



**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA**

**ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA**

**TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL**

**El concebido en la Legislación Ecuatoriana y sus derechos reconocidos por  
la Jurisprudencia.**

**TRABAJO DE TITULACIÓN.**

**AUTORA: Espinoza Macancela, Prissila Tatiana**

**DIRECTOR: Maldonado Ordoñez, Jorge Alberto, Msc**

**CENTRO UNIVERSITARIO AZOGUES**

**2016**



*Esta versión digital, ha sido acreditada bajo la licencia Creative Commons 4.0, CC BY-NY-SA: Reconocimiento-No comercial-Compartir igual; la cual permite copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, mientras se reconozca la autoría original, no se utilice con fines comerciales y se permiten obras derivadas, siempre que mantenga la misma licencia al ser divulgada. <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>*

2016

## **APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

Magister.

Jorge Alberto Maldonado Ordoñez.

**DOCENTE DE LA TITULACIÓN**

De mi consideración:

El presente trabajo de investigación **El concebido en la Legislación Ecuatoriana y sus derechos reconocidos por la Jurisprudencia** realizado por la postulante **Espinoza Macancela Prissila Tatiana** ha sido orientado y revisado durante su ejecución, ajustándose a las normas establecidas por la Universidad Técnica Particular de Loja; por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, Noviembre de 2015.

f) Msc. Jorge Alberto Maldonado Ordoñez

**DOCENTE DE LA TITULACIÓN**

## DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo, Espinoza Macancela Prissila Tatiana, declaro ser autor(a) del presente trabajo de titulación: El concebido en la Legislación Ecuatoriana y sus derechos reconocidos por la Jurisprudencia de la Titulación: MAGÍSTER EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL, siendo Maldonado Ordoñez Jorge Alberto director(a) del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición de Art.88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

f. ....

Autor: Espinoza Macancela Prissila Tatiana

CI. 0302298120

## **DEDICATORIA**

Dedico este proyecto de tesis a Dios porque ha estado conmigo a cada paso que doy, cuidándome y dándome fortaleza para continuar; a mis padres, quienes a lo largo de mi vida han velado por mi bienestar y educación siendo mi apoyo en todo momento; y, a mi enamorado Guido, compañero inseparable de cada jornada, quien con su gran esfuerzo y tesón ha estado en mis momentos de decline y cansancio.

Ellos han depositado su entera confianza en cada reto que se me presenta sin dudar ni un solo momento en mi inteligencia y capacidad. Es por ellos que soy lo que soy ahora. Los amo con mi vida.

Prissila Tatiana Espinoza Macancela

## **AGRADECIMIENTO**

El presente trabajo de tesis primeramente me gustaría agradecerle a ti Dios por bendecirme para llegar hasta donde he llegado, porque hizo realidad este sueño anhelado.

A la Universidad Técnica Particular de Loja por darme la oportunidad de estudiar y ser un profesional.

A mi director de tesis, Magister Jorge Maldonado Ordoñez por su esfuerzo y dedicación, quien con sus conocimientos, su experiencia, su paciencia y su motivación ha logrado en mí que pueda terminar mis estudios con éxito.

Le doy gracias a mis padres Eugenia y César (+) por apoyarme en todo momento, por los valores que me han inculcado, y por haberme dado la oportunidad de tener una excelente educación en el transcurso de mi vida. Sobre todo por ser un excelente ejemplo de vida a seguir.

A mi enamorado Guido, por ser una parte muy importante en mi vida, por haberme apoyado en las buenas y en las malas, sobre todo por su paciencia y amor incondicional.

Para ellos: Muchas gracias y que Dios los bendiga.

Prissila Tatiana Espinoza Macancela.

## ÍNDICE DE CONTENIDO

CARATULA .....	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN.....	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	iii
DEDICATORIA .....	iv
ÍNDICE DE CONTENIDO .....	vi
RESUMEN.....	1
ABSTRACT .....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I.....	5
EL CONCEBIDO.....	5
1.1 Antecedentes históricos .....	6
1.2 Teoría de la ficción.....	9
1.3 Teoría de la personalidad .....	11
1.4 Concepto de nasciturus .....	14
1.5 El concebido en las diferentes legislaciones .....	17
CAPÍTULO II.....	20
LA PERSONALIDAD DE LAS PERSONAS: INICIO Y FIN.....	20
2.1 Comienzo de la personalidad: concepción .....	21
2.1.1 Teoría de la concepción.....	25
2.1.2 Teoría de la continuidad.....	28
2.1.3 Teoría de la anidación.....	30
2.1.4 Disposiciones del Código Civil en relación con la presunción de la concepción.....	32
2.1.5 La concepción: computación de los plazos. ....	34
2.2 El nacimiento .....	36
2.2.1 Teoría de la vitalidad.....	39
2.2.2 Teoría de la viabilidad.....	39
2.2.3 Disposiciones establecidas en el Código Civil.....	40
2.2.4 Condiciones para que el nacimiento se constituya en principio de existencia legal.....	43
2.3 Fin de la personalidad.....	45
2.3.1 Efectos jurídicos.....	45
CAPÍTULO III.....	48
EL CONCEBIDO EN LA LEGISLACION ECUATORIANA Y SUS DERECHOS RECONOCIDOS POR LA JURISPRUDENCIA.....	48

3.1 Aspectos generales .....	49
3.2 El principio de la protección legal de la vida del nasciturus .....	51
3.3 Derechos personalísimos.....	52
3.3.1 Constitución: derecho a la vida.....	52
3.3.2 Delitos contra la vida.....	55
3.3.2.1 <i>El aborto</i> .....	55
3.3.3 Disposiciones establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia.....	59
3.4 Derechos patrimoniales .....	63
3.4.1 Críticas al Art. 63 del Código Civil.....	63
3.5 El concebido dentro de la jurisprudencia.....	66
3.6 El concebido como persona dentro de las diferentes legislaciones .....	68
3.7 Análisis de la sentencia dictada en el caso No. 0014-2005-RA.....	72
CONCLUSIONES .....	78
RECOMENDACIONES.....	80
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	82

## RESUMEN

En nuestro país el estatus jurídico del concebido es muy complejo y ambiguo originando grandes debates a su posición dentro del derecho, en lo concerniente a considerar si el concebido es una persona titular de derechos, o es considerado dentro de la ficción como persona. Un sinnúmero de doctrinas basadas en el derecho romano y actual, sin embargo hasta el momento no se determina la verdadera naturaleza del concebido como persona con derechos suspensos hasta que se produzca el nacimiento.

Se pretende determinar las posturas de nuestros legisladores sobre el tema, con el análisis de las diferentes teorías acerca del comienzo de la vida, así como el tratamiento jurídico que se le debe dar al embrión humano a lo largo de la historia de la vida del derecho, y las diferentes posiciones de las normativas nacionales como internacionales sobre el tema. Para poder contrastarlos con el análisis a la luz de la sentencia del ex Tribunal Constitucional, para poder concluir que en nuestro país, el concebido es considerado un ser humano con estatus jurídico de una persona titular de derechos.

**PALABRAS CLAVES:** Constitución de la República del Ecuador, Código Civil, Derecho Civil, Derecho Constitucional, Jurisprudencia.

## ABSTRACT

In our country, legal status of the unborn is very complex and ambiguous. As a result, in law it has induced into serious debates such as, if an unborn is a right holder or it is considered in fiction as a person. Besides, there are many doctrines based on the Roman and present doctrine, but the true nature of the unborn as a person with suspended rights until its birth has not been determined yet.

The main purpose of this research is to determine the different positions of our legislators about this topic. For getting results is necessary to apply an analysis divided in some theories such as the early life and the legal treatment for human embryo throughout history life of the law. Besides, the last theory seeks to know the different positions about the national and international regulations. The aim of this examination is to contrast with the clear analysis of the judgment of the former Constitutional court. In order to conclude that in our country an unborn is considered as a human being with legal status of a right holder.

**KEYWORDS:** Constitution of the Republic of Ecuador, Civil Code, Civil Law, Constitutional Law, Jurisprudence.

## INTRODUCCIÓN

En la presente investigación sobre el concebido en la legislación ecuatoriana y sus derechos reconocidos por la jurisprudencia, dentro del análisis y su estudio sobre los derechos del concebido en nuestra legislación, y, la sentencia del ex Tribunal Constitucional sobre las consecuencias de la pastilla del día después si es o no abortiva y violenta los derechos del concebido. Igualmente poder determinar si el ser humano desde la etapa embrionaria, o sea desde su concepción es considerado una persona titular de derecho o una etapa embrionaria con esperanza de vida llamémoslo así con supuestamente derechos suspensos hasta cuando nazca.

Esta es la grande controversia que existe desde la antigüedad hasta la actualidad en si se considera al embrión humano es decir al concebido una persona titular de derechos, en el mundo tanto de juristas, religiosos y científicos quienes no han podido llegar a una verdadera conclusión sobre este tema al respecto. Es la discusión de todos los letrados y el punto de discusión, cuándo empieza o inicia la vida, cuál es el tratamiento que debería dársele dentro la legislación, cuáles son sus verdaderos derechos reconocidos por el Estado y cuál de ellos se violenta, claro que uno de ellos y el principal es el derecho a la vida, será acaso que es el único derecho que tienen el concebido el cual se deberá protegérsele en todas sus instancias, cuál es el pronunciamiento de la doctrina y jurisprudencia.

Será acaso que con la sentencia dictada por el ex Tribunal Constitucional, es el principio fundamental para poder determinar cuáles son los verdaderos derechos del concebido y donde empieza el principio de la vida humana, el mismo ex Tribunal Constitucional ratifica que en la normativa ecuatoriana no existe una definición clara donde indique cuando se inicia la vida, si es en verdad al momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, lo único que reza en la normativa civil que es considerada persona desde que nace, es decir el nacimiento es la pauta para determinar la personalidad de una persona.

Sin embargo concluye el ex Tribunal que por existir un ser humano en estado de formación, tiene todo el derecho a la vida y no se puede permitir que ningún tipo de medicamento produzca daño, más aún, no puede irse contra nuestro ordenamiento jurídico que protege la vida en todas sus instancias es decir desde su concepción, razón por la cual en su sentencia se concede la acción de amparo constitucional.

Su resolución emitida por el Tribunal Constitucional está muy bien definida y clara por que se acoge a los principios constitucionales donde se protege, respeta y garantiza la vida desde su concepción, igualmente en el Código de la Niñez y Adolescencia se establece el derecho a la vida desde el momento de la concepción y, en cambio la normativa civil establece la existencia legal de las personas con el nacimiento. Claro que la verdadera realidad de nuestra normativa jurídica el concebido no es considerado una persona titular de derechos el mismo que no ostenta el estatus de sujeto de derecho y obligaciones, claro es ilógico que al existir la protección de la vida del concebido desde su concepción no tenga todas las garantías fundamentales que como persona tienen todos los demás.

**CAPÍTULO I**  
**EL CONCEBIDO**

## 1.1 Antecedentes históricos

De acuerdo a la evolución dogmática jurídica del concebido su conceptualización se ha ido perfilando a través de los tiempos, visualizada en el derecho romano, en el canónico medieval y en la codificación civil. Para el profesor Carlos Fernández Sessarego, con el deliberado propósito de precisar cuál era el tratamiento jurídico del concebido, sostienen que del examen de los textos se puede concluir que sólo el nacimiento determina el inicio de la subjetividad y, por ende de su capacidad jurídica. Advierten que aunque en dichos textos no aparece una clara enunciación, se colige del modo implícito cuando dichos textos refieren a situaciones concretas, relativo a ciertas instituciones adscritas al concebido, se descarta la posibilidad de considerarlo sujeto de derecho o, específicamente, como persona.

Como es bien sabido, fue el Derecho Romano el que estableció que el ser humano alcanzaría la capacidad jurídica y, por ende, la personalidad natural o física, hasta el momento de su nacimiento vivo y con forma humana. Antes del parto, se consideraba al embrión como parte del cuerpo y de las entrañas de la mujer: “partus enim antequam edatur mulieris portio est, velviscerum” sin embargo, es necesario mencionar que los romanos tomaban en cuenta, para considerar el comienzo de la personalidad, al concebido, ya que para algunos efectos jurídicos se retrocede a un tiempo anterior al nacimiento, tomando en cuenta al hombre no nacido pero sí concebido, al nasciturus. (Arrascue, 2006)

Agustín Bravo González, sostiene que los romanos han admitido que el infante simplemente concebido podrá prevalerse de un derecho, debe ser considerado provisionalmente como vivo y debe reservársele su derecho, bajo la condición de que nazca viable. De aquí esta sentencia aún verdadera: “infans conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur –el infante concebido se tiene por nacido, siempre que sea en su beneficio-.” Por el contrario si algo le desfavorecía o le causaba un perjuicio la ficción no entraría en juego. (Arrascue, 2006)

La expresión anterior no quiere decir que al concebido se le tuviera ya por nacido y gozara por lo tanto de capacidad jurídica, sino más bien que en ciertas condiciones la capacidad jurídica del nacido vivo se retrotraía en sus efectos al momento de la concepción. Como se puede apreciar, el derecho romano protegía al nasciturus, ingresaba en defensa de su existencia física y de su integridad; le reservaba derechos que desde el momento del nacimiento se le habrían transmitido (siempre y cuando naciera vivo y viable), es por eso

que su capacidad se calculaba desde el momento de la concepción, no así desde el momento del nacimiento. (Arrascue, 2006)

La carencia de capacidad del concebido se refiere a dos aspectos importantes, en función de la familia y de él mismo, para Fernando Sessarego determina que la incidencia en la protección jurídica en casos singulares, no tienen fundamento en el interés del propio concebido sino en el pater-familia, en los casos el aborto en función de la spes prolis del marido son sancionados, donde se frustraba la esperanza de la paternidad, es decir que la visión del concebido subordina a la institución de la familia, variando al centrar la concepción en el nasciturus. (Arrascue, 2006)

En el derecho romano el nacimiento era lo que determinaba el inicio de la capacidad jurídica, descartándose la posibilidad de considerarlo al no nacido como persona, claro que algunos jurisconsultos romanos como Gayo, Celso y Juliano, sostenían que el no nacido no se lo podía considerar entre los humanos in rebus humanis ni entre las cosas de la naturaleza in rerum natura. (Bonfanti, 1979) Arias Bonet sostenían que el no nacido no se lo reconocía como sujeto de derecho, sino que sólo protegía sus intereses y su futura persona. (Arrascue, 2006)

En la época Canónica medieval tertuliano sostenía que los nasciturus tenían alma propia, y que por ser una criatura eterna debería condenarse el aborto intencional, otros en cambio manifestaban que el alma ingresaba en el concebido cuando tomaba figura humana, razón por la cual el aborto intencional era sólo a partir de esa etapa de evolución del feto. La influencia de la tradición canónica medieval se hace sentir en la concepción del concebido. Según Fernández Sessarego, los códigos que se suceden no varían el principio forjado en el Derecho Romano, pero dándole una acepción más amplia. No es sólo la salvaguarda de los intereses patrimoniales del concebido, protegidos y reservados a la espera del nacimiento, sino que se tutela al concebido en sí mismo, aunque no llegue a ser considerado técnicamente como un sujeto de derecho, se le valora por lo que él mismo representa un ser dotado de alma, un ser de naturaleza humana. (Arrascue, 2006)

En el derecho romano la concepción del concebido en la edad media tenía las mismas consideraciones jurídicas, protegiendo ciertos intereses a la espera del nacimiento donde recién surgía la persona con capacidad jurídica. Baldo comienza el inicio de la teoría de la ficción del embrión algo que subyacía en el pensamiento de los jurisconsultos romanos, que fijaba a través de los códigos civiles contemporáneos un sistema romano germánico

occidental. En las codificaciones civiles no existe un reconocimiento subjetivo al concebido, considerándose su nacimiento para efectos jurídicos bajo condición suspensiva, adquiriendo sujeto de derecho de acuerdo a la normativa, es decir cuando nace adquiere sus derechos siempre y cuando nazca vivo. (Arrascue, 2006)

En la legislación romana el concebido era considerado como una fisonomía jurídica, una anticipación de persona, o una persona futura, el profesor Sebag sostenía que el concebido, aun cuando no tenía la plenitud de la capacidad jurídica, su nacimiento era considerado para todo aquello que le fuera favorable, aspecto legal reflejado por las Máxima “Infans conceptur pro nato habetur quotis de commodis ejer agitur” es decir se lo consideraba no nacido por una parte y por otra cuando se trataba sobre la protección de sus intereses. En el derecho romano el concebido se lo ha considerado solo para aquellos actos que le fueren favorables, principio que se originó por larga evoluciones jurídicas. Esto se corrobora con el profesor Sabino Ventura Silva donde sostuvo que el derecho romano otorgó protección al concebido, pero no reconocía al feto como sujeto de derecho, protegiendo sólo sus intereses especialmente de carácter sucesorios los cuales quedaban supeditados a su nacimiento. (Cruz Ponce, L)

Los juristas romanos implementando la jurisprudencia por Justiniano que se distinguía lo justo de lo injusto, negaron la categoría de sujeto de derecho al concebido por creer que solo las personas podrían adquirirla cumpliendo con ciertos requisitos el status libertae es decir la libertad del romano; el status civitatis aplicable al ciudadano romano el juscivilis en contraposición de los ciudadanos no romanos los cuales eran protegidos por el jus Gentium; y el, status familiae otorgado para el peter familias quien absorbía todos los derechos personales y patrimoniales del domus. (El Concebido)

Los derechos del nasciturus se regulaban en el Digesto (D.1,6,26.), que señalaba textualmente: “(p.26). Los hijos ya concebidos son considerados en casi todo el derecho civil como nacidos; pues se les restituyen también las herencias legítimas, y si una mujer encinta hubiera sido apresada por los enemigos, el hijo nacido tiene el derecho de recuperar su condición libre por el postliminio, y sigue a su vez la condición del padre o de la madre según sea legítimo o no. Además, si una esclava encinta hubiere sido sustraída, aunque hubiere parido en poder de un comprador de buena fe, su hijo ya nacido, en cuanto ha sido hurtado, no se podrá adquirir por usucapión”. 2 A su vez, en el Digesto (D. 25,4,1.) también se señala textualmente: “...pues el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o sus vísceras...”.

Finalmente, el Digesto (D.35,2,9.) señala literalmente:“...Respecto al hijo que esperaba una esclava no se admite distinción de momentos, y no sin razón, pues en tanto aquél no ha nacido no se dice que exista un esclavo”.

A pesar de lo señalado en las referidas normas, CASTÁN VÁZQUEZ indica que en el Derecho romano se reconocía una igualdad ontológica entre el nacido y el nasciturus. Dicha igualdad no se funda en una ficción, sino en la realidad. Aunque el autor no señala a qué realidad se refiere es deducible que se refiera al hecho del parto. De esta forma, para el referido autor, las modernas concepciones de persona, personalidad, sujeto de derecho y capacidad jurídica han trastocado dicha concepción romano justiniana. (Barcia Lehmann, 2000)

## **1.2 Teoría de la ficción**

La teoría de la ficción que es parte de la plataforma de las fuentes romanas clasistas y acogidas en diferentes normativas civiles donde admiten la protección del concebido nasciturus pro iam nato habetur quotiens de comodi seius agitur, en el corpus iuris civilis, partus dum in ventre portatur speratur, es decir que antes del parto el concebido es simplemente una esperanza del hombre. En la concepción de los civilistas Valencia y Ortiz el nasciturus en el derecho romano, era considerado como una ficción jurídica y con el nacimiento se consideraba persona, es decir se creía que sólo el que nacía vivo era adquisitivo de personalidad sin admitir excepciones, de ahí el principio de ficción que consideraban al concebido como si ya hubiese nacido para precautelar su principio, claro que en la actualidad los juristas no necesitan de la ficción para afirmar que la personalidad comienza antes del nacimiento. (Hung Gil, 2009)

Esta es la razón por que el derecho romano estableció reglas claras para proteger al nasciturus durante su gestación, y garantizar sus derechos que adquirirá al momento de nacer, las cuales su normativa protectora giraba en torno a la prohibición del aborto que fuera provocado por la madre o un tercero, dotándolo de un curador ventris para la protección de sus intereses, se lo admitió ser instituido heredero en testamentos y conferírsele posesión de bienes a la mujer en cinta, misio in possessionem ventris nomine y que su estatus personarum fuera determinado en atención al momento de la concepción. (Bulte, 2010)

En el derecho romano la protección del nasciturus en relación a sus derechos estaba en torno a la posibilidad de que el hijo póstumo pudiera concurrir a la herencia de su padre a través de la sucesión, es decir esta protección de su patrimonio equiparaba al nasciturus a la del natus solo para efectos que le fuere favorables. Savigny en relación a la ficción sostiene que la capacidad jurídica del nasciturus empieza con el nacimiento cuando el neonato es separado completamente del claustro materno, es decir el concebido resulta capaz para heredar por una ficción anticipando la capacidad del concebido, en esta teoría al concebido se lo considera como nacido para los fines de adquisición de eventuales derechos, equiparándolo al nasciturus en un estatus jurídico del nacido, con sus derechos en una condición suspensiva, con el nacimiento se adquiere todos sus derechos, caso contrario de existir un aborto o muere el neonato se consideran que los derechos nunca se adquirieron. (Hung Gil, 2009)

Las leyes han podido llegar a la posición absurda, proveniente de la pandectística alemana y en particular de Savigny, de colocar el hombre qui in ventre est, bajo una capacidad concedida por ficción jurídica. A pesar de ello su existencia resulta necesaria para los intereses de los nacidos, pues la más radical posición pragmática, desea conservar, precisamente por su pragmatismo, derechos como el de la sucesión patrimonial mortis causa, que no podrían darse si ese hombre que está en el vientre no los generara. (Gayosso, 1992)

La teoría de la ficción contiene varias posturas centradas en la justificación de la existencia de ciertos derechos otorgados a favor del nasciturus, claro que carece de fundamento al afirmar que el concebido no se encuentra en el mundo de los hombres, o por no estar en contacto directo con la vida social, por tratarse de un ser humano en pleno desarrollo. (Hung Gil, 2009) Espinoza sostiene que “el ordenamiento normativo le brinda protección al concebido en atención a que se trata de una individualidad jurídica y real”. (Espinoza Espinoza, 2006)

José María García Marín señala que: “Ya desde los tiempos clásicos se fueron concediendo ciertos efectos al acto de la concepción con el fin de proteger los derechos del futuro individuo. Es evidente que el Derecho recurre aquí a la ficción de entender por nacido al feto, cualquiera que sea el tiempo de la gestación, con el objeto de proteger sus expectativas de derechos. Nada más indicativo de su afán por defender los futuros intereses del nondum natus que el recurrir una vez más a

la ficción de considerarlo nacido sólo para aquello que le pueda beneficiar". (García Marín, 1980)

La teoría de la ficción es la que se somete a la existencia del concebido con la condición suspensiva de sus derechos, sin necesidad de refutarlo como nacido para atribuirle derechos especialmente en patrimoniales adscritos a él siempre y cuando nazca vivo, por considerarse una esperanza de vida tal como menciona el corpus iuris civiles, es decir mientras se encuentre en el claustro materno el feto, se espera que llegue a ser hombre, esta raíces por ser romanistas fueron insertadas en las normativas civiles con un principio unánime que todo los beneficios que el concebido tiene será cuando nazca.

