



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

**“NECESIDAD DE REGULAR LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL
NON NATO EN EL ECUADOR.- PROYECTO DE REFORMA AL
CÓDIGO CIVIL”**

**Tesis Previa a la Obtención
del Título de Abogado**

AUTOR:

Moisés Mullo Avemañay

DIRECTOR:

Dr. Sebastián Díaz Páez Mg. Sc.

LOJA – ECUADOR

2015

CERTIFICACION

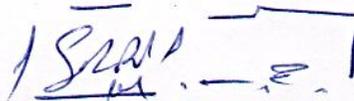
Dr. Sebastián Díaz Páez Mg. Sc.

DIRECTOR DE TESIS

CERTIFICA:

Que el trabajo investigativo, titulado: **"NECESIDAD DE REGULAR LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL NON NATO EN EL ECUADOR.- PROYECTO DE REFORMA AL CODIGO CIVIL"** realizado por Moisés Mullo Avemañay, para optar por el Título de Abogado, ha sido revisado y corregido por mi parte en calidad de Director de Tesis y por cumplir con los requerimientos de fondo y de forma exigidos por el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, autorizo su presentación para los efectos correspondientes.

Loja, julio del 2015



Dr. Sebastián Díaz Páez Mg. Sc.
DIRECTOR DE TESIS

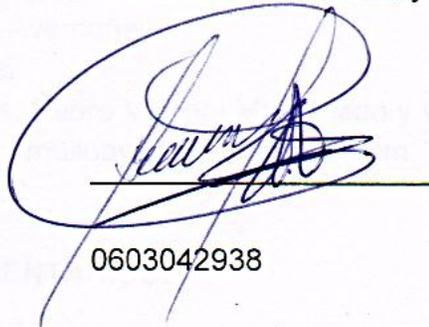
AUTORIA

Yo, Moisés Mullo Avemañay, declaro ser autor del presente trabajo de Tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes Jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Autor: Moisés Mullo Avemañay

Firma:



Cédula: 0603042938

Fecha: Loja, Julio del 2015

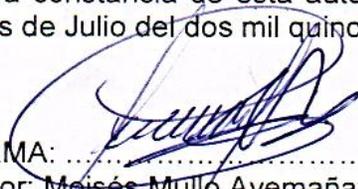
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Moisés Mullo Avemañay, declaro ser autor de la tesis titulada: **“NECESIDAD DE REGULAR LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL NON NATO EN EL ECUADOR.- PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL”** Como requisito para optar el Título de: Abogado, autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repertorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 29 días del mes de Julio del dos mil quince, firma el Autor:

FIRMA: 

Autor: Moisés Mullo Avemañay

Cédula: 0603042938

Dirección: Riobamba, Pedro Vicente Maldonado y Vazco de Contreras

Correo Electrónico: mmulloavemaay@yahoo.com

Teléfono: 0986047193

DATOS COMPLEMENTARIOS.

Director de Tesis: Dr. Sebastián Díaz Páez Mg. Sc.

Tribunal de Grado:

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda Mg. Sc.

PRESIDENTE

Dr. Felipe Neptalí Solano Mg. Sc.

VOCAL

Dr. Marcelo Costa Cevallos Mg. Sc.

VOCAL

DEDICATORIA

El presente trabajo de tesis de grado lo quiero dedicar en primer lugar a DIOS, por darme la vida a través de mis queridos PADRES quienes con mucho cariño, amor y ejemplo han hecho de mí una persona con valores para poder desenvolvernos como: ESPOSO, PADRE Y PROFESIONAL.

A mi ESPOSA, que ha estado a mi lado dándome cariño confianza y apoyo incondicional para seguir adelante para cumplir otra etapa de mi vida.

A mis HIJOS, que son el motivo y la razón que me ha llevado a seguir superándome día a día, para alcanzar mis más apreciados ideales de superación, ellos fueron quienes en los momentos más difíciles me dieron su amor y comprensión para poderlos superar, quiero también dejar a cada uno de ellos una enseñanza que cuando se quiere alcanzar algo en la vida, no hay tiempo ni obstáculo que lo impida para poderlo LOGRAR.

Moisés Mullo Avemañay

AGRADECIMIENTO

Dejo expresa constancia de mi profunda gratitud a la Universidad Nacional de Loja, Modalidad de Estudios a Distancia, a la Carrera de Derecho, al Dr. Sebastián Díaz Páez Mg. Sc., Director de la Tesis y a todos los docentes que compartieron con esmero y desinterés sus experiencias en el campo del derecho hasta lograr alcanzar mi sueño anhelado.

Moisés Mullo Avemañay

1. TITULO

**“NECESIDAD DE REGULAR LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL
NON NATO EN EL ECUADOR.- PROYECTO DE REFORMA AL
CÓDIGO CIVIL”**

2. RESUMEN

Dentro de los problemas contemporáneos se encuentra el del inicio de la vida humana y la protección al no nacido. En efecto, se han presentado varias posturas doctrinas e inclusive tecnológicas, desde aquellas romanas clásicas de considerar al no nacido como una viscera materna y como un ser potencial que suspende su adquisición de derechos hasta el momento en que se verifica la condición del nacimiento. También la teorías de la culturización que pretende ver la aceptación de la madre como una condición para el comienzo de la vida humana, hasta la posición que considera a la vida como una solución de continuidad en la que el proceso vital nunca se suspende sino que únicamente continua en un nuevo ser en el momento de la singamia.

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

Actualmente, sin embargo, esta forma en la cual el derecho protegía al no nacido se ha visto desbordada por las condiciones actuales respecto a entender al no nacido como un sujeto de derechos subjetivos desde el momento mismo

de la concepción, quedando pendiente únicamente determinar cuando ocurre esta.

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

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

En el Ecuador se contraponen varias normas existentes en diversos cuerpos legales, en las cuales se considera al no nacido de diversas formas, desde un sujeto pleno de derechos pleno a partir de la concepción, hasta como un sujeto digno de protección jurídica. Inclusive, existen normas legales que se contraponen a normas de derecho Internacional q son evidentemente inconstitucionales.

2.1 ABSTRACT

Whithin contemporary problems is the star of human live and the protection of the unborn. Indeed, there have been several doctrinal and theological positions including, from those classic Roman considering the unborn as a mother and as a being *vísceras* potential suspends vesting until the moment of birth status is verified. Also in acculturation theories that seek to see the acceptance of the mother as a condition for the beginning of human life, to the position that views live as a continuum in which the vital process never stopped but only continues into a new being in the time of syngamy.

Indeed, the law has to set its rules on certain specific and well –made, and not on mere assumptions or approximate concepts, so as in general has historically taken into account, as a starting point, the birth, while recognizing the previous life, which has also protecteg, but differently. Currently, however, the way in which the law protected the unborn has been overwhelmed by current considerations to understand the unborn as a subject of individual rights from the moment of conception, pending when it takes only determine this.

In short, the law has always protected as a subject of right to born as a subject worthy of protection to the unborn, yet today is considered, especially in

international human rights conventions that the unborn child is a subject of rights from the momento of conception, which substantially affects the legal system form.

These different positions have led in turn to the legal frameword in a series of standards, even contradictory, as to when to consider the beginning of human life and, therefore, when they occur the unborn is considered subjective rights holder.

In Ecuador several existing rules in various legal bodies, which is considered the unborn in various ways, from a full subject of rights from conception to as subject worthy of legal protection are opposed. Even, there are laws that run counter to norms of international law that are clearly unconstitutional.

3. INTRODUCCIÓN

Dentro de los problemas contemporáneos se encuentra el del inicio de la vida humana y la protección al no nacido. En efecto, se han presentado varias posturas doctrinarias e inclusive teológicas, desde aquellas romanas clásicas de considerar al no nacido como una víscera materna y como un ser potencial que suspende su adquisición de derechos hasta el momento en que se verifique la condición del nacimiento. También las teorías de la culturización que pretenden ver la aceptación de la madre como una condición para el comienzo de la vida humana, hasta la posición que considera a la vida como una solución de continuidad en la que el proceso vital nunca se suspende si no es unida que únicamente continúa en un nuevo ser en el momento de la singamia.

Estas posiciones distintas han generado a su vez, que el marco legal se produzcan una serie de normas, inclusive contradictorias entre sí, respecto en el momento que se debe la protección jurídica del non nato en el Ecuador los *Ius Humani* consideran el comienzo de la vida humana y, por lo mismo, el momento en que el no nacido se considera titular de derechos subjetivos.

En el Ecuador se contraponen varias normas existentes en diversos cuerpos legales, en las cuales se considera al no nacido de diversas formas, desde un sujeto pleno de derechos a partir de la concepción, hasta como un sujeto digno

de protección jurídica. Inclusive, existen normas legales que se contraponen a normas de Derecho Internacional q son evidentemente inconstitucionales.

En definitiva, el derecho siempre protegido como sujeto de derecho al nacido y como un sujeto digno de protección al no nacido, sin embargo, en la actualidad se considera, sobre todo en convenciones internacionales de derechos humanos, que el no nacido es un sujeto de derechos desde que el momento mismo de la concepción, lo cual afecta en forma sustancial al ordenamiento jurídico; de allí la importancia del presente trabajo de investigación que comienza por conceptualizar: Non nato, Persona, Protección Jurídica, Inicio de la vida humana, Concepción, Derecho Subjetivo, Sujeto pleno de derecho; desde un marco doctrinario se analiza: La vida como derecho fundamental de las personas.-Antecedentes, Distintas teorías sobre la condición jurídica del Non Nato, El inicio de la vida del ser humano como fundamento para la protección jurídica, El Non Nato en la legislación ecuatoriana; así también se analiza jurídicamente la protección del Non-Nato dentro de la constitución de la república del Ecuador, Código de la Niñez y adolescencia, código civil; y, desde el derecho comparado con legislaciones de Argentina, Paraguaya y Peruana con el objetivo principal de armonizar la normativa en relación a la protección jurídica del non-nato, a efecto de proteger los derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador; es así que a través de los referentes teóricos y la correspondiente investigación de campo se ha determinado que:

En el Ecuador se contraponen varias normas existentes en diversos cuerpos legales, en las cuales se considera al no nacido de diversas formas, desde un sujeto pleno de derechos a partir de la concepción, hasta como un sujeto digno de protección jurídica. Inclusive, existen normas legales que se contraponen a normas de Derecho Internacional que son evidentemente Inconstitucionales de allí la necesidad de reformar las normas que regulan la protección del no nacido dentro del Código Civil.

4. REVISION DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. NON NATO

Andorno, R, al referirse al non nato manifiesta:

“Dentro de los problemas contemporáneos se encuentra el del inicio de la vida humana y la protección al no nacido. En efecto, se han presentado varias posturas doctrinas e inclusive tecnológicas, desde aquellas romanas clásicas de considerar al no nacido como una víscera materna y como ser potencial que suspende su adquisición de derechos hasta el momento en que se verifica la condición del nacimiento”¹.

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

Estos tiempos no se conocen con exactitud, sin embargo, después de muchos estudios se sabe que el espermatozoide puede vivir de 24 a 72 horas,

¹ ANDORNO, R., Bioética y dignidad de la persona, Editorial Tecnos, Madrid-España, 1998.

tomándose como tiempo promedio de 12 a 24 horas, para la mayor parte de los casos. En tanto que para el ovulo el tiempo es de 24 horas; en consecuencia, para que haya fecundación, el contacto sexual debe ocurrir un día antes o un día después de la ovulación.

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

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

4.1.2. PERSONA

Abelardo Torr  en su obra Introducción al Derecho dice:

“Persona es aquel ser que tiene aptitud para intervenir en una relación jurídica como actor o pretensor o como sujeto obligado, es aquel ser o ente, a quien el ordenamiento jurídico le reconoce voluntad para ser titular de derechos subjetivos y de deberes.

Persona es aquel ser o ente con voluntad que tiene derechos y deberes fruto de sus relaciones con sus semejantes”².

El derecho subjetivo precisa un titular, un sujeto. Este sujeto recibe el nombre de persona. Se trata, por tanto, ya de una categoría conceptual propiamente jurídica, pero de alcance más bien instrumental o técnico. En esta etapa, en punto de inflexión para reconocer o no la personalidad (subjetividad) tiene que ver con los derechos patrimoniales y con la noción de capacidad: aptitud para adquirirlos.

