislación argentina*. www.edictum.com.ar/miweb4/congreso/jose%20carlos%20costa.doc (acceso: 30/3/2013).

⁹⁵Sonia Merlyn Sacoto. *Sujetos de la Relación Jurídica*. Óp. cit., p.49.

⁹⁶José Carlos Costa. *Protección al concebido. Vigencia de los principios rectores del derecho romano en la legislación argentina*. www.edictum.com.ar/miweb4/congreso/jose%20carlos%20costa.doc (acceso: 30/3/2013).

⁹⁷Sonia Merlyn Sacoto. *Sujetos de la Relación Jurídica*. Óp. cit., p.33.

⁹⁸Ricardo Ravinovich-Berkman. *Derecho romano para Latinoamérica*. Óp. cit., p.194.

titular de derechos. Como lo explica Luis Parraguez “para el derecho la personalidad es, por lo tanto, una cierta calidad; la calidad de persona que trae aparejada la aptitud consiguiente de poder ser titular de derechos y de contraer obligaciones”.⁹⁹ En efecto, el derecho civil no reconoce como persona al concebido, ya que no puede ser titular de ciertos derechos, y tampoco es capaz de contraer obligaciones por sí mismo.

El código civil en su artículo 45 define persona: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo o condición, divídanse en ecuatorianos y extranjeros”.¹⁰⁰

Existen interpretaciones acerca de “todos los individuos de la especie humana”, algunos autores piensan que en esa generalidad se incluye al embrión, porque establecen que la especie humana se forma desde el momento en que el espermatozoide penetra en el óvulo.¹⁰¹ Por otro lado, se considera que persona es “todo hijo de mujer, alcance que formulados igualmente por razones históricas, puesto que en el derecho romano y español de las siete partidas, no bastaba esta circunstancia, exigiéndose además que el ser tuviera forma humana (...)”.¹⁰²

La legislación civil nacional reconoce dos momentos trascendentales en los cuales se reconoce la titularidad de los derechos. El primero es la protección del que está por nacer (*nasciturus*)¹⁰³, y el segundo, que fija el momento del nacimiento como el principio de la existencia legal de las personas.¹⁰⁴ A continuación el análisis de los dos momentos.

1.2.2.1 El nacimiento como el principio de la existencia legal de las personas naturales. Protección de la vida del que está por nacer (*nasciturus*).

El código civil en su artículo 60 establece:

El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre.

⁹⁹Luis Parraguez Ruiz. *Manual de derecho civil ecuatoriano. Personas y Familia*. Vol. I. Loja: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005, p. 40.

¹⁰⁰Código Civil. Artículo 45. Registro Oficial suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970.

¹⁰¹Hernán Corral Talciani. “La existencia legal de toda persona principia al nacer: una nueva lectura para una vieja norma”. *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, 56 (2010), pp. 311-326. <http://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/existenciallegal.pdf> (acceso: 16/2/2013).

¹⁰²Luis Parraguez Ruiz. “*Manual de derecho civil...*” *Óp. cit.*, pp. 41-42.

¹⁰³Código Civil. Artículo 61. Registro Oficial suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970.

¹⁰⁴Código Civil. Artículo 60. Registro Oficial suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970.

La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de la madre, se reputará no haber existido jamás.

Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo.¹⁰⁵

Es importante establecer lo que es el nacimiento, este es el alumbramiento de una criatura, si este perece en el nacimiento no se considera su existencia legal, el saber si la criatura está viva o muerta al momento de nacer, si nació muerta o murió poco después de nacer, constituye un grave problema.¹⁰⁶ De esta cuestión ha originado dos doctrinas conocidas como de la viabilidad, y de la vitalidad.¹⁰⁷ La doctrina de la viabilidad, se centra en que la criatura debía sobrevivir al menos un tiempo después del nacimiento¹⁰⁸, es decir, debía nacer “viable” para poder vivir después de nacido.¹⁰⁹ Por otro lado, la teoría de la vitalidad, fue recogida por la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, publicada en el Registro Oficial Nro. 70 de 21 de abril de 1976, la cual establece:

Se entenderá por nacimiento vivo la expulsión o extracción completa del cuerpo de la madre, precisando de la duración del embarazo, de un producto de la concepción que, después de tal separación, respire o manifieste cualquier otro signo de vida, tal como el latido del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimiento efectivo de los músculos voluntarios, haya o no haya sido cortado el cordón umbilical y este o no unida a la placenta, cada producto de tal alumbramiento será considerado nacido vivo.¹¹⁰

En nuestro Código Civil vigente, se establece como condición del nacimiento la separación completa de la criatura y del claustro materno. Es decir, que necesariamente debe haber nacido vivo para poder ser considerado persona, es evidente que en el derecho civil se considera al nacido persona, por ejemplo, el autor Galindo Garfias establece que:

El nasciturus en tanto no nacido y en tanto el nacimiento no se produzca con determinados requisitos no ha adquirido aún personalidad. El derecho conserva a su favor los derechos que eventualmente adquirirá cuando nazca. Porque solo a partir del momento de su nacimiento va a adquirir la capacidad jurídica.¹¹¹

Lo antes mencionado, abarca una condición para que el concebido sea sujeto de protección jurídica, y esta es el nacimiento. En el derecho comparado algunas

¹⁰⁵*Ibíd.*

¹⁰⁶Juan Larrea Holguín. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Óp. cit., p. 124.

¹⁰⁷*Id.*, p. 125.

¹⁰⁸Luis Parraguez Ruiz. “*Manual de derecho civil...*”. Óp. cit., p. 46.

¹⁰⁹Juan Larrea Holguín. “*Manual Elemental de Derecho...*”. Óp. cit., p. 125.

¹¹⁰Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación, publicada en el Registro Oficial Nro. 70 de 21 de abril de 1976. Citada por: Luis Parraguez Ruiz. “*Manual de derecho civil...*”. Óp. cit., p. 46.

¹¹¹Ignacio Galindo Garfias. *Derecho Civil*. México: Editorial Porrúa, 1980, p. 310.

legislaciones latinoamericanas, expresan la misma condición del nacimiento como el principio de la existencia legal de las personas, por ejemplo, la legislación chilena en el artículo 74 de su Código Civil, establece “la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre”.¹¹² El código colombiano tiene una postura similar, el artículo 90 del código civil colombiano establece “la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre”.¹¹³

Al contrario, existen legislaciones que consideran al concebido como titular de derechos, por ejemplo, la legislación argentina establece en su artículo 70:

Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas, y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubieran nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuere por instantes después de estar separados de su madre.¹¹⁴

En la legislación civil peruana, se puede evidenciar una postura similar, donde se considera al concebido un ser humano, el art. 1 del código civil peruano establece: “La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”.¹¹⁵ Este artículo puede ser confuso a primera vista, pero según Merlyn:

Nos permite concluir que mientras el concebido está en su vida intra-uterina goza de todos los derechos inherentes a su calidad humana, patrimoniales y extra patrimoniales o existenciales, pero no puede ejercerlos por sí mismo, por tanto no conviene asimilarlo a la persona nacida, pero tampoco se le puede desconocer el goce de dichos derechos.¹¹⁶

El Doctor Fernández Sassarego, se refiere al mismo artículo, señalando lo siguiente “En esta redacción se está reconociendo la calidad de sujeto de derecho del concebido en cuanto admite implícitamente que goza de derechos personales (...)”.¹¹⁷

Finalmente, podemos determinar, que dependiendo la legislación existen posturas diferentes, acerca del principio de la existencia legal de las personas. Por los argumentos expuestos anteriormente, podemos concluir que el derecho civil ecuatoriano

¹¹²Código Civil (Chile). Artículo 74. Actualizado al año 2000. 01 de enero de 1857.

¹¹³Código Civil (Colombia). Artículo 90. 24 de agosto de 1873.

¹¹⁴Código Civil (Argentina). Artículo 70. 01 de enero de 1871.

¹¹⁵Código Civil (Perú). Artículo 1. (1984)

¹¹⁶Sonia Merlyn Sacoto. *Sujetos de la Relación Jurídica. Óp. cit.*, p. 52.

¹¹⁷Carlos Fernández Sassarego. “El Concebido en Doctrina y en la legislación Peruanas el siglo XXI”. Lima, 2006. Citado por: Sonia Merlyn Sacoto. *Sujetos de la Relación Jurídica. Óp. cit.*, p.54.

no considera al concebido como una persona, ya que expresa que para poder existir legalmente, se debe obligatoriamente cumplir la condición del nacimiento por un lado, y por el otro, la separación de la criatura y la madre. Caso contrario, se refuta a la criatura que muere en el vientre de la madre, no haber existido jamás. Dando como resultado, que el hecho del nacimiento constituye el punto de partida para que se considere a la criatura persona, dotada de personalidad jurídica, y como titular de derechos y obligaciones. La ley es clara al establecer el nacimiento como una condición, para poder ser sujeto de derechos. Lo aquí mencionado es la esencia del código civil ecuatoriano.

1.2.2.2 Protección de la vida del que está por nacer (nasciturus).

El derecho civil ecuatoriano, no ha dejado de lado la protección a la figura del que está por nacer o nasciturus. Si bien es cierto, que la ley considera al nacido legalmente como persona titular de derechos, de alguna manera, existe la protección del nasciturus. No se puede negar, que el que está por nacer es una forma de vida. Si bien es cierto, como lo explica Parraguez, “no hay todavía una persona en sentido estrictamente jurídico, puede afirmarse que por lo menos existe un proyecto de persona o una persona potencial”.¹¹⁸ El tema de que el concebido es una persona potencial, ha provocado discusiones, y los argumentos clásicos sobre esta potencialidad son los siguientes:

i) Una persona es un ser humano que posee la capacidad para realizar las operaciones propias de la especie humana: consciencia, comunicación, lingüística y racionalidad.

ii) El embrión humano carece de las estructuras biológicas que sirven de soporte a la racionalidad, la consciencia y el lenguaje; sin embargo, tiene el potencial para desarrollarlas en el futuro.¹¹⁹

Usualmente las legislaciones que defienden esta tendencia, estiman que el embrión humano es una persona potencial, razón por la cual, merece el mismo respeto y consideración que cualquier otra persona humana que exista.¹²⁰ En nuestra legislación, el artículo 61 del código civil abarca la protección de la vida del nasciturus, y expresa lo siguiente:

La ley protege la vida del que está por nacer. El juez en consecuencia, tomará a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.

¹¹⁸Luis Parraguez Ruiz. “Manual de derecho civil...”. *Óp. cit.*, p. 47.

¹¹⁹Massimo Reichlin. *The argument from potential: a reapaisal*, en *Bioethics*. Vol. 11, No. 1, 1997, pp.1-23. Citado por: José Luis Velázquez. *Del Homo al embrión. Ética y biología para el siglo XXI*. *Óp. cit.*, p. 58.

¹²⁰*Ibíd.*

Toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.¹²¹

En este artículo podemos examinar varios elementos, y uno que me llama mucho la atención es la protección del que está por nacer, pero siempre y cuando se considere que su vida corre peligro. En este caso, me parece que pueden haber algunas interpretaciones, y una que considero, es el establecer un límite a esa protección, expresando “siempre que crea que de algún modo peligra”, es decir, que el nasciturus debe estar amenazado por alguna circunstancia atentatoria para considerar una protección jurídica. Las sanciones a la madre, en el caso de que sea responsable de causar ese peligro a la criatura que está gestando, son diferidas hasta después del nacimiento, por lo tanto, llegamos otra vez a la conclusión de que el nacimiento es el punto de partida para ser titular de derechos, según el Código Civil.

Es importante exponer la conclusión del Tribunal Constitucional, respecto de la protección del que está por nacer:

El juez constitucional debe realizar una interpretación que garantice la vida del ser humano, desde el momento mismo de su formación, y para ello, aún frente a la duda, asumir con prudencia que ella se produce desde de la fecundación del óvulo, momento en que se transmite toda la información genética del ser humano. Visto de esta forma, se debe concluir que al actuar el medicamento POSTINOR -2, en una de las fases, como agente para impedir la implantación del cigoto, es decir, luego de fecundarse el óvulo, se atentaría contra la vida del nuevo ser humano.¹²²

Es clara la conclusión del TC, al establecer que se considera al que está por nacer como un ser humano, y se habla de atentar contra su vida. Por lo que la postura tomada por el mismo, es contraria, a la postura establecida en nuestro Código Civil, porque al considerárselo persona, se debería determinar su condición como titular de derechos.

En nuestro ordenamiento jurídico se establecen además del código civil, otras normas que regulan la protección del que está por nacer, incluso de rango superior, como la Constitución. A continuación se desarrollará los puntos importantes referentes a la protección del embrión en las demás leyes.

¹²¹Código Civil. Artículo 61. Registro Oficial suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970.

¹²²Tribunal Constitucional del Ecuador. *Caso Nro. 0014-2005-RA*. Resolución de 23 de mayo del 2006. Registro Oficial Nro. 297, de 22 de junio de 2006.

1.2.3 Código de la niñez y adolescencia

El CNA, es una de las leyes ordinarias que protegen la vida del que está por nacer desde el momento de la concepción. Es importante mencionar, que en la Convención sobre los Derechos del Niño, se establece la libertad para que cada Estado regule la protección y, el inicio del derecho a la vida.¹²³ La Declaración de los derechos del niño, expresa de igual manera, la protección legal del que está por nacer, “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”.¹²⁴ Como resultado, la protección del derecho a la vida, se considera desde la concepción, según esta corriente.

1.2.3.1 Protección del derecho a la vida desde la concepción

Como lo mencionamos antes, esta ley protege el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Así, el artículo 2 del CNA establece: “las normas del presente código son aplicadas a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad (...)”.¹²⁵ Dentro de ese código no es la única norma que establece la protección legal desde la concepción, el artículo 20 inciso primero expresa:

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.¹²⁶

El primer inciso del artículo citado, ratifica que la protección del derecho a la vida se da desde el momento de la concepción. En la presente disposición, no se especifica cual es el momento mismo de la concepción.¹²⁷ Luis Parraguez establece que “La fecundación del óvulo (...) es un momento biológico difícil de constatar con absoluta exactitud y certeza, de manera que suele haber un alto grado de incertidumbre sobre el instante preciso de la concepción”.¹²⁸ El autor Louis Sebag, opina que un sistema jurídico coherente:

Debe empezar por otorgar al concebido el primero de sus derechos: el derecho a la vida. La protección legal se extiende desde antes del nacimiento porque el concebido es un germen y una esperanza de vida, y la sanción para el que atente contra este derecho

¹²³Farith Simon. *Derechos de la niñez y adolescencia: de la Convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales*. Óp. cit., p. 45.

¹²⁴Convención sobre los Derechos del Niño. Decreto ejecutivo No. 1330, Registro Oficial 400, de 21 de marzo de 1990. Preámbulo.

¹²⁵Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 2. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

¹²⁶Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 20 inciso 1. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

¹²⁷Farith Simon. *Derechos de la niñez y adolescencia: de la Convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales*. Óp. cit., p. 47.

¹²⁸Luis Parraguez Ruiz. “Manual de derecho civil...”. Óp. cit., p. 51.

será necesariamente de orden penal, porque destruye una vida humana y vulnera el orden social”¹²⁹.

Este es un pensamiento bastante antiguo, pero podemos ver, que no se considera al concebido una persona, sino como lo mencionamos anteriormente, una posible persona. Además de los artículos 2 y 20 del CNA, existen otras disposiciones legales que contribuyen con la protección del que está por nacer. Por ejemplo, el artículo 23 establece que “se sustituirán la aplicación de penas y medidas privativas de la libertad a la mujer embarazada hasta noventa días después del parto (...)”.¹³⁰ El artículo 25 dispone la atención en el embarazo y el parto a favor de la madre y, el niño o niña.¹³¹ Se establece en el artículo 27 numeral 10 “el derecho de las madres a recibir atención sanitaria prenatal y postnatal apropiadas”.¹³²

De igual manera, el artículo 30 numeral 3 expone “mantener registros individuales en los que conste la atención y el seguimiento del embarazo, el parto y el puerperio; y registros actualizados de los datos personales, domicilio permanente, y referencias familiares de la madre”.¹³³ Y por último, el artículo 148 establece el derecho de la mujer embarazada a percibir alimentos, “la mujer embarazada tiene derechos desde el momento de la concepción, a alimentos para la atención de sus necesidades de alimentación, salud, vestuario, vivienda, atención del parto, puerperio, y durante el periodo de lactancia (...)”.¹³⁴

Finalmente, no podemos llegar a establecer una corriente jurídica específica respecto del momento de la concepción, ya que los diferentes autores difieren en sus posturas como se ha expuesto anteriormente. Pero podemos concluir que si bien el CNA protege el derecho a la vida del que está por nacer, no determina el momento en que se considera que se ha efectuado la concepción, contrario al Código Civil, donde se da una presunción del momento de la concepción “se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás desde la media noche que principie el día del

¹²⁹Louis Sebag. *Personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*. París: Libraire du RecueilSirey, 1938, p. 39. Citado por: Lisandro Cruz Ponce. *El Nasciturus*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/67/art/art2.pdf>. (acceso: 18/2/2013).

¹³⁰Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 23. Ley 100. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

¹³¹Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 25. Ley 100. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

¹³²Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 27 núm. 10. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

¹³³Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 30 núm. 3. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

¹³⁴Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 148. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

nacimiento”.¹³⁵ La presunción establecida es bastante ilógica, porque los avances científicos pueden darnos una pauta más exacta para determinar el momento de la concepción. Además, hoy en día, es bastante común que los partos se adelanten o se retrasen, lo que hace de la regla de presunción arcaica.¹³⁶ Por lo que podemos concluir, que mientras se considere que se ha producido la concepción, el embrión tiene derecho a la protección de su vida, según el Código de la niñez y adolescencia.

1.2.3.2 Prohibición expresa de experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento.

El mismo artículo 20, en su segundo inciso, a modo de brindar una protección a al embrión, establece tres prohibiciones principalmente; la primera es realizar experimentos; la segunda realizar manipulaciones médicas; y la tercera la prohibición de manipulaciones genéticas, desde el momento de la fecundación del óvulo hasta el nacimiento, textualmente se establece lo siguiente:

Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral.¹³⁷

Es necesario aclarar lo que en realidad el inciso de este artículo prohíbe. Mundialmente, existen experimentos con embriones que son admisibles para fines específicos, esencialmente los que tratan de mejorar las técnicas de transferencia de embriones y de crioconservación.¹³⁸ Se establecen experimentos que son inadmisibles, por ejemplo, la clonación, creación de quimeras e híbridos, el diagnóstico de sexo, las investigaciones genéticas sobre el embrión humano, entre otras.¹³⁹

Así, como existen experimentos e investigaciones que pueden ser perjudiciales para el embrión, considero que hay experimentos e investigaciones, que pueden beneficiar al embrión y, a la sociedad en general. Si un experimento puede ser beneficioso, se debería considerar su importancia y trascendencia, para que los profesionales puedan efectuarlos sin restricciones. De la otra mano, como establece

¹³⁵Código Civil. Artículo 62. Registro Oficial suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970.

¹³⁶Cfr. Luis Parraguez. “Manual de Derecho Civil...” *Óp. cit.*, p. 52.

¹³⁷Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 20 segundo inciso. Ley 100. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

¹³⁸María del Carmen Vidal Casero. “La experimentación con embriones/feto”. *Revista de Bioética y Ciencias de la Salud*, vol. 4, Nro. 2. www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/investigacionensayosclinicos/embriion.pdf. (acceso: 19/2/2013).

¹³⁹*Ibíd.*

Farith Simon, una manipulación médica que tenga el objetivo de precautelar la vida, la integridad y el desarrollo integral, no estaría prohibida, así como las intervenciones médicas necesarias durante el embarazo.¹⁴⁰

Finalmente, podemos establecer que toda práctica científica (experimentos, investigación, manipulación), que atente contra la vida y ponga en riesgo la integridad del embrión no están permitidas según este artículo, ya que se da una prohibición absoluta de realizarlas desde el momento de la fecundación del óvulo. Estas prohibiciones crean una situación en el Ecuador, según lo que reza este artículo, la FIV debería estar prohibida, porque en los distintos procedimientos se manipula embriones, los cuales siempre corren riesgo de morir y no alcanzar su desarrollo integral. Sin embargo, la FIV es permitida en nuestra legislación, y existen varias clínicas que practican estos procedimientos.

1.3 Demás normas jurídicas que protegen al embrión en la legislación ecuatoriana.

Aparte de las leyes mencionadas sobre la protección jurídica del que está por nacer, para poder llegar a una conclusión definitiva, debemos analizar las demás normas jurídicas que regulan el tema.

1.3.1 Constitución de la República del Ecuador

Nuestra Carta Magna protege la vida desde el momento de la concepción, la misma en su artículo 45 dispone “Los niños, niñas y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”.¹⁴¹ Farith Simon, establece que el concebido no tiene derecho a la vida, se establece el reconocimiento y la garantía de la vida, más no se lo entiende como derecho a la vida desde la concepción.¹⁴² Los cuidados y protección no son específicos, no se puede decir que es la protección del derecho a la vida, ya que cabrían algunas interpretaciones.