### **1.3 Teoría de la personalidad**

Esta teoría considera al concebido como una persona antes de su nacimiento, por lo tanto es titular de derechos civiles, asumiéndose la condición de nacido, aún si viviera por unos cuantos segundos después de ser separado de su madre. Freddy Andrés Hung Gil, sostiene que la teoría de la personalidad parte de la consideración de la personalidad jurídica del ser humano o sea del concebido, teoría con génesis en el derecho romano y alineada en la tradición legislativa ibérica y latinoamericana, cita a Pierangelo Catalano el cual sostiene que en la doctrina italiana y romanista mexicana Gayosso y Navarrete afirman la existencia de una paridad ontológica de las fuentes romana clásica y justiniano entre qui in uterosunt y natus, su analogía entre el concebido y el hombre se oscurece bajo la doctrina pandentísticas y civilistas, y por conceptos abstractos como la personalidad, subjetividad y capacidad jurídica que coadyuvaron a la negación de la paridad ontológica en lo normativo.(Hung Gil, 2009)

Gayosso y Navarrete sostienen al respecto:

Tal discusión es el resultado de la diferente interpretación que los romanistas, canonistas y civilistas han dado a los opiniones de los jurisconsultos clásicos romanos y no a una auténtica discrepancia entre éstos; mucho menos a una contradicción entre tales opiniones jurisprudenciales contenidas en las fuentes del derecho romano. (Gayosso, 1992)

José Carlos Acosta sobre esta teoría afirmo que conoció y aplicó a la solución de casos concretos los supuestos del nacimiento y la concepción en lo tocante a la protección del nasciturus para asumir finalmente la segunda como la más justa, con la salvedad de que

debe verificarse el nacimiento con ciertos requisitos como revalidación de la protección conferida a aquél desde el vientre materno. (Acosta, 2006) Freddy Hung al referirse sobre la teoría de la personalidad para fundamentar la paridad antológica entre el nasciturus y natus para la condición de persona, sobre sus defensores ponen en tela de duda sobre portio mulieris defendida del fragmento de Ulpiano donde sostiene que:

Aparece evidéntísimamente en este Rescripto, que los senadoconsultos sobre reconocimiento de hijos no tuvieron aplicación, si la mujer disimulase que estaba embarazada, o aún si lo negase; y no sin razón, porque el parto, antes que se dé a luz, es parte de la mujer o de sus entrañas; pero después de haber sido dado a luz el parto por la mujer, ya puede el marido pretender por derecho propio por medio de interdicto o que se le exhiba el hijo, o que se le permita llevárselo, extraordinariamente. Así, pues, el Príncipe auxilia en caso necesario. (Hung Gil, 2009)

Lo que trata la cita es sobre la improcedencia del reconocimiento de los hijos no nacidos, porque mientras no nazcan están ligados al cuerpo de la madre, esta conexión entre los juristas romanos sobre la noción de homines y qui in utero sunt es desechada por el comentario clásico sobre la solución del caso de una mujer divorciada que es refutada por su ex marido, que niega estar embarazada por cuanto la exhibición del hijo in utero no procede, es decir que Ulpiano dirige su preocupación en los casos que tras el divorcio y la muerte de su marido puede ocultarse o simularse el embarazo. (Hung Gil, 2009)

Al referirse Ulpiano sobre la capacidad del concebido y su ficción jurídica sostiene que “no es pupilo el que está en el vientre por lo tanto no le corresponde la Tutela”. Modestino para cancelar la analogía entre el nasciturus y natus, sostuvo que “más el que está en el vientre, aunque en muchas partes de las leyes se le compara con los ya nacidos, sin embargo, ni en el presente caso, ni para los demás casos civiles, le aprovecha al padre; y esto se dijo en la Constitución del Divino Severo.” Ulpiano da una clara percepción de la cita de Modestino sosteniendo que la curatela romana, que era la carga civil personal de honor no podrá renunciarse, al menos que la persona designada lo alegue, es decir se refiere a que la existencia de qui in utero sunt no sirve de excusa al padre para el ejercicio de un cargo civil. (Hung Gil, 2009)

Para Lisandro Cruz cita a Fernández Sessarego donde hace referencia a la conceptualización del derecho para el análisis de la personalidad del concebido, donde

establece que el derecho es un sistema de normas que tiene una función relacional emanada de la voluntad del Estado impuesta en forma coactiva, es decir como lo menciona Kelsen el derecho es el sistema de normas y la persona una construcción lógica formal. Es decir la persona es una realidad natural, su existencia de hombre no la da el Estado, sino que es inherente al sujeto humano, que el presupuesto formalista y realista son visiones fragmentarias del problema, enfoques parciales de una misma realidad. (Cruz Ponce,L) Luis Díez Picazo y Antonio Guillón sostienen que los ordenamientos jurídicos se han encargado de señalar el comienzo de la personalidad, por saber en qué momento puede ser un ser sujeto de derecho, heredar y poder transmitirlo. (Diez Picazo, 1978)

Angelo Serra en cambio manifiesta que existe contraposiciones sobre la personalidad del concebido, por una parte considera que mientras no tenga el concebido semejanza humana no es humano, en cambio otros consideran que el ser humano se forma cuando empieza el proceso de fertilización, es decir que en los tres primeros meses de gestación el embrión por ser un minúsculo conjunto de célula, no significa que no sea un ser humano, pues desde su concepción se puede determinar que es un individuo bien definido, para llegar adquirir la forma y semejanza del individuo. Serra se apoya en el criterio de que el concebido no es el potencial de humano, sino que es totalmente humano que de forma continua se va creando para llegar a su propia forma. (Cruz Ponce,L)

La crítica de la personalidad del nasciturus se basa en que la misma asimila los conceptos de vida humana y persona humana, que según algunos autores como Orgaz en la doctrina argentina manifiestan que no son necesariamente equivalentes. Por otra parte, entra en el foco de la discusión, la naturaleza de los derechos otorgados al concebido (derechos actuales aunque sometidos a una condición) y la solución legislativa adoptada por el Código Civil argentino que considera que el concebido que muere antes de la separación completa del cuerpo materno, se reputa como si nunca hubiese existido (Art. 74 del Código Civil argentino). (Hung Gil, 2009)

La tesis de la personalidad es una de las más ampliamente debatidas y pese a los obstáculos que debe sortear a fin de garantizar su plena sustentabilidad en los planos doctrinal y legislativo, tiene a su favor la plena defensa del concebido basada en su equiparación con el natus. Su abolengo romano y el contenido ético que subyace en su base conceptual, la convierten en una las teorías más completas en cuanto a la protección del nasciturus. Al analizar la teoría de la personalidad, la misma que ha sido adoptada por la legislación argentina, cabe mencionar que a nuestro punto de vista dicha teoría no sería las

más indicada a seguir por nuestro ordenamiento ecuatoriano en las reformas que a futuro se realice a la Ley Civil en esta materia. (Hung Gil, 2009)

La teoría de la subjetividad en cambio se puede considerar al concebido como sujeto de derechos convirtiéndose en el centro de impugnación de derechos y deberes adscribible del ser humano, importante sobre esta teoría es la explicación que la da el jurista Fernández Sessarego, donde menciona que el concebido no es un persona natural, pero tiene vida humana aun cuando no se ha producido su nacimiento, sujeto de derecho distinto y autónomo, centro de referencia de derecho desde su concepción hasta su nacimiento. (Fernández Sessarego, 1988)

#### **1.4 Concepto de nasciturus**

El nasciturus es el concebido aún no nacido *nondum natus*, es el ser humano en el periodo de su vida que va desde el momento de la concepción hasta el momento del nacimiento, y se desarrolla en las diferenciadas etapas de embrión y de feto. Por embrión debe entenderse el ser humano desde la fecundación hasta el tercer mes del embarazo; por feto se entiende el ser humano desde el tercer mes de embarazo hasta el momento del parto. Dentro del periodo embrionario se habla de distintas fases, en cualquiera de las cuales nos encontramos en presencia de un ser humano en las primeras fases de su existir, en el cual no hay saltos cualitativos, pues es siempre el mismo cuerpo biológico, aunque su morfología no coincida todavía con la del hombre adulto. (Serra, 1996)

Entonces la palabra nasciturus, es la voz latina que identifica al ser humano concebido que se encuentra aún en el claustro materno, concepto diverso al de *natus*: ser ya nacido. En la terminología jurídica como asevera Catalano existe una línea de continuidad desde la República romana al Principado y que se extiende hasta el siglo XVIII, en la que el término técnico para identificar al concebido no nacido parte de la locución: *Qui in utero sunt* (los que están en el útero). Otras expresiones como *conceptus*, *liberi nondum nati*, *qui nasci speratur*, resultan menos frecuentes o provienen de fuentes tardías. (Hung Gil, 2009)

Freddy Hung sostiene que la doctrina tradicional admite la categoría genérica nasciturus la cual engloba dos especies: la *conceptus* o ser concebido que no es otra cosa que el ser humano en su etapa prenatal hasta el desprendimiento del claustro materno, tutelado en sus diversos ámbitos por el ordenamiento jurídico; y la *concepturus* o *nondumo* el que habrá de ser concebido, es decir, el ser por nacer a una realidad futura con derechos futuros, a favor

del cual que por medio de una ficción legal se realiza una atribución patrimonial, terminología adoptada por la doctrina jurídica para expresar la posibilidad del nacimiento de un ser humano que no esté concebido en el instante de realizarse un determinado acto jurídico, cuya eficacia dependerá de su nacimiento. (Hung Gil, 2009)

Alberto Calvo define el nasciturus como el aún no nacido nondum natus el mismo que comprende desde el momento de su concepción, su desarrollo en todas sus etapas embrionarias y fetales, hasta su nacimiento, algo importante que recalca el jurista es que la etapa embrionaria comprende desde su fecundación hasta el tercer mes de embarazo y feto se entiende desde el tercer mes hasta el momento del parto. Durante todo su periodo embrionario y fetal estamos en presencia de un ser humano aunque no coincida todavía con el hombre adulto. (Calvo Mejjide, 2004)

Natalia López Moratalla sostiene que el proceso que constituye un nuevo ser humano es la fecundación. Con él se prepara la materia recibida de los progenitores para dar una unidad celular con las características propias de inicio o arranque de un programa de vida individual; esto es, con capacidad de comenzar a emitir o expresar el lenguaje genético del nuevo individuo. El engendrar de los padres, la fecundación natural, acaba en la formación de una célula con un fenotipo característico, el cigoto, que inicia su ciclo vital. (Lopez Moratalla, 2002)

Desde el punto de vista del ser humano el nasciturus es una persona desde su fase embrionaria y fetal, realidad que debería ser reconocida por el derecho positivo para superar las concepciones decimonónicas de la persona y aceptar las concepciones jurídicas constitucionales del reconocimiento como sujeto titular de los derechos inherentes de todo ser humano, eliminado las incongruencias entre la norma constitucional y el Código Civil, porque desde la perspectiva del derecho civil protege los efectos que le fueren favorables así como el reconocimiento de cierto derechos civiles como el recibir donaciones y herencias, pero niega en cuanto a su dignidad y sus derechos fundamentales. (Lucas Lucas, 2001)

Para José Carlos Abellán, las personas gozan de una autonomía que permite que se desarrollen como tales. Esto se logra mediante una sucesión de actos voluntarios y, la mayoría de las veces, libres. El embrión humano es una persona y por lo tanto posee, como los demás seres humanos, una autonomía intrínseca. En caso de conflicto de dos voluntades autónomas como lo es la de la madre y la del

embrión que se encuentra en su vientre, el Derecho hace prevalecer la autonomía de la madre con un valor autárquico, es decir, con un poder para “gobernarse” a sí misma. Ante esta situación, es indispensable reivindicar el valor objetivo que representa la autonomía que posee el embrión humano, la cual se deriva de su dignidad como ser humano. (Abellán Salort, 1999)

Alberto Spota manifiesta al respecto que el concebido dentro del derecho positivo es una persona por tener una existencia desde su concepción en el seno materno, y es desde ese momento que adquiere capacidad jurídica y/o la aptitud para la titularidad de algunos derechos, adquiridos si nace y disueltos si no nace, es decir se considera no haber nunca nacido. (Spota, 1949) Se puede considerar que el concebido es el ser humano que está por nacer y que para su subsistencia dependa de su madre, está dentro del ordenamiento jurídico genéticamente individualizado, que lo convierte en un centro de imputaciones de derechos que le favorezcan o sea es un sujeto de derecho privilegiado, que por estar en estado embrionario y fetal es un ser humano autónomo que por no ser una persona está sujeto a derechos disminuidos, claro que cuando nazca sus derechos son tomados en cuenta a plenitud.

Marcial Rubio sostienen que “es vida humana que aún no ha nacido, pero que tiene existencia para el Derecho, la vida humana comienza con la concepción.” (Rubio Correa, 1992) “(...) El concebido es un ser humano que, aunque incapaz de entender y de querer- y hasta un cierto momento de sentir- es un fin en sí mismo y no puede ser reducido a la calidad de medio o instrumento para lograr otros fines” (Fernández Sessarego, Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas, 1990)

En la normativa civil al referirse al principio de la existencia de las personas sostiene que el nacimiento de la persona fija el principio de su existencia legal desde que es separado completamente de su madre, si muriese la criatura en el vientre materno o si perece se reputará como no haber existido jamás, presumiéndose que la criatura nace con vida, de alegarse lo contrario deberá probarse lo contrario, sin embargo no existe con claridad los derechos que se le debe dar al nasciturus lo único que manifiesta es que la Ley protegerá al que está por nacer, siendo el juez a petición de parte o de oficio emitir las providencias necesarias para proteger su existencia del no nacido, cuando crea estar en peligro, otorgándosele a la madre toda la responsabilidad que atente contra su vida o salud, sancionándola después del nacimiento. Los derechos que tiene el concebido estarán

suspensos hasta su nacimiento por constituir el principio de la existencia y goce de sus derechos. (Código Civil Ecuatoriano, 2005)

### **1.5 El concebido en las diferentes legislaciones**

El análisis de las legislaciones de diferentes países muestra que ordenamientos jurídicos con una normativa similar a la nuestra en lo relativo a las personas naturales se diferencian enormemente en cuanto al estatuto jurídico del ser humano concebido y no nacido. Los códigos oscilan entre posiciones diametralmente opuestas, que va desde atribuirle la calidad de persona, hasta negarle todo atisbo de subjetividad, calificándolo de parte de las entrañas de la madre, quien libremente puede decidir su eliminación.

Al analizar el Art. 45 de la Constitución de la República del Ecuador, que expresa: “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. **El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción**” (las negritas me corresponde); nos manifiesta que la protección al nasciturus no consiste en un reconocimiento de un derecho fundamental en su favor, sino una categorización como objeto de protección.

Sin embargo la resolución emitida por el ex Tribunal Constitucional ecuatoriano que tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la determinación del inicio de la vida del ser humano y sobre si el nasciturus puede ser considerado como persona, llegaron a la conclusión de que la vida comienza desde la concepción es decir 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; es así que se prohíbe de la venta de la píldora anticonceptiva de emergencia (PAE) conocida con el nombre de “postinor 2”, llevándonos a una interpretación que se entiende que se otorga una protección de la vida del que está por nacer.

Pese a que desde el punto de vista de las normas jurídicas vigentes, el Código Civil ecuatoriano, claramente estipula que la existencia legal de la persona principia con el nacimiento, indicándonos así que la existencia legal de toda persona natural principia al nacer. Al haber analizado brevemente al nasciturus en nuestra legislación ecuatoriana, que posteriormente detallaremos en los próximos capítulos, sin dejar a un lado la especial protección que también tiene el concebido en las diferentes Constituciones Políticas de varias naciones latinoamericanas, donde se refieren especialmente al ser humano desde el

momento de la concepción. Así es el caso de los países como República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Paraguay, Colombia, Chile.

En la República Dominicana en la constitución del 2010 expresa que el derecho a la vida es inviolable desde la concepción hasta la muerte. No podrá establecerse, pronunciarse ni aplicarse, en ningún caso, la pena de muerte. (Constitución de la República Dominicana, 2010) Claro que el mismo precepto no ha cambiado en la actualidad, en la Constitución de El Salvador en su considerando primero establece que El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social. (Constitución de la República de El Salvador, 1983)

En Guatemala en su normativa constitucional sobre el derecho a la vida expresa que “el estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona. (Constitución de la República de Guatemala, 1985) Igualmente sucede con la Constitución de Paraguay donde claramente expresa que el derecho a la vida, es inherente a la persona humana, garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte. Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentará la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, sólo con fines científicos o médicos (Constitución Nacional de la República del Paraguay, 1992)

En la normativa constitucional de Colombia en su Art. 11 se establece el derecho a la inviolabilidad de la vida, se instituye además que la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación, y durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia. (Constitución Política de Colombia, 1991)

En los derechos fundamentales de los niños se determina que son la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la

recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. (Constitución Política de Colombia, 1991)

La normativa constitucional Chilena determina que la Constitución asegura a todas las personas: El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona. La ley protege la vida del que está por nacer. La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado. Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo; La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados ni esclavos. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencia arbitraria. (Constitución Política de la República de Chile, 1980)

**CAPÍTULO II**  
**LA PERSONALIDAD DE LAS PERSONAS: INICIO Y FIN**

## 2.1 Comienzo de la personalidad: concepción

Max Coellar sostiene que persona viene de la voz latina PERSONARE, que significaba máscara, término utilizado por los romanos designado a la máscara que los actores del teatro usaban para resaltar lo que representaban en escena; el origen etimológico de la palabra que estrictamente jurídico no corresponde en su significación a ser humano, como se suele creer y aún definir. Entonces debemos considerar que el término “persona” en su significado evolucionó de “máscara” a “actor”, es decir a ser humano que representa un papel, pero no a ser humano, hombre o mujer, como una entidad psico-biológica, porque en el campo jurídico, sólo nos puede interesar la manera en que dirige sus acciones (su conducta) y la cualidad o condición con la que actúa; entendiéndose así que una persona es todo sujeto susceptible de ser titular de derechos y obligaciones. (Coellar Espinoza, 1991)

Gabriela Valdivieso manifiesta que etimológicamente *persona* o *personae* era la máscara que usaban los actores en la antigua roma para caracterizar a quien representaban, donde se fue acomodando primero para confundirse con el actor y luego con el representado, a la final este vocablo es considerado como sinónimo de hombre, como protagonista de la vida, que en definitiva es utilizado para referirse al ser humano, expresa la jurista que los legisladores ecuatorianos se excedieron en detalles definiendo a la persona en cualidades innecesarias en la normativa civil, donde reza que persona es todo individuo de la especie humana cualquiera que sea su edad, sexo o condición, igualmente sucede con la legislación argentina cuando sintetizó el concepto partiendo del vocablo entes que puede ser un todo o nada “todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones”, ya que estos son cualidades de las mismas que no pueden ni deben estar juntos cuando se trata de definirlos. (Valdivieso Ortega, 2008)

Existen diferentes teorías para dar una explicación sobre la persona, a simple vista la conceptualización de esta palabra parece no tener dificultad técnica, pero es la que ha hecho surgir grandes debates, su discusión proviene de todas las épocas y de todos los lugares con diferentes corrientes de pensamiento, que incluso en la actualidad no se ha podido llegar a un verdadero consenso sobre su contenido, discrepándose con las actuales teorías las unas con las otras. Con las primeras corrientes de pensamiento comenzó la discrepancia entre lo que es una persona natural y ser humano por haberse apoyado más en lo biológico que en lo jurídico así lo expresó el ilustrísimo escritor Benjamín Carrión, y que se afirmaba que persona es aquel ser que el derecho determine como tal. (Carrión, 1950)

Ilva Hoyos expreso que “el hombre y la persona (natural) no son términos sinónimos, el hombre existe en la naturaleza, la persona solamente en el derecho “expresa también que de acuerdo con la ciencia del derecho la persona no es ni ente ni ser, peor menos la realidad antropológica de ser humano, sino que jurídicamente es una conceptualización abstracta para atribuirle de capacidad para poder ser titulares de derechos subjetivos. (Hoyos Castañeda, 2000)

Abelardo Torr  sostiene que a la persona se la debe considerar no desde el punto de vista plenario sino jurídico, es decir desde su propia conducta ya que no coincide su concepto jurídico con el antropológico, por lo que persona natural no es lo mismo que persona en su realidad plenaria. (Torr , 1999) Pero Puig sostiene que por existir la esclavitud en el tiempo romano, y los siervos que fueron considerados como hombres que fueron improvisados de la condición de persona, es el motivo de su distinción entre ser humano y persona. (Puig Peña, 1976) Existen otros tratadistas que sostienen y dan una similar apreciación de la persona y ser humano, sostienen que jurídicamente persona es la que es capaz y susceptible de tener derechos y obligaciones y no como el concepto vulgar que se consideraba a la persona como cualquier individuo de la especie humana, y que en la normativa civil existe casos de seres vivos que no son considerados personas por encontrarse en el vientre materno.