El concepto institucional de persona viene a complementarse plenamente con el lenguaje de los derechos aplicados a las facetas más fundamentales de la existencia: la vida, la libertad, la honra, la integridad corporal. El reconocimiento del ser humano como persona para el ordenamiento jurídico aparece con toda su eficiencia práctica cuando se conectan a la noción de persona un haz de

² TORRÉ, ABELARDO, Introducción al Derecho, Perrot, Buenos Aires Argentina, 1999.

derechos fundamentales que, en su esencia, le deben venir respetados y amparados, incluso en los casos en los que se pretendiera que su violación pudiera maximizar la utilidad o bienestar de la mayoría.

4.1.3. PROTECCIÓN JURÍDICA

Guillermo Cabanellas De Torres en su Diccionario Jurídico Elemental, manifiesta:

“La protección jurídica es la garantía dada al individuo, por el estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación”³.

El Estado, como ente del poder público de las relaciones en sociedad, no solo establece los lineamientos y normas a seguir, sino que en su sentido más amplio tiene la obligación de establecer protección jurídica al ejercer su “poder” político, jurídico y legislativo.

En resumen, la protección jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, y conductos establecidos previamente.

³ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta, Buenos Aires-Argentina 2000.

4.1.4. INICIO DE LA VIDA HUMANA

Elio Sgreccia en su obra de Bioética, dice:

“Si aspiramos a resolver la cuestión relativa al inicio de la vida biológica de cada ser humano en lo particular, la respuesta tradicional suele ser que ésta se inicia en el momento mismo de la fecundación.

Efectivamente, suele asumirse que es en el momento en que por primera vez se encuentran en el óvulo y el espermatozoide, cuando inicia la vida de cada ser humano en lo particular y se cree que esto es así, ya que al fusionarse ambos gametos se entremezclan las cargas genéticas de los progenitores dando por resultado un nuevo individuo de la especie humana.

Más aún, siguiendo una lógica simplista, suele deducirse que ante la existencia de un cigoto nos encontramos siempre, frente al equivalente de la persona humana”⁴.

Hablar del inicio de la vida humana no es tarea fácil dados los tabús y la carga emocional que generalmente conllevan estas discusiones. Sin embargo, hoy más que nunca se hace necesario, frente al avasallador avance científico, abordar este tema y hacerlo desde una perspectiva multidisciplinaria, plural e incluyente.

⁴ SGRECCIA ELIO, Manual de Bioética, Vol. 1. Fundamentos y ética Biomédica. Vita e Pensiero. Milán-Italia, 1999.

En ese orden las ideas, el derecho, como regulador de la vida social de los individuos, están llamado a discutir las nuevas formas de generación de vida humana. Derivado de lo anterior, el derecho se ve actualmente obligado a nutrirse e interactuar con un área del conocimiento que hasta hace poco era ignorada por la ciencia jurídica, la biología.

Conceptualmente, la vida, puede entenderse desde muy variadas perspectivas, embriológicas, sociales, filosóficas, teológicas etc., cuya compleja deliberación escapa ahora a nuestras posibilidades.

Las características humanas están presentes en toda célula, tejido u órgano humano, cualquiera que sea su grado de desarrollo o función, y obviamente, en la persona humana. Las células reproductoras humanas (por las que se transmite la herencia genética) y los pre embriones que pueden originar, son específicamente humanos, como lo son también las células somáticas.

En cualquier tipo de célula humana hay vida humana, y por supuesto en las células reproductoras humanas (por las que se transmite la herencia genética) y también en el pre embrión, aunque esto no signifique que el pre embrión sea ya una vida humana.

Frente a la nueva conceptualización de la vida, en sus inicios surge la necesidad de analizar dicho fenómeno desde la perspectiva biojurídica e inclusive biopolítica.

Hoy es necesario dar un paso más y transitar de la bioética al bioderecho.

4.1.5. CONCEPCION

El diccionario Jurídico Ruy Diaz, manifiesta:

“La concepción (también conocida como fecundación o fertilización), es la función de gametos para producir un nuevo organismo de la misma especie.

En los animales, el proceso implica un espermatozoide y un óvulo, cuya fusión finalmente conduce al desarrollo de un embrión. Todo el proceso de desarrollo de nuevos individuos se llama procreación o reproducción.

En el ser humano, la concepción o la fertilización se producen en las trompas de Falopio. Constituye la penetración del óvulo por parte del espermatozoide, logrando de esta manera, la fusión del material genético de ambos”⁵.

La ciencia no discute que tanto en la especie humana como en otras especies animales cada nuevo individuo se forma, naturalmente, por la unión del espermatozoide con un ovocito (el óvulo), como se ha descrito. Esta unión se llama fecundación.

⁵ DIAZ, Ruy, DICCIONARIO JURIDICO, Editorial Conejo, Buenos Aires Argentina, 2005.

Tanto el espermatozoide (gameto masculino) como el óvulo (gameto femenino) son células, ambas están vivas en el momento de unirse, y siempre lo estuvieron, ya que se formaron a partir de otras células vivas.

Al unirse dan origen a una célula única llamada cigoto, que también está viva. Si los gametos (espermatozoide y óvulo) que se unieron eran humanos, el cigoto resultante también lo es.

A la luz de esta verdad, se puede decir que la vida humana solo continúa. Pero, ¿En qué momento se puede decir que ya hay un nuevo individuo? La respuesta simple es que el nuevo individuo se inicia cuando ocurre la fecundación.

La fecundación ocurre habitualmente, como vimos, en la trompa de Falopio, que es un tubo que conecta el ovario con el útero. El cigoto resultante de la fecundación es una célula que tiene la potencialidad de desarrollarse y llegar a ser un humano constituido por miles de millones de células, del mismo modo que una semilla puede llegar a ser un árbol a través de un proceso de crecimiento y desarrollo.

4.1.6. DERECHO SUBJETIVO

Luis María Olaso, en su obra introducción al derecho dice:

“Se denomina “derecho subjetivo” a la situación de poder independiente y unitaria que el ordenamiento jurídico atribuye a la persona para la satisfacción de sus intereses legítimos, y en virtud del cual el titular del derecho puede exigir de alguna persona en particular o de la colectividad en general la observancia de determinadas conductas, activas u omisivas, con el respaldo del propio ordenamiento”⁶.

El derecho subjetivo consiste en la facultad de una persona de exigir de otra el cumplimiento de un determinado deber, en caso de incumplir, el poder reclamar al responsable, así como también de exigir de otras personas el cumplimiento de deberes genéricos de respetar los derechos propios como la vida, la libertad, la propiedad, entre otros; todo en ello en virtud de normas jurídicas que prevén sanciones para los distintos incumplimientos.

En un sentido amplio podemos decir que el derecho subjetivo es la facultad o poder de hacer valer nuestros propios derechos, limitar los ajenos, poseer o exigir algo conforme a las normas jurídicas.

En consecuencia puedo decir que el derecho subjetivo son las facultades o potestades jurídicas inherentes al hombre por razón de naturaleza, contrato u

⁶ OLASO, Luis María, Introducción al Derecho, Tomo II, Editorial Texto, Caracas-Venezuela, 1997.

otra causa admisible en derecho. Un poder reconocido por el ordenamiento jurídico a la persona para que, dentro de su ámbito de libertad actué de la manera que estime más conveniente al fin de satisfacer sus necesidades e intereses junto a una correspondiente protección o tutela en su defensa, aunque siempre delimitado por el interés general de la sociedad:

4.1.7. SUJETO PLENO DE DERECHO

José Luis Aguilar Gorrondona en su obra de Derecho Civil, manifiesta:

“El sujeto de derecho es el ser humano que es tal desde su concepción hasta su muerte, considerado individual (persona natural o física) o colectivamente (persona jurídica). La persona jurídica no puede referirse a entes que no sean los seres humanos, porque no tiene otra existencia que el de las personas naturales que las componen. La expresión “sujeto de derecho” es equivalente a ser humano”⁷.

⁷ AGUILAR, GORRONDONA, José Luis, Derecho Civil. Personas, 12 edición, Fondo de Publicaciones UCAB, Caracas, Venezuela, 1995.

El sujeto de derecho es el ser humano que es tal desde su concepción hasta su muerte, considerado individual (persona natural o física) o colectivamente (persona jurídica).

Por lo tanto el “Sujeto de Derecho” es el ente al cual el ordenamiento jurídico le imputa derechos y deberes.

Jurídicamente, el sujeto de derecho comprende a la persona natural o física, como a la agrupación de personas que representan intereses comunes y que denominamos persona jurídica.

Todo aquel individuo o entidad, capaz de “tener Derechos”, es un sujeto de derechos y, por tanto, una “persona Jurídica”.

La sistematización de la categoría jurídica del “sujeto de derecho”, es sin lugar a dudas, la contribución más importante que hace el decodificador a la legislación contemporánea.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. La vida como derecho fundamental de las personas.-

Antecedentes

“La vida ha sido considerada como el derecho de mayor significación en las sociedades civilizadas. Históricamente en la época de formación auroral de la sociedad humana la vida fue considerada como un bien del que podía disponer el padre de familia la forma que lo estimare conveniente. Es decir la persona no era titular de su vida y esta circunstancia que a la luz de la civilización contemporánea resulta un hecho inadmisibles, tuvo, en esas sociedades, connotaciones que decías relación con la economía, con el orden y con las posibilidades de sobrevivencia. Prevalció entonces la significación de los recursos que permitían la supervivencia, es decir los bienes materiales y especialmente los relativos a la alimentación. De ahí que cuando en el núcleo familiar nacía una persona desprovista no solamente de las capacidades adecuadas para ayudar a la familia sino para valerse por sí misma era licito al padre y aun al jefe de esos clanes originarios privar de la vida a esos seres que en esa concepción se consideraban como una carga indeseable para la sobrevivencia del grupo.

Con el avance del tiempo la vida tiene otras connotaciones y ya, constituida en un valor inapreciable, solo por razones de honor y de defensa, igualmente del orden social, era posible privar de la vida al otro. Prevalció la llamada ley del talión como medio de reparación de los daños inferidos a una persona. Lo que significa que si alguien privaba de la vida a otro existía el derecho de quitar la vida al autor de este acto. Como un regazo de estos tiempos primitivos, por excepción y por razones de mayor consideración y transcendencia, que en el fondo dicen relación con el mantenimiento del orden social, en algunos pueblos se ha establecido en su derecho positivo la pena de muerte, como el recurso indispensable para mantener saneada la sociedad y liberada del peligro de quienes atenten contra ella”⁸.

El derecho a la vida es uno de los Derechos Humanos Universales recogido y aceptado en todas las Constituciones Políticas y demás normas legales de los diferentes países del mundo, así como en los Instrumentos Internacionales que libre y voluntariamente algunos países han integrado a sus respectivas legislaciones. Como ejemplo podemos citar la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Humanos, entre otros, que garantizan el derecho a la vida, como en derecho fundamental autónomo. El Derecho Internacional obliga a proteger la vida humana, desde la concepción,

⁸ BARBOSA, Francisco R., Litigio Interamericano, Perspectiva Jurídica del Sistema de Protección de Derechos Humanos, Universidad de Bogotá, Jorge Tadeo Lozano. Colombia, 2002.

es decir, tanto antes como después del nacimiento. Pues la evolución de la internacionalización de los derechos humanos alcanza mayor fuerza día a día y aceptación a nivel mundial. Es justamente el Derecho Internacional uno de los principales promotores de los derechos humanos y de la protección de los individuos. El derecho a la vida constituye un valor supremo cuya titularidad corresponde a todos los individuos de la especie humana y cuya violación es de carácter irreversible, ya que desaparece el titular de dicho derecho.

4.2.2. Distintas teorías sobre la condición jurídica del Non Nato

A continuación expondré a grandes rasgos tres distintas líneas de pensamiento, que aunque pueden tener cosas en común, la sociedad a la que llegan, es decir su respuesta a las cuestiones antes planteadas, son distintas y acarrear consecuencias diametralmente opuestas.

El Non Nato no es persona

Es la doctrina que modernamente sigue considerando al non-nato como un objeto relevante o una potencialidad de ser humano, que merece tener, por diversas consideraciones, cierta protección jurídica; pero jamás un tratamiento de persona natural, se vio influenciada por la concepción que el antiguo Derecho romano tenía sobre el non nato. El derecho civil actual, dice A.