Otro artículo constitucional que plasma la protección al nasciturus es el artículo 43 núm. 3, donde se establecen los derechos que tienen las mujeres embarazadas, y en

¹⁴⁰Farith Simon. *Derechos de la niñez y adolescencia: de la Convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales. Óp. cit.*, p. 49.

¹⁴¹Constitución de la República del Ecuador. Artículo 45. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.

¹⁴²Farith Simon. *Derechos de la niñez y adolescencia: de la Convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales. Óp. cit.*, p. 43.

periodo de lactancia, el mismo dice, “La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto”.¹⁴³

La Constitución también prohíbe “el uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos”.¹⁴⁴ Pero en el país, no se ha determinado si el embrión es considerado un ser humano, un potencial ser humano, o una simple forma de existencia, este artículo no es aplicable, ya que no se puede concretar que una experimentación científica sobre un embrión pueda afectar directamente a los derechos humanos, además debemos tomar como punto de partida la interpretación que ha realizado la Corte IDH, acerca del estatus del embrión, en la sentencia del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, en la cual no se considera al embrión como persona. Esta interpretación es obligatoria para los Estados miembros de la CADH, como es el Ecuador. Este punto será desarrollado más adelante.

1.3.2 Ley Orgánica de Salud

La Ley Orgánica de Salud en su art. 212 establece, “Se prohíbe la intervención genética sobre células de la línea germinal y células madre, con fines de experimentación y lucro.”¹⁴⁵ En el mismo artículo, se establece que si se puede intervenir sobre el genoma humano, las células de línea germinal y las células madre siempre y cuando sean con una finalidad predictiva, preventiva, de diagnóstico o terapéutica. El mismo cuerpo legal en el Art. 214, “se prohíbe la clonación de seres humanos, así como la obtención de embriones humanos con fines de experimentación.”¹⁴⁶

Estas disposiciones dan fuerza a la prohibición establecida en el CNA, en la cual se prohíbe la experimentación del óvulo fecundado. A modo de conclusión, en el nuestro país no está permitida la utilización de embriones con el objetivo de realizar experimentos.

¹⁴³Constitución de la República del Ecuador. Artículo 43 núm. 3. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.

¹⁴⁴Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 lit. d). Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.

¹⁴⁵Ley Orgánica de Salud. Artículo 212. Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de diciembre de 2006. Última modificación el 24 de enero de 2012.

¹⁴⁶Ley Orgánica de Salud. Artículo 214. Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de diciembre de 2006. Última modificación el 24 de enero de 2012.

1.3.3 Código de Penal

El Código Penal establece una protección al que está por nacer, penalizando el aborto, sancionando a los responsables del ilícito. El aborto se considera como un delito contra las personas, porque las disposiciones referentes al mismo, se encuentran en el título VI de delitos contra las personas, atribuyéndole esta calidad al que está por nacer.

Existen casos, en los que el aborto es permitido por la ley y no es sancionado. El art. 441 del CP, establece “el que por alimentos, bebidas, medicamentos, violencias o cualquier otro medio hubiere, intencionalmente, hecho abortar a una mujer que no ha consentido en ello, será reprimido con tres a seis años de reclusión menor”.¹⁴⁷ En este caso existe la intención de interrumpir el embarazo por cualquiera de los medios mencionados, sin el consentimiento de la mujer.

El art. 442 se refiere cuando el aborto fue provocado por violencias hechas voluntariamente, pero sin la intención de provocarlo, en este caso también la sanción es prisión de seis meses a dos años, pero si el agresor sabía que la mujer estaba embarazada la sanción es de uno a cinco años.¹⁴⁸ El art. 443 del CP, está destinado a sancionar, al que por medio del suministro de alimentos, bebidas, medicamentos o cualquier otro medio haya hecho abortar a la mujer, pero con su consentimiento. La sanción es de dos a cinco años.¹⁴⁹ La mujer que se provoque un aborto voluntariamente, o que haya consentido para que se le practique el aborto, será sancionado con prisión de uno a cinco años; pero en el caso de que quiera ocultar su deshonra la sanción disminuye de seis meses a dos años.¹⁵⁰

En el caso de que la mujer muera a causa de los medios empleados con el fin de abortar, el que hubiese practicado el aborto será sancionado con tres a seis años de reclusión menos; y en el caso de que la mujer no haya consentido el aborto la sanción es la reclusión mayor de ocho a doce años.¹⁵¹ En el supuesto de que el practicante del aborto sea un profesional de la salud o con los conocimientos necesarios, como médico, tocólogo, obstetra, practicante y farmacéutico, la sanción es reclusión menor, mayor, mayor ordinaria y extraordinaria.¹⁵²

¹⁴⁷Código Penal. Artículo 441. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.

¹⁴⁸Código Penal. Artículo 442. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.

¹⁴⁹Código Penal. Artículo 443. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.

¹⁵⁰Código Penal. Artículo 444. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.

¹⁵¹Código Penal. Artículo 445. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.

¹⁵²Código Penal. Artículo 446. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.

El CP regula los casos en los cuales el aborto está permitido, siempre y cuando este sea practicado por un médico, debe haber el consentimiento de la mujer, su marido o algún familiar íntimo, en el caso de que estuviera imposibilitada, el aborto no es punible: en el caso de que se realice para evitar un peligro contra la vida y salud de la madre, y sea el único medio para evitarlo; y si el embarazo es producto de una violación o estupro cometido a una mujer idiota o demente, en este caso se requiere el consentimiento del representante legal de la mujer.¹⁵³

Finalmente, podemos establecer que el derecho penal sanciona el aborto en los casos que se tenga la voluntad de terminar con la existencia del que está por nacer, por lo que este cuerpo legal protege la vida del nasciturus, pero se puede evidenciar, que así se encuentre tipificado el delito de aborto, en los delitos contra las personas, las penas son menos drásticas que en los delitos de asesinato y homicidio. Se puede verificar también que la vida de la mujer prevalece sobre la vida del que está por nacer, porque el aborto no es punible en el caso de que la vida o salud de esta, corra peligro.

1.4 Momento en que el embrión es sujeto de derechos en el ordenamiento jurídico internacional de derechos humanos.

En el marco de la legislación internacional de derechos humanos, la discusión sobre la protección de la vida del embrión tiene algunos matices. Especialmente, en el año 2004 la jurisprudencia internacional abrió el tema de la posibilidad de reconocer la protección brindada por los tratados internacionales de derechos humanos a fetos y embriones.¹⁵⁴ Pero, la jurisprudencia internacional, ha sido clara al destacar que no se considera al embrión una persona, o simplemente, no se ha mencionado nada respecto del estatus de persona del embrión, a continuación expondré algunos casos de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Comisión IDH y, la Corte IDH, donde se ha discutido el estatus jurídico del embrión.

En el caso *Vo vs. Francia* el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señaló que “la potencialidad del embrión y su capacidad para convertirse en una persona requiere de una protección en nombre de la dignidad humana, sin convertirlo en una persona con derecho a la vida”.¹⁵⁵ En este caso, la Corte se negó a afirmar

¹⁵³Código Penal. Artículo 447. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.

¹⁵⁴Patricia Palacios Zuloaga. *La aplicabilidad del derecho a la vida al embrión o feto en la jurisprudencia internacional durante 2004*. www.corteidh.or.cr/tablas/R21484.pdf. (acceso: 19/2/2013).

¹⁵⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Vo vs. Francia*. Aplicación núm. 53924/00, sentencia de 8 de julio del 2004, párr. 75,82, 84 y 85.

categoricamente que el feto era sujeto autónomo del derecho a la vida.¹⁵⁶ El juez Costa cuestionó la posición de la Corte respecto, de la extensión del derecho a la vida a los embriones y fetos, en la que el juez afirma “además de reconocer fetos y embriones tienen derecho a la vida no necesariamente implicaría que este derecho es absoluto y por ende no acarrearía necesariamente la invalidación de legislación que permitiera la terminación voluntaria del embarazo”.¹⁵⁷

En el caso *Evans vs. Reino Unido*, acerca de la supuesta violación del derecho a la vida de los embriones crioconservados porque la legislación nacional exigía su destrucción ante el retiro de la pareja peticionaria sobre la implantación. La Gran Cámara del TEDH reitera las disposiciones establecidas en el caso mencionado anteriormente, indicando que:

En la ausencia de un consenso europeo en relación con la definición científica y legal del inicio a la vida, el problema de cuando el derecho a la vida se inicia viene dentro del margen de apreciación de la Corte generalmente considerada que los Estados deberían disfrutar en esta esfera. Dentro de la ley Británica, tal y como fue señalado por los tribunales internos en el presente caso del peticionario (...), un embrión no tiene derechos independientes o intereses y no puede alegar – o alegar en su nombre- un derecho a la vida dentro del art. 2.¹⁵⁸

En el caso de Europa, según su jurisprudencia podemos determinar que el embrión no es considerado persona, por lo tanto no goza del derecho a la vida, ya que no se ha determinado desde cuándo empieza la vida humana.

A nivel americano voy a exponer uno de los casos más sonados en la Comisión, el caso *Baby Boy vs. Estados Unidos*, caso en el que la Comisión rechazó la solicitud de los peticionarios de declarar como violatorias a la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, sin restricción de causa antes de la viabilidad fetal.¹⁵⁹ La Comisión interpretó la Declaración Americana estableciendo que “la protección al derecho a la vida no es absoluto”.¹⁶⁰ La Comisión dio la razón a los E.E.U.U., en sentido que tanto la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre y la CADH, no expresan

¹⁵⁶*Ibíd.*

¹⁵⁷Opinión separada del juez Costa, traducción propia, párr.7. Citada por: Patricia Palacios Zuloaga. *La aplicabilidad del derecho a la vida al embrión o feto en la jurisprudencia internacional durante 2004*. www.corteidh.or.cr/tablas/R21484.pdf. (acceso: 19/2/2013).

¹⁵⁸Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Evans vs. Reino Unido*. (No. 6339/05), sentencia de 10 de abril de 2007, párr. 54.

¹⁵⁹Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baby Boy vs. Estados Unidos*. Caso 2141, informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II. 54, doc. 9rev. 1 (1981).

¹⁶⁰*Id.*, párr. 25.

en su texto la protección del derecho a la vida desde la concepción.¹⁶¹ En cuanto a la Declaración dispuso:

En consecuencia, Estados Unidos tiene razón en recusar la suposición de los peticionarios, de que el art. 1 de la Declaración ha incorporado la noción de que el derecho a la vida existe desde el momento de la concepción. En realidad la Conferencia enfrentó esta cuestión y decidió no adoptar una redacción que hubiese claramente establecido ese principio.¹⁶²

En cuanto a la CADH, estableció lo siguiente:

La adición de la frase “en general”, desde el momento de la concepción no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula “en general” desde el momento de la concepción son substancialmente diferentes de las de la cláusula corta “desde el momento de la concepción” que aparecía repetida muchas veces en el documento de los peticionarios.¹⁶³

Por lo expuesto anteriormente, podemos establecer que la comisión expresa que la protección al derecho a la vida no es absoluto, y menos desde la concepción, porque el término “en general”, cambia el sentido de la frase “desde la concepción”.

Por último expondré la interpretación de la Corte IDH respecto del estatus jurídico del embrión en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Esta interpretación es el punto focal de este trabajo ya que en el análisis de la sentencia del caso mencionado, se establece un estatus para el embrión, el cual debe ser adoptado por los Estados miembros de la CADH. Costa Rica considera al embrión como “persona desde el momento de la concepción”.¹⁶⁴

Por otro lado, las personas que fueron afectadas por esta sentencia, interpusieron una demanda ante la Comisión, la misma que dio conocimiento a la Corte, y la conclusión de está al respecto es la siguiente: “No es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”.¹⁶⁵

¹⁶¹Farith Simon. *Derechos de la niñez y adolescencia: de la Convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales*. *Óp. cit.*, p. 56.

¹⁶²Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baby Boy vs. Estados Unidos*. Caso 2141, informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II. 54, doc. 9rev. 1 (1981), párr. 19 h.

¹⁶³*Id.*, párr. 30.

¹⁶⁴Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Costa Rica). *Exp: 95-001734-0007-CO*, Res: 2000-02306, de 15 de marzo de 2000. (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 94 y 95). Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 223.

¹⁶⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 223.

En conclusión, después de analizar la jurisprudencia internacional podemos considerar que el embrión no es considerado persona, y que la protección del derecho a la vida no es absoluto, como se expuso en el caso de Europa y América.

1.4.1 Convención Americana de Derechos Humanos

La importancia de la CADH es que en ella se plasma la protección del derecho a la vida, el art. 4.1 determina: “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”.¹⁶⁶

El análisis de este artículo tiene varios elementos, el primero es, “toda persona”; el término mencionado es utilizado a lo largo de la CADH en muchos de sus artículos, por lo que no es razonable que el embrión goce de todos esos derechos establecidos en la CADH.¹⁶⁷ Se puede establecer también que el bien jurídico protegido por este artículo es la vida de la mujer embarazada directamente, no la del no nacido. Además, la defensa del no nacido se realiza a través de la protección de la madre, como lo establece el art. 15.3 a) del Protocolo de San Salvador, que “obliga a los Estados a conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto”.¹⁶⁸

También se puede establecer que el término “en general” no significa desde la concepción, análisis realizado anteriormente como parte del caso *Baby Boy vs Estados Unidos*. Por los antecedentes antes expuestos, la CADH no incluye al concebido en el derecho a la vida.

1.4.2 Convención sobre los Derechos del Niño.

En la legislación ecuatoriana, como lo explicamos anteriormente, se da protección y cuidados al que está por nacer. La Convención sobre los derechos del niño no señala específicamente la protección del derecho a la vida del no nato. En el preámbulo de esta Convención se señala 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”¹⁶⁹, precepto similar al de nuestro Código de la Niñez y Adolescencia. La Convención define como niño “a todo ser humano menor

¹⁶⁶Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Artículo 4 núm. 1.

¹⁶⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 222.

¹⁶⁸*Ibíd.*

¹⁶⁹Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Preámbulo.

de dieciocho años”, pero en ningún momento expresa que él no nacido se considera niño.

Respecto del preámbulo de la Convención, donde se establece que se debe dar protección y cuidados especiales antes del nacimiento, los trabajos preparatorios establecen que esa disposición no tenía la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, principalmente el derecho a la vida.¹⁷⁰ En cuanto a la expresión “niño”, las dificultades para encontrar un significado específico, en el art. 1 de la Convención, se eliminó la referencia al nacimiento como inicio de la niñez.¹⁷¹ Pero Filipinas solicitó la inclusión en el preámbulo de “tanto antes como después del nacimiento”.¹⁷² A esa disposición se opusieron algunos Estados.¹⁷³ El Comité de los Derechos del Niño no ha emitido observaciones en las cuales se pueda suponer que existe un derecho a la vida prenatal.¹⁷⁴

La Convención sobre los derechos del niño, tampoco establece que se debe dar protección del derecho a la vida desde la concepción. Es así, como podemos verificar que el ordenamiento internacional, no concede la calidad de persona al embrión. Hay un elemento de análisis que considero es importante para poder llegar a una conclusión final. La Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-355/06 establece:

La protección de la vida del embrión o del feto, que también es una obligación del Estado, en tanto que principio de la vida humana y en tanto que protección a la mujer embarazada, no implica que la protección de éste deba ser la misma para el **embrión humano**, para el **feto humano** y para la **persona humana**. La protección del embrión y del feto en sus primeras etapas es la protección de la concepción como fenómeno que da inicio a la vida, la protección a la potencialidad que el óvulo fecundado representa, lo cual es a todas luces conforme con el principio de la dignidad del ser humano desde el momento en que éste lo es en potencia si bien aún no lo es en términos físicos, fisiológicos, sociales o jurídicos. La protección del feto que puede vivir extrauterinamente, es la protección del nacido y la protección de la persona, entendida en términos jurídicos, es la protección plena, es decir, la protección al sujeto de derechos y obligaciones.¹⁷⁵

¹⁷⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 231.

¹⁷¹ *Cfr.* UN Doc. E/CN.4/1408, 227 (1980). Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*.” *Óp. cit.*, párr. 232.

¹⁷² *Cfr.* UN Doc. E/CN.4/1989/48, 34 (1989). Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*.” *Óp. cit.*, párr. 232.

¹⁷³ UN Doc. E/CN.4/1989/48, 36 (1989). Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*.” *Óp. cit.*, párr. 232.

¹⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr.233.

¹⁷⁵ Corte Constitucional colombiana. *Sentencia C-355/06 de mayo de 2006*. www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2006/c-355-06.rtf (acceso: 22/2/2013).

Como iniciativa para organizar mejor la posición jurídica del embrión en el derecho ecuatoriano, se debería diferenciar las fases del desarrollo embrionario y fetal, para en cada una brindar la protección jurídica correspondiente, como lo establece la Corte constitucional colombiana, es lógico que un embrión no es lo mismo que un feto, y que un feto no es lo mismo que una persona humana que goza plenamente de todos los derechos. Esta distinción me parece original, porque en todos los textos civiles y de bioética que hemos revisado, no hemos encontrado ningún autor que diferencie las diferentes posibilidades de brindar protección jurídica al embrión en sus distintas etapas de desarrollo dentro del vientre materno. En el siguiente capítulo, realizaremos un análisis del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, para entender mejor la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del estatus jurídico del embrión humano.

Capítulo II

2. Estatus jurídico del embrión a la luz de la interpretación de la Corte IDH en la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros “Fecundación in vitro” vs. Costa Rica*.

En el presente capítulo, se realizará un análisis de los puntos principales del caso *Artavia Murillo y otros “Fecundación in vitro” vs. Costa Rica*. En cual se destacará la postura tomada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en la sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000, respecto del estatus jurídico del embrión, la protección absoluta del derecho a la vida, y la prohibición de la técnica de reproducción asistida conocida como Fecundación in vitro. Además, se analizará las interpretaciones realizadas por la Comisión y la Corte IDH, en referencia a los puntos mencionados anteriormente; y como esas interpretaciones pueden afectar a las leyes ecuatorianas que tratan el estatus jurídico del embrión.

La importancia de realizar el análisis de la decisión de la Corte IDH en el caso en estudio, se basa en que todas las sentencias emitidas por este órgano internacional tienen un efecto *erga omnes*, frente a todos los Estados que son miembros de la CADH.¹⁷⁶ Es decir, que las decisiones plasmadas en las sentencias interamericanas son de obligatorio cumplimiento para todos los Estados que hayan firmado, ratificado o se

¹⁷⁶*Cfr.* Juan Carlos Hitters. “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de Constitucionalidad y convencionalidad)”. *El Control difuso de Convencionalidad*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.) México: Fundap, 2012, p. 255.

hayan adherido a la CADH. El Ecuador al ser un Estado miembro de la CADH, se ve afectado indirectamente por la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*.¹⁷⁷

Es fundamental elaborar un análisis que permita exponer con claridad la posición de la Sala Constitucional de Costa Rica respecto del estatus jurídico del embrión humano, para poder compararla con la decisión de la Corte IDH; con el fin de llegar a una conclusión en la que se haga referencia a la posición que se le ha dado al embrión humano en la legislación ecuatoriana y verificar si el Ecuador cumple con los estándares internacionales de derechos humanos establecidos en la decisión de la Corte IDH. La importancia de verificar si el Ecuador cumple con las disposiciones establecidas en la sentencia, se basa en que si incumple las decisiones interamericanas, el Ecuador podría incurrir en responsabilidad internacional.¹⁷⁸

2.1 Antecedentes generales del caso.

En Costa Rica, la FIV era permitida. El Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 03 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud; autorizaba esta TRA, para parejas conyugales y regulaba su ejecución.¹⁷⁹ La ejecución de la FIV estaba sujeta a varias restricciones, por ejemplo, no se podía fertilizar más de seis óvulos por tratamiento, se prohibía rotundamente desechar, eliminar, crioconservar, manipular, experimentar y comercializar los embriones obtenidos para realizar el procedimiento.¹⁸⁰ La FIV fue permitida desde 1995 hasta el año 2000 en Costa Rica¹⁸¹ cuando fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional de Costa Rica mediante sentencia del 15 de marzo de 2000.¹⁸²

¹⁷⁷Cfr. Víctor Manuel Rodríguez Rescia. "La ejecución de las sentencias de la Corte". En: Juan Mández y Francisco Cox (Ed.) *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. San José: IIDH, p. 456.

¹⁷⁸Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 169

¹⁷⁹Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (Costa Rica). *Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000*, expediente No. 95-001734-007-CO (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 85). Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. "*Caso Artavia Murillo...*". *Óp. cit.*, párr. 68.

¹⁸⁰*Ibíd.*

¹⁸¹Declaración del declarante a título informativo Escalante (expediente de fondo, tomo V, folio 2388). También, notas de prensa del Diario La Nación de 15 de octubre de 1995, tituladas "Nació Esteban" y "Esteban, Alianza fecunda" (expediente de fondo, tomo I, folio 587.40). Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. "*Caso ArtaviaMurillo...*". *Óp., cit.*, párr. 69. p. 23.