Puig expresa que la personalidad es la condición que el derecho exige y confiere para poder tomar parte del mundo jurídico, es una investidura que actúa de condición sine que non para proyectar y recibir los efectos jurídicos. Es un marchamo sin el cual no se puede entrar en el campo de la juridicidad. (Puig Peña, 1976)

La conceptualización de todos estos tratadistas dentro de la teoría clasista positivista de la persona expresaron que, la persona natural o jurídica es una creación legal donde el legislador determinaba quien es persona y sus requisitos para que se cumpla dicha categoría, es decir no tenían identidad entre ser humano y persona, que en alguno de los casos un ser humano no puede ser considerado como una persona.

A pesar de aquello existe otra teoría como la lus naturalista que est  en contra de la clasista, la misma que justifica intrínsecamente entre ser humano y persona, la cual considera que la persona natural es característico al individuo del ser humano, porque podría suceder que se quebrante la sociedad y se divida en dos clases de personas,

hombre-persona convertido en Juez del hombre-natural. Lo importante de esto es que la persona sea considerada como sinónimo de hombre, identificable con el ser humano, con la única condición de pertenecer a la especie humana, es decir al homo sapiens, sin ningún tipo de condición natural o jurídica, ya que la persona no es creada por el derecho, por ser predecesor de él.

Abelardo Torr  expresa que no puede haber ni habido seres humanos que carezcan en absoluto de personalidad jurídica, es decir que no sean personas en sentido jurídico. Inclusive los esclavos si bien se compraban y vendían, teniendo en esas relaciones el carácter de cosas, siempre tuvieron algunos derechos, aunque limitadísimos, por la sencilla razón de que eran seres humanos, y en consecuencia tenían personalidad jurídica. (Torr , 1999)

Lo que explican los juristas es que no puede haber persona sin ser este humano primero, con personalidad jurídica y titular de derechos, así se encuentre limitado por su condición o por alguna arbitrariedad en el ordenamiento jurídico, pero jams  se podrá decir o poder afirmar que el ser humano no sea una persona, por ser una acepción contradictorio y absurda a la lógica del derecho, es decir la persona es ser humano desde su principio hasta su muerte, individuo de la especie humana sin distinción de edad, sexo o condición.

Esta concepción se encuentra plasmada en la actualidad en la normativa civil de nuestro país donde establece que personas son todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición, la Convención Americana de Derechos Humanos sostiene que persona es todo ser humano, así como el reconocimiento de su personalidad jurídica y de su vida desde la concepción, afirmándose que la personalidad jurídica es inherente al ser humano.

Vivian Varona sostiene que el tema de la personalidad proviene a lo largo de la historia, en roma por ejemplo para adquirir la personalidad era necesario cumplir con los tres status principales como el libertatis, civitatis y status familia para considerarse persona, es decir era la capacidad jurídica que adquiría la persona, claro que en la actualidad no basta ser hombre para ser persona, sino que estar investido de la capacidad jurídica y los requisitos naturales y físicos con la condición de hombre, y los requisitos pertenecientes al reconocimiento de la capacidad de derecho. En su análisis Varona cita a Fernández Julio, Delio Carreras y Rosa María Y nez los mismos que sostienen que persona en un sentido

amplio al hablar de hombre están enmarcados a todos los seres humanos, es decir una persona. (Varona Santiago, 2012)

Paula Oña expresa que persona es cualquier individuo de la especie humana y que en parte es coincidente con el concepto jurídico de la misma por existir otros entes que no tienen esta naturaleza, por estar la noción jurídica de persona referida a un criterio funcional que a elementos naturales, jurídicamente persona es todo ser capaz de tener derechos y contraer obligaciones, de acuerdo a la funcionalidad determinada por la aptitud existen circunstancias donde los conceptos jurídicos se difieren, como el caso de los seres humanos vivos que no son considerados personas para el derecho, ejemplo de ello es la criatura que se encuentra en el vientre materno considerado como ser humano viviente, y por el contrario existen entes no humanos que el derecho atribuye personalidad como es las personas jurídicas. Sánchez Román, *persona* es toda entidad física o moral, real o jurídica y legal, susceptible de derechos y obligaciones, o de ser término subjetivo en relaciones de Derecho. (Oña Mejía, 2009)

La normativa civil establece que las personas son naturales y jurídicas. Es decir hace alusión que es persona todos los individuos de la especie humana, cualesquiera sea su edad, sexo o condición, las cuales se dividen en ecuatorianos y extranjeros. La definición de persona natural no es otra cosa que el individuo de la especie humana que puede ser sujeto de derecho y obligaciones, Francisco Ferrara distingue tres significados de la palabra persona uno en sentido físico-antropológico es decir el hombre, en lo teológico- filosófico como un ente racional con capacidad de querer y en sentido jurídico como función jurídica, en la cualidades del derecho y su capacidad. (Ferrara, 1929)

En cambio persona jurídica no es más que una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente, lo que se debe apreciar es que existe una errónea redacción en el artículo anteriormente mencionado, ya que según el Diccionario de la Real Academia significa lo que atañe a derecho o se ajusta a él. Si la persona natural es sujeto indiscutiblemente de derechos y obligaciones, por ende tiene personalidad jurídica, al igual que lo tienen las personas jurídicas pese a que son entes de existencia no visible que son representadas por personas naturales. Debiendo cambiarse la designación "persona jurídica"; por persona abstracta, ficticia, artificial; y, si se conservará la actual denominación, el inciso segundo del artículo 40 del mismo *ibidem* debería comenzar con la expresión: "de las personas jurídicas", porque de ellas trata el Título final del Libro I, y no de la personalidad jurídica. (Oña Mejía, 2009)

Juan Larrea Holguín sostiene que “hay, pues, dos clases de seres con personalidad: de un lado, las personas físicas, de carne y hueso, como dice Josserand, que tienen una existencia material; de otro, las personas jurídicas o morales que no tienen existencia corpórea, física, sino inmaterial, puramente jurídica” (Larrea Holguín, 1991)

En definitiva la persona está dividida en persona natural son todos los seres humanos y las personas jurídicas o abstractas son las organizaciones, asociaciones o entidades constituidas para ejercer un fin y adquirir personería jurídica es decir es el sujeto de derechos que no sea el hombre.

La conceptualización de la persona natural es decir del hombre se basa en el ente individual, sustantivo, único del derecho objetivo cuya personalidad es adquirida por su cualidad fundamental o consustancial, atributo que le acompaña por el simple hecho de serlo, por tener aptitud inherente como titular de derechos y obligaciones, es decir la personalidad está estrechamente relacionado con la persona y la persona es el presupuesto inevitable, obligatorio, ineludible de la personalidad, es decir su razón de ser, para llegar a unificarse como ser humano. Entonces se puede decir que la personalidad dentro del ordenamiento jurídico es otorgada a todos los seres humanos, desde que nacen, ostentando desde esos momentos derechos y contrayendo obligaciones, señalándose claramente la personalidad y la capacidad jurídica.

Es así que la personalidad jurídica es la condición previa de todos los derechos y de las condiciones jurídicas subjetivas fundamentales del hombre, en la normativa civil considera a la persona como un sinónimo de sujeto de derecho enmarcada como referencia a la persona natural, razón por la cual persona son todos los individuos de la especie humana cualquiera que sea su edad, sexo o condición, claro sin ningún tipo de discriminación. Lo que condiciona el derecho civil es que una persona es todo individuo, sin necesidad de estar previstos de la condición anatómica normal. Además la personalidad es la esencia de la persona, a la cual se le puede atribuir derechos fundamentales normados en el derecho constitucional, en cambio que la personalidad jurídica se puede mencionar como la extensión de la persona sujeto de derechos.

### **2.1.1 Teoría de la concepción.**

La teoría de la concepción sostiene que la personalidad de todo ser humano empieza en los inicios de la vida en el vientre materno, es decir en el momento mismo de la concepción, entendiéndose que el concebido ya es una persona con una personalidad, convertida en aptitud susceptible de titularidad de derechos y obligaciones, confirmado con las disposiciones de la normativa civil donde establece que la persona, niño, adulto, adolescente y otros semejantes son aplicables a los individuos de la especie humana, sin ningún tipo de distinción, es decir que todos los seres humanos son personas naturales.

Pero existe la duda si la personalidad es inherente al ser humano por ser un individuo de la especie humana o es una condición conferida por el ordenamiento jurídico, razón por la cual existe diferentes teorías, la concepción es una de ellas la misma que sostiene que con el inicio de la vida en el vientre materno surge la personalidad, la misma que es protegida por las disposiciones legales pertinentes desde la madre hasta el embrión o feto como la penalización del aborto, protección de la mujer embarazada, etc., el objetivo de esta teoría es la comprobación exacta de la concepción para poder determinar el inicio de la personalidad.

Ana Carolina Valarezo sostiene que de acuerdo a varias teorías expuestas, afirman que el nasciturus es una persona desde la concepción, el cual ha generado varios debates por no llegar a un acuerdo entre la ciencia y la tecnología y los científicos y los juristas, sobre esta palabra, lo que ha generado un grandísimo grado de incertidumbre sobre el instante preciso de la concepción, provocando diferentes corrientes de pensamientos sobre la vida humana, la teoría de la concepción es una de ellas la misma que sustenta que la existencia de la vida humana comienza en el instante mismo de la concepción o fecundación, que no es otra cosa que la unión de las células sexuales masculinas y femeninas. (Valarezo Guevara, 2007)

Ana Carolina Valarezo expresa que cuando los científicos hablan de fecundación, no se refieren a la unión de los gametos masculinos y femeninos, sino al proceso de las etapas, llegando a la última de ella que es la singamia, en definitiva la fecundación no solo comprende la unión de las células sexuales masculinas y femeninas, sino que para llegar al intercambio cromosómico tiene que pasar la célula sexual masculina por varios obstáculos, que no tardara más de 24 horas, el profesor Sadler manifestó que el nasciturus ya tiene una combinación de cromosomas diferentes a sus progenitores, lo que se considera científicamente que el no nato es un individuo nuevo. (Valarezo Guevara, 2007)

Gonzalo Figueroa expresa que “constituye un proceso largo y complejo, que se prolonga desde que la cabeza del espermatozoide entra en el citoplasma del óvulo hasta la fusión de los dos pronúcleos. La fecundación no se perfecciona simplemente con la penetración del espermatozoide a través de la zona pelúcida, la fecundación tardará aproximadamente 24 horas y su resultado final, cuando los pronúcleos de los gametos ya se hayan fusionado, es el cigoto”. (Gonzalo, 2001)

Juan Espinoza Espinoza hace una reflexión sobre la individualización y la concepción, entendiéndose la primera por el proceso de fusión nuclear que dura aproximadamente 12 horas hasta la creación del cigoto. Y la segunda se refiere únicamente a la unión del espermatozoide con el óvulo. (Erazo Sarzosa, 2014)

La teoría de la concepción determina el comienzo de la vida, pero sobre aquello existen varios debates si la concepción empieza o no con la unión de células sexuales o al momento de la implantación del ovulo fecundado en el útero. El derecho a la vida del feto es más importante que cualquier elección de la madre al momento de utilizar métodos artificiales que impidan su desarrollo o el abortar, quienes consideran que la vida comienza en la unión de las células sexuales expresan que se les debe dar la completa protección del concebido.

Mery Williams sostiene que la vida empieza con la unión de las células sexuales por ser en ese momento donde se crea un nuevo ser, con su propio y único código genético, razón por la cual no se puede considerar como lo hacían en la antigua roma que el concebido era parte del cuerpo de la madre, es más el concebido por considerarse humano está investido con toda la protección del caso. Lo más elemental sostienen la autora que el comienzo de la vida humana es un hecho biológico natural, pero moral, religioso y legal. (Williams, 2002)

El tratadista Alberto Calvo Meijide expresa que persona es todo individuo de la especie humana que tiene su propia individualidad con titularidad de derechos y obligaciones, por lo tanto todo ser humano empieza con la concepción y termina en el momento del nacimiento con código genético propio e individualidad. Lo importante del concebido es poder calificar jurídicamente sus derechos desde su naturaleza y su importancia personal y social, considerándose desde ya como una persona que está por nacer, debido a que en la misma legislación se reconoce ciertos derechos civiles como la donación y la herencia y porque no reconocerle desde ya ciertos derechos civiles como políticos, claro que sus derechos están suspensos hasta el momento de su nacimiento y no son eficaces hasta que

nazca, esta es la razón que el autor expresa que deben aplicarse dichos derechos desde el momento de su concepción sin ningún tipo de condiciones, por ser derechos inherentes al ser humano. (Calvo Meijide, El Nasciturus como sujeto de Derecho:Concepto Constitucional de persona frente al Concepto Pandectista-Civilista)

### **2.1.2 Teoría de la continuidad.**

Esta teoría no es otra cosa que la fecundación, dando inicio a un ciclo de vida del ser humano, el cual es el resultado de un proceso biológico a partir del cual se inicia el desarrollo constante de la fase de una nueva vida creada continuamente, es cuando se produce la fusión de ambas células sexuales generando la membrana de fecundación que impide el paso de nuevos espermatozoides. Para que exista la fecundación es importante indicar que el tiempo promedio de vida del espermatozoide es de 12 a 24 horas dentro de las vías genitales femeninas y 24 en el caso del óvulo, en consecuencia la fecundación se daría un día antes o un día después de la ovulación, uniéndose las células sexuales forma el óvulo fecundado donde es la unión de los 23 cromosomas de cada uno, que dan vida a un nuevo ser, implantándose después en el ovario, suceso que ocurre entre el séptimo y décimo sexto día después de la fecundación.

Los que consideran que la concepción se produce con la fecundación la asume la iglesia católica, en el momento de la singamia, que es el intercambio de los gametos lo que da inicio a la vida humana y su protección jurídica a través de los convenios internacionales de los Derechos Humanos, es decir, desde el momento en que el óvulo es fecundado se crea un nuevo ser, dicha consideración la confirma la genética moderna es decir que con la fecundación da inicio un nuevo ser humano el cual debe ser respetado desde su concepción como una persona; en cambio los que consideran que la implantación es el momento de la concepción esta teoría llamada también la teoría de la anidación creen que la concepción se produce no en el intercambio de gametos sino que después de los catorce días de la fecundación, concluyendo que cualquier acto o declaración de voluntad sobre el embrión antes de ese tiempo es objeto de derecho y no sujeto de derecho.

La fecundación es un proceso biológico progresivo que culmina con la conjugación de los pronúcleos del óvulo y del espermatozoide –o singamia. Luego de que el espermatozoide ha penetrado el ovocito, se produce, aproximadamente entre las doce y dieciocho horas posteriores, la combinación de los cromosomas, configurándose así el intercambio de la información cromosómica que determina la

aparición de una nueva y exclusiva estructura genética, es decir la formación del genotipo. A partir de ese momento, se encuentra fijado el programa de lo que será la nueva entidad humana viviente, genéticamente única y autónoma, ya que, aunque dependa de la madre para subsistir durante la gestación, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético, del cual dependerá el aspecto morfológico y morfo genético de cada momento de su vida. (Blasi, 2009)

En suma, la combinación cromosómica de las células reproductivas genera la célula más especializada, o cigoto, restableciéndose así el número diploide de cromosomas, dando vida a un nuevo ser humano con individualidad genética, diversa e inédita de la de sus progenitores, iniciándose de este modo un proceso uniforme y progresivo que estará guiado por él mismo. (Blasi, 2009)

El Profesor Jerome Lejeune afirma que el ser humano existe “desde el momento de su concepción, desde el instante en que a la célula femenina le llega toda la información que se contiene en el espermatozoide” (Lejeune, 1993) Dora García Fernández expresa que para dar una explicación del proceso de fecundación o concepción del ser humano es necesario explicar que la célula fecundada cuenta con 46 cromosomas formado por millones de genes con características únicas e irrepetibles que es el genoma o código genético. Con la unión de los gametos masculinos y femeninos resulta la dotación de 46 cromosomas, 23 del padre y 23 de la madre, dando como resultado que el embrión humano es tal desde que comienza la fecundación, dando origen al embrión con características propias y unidad individual, es decir es la de un ser humano. (García Fernández, 2009)

Existen muchas teorías sobre el inicio de la vida, si sucede cuando se produce la fecundación o cuando se produce la implantación de óvulo fecundado, incluso llegando a confundir la concepción con la fecundación, claro que son procesos diferentes por que la concepción se da cuando se produce la fecundación, es decir cuando sucede la fecundación desde ya implica la concepción, para Keith Moore la fecundación no es otra cosa que el resultado de todo un proceso biológico, a partir de la cual comienza el desarrollo constante, donde cada fase de la vida creada conduce a la continuidad sin solución atravesando diferentes secuencias de fenómenos moleculares por la fusión de las células sexuales y el intercambio de los cromosomas maternos y paternos. (Keith, 1999)

Obdulio Velásquez establece que desde una concepción científica existen quienes afirman, que no se puede considerar que la vida empieza en la concepción y de ser cierta dicha afirmación se tendría que desconfiar en la ciencia, por no estar libre de prejuicios, claro que

jurídicamente esta afirmación no tendría sentido conforme lo determina el genetista Jerome Lejeune en su testimonio ante el subcomité de Senado de los Estados Unidos, donde da su conceptualización sobre el comienzo de la vida, que claramente con su frase famosa dentro de uno de sus considerandos menciona que “la vida tiene una historia muy, muy larga, pero cada individuo tiene un comienzo muy preciso, el momento de su concepción”. (Velásquez Posada, 2006)

Dentro del proceso constitucional, donde se confronta una norma inferior con la Constitución sobre el contenido material de la norma acusada con el contenido material de la Constitución, para determinar el contenido del caso del aborto, se involucra referentemente el inicio de la vida, para determinar cuándo empieza la protección constitucional al derecho de la vida, y que partiendo de textos internacionales el derecho de la vida se protege desde su concepción, no solo jurídicamente sino científicamente, porque al parecer no existe la duda que desde el momento de la fecundación existe un nuevo ser humano vivo, para refutar dicha existencia hay cuatro posibilidades, la primera es la embriología que es la fusión de las células sexuales del padre y la madre; el momento durante el transcurso del embarazo; el momento del nacimiento; y el momento después del nacimiento. (Velásquez Posada, 2006)

### **2.1.3 Teoría de la anidación.**

Según esta teoría afirma que el inicio del ser humano empieza en la anidación del óvulo fecundado en el interior del útero materno, el cual empieza a partir del día séptimo de la fecundación donde el cigoto transformado en blastocito se adhiere al endometrio, segregando la hormona gonadotrofina coriónica humana quien advierte el desarrollo de un nuevo individuo e impidiendo la ovulación, este proceso tienen un tiempo aproximado de 7 a 14 días desde la fecundación y es en ese preciso momento donde se da la concepción, considerándose al concebido, al embrión en estado o inicio de gestación, donde se considera que existe la certeza de un embarazo.

Algunos consideran que esta teoría llamada también la implantación del embrión en el útero materno, es donde se convierte en persona dando inicio la organogénesis, sucediendo a los 14 días de la fecundación, donde existe la posibilidad de que prospere el embarazo. Su argumentación científica es la comprobación de su existencia como ejemplo los gemelos monocigóticos, los cuales comparten un mismo genotipo y que para su separación sucede en la implantación, donde existe ya un ser humano con características de unicidad y de

unidad. Implantándose el embrión en el útero materno y por existir la diferenciación de las células y tejidos se puede considerar el inicio e individualización de un ser humano, porque de no fijarse en el endometrio el embrión acabaría muriendo.

Los que sostienen esta teoría es debido al argumento de que el embrión antes de la anidación es un conjunto de células que a pesar de tener vida, todavía no es un ser humano, sino una mera potencialidad de tal por ser el cigoto una mera programación genética, que puede llegar a ser humano.