Valencia, “guarda esta idea de los romanos, de que el concebido es una porción de la vida misma y del cuerpo de la madre, salvo la advertencia de que tal porción u órgano debe considerarse como la más noble, en virtud de su potencialidad de poder separarse en lo futuro del cuerpo de la mujer y constituirse en una vida autónoma”⁹. Así mismo, Salvat, miembro entusiasta de esta primera línea de pensamiento, establece que “en el orden natural una persona supone una individualidad distinta de las demás, con vida propia e independiente. El ser humano, mientras permanece en el seno materno, no reúne estos requisitos; orgánicamente no es sino una extraña de la madre. En estas condiciones ha sido un error considerarlo como una persona real, ya existente”¹⁰. Como podemos ver, sea, que se le considere al concebido como un objeto de protección o como un ser humano, por el hecho de no tener individualidad e independencia, requisitos estos fundamentales, no se le puede otorgar el carácter de persona. Y todas las consecuencias jurídicas que ello implica. Antes de que se produzca tal singularidad y autonomía, la criatura merece protección de su vida, pero no es titular del derecho a la vida. La carencia de personalidad jurídica del concebido, ha sido interpretada como una consecuencia de no ser independiente de la madre; confundándose entonces con la personalidad de esta.

⁹ VALENCIA ZEA, ARTURO Y ÁLVARO ORTIZ MONSALVE, Derecho Civil: Parte General y Personas, Tomo I, décimo cuarta edición, Editorial Temis, Bogotá 1997.

¹⁰ “ENCICLOPEDIA SALVAT DE LAS CIENCIAS”, Tomo 17: “Biología-Generalidades”, Salvat, Pamplona-España, 1998.

A pesar de la falta de consenso, respecto a si el non-nato es o no parte del cuerpo de la madre y especialmente si es una persona distinta de ella, parecía que muchos de los Códigos Civiles actuales, recogen estas ideas, al desconocer el carácter de persona al que está por nacer. “de esta forma, el concebido, según los juristas encuadrados en esta tendencia, no es persona, por lo tanto, tampoco es titular de derechos, siendo simplemente una criatura que debe ser protegida en virtud de intereses futuros, tanto individuales como colectivos. Se distingue, en consecuencia, entre la protección a la vida, y el derecho fundamental de la vida. Del derecho a la vida, solo puede ser titular el nacido, la persona; el concebido, llanamente tiene una protección jurídica, pero no un derecho fundamental”¹¹.

El Non-Nato es sujeto de derechos, pero no persona

Aunque en la actualidad los términos sujeto de derecho y persona se entienden y usan como sinónimos, en rigor técnico no son lo mismo. Un gran sector de la doctrina jurídica coincide al sujeto de derecho como el ente al cual se le imputan situaciones jurídicas subjetivas. Cuando se habla de sujetos de derecho, dice A. Torr  “se refiere a la persona, actuando en una relación

¹¹ SESSAREGO, Carlos Fernando, Personas, personalidad, capacidad, sujeto de derecho, un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI.

jurídica. Así se dice personas por nacer y no sujeto por nacer; sujeto activo y no persona activa; etc.”; mientras que el termino persona, “se refiere al ser humano o a las personas colectivas, considerados en sí mismos, aisladamente”. “desde el ángulo del derecho actual”¹², expresa A. Valencia Zea, “la frase sujeto de derecho se toma en una acepción concreta, significando a quien esta investido actualmente de un derecho determinado”¹³. En tales respectos podemos decir que el termino persona es más amplio que el de sujeto de derecho. Así un niño y un loco serán personas, pero existen serios obstáculos para considerarlos in actu como sujetos de derecho en los términos técnicos de la ciencia jurídica”. Todo sujeto de derecho, será pues persona; pero no toda persona será sujeto de derecho, porque la actuación concreta supone aptitud o susceptibilidad, pero no viceversa.

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

¹² TORRÉ, ABELARDO, Introducción al Derecho, Perrot, Buenos Aires Argentina, 1999.

¹³ VALENCIA ZEA, ARTURO Y ÁLVARO ORTIZ MONSALVE, Derecho Civil: Parte General y Personas, Tomo I, décimo cuarta edición, Editorial Temis, Bogotá 1997.

sujetos de derechos, pero no alcanzan la calidad de personas, por no haber nacido aún.

El Non-Nato es ser humano y persona

Los pioneros en el desarrollo de esta teoría dicen que sus ideas son también fruto del antiguo Derecho romano. Para justificar, esta afirmación, han interpretado las fuentes romanas de una manera radicalmente distinta. Vélez Sársfield, redactor del Código Civil argentino, inspirado en las ideas de Freitas escritor de un modelo de Código Civil brasileiro, ambos convencidos de la noción de que el Non-Nato es una persona para el derecho, ponen en tela de duda que las modernas interpretaciones del antigua esquema romano, sobre la condición jurídica del nasciturus, resistan la lógica. Estos juristas consideran que, “el afirmar que el no nacido no es persona (y todos los argumentos que sustentan esta noción), detenta graves contradicciones, producto de una errónea interpretación del pasado Derecho romano, desvirtuando así la verdadera condición, que nuestros antecesores jurídicos, quisieron darle al non-nato”¹⁴. “no concibo que haya entes viviendas con susceptibilidad de adquirir derechos, sin que haya persona... si se atribuye derechos a las persona por nacer, aunque como dice Savigny, es un orden especial de hechos, y si los nasciturus son representados... es forzoso concluir que ya existen y que son

¹⁴ VELEZ SARFIELD, Dalmacio, Proyecto de Código Civil para la República Argentina, Libro Cuarto, Buenos Aires-Argentina, 1979.

personas: pues la nada no se representa”¹⁵. Adicionalmente, Freitas no entendía la lógica, si se partía de la idea de que el nasciturus no era persona, de la demora en la ejecución de una mujer embarazada que ha sido condenada, de la existencia del delito de aborto, etc. Motivo por el cual, luego de que este autor estudio las fuentes romanas, concluyo que el non-nato, era para nuestros antecesores jurídicos, persona desde su concepción. El Non-Nato humano, explica R. Rabinovich, al exponer las ideas planteadas por Freitas y Sársfield, habría sido en Roma una persona desde su concepción. El clásico enunciado *conceptus pro iam nato*.

El hombre era, hasta hace una décadas, bastante ignorante del proceso de reproducción y desarrollo del feto humano. Sin embargo, ahora la tecnología y la ciencia médica han evolucionado, y sabemos casi con exactitud el funcionamiento y desarrollo del concebido en el vientre materno. “las modernas realidades tecnológicas nos han demostrado que el non-nato es un ser humano totalmente diferente de ambos progenitores; siendo insostenible, en la actualidad, afirmar que el no nacido es una parte más del cuerpo de la madre, ya que orgánicamente estaríamos incurriendo en un error. El no nacido, no es una víscera más del cuerpo de la madre, de la cual esta puede disponer, el nascitutus es una persona distinta de cualquier otra y la falta de

¹⁵ PUIG PEÑA, Federico, Compendio de Derecho Civil Español: Parte General, 3era edición, Ediciones Pirámide, Madrid-España, 1976.

independencia de dicha criatura no le quita su carácter de ser humano, no le hace más ni menos persona, es una simple situación transitoria, que en pocos meses desaparecerá”¹⁶. Gracias a la medicina, se ha aclarado la hereda concepción de que en un vientre materno, se pueda engendrar otra cosa diferente de un ser humano. Las mujeres dan a luz a seres pertenecientes a la especie humana, no a cosas, ni a animales.

Adicionalmente, es interesante conocer que algunas leyes contemporáneas, como el Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, han plasmado en sus normas, la realidad científica, la cual asegura que el nasciturus es un ser humano.

Reforzando las ideas antes expuestas, los juristas que forman parte de esta línea de pensamiento, sacan a flote el hecho de que todos los derechos, inclusive las condiciones y/o eventuales, suponen la existencia de un sujeto, motivo por el cual es mejor admitir como persona actual al concebido, y dejar a un lado la idea de que el non-nato es simplemente potencialidad de ser humano.

¹⁶ GARCIA FLORES, Aurelio, Protección de los niños no nacidos en el sistema interamericano de Derechos Humanos, Advocatus, Córdova-Argentina, 2001.

4.2.3. El inicio de la vida del ser humano como fundamento para la protección jurídica

La vida inicia en el momento de la concepción, esto es con la unión del ovulo con el espermatozoide, unión que da vida a una nueva célula que es el cigoto, comenzando así el desarrollo embrionario. Esta nueva célula posee 46 cromosomas y un patrimonio genético único, deferente de sus progenitores, con capacidad autogobernarle y toti potencial; y, desde este momento, el ser que está por nacer, se acoge a la garantía constitucional de protección del derecho a la vida y su vulneración se encuentra sancionada por las leyes penales de varios países.

Numerosos estudios científicos demuestran que la vida comienza desde la concepción, como lo hemos afirmado anteriormente, por tanto el nasciturus alcanza protección constitucional y es deber de los estados proteger su vida.

Nuestra constitución impone la protección del derecho de la vida, desde la concepción, es decir, reconoce que hay vida desde la fecundación del ovulo con el espermatozoide, de allí el presente mandato constitucional. Se reconoce que la vida inicia desde el momento de la concepción y por tanto se reconoce, también, que el aborto es un delito que se encuentra tipificado en nuestro

Código Penal y en la mayoría de Códigos Penales de los diferentes países. Y, sin embargo, en el supuesto no consentido, de que la concepción no se produzca en el momento de la fecundación del ovulo y que no sea posible determinar, con exactitud, en qué momento se produce (como lo consideran algunos autores), siempre debemos aplicar el principio indubio pro homine. Es decir, la interpretación de la ley, cuando sea posible interpretarla, debe garantizar el derecho a la vida del nasciturus.

Keith Moore y T.V.N. Persaud, indican que “la vida o el desarrollo humano comienza en la fertilización, cuando el gameto masculino se une al gameto femenino para formar una única célula llamada cigoto. Esta célula, con 46 cromosomas (23 masculinos y 23 femeninos), marca el inicio de cada uno de nosotros como seres únicos. Este nuevo ser humano es capaz de dirigir su propio crecimiento y desarrollo, debido a que inmediatamente produce proteínas y enzimas humanas. Es un nuevo individuo que tiene el conjunto de cromosomas que pertenecen a cada célula del cuerpo humano y que, pese a proceder a medias del padre y de la madre, es diferente a todas las células de cualquiera de las dos”¹⁷.

¹⁷ MOORE, Keith L., and T.V.N. Persaud, Embriología clínica. 7. º., Elsevier España, S.A., Madrid-España, 2004.

Vemos que la vida no es algo que se da por sí mismo, no existe por si sola. Esta comienza en el estado embrionario en donde aparece un nuevo ser, único, irrepetible, autónomo, con un código genético propio, aunque todavía dependiente. “pues la vida no pasa por diferentes etapas donde vale más o menos, según la utilidad social del individuo. La vida humana vale por esa dignidad intrínseca de la persona. Los derechos humanos son propios del hombre. Cada individuo nace con ellos, están allí desde que hay vida humana y por lo tanto todos y todas tenemos la obligación de respetarlos”¹⁸.

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

Actualmente se entiende en forma general que principia la vida humana desde la concepción, esto es, desde que se crea y existe otra vida; este es el criterio adoptado inclusive por los convenios internacionales de derechos humanos.

¹⁸ HOYOS CASTAÑEDA, Ilva M., Las personas y sus derechos Consideraciones bioéticas-jurídicas, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá- Colombia, 2000.

“La tradición jurídica más acendrada, que se compagina con la filosofía del estado social de derecho, ha reconocido que el non-nato es sujeto de derechos en tanto y en cuanto es un individuo de la especie humana. Los individuos que aún no han nacido, por la simple calidad de ser humanos, tienen garantizada desde el momento mismo de la concepción la protección de sus derechos fundamentales”¹⁹.

Como podemos evidenciar de lo notado anteriormente, la protección del derecho a la vida es uno de los objetivos principales de los cuales se debe ocupar el sistema internacional de derechos humanos. La vida de cada ser humano debe ser respetado desde la concepción, ya que aquí comienza ésta. La protección de la vida del no nacido y del nacido debe ser un elemento clave de este sistema.