¹⁸²Corte Interamericana de Derechos Humanos. "*Caso Artavia Murillo...*". *Óp. cit.*, párr. 70.

En la sentencia, la Sala Constitucional manifestó su postura respecto del estatus jurídico del embrión humano, y la razón por la cual se prohibió la FIV en Costa Rica. La Sala concluyó:

El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte.(...) La objeción principal de la Sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura primero y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. (...) La FIV implica una manipulación consciente, voluntaria de las células reproductoras femeninas y masculinas con el objeto de procura una nueva vida humana, en la que se propicia una situación en la que, de antemano, se sabe que la vida humana en un porcentaje considerable de los casos, no tiene posibilidad de continuar. Según la Sala ha podido constatar que la FIV y la transferencia embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. (...) Las condiciones en las que se aplica actualmente, llevan a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos- voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de esta, viola su derecho a la vida, (...) por lo que la técnica no es acorde con el derecho de la Constitución Política (art. 21) y art. 4 de la CADH. Por contravenir la técnica considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas.¹⁸³

Como se puede ver, la Sala Constitucional de Costa Rica es muy radical con su postura, asumiendo que existe vida desde la fertilización del óvulo por el espermatozoide (momento de la concepción según la Sala Constitucional costarricense), dando una protección absoluta al derecho a la vida, considerando al embrión como una persona desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, razón por la cual, se prohibió terminantemente la FIV, porque se establece que el procedimiento atenta contra la vida humana.

La Sala es clara también cuando establece que mientras los avances científicos no modifiquen la técnica, no se considerará restablecer su práctica en dicho Estado. Como resultado, muchas parejas se vieron afectadas por la decisión tomada por la Sala Constitucional, ya que al declararlas infértiles, una de las alternativas para que puedan concebir un hijo era mediante la FIV. Al prohibirse dicha técnica, las parejas que

¹⁸³Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Costa Rica). *Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000*. (expediente de anexos al informe, tomo I, folios 94 y 95). Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 76.

necesitaban de ese procedimiento debían viajar a otros países como Colombia y España, para poder acceder a éste. Los costos eran muy altos, además del tratamiento, debían costear los viajes, estadía, etc.

Al sentirse perjudicados por el fallo mencionado, la petición inicial fue presentada por Gerardo Trejos Salas ante la Comisión IDH el 19 de enero de 2001.¹⁸⁴ Tres años después, el 11 de marzo de 2004 la Comisión IDH aprobó el informe de admisibilidad No. 25/04.¹⁸⁵ El 19 de julio la Comisión aprobó el informe de fondo 85/10, en el cual la Comisión realiza algunas recomendaciones a Costa Rica, como: “levantar la prohibición de la Fecundación in vitro en el país a través de los procedimientos legales correspondientes”; “asegurara la regulación que se otorgue (...) sea compatible con las obligaciones estatales respecto de los derechos consagrados en los artículos 11.2, 17.2 y 24 (...) en particular, que las personas y/o parejas que lo requieran y así lo deseen, puedan acceder a las técnicas de la Fecundación in vitro de forma de que dicho tratamiento contribuya efectivamente con su finalidad”, y finalmente, “reparar integralmente a las víctimas del presente caso tanto en el aspecto material como moral, incluyendo medidas de satisfacción por los daños ocasionados”.¹⁸⁶ La Comisión concedió tres prórrogas al Estado para que cumpla las recomendaciones, al no hacerlo la Comisión sometió el caso a jurisdicción de la Corte IDH.¹⁸⁷

Como recursos internos en contra a esta sentencia, en el año 2008, Ileana Henchoz interpuso una acción de inconstitucionalidad en contra de la sentencia de 15 de marzo de 2000, la acción fue negada.¹⁸⁸ No conforme, interpuso una demanda en la Caja Costarricense del Seguro Social, con la finalidad de que le autoricen practicarse una FIV, pero la caja estableció que no podía practicar el procedimiento por la prohibición de la sentencia de la Sala Constitucional.¹⁸⁹ El 14 de octubre de 2008, el

¹⁸⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 1.

¹⁸⁵*Ibíd.*

¹⁸⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe de fondo No. 85/10*. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 14 de julio de 2010, párr. 136, pp. 29- 30.

¹⁸⁷*Ibíd.*

¹⁸⁸*Cfr.* Resolución No. 2008009578. Acción de inconstitucionalidad promovida por Ileana Henchoz Bolaños de 11 de junio de 2008 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folios 5842). Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 78.

¹⁸⁹ Sección quinta del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Sentencia No. 835-2008. Proceso de conocimiento interpuesto por Ileana Henchoz Bolaños contra la Caja Costarricense de Seguro Social, expediente No. 08-00178-1027-CA de 14 de octubre de 2008. (Expediente de anexos al

Tribunal Contencioso y Civil de Hacienda estableció que la FIV como medio de reproducción asistida no estaba prohibida en el Estado, siempre y cuando no se incurra en los vicios señalados por la Sala; como resultado, ordenó a la Caja Costarricense que se elaboren los exámenes médicos correspondientes para determinar si era viable practicarle una FIV a Henchoz.¹⁹⁰ La Caja Costarricense apeló la sentencia del Tribunal Contencioso y Civil de Hacienda, y el 7 de mayo de 2009, la Sala primera de la Corte Suprema de Justicia anuló el fallo y declaró sin lugar a la demanda.¹⁹¹

Asimismo, Karen Espinoza interpuso una demanda en la Defensoría de los Habitantes, ya que en el Hospital del Seguro se le negó realizarse un tratamiento de fertilidad, y no le proporcionaron un medicamento llamado menotropin. El 6 de enero de 2005, la Defensoría emite un oficio Nro. 00117-2005-DHR en cual elabora una serie de recomendaciones al Estado, como:

(El establecimiento) de un programa especial para el tratamiento de la infertilidad y esterilidad de todas las parejas y mujeres que vivan esta situación, que deseen ejercer su derecho de maternidad y paternidad y no cuenten con los recursos económicos para optar por un servicio, atención y tratamientos médicos privados.¹⁹²

El Estado como forma de acatar una de las recomendaciones de la Comisión, en el año 2010, en la Asamblea Legislativa se presentó un proyecto de ley para regular la FIV.¹⁹³ En el proyecto, se mencionaba la protección de los derechos de la persona humana desde el momento de la fecundación, permitiendo la FIV “a condición de que todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento sean transferidos a la misma mujer que los produjo”¹⁹⁴, además se sancionaba con prisión de uno a seis años a las personas que de cualquier modo le causaren la muerte al embrión.¹⁹⁵ El proyecto de ley

escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folios 5845 y 5872). Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 79.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ Sala primera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 7 de mayo de 2009, exp. 08-000178-1027-CA, Res. 000465-F-S1-2009 (expediente de anexos al escrito de argumentos y prueba, tomo V, anexo XXVIII, folios 5873 a 5879). Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 81.

¹⁹² *Cfr.* Defensoría de los Habitantes. *Oficio No. 00117-2005-DHR* de 6 de enero de 2005 (expediente de anexos de argumentos y prueba, tomo IV, anexo XV, folio 5561). Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 82.

¹⁹³ *Cfr.* Proyecto de Ley sobre Fecundación in vitro y Transferencia embrionaria, expediente 17.900, 22 de octubre de 2010 (expediente de anexos de la contestación, tomo IX, folios 11055 a 11068). Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 84.

¹⁹⁴ Proyecto de Ley sobre Fecundación in vitro y Transferencia embrionaria, expediente 17.900, 22 de octubre de 2010. Art. 8. (expediente de anexos de la contestación, tomo IX, folios 11055 a 11068). Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 84.

¹⁹⁵ *Id.*, art. 19.

mencionado no fue aprobado por la Asamblea.¹⁹⁶ El mismo fue archivado, pero existe otro proyecto de ley (18.057) mismo que se encuentra en trámite legislativo.¹⁹⁷

La Organización Panamericana de la Salud (OPS), criticó el proyecto de ley, estableciendo que la implantación de varios embriones en la misma mujer, causa consecuencias negativas como “embarazos múltiples, (...) lo que a su vez incrementa el riesgo del aborto espontáneo, complicaciones obstétricas, nacimientos prematuros, y morbilidad neonatal”.¹⁹⁸ La OPS indicó que la transferencia de todos los embriones a la misma mujer, atenta contra el derecho a la vida, el derecho a la salud, y otros derechos humanos de la mujer.¹⁹⁹

La Corte IDH, decidió resolver las controversias que fueron consideradas por la Sala Constitucional costarricense, las cuales se argumentaba en la sentencia de 15 de marzo de 2000.²⁰⁰ La Corte además de analizar el estatus jurídico del embrión y las consecuencias de la prohibición de la FIV en Costa Rica, realizó el análisis de otros derechos que fueron violentados por dicha sentencia, como, el derecho a la integridad personal, la libertad personal; y la vida privada y familiar.²⁰¹ Pero el tema que nos interesa, dentro de este análisis no es la posición de la Corte en cuanto a los derechos mencionados, sino al estatus jurídico del embrión.

La Comisión IDH, remitió el caso a la Corte IDH, ya que Costa Rica no acató ninguna de las recomendaciones propuestas por la Comisión en el informe de fondo, dejando de lado, el bien estar de las víctimas, y dando continuación a un régimen que prohíbe la FIV. Con el objetivo de restablecer los derechos vulnerados a las víctimas, la Comisión IDH, dio conocimiento del caso a la Corte IDH.²⁰²

¹⁹⁶Cfr. Contestación a la demanda por el Estado. (Expediente de contestación, tomo III, folio 1007). Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 84.

¹⁹⁷Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nro. 12.361. *Gretel Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*. 29 de julio de 2011, p. 2. www.cidh.oas.org/demandas/12.361Esp.pdf (acceso: 01/4/2013).

¹⁹⁸ Organización Panamericana de la Salud. *Opinión técnica de la Organización Panamericana de la Salud/ Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS) respecto del contenido del proyecto de ley de Costa Rica sobre Fecundación in vitro y Transferencia embrionaria en el contexto del derecho humano de la salud*. (Expediente al informe, tomo II, folio 835). Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 84.

¹⁹⁹*Ibíd.*

²⁰⁰Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 135.

²⁰¹*Id.*, pp. 42-48.

²⁰²Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Nro. 12.361 Gretel Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, p.2.

Finalmente, podemos establecer que Costa Rica ha optado por acatar una de las posturas más estrictas sobre la protección del derecho a la vida, estableciendo que existe una vida humana desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Como resultado, se prohibió la FIV, ya que el Estado alega que este procedimiento pone en riesgo la vida del embrión, y la vida de la mujer; además de otras consecuencias negativas para la salud de la mujer. Considerando que dicho procedimiento no será permitido, mientras no se modifique su técnica. Por esto, muchas parejas se vieron afectadas por la prohibición de practicar la FIV en ese país, por lo que interpusieron acciones legales en contra de la sentencia para poder restablecer la FIV, obteniendo resultados negativos.

El proyecto de ley presentado ante la Asamblea Legislativa, en mi opinión, no tenía sentido alguno, ya que autorizaba la FIV, pero sujeta a condiciones perjudiciales para la salud de la mujer. Por lo que en ese Estado, de alguna manera se quiere dar protección absoluta del derecho a la vida del embrión, pero en consecuencia de poner en riesgo la vida de una persona existente, la mujer. Las críticas de la OPS son razonables, porque es inconcebible que prevalezca la vida del embrión ante la vida de la mujer. La Corte IDH a diferencia del Estado costarricense, tiene una postura totalmente diferente, esta institución, considera que el embrión no es una persona. A continuación, se expondrá las interpretaciones de la Corte respecto del estatus jurídico del embrión, además de las recomendaciones realizadas al Estado.

2.2 Embrión no es considerado persona.

La Corte IDH, después de realizar un análisis exhaustivo en referencia al estatus jurídico del embrión, llegó a la conclusión de que el embrión no es considerado persona, por lo tanto, no es titular del derecho a la vida establecido en el art. 4.1 de la CADH.

La jurisprudencia de la Corte ha resuelto casos en los cuales el derecho a la vida se encuentra comprometido. Para la Corte el derecho a la vida es “un derecho fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos.”²⁰³ La Corte ha establecido que “el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y, que los

²⁰³Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de “Los Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 144. Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 172.

Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción”.²⁰⁴

Esto significa, que el ordenamiento jurídico interno de cada Estado debe respetar y garantizar el derecho a la vida, caso contrario, debe adaptar su marco legal, a los principios básicos del ordenamiento internacional de derechos humanos, siempre y cuando, hayan ratificado la CADH. La Corte, para adoptar la postura de que el embrión no es una persona, ha interpretado cuatro conceptos fundamentales: “persona”, “ser humano”, “concepción” y, el término “en general” establecido en el artículo 4.1 de la CADH.

En primer lugar, expondré las posturas referentes a la concepción, plasmadas en la sentencia, y la conclusión de la Corte. Actualmente, a nivel científico existen dos posturas diferentes respecto de la concepción. La primera corriente, establece la concepción como:

El momento de encuentro, o de fecundación del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. (...) se considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión.²⁰⁵

La siguiente postura en referencia a la concepción establece que “la concepción es el momento de la implantación del óvulo fecundado en el útero”.²⁰⁶ Es decir, que desde el momento de la implantación, el embrión recién empieza a recibir los nutrientes necesarios para su desarrollo, es por eso que se considera que desde que hay implantación empieza la vida.²⁰⁷

²⁰⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 120. Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 172.

²⁰⁵*Cfr.* Inter alia. Artículos científicos allegados por el Estado: Tanya Lobo Prada, *Inicio de la vida*. (Expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6653 a 6656). Etc. Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 180.

²⁰⁶Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2846). Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 180.

²⁰⁷*Cfr.* Inter alia. Artículos científicos allegados por el Estado: Tanya Lobo Prada, *Inicio de la vida*. (Expediente de anexos a la contestación, tomo I, folios 6653 a 6656). Etc. Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 180.

La Corte reconoce a dos momentos en el desarrollo embrionario, el primero que es la fecundación, y el segundo, como la implantación, pero esta, considera que debe efectuarse el segundo momento para que exista la concepción.²⁰⁸

El embrión no tiene ninguna posibilidad de sobrevivir si no se implanta en el útero, y desde el momento de la implantación se considera que la mujer está embarazada, ya que se produce la hormona Gonodotropina Coriónica.²⁰⁹ Por lo tanto, la Corte establece a la concepción como el momento de la implantación del óvulo en el útero.²¹⁰

La postura adoptada por la Corte es razonable, porque el embrión si no llega a implantarse no es posible que sobreviva, es decir, los embriones pueden morir y ser desechados por el cuerpo de la mujer de forma natural, y la mujer no saber de su estado, porque si no se produce la implantación, la hormona GC no es producida por el cuerpo, por lo tanto, sería imposible determinar que la mujer está embarazada. La corriente adoptada por la Corte IDH, es apoyada normalmente, por quienes aceptan la práctica de las TRA.

El Dr. Monroy Cabra, es uno de los juristas que expone que las dos teorías expuestas sobre el momento de la concepción van de la mano. En el caso *Baby Boy vs. Estados Unidos* en su voto negativo, establece “ya se ha repetido que desde el punto de vista biológico la vida humana existe desde el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, y, más concretamente, desde que se efectúa la anidación del ovocito en el útero”.²¹¹ Por lo tanto, el jurista, otorga la misma importancia tanto a la fecundación como a la implantación. La jurisprudencia ecuatoriana respecto del momento de la concepción, se ha pronunciado de manera confusa, es así como el Tribunal Constitucional del Ecuador en el caso No. 0014-2005-RA (caso “Postinor 2”), establece:

...no se puede aseverar que la concepción se produce desde la fecundación del óvulo, pero tampoco se puede estar seguro de lo contrario (...) generando una duda razonable que nos obliga (...) a realizar la interpretación de la norma contenida en el artículo 49 de la Constitución (1998), con un alcance a favor de la persona y del derecho

²⁰⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 186.

²⁰⁹ Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Holchschild en la audiencia pública ante la Corte. (Expediente de fondo, tomo VI, folio 2846). Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 187.

²¹⁰Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 189.

²¹¹Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Voto negativo del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra*. Resolución No. 23/81, caso 2141 Estados Unidos, párr. 8.

a la vida (...) se trata pues de aplicar el universal principio del indubio pro homine, esto es que en caso de duda, se debe estar a favor de la persona.²¹²

A la vez el TC concluye “el juez (...) 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 con prudencia que ella se produce desde la fecundación del óvulo (...)”. Por lo tanto, la jurisprudencia ecuatoriana otorga la calidad de persona al que está por nacer, considerando que se debe garantizar la vida del ser humano desde el momento de la fecundación del óvulo. Postura similar sobre el momento de la concepción que el Estado de Costa Rica.

En la aclaración del voto a la sentencia C-355 de 2006 del Magistrado ponente Jaime Araujo Rentería (Colombia) establece acerca del momento de la implantación:

No se puede decir que la vida humana comienza desde el momento de la implantación, ya que el blastocito ya *es* ser humano –lo es desde hace seis días-. Además, la implantación no añade nada al nuevo ser humano; tan sólo comienza una dependencia ambiental, no sustancial, del nuevo ser humano con respecto a su madre.

La jurisprudencia argentina, también tiene una opinión distinta a la Corte IDH, en el expediente P.709.XXXVI.REX de 05 de marzo de 2002, se afirma que “el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir, con la fecundación; en este momento existe un ser humano en estado embrionario”.²¹³

Como se ha expuesto, algunas posturas referentes al momento de la concepción, son contrarias a la de la Corte IDH (postura del Estado argentino, costarricense, ecuatoriano), esta ha concluido respecto de la concepción “desde el momento en que ocurre la implantación”.²¹⁴ En referencia al momento de la concepción, juristas, médicos, biólogos, religiosos hasta la fecha no han logrado ponerse de acuerdo, respecto de adoptar una sola postura, como resultado, siempre existirá un debate acerca del tema. A continuación desarrollaremos un análisis respecto de las connotaciones y el término de persona, en el ordenamiento jurídico.

²¹² Tribunal Constitucional del Ecuador. *Caso No. 0014-2005-RA*. Resolución de 23 de mayo de 2006. Registro Oficial No. 297 de 22 de junio de 2006. Considerando décimo.

²¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación. (Argentina) P.709.XXXVI.REX de 05 de marzo de 2002, *Portal de Belén- Asociación Civil sin fines de lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación/ amparo*. www.csjn.gov.ar/confal/consultacompletafallos.do?method=realizaconsulta (acceso: 06/4/2013).

²¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 189.

Para el significado de “persona”, la Corte ha estipulado que para los efectos de la CADH, se considera persona a todo ser humano.²¹⁵ En el aspecto jurídico, su origen etimológico, proviene del griego, el latín o el etrusco.²¹⁶ Fernández Sassarego, cita a Stowasser, que establece que “la voz provendría de un participio, *personatus, a, um*, del verbo *personare*, que significaba revestirse o disfrazarse y que derivaba de una voz que se encuentra en Plauto: *sona*”.²¹⁷ Merlyn Sacoto, establece que persona proviene del vocablo latín *personae*, “que en lenguaje teatral antiguo se designaba a la máscara, de lienzo pintado o madera, en forma de yelmo, con la que los actores griegos y luego los romanos se cubrían la cabeza”.²¹⁸ Después la jurisprudencia comenzó a utilizar la palabra persona para designar un rol que cada hombre desempeñaba jurídicamente.²¹⁹

Cabanellas, en el Diccionario jurídico elemental, recoge el pensamiento de algunos autores para dar significado a “persona”. Entre ellos, el pensamiento de Boecio “la persona es una sustancia individual de naturaleza racional”²²⁰, dicho de otra manera, para Boecio, la esencia de la persona se constituye en la sustancia racional e individual como tal, y no en el acto de ser específico y propio.²²¹ Esta definición tiene una tendencia religiosa, la cual fue aceptada por Santo Tomás.²²² En el plano jurídico persona es como lo establece Fernández Sassarego “el sujeto de derecho, (...) que es el ente al cual el ordenamiento jurídico positivo de cada país le atribuye “situaciones jurídicas subjetivas” un plexo de derechos subjetivos y deberes”.²²³ García Máynez define al sujeto de derecho como “todo ente capaz de tener (de ser titular), facultades y deberes jurídicos”.²²⁴ A la capacidad para llegar a ser sujeto de derechos y deberes jurídicos se llama personalidad, y al sujeto persona.²²⁵ Parraguez, define a persona

²¹⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 175.

²¹⁶Carlos Fernández Sassarego. *¿Qué es ser “persona” para el derecho?* dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_13.pdf (acceso: 01/4/2013).

²¹⁷*Ibíd.*

²¹⁸Sonia Merlyn Sacoto. *Sujetos de la relación jurídica*. *Óp. cit.*, p. 58.

²¹⁹*Ibíd.*

²²⁰Guillermo Cabanellas de Torres. *Diccionario jurídico elemental*. 17ma ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 2005, p. 295.