Quienes afirman esta teoría de la anidación la consideran como la unicidad, la calidad de un ser único, una unidad del embrión, y que consideran que hasta ese momento existe dos procesos, la fusión gemelar donde un embrión puede generar dos, y el proceso de la fusión de procedimiento inverso donde dos embriones se unen y generan un único y nuevo embrión. Claro que como en todas las teorías existen quienes la niegan, que consideran que si se aceptara que la vida empieza en la implantación del óvulo fecundado es decir del pre-embrión en el útero materno, dejan desprotegidos a todos los organismos unicelulares, los cuales siempre son divisibles y no se puede negar su individualidad, por presentar genomas humanos independientes portadores de gametos femeninos y masculinos fusionados. Sin embargo no se puede posponer que el comienzo de la vida humana comienza en el momento de la anidación, por no añadirse nada a la conformación genética del individuo. (Gorini, 2003)

Existen varias consideraciones para afirmar que la vida empieza en la implantación del embrión en el útero materno, por tres razones, la fijación del embrión al útero materno es una condición imprescindible para el direccionamiento y desarrollo de la persona, mencionan aquello porque dentro de las normativas penales, toman en consideración la interrupción del embarazo en el momento de la implantación del embrión en el útero materno; otros en cambio mencionan que el ser humano existe con las características de la unicidad genética, es decir, es un único ser, uno solo; y por ultimo algunos se basan de que antes de la implantación, existe la mayoría de los procesos es decir la selección natural, donde la mayoría de los cigotos que tienen alguna enfermedad pueden ser eliminados naturalmente antes de su implantación en el vientre materno.

La teoría de la implantación que es difundida en Europa sostiene que la concepción no ocurre en el intercambio de gametos, sino después de los 14 días, razón por la cual cualquier acto o declaratoria de voluntad realizada al embrión que no tenga esa edad se lo

trataría como objeto de derecho y no como sujeto de derecho, adquirida después de este periodo. De acuerdo al antecedente jurisprudencial el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, resolvió con los conocimientos biológicos y fisiológicos la vida humana empieza después de los 14 días de fecundación, el Tribunal Constitucional Español expresó que la vida humana empieza de un devenir, con la gestación donde una realidad biológica va tomando corpórea y sensitiva la figura humana que termina con la muerte, haciendo referencia al desarrollo embrionario se acepta que sus distintas fases son embriológicamente diferenciables que de acuerdo a su valoración ética y protección jurídica también deberían serlo. (Valdivieso Ortega, 2008)

Algo importante que menciona la jurista es que en esta teoría para dar una mayor consistencia y para su aceptación adoptaron el nombre pre-embrión para denominar al embrión humano menor de los 14 días sin entran en la discusión del embrión humano, fijando límites pragmáticos y para dar una solución razonable de conveniencia para hacerlo más aceptable, mencionando además la jurista que todo estas percepciones de esta teoría depende como se adopten respecto a la época de la concepción, aconteciendo claro diferentes consecuencias con relevancias jurídicas como en el Ecuador con lo relacionado a la pastilla del día siguiente, donde sí se protege la concepción después de los 14 días no existiría ninguna connotación jurídica, pero si se considera que debe ser la concepción la época del inicio de la vida, tal píldora será claramente abortiva. (Valdivieso Ortega, 2008)

#### **2.1.4 Disposiciones del Código Civil en relación con la presunción de la concepción.**

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico las disposiciones legales y constitucionales establecen que en principio legal de una persona empieza con el nacimiento, es decir que exista la comprobación y la circunstancia de los hechos que es la base fundamental de un hecho o antecedente biológico de un hecho anterior es decir del concebido, que se deduce del nacimiento producto de una consecuencia lógica. El nacimiento de una persona fija el principio de la existencia legal sostiene la normativa civil para ello debe estar completamente separado de su madre, si muriese en el vientre materno se reputará no haber existido jamás. Claro que no se ha podido determinar con claridad el momento exacto de la concepción por existir algunas contradicciones y prejuicios de todos los que propugnan estas teorías determinando con claridad la concepción del no nacido, del nasciturus, toman al nacimiento como la época de su verificación.

En la normativa civil se establece que la fecha del nacimiento se colige a la época de concepción, pero no da o no fija un tiempo exacto de la fecha de la concepción, sostiene solo la presunción de derecho que el concebido ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos contados hacia atrás desde la media noche en que se principie el día del nacimiento.

A pesar de encontrarnos con una presunción legal y de derechos del concebido que no se está admitiendo prueba contraria, existe una contrariedad de la norma al establecer tiempos que no determinan con claridad la concepción, sólo la presunción de un tiempo inexacto del nacimiento, se podría estar hablando de un aborto según la normativa civil si el nacimiento se da en los ciento ochenta días, existirá una posibilidad de que nazca vivo el concebido, consta la posibilidad de que nazca vivo después de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio de los padres, claro lógicamente que la concepción del nasciturus haya sido antes, entre más transcurriere el tiempo la posibilidad incrementaría la plena certeza si pasaran más de los trescientos días de celebrado el matrimonio.

Existen dos posibilidades en nuestra normativa civil sobre la presunción del nacimiento de una persona, si han pasado los ciento ochenta días se sostendría que durante el matrimonio estuvo ya concebido o pudo haber sido concebido y tiene como padre al marido de la madre; y la otra posibilidad es que el padre repunte contra el hijo que está por nacer por no ser suyo, verificándose que la mujer cometió adulterio teniendo como prueba la época de verificación de la concepción, pudiendo ser posible la impugnación de la paternidad por parte del presunto padre, claro que no basta el adulterio para que no se presuma que el presunto hijo pueda ser del marido, pero al existir una disolución del matrimonio por alguna causal o si llegaran a separarse y nace un hijo después de estos hechos, existe la presunción que pudo haber sido concebido dentro del matrimonio, claro verificándose si el nacimiento fue antes de los trescientos días del divorcio por muerte del marido, claro que si ocurre lo contrario de nacer después de los trescientos días, el periodo que pudo ocurrir la concepción está fuera del matrimonio.

Será que toda esta confusión se debe a las reglas que tiene la normativa civil para determinar el momento de la concepción, que al parecer son más o menos ambiguas, por cuanto al referirse a la concepción debe tomar en consideración el momento de la fecundación sin tomar en consideraciones las disposiciones establecidas en la normativa civil, que por existir muchísimas teorías es necesario basarse en algunas de ellas claro con la fundamentación adecuada para que exista una reforma a la Ley.

### **2.1.5 La concepción: computación de los plazos.**

Los plazos de la presunción de la concepción se computan de acuerdo con las reglas generales, se cuentan hacia atrás desde la media noche en que principia el día del nacimiento, y así, si este se produce un dos de junio a las once y media de la noche, el plazo se cuenta hacia atrás desde las doce de la noche del 1 de junio, hora en que empezó el día dos de junio fecha de nacimiento. Se exige que los días sean cabales es decir completos y como se parte de la media noche se van contando de doce en doce de la noche.

Según la definición de la normativa civil plazo se entiende cuando se cuentan todos los días, no solo los días laborables, es decir que los plazos se cuentan los días, meses, años de acuerdo a la Ley y decretos presidenciales, estos son completos y correrán hasta la media noche del último día del plazo, el primero así como el último día de un plazo de meses o años deberá tener una misma fecha en cada mes, cuando se habla del plazo de un mes podrá ser por consiguiente de veintiocho, veintinueve, treinta y treinta y uno, en la del años el plazo sería de trescientos sesenta y cinco o trescientos sesenta y seis días de acuerdo al caso (Código Civil Ecuatoriano, 2005, art. 33).

En relación al nacimiento donde el hecho y circunstancia son fácilmente probable incluso con testigos, sirve de base o antecedente lógico de un hecho anterior en el tiempo, donde se deduce al nacimiento como una secuencia lógica de la concepción, por no conocerse el momento mismo de la concepción, por lo que se deduce del nacimiento la época que se ha verificado la concepción.

La normativa civil otorga la presunción de la paternidad para poder llegar a una comprobación certera, y consagra en su Art. 233 que:

El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él, y tiene por padre al marido.

El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo, si prueba que durante todo el tiempo en que, según el Art. 62, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer. (Código Civil Ecuatoriano, 2005)

En la normativa se determina que el marido no podrá reconocer al hijo como suyo, si probase que durante el tiempo que de acuerdo con lo establecido en el Art. 62 del Código Civil Ecuatoriano que pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso carnal a la mujer, esta disposición en su inciso segundo deja una salvedad donde dice que el marido podrá no reconocer al hijo como suyo, si probase que durante los ciento ochenta días cabales y no más de trescientos días contados hacia atrás desde la media noche en que se principie el día del nacimiento, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener el acceso carnal a la mujer.

Se puede observar dentro de nuestra normativa la existencia de la presunción de la concepción contemplada en el Art. 62 donde viene después la presunción de la paternidad, presunción que viene desde la época romana donde se mencionaban que el padre es aquel que el matrimonio demuestre, contrastándose con lo establecido en el Art. 234 de la normativa civil, que reza:

Art. 234.-El adulterio de la mujer, aún cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza, por sí solo, al marido para no reconocer al hijo como suyo. Pero probado el adulterio en esa época, se le admitirá la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre. (Código Civil Ecuatoriano, 2005)

Claro que si han pasado más de los ciento ochenta días y constare que durante el matrimonio se concibió o se pudo haber concebido, se considera que tiene por padre al marido de la mujer, empero se puede demostrar que no es el padre repudiándolo al presunto hijo que no es suyo. Al constarse el cometimiento del adulterio de la mujer en la época que se pudo verificar la concepción, la impugnación de paternidad sería más fácil, sin embargo no basta con la prueba del adulterio porque a pesar de aquello puede ser hijo del marido.

Según el Dr. Max Coellar Espinoza, nos dice al respecto que “no contamos con un medio científico-técnico para determinar en qué momento se produce la concepción; se cree que puede tener lugar momentos, horas y hasta días después del acto fecundante. Lo que podemos probar, solo podemos presumir”. (Coellar Espinoza, 1991)

Anteriormente era importantísimo determinar la época en que se ha producido la concepción, porque de ello depende la calidad legal del hijo (legítimo o no legítimo), en

nuestro Código Civil se distinguía en principio de los hijos legítimos e ilegítimos y esto que a su vez se subdividían en simplemente hijos ilegítimos e hijos de dañado ayuntamiento, que se consideraban en una categoría inferior de los hijos ilegítimos, pero en el año de 1935 se derogó expresamente el Art. 34 del Código Civil donde contenía la definición y clasificación de hijos de dañado ayuntamiento. (Pineda Cuzco, Z. M. (2006). "*La Doctrina de la viabilidad y la Vitalidad en el Código Civil Ecuatoriano*". Universidad de Cuenca: Facultad de Jurisprudencia.Cuenca)

En el Art. 62 del mismo ibídem nos trae sobre la presunción de la época de la concepción, el nacimiento es un hecho biológico que sirve de base y es un antecedente lógico de un hecho anterior que es la concepción, momento biológico difícil de precisar con exactitud como manifesté anteriormente. Se dice que Hipócrates estableció que el periodo de la concepción debía producirse en un momento comprendido entre los 180 días y los 300 días anteriores al nacimiento del nasciturus, y así lo establece el Art. 62 del nuestro Código Civil, es decir el legislador entiende que un periodo de gestación no puede ser inferior a los 180 días, ni superior a los 300 días, los médicos afirman que la concepción no puede durar más allá ni mucho menos de estos plazos, tiempo en el cual el feto alcanza su madurez. (Pineda Cuzco, Z. M. (2006). "*La Doctrina de la viabilidad y la Vitalidad en el Código Civil Ecuatoriano*". Universidad de Cuenca: Facultad de Jurisprudencia.Cuenca)

## **2.2 El nacimiento**

Según esta teoría sostiene que la personalidad se da desde el momento del nacimiento, y esto es aceptado por los criterios universales la cual se rige por dos principios el de vitalidad y viabilidad, claro que esta teoría está incluso ratificada en la normativa sustantiva civil, de que el nacimiento enmarca el principio de la existencia de la persona, considerándosele a la personalidad como un atributo, claro que se reconoce el derecho del no nacido.

Se debe hacer hincapié que la concepción del surgimiento sobre la personalidad lo sustenta el ordenamiento cubano, protegiéndolo al concebido sus derechos a lo que le fuere favorable con la única condición de que nazca vivo, es decir que al hablar efectos favorables incluyen la protección de los derechos patrimoniales y extra patrimoniales, en cambio que en el Ecuador su legislación abarca los derechos presumiblemente patrimoniales e incluso entendiéndose a lo mejor que pueda abarcar los derechos extra patrimoniales conforme lo determina el Art. 62 donde se sostiene la regla para establecer el periodo de la concepción partiendo de la fecha del nacimiento de la persona.

Igualmente en el Art. 60 de la normativa civil establece que la persona inicia con el nacimiento siempre y cuando la criatura este fuera del claustro materno, que salga por completo del vientre materno, o que su alumbramiento de la criatura sea por expulsión o extracción, que esté completamente separado de su madre, dejando la dependencia materna desde que es cortado el cordón umbilical, razón por la cual se considera la inexistencia del niño que muere en el vientre materno, además para demostrar que nació vivo es necesario que haya vivido por lo menos algún instante desde la separación del vientre de la madre o que pueda constatarse los signos vitales como respirar completamente o los latidos del corazón. Claro que en la normativa sostienen la presunción de la vida cuando haya ocurrido el nacimiento y quien alegare lo contrario deberá demostrarlo.

Algunos tratadistas consideran que el nacimiento desde el punto de vista jurídico produce un sinnúmero de consecuencias, razón por la cual llama la atención a todas las legislaciones y sobre toda a la doctrina por no tener una correcta apreciación, si bien es cierto el día del nacimiento comienza el conteo de la edad de una persona y es donde se tronca ese hecho con la polémica del problema sobre la iniciación de la existencia de la vida humana, si la vida empieza desde el momento del parto o si existe ya desde el momento de la concepción es decir de la fecundación, su polémica se debe por reconocer al feto determinados derechos por parte de las legislaciones. (Anbar, 2006)

Los derechos reconocidos al concebido consisten en protegérsele su vida castigándose el aborto, el reconocimiento de los derechos sucesorios del que está por nacer, y el reconocimiento de la condición de hijo por estar vinculante al lapso de gestación, estos derechos serán reconocidos por la Ley al concebido por encontrarse subordinado al evento del nacimiento. Es decir la capacidad de la persona surge con el nacimiento sin que existan verdaderos derechos del concebido, sólo una mera expectativa condicionada al nacimiento. (Anbar, 2006)

Lo que resalta con lo mencionado que la importancia de la vida comienza con el nacimiento, pero lo que deja entrever que el concebido por tener vida desde su concepción o fecundación debe dársele su reconocimiento como tal, y protegérsele su vida a través del poder Estatal, al margen de aquello no solo se hace referencia de su nacimiento sino desde otras circunstancias como las sanciones al aborto, que en la actualidad existe un sin número de polémicas, de la suspensión de la pena de la mujer en estado de gestación, los derechos del que está por nacer.

Luis Parraguez sobre el nacimiento expresa que antes que se dictará la nueva Ley de Registro Civil con Registro Oficial N° 70 de 21 de abril de 1976, la noción del nacimiento estaba contemplada en el Art. 60 del Código Civil disponía que el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, siempre y cuando viva por veinticuatro horas desde la separación completa de su madre, es decir para que se cumpla con el nacimiento deberá existir tres requisitos, la separación de la criatura respecto de su madre, que la separación sea completa y que la criatura sobreviva por más de veinticuatro horas completas desde la separación del claustro materno. (Parraguez R, 1981)

En la Ley de Registro Civil en su Art. 130 establece que se entenderá por nacimiento vivo a la expulsión o extracción completa del cuerpo de la madre, prescindiendo de la duración del embarazo, de un producto de la concepción que, después de tal separación, respire o manifieste cualquier otro signo de vida, tal como latidos del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimiento efectivo de músculos voluntarios, haya o no haya sido cortado el cordón umbilical y esté o no unida a la placenta; cada producto de tal alumbramiento se considerará nacido vivo. (Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación Ecuatoriana, 2009)

En conclusión se puede sostener que estas disposiciones legales se las puede catalogar como escéptica dentro del campo moralista y religioso, por recalcar varios acontecimientos para convalidar el nacimiento como el alumbramiento, la separación completa del vientre materno de la criatura y que nazca vivo por más de veinticuatro horas, claro que está alejado de la realidad sobre lo que en verdad debería ser el concepto de nacimiento, lo que sucede que se estigma a lo grande el nacimiento de la criatura a tal punto que se llega a complicar en todos sus ámbitos.

De acuerdo con el Código Sánchez Bustamante en su Art. 28 establece que se debe aplicar la ley personal para poder sostener si el nacimiento señala el principio de la persona jurídica, así como los derechos del concebido, como por ejemplo que un hijo de padres chilenos que nazca en el Ecuador, se considerado que tiene un principio de existencia legal desde que nace y sobrevive un instante. Es decir que la existencia de la persona, considerándosela como tal aquella que nace en circunstancia tantas veces mencionadas, claro que esta estimación no está por demás que la existencia de la vida empieza desde su concepción. (Larrea Holguín, 1998)

### **2.2.1 Teoría de la vitalidad.**

Esta teoría manifiesta que para que exista el reconocimiento de la personalidad de todo ser humano es que haya nacido vivo, principio legal que está aceptada en la normativa civil, lo primordial de esta teoría es que el feto nazca vivo, porque de nacer muerto se determinará que nunca existió, sin que pueda adquirir la personalidad en el sentido estricto jurídico de la palabra.

Es importante recalcar que para que se cumpla esta teoría es necesario que se dé el nacimiento del ser humano, es decir que esté completamente separado de la madre, para que pueda surgir y gozar de todos los derechos, dando paso a la protección jurídica independientemente de la madre; es indispensable en esta teoría que la separación del feto sea completa con el corte del cordón umbilical que une a la madre y al feto para considerarlo como nacido, de no cumplirse este requisito no tendría personalidad legal, claro que esta teoría llega a un extremismo por esta situación de la separación porque de no cumplirse no se consideraría una persona.

Es necesario recalcar que a más de la separación del feto completamente del vientre de la madre, debe por lo menos vivir algunos instantes sin importar la infracción más insignificante para que se pueda determinar la existencia de la persona, claro que si no existe signos de vida, para poder determinar si nació vivo por lo menos un momento, se aconseja practicar la Docimasia Pulmonar Hidrostática o sino por lo menos en el momento del parto observar el llanto de la criatura, o aplicar los procedimientos médicos legales pertinentes antes indicados para comprobar si existió huellas de la respiración o si vivió algún instante se realiza la prueba que consiste en sumergir los pulmones en una vasija de agua y si estos flotan, se determina que el niño ha respirado caso contrario de caer al fondo los pulmones se presume que el feto no nació vivo o que nunca existió.

### **2.2.2 Teoría de la viabilidad.**

La teoría de la viabilidad su principio fundamental es que no solo nazca vivo el feto sino viable es decir que sea apto para la vida, de no cumplirse se considerará que no existe una vida independiente. Que para ser una persona es necesario que nazca y viva por lo menos veinticuatro horas, que una vez que esté separado del claustro materno el feto pueda seguir viviendo.

La exigencia de la teoría es que nazca y sea viable con aptitud para seguir viviendo, si por casualidad el recién nacido nace careciendo con algún órgano esencial como el hígado, riñón, etc., no tendría un principio de la existencia de la criatura. Algunos autores consideran que esta doctrina es como una predicción y no como un hecho y, de exigir la sobrevivencia de las veinticuatro horas como establece la anterior normativa civil es algo arbitrario, porque no existe la razón para negar la existencia legal del que puede sobrevivir menos de lo establecido, claro que en la actualidad ha cambiado esta modalidad se considera a la persona desde que nació y el que contradijere deberá demostrar lo contrario es decir la muerte antes de haber ocurrido el nacimiento.

Sera acaso que esta teoría no tiene una correcta compatibilidad con el respeto que se merece la vida humana por su dignidad de ser una persona racional, es decir será posible que exista algún abuso por parte de esta doctrina al sostenerse que de nacer una criatura enferma o que padezca de alguna enfermedad se la tache como no viable, algo verosímil en considerarse que una criatura no tenga aptitud para la vida, lo que genera o puede generar toda clase de antojadizas afirmaciones, peor aún, considerar que el fin de la vida de una persona puede o no prolongarse por algún tiempo, negándosele desde ya su personalidad desde los escasos primeros momentos que nace o vive. Será posible que se piense que cuando nace una persona deberá ser perfecta o sana, ya que el hecho de nacer una persona con alguna deformidad o enfermedad no debe ser un obstáculo para que no goce de su personalidad.

### **2.2.3 Disposiciones establecidas en el Código Civil.**

A pesar de haber existido un sin número de teorías donde de una u otra forma protegen el derecho del que está por nacer, no han podido ponerse de acuerdo en que una abarque el principio de la existencia de la vida de una persona, en la actualidad se sigue con esta polémica de la protección jurídica del ser humano en el vientre materno por los nuevos avances en la biología molecular e ingeniería genética que dan nuevos criterios sobre el concebido, más aún, sobre la procreación artificial humana y el manejo antojadísimo de embriones e investigaciones realizadas dentro del campo genético molecular y la procreación artificial que en muchos de los casos llegan al irrespeto de los derechos humanos básicos.

Será acaso que el problema surge en la definición de la persona, del ser humano o el individuo, por existir diferentes puntos de vista desde la antropología y el derecho en poder

determinar cuál es el momento preciso donde empieza la vida, algunos consideran que es en la fecundación otros en la anidación. La protección de la persona desde que empieza la vida dentro del ámbito legal del derecho, se prescribe que la existencia de la persona empieza desde su concepción, así lo establece el Art. 61 del Código Civil, donde reza:

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. 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.

De la fecha del nacimiento se colige la época de concepción, según la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento.

Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron. En el caso del Art. 60, inciso segundo, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido. (Código Civil Ecuatoriano, 2005)

Gabriela Valdivieso sostiene que la normativa civil en su Art. 60 se determina que el nacimiento de la persona fija el principio de su existencia legal, que es necesario que la criatura este separado completamente de su madre y quienes no lleguen en estos momentos no han existido jamás, en el anterior código de 1989 uno de los requisitos del nuevo ser era que viva veinticuatro horas, es decir que el mortinato no es persona y que si naciera vivo y muere al ser separado de su madre tampoco será persona declarándolo inexistente legalmente a una persona que físicamente existió. Cita a Juan Larrea Holguín el cual expresa que la existencia de la persona para efectos jurídicos supone la vida, que una persona es todo individuo de la especie humana con la condición de que viva, de haberse

llegado a la vida es considerado como una posibilidad, de morir deja de ser una persona jurídicamente hablando, razón por la cual la importancia de la determinación del momento inicial y final de la vida. (Valdivieso Ortega, 2008)

Sostiene la autora que la vida existe desde que el principio vital anima a un cuerpo, es decir desde que el alma se une al cuerpo para formar al hombre, para comprenderlo es necesario especificar y entender que es el nacimiento, cuando se produce el alumbramiento de la criatura al nacer muerta no se la puede considerar como un principio de existencia legal, originado un problema al saber si el recién nacido está vivo en el momento de nacer, si muere antes, si no ha tenido vida, o si ha muerto poco después de nacer, esta manera de considerar al nacimiento sobre el principio de la existencia legal a dado origen a diferentes teorías como la de la vitalidad y viabilidad, que en la actualidad son poco rudimentarios por tener que cumplir con requisitos que en la actualidad son primitivos, como el de vitalidad que para que se cumpla el nacimiento es necesario que la criatura sea viable es decir que este apta para la vida.(Valdivieso Ortega, 2008)

Al existir en la actualidad procedimientos experimentales para determinar la existencia de la vida de la criatura, y el tiempo que ha vivido en caso de morir a través de los análisis de órganos, tejidos, etc., claro que a pesar de existir la tecnología, los resultados de tales procedimientos pueden ser dificultosos en la práctica. En la actualidad existen varios factores para la comprobación de la vida del recién nacido como el de elegir que los fenómenos vitales se manifiesten durante cierto tiempo, para que no dejen lugar a la duda sobre su verdadera entidad, teoría acogida por el actual Código Civil, y que la complementa la Ley de Registro Civil donde determina con claridad que el nacimiento vivo es la expulsión completa del cuerpo de la madre prescindiendo de la duración del embarazo de un producto de la concepción que después de la separación respire, demuestre signos de vida, haya o no sido cortado el cordón umbilical, este o no este unido a la placenta. (Valdivieso Ortega, 2008)

Sostiene además que las personas que nazcan vivos deberán inscribirse cualquiera que sea su periodo de gestación este o no esté vivo al momento de inscribirse, de morir en cualquier momento posterior al nacimiento deberá inscribirse su nacimiento y defunción, es decir que todo producto de la concepción que de cualquier señal de vida aunque no esté separado del cordón umbilical deberá inscribirse, pero su contradicción se encuentra en la normativa civil en su Art. 60 inciso segundo donde se establece que, la criatura que muere en el vientre materno o pereciere antes de ser separado de su madre se reputará no haber existido

jamás, existiendo la presunción de derecho y admitiendo prueba de lo contrario, así reza en el Art. 62, inciso segundo donde se presume que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de 180 días cabales y no más de trescientos contados hacia atrás desde la primera noche en que comience su nacimiento.

El proyecto de Don Andrés Bello, que fue aceptado en el Código Chileno, exige para que comience la existencia legal será únicamente la completa separación de la madre y la sobrevivencia de un instante, este segundo aspecto como prueba de que la criatura ha nacido viva. Este último se ha establecido por la reforma introducida por la Ley 43. El Código Chileno, siguiendo a Bello, exige la sobrevivencia de un instante. Pero aparte de que es muy relativo lo que debe entenderse por “un instante”, los signos (al menos los más vulgares, como el movimiento de vida en un momento fugaz) no son prueba inequívoca de su existencia. Quizá nuestro Código pecaba por el extremo contrario al chileno, al exigir una supervivencia demasiado larga “24 horas, como única prueba admisible del nacimiento de una criatura viva”. (Valdivieso Ortega, Gabriela, 2008)

Por las razones antes anotadas, se ha reformado el Art. 60 del Código Civil, mediante la Ley 43 (RO 256: 18-ago-1989), de manera que actualmente se aproxima al texto primitivo de Don Andrés Bello, suprimiendo el lapso de 24 horas y facilitando la prueba del principio de la existencia mediante la presunción, muy conforme a la realidad normal, de que todo el que nace, nace vivo, salvo casos de excepción, que deberán probarse. Dice así el Art. 60 reformado: “El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace con vida, quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo”. (Valdivieso Ortega, 2008)

#### **2.2.4 Condiciones para que el nacimiento se constituya en principio de existencia legal.**

Algunos autores consideran que la existencia de la vida empieza con la concepción, es decir que la Ley está protegiendo tanto la vida así como los eventuales derechos del que está por nacer, el mismo que tendrá derecho y obligaciones desde el momento que nace como persona, razón por la cual se considera el nacimiento como el principio de la existencia de

una persona consagrado en la normativa civil, cumpliendo ciertos requisitos para obtener la personalidad legal de acuerdo a esta normativa. Dentro de la medicina el nacimiento o parto humano, que dentro del ámbito biológico es el acto que pone fin al estado de gestación de la mujer, jurídicamente en cambio la concepción del nacimiento se determina conforme la normativa civil, cumpliendo con ciertos presupuestos. En la normativa civil establece el principio de la existencia de la persona y sostiene que:

Art. 60.-El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo. (Código Civil Ecuatoriano, 2005)

Uno de los presupuestos para considerar el nacimiento es la separación completa de la madre, es decir, que la criatura que nace debe estar separado completamente de la madre, la cual puede ser de forma natural o artificial como la cesárea. En pocas palabras el nacimiento es el parto, alumbramiento de la criatura, de perecer en el nacimiento no se podrá considerar su existencia legal, existiría un grave problema si la criatura al momento de nacer pereciere o muriere. Igualmente lo sostiene la Ley de Registro Civil donde menciona que el nacimiento vivo, es la expulsión o extracción completa del cuerpo de la madre de un producto de la concepción, que después de la separación se manifieste cualquier signo de vida, este o no este cortado el cordón umbilical.(Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación del Ecuador, 2009)

En la normativa civil su condición es que la criatura al momento del nacimiento este separada por completo de la madre, que nazca viva para así poderlo llamar persona, el tratadista Galindo Garfias sostiene que el no nacido mientras no nazca no adquirirá su personalidad, conservándose su derecho eventual mientras no se produzca el nacimiento porque solo a partir de aquello adquiere la capacidad jurídica. (Garfias, 1980)

Existen similitudes con las legislaciones de diferentes países sobre el principio del nacimiento, en el Código Civil Chileno reza que la existencia legal de toda persona principia al nacer, es decir al separarse completamente de la madre. (Codigo Civil de Chile, 2000) El Código Colombiano menciona que la existencia legal de la persona principia al nacer, esto es al separarse completamente de la madre (Código Civil Colombiano, 1873) En la

normativa civil argentina considera que la concepción en el seno materno comienza la existencia de la persona y antes de su nacimiento empiezan adquirir sus derechos como si ya hubiese nacido, derechos irrevocables si el concebido naciere con vida aunque fuere un instante después de separarse de su madre. (Código Civil Argentino, 1871) En la normativa peruana reza que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento y la vida humana empieza con la concepción, considerándolo al concebido sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, así como la atribución de derechos patrimoniales condicionada al que nace vivo. (Código Civil Peruano, 1984)

La tratadista Sonia Merlyn Sacoto da una clara explicación desde el punto de vista legal del concebido que mientras esté en su vida intrauterina, gozará de todos los derechos inherentes a la especie humana, patrimoniales, extra patrimoniales o existenciales sin poderlos ejercer por sí misma, por lo que no se le puede asimilar a la persona nacida, tampoco desconocerse el goce de dichos derechos. (Merlyn Sacoto, 2012)

Para Isa García considera que la normativa civil considera al concebido como una persona expresando que, para que exista legamente deberá cumplir con la condición del nacimiento y la separación de la criatura de la madre, caso contrario se refutara que la criatura que muere en el vientre materno no haber existido jamás, resultando que el nacimiento constituye el punto de partida para considerarla a la criatura una persona dotada con personalidad jurídica y titular de derechos y obligaciones para que pueda ser sujeto de derechos. (Isa García, 2013)

## **2.3 Fin de la personalidad**

### **2.3.1 Efectos jurídicos.**

Se puede considerar al concebido como sujeto de derecho, este surge desde el momento mismo de la concepción, el cual consiste en la fecundación del óvulo, que dentro del ordenamiento jurídico tiene un fin, es decir, un término que puede darse en cualquier modalidad, como el nacimiento con vida del ser humano, donde la referencia ontológica el concebido se transforma en persona individual que es un sujeto de derecho; y, por otra cuando la muerte del ser humano en estado de formación, donde se puede encontrar varias hipótesis, una cuando la muerte del concebido se produce antes del nacimiento se lo denomina con el nombre de aborto, el mismo que puede ser espontaneo o intencional; y

cuando se produce en el momento mismo de su nacimiento, es decir cuando el feto muere antes de desprenderse del cordón umbilical.

Algunos autores consideran que la personalidad física tiene más duración que la vida, como cuando una persona goza de personalidad jurídica antes de su nacimiento, claro que con la condición de que el hijo nazca vivo, es decir que la personalidad aparece con la vida humana, que en relación a la muerte la normativa otorga al muerto en ciertos casos una existencia artificial y considerárselo como sujeto de derecho, así por ejemplo la teoría del comoribundo, cuando existe varias personas llamadas a suceder la una de la otra, y murieren en un accidente sin poder determinar cuál falleció primero, se presumirá que la supervivencia se determinará por su edad y sexo.

Relacionado al fin de las personas, se entiende por la muerte en el sentido biológico la interrupción de todas las funciones vitales de un individuo, aún si todavía subsistan funciones vitales. Para la comprobación de la muerte dentro del medio legal es la partida de defunción, a su falta le corresponderá a través de la justicia ordinaria dictar la sentencia que la declare, la muerte de la persona ausente.

En la normativa civil en su Art. 60 dispone:

El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo. (Código Civil Ecuatoriano, 2005)

En esta disposición se determina que cuando el concebido muere en el vientre materno, o perece antes de estar separado de su madre se reputara no haber existido jamás, lo que se está disponiendo es que si no se constituye con esto principio legal que es el nacimiento con vida por supuesto, y que pereciere antes de estar separado completamente de su madre se reputará no haber existido jamás, algo exagerado porque si naciera y muriera después o antes de separarse de su madre, la criatura es una persona completa, es un niño y por ende se debe considerársele como una persona normal cuando fallece, al parecer estamos en retroceso de la evolución, los juristas y los médicos tratan al concebido como un objeto o un

producto que cuando muere se lo considera no haber existido jamás, no se dan cuenta el daño y la pérdida que ocasionan a la madre.

**CAPÍTULO III**  
**EL CONCEBIDO EN LA LEGISLACION ECUATORIANA Y SUS DERECHOS**  
**RECONOCIDOS POR LA JURISPRUDENCIA**

### 3.1 Aspectos generales

La normativa constitucional establece que el Estado reconocerá y garantizará la vida incluida el cuidado y protección desde la concepción, es decir que por mandato constitucional se reconoce y garantiza la vida, su cuidado y protección desde la concepción, considerándose que la etapa embrionaria es una vida humana, obligándole al Estado cumplir con dicha obligación. En esa forma la Constitución del Ecuador protege al que está por nacer desde su concepción, en una forma directa y cerrada, claro que otras constituciones como la española y colombiana son de un carácter abierto considerándola a la vida como inviolable que en el ámbito jurisprudencial y doctrinal no se puede establecer criterios y reglas claras. De existir criterios contrarios lo único que bastará es acudir a la ciencia para determinar cuál es el momento en que esto sucede.

Constitucionalmente esta normativa garantiza la protección del no nacido estableciendo sistemas de protección teniendo como principio el derecho fundamental de la vida, ratificados incluso en los tratados y convenciones Internacionales de los Derechos Humanos, así por ejemplo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos del Pacto de San José de Costa Rica, donde se establece que todas las personas tiene derecho que se le respete su vida cuyo derecho estará protegido por la Ley desde el momento de la concepción. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1966)

En la Convención sobre los derechos de los niños en su parte respectiva sostiene que la Declaración de los Derechos del Niño, que por su falta de madurez tanto física como mental necesitan cuidados especiales así como la protección legal antes como después de su nacimiento, en su Art. 1 expresa que para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. (Convención sobre los Derechos del Niño, 2006)

En cambio en la normativa civil en su Art. 61, reza que la ley protege la vida del que está por nacer, siendo el Juez el que tomará a petición de cualquier persona o de oficio todas las providencias que crean convenientes para la protección de la existencia del no nacido, siempre y cuando se crea que está en peligro o peligrando de algún modo. (Código Civil Ecuatoriano, 2005) Lo que se determina tanto en la normativa civil como en la normativa constitucional que protege la vida humana desde su concepción de una forma concreta y directa, donde el Estado tiene la obligación de tomar las medidas que cree necesarias para

su protección. En otras legislaciones como la del Perú sostiene que el concebido es sujeto de derechos para todo cuanto le favorezca, teniendo titularidad en los derechos extra-patrimoniales como su derecho a la vida y a su integridad.

Es indispensable sostener que todos los derechos del concebido por su naturaleza intrínseca no deberían estar sujetos a ningún tipo de condición, de ser necesario deberían estar enumerados para saber cuáles derechos gozan por su titularidad el concebido. Es importante mencionar lo que establece el tratadista Juan Espinoza donde claramente expresa que se debe establecer una clausula general de los derechos del concebido, por cuanto al expresarse que es sujeto de derechos para todo cuanto le favorezca está permitiendo atribuir cualquier tipo de derechos extra-patrimoniales y patrimoniales, a favor del concebido. (Espinoza Espinoza, 2006)

Jara cita a Ramiro Ávila Santamaría donde sostiene que dentro del marco constitucional vigente, pone énfasis en los derechos y resalta la importancia superior de la parte dogmática de la Constitución frente a la orgánica donde resalta la centralidad de los derechos de la persona sobre el Estado y la Ley, gozando del carácter de transversalidad en el texto constitucional, derecho plasmado en el Art. 66 donde reza el derecho a la inviolabilidad de la vida, no habrá pena de muerte, derecho que tiene que estar en relación con el primer inciso del Art. 45 donde menciona que, el Estado reconoce y garantiza la vida incluido el cuidado y protección desde la concepción, es importantísimo lo que recalca el autor que la normativa constitucional recoge los principios y derechos fundamentales de la comunidad internacional, inalienables irrenunciables, indivisibles, interdependientes, y de igual jerarquía. (Jara Reyes, 2013)

En la actual norma constitucional todos los derechos humanos están divididos en forma individual y colectiva, pues sostiene que los derechos podrán ejercer, promover y exigir de forma individual y colectiva, como el derecho a la defensa el cual puede ser ejercida individual y colectiva, en el derecho a la vida la aplicación será directa e inmediata por ante y cualquier servidor público, es decir que la normativa constitucional protege la vida y limita a cualquier persona que se encuentre en cualquier situación de poder, además no se requiere de autoridad para que puedan ser invocadas en su cumplimiento de la norma, no se podrá aceptar a pretexto por falta de ley o excusa en cumplirse con su derecho. Igualmente ninguna norma jurídica podrá restringir el derecho a la vida, ni sus garantías constitucionales. (Jara Reyes, 2013)

### **3.2 El principio de la protección legal de la vida del nasciturus**

Jara manifiesta que el ser humano, por tener el derecho a vivir debe establecerse las condiciones necesarias para proyectar su vida dentro de los límites impuestos por la naturaleza, asegurándose sobre toda la posibilidad de vivir frente a las amenazas de la agresividad humana, más que la misma naturaleza. En lo referente a la protección de la vida de todo ser humano menciona que implica toda necesidad del reconocimiento del derecho por parte de todos los individuos y de su respeto, traduciéndose a un deber de abstención, evitando todo tipo de interferencia en su vida. (Jara Reyes, 2013)

En cambio Ángelo Papacchini expresa que todo individuo debe ser reconocido como una totalidad de potencialidades y necesidades, más que una abstracta persona jurídica o moral desligada de sus conocimientos concretos. Por lo que Ángelo Papacchini sostiene que el reconocimiento de un derecho es algo valioso para poder hacerlos cumplir, cita a Kant el cual expresa que las leyes naturales siguen inexorablemente su curso por encima de nuestras aspiraciones y deseos, que el derecho a la vida llega hasta donde alcanza su poder de asegurarla frente a los retos de un medio hostil y acceso a enfermedades, recalcando este autor que la vida debe exigirse frente a los propios seres humanos y que es el Estado quien debe proteger, garantizar y asegurar su integridad física y supervivencia .(Papacchini, 2010)

Algunos tratadistas consideran que la vida humana es una realidad, un devenir, proceso que comienza con la gestación, donde la transformación biológica se transforma para que en un momento dado se termine con el nacimiento. Es en la concepción donde se crea un ser distinto a cualquier otra en el seno de la madre con características propias, que luego de su nacimiento pasa a ser parte de la sociedad, es donde se marca el tiempo del cual el concebido está apto para una vida independiente, adquiriendo individualidad propia. En la normativa constitucional se establece con claridad los derechos de la vida garantizando el cuidado y protección de la vida desde la concepción, sin poder desprotegerla en aquellas etapas donde se desarrolla la vida misma, razón por la cual la vida humana desde su concepción ya constituye un bien jurídico protegido en la normativa constitucional.

Desde el punto de vista de la protección jurídica se considera al concebido como un ser humano y como persona jurídicamente por ser un ente titular de derecho a la vida desde su concepción, quienes lo sostienen están fundamentando desde lo legal, constitucional e internacional mediante los tratados internacionales, en la normativa civil reza que la persona

es todo individuo de la especie humana cualquiera que sea su sexo o condición, si se considera al concebido como una persona se puede afirmar que la existencia entre lo legal y natural no debe excluirse la protección jurídica razón por la cual es la protección del concebido a través de la normativa constitucional.

### **3.3 Derechos personalísimos**

#### **3.3.1 Constitución: derecho a la vida.**

Como todo ser humano tiene derecho a la vida sólo por el simple hecho de existir y estar vivo, derecho fundamental que tiene toda persona, la cual está comprendida la vida humana en sus factores corporales y psíquicos, en su vida social que como persona tiene por medio del cual se realizan obras en común y, en la vida de la naturaleza donde se relaciona los seres humanos con las demás especies, tres factores primordiales que por más que estén divididas se las toma como un todo para su regulación, la cual al respetar este derecho hace que el ser humano sobreviva. Estos derechos están proclamados en la Declaración de los Derechos Humanos donde se establece que: “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que establece: “toda persona tiene derecho a la vida. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado”. (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000) La Convención Americana sobre Derechos Humanos sostiene que:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969)

En la convención sobre los derechos de los niños igualmente reconoce el derecho intrínseco a la vida, garantizando a lo máximo en todo lo posible la supervivencia y desarrollo del niño, todo con la finalidad de asegurar el legítimo derecho de los niñas, niñas y adolescentes, cargo y responsabilidad que le corresponde al Estado con la atención gratuita a la mujer en sus etapas prenatales, perinatal, neonatal y posnatal dotándola de todos los servicios y tratamientos médicos necesarios, así como la medicación, consejería nutricional, y apoyo alimentario para la madre y su hijo o/e hija en condiciones especiales de salud o pobreza.(Barahona Rivas, 2010)

El derecho a la vida es el que tiene todo individuo o de todo un colectivo que como ser humano a mantener y desarrollar su existencia a su plenitud tanto biológica como social de acuerdo a su dignidad, derecho que tiene toda persona a mantener su estructura psicosomática íntegramente para su plena realización dentro de los márgenes de viabilidad y dignidad, considerándose su estructura psicosomática como ser humano para que no sufra el menos cabo o detrimento dentro de sus facetas básicas, y lo más importante de mantener su intangibilidad, así como su protección de la dimensión moral de su vida humana, intimidad y honor.