4.2.4. El Non Nato en la legislación ecuatoriana

“El non nato, es un producto protegido por el Código Civil, mientras esta en el seno materno y que si nace muerto, nunca fue persona; por el contrario, si resulta vivo y viable; es decir, nace con la capacidad de convertirse en persona física jurídica, la ley, por una ficción legal, lo considerara como tal, desde que fue engendrado, desde que fue concebido, desde que, como opinan algunos juristas, empezó a haber vida en el claustro materno. Sea como fuere, si

¹⁹ RABINOVICH BERKMAN, Ricardo D., Derecho Civil, Parte General, 1era reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 2000.

hablamos del que está como objeto en el vientre de una mujer, tendrá la protección de la ley y esa será su naturaleza jurídica; es decir, un objeto que se le sujeta a una condición suspensiva, para que, al ser desprendido enteramente del seno materno y tener la posibilidad de autonomía de vida, será persona, se convertirá en un sujeto de derechos y obligaciones; igualmente ocurrirá si es viable, lo cual quiere decir que tenga la aptitud de nacer vivo y que de inmediato se le inscriba en el Registro Civil, trámite que incluso se puede subsanar, teniendo al pie de la cama de la parturienta, al propio juez de la materia, quien inscribirá el hecho que ha ocurrido en su presencia, que ha nacido vivo aquel que era producto que devino en sujeto y aunque muera a la hora de haber nacido y se le hubiera inscrito en la institución señalada, será persona e incluso para inhumar, será necesaria expedirle un acta de defunción. Reiteramos, en los otros supuestos, especificamos nacer muerto, después de los nueve meses de gestación, no se dará la calidad de persona, no será necesario expedir un acta de defunción y su naturaleza jurídica, lo que ese producto es y ha sido en derecho corresponde a una cosa; que en el caso específico, no llegaría de acuerdo con el Código Civil, una persona física jurídica²⁰.

Si hablamos de un objeto protegido por la ley, ese será su principal derecho, ya que ninguna persona puede atentar contra la concepción, su pena de ser

²⁰ PARRAGUEZ RUIZ, Luis, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia, volumen 1, 6ta edición, Universidad Técnica Particular de Loja, 1999.

castigada desde el punto de vista de derecho penal, civil o familiar, como corresponda a la hipótesis en cuestión. Si el producto nace muerto, no tuvo derecho alguno, incluso si se le hubiere designado heredero en un testamento, porque al no haber reunido nunca, en su persona, esta calidad, es decir, personalidad para actuar en derecho, no pudo recibir y, en consecuencia, tampoco transmitir derecho alguno. Distinto será el supuesto del concebido, producto protegido por la ley, que nazca vivo y viable, porque en este caso se retrotraerán los efectos de su concepción, aquel día en que fue gestado y a partir de ahí –pensemos que sean los nueve meses- tendrá los derechos que, en un momento dado, hubieron sido consignados en un testamento, ya que vendrá a ser heredero e incluso si muere, transmitirá esos derechos a sus herederos, si los tuviere, lo que significa que los sucesores del autor de la herencia no tendrán derecho a la misma, porque los bienes se transmitieron a quien era “nasciturus” y se convirtió en nacido, en persona, en heredero, que al morir transmitió, vía sucesión legítima, esos bienes a sus parientes más próximos en grado. También dijimos que el nacido vivo puede obligarse; es decir, contraer específicamente obligaciones, que tendrá que cumplir en su momento o por medio de su representante legal o quienes fueren los titulares de la patria potestad.

“Algunos de los civilistas más destacados, han afirmado que el non-nato es, para nuestro código civil, un objeto relevante de protección jurídica, o a lo mucho una potencialidad de ser humano, pero jamás una persona. Es decir, el

mencionado cuerpo normativo, reconoce la existencia de una criatura, que tiene una protección especial a su vida por su importancia como futuro miembro de la colectividad, pero para que exista como persona debe verificarse su nacimiento. Por lo tanto, el no nacido, en virtud del código civil, al no ostentar la calidad de persona no posee ningún derecho, ni siquiera el derecho a vivir”²¹.

El Código Civil ecuatoriano al igual que la mayoría de las leyes civiles latinoamericanas, han estado altamente influenciadas por el antiguo derecho romano, y en materia del nasciturus la influencia es evidente. La mayoría de juristas contemporáneos están convencidos de que nuestros antecesores jurídicos, consideraban como una víscera más del cuerpo de la madre, motivo por el cual recibía una misma protección con esta. Secuela inmediata de esto, es la consideración actual que el código civil ecuatoriano hace del non-nato, tratándolo como objeto relevante de protección jurídica por su importancia como potencialidad de ser humano, pero jamás otorgándole el estatus de persona.

Con el desarrollo de los derechos humanos, y en general de toda la ciencia jurídica, actualmente es imposible imaginar un ser humano que no ostente el carácter de persona. La tendencia reinante, como bien dijo R. Rabinovich, “es extender la condición de persona a todo individuo de la especie humana, ya que el no hacerlo implicaría retroceder en el tiempo, volviéndonos una sociedad

²¹ FARITH, Simón, Borrador de Manual de Derechos de Infancia y Adolescencia. S/e, Quito, 2007

precaria, que buscaría fundamentos, como los que justificaron la esclavitud, para hacer viable la existencia de los seres humanos carentes de personalidad jurídica y por lo tanto desprovistos de derechos”²². Una posición de este estilo es evidentemente discriminatoria, incompatible con principio de igualdad ante la ley y con la dignidad humana. La paridad entre ser humano y persona natural es incuestionable, afirmación esta que se encuentra consagrada no solo en el artículo 41 del código civil, sino en la convención americana de derechos humanos, documento internacional ratificado por el Ecuador, el cual, en su artículo 1.2 consagra que “...persona es todo ser humano”²³. Todo ser humano, incluido el non nato, por su condición de tal tiene el derecho a reconocimiento de su personalidad jurídica, investidura esta que trae consigo la capacidad de ser sujeto de derecho. La condición de ser humano, dijo el Juez García Ramírez, en su voto razonado al caso Bámaca Velásquez, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “debe ser reconocida y desarrollada normativamente por el orden jurídico”²⁴.

En virtud de lo expuesto, decimos que el nacimiento ya no es requisito esencial para ser persona, puesto que el ser humano existe desde la concepción, y todo individuo de la especie humana, sin distinción alguna es necesariamente

²² RABINOVICH BERKMAN, Ricardo D., Responsabilidad del Médico. Aspectos civiles, penales y procesales, Editorial Astreas, Buenos Aires-Argentina, 1999

²³ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

²⁴ BÁMACA VELÁSQUEZ, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

persona ante el derecho. El Juez Deroux Rengifo en el voto razonado al caso Bámaca Velásquez ya antes comentado, ha dicho que se debe combatir con vigor la idea de que determinados ordenamientos jurídicos, puedan desconocer la condición de sujetos de derechos a ciertas categorías de seres humanos.

4.3. MARCO JURIDICO

4.3.1. Constitución de la República del Ecuador

Nuestra norma constitucional en relación al Non-Nato, manifiesta:

El artículo 45 de la constitución vigente establece que:

Art. 45.- “El Estado reconocerá y garantizara la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”²⁵.

Nuestra constitución impone la protección del derecho a la vida, desde la concepción, es decir, reconoce que hay vida desde la fecundación del óvulo con el espermatozoide, y de allí el presente mandato constitucional, por lo tanto el juez debe escuchar las peticiones de personas que quieran protegerlo.

Se encuadra de este modo al non-Nato dentro de los grupos vulnerables, y se fija un principio protector de aquellos seres humanos más débiles. Resulta imposible más claro. La norma interna de mayor jerarquía en el Ecuador no deja

²⁵ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2012.

lugar a la más mínima duda: el derecho a la vida se protege desde la misma concepción.

El derecho a la vida, es el derecho a la propia existencia física y biológica, de las personas naturales, es un derecho individual del que somos titulares todos los seres humanos, derecho que está reconocido por los principales instrumentos de derechos humanos y por el Estado, por lo tanto, le compete a éste deberes muy importantes para conseguir que el ejercicio efectivo de ese derecho no sea conculcado.

La Constitución de nuestro país establece la responsabilidad del padre y de la madre en el cuidado de los hijos y en la protección de sus derechos en su artículo 69 numeral primero.

El numeral quinto de ese artículo establece la corresponsabilidad materna y paterna, y los deberes y derechos recíprocos entre padres, madres, e hijos.

Estos numerales hablan tanto una maternidad como una paternidad responsables a un mismo nivel, sin diferenciación entre padre y madre. Ambos tienen corresponsabilidad al momento del cuidado y protección de los derechos de los hijos.

Es decir, una vez que el niño nazca ambos padres deberán estar involucrados en la misma forma en el cuidado de ese niño, ambos padres tienen expectativas, deseos, y derechos al respecto.

El artículo 66 numeral 9 de la Constitución reconoce y garantiza a las personas el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad.

El artículo 66 numeral 10 por su parte establece que se reconoce y garantiza a las personas el derecho a tomar decisiones libres en su vida reproductiva y a decir cuándo y cuántos hijos tener.

Estos derechos son garantizados a todas las personas en nuestro país sin distinción de género, hombre y mujer tienen derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener, con mayor razón cuando el futuro hijo ya se ha concebido. Para que un hombre pueda tomar este tipo de decisiones debe tener garantizado el derecho a ser informado sobre su futuro hijo y debería poder tomar la decisión de que nazca.

De esta manera, sabemos al tener una relación sexual que el resultado podría ser la concepción de un hijo y que el padre y la madre de ese hijo sería la persona con la cual estamos teniendo esa relación. Tácitamente estamos

aceptando tomar en conjunto cualquier tipo de decisión sobre esa criatura al compartir derechos y obligaciones en relación a ese ser.

La constitución de nuestro país garantiza la igualdad de las personas, así gozamos de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie puede ser discriminado por sexo, entre otras razones.

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

4.3.2. Código de la Niñez y la Adolescencia

Las proporciones, medidas, circunstancias y particularidades se logran por esas normas jurídicas que integran el derecho social, en las que rigen los principios pro-infante, pro-anciano, pro-desvalido, pro-trabajador. Estas son algunas disposiciones de la ley citada, que confirman lo dicho:

“Art. 2.- Sujetos protegidos. Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de

edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código.

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

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

Este principio prevalece sobre el de diversidad étnica y cultural.

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

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

Art. 20.- derecho a la vida. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia, asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo.

Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del ovulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes y la utilización de cualquier técnica o practica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral”²⁶.

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

4.3.3. Código Civil

El Art. 60 del Código Civil establece que

Art. 60.- “El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que se separa completamente de su madre. La criatura que muere en el

²⁶ CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2012.

vientre materno, o que parece 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”²⁷.

Es necesario entonces para este cuerpo legal que el nuevo ser haya sido separado completamente de su madre. Quienes no llegaron a ese momento, para nuestras leyes, no han existido jamás.

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

El artículo 63 establece:

Art. 63.- “Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán en suspenso hasta que el nacimiento se efectúe.

Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrara el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido en el tiempo en que le correspondieron. En el caso del artículo 60 inciso 2, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”²⁸.

²⁷ CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2012.

²⁸ IBIDEM.

Nuestro código habla de “suspensión de derechos”, más de no obligaciones del no nacido. Sin embargo, no solo puede tener derechos sino también obligaciones; unos y otros, generalmente, por herencia. Pero como la legislación tiene carácter proteccionista del no nacido, habla solo de derechos. Además, la suspensión de las obligaciones hasta que comience a existir legalmente, originaría fácilmente retardos perjudiciales para terceras personas, particularmente si se trata de acreedores.

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

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

4.3.4. La convención americana de derechos humanos

Este convenio internacional que, conforme a nuestra Constitución, es de aplicación directa e inmediata de nuestros jueces, establece claramente en su

artículo 4 que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción...”²⁹.

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

²⁹ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

Para el desarrollo de este punto he considerado conveniente analizar legislaciones en materia de producción al Non-Nato que están acorde con nuestra realidad más próxima.

4.4.1. Legislación Argentina

Argentina fue uno de los primeros países en regular la existencia de la persona humana desde la concepción, y quien dio inicio a luchas para que se realizaran cambios en la legislación de Argentina fue el Doctrinario Augusto Teixeira de Freitas; y logro cambios transformadores en dicho país, especialmente en el Código Civil al ser este uno de las cuatro influencias que tuvo este Código argentino que es el encargado de regular a la persona humana desde su concepción, como consecuencia se incluye al concebido, también regula el goce y la protección de los derechos que posee una persona.