²²¹Alfredo Culleton. *Tres aportes al concepto de persona: Boecio (substancia), Ricardo de San Víctor (existencia), y Escoto (incomunicabilidad)*. www.unizar.es/sofime//revista_index_archivos/articulos_2010/articulo_06.pdf (acceso: 04/4/2013).

²²²Juan Larrea Holguín. “*Manual Elemental de Derecho...*”. *Óp. cit.*, p. 105.

²²³Carlos Fernández Sassarego. *¿Qué es ser “persona” para el derecho?* dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_13.pdf (acceso: 01/4/2013).

²²⁴Eduardo García Máynez. *Introducción al estudio del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1967, p. 271.

²²⁵Marco Gerardo Monroy Cabra. *Introducción al Derecho*. 13 era ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2003, p. 328.

desde el punto de vista jurídico como “todo ser capaz de tener derechos y contraer obligaciones”.²²⁶

Existen casos en que los individuos no pueden ser sujetos de derechos ni obligaciones, por ejemplo, el que aún no ha nacido, o los incapaces.²²⁷ Por otro lado, el derecho atribuye personalidad a entes no humanos como es el caso de las personas jurídicas.²²⁸ Pero el derecho, establece que si no pueden cumplir con obligaciones, no significa que están exentos del goce de los derechos, y esto se fundamenta en la representación legal.²²⁹ Claro Solar, establece en esta misma línea:

La adquisición de un derecho debe distinguirse del goce y del ejercicio del mismo derecho. Este último es la aptitud legal para usar el derecho o ponerlo en práctica; y de esa aptitud no gozan todas las personas naturales, porque hay muchas que son incapaces de ejercer por sí mismas sus derechos y necesitan el ministerio o autorización de otras.²³⁰

Siguiendo la misma línea de la Corte IDH, al establecer que el embrión no es persona, encontramos jurisprudencia a nivel americano que corrobora la posición de la Corte. En el caso *Roe vs. Wade*, se debatió ante la Corte Suprema estadounidense, la constitucionalidad de la penalización del aborto, en ocasión de la formulación de inconstitucionalidad de una ley del Estado de Texas, que penalizaba el aborto en todos los casos, a excepción de los casos en los que la vida de la madre estuviere en peligro.²³¹ La Corte resolvió negando la personalidad jurídica del feto, fundamentándose en argumentos semánticos, sintácticos e históricos.²³²

Desde el punto de vista semántico y sintáctico, se estableció que la Constitución no define en ninguna parte del cuerpo legal el significado de persona y que, cada vez que se lo utiliza, es para referirse a seres humanos ya nacidos.²³³ Desde el punto histórico, en el tiempo en que se sancionó la enmienda XIV, durante el siglo XIX, las leyes en referencia al aborto no eran tan restrictivas.²³⁴ Como resultado, los redactores

²²⁶Luis Parraguez. “*Manual de derecho...*”. *Óp. cit.*, p. 40.

²²⁷*Ibíd.*

²²⁸*Ibíd.*

²²⁹*Ibíd.*

²³⁰ Luis Claro Solar. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. 2da ed., t. I, Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1941, p. 251.

²³¹ María del Pilar Zambrano y Estela B. Sacristán. *El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia estadounidense y argentina*. www.biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/134/art/art9.pdf (acceso: 05/4/2013).

²³² *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), p. 158.

²³³*Ibid.*

²³⁴*Ibid.*

con base a ese contexto legal, no incluyeron al no nato como sujeto de las garantías reconocidas en la enmienda.²³⁵ Por los argumentos expuestos, la Corte concluyó que “persona”, tal como está expresado en la Constitución, excluye al no nacido.²³⁶ Como resultado, de la decisión de la Corte, al no otorgar personalidad al no nato, y no reconocerle el derecho a la vida antes del nacimiento, esta misma, le reconoció un interés legítimo en proteger la vida embrionaria y fetal, a la cual denominó “vida humana potencial”.²³⁷

Además, en el caso *Davis vs. Davis*, resuelto por la Corte Suprema del Estado de Tennessee en 1992. En el cual se debía decidir sobre el destino de siete embriones que habían sido concebidos para un procedimiento de FIV, los cuales se encontraban criopreservados, al momento en que sus progenitores decidieron divorciarse. La Corte al respecto, resolvió que los embriones no implantados no eran objeto del interés estatal en la vida humana potencial, y mucho menos personas.²³⁸ Este fundamento de negar el carácter personal de los embriones fue basado en el caso *Roe vs Wade*,²³⁹ mencionado anteriormente.

En el caso *Kass vs. Kass*, también se trataba de definir el destino que se les daba a los embriones no implantados, en el caso, en que sus progenitores estén en desacuerdo.²⁴⁰ A diferencia, del caso *Davis vs. Davis*, aquí se realizó un acuerdo escrito entre las partes, en donde se establecía que si las partes no pudieran acordar sobre el destino de los embriones no implantados, serían donados para su uso en investigaciones científicas sobre TRA. En todas las instancias, el caso giró en torno al acuerdo escrito entre las partes, y la Corte concluyó, que si no había acuerdo entre las partes, estos debían ser donados con fines de experimentación en TRA.²⁴¹ Por lo tanto, podemos concluir, que los embriones no implantados, no son considerados personas, sin embargo, desde el punto de vista jurídico son objeto de protección, por ser potenciales seres humanos.

²³⁵ *Ibíd.*

²³⁶ María del Pilar Zambrano y Estela B. Sacristán. *El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia estadounidense y argentina*.
www.biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/134/art/art9.pdf (acceso: 05/4/2013).

²³⁷ *Ibíd.*

²³⁸ Supreme Court of Tennessee, AT Knoxville. *Davis vs. Davis*. 842 S.W. 2d.588 (63), June 1, 1992.

²³⁹ María del Pilar Zambrano y Estela B. Sacristán. *El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia estadounidense y argentina*.
www.biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/134/art/art9.pdf (acceso: 05/4/2013).

²⁴⁰ New York Court. *Kass vs. Kass*, 91 N.Y. 2d 554, 696 N.E.2d 174, 673 N.Y.S.2d 350 (N.Y. 1998).

²⁴¹ *Ibíd.*

En el país vecino Colombia, el 10 de mayo de 2006 la Corte Constitucional, dictó la sentencia C-355/06, en la cual se permite el aborto en ciertas circunstancias. La sentencia es pionera en referencia a la legalización del aborto en un país de América Latina.²⁴² De la sentencia en cuestión, no se reconoce al nasciturus como persona, por lo tanto, no es titular del derecho a la vida, sin embargo, la Corte ha elaborado un análisis donde establece, que si bien no es persona este merece protección jurídica; es decir, que el Estado colombiano ampara esa vida potencial, pero no le reconoce el derecho a vivir.²⁴³ La Corte hace un análisis importante, en la distinción de la vida y del derecho a la vida:

(...)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. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al nasciturus, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta.²⁴⁴

La Corte Constitucional colombiana ya había establecido que el nasciturus no es considerado persona en su ordenamiento interno. La misma Corte Constitucional, en el año de 1994, en la sentencia C-133, tampoco reconoció al nasciturus el carácter de persona ni titular del derecho a la vida. En este fallo, la Corte fundamentó la prohibición del aborto en el deber de protección del Estado colombiano a la vida en gestación, y no en el carácter de persona humana del nasciturus y en tal calidad titular del derecho a la vida.²⁴⁵ Posteriormente, en el año 1997 en sentencia C-013, en la cual se realizó igualmente, un análisis constitucional del tipo penal del aborto, la Corte dejó de lado el reconocimiento del carácter de persona al nasciturus.²⁴⁶

Por el contrario, existen posturas que consideran que el embrión es persona. Por ejemplo, en Perú, mediante sentencia del Tribunal Constitucional (02005-2009-AA), el 16 de octubre de 2009, el Tribunal falló en contra del Ministerio de Salud, para que este se abstenga de distribuir masiva y gratuitamente la denominada “píldora del día siguiente”, como método anticonceptivo necesario, para la población menos favorecida.

²⁴² Ana Carolina Valarezo. “La condición jurídica del nasciturus...”. *Óp. cit.*, p. 51.

²⁴³ Corte Constitucional colombiana. *Sentencia C-355/06* de 10 de mayo de 2006.

²⁴⁴ Corte Constitucional colombiana. *Sentencia C-355/06* de 10 de mayo de 2006. Considerando quinto.

²⁴⁵ *Ibíd.*

²⁴⁶ *Ibíd.*

Porque se considera que el embrión es sujeto de derechos desde el momento de la concepción, es así como se han pronunciado los juristas peruanos más destacados, como Marcial Rubio Correa, Carlos Fernández Sassarego, y Enrique Varsi Rospigliosi quienes consideran “toda la información constitutiva del nuevo ser ya está contenida en esa primera y única célula; ella contiene el código de la vida que se encuentra en cualquier humano nacido”.²⁴⁷

En el caso *Baby Boy vs. Estados Unidos*, dentro del voto negativo del Dr. Monroy Cabra, se expresa la opinión del profesor Jerome Lejeune, que considera que desde la primera célula, desde el momento de la concepción, se podría considerar ya un ser humano con su propia personalidad, independiente de la madre, “está demostrado que en esa primera célula se encuentran todas las cualidades genéticas del individuo, que van a desarrollarse progresivamente, y, si todas estas cualidades no se hallaran al principio, el individuo no se desarrollaría jamás”.²⁴⁸

Después de realizar un análisis de las connotaciones del término “persona”, podemos concluir, que para el derecho persona es sujeto de derechos, con la aptitud de tener derechos y deberes, además de contraer obligaciones. Partiendo de esta definición, podemos determinar que al embrión no se le reconoce la capacidad de tener derechos y contraer obligaciones, porque se trata de una existencia que puede llegar a ser persona, es decir, que mientras se encuentre dentro del seno materno, pueden suceder una serie de acontecimientos que no le permitan desarrollarse hasta convertirse en persona, por lo tanto, no se puede considerar persona a una expectativa de vida. La Corte ha señalado que el término persona, es analizado en los sistemas jurídicos internos de cada Estado, pero se debe tomar en cuenta para la interpretación del derecho a la vida (art. 4.1 CADH), los términos de concepción y ser humano, deben considerarse desde un punto de vista científico.²⁴⁹ La Corte se refiere a persona y ser humano como sinónimos, por lo tanto, toda persona es ser humano.²⁵⁰

Después del análisis respecto de los términos concepción, persona y ser humano, es importante analizar el artículo 4.1 de la CADH, en el cual se establece el derecho a la

²⁴⁷Tribunal Constitucional del Perú. *Exp. No. 02005-2009-PA/TC “Acción de lucha anticorrupción”*. Sentencia del 16 de octubre de 2009. Párr. 23.

²⁴⁸Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Voto negativo del Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra* Resolución No. 23/81. Caso 2141. Estados Unidos, párr. 8.

²⁴⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 176.

²⁵⁰Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 1 núm. 2.

vida, para poder determinar desde que momento se protege la vida, a quienes les es aplicable este artículo, y como el término “en general” cambia el contexto de aplicación de dicho artículo.

El artículo 4.1 de la CADH establece lo siguiente “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”.²⁵¹ El término “en general” cambia el momento de aplicación del artículo, es decir, que pueden haber algunas interpretaciones sobre el momento en que este artículo es aplicable, por ejemplo, Costa Rica y Perú establecen que la protección del derecho a la vida debe darse desde la concepción, que para dichos Estados, es el momento de la fecundación; por el contrario, la Corte establece que la concepción se da desde la implantación del embrión en el útero, por lo tanto, mientras este no se encuentre implantado no es titular del derecho a la vida. El momento de la aplicación de este artículo, según la Corte, es desde el momento de la implantación, más no de la fecundación.

El término “en general”, no se encuentra especificado en ningún diccionario, pero “general”, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa “común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente”.²⁵² Como opinión, la Corte ha dejado una puerta abierta, al establecer en el artículo 4.1 el término “en general”, para que cada Estado, en su legislación interna, proteja el derecho a la vida, según sus principios de derecho constitucional, pero se debe observar, que la protección del derecho a la vida, no debe ser absoluto en el caso del embrión humano, porque el resultado de esa protección, puede ser el equivocado, es decir, se puede vulnerar otros derechos fundamentales establecidos en el marco jurídico internacional de derechos humanos. Además, “en general” nos da a entender que el derecho a la vida no se protege concretamente desde la concepción.

Por ejemplo, en Costa Rica, como consecuencia de dar una protección absoluta del derecho a la vida del embrión, se prohibió la práctica de la FIV; como resultado, los proyectos de ley para admitir esta TRA nuevamente, ponen en riesgo la vida de la

²⁵¹Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Artículo 4 numeral 1.

²⁵²Diccionario de la Real Academia de la Lengua española. *Concepto de general*. <http://lema.rae.es/drae/?val=En%20general>. (acceso: 15/3/2013).

madre, vulnerando el derecho a la vida e integridad personal de esta. Además, se vulneran otros derechos, como la libertad personal, y la vida privada y familiar. Este problema, merece ser observado, porque no puede prevalecer el derecho a la vida de un posible ser humano, a la vida de un ser humano pleno, y titular de todos los derechos establecidos en la CADH. El Comité de Derechos Humanos, establece que el derecho a la vida no debe interpretarse en un sentido restrictivo.²⁵³

La Comisión IDH, estableció que la CADH, no promulga la protección del derecho a la vida desde la concepción, es así como:

(...) La adición de la frase “en general, desde el momento de la concepción” no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” son substancialmente diferentes de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”, que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios.²⁵⁴

La Corte establece que el objetivo del art. 4.1 de la CADH, “es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención”.²⁵⁵ Asimismo, la Corte señaló que el fin del término “en general”, es que cuando exista algún conflicto de derechos, se pueda establecer excepciones al derecho a la vida.²⁵⁶ Es decir, que su aplicación no sea absoluta y radical, produciendo que se vulneren otros derechos.²⁵⁷ En el hecho de que un Estado quiera brindar una protección absoluta del derecho a la vida, restringiendo el goce de otros derechos humanos, no puede justificar dicho hecho, aplicando el principio de la interpretación más favorable.²⁵⁸

Como opinión, los distintos países tienen posturas diferentes respecto del estatus jurídico del embrión humano, unos lo consideran persona, y otros no. La postura adoptada por la Corte IDH, es razonable, porque no es posible que se considere persona, a una expectativa de vida, que no es capaz, por sí mismo de tener derechos ni contraer obligaciones. Consideramos que el embrión al ser una persona potencial, merece una protección jurídica por parte del Estado, pero no como sujeto de derechos. No se puede

²⁵³Comité de Derechos Humanos. *Observación General Nro. 6. Derecho a la vida*. 16 periodo de sesiones, 30 de abril de 1982, párr. 1. [Ccprcentre.org/doc/ICCPR/general%20comments/HRI.GEN.1.Rev.9 \(Vol.I\) _ \(GC6\) _es.pdf](http://Ccprcentre.org/doc/ICCPR/general%20comments/HRI.GEN.1.Rev.9%20(Vol.I)_es.pdf) (acceso: 18/3/2013).

²⁵⁴*Op. cit.*, párr. 30.

²⁵⁵Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Op. cit.*, párr. 258.

²⁵⁶*Ibid.*

²⁵⁷*Ibid.*

²⁵⁸*Id.*, párr. 259.

pensar que el embrión tiene titularidad de derechos, dando como resultado, que se prohíba una TRA, afectando la vida de las parejas que padecen de infertilidad. Después del análisis expuesto, es importante mencionar, las recomendaciones que tanto la Comisión IDH, como la Corte IDH han realizado a Costa Rica.

2.3 Recomendación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la Fecundación in vitro.

Para comenzar, debemos recordar que el caso en estudio, llegó a la Corte, porque las recomendaciones emitidas por la Comisión en el informe de fondo 85/10, no fueron acatadas por Costa Rica, concediéndole al Estado tres prórrogas para su cumplimiento. Estas recomendaciones eran: “levantar la prohibición de la Fecundación in vitro en el país a través de los procedimientos legales correspondientes”; “asegurara la regulación que se otorgue (...) sea compatible con las obligaciones estatales respecto de los derechos consagrados en los artículos 11.2, 17.2 y 24 (...) en particular, que las personas y/o parejas que lo requieran y así lo deseen, puedan acceder a las técnicas de la Fecundación in vitro de forma de que dicho tratamiento contribuya efectivamente con su finalidad”, y finalmente, “reparar integralmente a las víctimas del presente caso tanto en el aspecto material como moral, incluyendo medidas de satisfacción por los daños ocasionados”.²⁵⁹ Al no ser acatadas estas recomendaciones, la Comisión tuvo que remitir el caso a la Corte.

Debemos tomar en cuenta, que los pronunciamientos de la Comisión, provenientes de una denuncia, que deviene de un proceso que cuenta con todas las garantías, puede considerarse intrínsecamente obligatorio, con valor moral y jurídico, aunque no sean ejecutables.²⁶⁰ Una de las características principales del derecho internacional de derechos humanos, es que sus decisiones no son ejecutables, pero producen efectos vinculantes directos.²⁶¹ En el caso en que el Estado no cumpla con las recomendaciones emitidas por la Comisión, esta tiene dos opciones: a) no enviar el caso para conocimiento de la Corte IDH, en consecuencia emite un informe de carácter

²⁵⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe de fondo No. 85/10*. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 14 de julio de 2010, párr. 136, pp. 29- 30.

²⁶⁰ Juan Carlos Hitters. “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?”. *El control difuso de convencionalidad*. Eduardo Ferrer MacGregor (coord). México: Fundap Editorial, 2012, p. 250.

²⁶¹ Juan Carlos Hitters. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. T II, 1999, pp. 282, 283 y 393.

público que contiene su opinión y conclusiones finales; b) enviar el caso a conocimiento de la Corte²⁶², de esta forma ha actuado la Comisión en este caso.

En el presente caso, la Corte dispuso que la sentencia en mención constituye per se una forma de reparación, ordenando al Estado:

- i) Tomar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimento al efecto;
- ii) El Estado deberá, a la brevedad posible regular los aspectos que considere necesarios para su implementación y establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de TRA;
- iii) El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas de tratamiento de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto;
- iv) El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas;
- v) El Estado debe indemnizar con USD \$ 5000 (cinco mil dólares de los Estados Unidos de América) a las víctimas que gastaron en viajes al exterior para acceder a la FIV; y la suma de USD \$ 20.000 (veinte mil dólares de los Estados Unidos de América), a cada una de las víctimas por concepto de indemnización por daño inmaterial.²⁶³

El Estado tiene el plazo de un año, contado a partir de la notificación de la sentencia, rendir al Tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con las disposiciones mencionadas. Es obligación de la Corte supervisar el cumplimiento de la sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y deberes conforme a la CADH, y dará por concluido el caso, cuando el Estado haya dado total cumplimiento a las disposiciones establecidas en la sentencia.²⁶⁴

Costa Rica en la contestación a la demanda, alegó que cuenta con programas y servicios médicos para los distintos problemas de infertilidad, incluyendo las TRA. Aduciendo, que la FIV fue la única TRA que fue excluida del sistema público de salud; a causa de la sentencia de la Sala Constitucional, más no por insuficiencia de fondos estatales. En este sentido, como establece el juez García Sayán “el mandato de la Corte no

²⁶² Pontificia Universidad Católica del Perú. *Conoce el sistema interamericano*. Concurso.pucp.edu.pe/derechos-humanos-comision-interamericana-de-derechos-humanos (acceso: 07/4/2013).

²⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr.381.

²⁶⁴ *Ibíd.*

se dirige a alterar ningún tipo de priorización a nivel interno, en el entendido que el acceso a las TRA ya había sido incorporado dentro de la atención integral que suministra el Estado”.²⁶⁵ Es decir, que lo que se pretende, es que gradualmente en el plazo establecido, la FIV sea incorporada nuevamente al sistema de salud pública. Otra exigencia de la Corte, es que todos los que se encuentren bajo la jurisdicción costarricense puedan acceder sin discriminación alguna a este procedimiento, por lo tanto, los costos deben ser razonables, para que las personas que no posean los recursos económicos necesarios puedan también acceder a este servicio de salud.

La sentencia en mención al tener un carácter reparatorio, se basa en art. 63.1 de la CADH, el cual establece:

Quando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización.²⁶⁶

Es decir, que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente²⁶⁷, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre responsabilidad del Estado.²⁶⁸ La reparación de los daños ocasionados a las víctimas, resultado de una infracción a una obligación internacional, debe ser siempre posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que se refiere al restablecimiento a la situación anterior. De no ser posible, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos vulnerados y reparar las consecuencias producidas.²⁶⁹

Conforme al art. 2 de la CADH se establece que “el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención”.²⁷⁰ Lo que significa, que el Estado, no solo tiene la obligación de adaptar su legislación interna para garantizar el ejercicio de los

²⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Voto concurrente del juez Diego García- Sayán*. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. 28 de noviembre de 2012, párr. 11.

²⁶⁶ Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Artículo 63.1.

²⁶⁷ Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25, y *caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*, párr. 238.

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 319.