Para Jara establece que el derecho a la vida es uno de los bienes más valiosos para todo ser humano, su defensa y protección es concebida como una tarea básica y prioritaria. La vida constituye el presupuesto que permite el desarrollo de cualquier proyecto de felicidad o libertad y su violación se transformaría en algo perjudicial e irreparable, por estar fuera del alcance de todo ser humano en restituir este bien a otro individuo. Partiendo de este

reconocimiento se supone que la sociedad moderna ha crecido con este reconocimiento fundamental y por ende este derecho a la vida debe ser el más elemental, de negárselo se debilitaría todos los demás. (Jara Reyes, 2013)

Carlos Santiago expresa al respecto sobre el derecho a la vida uno de los derechos fundamentales para la autonomía personal que no hay elección en las ideas y planes personales si no hay vida, y la mayoría de tales ideales y planes, aunque no de todos, también requiere que el individuo concierne permanezca vivo. Claro que existen dudas filosóficas sobre el valor de la vida, al sostener que la vida en sí misma se nutra y su valor o desvalor está dada por la experiencia, frustraciones, realizaciones, sufrimientos, goces que la vida da lugar; en las palabras de Thomas Nagel expresa que la vida en sí misma no es neutra por cuanto independientemente del valor de disvalor de toda experiencia o realización que la vida da, la vida humana implica en sí misma bienes de enorme valor como la percepción, el deseo, la actividad y el pensamiento, sosteniendo además Nagel que esos bienes que da valor a la vida no están ligados a la mera supervivencia orgánica, sino a la vida consciente. (Nino, 2002)

Papacchini sostiene tres fundamentales razones para determinar la duda de la existencia del derecho de la vida de las personas, una es el hecho de que todo ser humano es un ser finito, mortal y desprotegido, frente a la naturaleza, lo que implicaría la imposibilidad de exigir garantías para su seguridad y subsistencia; otra en que el hecho de que la vida se ubique en la esfera de lo natural, más que en el ámbito social y cultural ya que sería imposible hablar de derechos; y por último de lo que cuenta no es la vida sino su libertad. Sostiene el autor que el derecho a la vida no es exigir un derecho a la inmortalidad, implicando un deseo menos ambicioso limitándose a exigir que el curso normal y natural de la existencia de un individuo no sufra tropiezos y no sea perturbado por la acción violenta de otros seres humanos. (Papacchini, 2010)

Señalando además que todo individuo encuentra en la sociedad garantías sólidas para garantizar su supervivencia, por encontrarse el poder capaz de defenderla y brindar su seguridad, a través del monopolio de la fuerza, y lo más importante que fuera del derecho civil sólo se hablaría del pulsión de la vida más que de un derecho estrictamente hablando, concluye el tratadista que el derecho a la vida es el derecho humano de la verdad, el mismo que debe ser protegido contra cualquier amenaza proveniente de la naturaleza y sobre todo cualquier agresividad de los propios seres humanos. (Papacchini, 2010)

### **3.3.2 Delitos contra la vida.**

#### **3.3.2.1 *El aborto.***

El aborto desde el punto de vista médico es la expulsión del feto de forma natural o provocada dentro del periodo intrauterino, cuando es espontáneo o provocado es cuando la muerte del feto se produce por distintos motivos y el provocado cuando la muerte intrauterina del feto es provocada en el exterior, es decir, busca la destrucción del feto durante su desarrollo utilizando diferentes métodos como la aspiración, el legrado, histerotomía, inyección intra-amniótica, a través de la ingesta de medicamentos. En las diferentes legislaciones existe su reconocimiento del concebido, hasta el grado de protección, al igual como el aborto que está legalmente prohibido, permitiéndose en algunas cuando existe el peligro de la vida o salud de la madre, como es el aborto terapéutico o en el aborto de una violación y por la malformación del feto como el aborto eugenésico, en cambio se permite en otras legislaciones el aborto en cierto tiempo de gestación, claro que en otra no se permite para nada el aborto.

Jara menciona sobre los argumentos en favor y contra del aborto, los que están a favor tienen diferentes características en el ámbito científico, en el derecho constitucional, internacional y en el sistema democrático los cuales sostienen que según Jorge Carpizo la vida y la vida humana son conceptos y realidades diversas especificando que vida tienen los animales, las plantas, las bacterias, pero vida humana sólo tienen los seres humanos, existiendo diferenciación incluso en los genomas del hombre con la del chimpancé, que incluso la información genética es de 1 a 2% de la diferencia del cerebro humano con la de otros primates, es decir lo que se distingue al ser humano es su corteza cerebral y que durante el periodo de gestación del embrión de doce semanas no está formado, razón por la cual en este lapso el embrión carece de estructura, conexiones y funciones nerviosas necesarias por lo cual es incapaz de sufrir o de gozar, por lo que no se le considera persona es decir ser humano. (Jara Reyes, 2013)

Existen quienes consideran que el aborto es un derecho y el reconocimiento desempeñaría un papel primordial en la interpretación constitucional, Papacchini establece que el aborto es el papel hegemónico de los derechos señalando que la transformación del aborto es cuestión de moralidad pública, por la liberación de la despenalización o legalización del aborto por parte de un grupo de mujeres en los años sesenta, centrándose en la discusión

hacia los derechos de la mujer a su autodeterminación en cuestiones reproductivas, quedando en cuestión la eventual culpabilidad moral y jurídica de los sujetos implicados en la práctica abortiva. (Papacchini, 2010)

En su crítica Jara menciona que los antiabortistas quienes pregonan el aborto tienen posturas intermedias para tratar de encontrar salidas humanitarias frente a casos especiales como en embarazos por violación o en los casos donde se comprometa la vida de la madre. Los argumentos que se esgrimen a favor del aborto, está el hecho que científicamente se puede demostrar que la vida humana empieza en la fecundación y por ende el concebido tienen la condición de humana. (Jara Reyes, 2013)

Existen juristas que sostienen que el aborto es la interrupción del embarazo a través de la expulsión del feto sin tener importancia del método a utilizar, práctica que se puede realizar aproximadamente hasta las veinte semanas de gestación contando claro desde los primeros días hasta el último periodo menstrual. En el ámbito de la tutela jurídica si hablamos del bien jurídico protegido sobre el aborto, en lo que tiene que ver la protección y tutela del concebido por ser dependiente o estar en formación prenatal, su práctica se convierte en un delito por ser la destrucción del feto, de la vida humana dependiente.

Al tratarse en la tipificación de este delito lo primordial es considerar al concebido como ser humano, es decir, persona, por ser un ser vivo en estado evolutivo, razón por la cual dentro de la protección penal es derivada de una valoración cultural. Por considerarse el nacimiento lo más importante en la evolución vital, razón por la cual al hablar de la vida prenatal como el bien jurídico protegido en los delitos del aborto es la necesidad de la tutela prenatal. (Barahona Rivas, 2010) Los juristas alemanes Mahrenholz y Sommer sostienen que “la evolución del valor que se otorga a la vida prenatal hace que, durante el primer periodo del embarazo merezcan una mayor consideración los bienes de la embarazada, para adquirir posteriormente una preeminencia del nasciturus”. (Antón, J, & Berenguer, 1993)

La ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador al respecto nos ilustra al indicar que:

Aborto es la interrupción violenta del proceso fisiológico del desarrollo del feto, por ello que proviene del latín abortus que significa de AB y ORTUS nacimiento. Hay aborto siempre que el producto de la concepción sea expelido del útero antes de la época establecida por la naturaleza. El aborto como acto típico y antijurídico es incriminado en todos los Códigos Penales y con raras excepciones, consiste en el

uso voluntario y consciente de medios idóneos para producir un mal parto o la arriesgada anticipación de él, con el fin inmediato o mediato de que perezca el feto, o para producir su destrucción. Es la expulsión del feto antes de que sea viable. Puede ser ovular, embrionario o fetal según la época en que ocurra. (Gaceta Judicial XCVII, Serie XVI. N°9, 1997)

Jesús Alberto López sostiene que el aborto violenta la protección intrauterina de la vida, claro que por su antagonismo existe el aborto desde el punto de vista jurídico y médico, en lo jurídico consiste en la muerte provocada del feto, con o sin expulsión del seno materno, su esencia reside desde que el sujeto pasivo es un feto, en la interrupción prematura del feto mediante su muerte; médicamente consiste en la expulsión prematura del producto de la concepción antes que cumpla las veintidós semanas, su interrupción entre las 22 a 28 semanas consiste en parto inmaduro, entre las 28 y 38 parto prematuro, en este concepto si no hay expulsión no es aborto sino un feto muerto o retenido.(López Cedeño, 2011)

Dentro de la normativa penal ecuatoriana anterior se determinaba diferentes clases de aborto:

1. *Aborto consentido*.- Aquel que aunque no es causado directamente por la mujer cuyo feto se desarrolla en sus entrañas, voluntariamente permite que otra persona le induzca el aborto utilizando los medios adecuados para el efecto;
2. *Aborto honoris causa*.- Aquel que es causado directamente por la mujer o voluntariamente permite que otra persona le induzca el aborto, pero con el objeto final de conservar su buen nombre e imagen;
3. *Aborto letal*.- Aquel que a consecuencia de los medios empleados con el fin de hacer abortar a una mujer, provoca la muerte de ésta conjuntamente con el producto de la gestación;
4. *Aborto no consentido*.- El provocado intencionalmente y sin que haya mediado el consentimiento de la mujer;

5. *Aborto no punible.*- Aquel que sus circunstancias particulares, no es susceptible de pena alguna. No son punibles el aborto eugenésico ni el terapéutico;
  - 5.1 Aborto eugenésico.- El que se funda en la protección de la libertad sexual a que debe ser sometida toda persona privada de razón; y en la protección de la normalidad del futuro ser, tratando de impedir sufra taras hereditarias, defectos congénitos, enfermedades graves o cualquier otra clase de anormalidad;
  - 5.2 Aborto terapéutico.- Es el que se efectúa con el fin de salvar la vida de la mujer. La regla que se exige es que exista un conflicto de intereses entre la madre y la vida del feto, que sólo puede ser resuelto con el aborto, con lo cual la muerte del feto es la solución menos perjudicial;
6. *Aborto preterintencional.*- Cuando producto de violencias ejercitadas sobre la mujer causa el aborto pero sin intención del agresor entendiéndose por violencia, a los malos tratos, traumatismos, golpes, etc. y el uso de narcóticos; y,
7. *Aborto voluntario.*- Es la interrupción intencional del embarazo, tanto por la propia voluntad de la embarazada como por la de terceros. (López Cedeño, 2011)

En la actual normativa penal existe el aborto con muerte donde se establece que cuando los medios empleados con el fin de hacer abortar a una mujer causen la muerte de esta, la persona que los haya aplicado o indicado con dicho fin, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años, si la mujer ha consentido en el aborto; y, con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años, si ella no lo ha consentido. (Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, 2014)

Igualmente el mismo código reza que el aborto no consentido el cual consiste en que la persona que haga abortar a una mujer que no ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Si los medios empleados no han tenido efecto, se sancionará como tentativa. En el aborto consentido es cuando la persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años. (Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, 2014)

En cambio el aborto no punitivo es cuando es practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible cuando se haya practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y cuando el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental. (Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, 2014)

### **3.3.3 Disposiciones establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia.**

En la normativa civil claramente nos da una definición del inicio de la existencia de las personas el cual empieza con el nacimiento, reforma que fue derogada tácitamente con la Constitución del 1998 donde garantiza la vida desde la concepción poniendo fin sobre la gran discusión del inicio de la existencia de las personas, donde reza en su Art. 45 que “El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción” (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998)

Hace mención la normativa ecuatoriana que la protección a los niños lo hace desde el momento de su concepción protegiéndolo desde ya al concebido como un niño, razón por la cual el aborto en el país no era legal. Simon Farith no estaba de acuerdo de que en verdad lo que rezaba en la norma era la verdadera intención de los constituyentes, si el artículo hablaba del derecho a la vida desde la concepción, pero no al concebido como un ser humano, un claro ejemplo es sobre la resolución tomada por la Corte Constitucional sobre la pastilla del día después, donde se concluye que es necesario tomar el hecho de ser humano como un requisito para tener derechos, que hoy en día no son determinantes, ya que se concedió dichos derechos a la naturaleza. (Farith, 2009)

El Código de la Niñez y Adolescencia protege al ser humano desde su concepción hasta que cumpla su mayoría de edad, estableciendo además que todos los niños tienen derecho a la vida desde su concepción estando el Estado, la sociedad y la familia en la obligación de protegerlo. Merlyn Sacoto, expresa que está disposición es una de las más importantes en el derecho de las personas, ya que la normativa constitucional anterior existía la duda sobre el alcance de la norma, considera además que si existe el derecho desde su concepción, quiere decir que el concebido está sujeto de derechos desde ese momento. Es importante acotar que a raíz de esta normativa el concebido tiene derechos tanto patrimoniales como

extra-patrimoniales, en los derechos patrimoniales están subordinados al nacimiento con la vida, los extra-patrimoniales son los que se debe ejercer a través de un representante. (Merlyn Sacoto, 2004)

Es importante mencionar el criterio que da Rabinovich Berkman al establecer que en el Art. 60 de la normativa civil fijaba que con el nacimiento comenzaba la existencia legal concepto que lo sostenía el tratadista Andrés Bello, y que se cambió desde la promulgación de la Constitución del 98, donde reconocía a la personalidad jurídica desde su concepción, el cual estaba acorde con el Pacto de San José, considerándose en la normativa constitucional del 98 al nasciturus como una persona, postura que la adoptó el Código de la Niñez y Adolescencia, incluso en el ámbito de lo penal el aborto no era permitido por violentar los derechos del no nato. Es importante proteger la vida del concebido en todas sus etapas, en el Ecuador existen diferentes centros de Técnicas de Reproducción Asistida y de fertilización in vitro donde no hay una regulación sobre el inicio de la existencia de la persona en esta caso, donde al ser fertilizados varios óvulos y si los padres al no cubrir con los gastos que cuesta su conservación serán destruidos. (Rabinovich Berkman, 2003)

En el Código de la Niñez y Adolescencia en su Art. 2 reza:

Art. 2.- Sujetos protegidos.- Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código. (Código de la Niñez y Adolescencia Ecuatoriano, 2003)

En esta normativa se está precautelando sus derechos que como ser humano tiene desde la concepción hasta los dieciocho años de edad, es decir se considera al concebido como un ser humano desde su concepción tal como lo determina la normativa constitucional vigente donde reza que todas “las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Es decir que desde el momento de la concepción la vida está protegida, en el Art. 11 del Código de la Niñez y Adolescencia establece el interés superior del niño donde se determina que este principio está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo el conjunto de los derechos

de los niños, niñas y adolescentes, e impone a todas las instituciones públicas como privadas a su cumplimiento. Este interés superior se considerará necesario para el equilibrio justo entre los derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes para la realización de sus derechos y garantías, prevaleciendo este principio sobre cualquier principio constitucional, nadie podrá invocarlo contra norma expresa sin escuchar previamente la opinión del niño, niña y adolescente mientras esté en condiciones de expresarlo. (Código de la Niñez y Adolescencia Ecuatoriano, 2003)

Igualmente reza en su Art. 12 donde se establece que la formulación y ejecución de las políticas públicas y en la provisión de recursos, se debe asignarse prioridad absoluta a la niñez y adolescencia, a las que se asegurará, además, el acceso preferente a los servicios públicos y a cualquier clase de atención que requieran. Se dará prioridad especial a la atención de niños y niñas menores de seis años, y que en caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás. (Código de la Niñez y Adolescencia Ecuatoriano, 2003)

Por considerarse al concebido como un niño menor de los seis años según esta normativa, deberá ser considerado como prioritario y por ende debe aplicársele toda la formulación de las políticas públicas y sus derechos deben prevalecer sobre los demás, así como su interpretación y aplicación se deberá hacerse lo más favorable para el niño.

Art. 14.- Aplicación e interpretación más favorable al niño, niña y adolescente.- Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño. (Código de la Niñez y Adolescencia Ecuatoriano, 2003)

Es decir cuando exista alguna contrariedad o vacío en la ley deberá aplicarse de acuerdo a lo más favorable al niño, lo que significa que cualquier disposición que se encuentre en duda por considerar al niño desde su concepción deberá aplicarse a favor del concebido, principio que deberá aplicarse y utilizarse en la interpretación y aplicación de la normativa constitucional en su Art 45.

En los derechos a la vida en su Art. 20 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción, y que es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo, prohibiéndose todos los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; así como la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral, situación que en la actualidad no está clara cuando se trata de inseminación artificial in vitro, la misma que debería normarse con claridad, incluso existe la polémica de los anticonceptivos como la pastilla del día después resolución que la emitió el ex Tribunal Constitucional para determinar el inicio o comienzo de la protección de la vida, en vista de que según la normativa el concebido es un niño y su derecho a la vida es absoluta desde su concepción.(Código de la Niñez y Adolescencia Ecuatoriano, 2003)

El derecho a la vida del que está por nacer deberá estar precautelado es decir deberá existir una protección prenatal, razón por la cual en el art. 23 del Código de la Niñez y Adolescencia establece que la mujer embarazada con alguna pena privativa de libertad, deberán ser sustituidas por cualquier medida cautelar hasta los noventa días después del parto, el que irrespete esta disposición permitiendo que otro la contravenga será sancionado, además todas las instituciones públicas de salud deberán dar asistencia a los niños, niñas y adolescentes y darán la asistencia a la madre en estado de gestación en el embarazo y después del parto, este derecho se determina con claridad en esta normativa donde reza.

Art. 26.- Derecho a una vida digna.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral. Este derecho incluye aquellas prestaciones que aseguren una alimentación nutritiva, equilibrada y suficiente, recreación y juego, acceso a los servicios de salud, a educación de calidad, vestuario adecuado, vivienda segura, higiénica y dotada de los servicios básicos. CONS 13; 24; 30; 32; 45 I 2; 46 NUM 1; 381 Para el caso de los niños, niñas y adolescentes con discapacidades, el Estado y las instituciones que las atienden deberán garantizar las condiciones, ayudas técnicas y eliminación de barreras arquitectónicas para la comunicación y transporte.(Código de la Niñez y Adolescencia Ecuatoriana, 2003)

Es necesario recordar que de acuerdo con la normativa de la niñez no existe duda alguna que el concebido tiene sus derechos desde el momento mismo de su concepción y que la afianza la normativa constitucional.

### **3.4 Derechos patrimoniales**

Los derechos patrimoniales están divididos en derechos subjetivos, los cuales tienen el valor económico y se contraponen a los derechos extra-patrimoniales, es decir a los derechos personalísimos, de personalidad y de familia. Los derechos patrimoniales son los derechos reales, personales e intelectuales, estos derechos están reflejados sobre el patrimonio y para satisfacer necesidades valorables en dinero, en el derecho romano el patrimonio estaba constituido por todos los bienes, derecho y acciones y créditos del que fuere titular una persona, en las consideraciones modernas es atribuido a la personalidad concerniente a todos los bienes y créditos de titularidad de una persona, es decir que no puede existir una persona sin patrimonio y ni patrimonio sin persona de titularidad.

En el caso de los derechos patrimoniales de los concebidos que está por nacer, no se habla precisamente de los derechos que le corresponderían por no ser aún, una persona, razón por la que cualquier derecho que le corresponda están suspensos hasta que se cumpla con la condición de nacer con vida, derechos que se atribuirán cuando la persona comience a existir legalmente, claro que dichos derechos son conferidos retroactivamente, es decir como si ya los hubiera tenido desde el momento mismo en que se transmitieron los derechos.

#### **3.4.1 Críticas al Art. 63 del Código Civil.**

En la normativa civil se determina la suspensión de los derechos pero no se habla de las obligaciones del concebido, se puede considerar que el concebido no sólo tenga derechos sino obligaciones, como por ejemplo los de herencia. En la legislación ecuatoriana por tener un carácter proteccionistas del concebido, se habla sólo de derechos, y con la suspensión de las obligaciones hasta que se principie su existencia legal, ocasiona perjuicios a terceras personas en especial si se trata de acreedores.

Los derechos que tiene el concebido están condicionados por estar subordinados a la condición de nacer con vida, en la antigüedad especialmente el derecho romano donde se consideraba al concebido como un niño desde el momento de su concepción, el cual era el

principio para tratarle en calidad de heredero, admitiéndose la posibilidad de considerársele a su favor legados, y el nacimiento era el punto de partida para que surtan una serie de efectos jurídicos, como la nacionalidad, el estado civil y especialmente su condición de hombre, algo parecido al *infans conceptus pro nato habetur quoad commodis eius*, es decir que el concebido es tenido como nacido toda vez cuando se trata sobre su propio interés; en el *digesto juliano* el concebido era como un ya nacido, principio que fue tomado incluso por el derecho francés para luego pasar al derecho civil, considerándose ya no como una ficción sobre su personalidad sino como una realidad, tal como lo afirmaba el derecho romano.

En la normativa civil como la de España si se predica el derecho del *nasciturus* como titular de los mismos, como los de donación y herencia, claro que su ejercicio se lo efectúa por terceras personas, o por su representante legal, estos derechos están sujetos a una condición suspensiva, es decir que existen estos derechos desde el instante que surgen, suspensos hasta cuando se cumpla con la condición.

El *nasciturus* tiene capacidad para ser heredero. A la capacidad para suceder *mortis causa* se refiere el Art. 744 del Código Civil, al decir que: «Podrán suceder por testamento o abintestato los que no estén incapacitados por la ley», que se complementa con lo dispuesto en el Art. 745. Pues bien, el requisito necesario para suceder es pura y simplemente la personalidad. Tratándose de personas naturales, su capacidad deriva del hecho de nacer con las condiciones del Art. 30 del Código Civil. A los concebidos y no nacidos se les aplica los Arts. 29 y el 959 y siguientes del Código Civil (AP de Madrid, Sección 21ª, Auto de 9 de enero de 2008).

También se le reconoce la capacidad para ser parte en la herencia yacente. Dispone el Art. 659 del Código Civil que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extinga por su muerte. Y la situación en la que esta herencia se encuentra desde la muerte del causante (apertura de la sucesión) hasta que es aceptada por los herederos llamados, por la voluntad del testador o por disposiciones de la ley, a ella, se conoce con el nombre de herencia yacente.