La legislación argentina regula en el Código Civil en el Art. 63 a las personas por nacer, a las cuales define de la siguiente manera:

“Las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”³⁰

El código proclama “el Principio de la Personalidad Jurídica de la criatura que está por nacer; o sea que aún no haya nacido todavía, ya la está considerado persona humana y como consecuencia puede gozar de los derechos como cualquiera”³¹;

En el Art. 64 del referido Código determina que el concebido puede designársele un representante cuando adquiera bienes por donación, legados o herencias;

En el Art. 70 regula que el concebido desde que estas en el vientre materno, puede adquirir derechos como que ya hubiese nacido; es decir que si fallece antes de nacer puede transmitir sus bienes a sus herederos.

Esta legislación adopta la teoría de la Fecundación.

4.4.2. Legislación Paraguaya

La constitución Nacional en su artículo 4 establece que:

Art. 4.- “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Se garantiza su protección, en general, desde la concepción. Queda abolida la pena de muerte.

³⁰ CODIGO CIVIL, Argentino.

³¹ IBIDEM.

Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, así como en su honor y en su reputación. La ley reglamentara la libertad de las personas para disponer de su propio cuerpo, solo con fines científicos o médicos”³².

Este artículo pretende ser una herramienta que, combinando legislación y jurisprudencia, sirva de guía para legisladores, políticos, medios de prensa, jóvenes y en general para todo aquel que se interese en la defensa del derecho a la vida.

El reconocimiento de la dignidad de la persona humana es un axioma fundamental de la Constitución Paraguaya y, por ende, de todo el derecho positivo local.

El Código del Menor contenido en la Ley N° 903/81. Establece:

“Art. 1.- Este Código regula los derechos y garantías de los menores desde su concepción hasta la edad de veinte años cumplidos, en que termina la minoridad y comienza la mayoría de edad”³³.

El ordenamiento jurídico paraguayo expresamente ha reconocido la calidad de niño a toda persona desde su concepción y hasta la mayoría de edad, por lo

³² CONSTITUCION POLITICA DE PARAGUAY.

³³ CODIGO DEL MENOR CONTENIDO EN LA LEY N° 903/81, Paraguay.

que no cabe duda alguna acerca de cuál es el alcance que este derecho tiene en la República del Paraguay: todo niño, desde la concepción hasta los 18 años de edad tiene el derecho intrínseco a la vida.

El Código Civil reconoce en su artículo 28 capacidad de derecho a toda persona física desde su concepción, para adquirir bienes por donación, herencia o legado. Con esta disposición se confirma que para el ordenamiento jurídico paraguayo, desde el momento de la concepción es persona, y por ende, sujeto de derechos.

4.4.3. Legislación Peruana

Otro de los países que regula la teoría de la Fecundación, es Perú siendo el Código Civil de dicho país el que adopta la mencionada Teoría.

En el Título Primero del Código Civil del Perú, denominado “Principio de la Persona”, regula la situación del concebido como sujeto autónomo de derechos y la eventualidad dada por el nacimiento; ya que el Art. 1 del referido Código, regulaba que la persona humana era sujeto de derechos hasta que había nacido pero que la vida humana comienza con la concepción; es decir que contempla la Teoría de la Vitalidad; pero con la enmienda realizada a dicho artículo en Noviembre de 1994, mediante la Ley 26.394, modificada por la Ley

26.673 de Octubre de 1996, una Comisión de Representantes del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, Hicieron reformas al Artículo, siendo el nuevo texto, así:

“La vida humana empieza con la concepción. El concebido es sujeto de derechos. Goza de manera actual de todos sus derechos. Los derechos personales se extinguen si el concebido se muere. Tratándose de los derechos patrimoniales los readquiere el titular original, o en su caso sus herederos”³⁴.

La calidad de sujeto de derecho que posee el concebido es para todos los efectos, sin ninguna reserva, ni limitación alguna; pues por el simple hecho de ser una persona humana, goza de manera actual de todos sus derechos tanto personales como patrimoniales.

La legislación Peruana considera que el ser humano debe ser respetado y tratado como persona desde el momento de la concepción, por lo que a partir de ese instante se le deben reconocer los derechos o atributos que como persona le corresponden; pero especialmente el ordenamiento Jurídico de Perú, protege el derecho a la vida, ya que el concebido desde su fecundación tiene vida independiente a la de la madre.

³⁴ CODIGO CIVIL, Perú.

5. MATERIALES Y METODOS

5.1. MATERIALES UTILIZADOS

Para el desarrollo del presente trabajo investigativo en lo referente a la revisión de la literatura, se utilizó básicamente textos relacionados con la protección del Non-nato, así como el servicio del internet, también se emplearon las fichas para extraer lo más importante de la información analizada.

Por otro lado para procesar y ordenar la información de campo obtenida se utilizó una computadora, para el análisis y procesamiento de datos se utilizó una calculadora, de igual manera se utilizaron otros recursos materiales como papel, copiadora, grabadora y otros materiales de oficina.

5.2. METODOS

De acuerdo a lo previsto en la metodología de la investigación jurídica, en lo general estuvo regido por los lineamientos del método científico.

Como métodos auxiliares contribuyeron en este estudio el método inductivo-deductivo y deductivo-inductivo, que fueron utilizados según las circunstancias que se presentaron en la sustentación del eje teórico del trabajo; el método bibliográfico descriptivo y documental, fue de singular valía en la elaboración de la revisión de la literatura de la tesis.

En la presentación y análisis de los datos obtenidos en el trabajo de campo se utilizaron los métodos de análisis y síntesis, que permitieron presentar los resultados obtenidos a través de frecuencias y porcentajes ordenados en las respectivas tablas y representados en gráficos estadísticos que permitieron realizar el respectivo análisis e interpretación.

5.3. TECNICAS

Para la recolección de la información que sustenta la parte teórica del trabajo se utilizó la técnica del fichaje, a través de la elaboración de fichas bibliográficas y nemotécnicas.

En el trabajo de campo para la obtención de datos empíricos acerca de la problemática estudiada, se procedió a aplicar una encuesta a un universo de treinta profesionales del derecho, quienes dieron sus criterios y que estuvieron orientados a recabar sus opiniones acerca de la temática propuesta.

6. RESULTADOS

6.1. RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS.

Con la finalidad de obtener una información actualizada acerca de la problemática investigada, se realizó la investigación de campo, en base a la aplicación de una encuesta a treinta profesionales del derecho, quienes supieron brindar valiosos aportes para la realización del trabajo de campo y cuyos resultados presento a continuación:

1. Considera Usted que la Constitución de la República del Ecuador protege y garantiza la vida desde la concepción?

CUADRO N° 1		
INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%
Fuente: Abogados en libre ejercicio		
Autor: Moisés Mullo Avemañay		



INTERPRETACION

Del universo encuestado, observamos que los treinta profesionales que representan al 100% consideran que la Constitución de la República del Ecuador si protege la vida desde la concepción, esto es desde que se produce la fecundación, como tal también ha suscrito algunos convenios internacionales relacionados con La protección de la vida.

ANALISIS

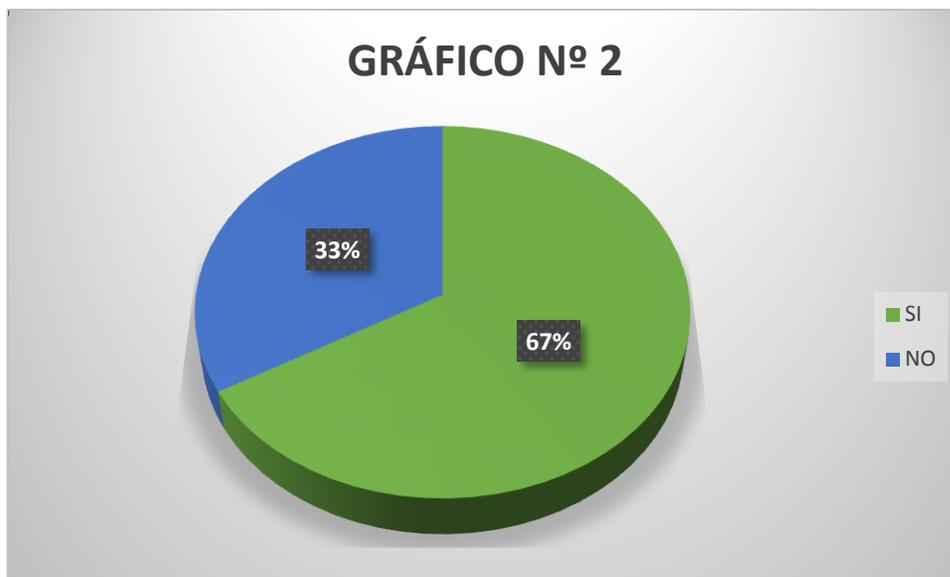
El universo de los encuestados coincide plenamente que la norma contenida en la Constitución de la República del Ecuador impone la protección del derecho a la vida, desde la concepción, es decir, reconoce que hay vida

desde la fecundación del ovulo con el espermatozoide, de allí que el presente mandato Constitucional establece que este derecho trae implícito el derecho a la propia existencia, física y biológica, de las personas naturales, es un derecho individual del que somos titulares todos los seres humanos, derecho que está reconocido por los principales instrumentos de derechos humanos y por el estado, por lo tanto, le compete a este deberes muy importantes para conseguir que el ejercicio efectivo de este derecho no sea conculcado.

2. De acuerdo a su criterio profesional y tomando como referente la evolución del derecho en materia de protección de la vida, estima que el Non-Nato debe ser considerado como persona, por lo tanto sujeto de derechos y obligaciones?

.

CUADRO N° 2		
INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	20	67%
NO	10	33%
TOTAL	30	100%
Fuente: Abogados en libre ejercicio		
Autor: Moisés Mullo Avemañay		



INTERPRETACION

Con respecto a esta interrogante veinte de los profesionales encuestados que representan el 67% consideran que se acuerdo con la evolución del derecho en protección de la vida, si se debe considerar al Non-Nato como persona, por lo tanto sujeto de derechos y obligaciones; mientras que diez de los profesionales encuestados que representan el 33% manifiestan que el Non-Nato no puede sr considerado como persona, por lo tanto sujeto se derechos y obligaciones, por cuanto se trata de un objetos que está sujeta a una condición suspensiva, para que, al ser desprendido enteramente del seno materno y tener la posibilidad de autonomía de vida, será persona.

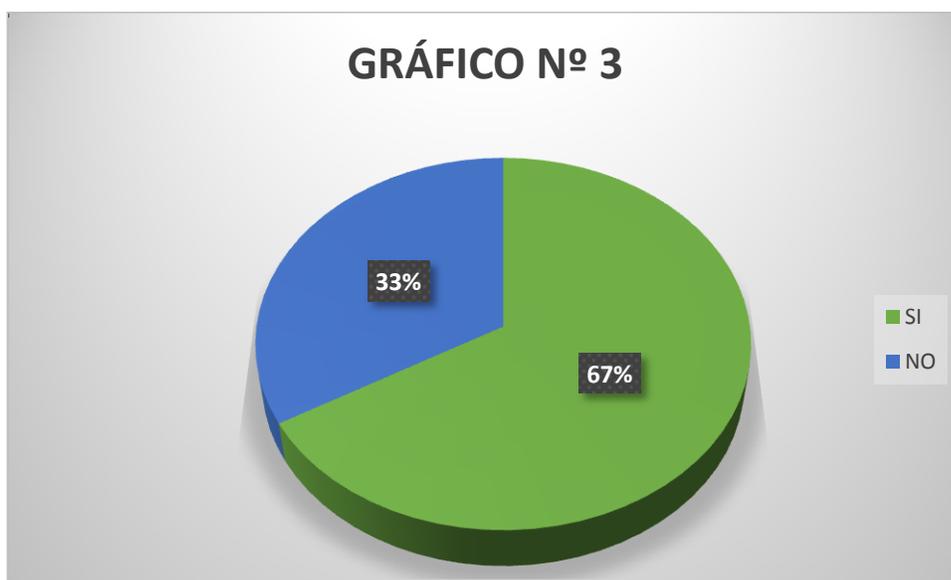
ANALISIS

Como se puede determinar la gran mayoría de los profesionales encuestados consideran que el nacimiento ya no es requisito esencial para

ser persona, puesto que el ser humano existe desde la concepción y todo individuo de la especie humana, sin distinción alguna es necesariamente persona ante el derecho.