²⁷⁰ Cfr. *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*. Excepciones preliminares. Sentencia de 04 de diciembre de 1991. Serie C. No. 12, párr. 50, y *caso Furlan y familiares vs. Argentina*, párr. 300.

derechos, sino que se debe evitar publicar leyes que impidan la libre ejecución de dichos derechos, además de evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen.²⁷¹

Como es de conocimiento general, las sentencias de la Corte IDH son obligatorias para el caso concreto, y en algunas circunstancias para otros asuntos con la misma esencia.²⁷² El acatamiento de estas sentencias, son vinculantes jurídica y moralmente, porque el incumplimiento de los tratados y de las directivas del tribunal de San José implica la responsabilidad internacional del Estado. Algunos países como México consideran que estos pronunciamientos tienen valor de doctrina legal.²⁷³ A continuación se elabora un análisis completo sobre los efectos y obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana, y como estas afectan a todos los Estados miembros de la CADH.

Capítulo III

3. La interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.

3.1 Naturaleza jurídica de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Afecta la sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica al Ecuador?

A continuación explicaremos la naturaleza jurídica de las sentencias emitidas por la Corte IDH, como las interpretaciones inmersas en las mismas, pueden ser vinculantes para terceros Estados, y las consecuencias de no acatar las disposiciones de la jurisprudencia interamericana. Además, explicaremos si el Ecuador se ve afectado por las interpretaciones en la sentencia del caso en estudio. Para entender mejor es necesario determinar la función de la Corte IDH. Esta es un órgano jurisdiccional autónomo que forma parte del SIDH, es reconocida por su autoridad moral, pero su función más importante es la interpretación y aplicación de la CADH.²⁷⁴

Como lo explica Ventura Robles, “no hay órgano de protección más indicado en América para proteger estos derechos (civiles y políticos) que la Corte IDH, debido a

²⁷¹ *Ibíd.*

²⁷² Juan Carlos Hitters. “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?”. *El control difuso de convencionalidad*. Eduardo Ferrer MacGregor (coord). México: Fundap Editorial, 2012, p.260.

²⁷³ *Id.*, p 261.

²⁷⁴ Salvador Mondragón Reyes. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/29/salvador%20mondragon%20reyes.pdf (acceso: 11/04/2013).

que las sentencias que ésta emite son obligatorias para los Estados”.²⁷⁵ La función de la Corte IDH es contenciosa, su naturaleza es la de un verdadero tribunal jurisdiccional, porque actúa como un órgano jurisdiccional.²⁷⁶ Esa función contenciosa es solo aceptada cuando el Estado ha aceptado su jurisdicción.²⁷⁷

Las sentencias emitidas por la Corte IDH en los casos contenciosos en los que se declara la responsabilidad internacional del Estado²⁷⁸, al resolver que se ha efectuado una vulneración de un derecho o libertad protegidos en la CADH, se dispone que se garantice a la parte lesionada el goce de su derecho o libertad violentada; y, dependiendo el caso, se dispone la reparación de las consecuencias del acto u omisión violatorio de derechos humanos, y el pago de la indemnización correspondiente.²⁷⁹ Las sentencias de la Corte IDH poseen un doble efecto: el primero se refiere al de la cosa interpretada, que tiene una eficacia *erga omnes*; y el de la cosa juzgada, que tiene únicamente efectos inter partes.²⁸⁰ Como lo explica Rosas Castañeda:

El efecto de la cosa interpretada puede implicar que la inobservancia, por parte de un tercer Estado, del contenido de una sentencia que haya declarado una violación, pueda hacer incurrir a este en responsabilidad internacional; porque en el futuro un individuo puede acudir a los órganos del sistema y utilizar el antecedente del Estado condenado y tener muchas posibilidades de éxito.²⁸¹

Mondragón Reyes, establece un precepto similar “una relacionada con los efectos vinculantes o el carácter obligatorio de las mismas (con dos matices: vinculantes

²⁷⁵ Manuel, Ventura Robles. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente”, *Revista IIDH*, vol. 32-33, (2000-2001), p. 273.

²⁷⁶ Debemos recordar que en el Ecuador, la Corte Constitucional es la máxima instancia de interpretación de la Constitución y de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador. (Constitución de la República del Ecuador. Artículo 439 núm. 1.)

²⁷⁷ Sergio García Ramírez. *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. México: Instituto de investigaciones jurídicas-UNAM, 2002, p.91.

²⁷⁸ La responsabilidad internacional del Estado puede ser directa o indirecta. Es directa conforme el art. 1.1 (de la Convención) es ilícita toda forma de ejercicio de poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo. (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 169). Es indirecta cuando: (...) un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención. (*Id.*, párr. 172).

²⁷⁹ Salvador Mondragón Reyes. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/29/salvador%20mondragon%20reyes.pdf (acceso: 11/04/2013).

²⁸⁰ Juan Antonio Rosas Castañeda. *Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso del Perú y la reforma constitucional*. www.oocities.org/es/tadi_unmsm/ejecucion_sentencias_cidh.pdf (acceso: 03/5/2013).

²⁸¹ *Ibid.*

para las partes que intervienen en el respectivo proceso, y vinculantes para las partes que no intervienen en el mismo); y la relacionada con la ejecución de las mismas”.²⁸² Los efectos *erga omnes* de las sentencias interamericanas están relacionados directamente con la jurisprudencia como fuente de derecho, y con el principio *staredecisis* como norma que debe aplicarse a situaciones similares.²⁸³ Desde esta percepción, el efecto de la interpretación de la Corte tiene dos situaciones: la primera, afecta al Estado involucrado directamente en la sentencia; y la que afecta a terceros Estados que son miembros de la CADH.

En la primera situación los órganos internos del Estado deben ser adaptados a la interpretación de la Corte IDH, caso contrario, se compromete la responsabilidad internacional del Estado. En cuanto a los terceros Estados, la interpretación tiene un efecto parecido al de una recomendación hacia los órganos internos (ejecutivo, legislativo, administrativo, judicial), con el fin de no comprometer la responsabilidad internacional del Estado y evitar denuncias en el futuro.²⁸⁴

La sentencia *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, tiene efectos generales para todos los Estados miembros de la CADH, y evidentemente para otras víctimas que no hayan sido parte del proceso. Es decir, que las sentencias emitidas por la Corte IDH establecen interpretaciones auténticas de la CADH, y de los demás instrumentos de derechos humanos, los cuales pasan a integrar parte de la Convención misma, porque esta debe ser leída conforme a las interpretaciones establecidas en dichas decisiones.²⁸⁵ Como lo establece Ayala Corao:

El efecto general o *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana tienen además su fundamento en el derecho a la certeza jurídica que deriva de la igualdad frente al juez. Este derecho es una consecuencia necesaria del derecho de igualdad de toda persona ante la ley. La fórmula clásica de este derecho debe interpretarse de manera equivalente, comprendiendo el derecho al trato igualitario de toda persona frente a los actos del poder (Constitución, ley, reglamentos, actos administrativos, sentencias, etc.). En este sentido, toda persona bajo condiciones equivalentes, tiene derecho a ser

²⁸² Salvador Mondragón Reyes. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/29/salvador%20mondragon%20reyes.pdf (acceso: 11/04/2013).

²⁸³ Víctor Manuel Rodríguez Rescia. “La ejecución de las sentencias de la Corte”. En: Juan Mández y Francisco Cox (Ed.) *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. San José: IIDH, p. 456.

²⁸⁴ *Ibíd.*

²⁸⁵ Carlos M. Ayala Corao. “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*. Año 5 nro. 1, ISSN 0718-0195, Universidad de Talca, 2007, p. 134.

tratado igual y sin discriminación por los órganos del poder público, lo cual incluye a los jueces nacionales (...).²⁸⁶

En este sentido, las interpretaciones en las sentencias interamericanas tienen un efecto general o *erga omnes* frente a todos los Estados parte de la CADH, la Comisión IDH y las víctimas.²⁸⁷ Como lo establece el mismo autor “la interpretación de los hechos, el valor de las pruebas, de los artículos de la Convención aplicados, y los dispositivos del fallo, incluidas las medidas reparatorias acordadas, pasan a tener efecto de cosa juzgada no sólo frente al caso concreto decidido, sino frente a futuros casos”.²⁸⁸

Por ejemplo, a partir de la sentencia del caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, cualquier Estado parte de la CADH, que no acate la interpretación realizada por la Corte IDH, en la que establece que el embrión no es considerado persona y prohíba las técnicas de reproducción asistida como la FIV, podría ser declarado responsable internacionalmente, por lo que estaría obligado a acatar dichas disposiciones.

Los artículos 62.1 y 68.1 de la CADH, establecen la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH, en los casos de interpretación y aplicación de las normas contenidas en la CADH. El art. 67 del mismo instrumento, establece que los fallos son definitivos e inapelables, es decir, que las sentencias de la Corte son definitivas y obligatorias. El Art. 69 de la CADH, establece que las sentencias dictadas por la Corte IDH serán notificadas no solo a las partes del caso, sino además serán transmitidas a todos los Estados partes de la Convención.²⁸⁹ Sin embargo, de la obligatoriedad de estos fallos, la Corte ha estimado que “aun cuando sirve de orientación para establecer principios en esta materia, no puede invocarse como criterio unívoco a seguir, sino que debe analizarse cada caso particular”.²⁹⁰

Es decir, que se debe analizar con cautela la situación de los Estados que se ven afectados por estos fallos, para que estos dependiendo de esa situación puedan adoptar las medidas necesarias para acatar las disposiciones de la Corte. Cada Estado tiene una situación particular, no todas las legislaciones son iguales, y tampoco la forma de ejecutar las sentencias.

²⁸⁶*Id.*, p 135.

²⁸⁷*Ibíd.*

²⁸⁸*Ibíd.*

²⁸⁹Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 69. (1969).

²⁹⁰Ver caso El amparo contra Venezuela. Sentencia de reparaciones y costas, párr. 34. Citado por: Salvador Mondragón Reyes. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/29/salvador%20mondragon%20reyes.pdf (acceso: 11/04/2013).

El objetivo principal de acatar las interpretaciones realizadas por la Corte IDH, es evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional. Una de las obligaciones establecidas en la CADH, es la adopción de las medidas necesarias para la ejecución de sus decisiones. Es decir, una de las principales obligaciones derivada del compromiso de respeto y garantía de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales, consiste en adoptar a nivel interno las medidas que hagan posible la ejecución de las decisiones del SIDH.²⁹¹ Es así, como el Art. 2 de la CADH, obliga a los Estados a adoptar a nivel local medidas de carácter legislativo, judicial o administrativo, que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención. La Corte exige que los Estados cumplan con esta obligación, manifestando:

(...) los Estados partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (effetutile) en el plano de sus respectivos derechos internos. Ese principio se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de derechos humanos.²⁹²

En la obligación de adecuar el derecho interno a los tratados en materia de derechos humanos, en especial, para cumplir con el Art. 2 de la CADH, se trata de una obligación positiva, es decir, que aplica un hacer, su contenido se traduce a tomar las providencias legislativas adecuadas para garantizar la efectividad del tratado en el derecho interno, y su cumplimiento debe realizarse en un tiempo razonable.²⁹³ De no ser así, se violentaría el principio de la buena fe en la interpretación y ejecución de las convenciones internacionales, como lo explica Nikken:

Nunca podría ser invocado como una exoneración por el defecto de garantía legislativa eficaz para los derechos protegidos, toda vez, que de conformidad con la regla consuetudinaria codificada en el art. 27.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una parte no puede invocar legítimamente su derecho interno

²⁹¹Viviana Krsticevic y Liliana Tojo (coord.) *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. San José: CEJIL, 2007, p. 39.

²⁹²Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros*. Cumplimiento de sentencia, 28 de noviembre de 2005, párr.6. Citado en: Viviana Krsticevic y Liliana Tojo (coord.) *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. San José: CEJIL, 2007, p. 39.

²⁹³Pedro Nikken. "El artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos como fundamento de la obligación de ejecutar en el orden interno las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", p. 4. En material de estudio JUR0532, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, profesora Daniela Salazar, segunda parte, I semestre 10-11.

como pretendida justificación por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales en el derecho internacional.²⁹⁴

Es decir, que ningún Estado que ha ratificado la CADH puede excusarse de acatar las disposiciones establecidas en la jurisprudencia interamericana e incumplir sus obligaciones, a través de su derecho interno, porque en el caso que se deba aplicar el art. 2 de la CADH, debe ser porque en el ordenamiento jurídico interno, se está violentando de alguna manera los preceptos establecidos en el derecho internacional de derechos humanos. Además, la Corte IDH, da un plazo razonable a los Estados para que puedan adecuar su legislación, es decir, que cuentan con el tiempo necesario para poder cumplir con las obligaciones impuestas por la Corte. Los Estado partes de la CADH, no solamente deben adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Corte IDH, sino también deben abstenerse a dictar leyes contrarias al derecho internacional de los derechos humanos.²⁹⁵

Dejando de lado la naturaleza jurídica de las sentencias de la Corte IDH, nos concentraremos en el análisis concreto de la sentencia en mención y si esta afecta al Ecuador. En este caso debemos decir que no, porque en el Ecuador la Constitución de la República, cuerpo legal con supremacía frente a todos los demás del ordenamiento jurídico interno, establece la protección de la vida desde el momento de la concepción. La misma en su artículo 45 dispone “Los niños, niñas y adolescentes gozarán de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”.²⁹⁶ De este artículo podemos desprender que el embrión no tiene derecho a la vida, porque se establece el reconocimiento y la garantía de la vida, más no se menciona el derecho a la vida desde la concepción.²⁹⁷

Al no especificar los cuidados y protección, no se puede decir que es la protección del derecho a la vida. En el articulado de la Carta Magna tampoco se le otorga la calidad de persona al concebido, razón por la cual, no existe un fundamento jurídico interno, donde se establezca que el concebido es una persona.

²⁹⁴ *Ibíd.*

²⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-13/93*. 16 de julio de 1993, párr. 26. Citado por: Pedro Nikken. “*El artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos...*”, *Óp. cit.*, p. 5.

²⁹⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 45. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.

²⁹⁷ Farith Simon. “*Derechos de la niñez...*”. *Óp. cit.*, p. 43.

De la otra mano, la Corte Constitucional ecuatoriana en el caso Nro. 0014-2005-RA, establece que “el juez constitucional debe realizar una interpretación que garantice la vida del ser humano, desde el momento mismo de su formación (...) aún frente a la duda asumir por prudencia que ella se produce desde la fecundación del óvulo (...)”. En la sentencia se establece de igual manera, la garantía de vida al ser humano, más no se habla del derecho a la vida en sí, y esta garantía en caso de duda, debe tomarse en cuenta desde el momento de la fecundación del óvulo, pero ese momento no se considera como el momento de la concepción.

En el mismo párrafo de la sentencia, el juez concluye “(...) al actuar el medicamento POSTINOR – 2, en una de las fases, como agente para impedir la implantación del cigoto, es decir, luego de fecundarse el óvulo se atentaría contra la vida del nuevo ser humano.” Según Farith Simon, el juez concluye equivocadamente que la Constitución de 1998 se consideraba al concebido como ser humano. En la norma que se contenía en el art. 49 se habla del derecho a la vida desde la concepción, pero no dice que es un ser humano”.²⁹⁸ Podemos concluir, que la Constitución de 2008, no considera al concebido como persona, se protege la vida pero no se le atribuye un “derecho” a la vida.

Otra razón que desvincula al Ecuador de la interpretación de la Corte IDH, es que la práctica de la FIV no se encuentra restringida ni prohibida, y esta es realizada en muchas clínicas privadas del país, por ejemplo, Clínica Concebir, clínica Sandoval, entre otras.²⁹⁹

La CADH, establece que para el proceso de adecuación de la normativa interna, el Estado cuenta con un plazo de tiempo razonable, caso contrario, se estima que el Estado ha incumplido con sus obligaciones internacionales. La sentencia del caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, no afecta de manera alguna al Ecuador, porque como se explicó anteriormente, el embrión no es considerado persona en el marco constitucional ecuatoriano, y tampoco se lo considera como titular del derecho a la vida, por lo que nuestro ordenamiento jurídico mantiene concordancia con las

²⁹⁸ *Id.*, p. 46.

²⁹⁹ Unidad de Fertilidad y Esterilidad Clínica Concebir. *La fertilización in vitro*. www.concebir.com.ec (acceso: 03/06/2013). Véase también: Clínica Sandoval. *Fertilización in vitro*. www.clinicasandoval.com.ec; Centro Ecuatoriano de Reproducción Humana. Dr. Pablo Valencia. *Tratamientos de Fertilidad*. www.cerhvalencia.com.

interpretaciones de la Corte IDH en esa materia. En este sentido, la práctica de FIV no está prohibida ni restringida en nuestro país.

A continuación, desarrollaremos un análisis sobre la interpretación realizada por el TC ecuatoriano en el año 2006, respecto del inicio de la vida humana, para poder compararla con la interpretación de la Corte IDH, en referencia al mismo tema, con el objeto de determinar si es que nuestra jurisprudencia concuerda con las disposiciones de la Corte IDH.

3.2 Inicio de la vida humana. Tribunal Constitucional ecuatoriano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Las teorías del inicio de la vida humana, difieren las unas de las otras. Sobre esas teorías, científicos, juristas y religiosos no han logrado ponerse de acuerdo. Pero el punto de interés dentro del desarrollo del presente acápite, no es discutir sobre las teorías existentes en relación al comienzo de la vida, sino determinar las interpretaciones realizadas por el TC ecuatoriano en el año 2006³⁰⁰ respecto del momento que considera se inicia la vida; y compararlo con las interpretaciones realizadas por la Corte IDH sobre el inicio de la vida humana, en la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, emitida en 2012.³⁰¹

El TC debió elaborar una interpretación acerca del momento en que la vida comienza, porque se propuso una acción de amparo constitucional en contra del Director del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical “Leopoldo Izquieta Pérez” y el Ministro de Salud, solicitando la suspensión definitiva del registro sanitario, por ende la comercialización y distribución de la pastilla del día después (Postinor 2). El actor establecía que la pastilla del día después pone fin al embarazo no deseado, como resultado, se vulneraba los derechos constitucionales del que está por nacer.³⁰²

El Ministro de Salud declaró “no existe ninguna norma que determine claramente desde cuándo se considera concebido al feto, porque desgraciadamente nuestra legislación únicamente prevé que desde el nacimiento se considera a la persona

³⁰⁰ Debemos recordar que la resolución del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 2006, publicada en el Registro Oficial Suplemento 297 de 22 de junio de 2006, es la única jurisprudencia a nivel nacional que discute el tema sobre el momento en que inicia la vida humana.

³⁰¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, pp. 55-59.

³⁰² Resolución del Tribunal Constitucional 14, de 23 de mayo de 2006. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 297 de 22 de junio de 2006, párr.1.

sujeto de derechos”.³⁰³ Claramente, se puede ver que el Ministro de Salud, optó por la postura de nuestro Código Civil, en la cual se establece como condición el nacimiento como comienzo de la existencia legal de las personas, pero después el mismo se contradice al decir “la utilización de la indicada pastilla, al posibilitar el aborto de un óvulo fecundado, atenta contra los derechos como el de la seguridad jurídica, derecho a la vida, de nacer, de crecer y de elegir”³⁰⁴, es decir, que cambia su visión atribuyéndole al que está por nacer los derechos mencionados. Visión que concuerda con la del actor quien dice:

Que desde que se produce la fecundación se trata de una persona única e irrepitable, con un código genético distinto al de la madre, siendo que a ese ser ya concebido el medicamento impugnado impide su implantación en el útero materno. Que se usa un sofisma como es que no puede existir aborto donde no hay un embarazo, partiendo de que se considera que hay embarazo solo desde la anidación del huevo en la mucosa uterina, para convencer de este modo que no se trata de un aborto, lo cual sólo es una manipulación de los conceptos para introducir una pastilla abortiva, cuando la verdad es que ya se produjo la concepción y antes de la implantación ya se habría producido el intercambio genético, y en consecuencia definido el sexo del ser humano concebido, que es un ser vulnerable y por ello goza de la protección según el artículo 49 de la Constitución Política de la República.³⁰⁵

Bien es cierto, que la Constitución del año 1998, establecía “El Estado asegurará y garantizará el derecho a la vida; desde su concepción”.³⁰⁶ Pero no hay que interpretar de forma errada el mismo, la Constitución no establece que la concepción sea el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide; tampoco le da al concebido un estatus de persona. Dentro del caso, el juez establece que “que el derecho a la vida es un derecho garantizado por el artículo 49 de la Constitución, desde su concepción, y que constituye una piedra fundamental del Estado de Derecho y por tanto imperativo, indisponible e inderogable.”³⁰⁷

El juez antes de su resolución, prácticamente establece que el concebido tiene derecho a la vida, al igual que una persona plena. Y para confirmar que el juez elaboró una interpretación equivocada del artículo 49 de la Constitución de 1998, equipara otras normas del ordenamiento jurídico, estableciendo:

³⁰³ Resolución del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 2006, publicada en el Registro Oficial Suplemento 297 de 22 de junio de 2006. Párr. 3.