Sin olvidar que puede ser también legatario. Enjuiciamiento Civil, regula la capacidad para ser parte en un proceso en el Art. 6, reconociéndosela, entre otras,

a las personas físicas, al *concebido y no nacido* y a las personas jurídicas (AP de Madrid, Sección 21.ª, Auto de 9 de enero de 2008). (De la iglesia Monje, 2010)

Para algunos tratadistas consideran al *nasciturus* como una incertidumbre sobre su existencia futura el cual no le permitía instituirle heredero según criterios del *Ius Civile*, y es en el derecho clásico que desaparece esta incapacidad y se admite esta posibilidad de heredar a los póstumos, esta necesidad surge no a la protección de los intereses de éste, sino del paterfamilias, pues este debería estar contemplado de forma expresa en el testamento, y a todos los sui heredes donde se encuentra incluido el póstumo. Se exigió que se fuera reconociendo la posibilidad de instituir a aquellos que al nacer estarían sujetos a la potestad del paterfamilias así éste no hubiese premuerto. Se reconoció primero a los hijos del testador concebidos viviendo éste y nacidos después de su muerte, más tarde a los nietos del testador nacidos también después de muerto éste e hijos de un hijo premuerto. (Guardado Ayala Loidy Loana & Anzora Mejía, 2013)

Los que nacían fuera de la familia del testador, no podían ser instituidos, pero parece que el pretor otorgaba a su favor la *bonorum possessio*, y ya en el derecho justiniano fue válida su institución. Por tanto, la exigencia de que el heredero existiese en el momento de la muerte del causante se entiende cumplida con que el sucesor esté en ese instante concebido, aunque no haya nacido todavía y puede suceder no sólo por la herencia legítima, sino que también puede ser instituido heredero testamentario, aun por un extraño. (Guardado Ayala Loidy Loana & Anzora Mejía, 2013)

En el Derecho Romano se hablaba de la figura del *curator ventris* en la sucesión por causa de muerte en la que está instituido el *nasciturus* y que queda suspendida hasta su nacimiento. A la mujer embarazada se le concedía por el Pretor (Magistrado) la *missio in possessionem em ventris nomine* entrega de la posesión de los bienes concretos de la herencia a la cual será llamado el concebido; recayendo esta posesión de bienes sobre la totalidad del patrimonio hereditario del causante e incluso contra la voluntad expresa del testador en el caso de que éste hubiese desheredado al *nasciturus*. Se concede para salvaguardar las expectativas hereditarias del *nasciturus*, ya que para esos efectos se le tiene por nacido. (Guardado Ayala Loidy Loana & Anzora Mejía, 2013)

El curator ventris protegía los intereses del nasciturus, cuidando y administrando los bienes dejados por el padre fallecido, vigilando que no se produzca una suposición de parto y suministrando a la viuda los alimentos a cargo del patrimonio que corresponderá al nasciturus. En relación con esta tutela del concebido está la regla general de Paulo al decir que "*se protege al hijo concebido como si hubiese nacido, siempre que se trate de ventajas para él, pues antes de nacer no puede favorecer a nadie.*" (Guardado Ayala Loidy Loana & Anzora Mejía, 2013)

### **3.5 El concebido dentro de la jurisprudencia**

El estado jurídico del concebido como un ser humano en lo referente a su derecho que como persona tiene, claro que existes diferentes inicios sobre cuál es el origen del nasciturus y su naturaleza jurídica, desde el derecho romano hasta el derecho civil, que dejan grandes alusiones sobre si el concebido es parte del cuerpo de la madre y la protección de ciertos intereses de su propia humanidad condicionada a ciertos requisitos antes de su nacimiento fijado en la ex lege.

Si consideramos que el nacimiento es el principio de la personalidad y que en su estado de gestación se lo considera al concebido como nacido mediante una ficción, para los efectos que le sean favorables mediante una condición, de nacer con ciertas requisititos legales, pero existe la incógnita sobre la verdadera naturaleza jurídica del ser humano desde su fecundación hasta su nacimiento, será importante determinar con claridad su definición, eso deberá ser lo más importante en los juristas, en determinar y proteger los derechos del concebido en toda su forma, desde si el concebido es un sujeto de derecho, que derechos son atribuidos, o tratar los casos donde el concebido es tratado como un objeto con derechos.

Existen diferentes debates desde la perspectiva jurídica con reflexiones filosóficas jurídicas, con aportes desde la ética, la bioética, la religión, entre otros, las cuales deberán estar presididas con principios éticos, como el papel que juega las personas frente al ordenamiento jurídico con respecto a su dignidad humana así como su valor intrínseco.

Juan Larrea Holguín expresa que las personas como seres capaces de tener derechos y obligaciones y por consiguiente la persona es todo sujeto de derecho, su personalidad jurídica es confundida con su capacidad de goce, claro que no todo sujeto de derechos no puede ejercer sus derechos directamente, ya que para ejercerlos necesita de la capacidad

de ejercicio, en su análisis sobre el principio de la persona sostenido en el Art. 41 de la normativa civil donde se determina que son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición, el jurista menciona que el hecho de definir a la persona natural como todos los individuos de la especie humana, refleja que el hombre es una persona por su propia naturaleza y por ente es reconocido como tal, esta sostenido en el hecho de especificar que a cualquier edad, sexo o condición le da esta fuerza en su definición. (Larrea Holguín, 1998)

Para el tratadista Parraguez desde su punto de vista contrario al de Holguín expresa que la personalidad es el poder de tener derechos y contraer obligaciones razón por la cual la persona deberá ser capaz de los mismos, esta es la razón por que no se considera a una persona a la criatura que está en el vientre materno y considerarse como un humano viviente, considera el autor que existen seres humanos vivos no considerados personas por el derecho, de considerarse humano viviente al no nacido que aún está en el vientre materno, entonces la personalidad sería una condición del ser humano. (Parraguez R, 1981)

En la explicación que da el jurista Larrea Holguín expresa que lo fundamental sobre la existencia de la persona es que viva, es decir, que si llegan a la vida no sólo sean una posibilidad y si mueren han dejado de existir, claro que el principio fundamental de las personas es el nacimiento, sin embargo el derecho no desconoce los derechos del que está por nacer, derecho que es acogido por el derecho positivo donde recoge y protege el derecho del no nacido. Es la normativa civil la que reconoce la existencia natural antes que sea persona jurídicamente hablando, protegiendo la vida del que está por nacer donde el Juez se encarga de protegerla. Claro que no sólo la normativa civil protege la vida del que está por nacer, sino la penal con medidas preventivas y punitivas en el caso del aborto, incluso el Código de Trabajo protege a la mujer embarazada para precautelar la vida del concebido. (Larrea Holguín, 1998)

Manifiesta el jurista que a más de proteger la vida del nasciturus también está protegiendo otros derechos que le corresponderán con el nacimiento, razón por la cual estos derechos se encuentran suspensos tal como lo establece el Art. 63 de la normativa civil, donde claramente reza:

Art. 63.- Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién

nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron. En el caso del Art. 60, inciso segundo, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido. (Código Civil Ecuatoriano, 2005)

Es en el nacimiento donde existe la posibilidad de que el niño comience a ser persona, pero esta es la probabilidad para que se protejan estos derechos y estén suspensos hasta que el niño nazca y pueda gozar de estos derechos retroactivamente en el momento mismo que se le transmitieren, especialmente los derechos de carácter hereditario. (Larrea Holguín, 1998) Parraguez al respecto menciona que, cuando se habla de los derechos del concebido no se refiere a los derechos actuales, ya que por no ser persona no tiene derechos, refiriéndose a los potenciales derechos que le corresponderían al concebido si hubiese nacido y viviese, por ende el nasciturus es titular de derechos desde el momento de su nacimiento, de no nacer se reputará no haber existido jamás, estos derechos condicionados están subordinados a la condición de que el no nato nazca con vida, derechos que están protegidos por la ley. ((Parraguez R, 1981)

Giovani Alejandro Criollo Mayorga al basarse en el Art. 61, sobre la inviolabilidad de la vida y al Art. 45 sobre la protección de la vida desde su concepción en la normativa constitucional afirma que en nuestro país se protege la vida desde su concepción, lo que menciona el jurista es en determinar en qué momento esto ocurre y desde cuando es titular de derechos, claro que las leyes marcan la pauta, la normativa constitucional protege la vida desde la concepción y la jurisprudencia determina el grado de protección que se le da al concebido, que esto comienza con la protección de la fecundación del ovulo momento diferente a la concepción, significando que el ser humano es una persona sin importan si se encuentra dentro o fuera como el caso de la fecundación in vitro. (Criollo Mayorca, 2009)

### **3.6 El concebido como persona dentro de las diferentes legislaciones**

Existen diferentes legislaciones donde se determina sobre la condición jurídica del concebido, por ejemplo en la legislación chilena en su Título I, libro primero de las personas donde se determina a la persona en cuanto a su nacionalidad y domicilio donde claramente reza:

Art. 55. Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición. Divídanse en chilenos y extranjeros.

Código Civil de Chile, 2000)

En esta normativa chilena se determina la conceptualización de persona y sus términos, ya que persona es todo individuo de la especie humana cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición, su conceptualización no hace una mención clara de lo que es persona como la hace la nuestra, también no se hace una especificación desde cuando se la considera como tal, limitándose a considerar a todo individuo de la especie humana sin tener en consideración la relación sobre su edad, sexo o condición, esta legislación sólo hace una clasificación de la persona natural y jurídica.

En Chile, su Código Civil hace una distinción entre la existencia natural y la legal de la persona, estableciendo que la existencia natural principia con la concepción y se prolonga hasta el nacimiento, en cambio, la existencia legal de toda persona principia al nacer, es decir, al separarse completamente de su madre. Pero, aunque al *nasciturus* no se le reconozca existencia legal, la Constitución Política de Chile asegura a todas las personas “el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica...” y establece también que “la ley protege la vida del que está por nacer”. Cabe resaltar que en Chile está prohibido el aborto en todas sus formas, aunque sea por razones médicas. (García Fernández, 2009)

En la legislación argentina establece la conceptualización de las personas y su clasificación, así como también menciona sobre las personas que están por nacer donde textualmente reza:

Art. 63. Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno.

Art. 64. Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia.

Art. 65. Se tendrá por reconocido el embarazo de la madre, por la simple declaración de ella o del marido, o de otras partes interesadas.

Art. 66. Son partes interesadas para este fin:

- 1° Los parientes en general del no nacido, y todos aquellos a quienes los bienes hubieren de pertenecer si no sucediere el parto, o si el hijo no naciera vivo, o si antes del nacimiento se verificare que el hijo no fuera concebido en tiempo propio;
- 2° Los acreedores de la herencia;
- 3° El Ministerio de Menores.

Art. 67. Las partes interesadas aunque teman suposición de parto, no pueden suscitar pleito alguno sobre la materia, salvo sin embargo el derecho que les compete para pedir las medidas policiales que sean necesarias. Tampoco podrán suscitar pleito alguno sobre la filiación del no nacido, debiendo quedar estas cuestiones reservadas para después del nacimiento.

Art. 68. Tampoco la mujer embarazada o reputada tal, podrá suscitar litigio para contestar su embarazo declarado por el marido o por las partes interesadas, y su negativa no impedirá la representación determinada en este código.

Art. 69. Cesará la representación de las personas por nacer el día del parto, si el hijo nace con vida, y comenzará entonces la de los menores, o antes del parto cuando hubiere terminado el mayor plazo de duración del embarazo, según las disposiciones de este código. (Código Civil Argentino, 1871)

Es así que la normativa civil argentina establece que la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre. Sin hacer ningún tipo de distinción entre el nacimiento espontáneo y el que se obtuviese por operación quirúrgica. Tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo. Además si se reputase como cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que asistieren al parto hubieren oído la respiración o la voz de los nacidos, o hubiesen observado otros signos de vida. Si muriesen antes de estar completamente separados del seno materno, serán considerados como si no hubieran existido. (Código Civil Argentino, 1871)

Igualmente en caso de duda si hubieran nacido o no con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario. Así como la época de la

concepción de los que naciesen vivos, queda fijada en todo el espacio de tiempo comprendido entre el máximum y el mínimum de la duración del embarazo. El máximum de tiempo del embarazo se presume que es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta días, excluyendo el día del nacimiento. Esta presunción admite prueba en contrario, no tendrá jamás lugar el reconocimiento judicial del embarazo, ni otras diligencias como depósito y guarda de la mujer embarazada, ni el reconocimiento del parto en el acto o después de tener lugar, ni a requerimiento de la propia mujer antes o después de la muerte del marido, ni a requerimiento de éste o de partes interesadas. (Código Civil Argentino, 1871)

La normativa civil argentina establece la conceptualización de persona que tiene gran diferencia a la nuestra y a la chilena, considerando como tales a todos los entes que presenten signos o características de humanidad, sin ningún tipo de cualidades. Ampara además los derechos del concebido que al no estar nacido están concebidas en el seno materno, es decir ampara y protege la vida del que está por nacer desde su concepción y que se encuentren en el seno materno, concediendo derechos aun cuando no ha nacido, así fuera por un instante después de habersele separado del claustro materno, coligiendo que la legislación argentina es paternalista por cuidar tanto a la madre como del hijo que está en su vientre materno, desde el momento mismo de su concepción, claro que otras legislaciones se limitan a proteger a la persona después de su nacimiento demostrando claro signos vitales.

Se puede determinar que entre las legislaciones de los diferentes países existen diferentes ópticas de la importancia de la vida, pero es esta legislación la que tiene disposiciones que amparan los derechos del no nacido, con una grande diferencia con la nuestra por existir solo la intención del cuidado de los derechos del concebido considerándose como tal, como letra muerta por no hacerse efectivo dicho derecho que tanto se pondera en la normativa constitucional. Lo importante sería que se respeten la normativa incluso los tratados internacionales donde defienden al concebido para poder equiparar la importancia de la vida del que está por nacer desde su concepción, es decir desde el momento que comienza la fecundación, desde cuando el ovulo es fecundado.

En Argentina se considera al *nasciturus* como una persona por nacer, por ello, su derecho positivo reconoce que la existencia de la persona comienza en el momento de la concepción. A nivel constitucional, el Art. 75 reconoce la personalidad del niño por nacer durante toda la extensión del embarazo. Asimismo, su Código Civil

consagra el comienzo de la persona física desde el momento de la concepción en el seno materno, siendo, desde ese momento, titular de un conjunto de derechos. El Art. 51 de este ordenamiento establece que “todos los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes, son personas de existencia visible. (García Fernández, 2009)

### **3.7 Análisis de la sentencia dictada en el caso No. 0014-2005-RA**

Sobre el inicio de la vida a existido diferentes teorías las cuales se difieren las unas contra las otras, incluso desde el punto de vista legal, científico, jurídico y religioso no se han puesto de acuerdo, claro que no se discute la teoría del comienzo de la vida sino en determinar la interpretación jurídica realizada por el Tribunal Constitucional actual Corte Constitucional en el 2006, con respecto al momento que se considera se inicia la vida, el Tribunal Constitucional elaboró una interpretación sobre el momento en que la vida comienza, acción de amparo constitucional que se propuso en contra del Director del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical, Leopoldo Izquieta Pérez y del Ministerio de Salud Pública, donde se solicita la suspensión definitiva del registro sanitario para la comercialización y distribución de la pastilla del día después conocida como Postinor 2.

La parte actora de esta acción argumentaba que la pastilla del día después pone fin al embarazo no deseado, es decir terminaba con el embarazo, dando como resultado la vulneración de los derechos constitucionales y penales del que está por nacer, dando la posibilidad del aborto del óvulo fecundado vulnerando el derecho a la seguridad jurídica, el derecho al nacer, considerándose además que dicha pastilla no es un método anticonceptivo sino abortiva, considera que desde la fecundación existe ya una persona única con distinto código genético a la de su madre y lo que se está impidiendo es la implantación del óvulo fecundado en el útero materno. La contraparte declaró que “no existe ninguna norma que determine claramente desde cuando se considera concebido al feto, porque desgraciadamente nuestra legislación únicamente prevé que desde el nacimiento se considera a la persona sujeta de derechos”. (Resolución del Tribunal Constitucional, 2006)

La contraparte que en este caso es el Ministerio de Salud en sus alegatos anuncia a la normativa civil que menciona que el comienzo de la vida comienza con el nacimiento y la existencia legal de la persona, contradiciéndose cuando menciona que “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”,

(Resolución del Tribunal Constitucional, 2006) visión que concuerda con la argumentación de la parte actora, el cual sostiene:

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 del Ecuador.(Resolución del Tribunal Constitucional, 2006)

De acuerdo con el análisis realizado en la normativa constitucional del 98, donde aseguraba y garantizaba el derecho a la vida desde su concepción, su interpretación no debe ser errada, claro que no se establecía que la concepción empezaba con la fecundación y su estatus de persona, fue el Juez quien determino “que el derecho a la vida es un derecho garantizado por el Art. 49 de la Constitución, desde su concepción, y que constituye una piedra fundamental del Estado de Derecho y por tanto imperativo, indisponible e inderogable.” (Resolución del Tribunal Constitucional, 2006) En la interpretación por parte del tribunal determina que el concebido tiene derecho a la vida y como persona, donde se realizó una mala interpretación de la normativa constitucional del Art. 49, invocando otras normativas de nuestro ordenamiento jurídico como es el Código de la Niñez y Adolescencia, en su interpretación mencionaba que:

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. (Resolución del Tribunal Constitucional, 2006)

La fundamentación del tribunal se basa que el momento de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta su nacimiento, sin darse cuenta que la disposición invocada prohíbe los experimentos, manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de los niños, niñas y adolescentes, pero no determina con claridad que la concepción empieza con la fecundación, por lo tanto no se puede decir que el momento de la concepción sea la fecundación.

Los Magistrados en base al Art. 20 del Código de la Niñez y Adolescencia otorgan la calidad de persona al concebido sin darse cuenta que este artículo menciona que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo. Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral. (Código de la Niñez y Adolescencia Ecuatoriano, 2003) En su interpretación los magistrados sostienen:

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. 45 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. (Resolución del Tribunal Constitucional, 2006)

En la interpretación de los magistrados consideran al concebido como una persona, aseverando que al existir duda en el ordenamiento jurídico del momento mismo de la concepción, es decir en el momento mismo de la fertilización del óvulo, aplican el principio in dubio pro homine dándosele el estatus de persona de dicha resolución estableciendo además 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, momento en que se transmite toda la información genética del ser humano, sin que ella pueda ser modificada en lo posterior. Visto de esta forma, se debe concluir que al actuar el medicamento POSTINOR-2, en una de sus fases, como agente para impedir la implantación del cigoto, es decir, luego de fecundarse el óvulo, se atentaría contra la vida del nuevo ser humano. (Resolución del Tribunal Constitucional, 2006)

En el análisis el tribunal concluyó que la fecundación es la unión del óvulo con el espermatozoide que forma el cigoto, en cual se implanta en el endometrio y su implantación se considera como embarazo, al hablar sobre la pastilla del día después actúa en tres diferentes etapas, primero evita la ovulación, evita la fecundación y evita la implantación, de existir la implantación no se evitaría el embarazo existiendo contradicción a su uso. Sin embargo dicha resolución fue dictada en la vigencia de la normativa constitucional del 98, la cual garantiza la vida desde su concepción, apoyándose en la normativa de la niñez en su Art. 20, así como el Art. 148 donde se determina el derecho de la mujer embarazada donde reza que:

Art. 148.- Contenido.- La mujer embarazada tiene derecho, 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 por un tiempo de doce meses contados desde el nacimiento del hijo o hija; si la criatura muere en el vientre materno, o el niño o niña fallece luego del parto, la protección a la madre subsistirá hasta por un periodo no mayor a doce meses contados desde que se produjo la muerte fetal o del niño o niña. (Código de la Niñez y Adolescencia Ecuatoriano, 2003)

En la sentencia se le da importancia al Art. 20 ya que menciona que no existe en nuestra legislación una definición sobre en qué momento ocurre la concepción pero según el tribunal este artículo da una pauta. (Resolución del Tribunal Constitucional, 2006) Sin embargo no pueden determinar que la concepción se produce en la fecundación ni tampoco están seguro de lo contrario, haciendo una interpretación conforme art. 49 de la normativa constitucional del 98 por el Art. 18 del mismo cuerpo legal la cual hace mención que "en materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más

favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos". (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998)

Para dar una respuesta a la argumentación de que, si se elimina la pastilla del día después se estaría atentando contra los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, el tribunal conforme a la ponderación de los valores de principios constitucionales decidió, que el bien jurídico constitucional como la vida es prioritaria a los valores de los derechos sexuales y reproductivos, así como los de libertad individual, sostiene el tribunal que ninguna persona puede disponer de su propia vida peor aún de una vida ajena o del que está por nacer, además añaden que sin el derecho a la vida los demás no serán posibles.

En dicha resolución reconoce los derechos difusos y la protección del derecho a la vida, conforme la normativa constitucional del 98 donde se garantiza y reconoce a la persona el derecho a la inviolabilidad de la vida, protegiendo a la vida de todas las personas no solo de manera individual sino colectividad, este amparo a la protección del derecho a la vida no se la puede entender como la afectación de la vida del demandante "sino como la afectación al grupo de seres humanos no nacidos, y no cuantificables, que de manera inminente se ve amenazado por el consumo del producto" (Resolución del Tribunal Constitucional, 2006)

Continuando con el análisis en la protección de los derechos a la vida del no nato en la ley se admite que cualquier persona o juez puede intervenir en su defensa conforme lo determina el Código Civil en su Art. 61 donde establece que " 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" (Código Civil Ecuatoriano, 2005)

Razón por la cual los magistrados manifiestan la absurdez que el máximo órgano de control constitucional no cumpla con esta facultad, cuando el objetivo de este órgano de control es asegurar la eficacia de las normativas constitucionales y no violentar los derechos y garantías de las personas, recalcando la argumentación de la normativa de la niñez en su Art. 20, donde los niños tiene derecho a la vida desde su concepción y la obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar este derecho. Es decir es el Estado quien representado por los Magistrados tiene el poder de proteger la vida de todo un grupo indeterminable de seres humanos no natos, por ser imposible e imperativa su propia

protección por ellos mismos, deberá ser el Estado quien asuma esta protección, garantizando el interés superior del concebido, tratándose de proteger un derecho difuso.