3. **Considera Usted que se debe establecer dentro de nuestro ordenamiento jurídico el Principio de la Personalidad Jurídica de la criatura que está por nacer?**

CUADRO N° 3		
INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	20	67%
NO	10	33%
TOTAL	30	100%
Fuente: Abogados en libre ejercicio		
Autor: Moisés Mullo Avemañay		



INTERPRETACION

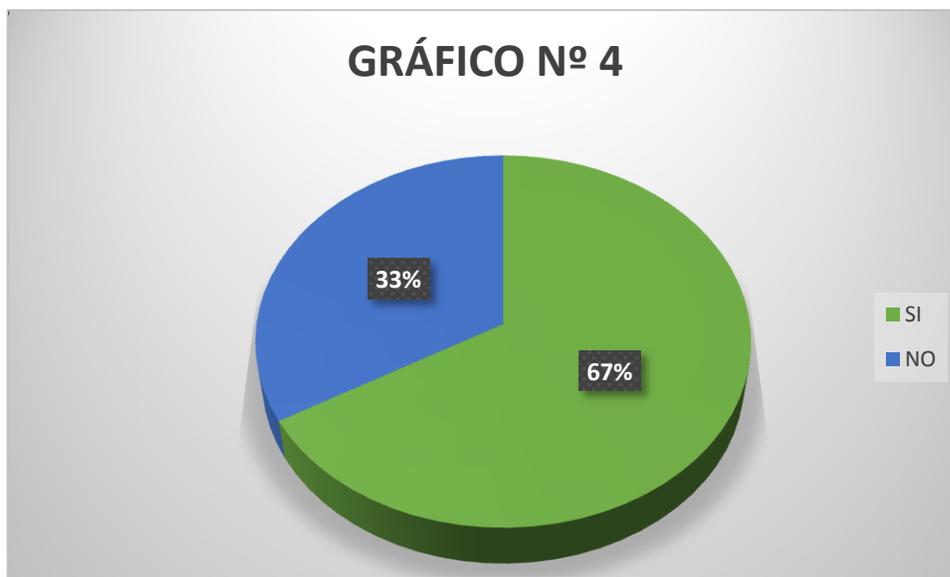
Con respecto a esta pregunta debo de señalar que veinte de los profesionales que representan un 67% opinan que si se debe establecer dentro de nuestro ordenamiento jurídico el Principio de la Personalidad Jurídica de la criatura que está por nacer; mientras que diez profesionales que representan el 33% manifiestan que cabe dentro de nuestro ordenamiento la teoría de la Personalidad Jurídica, por cuanto el Non-Nato jamás puede ser considerado como persona.

ANALISIS

De las respuestas vertidas a esta interrogante por parte de la mayoría de los profesionales encuestados, se llega a establecer que todo ser humano, incluidos el non-nato, por su condición de tal tiene el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, investidura esta que trae consigo la capacidad de ser sujeto de derecho.

- 4. Estima Usted que las normas contenidas en el Código Civil en relación a proteger la vida del Non- Nato resultan obsoletas, ya que no es requisito esencial para ser persona el nacimiento, puesto que el ser humano existe desde la concepción?**

CUADRO N° 4		
INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	20	67%
NO	10	33%
TOTAL	30	100%
Fuente: Abogados en libre ejercicio		
Autor: Moisés Mullo Avemañay		



INTERPRETACION

Del universo consultado se observa que veinte profesionales que representan el 67% coinciden en afirmar que las normas contenidas en el Código Civil en relación a proteger la vida del Non-Nato resultan obsoletas, ya que no es un requisito esencial para ser persona el nacimiento, puesto

que el ser humano existe desde la concepción, mientras que diez de los encuestados que representan el 33% manifiestan que el Código Civil si protege a la vida desde la concepción.

ANALISIS

De las respuestas vertidas a esta interrogante por parte de los profesionales del derecho, la mayoría coinciden que el Non-Nato es, para nuestro Código Civil, un objeto relevante de protección jurídica, o a lo mucho una potencialidad de ser humano, pero jamás una persona. Es decir, el mencionado cuerpo normativo, reconoce la existencia de una criatura que tiene una protección especial a su vida por su importancia como futuro miembro de la colectividad, pero para que exista como persona debe verificarse su nacimiento. Por lo tanto, el no nacido, en virtud del Código Civil, al no ostentar la calidad de persona no posee ningún derecho, ni siquiera el derecho a vivir, de allí la necesidad de reformar la norma.

- 5. Está de acuerdo en que se debe reformar el Código Civil ecuatoriano, a fin de establecer las normas necesarias para proteger al Non-Nato de acuerdo con las nuevas teorías de la concepción?**

CUADRO N° 5		
INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	20	67%
NO	10	33%
TOTAL	30	100%
Fuente: Abogados en libre ejercicio		
Autor: Moisés Mullo Avemañay		



INTERPRETACION

Del universo encuestado, veinte profesionales que representan el 67% manifiestan que si se debe reformar el Código Civil ecuatoriano a fin de establecer las normas necesarias para proteger al Non-Nato de acuerdo con las nuevas teorías de la concepción; mientras que diez profesionales que representan el 33% manifiestan no es necesario reformar la norma, por cuanto el Código Civil si protege la vida desde su concepción.

ANALISIS

De las respuestas dadas a al presente interrogante se deja entrever la necesidad de reformar el Código Civil en relación con el desarrollo de los Derecho Humanos y en general de toda la ciencia jurídica, actualmente es imposible imaginar un ser humano que no ostente el carácter de persona. La tendencia reinante, es extender la condición de persona a todo individuo de la especie humana, ya que el hacerlo implicaría retroceder en el tiempo, volviéndonos una sociedad precaria, que buscaría fundamentos, como los que justificaron la esclavitud, para hacer viable la existencia de seres humanos carentes de personalidad jurídica y por lo tanto desprovistos de derechos.

7. DISCUSION

7.1. VERIFICACION DE OBJETIVOS

Como autor del presente trabajo investigativo, me formule algunos objetivos que fueron presentados en el respectivo proyecto de tesis y que a continuación procedo a verificar:

OBJETIVO GENERAL:

- ***“Realizar un estudio jurídico, doctrinario y de campo de la protección jurídica del non-nato en la legislación ecuatoriana”.***

Este objetivo se cumple por cuanto a lo largo del desarrollo de este trabajo investigativo se ha abordado de forma jurídica, crítica y doctrinaria la normativa legal referente a la protección jurídica del non-nato, abordado desde la revisión la literatura, determinando falencias existentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico en actual vigencia.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- ***“Determinar en qué momento se debe considerar el comienzo de la vida humana y, por lo mismo, el momento en que el no nacido se considera titular de derechos subjetivos ”***

Este objetivo ha sido cumplido en su totalidad, con el análisis se los contenidos doctrinarios que se han escrito en relación al comienzo de la vida, lo cual ha sido reforzado con el análisis de la legislación comparada, lo que me ha permitido determinar como una de sus fortalezas, por un lado la norma constitucional establece un conjunto de derechos y garantías para el non-nato, pero no se cumple con estos principios por lo obsoleto de nuestra legislación civil, lo que constituye una de sus debilidades, lo que ha sido corroborado con las respuestas dadas a las preguntas 2,3,y 4 de la encuesta planteada.

- ***“Demostrar que uno de los problemas contemporáneos se encuentra en el inicio de la vida humana y a la protección al no nacido”***

Del análisis de la doctrina, la norma contenida en la Constitución de la República del Ecuador, el código Civil y la Legislación Comparada, ha sido posible despejar este objetivo en forma positiva, puesto que se ha logrado demostrar que el derecho como toda ciencia no se estanca, sino que se encuentra en constante evolución, por lo tanto los cambios que se producen en la sociedad inciden en las normas legales, especialmente en las que regulan la protección al non-nato; así como también de la investigación de campo en base a las respuestas de las preguntas 2,3,y 4 de la encuesta.

- ***“Sugerir un proyecto de reforma al Código Civil, a efecto de establecer los principios rectores para proteger al NON-NATO”***

Este objetivo se verifica en base al análisis doctrinario que en materia de protección al non-nato se ha escrito, la legislación comparada así como del trabajo de campo en relación a las respuestas vertidas en la pregunta 5 de la encuesta, en donde se deja entrever la necesidad de reformar el Código Civil a efecto de establecer los principios rectores para proteger al NON NATO.

7.2. CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS

En el proyecto de investigación de igual forma realice el planteamiento de una hipótesis, la misma que ha sido contrastada una vez que se ha desarrollado todo el proceso investigativo. La hipótesis fue la siguiente:

“En el Ecuador se contraponen varias normas existentes en diversos cuerpos legales, en las cuales se considera al no nacido de diversas formas, desde un sujeto pleno de derechos a partir de la concepción, hasta como un sujeto digno de protección jurídica. Inclusive, existen normas legales que se contraponen a normas de Derecho Internacional que son evidentemente inconstitucionales”

La presente hipótesis se contrasta positivamente por cuanto en la parte teórica dentro del marco doctrinario así como el análisis jurídico de la norma legal y con los resultados obtenidos en la investigación de campo en las respuestas a las preguntas 2, 3 y 4 de la encuesta de ha corroborado que:

El derecho a la vida es uno de los Derechos Humanos Universales recogido y aceptado en todas las Constituciones Políticas y demás normas legales de los diferentes países del mundo, así como en los Instrumentos Internacionales que libre y voluntariamente algunos países han integrado a sus respectivas legislaciones.

El Derecho Internacional obliga a proteger la vida humana, desde la concepción, es decir, tanto antes como después del nacimiento. Pues la evolución de la internacionalización de los derechos humanos alcanza mayor fuerza día a día y aceptación a nivel mundial. Es justamente el Derecho Internacional uno de los principales promotores de los derechos humanos y de la protección de los individuos. El derecho a la vida constituye un valor supremo cuya titularidad corresponde a todos los individuos de la especie humana y cuya violación es de carácter irreversible, ya que desaparece el titular de dicho derecho.

7.3. FUNDAMENTACION DE LA PROPUESTA JURIDICA

Nuestra Constitución impone la protección del derecho a la vida, desde la concepción, es decir, reconoce que hay vida desde la fecundación del ovulo con el espermatozoide, se encuadra de este modo al non-nato dentro de los grupos vulnerables, y se fija un principio protector de aquellos seres humanos más débiles. Resulta imposible ser más claro. La norma interna de mayor jerarquía en nuestro País no deja lugar a la más mínima duda: el derecho a la vida se protege desde la misma concepción.

El derecho a la vida, es el derecho a la propia existencia, física y biológica, de las personas naturales, es un derecho individual del que somos titulares todos los seres humanos, derecho que está reconocido por los principales instrumentos de derechos humanos y por el Estado, por lo tanto, le compete a este deberes muy importantes para conseguir que el ejercicio efectivo de este derecho no sea conculcado.

El Código Civil establece que el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. Es necesario entonces para este cuerpo legal que el nuevo ser haya sido separado completamente de su madre. Quienes no llegaron a este momento para nuestras leyes, no han existido jamás.

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

Nuestro Código habla de “suspensión de derechos”, mas no de obligaciones del no nacido. Sin embargo, no solo puede tener derechos sino también obligaciones; unos y otros, generalmente por herencia. Pero como la legislación tiene carácter proteccionista del no nacido, habla solo de derechos. Además, la suspensión de las obligaciones hasta que comience a existir legalmente, originaría fácilmente retardos perjudiciales para terceras personas, particularmente si se trata de acreedores.

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

Actualmente se considera que la vida humana empieza desde la concepción y así debería estar encendida por el Código Civil para los efectos de determinar que tiene derechos personalísimos, esto, sin perjuicio de la

existencia de las correspondientes normas legales que suspendan el ejercicio de derechos patrimoniales hasta que se produzca el nacimiento.

Por estas y otras razones de carácter constitucional y legal, mi propuesta es que se debe reformar la norma legal contenida en el Código Civil en relación a la protección al Non-Nato.

8. CONCLUSIONES

La presente investigación me ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

- Que la Constitución impone la protección del derecho a la vida, desde la concepción, es decir, reconoce que hay vida desde la fecundación del óvulo con el espermatozoide, se encuadra de este modo al non-nato dentro de los grupos vulnerables y se fija un principio protector de aquellos seres humanos más débiles.
- Que los más importantes instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos han reconocido que la simple pertenencia al género humano es condición suficiente para ser titular de derechos y merecedor de un trato digno e igualitario. La calidad de persona y por ende de la personalidad jurídica es inherente a todo ser humano sin discriminación alguna, más allá de lo que diferentes ordenamientos jurídicos internos puedan establecer.
- Que la condición de persona del non-nato ha pasado a ser, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, una realidad, dejando de esta forma, a un lado la doctrina de la ficción del adelanto de la personalidad. Motivo por el cual, con el afán de armonizar en la medida de lo posible las normas del Código Civil con las nuevas realidades científicas y jurídicas, considero que para el manejo de los posibles derechos patrimoniales los nascituros debe reformar la norma.