³⁰⁴ *Ibíd.*

³⁰⁵ *Ibíd.*

³⁰⁶ Constitución Política de la República del Ecuador. Artículo 49. Registro Oficial de 1 de 11 de agosto de 1998.

³⁰⁷ Resolución del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 2006, publicada en el Registro Oficial Suplemento 297 de 22 de junio de 2006. Párr. 8.

No existe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una norma específica que defina cuando se produce la concepción. No obstante, el Art. 20 del Código de la Niñez nos da una pauta, en tanto que garantiza el derecho a la vida desde de la concepción, y en el segundo inciso expresa que se prohíbe las manipulaciones médicas desde la fecundación del óvulo.³⁰⁸

El juez elabora su fundamento sobre el momento de la concepción en base a “desde la fecundación del óvulo hasta su nacimiento”³⁰⁹, sin tomar en cuenta, que ese artículo prohíbe los experimentos, manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, pero no se establece que el momento de la concepción sea el momento mismo de la fecundación, por lo tanto, no se puede decir que el momento de la concepción sea la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Los jueces, en base al art. 20 del CNA le otorgan la calidad de persona al concebido, es así como ellos plantean su interpretación:

Esta Sala consiente de todo el debate científico y social, **no puede aseverar que la concepción se produce desde la fecundación del óvulo, pero tampoco puede estar seguro de lo contrario.** Es decir, en el análisis de la presente materia se ha generado una duda razonable que nos obliga, en nuestra calidad de jueces constitucionales, a realizar la interpretación de la norma contenida en el Art. 49 de la Constitución, con un **alcance a favor de la persona y del derecho a la vida, por disposición del Art. 18 segundo inciso de la citada Constitución** que dice: "En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos". **Se trata pues de aplicar el universal principio del in dubio pro homine, esto es que en caso de duda, se debe estar a favor de la persona.**³¹⁰(Las negrillas son mías).

Es decir, que los jueces han interpretado que el concebido es una persona, porque se está aseverando que al existir duda en nuestro ordenamiento jurídico acerca del momento de la concepción (al cual los jueces establecen que es el momento de la fertilización del óvulo), se aplica el principio *in indubio pro homine*, y se le da el estatus de persona en dicha resolución. Así mismo, en el considerando décimo segundo establece:

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

³⁰⁸ Resolución del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 2006, publicada en el Registro Oficial Suplemento 297 de 22 de junio de 2006. Considerando décimo.

³⁰⁹ Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 20. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

³¹⁰ Resolución del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 2006, publicada en el Registro Oficial Suplemento 297 de 22 de junio de 2006. Considerando décimo.

implantación del cigoto, es decir, luego de fecundarse el óvulo, **se atentaría contra la vida del nuevo ser humano**.³¹¹ (Las negrillas son mías).

En el considerando mencionado, el juez le otorga al concebido la calidad de ser humano, aseverando el momento de la concepción como el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, siempre y cuando existe duda. La interpretación de nuestro TC, tiene similitudes con la sentencia de la Sala Constitucional costarricense, la cual concluyó “el embrión humano es persona desde el momento de la concepción”³¹², y para dicha Sala, el momento de la concepción es “cuando el espermatozoide fecunda al óvulo”.³¹³ Pero la Corte IDH, ha emitido una interpretación muy diferente en su sentencia del caso en estudio.

La Corte IDH, ha establecido que el inicio de la vida del ser humano se da desde el momento de la concepción, pero para la Corte ese momento es la implantación del embrión en el útero materno.³¹⁴ La Corte establece:

Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.³¹⁵

Prueba de lo anterior, es que solo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que solo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella.³¹⁶

Con las referencias mencionadas, y después de analizar casos donde se discute el inicio a la vida (análisis realizado en el capítulo II), la Corte IDH, concluye que “no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión”.³¹⁷ Por lo mismo, la Corte IDH dispone en sus puntos resolutivos, que Costa Rica debe adoptar las medidas necesarias para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV.³¹⁸ Como se puede

³¹¹ Resolución del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 2006, publicada en el Registro Oficial Suplemento 297 de 22 de junio de 2006. Considerando décimo segundo.

³¹² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Costa Rica). Sentencia No. 2000-02306 de 15 de marzo de 2000.

³¹³ *Ibíd.*

³¹⁴ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 187.

³¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 186.

³¹⁶ *Cfr.* Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo IV, folio 2846). Citado en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 187.

³¹⁷ *Id.*, párr. 223.

³¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 381.

evidenciar, la interpretación del TC ecuatoriano, difiere de la interpretación de la Corte IDH, en este sentido, podemos afirmar que la interpretación del TC ecuatoriano pierde fuerza en su argumentación. Por qué dicha interpretación se elaboró en base a la Constitución de 1998, la cual fue reformada y dichas reformas están vigentes desde el año 2008.³¹⁹

El art. 49, que protegía el derecho a la vida desde la concepción fue reformado; actualmente es el art. 45 de la Constitución y establece lo siguiente “El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”.³²⁰

Hoy en día, ya no se habla del derecho a la vida desde la concepción, sino de su reconocimiento, garantía, cuidado y protección, por lo tanto, no se puede aseverar que se reconozca en la actual constitución al concebido como persona titular del derecho a vida, ya que al momento de la reforma, no se tomó en cuenta, la interpretación realizada por el TC en el año 2006.³²¹ Dejando claro, que en el Ecuador, el embrión humano no tiene el estatus jurídico de persona, como resultado, las prácticas de reproducción asistida, son permitidas y practicadas en nuestro país, sin restricciones de ningún tipo.³²²

Otro fundamento, en la actualidad el gobierno ecuatoriano, distribuye la pastilla del día después a nivel nacional de forma gratuita y sin receta, a través del Ministerio de Salud Pública, con el objetivo de evitar miles de embarazos no deseados en adolescentes, y que las parejas puedan planificar su familia. Esta se encuentra disponible en los centros de salud en todo el país. El Presidente Rafael Correa, destacó que es importante la planificación familiar, además de mencionar que para la OMS, la pastilla del día después no es un método abortista.³²³ Por lo que la interpretación realizada por el TC en 2006, ha perdido su fuerza argumentativa en el sentido de que hay un ser humano desde la fertilización del óvulo por el espermatozoide.³²⁴

³¹⁹Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

³²⁰Constitución de la República del Ecuador. Artículo 45. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

³²¹Resolución del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 2006, publicada en el Registro Oficial Suplemento 297 de 22 de junio de 2006.

³²²Código de Ética Médica. Artículo 109. Acuerdo Ministerial 14660. Registro Oficial 5 de 17 de agosto de 1992.

³²³Ricardo Marapi Salas. *Debate sobre la “píldora del día después” se agudiza en Ecuador*. www.agenciapulsar.org/dd-hh/debate-sobre-pildora-del-dia-despues-se-agudiza-en-ecuador/ (acceso: 03/05/2013).

³²⁴*Cfr.* Resolución del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 2006, publicada en el Registro Oficial Suplemento 297 de 22 de junio de 2006.

Podemos evidenciar que las interpretaciones mencionadas difieren en el momento que se considera que la vida inicia. Podemos afirmar que la interpretación de nuestro TC es equivocada, al establecer que el momento de la concepción es la fertilización del óvulo por el espermatozoide, basándose en el art. 20 del CNA (en caso de duda), estableciendo que el concebido es ser humano y por tanto, tiene derecho a la vida. Esta interpretación está contraria a la interpretación de la Corte IDH, la que establece que el momento del inicio de la vida es la concepción, estableciendo que ese momento es la implantación del embrión en el útero. Nuestra legislación, a pesar, de la interpretación realizada por el TC, no ha restringido ni prohibido las técnicas de reproducción asistida. De igual manera, la pastilla del día después, actualmente, es distribuida por el mismo Ministerio de Salud Pública de forma gratuita y sin receta, en los centros de salud a nivel nacional.³²⁵

Debemos recordar lo que mencionamos en el acápite anterior, donde establecimos que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias para todos los Estados miembros de la CADH, a pesar, de que en el Ecuador la Corte Constitucional es la máxima instancia de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado.³²⁶ En este sentido, no encontramos problema alguno, porque en nuestro país, la FIV está disponible libremente, además de los métodos anticonceptivos que se prohibían como la pastilla del día después. En efecto, en el Ecuador no se han dado vulneraciones de derechos humanos, en el sentido de restringir la vida privada y familiar, la decisión sobre la paternidad y maternidad, nadie se ha visto afectado por restricciones de ninguna índole que no permitan el desarrollo reproductivo y familiar.³²⁷

Después de aclarar las dudas acerca del momento en que inicia la vida, es importante establecer qué se considera embrión en nuestra legislación, así no exista una norma que establezca específicamente que es un embrión.

³²⁵ Ministerio de Salud Pública. *Anticonceptivo oral de emergencia*. www.salud.gob.ec (Acceso: 17/05/2013).

³²⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 436 núm. 1. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

³²⁷ El Ministerio de Salud Pública, distribuye de forma gratuita anticonceptivos de emergencia a nivel nacional, con el afán de evitar embarazos no deseados, y que las parejas puedan planificar su familia. Ministerio de Salud Pública. *Anticonceptivo oral de emergencia*. www.salud.gob.ec (Acceso: 17/05/2013), *vid.*: Unidad de Fertilidad y Esterilidad Clínica Concebir. *La fertilización in vitro*. www.concebir.com.ec; Clínica Sandoval. *Fertilización in vitro*. www.clinicasandoval.com.ec; Centro Ecuatoriano de Reproducción Humana. Dr. Pablo Valencia. *Tratamientos de Fertilidad*. www.cerhvalencia.com.

3.3 ¿Qué se considera embrión en la legislación ecuatoriana?

En el presente trabajo, se puede establecer que el estatus jurídico del embrión humano ha sido bastante discutido en muchos países alrededor del mundo. A pesar, de haber expuesto los distintos fundamentos jurídicos y científicos que sustentan las posturas sobre las teorías del inicio de la vida humana, el concepto de persona, y el estatus jurídico del embrión, así como los diferentes puntos de vista en referencia a las TRA, en la jurisprudencia internacional, la doctrina, etc. Pasaremos al análisis de los que se considera embrión en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con el fin de poder llegar a una conclusión específica sobre el tratamiento jurídico que se le otorga, para obtener una certeza jurídica al momento de tratar temas que lo involucren.

Consideramos fuertemente, después de todo lo expuesto, que el embrión no ostenta el estatus jurídico de persona en nuestra legislación, pero después de desarrollar temas fundamentales como el momento del inicio de la vida humana, podemos determinar que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma expresa que establezca que es un embrión, sin embargo, se puede elaborar una interpretación de la ley y la jurisprudencia para poder concretar ¿qué es un embrión?

Como se explicó en el capítulo I, en relación al embrión humano, se hace referencia al periodo embrionario, especialmente a la etapa posimplantatoria.³²⁸ Por embrión se entiende “tradicionalmente a la fase del desarrollo embrionario (...) en la cual se señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio más”.³²⁹ Significa, que este periodo comienza con la fecundación del óvulo por el espermatozoide, y termina con la gastrulación, hasta que se convierte en feto. Lino Ciccione, establece que se lo denomina embrión hasta la octava semana de desarrollo, cuando se convierte en feto.³³⁰ Es decir, que más que un concepto que debe ser fundamentado jurídicamente, se trata de un concepto científico, en el cual se han hecho exhaustivas investigaciones para determinar las fases de la etapa embrionaria.

³²⁸ María José Pareja. “Fecundación *in vitro*...”. *Óp. cit.*, p. 27.

³²⁹ Ángeles López. *Presupuestos Bioéticos y Biojurídicos para una crítica a la ley española sobre “Técnicas de Reproducción Asistida”*. http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12726/1/PD_23_06.pdf (acceso: 03/5/2013).

³³⁰ Lino Ciccione. *Bioética. Historia, principios, cuestiones*. *Óp. cit.*, p. 68.

La Corte Constitucional colombiana, realizó una distinción entre embrión, feto y persona humana, la que es fundamental para el entendimiento de diferenciar estos tres términos. Es así como la Corte establece:

La protección de la vida del embrión o del feto, que también es una obligación del Estado, en tanto que principio de la vida humana y en tanto que protección a la mujer embarazada, no implica que la protección de éste deba ser la misma para el **embrión humano**, para el **feto humano** y para la **persona humana**. La protección del embrión y del feto en sus primeras etapas es la protección de la concepción como fenómeno que da inicio a la vida, la protección a la potencialidad que el óvulo fecundado representa, lo cual es a todas luces conforme con el principio de la dignidad del ser humano desde el momento en que éste lo es en potencia si bien aún no lo es en términos físicos, fisiológicos, sociales o jurídicos. La protección del **feto que puede vivir extrauterinamente, es la protección del nacido y la protección de la persona, entendida en términos jurídicos, es la protección plena, es decir, la protección al sujeto de derechos y obligaciones.**³³¹ (Las negrillas son mías).

Es decir, que es necesario distinguir entre las etapas de formación de un ser humano, porque al formarse un embrión, se habla de una potencialidad de vida, de una esperanza³³², que puede llegar a implantarse o simplemente puede ser expulsado naturalmente por el cuerpo de la madre.³³³ A diferencia del feto que se considera que puede sobrevivir fuera del cuerpo de la madre, porque este ya tiene los órganos vitales formados. En nuestro ordenamiento jurídico, se considera embrión al producto que resulta de la fecundación del óvulo por el espermatozoide³³⁴ y científicamente hasta los dos meses y medio aproximadamente de gestación cuando se lo considera feto.³³⁵

El fundamento jurídico en la adopción de este término científico se centra en que la normativa ecuatoriana así no especifique lo que se considera un embrión, se basa en la interpretación del segundo inciso del art. 20 del CNA, donde se establece que: “Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral”.³³⁶

³³¹Corte Constitucional colombiana. *Sentencia C-355/06 de mayo de 2006*. www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2006/c-355-06.rtf (acceso: 22/2/2013).

³³²Cfr. Luis Parraguez. “*Manual de Derecho...*”. *Óp. cit.*, p. 47.

³³³Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 186.

³³⁴Cfr. Resolución del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 2006, publicada en el Registro Oficial Suplemento 297 de 22 de junio de 2006.

³³⁵Lino Ciccione. *Bioética. Historia, principios, cuestiones*. *Óp. cit.*, p. 68. Véase también: Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 20. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

³³⁶Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 20. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

Considerando este artículo podemos establecer que en nuestra legislación el comienzo de la existencia del embrión se da con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. En este sentido, reitero así no se lo considere persona, al ser una esperanza de vida, se le otorga una protección jurídica, que se ha plasmado a lo largo de la normativa, como en el art. 45 de la Constitución de la República, el art. 20 del Código de la Niñez y Adolescencia, los art. 61 y 63 del Código Civil, los artículos referentes al delito de aborto establecidos desde el art. 441 hasta el 447 del Código Penal, los artículos 212 y 214 de la Ley Orgánica de Salud, y el art. 126 de la Ley de Propiedad Intelectual.

La Constitución en su art. 45, establece que “El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”.³³⁷ Por lo tanto, se está reconociendo en el marco constitucional la existencia del embrión desde el momento de la concepción, que en nuestro marco constitucional se hace referencia a la fecundación del óvulo con el espermatozoide, según la interpretación del Art. 20 del CNA. En el mismo artículo, se establece “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción”³³⁸, este es el único artículo dentro de la normativa ecuatoriana, que establece que el concebido tiene derecho a la vida desde la concepción, por lo tanto, el inciso mencionado, establece que el embrión tiene derecho a la vida. Este precepto, es contrario a la interpretación de la Corte IDH, pero al ser una ley de rango inferior a la Constitución de la República³³⁹, siempre que exista conflicto de leyes se aplica la de rango superior, en este caso la Constitución.

El mismo artículo en su segundo inciso establece “Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes”.³⁴⁰ Es decir, que se prohíbe la práctica de experimentos, manipulaciones médicas y genéticas en embriones humanos, no solo en embriones, sino también en el feto, porque expresa claramente desde la fertilización del óvulo por el espermatozoide hasta el nacimiento. En el CNA también se establecen otras formas de proteger a embrión, las cuales ya fueron mencionadas en el capítulo I, en el

³³⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 45. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

³³⁸ Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 20. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

³³⁹ El art. 424 de la Constitución, establece que “la constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.

³⁴⁰ Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 20. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

acápites 1.2.2.1 donde se desarrolla la protección del derecho a la vida desde la concepción.

El Código Civil, al exponer las ideas de Andrés Bello, con una herencia totalmente romanista, protege al que está por nacer, aun así cuando el reconocimiento de su existencia legal se atribuye a la condición del nacimiento.³⁴¹ La protección del nasciturus la encontramos en el art. 61 del CC, en el cual se establece la protección de la vida del nasciturus “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convincentes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará”.³⁴² Este primero inciso, tiene algunas observaciones, por ejemplo, en la primera línea se establece la protección de la vida del que está por nacer, para posteriormente, referirse solo a la protección de la existencia del no nacido, aseverando que esta protección se otorga solo cuando se crea que de algún modo peligrará. Como lo establece Parraguez, “no hay todavía una persona en sentido estrictamente jurídico, puede afirmarse que por lo menos existe un proyecto de persona o una persona potencial”.³⁴³ Lo que protege este artículo es esa existencia, más no la vida en sí. Este artículo es otra muestra de que se reconoce la existencia del embrión, por lo tanto, merece ser protegido por la ley mientras se encuentre en el seno materno.

El Art. 63 del CC, expresa los derechos del nasciturus, derechos que no son especificados en dicho artículo. Además, se entiende que el no nacido solo puede gozar de esos derechos si nace y vive, caso contrario, se refuta que él no nacido jamás existió.³⁴⁴ Como resultado, podemos concluir según la redacción de este artículo, que el no nacido no es sujeto de derechos, pero mientras se encuentre en el seno materno, es digno de protección, cuando se considere que su vida corre peligro, es decir, que si su vida o existencia no se encuentran amenazados, esa protección se desvanece, y si no llega a nacer, ni siquiera se reconoce su existencia.

Dentro de la normativa del Código Penal, el embrión es digno de protección jurídica, es así como se penaliza el aborto en nuestro país, sancionando a los responsables que produzcan, realicen u ocasionen este delito. El articulado donde se

³⁴¹ Cfr. Sonia Merlyn Sacoto. “Sujetos de la relación...”. *Óp. cit.*, p. 28.

³⁴² Código Civil. Artículo 61. Registro Oficial suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970.

³⁴³ Luis Parraguez Ruiz. “Manual de derecho...”. *Óp. cit.*, p. 47.

³⁴⁴ Código Civil. Artículo 63. Registro Oficial suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970.

tipifica el delito del aborto ha sido desarrollado en el capítulo I, acápite 1.3.3. Sin embargo, de la protección jurídica que el CP brinda al embrión, este tampoco es considerado persona, porque las penas en el delito de aborto son mucho menos punitivas que las penas tipificadas en el asesinato u homicidio. Existen excepciones al delito de aborto, en nuestro país es permitido el aborto eugenésico y el aborto terapéutico.³⁴⁵

La Ley Orgánica de la Salud también protege a los embriones humanos, el Art. 214, “prohíbe la clonación de seres humanos, así como la obtención de embriones humanos con fines de experimentación”.³⁴⁶ Al igual que el CNA, protege a los embriones contra la experimentación, a diferencia del CNA, se refiere a la prohibición de la clonación.³⁴⁷

La ley de Propiedad Intelectual, en referencia el embrión, el Art. 126 establece “Se excluye de la patentabilidad expresamente a) Las invenciones cuyas explotación comercial deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales (...)”³⁴⁸, de ese acápite se desprende que contrarias a la moral se consideran “El cuerpo humano y su identidad genética, y la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales”.³⁴⁹ Es decir, que se protege al embrión de ser patentado con fines industriales o comerciales, por lo que en esta ley también se reconoce su existencia, y la necesidad de protegerlo.

Finalmente, podemos establecer que si bien nuestro ordenamiento jurídico no especifica en su normativa lo que es un embrión, gracias a los ensayos científicos, podemos determinar que el embrión es el producto de la fecundación del óvulo por el espermatozoide hasta aproximadamente los dos meses y medio de gestación. A lo largo del ordenamiento jurídico ecuatoriano, podemos observar, que las diferentes ramas del derecho se han encargado de brindarle una protección jurídica, así no se lo considere persona. Y esta protección se basa, en la idea que el embrión es una esperanza de vida, por lo tanto, un ser humano potencial. A continuación, detallaremos como en el Ecuador

³⁴⁵ Código Penal. Artículo 447. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.

³⁴⁶ Ley Orgánica de Salud. Artículo 212. Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de diciembre de 2006.

³⁴⁷ Ley Orgánica de Salud. Artículo 214. Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de diciembre de 2006.

³⁴⁸ Ley de Propiedad Intelectual. Artículo 126. Registro Oficial Suplemento 426 de 28 de diciembre de 2006.

³⁴⁹ *Ibid.*

se ha dado tratamiento a la FIV, no solo a nivel legislativo, sino a nivel interno en las diferentes clínicas que realizan esta práctica.