En la sentencia expone que es imperativo de la lógica y del sentido común sobre la legitimación activa sobre cualquier persona en la acción de amparo constitucional por un derecho difuso; que existe un acto ilegítimo por una autoridad pública que inscribe un medicamento como su registro sanitario, un producto que causa daño a todo un grupo de seres humanos imposible de cuantificar, yéndose contra todo un ordenamiento jurídico que protege a vida desde su concepción, razón por la cual se concede la acción de amparo.(Resolución del Tribunal Constitucional, 2006)

## CONCLUSIONES

En el tema desarrollado “El Concebido en la Legislación Ecuatoriana y sus derechos reconocidos por la Jurisprudencia” se establece las siguientes conclusiones:

Que el concebido o nasciturus como todos lo llaman es el que va o está por nacer, designación que se le da al ser humano desde que es concebido hasta su nacimiento, el mismo que posee personalidad jurídica y el reconocimiento de derechos que se lo adquiere desde que nace, además se encuentra protegido por el ordenamiento jurídico por estar necesitado de tutela, que una vez que nazca se le reconocen todos sus derechos constitucionales.

Que existen diferentes teorías sobre el inicio de la vida sin poder determinar cuál de ellas es la correcta, como es la teoría de la ficción y de la personalidad, pero es importante recalcar la definición y conceptualización que la da Alberto Calvo Meijide el cual considera al Nasciturus como el concepto de mayor amplitud que aquel pues se entiende por tal todo concebido no nacido, a quien se le reconocen, no sólo derechos hereditarios, sino otros de carácter distinto (alimentos, indemnización a favor de la madre en materia de accidente de trabajo, por beneficiar indirectamente al hijo concebido no nacido, donaciones a su favor, etc.)

Que de acuerdo con el análisis de las legislaciones de diferentes países muestra que ordenamientos jurídicos con una normativa similar a la nuestra en lo relativo a las personas naturales se diferencian enormemente en cuanto al estatuto jurídico del ser humano concebido y no nacido. Los códigos oscilan entre posiciones diametralmente opuestas, que va desde atribuirle la calidad de persona, hasta negarle todo atisbo de subjetividad, calificándole de parte de las entrañas de la madre, quien libremente puede decidir su eliminación.

En relación a la personalidad del concebido explican los juristas que no puede haber persona sin ser un ser humano primero, con personalidad jurídica y titular de derechos, así se encuentre limitado por su condición o por alguna arbitrariedad en el ordenamiento jurídico, pero jamás se podrá decir o poder afirmar que el ser humano no sea una persona, por ser una acepción contradictorio y absurda a la lógica del derecho, es decir la persona es un ser humano desde su principio de ser hasta su muerte, individuo de la especie humana sin distinción de edad, sexo o condición.

Que de acuerdo con la teoría de la personalidad sobre el nacimiento consideran que la personalidad se da desde el momento del nacimiento de la persona, y cual es aceptado por los criterios universales la cual se rige por dos principios el de vitalidad y viabilidad, claro que esta teoría está incluso ratificada en la normativa sustantiva civil, de que el nacimiento enmarca el principio de la existencia de la persona, considerándosele a la personalidad como un atributo, claro que se reconoce el derecho del no nacido.

Que la concepción del surgimiento sobre la personalidad lo sustenta el ordenamiento jurídico, protegiéndolo al concebido sus derechos a lo que le fuere favorable con la única condición de que nazca vivo, abarcando los derechos presumiblemente patrimoniales, e incluso entendiéndose a lo mejor que pueda abarcar los derechos extra-patrimoniales conforme lo determina nuestra normativa civil donde se sostiene la regla para establecer el periodo de la concepción partiendo de la fecha del nacimiento de la persona.

Que la vida del ser humano es la condición a la cual le permite su finalidad, para posibilitar sus legítimos deseos y estrictamente jurídico para el goce de sus derechos, es inconcebible, valorar y enaltecer al ser humano sin que se reconozca aquello que hace posible su realización, la vida, que la pretensión básica de todo individuo es la no interferencia con la posibilidad de existir.

Que el derecho a la vida es el que tiene todo ser humano sólo por el simple hecho de existir y estar vivo, derecho fundamental que tiene toda persona, la cual está comprendida la vida humana en sus factores corporales y psíquica, en su vida social que como persona tiene por medio del cual se realizan obras en común y, en la vida de la naturaleza donde se relaciona los seres humanos con las demás especies, tres factores primordiales que por más que estén divididas se las toma como un todo para su regulación, la cual al respetar este derecho hace que el ser humano sobreviva.

Que los delitos relacionados contra la vida del concebido está el aborto que desde punto de vista médico es la expulsión del feto de forma natural o provocada dentro del periodo intrauterino, cuando es espontáneo o provocado es cuando la muerte del feto se produce por distintos motivos y el provocado cuando la muerte intrauterina del feto es provocada en el exterior, es decir, busca la destrucción del feto durante su desarrollo utilizando diferentes métodos como la aspiración, el legrado, histerotomía, inyección intra-amniótica, a través de la ingesta de medicamentos.

## RECOMENDACIONES

Después de una exhaustiva investigación en relación de los derechos del concebido es importante mencionar algunas recomendaciones para tomar conciencia a todas las personas sobre el tema.

Que los legisladores deben comprometerse al cumplimiento del ordenamiento jurídico, para la protección de la familia, el matrimonio y de las persona, y que la sociedad se encargue al fortalecimiento de la unión de pareja y sus miembros a través de las normativas constitucionales y legales, para que todo ser humano desde su concepción hasta su nacimiento tenga sus derechos y garantías.

Que la decisión sobre la existencia de la vida humana no puede estar en las manos del legislador, sino de nosotros mismos y sobre todo de la comunidad misma, y que el derecho a la vida desde el momento mismo de su concepción debe ser protegido desde todo punto de vista, es decir desde la sociedad a todas las entidades del Estado, y que sea el Estado quien deberá protegerlos, especialmente a la familia por ser el origen de donde nacen todo ser humano.

Que el derecho a la vida a todo ser humano desde su concepción debería ser un principio primordial de toda acción política para la preservación no solo de los mandatos divinos sino para la continuidad de nuestra especie humana, y que su representación y legitimación empiecen desde el concebido, y que sea el Estado quien solucione cualquier reivindicación de los verdaderos valores humanos, sociales y morales.

Que el derecho a la vida se proteja en todas las instancias desde el momento mismo de su concepción, para que no exista violación a la misma como el aborto que debe ser rechazado por toda la sociedad, debido al crimen que se comete, en especial debe ser el legislador quien defienda y promulgue la vida, con una normativa que defienda la vida de forma eficaz de todo ser humano.

Que por existir en la normativa civil un gran vacío sobre los verdaderos derechos del concebido, es necesaria una reforma donde se determine con claridad, sus verdaderos derechos, y por existir la gran contrariedad del principio de la vida, se fije o se determine que la concepción no es otra cosa que la fecundación del óvulo por el espermatozoide sea el

principio e inicio de la vida humana así como de la persona titular de derechos y obligaciones.

Que en la normativa civil se reforme la conceptualización de persona donde se tipifique que la persona es todo individuo de la especie humana desde su concepción cualquiera que sea su condición, además que se considere al concebido como una persona desde su concepción y que sea el nacimiento el punto de partida para ejercer sus derechos, igualmente que se determine con claridad la protección que la ley le da al concebido para su protección.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abellán Salort, J. C. (1999). *La Autonomía del embrión humano* . Madrid: Biblioteca de autores cristianos.

Acosta, J. C. (2006). *Protección al Concebido: Vigencia de los principios rectores del derecho romano en la legislación argentina*. Michoacán-México: Memorias del xv Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Morelia.

Anbar. (2006). *Leyes Civiles, Diccionario y Guía de la Normativa de los Códigos Civil y Procedimiento Civil*.

Antón, T. V., J, B. R., & Berenguer, E. O. (1993). *Derecho Penal, Parte Especial* . Valencia : Tirant lo Blanch.

Arias de Ronchietto, C. E. (1990). *El derecho frente al congelamiento de óvulos*. Buenos Aires : diario La Nación.

Arias Ramon, J. &. (1970). *Derecho Romano* . Madrid: Madrid .

Arrascue, O. (2006). *Régimen Jurídico del Nasciturus* . Obtenido de <http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/view/10381/9106>

Banchio, E. C. (1991). *Status Jurídico del nasciturus en la procreación asistida*.

Barahona Rivas, S. P. (2010). *LA PROTECCION JURIDICA DEL NO NACIDO FRENTE AL USO DE FARMACOS ABORTIVOS EN SAN SALVADOR EN MUJERES EN ESTADO DE EMBARAZO DE 18 A 25 AÑOS DE EDAD*. San Salvador : Universidad de El Salvador.

Barcia Lehmann, R. (2000). *Derecho a la vida del Nasciturus en España* .Chile : <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19760202>.

Blasi, G. F. (2009). *Cual es el estatus jurídico del Embrión Humano*. <http://www.circulodoxa.org/documentos/Cual%20es%20el%20estatus%20juridico%20del%20embrion%20humano.pdf>.

Bonfanti, P. (1979). *Instituciones del Derecho Romano*. Madrid: Reus.

Bravo Gonzáles, A. (2002). *Primer Curso de Derecho Romano*. México : Porrúa. S.A 19ª EDICIÓN.

Bulte, J. F. (2010). *Teoría del Estado y el Derecho* . Habana : Ediciones legales.

Calvo Meijide, A. (1992). *El Nasciturus y su protección jurídica* . Revista de actualidad civil .

Calvo Meijide, A. (2004). *El nasciturus como sujeto de derecho: Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista*. Madrid: Departamento de Empresa, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales Universidad San Pablo CEU.

Calvo Meijide, A. (s.f.). *El Nasciturus como sujeto de Derecho: Concepto Constitucional de persona frente al Concepto Pandectista.civilista*. Madrid: Departamento de Empresas: Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de San Pablo.

Carpizo, J. &. (2010). *Derechos Humanos, Aborto y Eutanasia* . Bogotá: Universidad externado de Colombia.

Carrrión, B. (1950). *El nuevo relato ecuatoriano. Crítica y Antología* . Quito : Casa de la Cultura Ecuatoriana.

*Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* . (18 de 12 de 2000). Obtenido de [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf)

Código Civil . (24 de 08 de 1873). Colombia.

Código Civil . (1984). Lima , Perú.

Código Civil . (10 de 05 de 2005). Quito: Registro Oficial 0110- CLC-CN-05.

Código Civil Argentino . (01 de 01 de 1871). Buenos Aires, Argwentina.

Codigo Civil de Chile . (2000). Santiago de Chile, Chile.

Código de la Niñez y Adolescencia. (s.f.).  
[http://www.consultorasdelecuador.com/index.php?option=com\\_wrapper&view=wrapper&Itemid=56](http://www.consultorasdelecuador.com/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=56).  
Obtenido de  
[http://www.consultorasdelecuador.com/index.php?option=com\\_wrapper&view=wrapper&Itemid=56](http://www.consultorasdelecuador.com/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=56)

Código Orgánico Integral Penal . (03 de 02 de 2014). Quito : Registro Oficial N° SAN-2014-0138.

Coellar Espinoza, M. (1991). *Derecho de las personas* . Cuenca : Talleres gráficos de la Universidad de Cuenca.

Constitución de la Nación Argentina. (22 de 08 de 1994).  
<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm>.

Constitución de la República de El Salvador . (15 de 12 de 1983).  
<http://www.asamblea.gob.sv/eparlamento/indice-legislativo/buscador-de-documentos-legislativos/constitucion-de-la-republica>.

Constitución de la República de Guatemala. (1985).  
<http://pdba.georgetown.edu/Parties/Guate/Leyes/constitucion.pdf>.

Constitución de la República del Ecuador . (20 de 10 de 2008). Quito: Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

Constitución de la República Dominicana. (10 de 07 de 2010). Santo Domingo , República Dominicana: Gaceta Oficial No. 10805 del 10 de julio de 2015.

Constitución Nacional de la República del Paraguay. (20 de 06 de 1992).  
[http://www.oas.org/juridico/spanish/par\\_res3.htm](http://www.oas.org/juridico/spanish/par_res3.htm).

Constitución Política de Colombia . (1991).  
<https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10228/1547471/CONSTITUCION-Interiores.pdf/8b580886-d987-4668-a7a8-53f026f0f3a2>.

Constitución Política de la República de Chile . (24 de 10 de 1980).  
[https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion\\_politica.pdf](https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf).

Constitución Política de la República del Ecuador. (1998). R.O. 1.11-08-1998.

*Convención Americana sobre Derechos Humanos* . (22 de 11 de 1966). Obtenido de  
[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

*Convención Americana sobre Derechos Humanos* . (1969). Obtenido de  
[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

*Convención sobre los Derechos del Niño* . (06 de 2006). Obtenido de  
[https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN\\_06.pdf](https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN_06.pdf)

Costa, J. C. (2006). *Protección del concebido. Vigencia de los principios rectores del derecho romano en la legislación argentina*. Mexico: Memorias del XV congreso Latinoamericano de Derecho Romano.

Criollo Mayorca, G. A. (2009). El inicio de la vida del Ser Humano como fundamento para la protección penal. En *Persona: Revista Electrónica Mensual de Derechos existenciales* . 9Cfr: G.A. CRIOLLO MAYORGA, "El inicio de la vida del Ser Humano como fundamento para la protección penal", En *Persona: Revista Electrónica Mensual de Derechos* Ehttp://www.revistapersona.com.ar/Persona79/79Cri.

Cruz Ponce, L. (s.f.). *El Nasciturus*.

De la iglesia Monje, M. I. (2010). *La protección del nasciturus y su protección en la jurisprudencia civil actual*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 726, págs. 2217 a 2407.

*Declaración Universal de los Derechos Humanos*. (1948). Obtenido de  
[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)

Diez Picazo, L. &. (1978). *Sistema del Derecho Civil*. Madrid: Temos.

Donoso Castellón, A. (2007). *Guía para estudio derecho penal parte especial, delitos contra las personas* . Quito : Cevallos.

*El Concebido* . (s.f.). Obtenido de <http://lahistoriajuridicapenal.blogspot.com/2011/07/el-concebido.html>

*El inicio y fin de la existencia de las personas* . (18 de 01 de 2012). Obtenido de <http://es.slideshare.net/anaheredia12/el-inicio-y-fin-de-la-existencia-de>

Erazo Sarzosa, C. A. (2014). *El análisis jurídico de la excusa legal absolutoria del aborto terapéutico*. Quito : Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Espinoza Espinoza, J. (2006). *Derecho de las personas* . Lima : Rodhas sac.

Farith, S. (2009). *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los derechos del Niño a las legislaciones integrales*. . Quito: Cevallos editora jurídica.

Fernández Sessarego, C. (1988). *Tratamiento jurídico del concebido*. Lima: Cultural del Cuzco.

Fernández Sessarego, C. (1990). *Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas* . Lima: Universidad de Lima.

Ferrara, F. (1929). *Teoría de las personas jurídicas* . Madrid : REUS.

Ferrer, F. (1995). *El Embrión Humano y la Nueva Constitución* . J.A.

Gaceta Judicial XCVII, Serie XVI. N°9. (30 de 05 de 1997).

García Fernández, D. (2009). *El embrión humano o nasciturus como sujeto de derecho* . México : Revista Iuris Tantum. [www.doragarciaf.com](http://www.doragarciaf.com).

García Marín, J. M. (1980). *El Aborto criminal en la Legislación y la Doctrina* . Madrid : Editoriales de Derecho reunidas S.A. Revista de Derecho Privado.

Garfias, I. G. (1980). *Derecho Civil*. México: Porrúa.

Gayosso, M. &. (1992). *Persona: Naturaleza original del concepto en los derechos romano y náhuatl* . Veracruz : Enciclopedia Jurídica Omeba.

Gonzalo, F. Y. (2001). *Derecho Civil de la Persona*. Santiago de Chile : Editorial Jurídica de Chile.

Gorini, J. (04 de 08 de 2003). La Doctrina de la Corte Suprema sobre el comienzo de la vida humana. *Algo más sobre la pildora del día despùes*.

Guardado Ayala Loidy Loana&Anzora Mejía, W. J. (2013). *Los derechos de la persona no nacida de conformidad a la legislación salvadoreña* . Universidad del el Salvador.

Hoyos Castañeda, I. (2000). *La persona y sus derechos. Consideraciones bioéticas - jurídicas* . Santa Fe de Bogota : Temis.

Hung Gil, F. A. (2009). *Una aproximación crítica al estatuto jurídico del concebido no nacido* . Obtenido de <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222963005.pdf>

Isa García, M. J. (2013). *El estatus jurídico del embrión humano en la legislación ecuatoriana a la luz del análisis de la sentencia del caso Artavia Murillo y otros* . Quito : Universidad de San Francisco de Quito.

Jara Reyes, S. (2013). *El derecho a la vida del nasciturus: El aborto*. Cuenca : Universidad del Azuay.

Keith, L. M. (1999). *Embriología Clínica* . México.

Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del Derecho*. Bueno Aires: Universitaria de Buenos Aires, Argentina (EUDEBA).

Larrea Holgín, J. (s.f.). *Derecho Civil del Ecuador, parte general y personal*.

Larrea Holguín, J. (1991). *Derecho Civil del Ecuador* . Corporación de Estudios y Publicaciones.

Larrea Holguín, J. (1998). *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones.

Lejeune, J. (1993). *Qué es el embrión humano* . Madrid : Rialp, Documento del Instituto de Ciencias para la familia.

Lenti, L. (1993). *La Procreazione Artificiale. Genoma della Persona e Attribuzione della Paternità*. Padova : Cedam.

Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación . (2009). <http://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-02-ley-de-creaci%C3%B3n.pdf>.

López Cedeño, J. A. (13 de 09 de 2011). *Protección Jurídica incompleta*. Obtenido de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoshumanos/2011/09/13/proteccion-juridica-incompleta-a-la-vida>.

Lopez Moratalla, N. (2002). *FIV y deficiencias en la relación intergametos y en la relación inicial madre-hijo*. Granada : Comares.

Lucas Lucas, R. (2001). *Antropología y problemas bioéticos*.

Merlyn Sacoto, S. (2012). *Sujetos de la Relación Jurídica, Ediloja. Cía. Ltda*.

Messina de Estrella Guitierrez, G. (1998). *Bioderecho* . Buenos Aires : Abeledo perrot .

Nino, C. S. (2002). *Fundamentos del Derecho Constitucional* . Buenos Aires : Astrea.

Oña Mejía, P. (2009). *Reconocimiento legal de la personalidad jurídica del nasciturus en la legislación civil*. Loja.

Orozco, D. (s.f.). *Definición de persona*. Obtenido de <http://conceptodefinicion.de/persona/>

Papacchini, Á. (2010). *Derecho a la vida* . Universidad del Valle.

Parraguez R, Luis, (1981). *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia, Volumen 1, Segunda Edición*, Imprenta Gráficos Mediavilla, Quito-Ecuador.

Pellicano, J. A. (2004). *La Protección al Concebido en roma y la situación actual del nasciturus a partir de las técnicas de fecundación extracorpórea*. Buenos Aires : XIV Congreso Latinoamericano del Derecho Romano.

Pierangelo, C. D. (1990). *Studi su origine e attualità del sistema romano*. Torino.

(Pineda Cuzco, Z. M. (2006). "La Doctrina de la viabilidad y la Vitalidad en el Código Civil Ecuatoriano". Universidad de Cuenca: Facultad de Jurisprudencia. Cuenca)

Puig Peña, F. (1976). *Compendio de Derecho Civil Español* . Pirámide: Madrid.

Rabinovich Berkman, R. (2003). *Ius Congelandi: Reflexiones ante la nueva potestad de vida y muerte: los derechos paternos frente al embrión en la República del Ecuador, hoy*. Obtenido de <http://www.revistapersona.com.ar/Persona22/22Rabinovich.htm>

Resolución del Tribunal Constitucional . (23 de 05 de 2006). Quito: Registro Oficial Suplemento 297 de 22 de junio de 2006.

Rubio Correa, M. (1992). *El ser humano como persona natural* . Lima : Fondo editorial.

Sacoto, M. (2004). *Consideraciones acerca del inicio de la persona natural en el derecho ecuatoriano*. <http://www.revistapersona.com.ar/Persona34/34Merlyn.htm>.

Serra, A. (1996). *El Estado Biológico del Embrión Humano* . Madrid : Comentario Interdisciplinar a la Evangelium Vitae, BAC.

Spota, A. (1949). *Tratado de Derecho Civil* . Buenos Aires : Depalma.

Torré, A. (1999). *Introducción al Derecho* . Buenos Aires : Abeledo - Perrot .

Valarezo Guevara, A. C. (2007). *La condición jurídica del nasciturus en el Derecho ecuatoriano* . Quito : Universidad de San Francisco de Quito.

Valdivieso Ortega, Gabriela . (2008). *La Protección Jurídica del Non Nato en el Ecuador*. Quito : Ius Humani. Revista de Derecho.

Varona Santiago, V. d. (2012). *Regulación de la personalidad en el Ordenamiento Jurídico ecuatoriano* . [www.eumed.net/rev/cccsc/20/](http://www.eumed.net/rev/cccsc/20/).

Velásquez Posada, O. (2006). *Constitucional y Legalmente, el nasciturus es persona y titular del derecho a la vida*. Cundinamarca: Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=83210106>.

Williams, M. (2002). *Abortion: Opposing View Points*,. San Diego: Greenhaven Press Inc.

Zúñiga Añazco, Y. (2013). *Una propuesta de Análisis y regulación del aborto en Chile desde el pensamiento feminista*. Chile : Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales;Revista Ius et Praxis, Año 19, N° 1, 2013, pp. 255 - 300.