- Que el derecho a la vida, es un derecho inherente a la persona humana; por ello el ser en formación de ninguna forma podría serse excluido de tal derecho, toda vez que este derecho es inalienable, imprescriptible, insuprimible e inembargable.
- Que los ordenamientos jurídicos modernos, deben reconocer el carácter de persona a todo ser humano, desde el momento mismo que la aparición de un nuevo individuo de la especie humana; momento este que ocurre con la singamia, estado en el cual se produce el intercambio cromosomático de las células sexuales masculinas y femeninas; formándose de esta forma un nuevo ser humano, distinto de sus progenitores, único e irrepetible. Siendo así ña generación y no cualquier condición el signo característico de humanidad, requisito este suficiente para tener personalidad jurídica.

9. RECOMENDACIONES

Como producto de la investigación puedo establecer las siguientes recomendaciones:

- Que es necesario revisar todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano que directa o indirectamente regule el tratamiento jurídico del nasciturus, para sí compatibilizar todas sus normas, con el nuevo tratamiento que el legislador le ha dado al non-nato.
- Que el concebido pero nacido es, para los juristas encuadrados es esta posición, es un ser humano y en cuanto tal, sujeto actual, y no meramente potencial de los derechos fundamentales que le sean aplicables en función de su grado de desarrollo. Motivo por el cual, el no nacido merece un trato digno e igualitario, en virtud de su condición de persona.
- Que gracias a los avances tecnológicos, la ciencia médica ha logrado zanjar cualquier incertidumbre habida con respecto a la naturaleza del non-nato, puesto que ha quedado demostrado que la criatura que se encuentra en el vientre materno es un ser humano distinto de cualquier otro, inclusive se sus progenitores; con un patrimonio genético propio, único e irrepetible que imprime todas sus características y procesos de desarrollo, por tanto se recomienda otorgarle protección jurídica.

- Que se debe reformar el Código Civil en relación con el desarrollo de los Derechos Humanos y en general de toda ciencia jurídica, actualmente es imposible imaginar un ser humano que no ostente el carácter de persona.
- Que el Derecho Internacional obliga a proteger la vida humana, desde la concepción, es decir, tanto antes como después del nacimiento. Pues la evolución de la internacionalización de los derechos humanos alcanza mayor fuerza día a día y aceptación a nivel mundial. Es justamente el Derecho Internacional uno de los principales promotores de los derechos humanos y de la protección de los individuos.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

QUE, es necesario revisar todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano que directa o indirectamente regule el tratamiento jurídico del nasciturus, para así compatibilizar todas sus normas, con el nuevo tratamiento que el legislador le han dado al non-nato.

QUE, la actual redacción del Código Civil esta apartada de las concepciones moderna antes analizadas, en que se considera sujeto de derechos al no nacido y por lo mismo, haría intrascendente la diferenciación entre persona considerada desde el momento del nacimiento y el no nacido como un sujeto digno de ser protegido en su derecho a la vida.

QUE, actualmente se considera que la vida humana empieza desde la concepción y así debería estar entendido por el código civil para los efectos de determinar que tiene derechos personalismo, esto, sin perjuicio de la existencia de las correspondientes normas legales que suspendan el ejercicio de derechos patrimoniales hasta que se produzca el nacimiento.

En uso de las atribuciones que le confiere la Constitución de la República del Ecuador, en el art. 120, numeral 6, expide lo siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO CIVIL

Derogase los artículos 60, 61, 62 y 63 del Código Civil, en su lugar agréguese los siguientes innumerados:

Artículo Innumerado (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.

Artículo Innumerado (2).- Se establece el Principio de la Personalidad Jurídica de la criatura que está por nacer; o sea que aunque no haya nacido todavía, ya será considerada como persona humana y como consecuencia puede gozar de los derechos como cualquiera.

Artículo Innumerado (3).- La vida humana empieza con la concepción. El concebido es sujeto de derechos. Goza de manera actual de todos sus derechos. Los derechos personales se extinguen si el concebido se muere. Tratándose de los derechos patrimoniales los readquiere el titular original o en su caso sus herederos.

Artículo Final.- La presente LEY Reformatoria al Código Civil, entrara en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en Quito, Distrito metropolitano, a los días del mes de julio del año 2015

LA PRESIDENTA

LA SECRETARIA

10. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, GORRONDONA, José Luis, Derecho Civil. Personas, 12 edición, Fondo de Publicaciones UCAB, Caracas, Venezuela, 1995.
- ANDORNO, R., Bioética y dignidad de la persona, Editorial Tecnos, Madrid-España, 1998.
- BÁMACA VELÁSQUEZ, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- BARBOSA, Francisco R., Litigio Interamericano, Perspectiva Jurídica del Sistema de Protección de Derechos Humanos, Universidad de Bogotá, Jorge Tadeo Lozano. Colombia, 2002.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Eliasta, Buenos Aires-Argentina 2000.
- CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2012.
- CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2012.
- CODIGO CIVIL, Perú.
- CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, 2012.
- CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.
- CONSTITUCION POLITICA DE PARAGUAY.
- CODIGO CIVIL, Argentino.

- CODIGO DEL MENOR CONTENIDO EN LA LEY N° 903/81, Paraguay.
- “ENCICLOPEDIA SALVAT DE LAS CIENCIAS”, Tomo 17: “Biología- Generalidades”, Salvat, Pamplona-España, 1998.
- DIAZ, Ruy, DICCIONARIO JURIDICO, Editorial Conejo, Buenos Aires Argentina, 2005.
- FARITH, Simón, Borrador de Manual de Derechos de Infancia y Adolescencia. S/e, Quito, 2007.
- GARCIA FLORES, Aurelio, Protección de los niños no nacidos en el sistema interamericano de Derechos Humanos, Advocatus, Córdoba-Argentina, 2001.
- HOYOS CASTAÑEDA, Ilva M., Las personas y sus derechos Consideraciones bioéticas-jurídicas, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 2000.
- MOORE, Keith L., and T.V.N. Persaud, Embriología clínica. 7. °., Elsevier España, S.A., Madrid-España, 2004.
- OLASO, Luis María, Introducción al Derecho, Tomo II, Editorial Texto, Caracas-Venezuela, 1997.
- PARRAGUEZ RUIZ, Luis, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Personas y Familia, volumen 1, 6ta edición, Universidad Técnica Particular de Loja, 1999.
- PUIG PEÑA, Federico, Compendio de Derecho Civil Español: Parte General, 3era edición, Ediciones Pirámide, Madrid-España, 1976.

- RABINOVICH BERKMAN, Ricardo D., Derecho Civil, Parte General, 1era reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 2000.
- RABINOVICH BERKMAN, Ricardo D., Responsabilidad del Médico. Aspectos civiles, penales y procesales, Editorial Astreas, Buenos Aires-Argentina, 1999.
- SGRECCIA ELIO, Manual de Bioética, Vol. 1. Fundamentos y ética Biomédica. Vita e Pensiero. Milán-Italia, 1999.
- SESSAREGO, Carlos Fernando, Personas, personalidad, capacidad, sujeto de derecho, un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI.
- TORRÉ, ABELARDO, Introducción al Derecho, Perrot, Buenos Aires Argentina, 1999.
- VALENCIA ZEA, ARTURO Y ÁLVARO ORTIZ MONSALVE, Derecho Civil: Parte General y Personas, Tomo I, décimo cuarta edición, Editorial Temis, Bogotá 1997.
- VELEZ SARSFIELD, Dalmacio, Proyecto de Código Civil para la República Argentina, Libro Cuarto, Buenos Aires-Argentina, 1979.

11. ANEXOS

11.1. Formulario de encuesta

UNIVERSIDA NACIONAL DE LOJA

CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA DIRIGIDA A PROFESIONALES DEL DERECHO

Distinguido profesional del Derecho, solicito a Usted muy comedidamente se digne dar respuesta a las preguntas contenidas en la siguiente encuesta jurídica, cuyas respuestas será de gran ayuda para el desarrollo de mi trabajo de Tesis intitulado “NECESIDAD DE REGULAR LA PROTECCION JURÍDICA DEL NON NATO EN EL ESCUADOR.- PROYECTO DE REFORMA AL CODIGO CIVIL” previo a la obtención del título de Abogado.

1. Considera Usted que la Constitución de la República del Ecuador protege y garantiza la vida desde la concepción?

SI ()

NO ()

PORQUE

.....
.....
.....

2. De acuerdo a su criterio profesional y tomando como referente la evolución del derecho de la protección a la vida, estima que el Non-Nato debe ser considerado como persona, por lo tanto sujeto de derechos y obligaciones?

SI ()

NO ()

PORQUE

.....
.....
.....

3. Considera Usted que se debe establecer dentro de nuestro ordenamiento jurídico el Principio de la Personalidad Jurídica de la criatura que está por nacer?

SI ()

NO ()

PORQUE

.....
.....
.....

4. Estima Usted que las normas contenidas en el Código Civil en relación a proteger la vida del Non-Nato resultan obsoletas, ya que no es requisito esencial para ser persona el nacimiento, puesto que el ser humano existe desde la concepción?

SI ()

NO ()

PORQUE

.....
.....
.....

5. Está de acuerdo en que se debe reformar el Código Civil Ecuatoriano, a fin de establecer las normas necesarias para proteger al Non-Nato de acuerdo con las nuevas teorías de la concepción?

SI ()

NO ()

PORQUE

.....
.....
.....

GRACIAS

11.2. PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

1. TEMA

“NECESIDAD DE REGULAR LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL NON NATO EN EL ECUADOR.- PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL”

2. PROBLEMÁTICA

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

Estas posiciones distintas han generado a su vez, que en el marco legal se produzcan una serie de normas, inclusive contradictorias entre sí, respecto al momento en que se debe considerar el comienzo de la vida humana y, por lo

mismo, el momento en el que el no nacido se considera titular de derechos subjetivos.

En el Ecuador se contraponen varias normas existentes en diversos cuerpos legales, en las cuales se considera al no nacido de diferentes formas, desde un sujeto pleno de derechos a partir de la concepción, hasta como un sujeto digno de protección jurídica. Inclusive, existen normas legales que se contraponen a normas de Derecho Internacional que son evidentemente inconstitucionales.

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

3. JUSTIFICACIÓN

La problemática materia de la presente investigación abarca un problema contemporáneo como es el inicio de la vida humana y la protección al no nacido, que ha dado lugar que dentro del marco legal se produzcan una serie

de normas, inclusive contradictorias entre sí, respecto al comienzo en que se debe considerar el comienzo de la vida humana y, por lo mismo, el momento en que el no nacido se considera titular de derechos subjetivos.

Se justifica académicamente, en cuanto cumple la existencia del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, que regula la pertinencia del estudio investigativo jurídico con aspectos inherentes a la materias de Derecho Civil, para poder optar por el grado de Abogado.

Por otro lado me propongo demostrar la necesidad de la tutela efectiva del Estado en la protección de los Derechos del Non-Nato. Puesto que hacen falta disposiciones legales que reconozcan sus derechos, a fin precautelar las normas fundamentales.

Socio-Jurídicamente la investigación es necesaria para lograr que las personas gocen de seguridad jurídica y que no se violenten sus derechos constitucionales contemplados en la Constitución de la República del Ecuador, estudiando y mejorando el régimen normativo de protección del non nato.

Se deduce por tanto, que la problemática tiene importancia y trascendencia social y jurídica para ser investigada, en procura de medios alternativos de carácter jurídico.

Con la aplicación de métodos, procedimientos y técnicas será factible realizar la investigación socio-jurídica de la problemática propuesta, en tanto existen las fuentes de investigación bibliográficas, documental y de campo que aporten a su análisis y discusión; pues, se cuenta con el apoyo logístico necesario y con la orientación metodológica indispensable para un estudio causal explicativo y crítico en relación a la protección del NON NATO; y, sus efectos socio-jurídicos que produce.