3.4 Tratamiento jurídico de la Fecundación in vitro en el Ecuador.

Como se ha mencionado a lo largo del trabajo, la FIV no se encuentra restringida ni prohibida en nuestro país. Esta es practicada abiertamente por distintas clínicas privadas especialistas en la práctica de las diferentes técnicas de reproducción asistida, entre ellas la FIV. Se debe mencionar que esta práctica no se encuentra disponible en el sistema nacional de seguridad social, debido a los altos costos del tratamiento.³⁵⁰ La normativa jurídica que regula la FIV en el Ecuador es escasa. El único cuerpo legal que trata la FIV en Ecuador es el Código de Ética Médica, en su Art. 109 establece “La Fecundación in vitro será realizada por médicos especialistas en institutos o centros de investigación autorizados, previo el consentimiento de los cónyuges y ante el fracaso comprobado y total de los procedimientos naturales”.³⁵¹

Es decir, que en nuestro país para poder acceder a este tratamiento se debe probar que por causas naturales es imposible alcanzar el embarazo; aparte expresamente establece, que los establecimientos facultados para realizar este tipo de procedimientos deben contar con la autorización requerida por el Ministerio de Salud, además los médicos que practican esta técnica deben ser especialistas en el tema. En cuanto a otros temas relacionados con la FIV, como son la crioconservación, donación y destrucción de embriones, estos no han sido tratados a nivel legislativo, por lo tanto, tampoco se encuentran restringidos ni prohibidos, pero las clínicas privadas que realizan estas prácticas se han encargado de regular internamente estos temas.

Por ejemplo, la clínica Concebir en Quito, en referencia a la donación de embriones, cuenta con donantes anónimos de óvulos y espermatozoides, así como un banco de semen y de embriones, los mismos que han sido evaluados genéticamente para descartar enfermedades infecciosas y de transmisión sexual como el VIH. Los donantes de embriones, semen y óvulos se mantienen en anonimato, además deben firmar un contrato de confidencialidad. Los donantes también firman un contrato, según sea el caso, renunciando a todos los derechos sobre los niños nacidos producto de la FIV. La

³⁵⁰ Se ha realizado una entrevista al Dr. Hernández, miembro del área de ginecología del Hospital del Seguro. (Entrevista Dr. Hernández, Área de Ginecología Hospital del IESS, 16/04/2013).

³⁵¹ Código de Ética Médica. Artículo 109 .Acuerdo Ministerial 14660. Registro Oficial 5 de 17 de agosto de 1992.

crioconservación de embriones, es realizada solo con el consentimiento de la pareja de la cual originan los embriones.³⁵²

Finalmente, podemos establecer que en el Ecuador la práctica de la FIV está permitida, aun así cuando la legislación referente al tema es escasa, los temas que no han sido regulados a nivel legislativo, han sido regulados internamente por las clínicas especializadas donde se practica la FIV. Como resultado, el acceso a esa práctica en el Ecuador es seguro para las personas que padecen de infertilidad. Podemos reafirmar, que la interpretación de la Corte IDH sobre el tema de la FIV, no afecta a nuestro país. Porque esta práctica no ha sido restringida y se encuentra disponible en algunas clínicas privadas en Quito, Guayaquil y Cuenca. En este sentido, las parejas en Ecuador tienen la opción de planificar su familia, decidir el número de hijos que desean tener, sin que su vida privada e integridad moral se vea afectada.

³⁵²Clínica Concebir. Unidad de Fertilidad y Esterilidad. www.concebir.com.ec (Acceso:17/05/2013).

4. Conclusiones y Recomendaciones.

4.1 Conclusiones

1. De las teorías estudiadas sobre el inicio de la vida humana, considero que la teoría de la implantación o anidación es la ideal al momento de pensar en el inicio de la vida humana, porque además de estar comprobada científicamente, es real que mientras el embrión no se implante en el útero materno, este no tiene posibilidades de sobrevivir, ya que debido a la implantación, es posible que este reciba alimento, nutrientes y vitaminas necesarios para su desarrollo.³⁵³ Además, sería imposible determinar un embarazo sin que el embrión se haya implantado, porque a partir de ese momento, el cuerpo de la mujer produce la hormona del embarazo conocida como Gonodotropina Coriónica.³⁵⁴ En este sentido, el embrión antes de la implantación puede ser expulsado de forma natural por el cuerpo de la mujer, y esta nunca haberse enterado.³⁵⁵

La Corte IDH, en la sentencia del caso en estudio, ha acogido la teoría de la implantación o anidación como el momento en que inicia la vida humana, además ha equiparado ese momento como el de la concepción.³⁵⁶ Dejando de lado, la idea de que la unión del óvulo con el espermatozoide es el momento del inicio de la vida humana, y por tanto la concepción.

2. El momento de la concepción también es un tema que ha causado algunos debates, porque muchas legislaciones como la peruana y la argentina consideran que el momento de la concepción es el momento de la unión del óvulo por el espermatozoide, caso contrario, la Corte IDH basada en estudios científicos, dispuso que el momento de la concepción es el momento de la implantación del embrión en el útero de la mujer. También expongo el caso de nuestro país, en el cual no existe ninguna norma en la cual se establezca qué momento se considera el de la concepción. La Constitución de la República, y el CNA mencionan la concepción, pero al revisar esos cuerpos legales, no se determina el momento exacto de la concepción.

Sin embargo, la jurisprudencia ecuatoriana se ha pronunciado al respecto. En la resolución del TC de 23 de mayo de 2006, se establece que “no existe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una norma específica que defina cuando se produce

³⁵³ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso *Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 187.

³⁵⁴ *Ibíd.*

³⁵⁵ *Ibíd.*

³⁵⁶ *Ibíd.*

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 en el segundo inciso expresa que se prohíbe las manipulaciones médicas desde la fecundación del óvulo”³⁵⁷. El juez interpreta el art. 20 del CNA, aseverando que ya que no existe una norma específica que establezca el momento de la concepción, se debe considerar el inciso segundo de dicho artículo, tomando como pauta la fertilización del óvulo por el espermatozoide. Esta interpretación es válida, pero se debe dejar constancia, que en el CNA tampoco se especifica que el momento de la concepción es el momento de la fertilización del óvulo por el espermatozoide. El CNA prohíbe manipulaciones y experimentaciones médicas y genéticas desde ese momento, más no equipara la fertilización del óvulo como el momento de la concepción.

En la misma resolución se expresa que “el juez constitucional debe realizar una interpretación que garantice la vida del ser humano, desde el momento mismo de su formación, y para ello, aún frente a la duda, asumir por prudencia que ella se produce desde la fecundación del óvulo”.³⁵⁸ En dicha resolución, se establece que el momento de la concepción es la fertilización del óvulo por el espermatozoide, aún frente a la duda. En el Ecuador el momento de inicio de la vida es el momento de la concepción, el cual se asevera como la fertilización del óvulo por el espermatozoide.

3. La experimentación con embriones humanos, ha sido un tema bastante delicado y discutido. Por un lado, se piensa que al momento de experimentar con embriones humanos se está atentando contra la dignidad del ser humano. En nuestro país algunas prácticas en las que se utilizan embriones humanos están prohibidas por ley. Entre ellas podemos encontrar la experimentación con embriones, establecida en la Constitución de la República en su art. 66 núm. 3 literal d); el Art. 214 de la Ley Orgánica de Salud; y en el inciso segundo del su Art. 20 del CNA. El mismo establece tres diferentes prohibiciones respecto de prácticas con embriones humanos, estas son:

a) La prohibición de realizar experimentos; b) la prohibición de manipulación médica; y c) la prohibición de manipulación genética.³⁵⁹ Al prestar atención a la primera prohibición se puede constatar que se refieren únicamente a procedimientos que tengan

³⁵⁷ Resolución del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 2006, publicada en el Registro Oficial Suplemento 297 de 22 de junio de 2006. Considerando Décimo.

³⁵⁸ Resolución del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 2006, publicada en el Registro Oficial Suplemento 297 de 22 de junio de 2006. Considerando Décimo segundo.

³⁵⁹ Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 20. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

una finalidad experimental, es decir, cuando se intentan actividades que permitan comprobar o descubrir ciertos principios científicos.³⁶⁰ Por lo tanto, las prácticas que no tengan una finalidad experimental, podrían ser permitidas en embriones humanos. En cuanto a las manipulaciones médicas y genéticas, se prohíben cuando estas comprometen el derecho a la vida y la integridad a partir de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, pero en el caso, de que esas manipulaciones estén destinadas a proteger el derecho a la vida y el desarrollo integral, tampoco serían prohibidas.³⁶¹

A pesar de que la experimentación con embriones humanos este prohibida por ley, en nuestro país existen excepciones, las que se refieren a la experimentación con el genoma humano, células de línea germinal y células madre, siempre y cuando la finalidad sea diagnóstica o terapéutica.³⁶² Considero que la posibilidad de permitir la experimentación con fines terapéuticos es positiva, porque puede aportar con grandes descubrimientos científicos a la humanidad, como cura a ciertas enfermedades hereditarias, entre otras.

Cuando me refiero a experimentación terapéutica, considero la elaboración de experimentos que tengan un beneficio para la humanidad, sin el afán de modificar genéticamente a la especie humana, ni sus características innatas. Tampoco alterar las características del embrión humano, desde mi punto de vista, es una acción inconcebible, ya que se estaría atentando contra el ciclo natural de la vida.

4. La protección del no nacido o nasciturus es un tema que fue desarrollado por el Derecho Romano. En la Roma antigua se generaron tres corrientes que han marcado la historia del derecho civil.³⁶³ Los romanos consideraban al nacimiento como el momento del inicio de la existencia legal de las personas.³⁶⁴ De ese precepto se generan dos teorías: la teoría de la víscera materna y la teoría ficcionista. Las teorías mencionadas han influenciado a la mayoría de los Códigos Civiles Latinoamericanos.³⁶⁵ Estas teorías que expresan al nacimiento como el principio de la existencia legal de las personas, se encuentran plasmadas en nuestro actual CC. Es así como el Art. 60

³⁶⁰Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco. *¿Qué es un experimento científico?* <http://cbi.azc.uam.mx/documentos/FExAcredComun01.pdf> (Acceso: 19/05/2013).

³⁶¹Cfr. Farith Simon. "Derechos de la niñez y adolescencia...". *Óp. cit.*, p.49.

³⁶²Ley Orgánica de Salud. Artículo 212. Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de diciembre de 2006.

³⁶³Cfr. Rodolfo Aguello. *Manual de Derecho Romano*. *Óp. cit.*, p. 141.

³⁶⁴*Ibíd.*

³⁶⁵Cfr. Ricardo Rabinovich-Berckman. *Derecho Civil*. *Óp. cit.*, p. 194.

establece que “El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre”.³⁶⁶

Nuestro CC considera que sujeto de derechos es quien haya nacido. El mismo, establece que si no se efectúa el nacimiento, se refuta que la criatura no existió jamás.³⁶⁷ El Art. 63 corrobora esa posición al establecer que “los derechos que le corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, están suspensos hasta que el nacimiento se efectúe”.³⁶⁸ Al verificar las normas civiles ecuatorianas, podemos determinar que el nasciturus no es considerado persona, porque sus derechos están suspensos a la condición de que nazca vivo. Caso contrario, se lo considera no haber existido jamás. Sin embargo, de no considerarlo persona titular de derechos, el CC otorga una protección al no nato. En el Art. 61 se establece la protección de la vida del que está por nacer.³⁶⁹ Por esta razón, puedo determinar, que el CC si bien no considera al nasciturus una persona, si reconoce la existencia de una potencialidad de vida, es por eso que existen normas que están destinadas a proteger a la criatura que está en el vientre materno, y a reservarle los derechos que merece después del nacimiento.³⁷⁰ La postura de nuestro derecho civil, se basa en la imposibilidad de que el nasciturus sea titular de ciertos derechos, además de su incapacidad de contraer obligaciones por sí mismo.

Por el contrario, existen otras teorías de derecho romano respecto del nasciturus, como la teoría que establece que el nasciturus es un ser humano titular de derechos.³⁷¹ Esa teoría se conoce actualmente como la de la personalidad. Pienso que es inconcebible otorgar derechos a una esperanza de vida, ya que debido a las circunstancias no podría ejercerlos, al menos que nazca. Lo importante es proteger la vida del que está por nacer, esto no significa, que se lo debe considerar titular del derecho a la vida.

5. La protección del no nacido se ha plasmado a lo largo de la normativa ecuatoriana. La Constitución de la República, además de reconocer, garantizar, cuidar y proteger la vida desde la concepción (Art. 45), establece los derechos que tienen las

³⁶⁶Código Civil. Artículo 60. Registro Oficial Suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970.

³⁶⁷*Ibíd.*

³⁶⁸Código Civil. Artículo 63. Registro Oficial Suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970.

³⁶⁹Código Civil. Artículo 61. Registro Oficial Suplemento 104 de 20 de noviembre de 1970.

³⁷⁰*Cfr.* Luis Parraguez. “Manual de...”. *Óp. cit.*, p. 47.

³⁷¹Ana Carolina Valarezo. “La condición jurídica...”. *Óp. cit.*, p.25.

mujeres embarazadas, y en periodo de lactancia. (Art. 43 núm. 3). El Código Penal penaliza el aborto, sancionando a los responsables de este delito, sea la mujer embarazada o terceras personas.³⁷² El CP sanciona el delito de aborto con penas mucho menores a las establecidas en los delitos de asesinato u homicidio, situación que nos lleva a concluir, que en el CP así se proteja la vida del que está por nacer, no se lo considera persona, de serlo así, las penas en el delito de aborto serían iguales a las penas en los delitos de asesinato u homicidio.

El CNA también establece los cuidados que una mujer embarazada merece, como forma de protección al que está por nacer. En este cuerpo legal se reconoce que el derecho a la vida desde la concepción, es decir, que según esta norma el embrión tiene derecho a la vida, desde el momento de su formación.³⁷³ Además, se precautela los cuidados en el embarazo a favor de las madres y los niños³⁷⁴; también el derecho de las mujeres de recibir atención sanitaria prenatal³⁷⁵, entre otras.

La protección que brinda el Estado ecuatoriano al que está por nacer, no debe confundirse con el hecho de atribuirle el estatus jurídico de persona.

6. En cuanto al estatus jurídico del embrión, la legislación ecuatoriana se encuentra dividida en tres corrientes principales (Constitución de la República, Código de la Niñez y Adolescencia y el Código Civil). La que prevalece sobre todo el ordenamiento jurídico es el art. 45 de la Constitución de la República, en el cual se establece que “el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”.³⁷⁶ Si prestamos atención a este artículo, la Constitución no establece la protección del derecho a la vida, sino la protección de la vida en general. Por lo tanto, el Estado ecuatoriano brinda protección al concebido, más no se le reconoce el derecho a la vida. Es decir, los cuidados que el Estado brinda, como los cuidados prenatales de la mujer embarazada, garantizan que este pueda desarrollarse de forma plena hasta su nacimiento, pero no se le ha otorgado al concebido la titularidad

³⁷² Código Penal. Artículos 441- 447. Registro Oficial Suplemento 423 de 33 de diciembre de 1971.

³⁷³ Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 20. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

³⁷⁴ Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 25. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

³⁷⁵ Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 27 núm. 10. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

³⁷⁶ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 45. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

del derecho a la vida. Considero que la visión de la Constitución hacia el embrión, se simplifica en un objeto especial digno de protección jurídica.³⁷⁷

El CNA por el contrario, establece la protección del derecho a la vida desde la concepción. Su art. 2 dicta que las normas de dicho Código son aplicadas a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años.³⁷⁸ En este artículo se le atribuye la calidad de ser humano al concebido, ya que de manera general, se refiere a “todo ser humano” que según las consideraciones de esta norma es a partir de la concepción. El art. 20 establece “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción”.³⁷⁹

Finalmente, al revisar el CC ecuatoriano podemos concluir que el embrión no es considerado persona titular de derechos. En el Art. 60 se establece que el principio de la existencia legal de las personas se fija con su nacimiento. Como resultado, mientras el nasciturus no haya nacido no goza de ningún derecho según este Código, sus derechos están suspensos a la condición del nacimiento. Es más si no llega a nacer, ni siquiera se reconoce su existencia. Sin embargo, el CC tiene normas destinadas a la protección del nasciturus, que de igual manera, no son efectivas mientras la criatura no nazca. Esta corriente concuerda con algunos sistemas civiles latinoamericanos, como es el chileno, el colombiano, entre otros.

7. En la jurisprudencia internacional se ha desarrollado el tema del estatus jurídico del embrión humano. A lo largo del trabajo se expusieron algunos casos de la Corte Europea de Derechos Humanos, de la Comisión IDH y, de la Corte IDH, donde se puede observar la postura adoptada por los organismos internacionales mencionados, la cual se aleja totalmente de la visión religiosa, que establece que el producto de la concepción (unión del óvulo con el espermatozoide), se considera un ser humano pleno, titular del derecho a la vida.

Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Vo vs. Francia*, se pronunció respecto del embrión, estableciendo que merece protección por el hecho de ser un potencial ser humano, en nombre de la dignidad del ser humano, pero

³⁷⁷Cfr. María Gabriela Muñoz. *Derechos del padre del nasciturus en relación al aborto*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2011, p. 113.

³⁷⁸Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 2. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

³⁷⁹Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 20. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

eso no lo convierte en una persona con derecho a la vida.³⁸⁰ En el caso *Evans vs. Reino Unido*, se estableció que el embrión no goza de derechos independientes, tampoco del derecho a la vida.³⁸¹ Según estos casos, en la Unión Europea que el embrión no ostenta el estatus de persona.

En la jurisprudencia Americana, como el caso *Baby Boy vs. Estados Unidos* (Comisión IDH); y el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (Corte IDH), en los cuales se establece que el embrión humano no se considera persona, por lo tanto, no es titular del derecho a la vida. Se puede evidenciar, que a nivel mundial se ha discutido el tema, y la conclusión es muy similar de continente a continente, se piensa que el embrión no es persona, sino una potencial persona. Como resultado, existen derechos a los que no puede ser acreedor, por el hecho de que no puede ejercerlos por sí mismo.

8. El derecho a la vida tiene un carácter universal y es un derecho necesario para poder ejercer todos los demás derechos universales.³⁸² La CADH plasma este derecho en su art. 4.1 “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.³⁸³ Al analizar este artículo podemos establecer que se refiere a “toda persona”, para los efectos de la CADH, toda persona es todo ser humano.³⁸⁴ En este sentido, el embrión no se incluye en este artículo, ya que la misma Corte ha concluido que este no es persona.

El término “en general” a partir del momento de la concepción; deja una puerta abierta para interpretar dicha disposición, es decir, que no se especifica que desde el momento de la concepción se protege el derecho a la vida. Porque “en general” significa sin especificar o individualizar cosa alguna.³⁸⁵ Es decir, que se permiten excepciones a la regla general.³⁸⁶ Por lo tanto, se verifica que este artículo protege el derecho a la vida de las personas, no de los embriones.

³⁸⁰Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Vo vs. Francia*. Aplicación núm.53924/00, sentencia de 8 de julio de 2004, párr. 75, 82, 84 y 85.

³⁸¹Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Evans vs. Reino Unido*. Nro. 6339/05, sentencia de 10 de abril de 2007, párr. 54.

³⁸²Humanium. *Derecho a la vida*. www.humanium.org/7es7derecho-vida/ (Acceso: 19/05/2013).

³⁸³Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Artículo 4 núm. 1.

³⁸⁴*Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr.174.

³⁸⁵Diccionario de la Real Academia de la Lengua española. *En general*. <http://lema.rae.es/drae/?val=en%20general> (Acceso: 12/03/2013).

³⁸⁶*Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. “*Caso Artavia Murillo...*”. *Óp. cit.*, párr. 188.

La Convención sobre los Derechos del Niño, tampoco establece que se debe otorgar protección al derecho a la vida del embrión, porque en esta no se especifica la protección del derecho a la vida del no nato. En referencia, al preámbulo de dicho documento, donde se establece la protección y cuidados especiales antes del nacimiento; dentro de los trabajos preparatorios se establece que no se tenía la intención de hacer extensivo al no nacido lo dispuesto en la Convención, especialmente el derecho a la vida.³⁸⁷ Otro fundamento para afirmar, que el embrión no está incluido en el artículo que protege el derecho a la vida.

9. La FIV es la unión del óvulo y el espermatozoide en un laboratorio, *in vitro*, significa “fuera del cuerpo”; y por fecundación se entiende que el espermatozoide ha entrado en el óvulo.³⁸⁸ El tema no ha sido tratado con exactitud en nuestro ordenamiento jurídico.

El Código de Ética Médica, en su Art. 109 establece “La FIV será realizada por médicos especialistas en institutos o centros de investigación autorizados, previo el consentimiento de los cónyuges y ante el fracaso comprobado y total de los procedimientos naturales”.³⁸⁹ Es decir, que en nuestro país para poder acceder a este tratamiento se debe probar que por causas naturales es imposible alcanzar el embarazo; aparte expresamente establece, que los establecimientos facultados para realizar este tipo de procedimientos deben contar con la autorización requerida por el Ministerio de Salud, y los médicos que trabajan con esta técnica deben ser especialistas en el tema. El artículo mencionado, es la única regulación legal respecto del tema. En la legislación ecuatoriana no se trata de forma específica el ámbito jurídico de la FIV, sus implicaciones y consecuencias.