La presente investigación científica servirá para brindar un aporte a la colectividad y contribuirá a acoplar nuestros cuerpos legales a los cambios y transformaciones que sufre la sociedad dentro del constante proceso dialectico por el que atraviesa.

4. OBJETIVOS

4.1. Objetivo General

- Realizar un estudio jurídico, doctrinario y de campo de la protección jurídica del non nato en la legislación ecuatoriana.

4.2. Objetivos Específicos

- Determinar en qué momento se debe considerar el comienzo de la vida humana y, por lo mismo, el momento en el que el no nacido se considera titular de derechos subjetivos.
- Demostrar que uno de los problemas contemporáneos se encuentra el del inicio de la vida humana y la protección al no nacido.
- Sugerir un proyecto de reforma al Código Civil, a efecto de establecer los principios rectores para proteger al NON NATO.

5. HIPOTESIS

En el Ecuador se constituye varias normas existentes en diversos cuerpos legales, en las cuales se considera al no nacido de diversas formas, desde un sujeto pleno de derechos a partir de la concepción, hasta un sujeto digno de protección jurídica. Inclusive, existen normas legales que le contraponen a normas de Derecho Internacional que son evidentemente inconstitucionales.

6. MARCO TEÓRICO

En el mundo contemporáneo se ha producido un gran avance en las ciencias. Así, por ejemplo, en el ámbito de la informática existen nuevas tecnologías

vinculadas al Internet que exigen una rápida respuesta de las ciencias jurídicas, a fin de que estas nuevas relaciones no dejen de estar regulados por el ordenamiento jurídico.

Este mismo fenómeno ocurre con las ciencias biológicas que han visto un desarrollo acelerado, de tal forma, que actualmente, no es extraño hablar, por ejemplo, de trasplante de órganos, de investigación de células madres o clonación, fenómenos a los cuales el derecho también debe responder para regularlos”.

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

Estas posiciones distintas han generado a su vez, que en el marco legal se produzcan una serie de normas, inclusive contradictorias entre sí, respecto al

momento en que se debe la protección jurídica del non nato en el Ecuador lus Humani considerar el comienzo de la vida humana y, por lo mismo, el momento en que el no nacido se considera titular de derechos subjetivos.

En el Ecuador se contraponen varias normas existentes en diversos cuerpos legales, en las cuales se considera al no nacido de diversas formas, desde un sujeto lleno de derechos a partir de la concepción, hasta como un sujeto digno de protección jurídica. Inclusive, existen normas legales que se contraponen a normas de Derecho Internacional que son evidentemente inconstitucionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

- Animación antes de la concepción: “Como una consecuencia del preformismo dice Navarro Rubio, según el cual el organismo, con todas sus partes, se halla ya contenido en el germen, se originó la teoría del “emboitement” (encajonamiento), defendida especialmente por Bonet. Suponía este actor que cada germen, no solo era principio de la generación sucesiva, sino también de todas las generaciones futuras hasta la consumación del género humano”. Muchos naturalistas han sostenido que es posible la animación antes aun de la concepción, entre ellos Malpighi, Bufón, Cuvier, etc., y entre los filósofos, sostuvieron esta teoría Malebranche y Leibnitz.
- Animación en el momento de nacer. Platón, Asclepiades, Protágoras y algunos médicos judíos, hasta bien entrada la Edad Moderna, pensaban que el cuerpo recibía el alma en el momento en que empezaba a respirar. Tampoco esta doctrina tiene ahora seguidores, por múltiples razones de orden biológico y filosófico. Además, es una teoría que fácilmente conduce a las conclusiones más inmorales, ya que antes del nacimiento, si el feto no vive, si no tiene alma, no pasaría de ser una parte del cuerpo de la madre o ser un ser sin vida, de modo que el aborto provocado no sería un

crimen. En esta teoría se marca la consideración de que en Roma se consideraba al no nacido como una víscera materna.

- Animación después de la concepción, pero antes del nacimiento. Aristóteles y Santo Tomas sostienen con argumentos embriológicos y filosóficos, la “animación retardada”, ósea, cuando el feto ha alcanzado algún desarrollo: a los 40 días se es varón, o a los 90 si es mujer; solamente cuando el cuerpo llega a una organización apropiada para recibir al alma que en su forma sustancial, en esos momentos se produciría la unión de esta al cuerpo. Los procesos de la biología descartan esta tesis.
- Animación en el momento de la fecundación. La mayoría de los autores modernos aprovechan los argumentos filosóficos de Aristóteles y de Santo Tomas, y con los mejores conocimientos embriológicos de nuestros días, sostienen que en el momento mismo de la fecundación existe ya una organización compatible con la unión a un alma, más aun, que existe desde ese instante una vida que exige el correspondiente principio vital que es el alma.
- Para la iglesia católica y confesiones afines, la persona existe desde la concepción dentro o fuera del seno materno; basta la unión de los gametos

masculino y femenino para estar en presencia de una persona. Esta es una unidad que reconoce etapas sucesivas de desarrollo, que se dan desde la concepción hasta la muerte del mismo e irrepetible ser, postura que sirve de base a las normas que penalizan el aborto y regulan la renunciabilidad a la propia vida como la eutanasia y el suicidio.

- La teoría de la afirmación afirma que no se puede hablar de persona en el momento de la concepción, pues la unicidad o individualidad que trae aparejado el concepto de persona, recién se asegura cuando el cigoto o huevo se une en el útero, durante unos 14 días desde la concepción, ya que hasta ese momento puede ocurrir el desdoblamiento dentro del huevo, generándose los denominados “gemelos monodgóticos”.
- La teoría del sistema nervioso central hace hincapié en que la persona aparece cuando se inicia el proceso de formación de dicho sistema, que comienza el día 15 desde la concepción, completándose el desarrollo cerebral a las ocho semanas.
- La teoría del nacimiento con la vida seguida por varios países europeos y latinoamericanos, considera que el embrión y el nasciturus no son personas, carecen de personalidad hasta que ocurre el nacimiento con vida.

- La teoría extrema de la culturización establece que es necesario que la madre acepte al nuevo ser para considerar que este inicia la vida humana”.

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

En efecto, el Derecho tiene que establecer sus reglas sobre hechos ciertos y bien informados, y no sobre meras suposiciones o conceptos aproximativos, así es como en general, históricamente, ha tomado en cuenta, como punto de partida, el nacimiento, sin desconocer la vida anterior, a la cual también ha protegido, pero de manera distinta. Actualmente, sin embargo, esta forma en la cual el derecho protegía al no nacido se ha visto desbordada por las consideraciones actuales respecto a entender al no nacido como un sujeto de derechos subjetivos desde el momento mismo de la concepción, quedando pendiente únicamente determinar cuando ocurre esta. En definitiva, el Derecho siempre protegió como sujeto de derecho al nacido y como un sujeto digno de protección al no nacido, sin embargo, en la actualidad se considera, sobre todo en convenciones internacionales de derechos humanos, que el no nacido es un sujeto de derechos desde el momento mismo de su concepción, lo cual afecta en forma sustancial al ordenamiento jurídico.

7. METODOLOGÍA

La investigación a realizarse es de tipo bibliográfica y de campo, para ello utilizare el método científico y sus derivaciones, con la finalidad de descubrir la verdad o confirmarla de ser el caso.

Para la realización del presente proyecto de investigación me apoyare en:

Método Científico

El método general del conocimiento nos permitirá llegar a conocer lo que ocurre con el del inicio de la vida humana y la protección al no nacido.

Además el método científico aplicado a las ciencias jurídicas implica que determinaremos el tipo de investigación socio-jurídico que se concreta en una investigación del derecho tanto en sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico esto es relativo al efecto social que produce la contraposición de varias normas existentes en diversos cuerpos legales, en las cuales se considera al no nacido de diversas formas, desde un sujeto pleno de derechos a partir de la concepción, hasta como un sujeto digno de protección jurídica.

Método Inductivo Deductivo

Me permitirá conocer la realidad del problema que investigo, partiendo de lo particular para llegar a lo general, en algunos casos desde lo general para

arribar a lo particular, también nos servirá para señalar el camino a seguir en la investigación socio-jurídico propuesta, y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales se hará el análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad problemáticas de la investigación.

Método Materialista Histórico

Por medio de este método conocerá el origen el pasado y la evolución del problema para hacer una diferenciación con lo que en este momento se vive.

Método Descriptivo

Sirve para hacer una descripción objetiva de la realidad actual de la problemática a investigar.

Procedimientos y Técnicas

Estudiare el problema enfocándolo desde el punto de vista social, jurídico, político, económico para analizar los efectos que produce.

La observación, el análisis y la síntesis serán los procedimientos que requiere nuestra investigación jurídica propuesta que nos harán encontrar semejanzas diferencias y podremos inclusive realizar comparaciones y encontrar a lo mejor algunas normas jurídicas comunes.

Técnicas

En cuanto a técnicas realizare la encuesta a treinta profesionales del derecho.

Los resultados de la investigación se presentaran en tablas, barras, centro gramas, como mejor resulte la presentación y entendimiento de los mismos, en forma discursiva las deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos que servirán para la verificación de objetos y deducción de hipótesis, luego arribar a conclusiones y recomendaciones.

8. CRONOGRAMA

AÑO 2013-2014

TIEMPO						
Actividades	Noviembre	Diciembre	Enero	Febrero	Marzo	Abril
Selección y Definición del Problema Objeto de Estudio						
Elaboración del proyecto						
Presentación y aprobación del proyecto						
Recolección de la información bibliográfica						
Investigación de campo						
Análisis de la Información						
Redacción del informe final, revisión y corrección						
Presentación y socialización de los informes finales-tesis						

9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

9.1. RECURSOS Y COSTO.

9.1.1. RECURSOS HUMANOS:

- Proponente del Proyecto:
- Director de Tesis: Por designarse

9.1.2. RECURSOS MATERIALES

Entre los recursos materiales utilizare:

- Útiles de Oficina: Papel, esferográficos, carpetas; Cds, Memory flash.
- Recursos Técnicos: Computadora, impresora, copiadora, grabadora, calculadora, cassettes;
- Recursos Bibliográficos: Libros, documentos, folletos, revistas, servicio de internet.

DETALLE DOLARES	COSTO EN
Material de escritorio	\$200.00
Material bibliográfico	\$100.00
Fotocopias	\$100.00
Reproducción y empastado de tesis	\$100.00
Derechos y aranceles	\$300.00
Internet	\$60.00
Movilización	\$60.00
TOTAL	\$920,00

La presente investigación se financiara exclusivamente con recursos propios del postulante.

10. BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA, Francisco R., Litigio Interamericano, Perspectiva Jurídica del Sistema de Protección de Derechos Humanos, Universidad de Bogotá, Jorge Tadeo Lozano. Colombia, 2002.
- CODIGO CIVIL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador, 2012.
- JOUVE, N., El inicio de la vida humana (curso de Doctorado en Bioética y Biojurídica) Madrid: Catedra Unesco de Bioética y Biojurídica, Universidad Rey Juan Carlos, 2008.
- GUYTON, Arthur C.; John E., Tratado de Fisiología Médica (11 ed.). Philadelphia: Elsevier Saunders, 2006.
- SESSAREGO, Carlos Fernando, Personas, personalidad, capacidad, sujeto de derecho, un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI.
- TORRÉ, ABELARDO, Introducción al Derecho, Perrot, Buenos Aires Argentina, 1999.
- VALENCIA ZEA, ARTURO Y ÁLVARO ORTIZ MONSALVE, Derecho Civil: Parte General y Personas, Tomo I, décimo cuarta edición, Editorial Temis, Bogotá 1997.
- VELEZ SARSFIELD, Dalmacio, Proyecto de Código Civil para la República Argentina, Libro Cuarto, Buenos Aires-Argentina, 1979.

- YUNIS, J. J., Nuevas técnicas de reproducción asistidas (Seminario “Nuevas tendencias sobre la vida: bioética y derecho”), Universidad de Ibagué, 2009.

ÍNDICE

PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN.....	II
AUTORÍA.....	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
1. TÍTULO	1
2. RESUMEN.....	2
2.1. Abstract.....	4
3. INTRODUCCIÓN	6
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	9
5. MATERIALES Y MÉTODOS	52
6. RESULTADOS.....	54
7. DISCUSIÓN	64
8. CONCLUSIONES	71
9. RECOMENDACIONES.....	73
9.1. Propuesta de reforma	75
10. BIBLIOGRAFÍA	77
11. ANEXOS.....	80
ÍNDICE.....	101