A pesar, de la escasa legislación que encontramos sobre el tema, en el Ecuador, esta práctica no está restringida ni prohibida. Es así, como las diferentes clínicas privadas de Quito, Guayaquil y Cuenca practican la FIV en sus pacientes de forma libre. Las regulaciones jurídicas que no han sido desarrolladas en los temas relacionados con

³⁸⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Artavia Murillo...”. *Óp. cit.*, párr. 231.

³⁸⁸ Mediplus, NIH Institutos Nacionales de la Salud. *Fecundación in vitro (FIV)*. Revisado por: Susan, Storck, MD, FACOG, Chief, Eastside Department of Obstetrics and Gynecology, Group of health cooperative of Puget sound, Bellevue, Washington. www.nlm.nih.gov (acceso: 25/01/2013).

³⁸⁹ Código de Ética Médica. Artículo 109 .Acuerdo Ministerial 14660. Registro Oficial 5 de agosto de 1992.

la FIV, como por ejemplo, la donación, crioconservación y destrucción de embriones; han sido tratados por las clínicas internamente.

En este sentido, la clínica Concebir en Quito, en referencia a la donación de embriones, selecciona donantes anónimos de óvulos y espermatozoides, también cuenta con un banco de semen y de embriones, los mismos que han sido evaluados genéticamente para descartar enfermedades infecciosas y de transmisión sexual como el VIH. Los donantes de embriones, semen y óvulos se mantienen en anonimato, además están obligados a firmar un contrato de confidencialidad. Los donantes también firman un contrato en el cual renuncian a todos los derechos sobre los niños nacidos producto de la FIV. La crioconservación de embriones, se realiza con el consentimiento de la pareja de la cual originan los embriones, caso contrario, se intenta obtener el número de embriones que serán utilizados en la FIV, con el objetivo de no destruirlos.³⁹⁰

Esta práctica no se encuentra disponible en ningún hospital del Instituto Ecuatoriano de seguridad social (IESS), debido a los altos costos del tratamiento, como resultado, solo es practicado en clínicas privadas.

4.2 Recomendaciones.

1. Con el objetivo de evitar que en nuestro ordenamiento jurídico existan vacíos legales respecto de la FIV, pienso que la Asamblea Nacional debe considerar temas que no han sido revisados a nivel legislativo. Me refiero al tema de la crioconservación, donación y destrucción de embriones. Son temas importantes que deben ser desarrollados, para evitar que se den casos de negligencia médica, de tráfico de embriones, de donación de embriones no calificados genéticamente, y la destrucción indiscriminada de embriones. Es importante que no solo estos temas sean legislados, sino también se amplíe el tratamiento jurídico que se le da a la FIV, porque la normativa respecto de esta es muy escasa, lo que conlleva a que médicos, y en muchos casos no médicos, cometan negligencia médica. Es decir, implanten embriones de otras parejas, que realicen la práctica de forma equivocada, o induzcan a la mujer a una enfermedad grave, como el Sida, por no realizarse en lugares especializados que cuenten con los equipos calificados.

La crioconservación es un tema delicado, ya que por un periodo de tiempo bastante largo, los embriones sobrantes de una FIV se mantienen congelados a

³⁹⁰ Clínica Concebir. *Unidad de Fertilidad y Esterilidad*. www.concebir.com.ec (Acceso: 17/05/2013).

temperaturas muy bajas.³⁹¹ Recomiendo, que al igual que en España, se proponga un límite de tiempo, en el cual los embriones puedan permanecer congelados, ya que estos pueden verse afectados genéticamente, lo que en un futuro podría causar daños a la criatura que nazca.

La donación de embriones está excluida de la Ley Orgánica de Trasplante de Órganos, Tejidos y Células. Al ser componentes anatómicos del cuerpo humano, deberían incluirse en la misma ley, o crear una normativa que regule el tema. La importancia de regular la donación de embriones se basa en evitar el tráfico y el comercio de embriones. Muchas personas pueden verse tentadas a lucrar de esa actividad, ya que los donantes en algunos casos reciben dinero cuando donan su esperma, sus óvulos o embriones. Además, se debe calificar exhaustivamente a los donantes, ya que pueden padecer enfermedades de transmisión sexual como VIH o hepatitis C, lo que puede resultar, en la muerte del paciente y del futuro bebe.

La destrucción de embriones humanos debe ser regulada por ley, como se estableció en párrafos anteriores, así no se considere al embrión una persona titular del derecho a la vida, se protege y se respeta su existencia, en base a la dignidad de ese futuro ser humano. En este sentido, no es correcto que se destruya indiscriminadamente embriones humanos, como si se tratara de un objeto que se puede tirar a la basura, por lo que propongo que el tema sea regulado, en base a imponer un límite en el número de embriones que cada pareja pueda obtener para practicarse la FIV, con el fin de evitar la destrucción de los sobrantes. También se puede considerar, la donación de los embriones sobrantes a parejas que no puedan obtener sus propios embriones, claro está, con el consentimiento informado y expreso de cada pareja. Y en los casos, que no se tenga un destino para los embriones, se proceda a su destrucción, también con el consentimiento de la pareja.

2. Me parece importante que la normativa dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano sea uniforme y guarde armonía, es decir, que no se encuentre diferencias en los distintos cuerpos jurídicos, aún más cuando se refieren a temas tan delicados como el momento de inicio de la protección jurídica. Considero que en lugar de tener tres posturas distintas recopiladas en la normativa, en relación a la protección del que está por nacer, se opte por dar uniformidad al ordenamiento jurídico, ya que todas las leyes

³⁹¹Cfr. María Valeria Massaglia de Bacigalupo. “Nuevas formas...”. *Óp. cit.*, p. 65.

forman parte de un solo sistema jurídico. El tener tres normas vigentes que estipulan principios tan diferentes (Constitución de la República, CNA, CC), puede ocasionar confusión al momento de aplicarlas.

Por lo que propongo que se reforme el Art. 20 del CNA, que además de tener algunos errores de redacción, que pueden causar confusión, como por ejemplo, el nacimiento de niños, niñas y adolescentes.³⁹² Se cambie principalmente la frase “derecho a la vida”, y cambiarla por un precepto similar al establecido en el Art. 45 de la Constitución de la República, “la protección y garantía de la vida. Desde el momento de la concepción”. El cambio de esa única frase, cambiaría por completo el sentido del art. 20, dejando un espacio más amplio para la interpretación, donde se referiría concretamente al interés de la vida del ser humano, más no a un derecho del cual el concebido no es acreedor.

En este punto sería importante realizar una diferenciación como la que hizo la jurisprudencia colombiana, al establecer que embrión, feto y persona, son tres fases del desarrollo natural de la especie, y que cada fase merece un tipo de protección diferente, ya que el grupo de células, no es lo mismo que un feto de seis meses, y un feto de seis meses no es lo mismo que un recién nacido.³⁹³ Al considerarse las distintas etapas del desarrollo de la especie, se podrían fijar pautas exactas que determinen la protección jurídica que el Estado debe brindar obligatoriamente, y nos evitaríamos un sin número de debates respecto del tratamiento jurídico del nasciturus, ya que este se va transformando a lo largo del embarazo.

El Art. 62 del CC es bastante antiguo, y hoy en día gracias a los avances tecnológicos, se puede determinar cuál es el momento de la concepción, ya no es necesario presumir una época por medio de fórmulas desactualizadas. Por lo tanto, considero que en lugar de elaborar fórmulas antiguas para calcular el momento de la concepción, se dicte una norma donde se adopte un momento concreto en cual se determine como el momento de la concepción, tal como lo hizo la Corte IDH, en la sentencia del caso en estudio. Comparto la postura de la Corte en cuanto al momento establecido como la concepción (implantación del embrión en el útero), ya que se ha determinado que desde ese momento, la mujer produce la hormona del embarazo,

³⁹²Cfr. Farith Simon. “Derechos de la niñez y adolescencia...”. *Óp. cit.*, p. 47.

³⁹³Cfr. Corte Constitucional colombiana. *Sentencia C-335/06 de mayo de 2006.* www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2006/c-355-06.rtf (Acceso: 22/2/2013).

además el embrión no podría sobrevivir si no se ha efectuado la implantación, ya que por medio de la madre, este se alimenta y alcanza su desarrollo.

3. En relación al momento en que se considera que la concepción se ha efectuado, la Constitución no se ha manifestado. Por lo que considero importante que en el Art. 45, se determine un momento exacto en el cual se considere que se ha efectuado la concepción. Como se mencionó en el párrafo anterior, la postura de la Corte IDH desde mi punto de vista es la más aceptada.

Bibliografía:

- Aibar Villán, Laura y Martínez Navarro, Luis. *Fecundación In Vitro*. www.hvn.es/servicios_asistencia/ginecologia_asistencia/ficheros/clase2011_fecundacion_in_vitro.pdf
- Álvarez, Ursicino. *Instituciones del Derecho Romano*. Madrid: Editorial revista de derecho privado, 1977.
- Ayala Corao, Carlos. “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*. Año 5 nro.1 (2007).
- Aznar, Justo. *El embrión humano un ser biológico en peligro*. www.observatoriobioetica.com/presentaciones/embrion_humano.pdf
- Ballesteros, Jesús. *El estatuto del embrión*. www.ulia.org
- Bergel, Salvador D. y Minyersky, Nelly (coords.). *Bioética y Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni editores S.A., 2011.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. 17ma ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 2005.
- Casado, M y Egozcue, J. *Documentos sobre investigación con embriones*. Observatori de Bioética i Pret. Barcelona, 2000.
- Chávez Asencio, Manuel F. *La persona humana*. www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/11/dtr/dtr1.pdf
- Ciccione, Lino. *Bioética. Historia, principios, cuestiones*. Barcelona: Pelicano, 2005.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. 2da ed., t. I, Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1941.
- Clínica Concebir. *Unidad de Fertilidad y Esterilidad*. www.concebir.com.ec
- Clínica Sandoval. *Fertilización in vitro*. www.clinicasandoval.com.ec
- Corral Talciani, Hernán. “La existencia legal de toda persona principia al nacer: una nueva lectura para una vieja norma”. *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso, 56 (2010).
- Costa, José Carlos. *Protección al concebido. Vigencia de los principios rectores del derecho romano en la legislación argentina*. www.edictum.com.ar/miweb4/congreso/jose%20carlos%20costa.doc
- Cruz Ponce, Lisandro. *El Nasciturus*. <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/67/art/art2.pdf>.

- Culleton, Alfredo. *Tres aportes al concepto de persona: Boecio (substancia), Ricardo de San Víctor (existencia), y Escoto (incomunicabilidad)*. www.unizar.es/sofime//revista_index_archivos/articulos_2010/articulo_06.pdf
- Diccionario de la Real Academia de la lengua española. <http://lema.rae.es/drae/?val=en%20general>.
- Duquea, Gonzalo y Albornoz, Jaime. *El factor tubario en la era de la fecundación in vitro*. www.clinicalascondes.com/area_academica/pdf/MED_21_3/7_El%20factor_duque.pdf.
- Elizari, J.F. “Congelación de semen, óvulos y embriones”. *Nuevas técnicas de reproducción, Familia cristiana*, (1986).
- Estévez, Agustín et al. *Bioética y Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 2011.
- Fernández Sassarego, Carlos. *¿Qué es ser “persona” para el derecho?* dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_13.pdf
- Figuroa Yáñez, Gonzalo. *Derecho de la persona, del genoma al nacimiento*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Flecha Andrés, José Román. *Bioética. La fuente de la vida*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2005.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.) *El control difuso de convencionalidad*. México: Fundap Editorial, 2012.
- Galindo Garfías, Ignacio. *Derecho Civil*. México: Editorial Porrúa, 1980.
- García Fernández, Dora. *La adopción de embriones humanos. Una propuesta de regulación*. Tomo II. México: Editorial Porrúa, 2007.
- García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1967.
- García Ramírez, Sergio. *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. México: Instituto de investigaciones jurídicas-UNAM, 2002.
- Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. *La fecundación in vitro y la filiación*. Primera edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1993.
- Humanium. *Derecho a la vida*. www.humanium.org/es/derecho-vida/
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. San José: Editorama S.A., C.R.: IIDH, 2008.

- Junquera de Estéfani, Rafael. *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.
- Krsticevic, Viviana y Liliana Tojo (coord.) *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. San José: CEJIL, 2007.
- Larrea Holguín, Juan. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Séptima edición actualizada. Volumen 3. Quito: Corporación de estudios y publicaciones, 2005.
- López, Ángeles. *Presupuestos Bioéticos y Biojurídicos para una crítica a la ley española sobre “Técnicas de Reproducción Asistida”*. http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12726/1/PD_23_06.pdf
- Loyarte, Dolores y Rotonda, Adriana. *Procreación humana artificial: un desafío bioético*. Segunda Edición. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- Luna, Florencia y Arleen L.F. Salles (eds.). *Decisiones de vida o muerte*. Buenos Aires: Sudamericana, 1995.
- Marapi Salas, Ricardo. *Debate sobre la “píldora del día después” se agudiza en Ecuador*. www.agenciapulsar.org/dd-hh/debate-sobre-pildora-del-dia-despues-se-agudiza-en-ecuador/
- Massaglia de Bacigalupo, María Valeria. *Nuevas formas de procreación y el derecho penal*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 2001.
- Mediplus, NIH Institutos Nacionales de la Salud. *Fecundation in vitro (FIV)*. Revisado por: Susan, Storck, MD, FACOG, Chief, Eastside Department of Obstetrics and Gynecology, Group of health cooperative of Puget sound, Belluve, Washington. www.nlm.nih.gov
- Méndez, Juan y Francisco Cox (Ed.) *El futuro del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*. San José: IIDH.
- Merlyn Sacoto, Sonia. *Sujetos de la Relación Jurídica*. Primera edición. Loja: Editorial de la Universidad de Loja, 2011.
- Ministerio de Salud Pública. *Anticonceptivo de Emergencia*. www.salud.gob.ec
- Mondragón Reyes, Salvador. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/29/salvador%20mondragon%20reyes.pdf
- Monroy Cabra, Marco. *Introducción al Derecho*. 13 era ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2003.

- Moro, Almaraz. *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*. Barcelona: 1988.
- Nash, Claudio. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago de Chile: Fundación Ford y Fundación Open Society, 2012.
- Nikken, Pedro. “El artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos como fundamento de la obligación de ejecutar en el orden interno las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En material de estudio JUR0532, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, profesora Daniela Salazar, segunda parte, I semestre 10-11.
- Palacios Zuloaga, Patricia. *La aplicabilidad del derecho a la vida al embrión o feto en la jurisprudencia internacional durante 2004*. www.corteidh.or.cr/tablas/R21484.pdf.
- Pareja, María José. *Fecundación in vitro. Determinación del momento en que empieza la protección jurídica a la vida humana y la experimentación científica*. Tesis de grado. Universidad San Francisco de Quito. Quito, 2011
- Parraguez Ruiz, Luis. *Manual de derecho civil ecuatoriano. Personas y Familia*. Volumen I. Loja: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2005.
- Peña, Catalina. “Legislación ecuatoriana y biotecnología”. *Revista de Derecho*. Nro. 4. Quito: UASB-Ecuador / CEN, 2005.
- Perfumo, Patricia. *Esterilidad e infertilidad*. Curso de Postgrado en salud reproductiva. Cátedra de Ginecología de UNR PROAR. 2004. www.gfmer.ch/educacion_medica_ES/pdf/pareja_infertil.pdf
- Pontificia Universidad Católica del Perú. *Conoce el Sistema Interamericano*. Concurso.pucp.edu.pe/derechos-humanos-comision-interamericana-de-derechos-humanos
- Ramírez, Juan V. *Fisiología Fetal*. [www.uv.es/~jvramire/apuntes/passats/obstetricia/TEMA%20O-01%20\(2002\).pdf](http://www.uv.es/~jvramire/apuntes/passats/obstetricia/TEMA%20O-01%20(2002).pdf)
- Ravinovich-Berckman, Ricardo D. *Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2000.
- Reichlin, Massimo. *The argument from potential: a reapaisal, en Bioethics*. Vol. 11, No. 1, 1997.
- Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2818).

- Rosas Castañeda, Juan Antonio. *Ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Perú y la reforma constitucional*. www.oocities.org/es/tadi_unmsm/ejecucion_sentencias_cidh.pdf
- Sambrizzi, Eduardo A. *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot Lexis – Nexis Argentina S.A., 2001.
- Sebag, Louis. *Personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*. París: Libraire du RecueilSirey, 1938.
- Simon, Farith. *Derechos de la niñez y adolescencia: De la Convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales*. Tomo II. Quito: Cevallos Editora jurídica, 2009.
- Stasiow, Roxana y Simoncelli, María Isabel. “El embrión humano. Aspectos éticos y biológicos del informe Warnock ante las nuevas evidencias científicas”. *Vida y ética*, año 10, nro. 1, Buenos Aires, 2009. <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/embrión-humano-informe-warnock.pdf>
- Universidad de Navarra. *Embriogénesis humana. Desarrollo desde la primera célula hasta...* www.unavarra.es/genmic/expicia/desarrollo-embrión.pdf.
- Velázquez, José Luis. *Del Homo al Embrión. Ética y biología para el siglo XXI*. Primera edición. Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 2003.
- Valencia, Pablo. *Tratamientos de fertilidad*. www.cerhvalencia.com
- Ventura Robles, Manuel. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente”, *Revista IIDH*, vol. 32-33, (2000-2001).
- Vidal, Marciano. *Bioética. Estudios de Bioética Racional*. Tercera Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.
- Vidal Casero, María del Carmen. “La experimentación con embriones/feto”. *Revista de Bioética y Ciencias de la Salud*, vol. 4, Nro. 2. www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/investigacionensayosclinicos/embrión.pdf.
- Warnock, Mary. *A question of life, The Warnock report*. Londres: Basil Blackwell, 1984.
- Zambrano, María del Pilar y Estela B. Sacristán. *El valor de la vida del embrión en la jurisprudencia estadounidense y argentina*. www.biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/134/art9.pdf

Plexo Normativo:

Código Civil. RO-S 104: 20 de noviembre de 1970.

Código Civil (Argentina). 01 de enero de 1871.

Código Civil (Chile). Actualizado al año 2000. 01 de enero de 1857.

Código Civil (Colombia). 24 de agosto de 1873.

Código Civil (Perú). Decreto Legislativo Nro. 295. 25 de julio de 1984.

Código de Ética Médica. Acuerdo Ministerial 14660. Registro Oficial 5 de agosto de 1992.

Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial 737 de 03 de enero de 2003.

Código del Trabajo. Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2005.

Código Penal. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células. Registro Oficial 398 de 04 de marzo de 2011.

Ley Orgánica de Salud. Registro Oficial Suplemento 423 de 22 de diciembre de 2006. Última modificación el 24 de enero de 2012.

Ley de Propiedad Intelectual. Registro Oficial Suplemento 426 de 28 de diciembre de 2006. Última modificación 19 de octubre de 2012.

Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Convención Americana de Derechos Humanos. (Pacto de San José) 1969. Ratificado por el Ecuador el 12 de agosto de 1977.

Convención sobre los Derechos del Niño. Decreto ejecutivo No. 1330, Registro Oficial 400, de 21 de marzo de 1990.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe de fondo No. 85/10*. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 14 de julio de 2010.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General No. 14* (2000).

Comité de Derechos Humanos. *Observación General Nro. 6. Derecho a la vida*. 16 periodo de sesiones, 30 de abril de 1982.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-13/93*, de 16 de julio de 1993.

Jurisprudencia Nacional.

Tribunal Constitucionales del Ecuador. *Caso Nro. 0014-2005-RA*. Resolución de 23 de mayo del 2006. Registro Oficial Nro. 297, de 22 de junio de 2006.

Jurisprudencia Internacional.

Corte Constitucional colombiana. *Sentencia C-355/06* de 06 de mayo de 2006. www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2006/C-355-06.rtf

Davis vs. Davis. 842. S.W. 2d. 588 (63).

Kass vs. Kass, 91 N.Y. 2d 554, 696 N.E. 2d 174, 673 N.Y.S.2d 350 (N.Y. 1998).

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia No. 2000-02306*, de 15 de marzo de 2000, expediente No. 95-001734-007-CO.

Tribunal Constitucional del Perú. *Exp. Nro. 02005-2009-PA/TC “Acción de lucha anticorrupción”*. Sentencia de 16 de octubre de 2009.

Jurisprudencia Interamericana.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baby Boy vs. Estados Unidos*. Caso 2141, informe No. 23/81, OEA/Ser.L/V/II. 54, doc. 9rev. 1 (1981).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros*. Cumplimiento de sentencia, 28 de noviembre de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Evans vs. Reino Unido*. (No. 6339/05), sentencia de 10 de abril de 2007.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso Vo vs. Francia*. Aplicación núm. 53924/00, sentencia de 8 de julio del 2004.