

Protección jurídica del concebido

Legal protection of the unborn

Autores

Yolange Véliz Valencia. <https://orcid.org/0000-0003-0862-3053>

Universidad San Gregorio de Portoviejo, Ecuador.

ydveliz@sangregorio.edu.ec

Fecha de recibido: 2023-07-24

Fecha de aceptado para publicación: 2024-02-29

Fecha de publicación: 2024-03-31



Resumen

A nivel jurídico, la protección de la vida, considerada el bien más trascendental para los sujetos de derecho, abarca desde el momento mismo de la concepción. Sin embargo, en la actualidad, se trata de un tema al que no se presta mayor atención a nivel investigativo. El objetivo de este estudio fue analizar la figura jurídica del concebido desde una visión doctrinal. Se empleó una investigación de enfoque cualitativo, basado en el análisis bibliográfico de diversas fuentes para el estudio de la problemática propuesta. Los resultados demostraron que debe imponerse desde la postura deontológica la defensa de la vida desde la concepción, sin que quepan criterios de ambigüedad y/o vaguedad normativa. Se propone que la protección del concebido debe ser vista como si se tratara de un ya nacido, debido a la indefensión del mismo, lo que requiere la existencia de normativas jurídicas propias que protejan su supervivencia y que permitan su existencia en el mundo físico.

Palabras clave: protección de la vida; normativa jurídica; protección del concebido.

Abstract

At a legal level, the protection of life, considered the most transcendental good for legal subjects, extends from the moment of conception. However, at present, it is a topic that is not given much research attention. The objective of this study was to analyze the legal figure of the conceived from a doctrinal perspective. A qualitative research approach was used, based on bibliographic analysis

of various sources to study the proposed problem. The results demonstrate that the defense of life from conception must be imposed from a deontological position, without room for criteria of ambiguity and/or normative vagueness. It is proposed that the protection of the conceived child should be seen as if they were an already born child, due to their defenselessness, which requires the existence of their own legal regulations that protect their survival and allow their existence in the physical.

Keywords: protection of life; legal regulations; protection of the conceived.

Introducción

En la actualidad, mucho se habla de otorgar derechos a determinados organismos basados en la idea de que tienen vida, pero se ha dejado de lado aquella discusión respecto de la protección de la vida misma del ser humano. La Convención Americana de Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos, 2016) establece en su art. 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 (...)”; entonces: ¿El concebido tiene derechos?

La tradición jurídica romanista sostiene que el concebido *-nasciturus-* debe gozar de los mismos derechos que el recién nacido, lo que en la contemporaneidad se fundamenta en explicaciones científicas según las cuales desde la penetración del óvulo por parte del espermatozoide se crea un nuevo organismo vivo: el cigoto (Lafferrière, 2017). Lo que es importante porque, de acuerdo con Blanch (2001), “el derecho romano sigue siendo hoy una fuente inagotable de referencias para el derecho moderno a través de su descontextualización y resubstancialización” (p. 1663).

Respecto a esto, López e Iraburu (2004), se refieren al cigoto como una célula especial que goza de información genética propia que constituye en sí mismo un ser viviente y no simplemente una célula viva.

En el momento de la fecundación (unión del ovocito y espermatozoide) que tiene como consecuencia la formación del cigoto, célula diploide con 46 cromosomas que a continuación experimenta segmentación y formación de blastómeros; estos continúan su división y forman la mórula que entra a la cavidad uterina tres días después de la fecundación y se forma el blastocito y este da origen al embrión. La implantación del



embrión en la pared uterina ocurre a los siete días de la fecundación. Este período dura 8 semanas y ocurre la organogénesis. Feto es ser humano a partir del tercer mes del embarazo hasta el momento de nacer. (Uzcátegui, 2013, p. 77)

Varsi (2001), ha considerado que, la fecundación es el inicio del ciclo vital del ser humano. Esta no se limita a un acto, sino que es resultado de todo un proceso biológico a partir del cual se inicia un desarrollo constante en la que cada fase de la vida humana creada conduce sin solución de continuidad a la siguiente (teoría de la continuidad del desarrollo). Es decir, a partir de la fecundación se inicia un proceso de desarrollo vital y de interacción biológica inexorable el que acabará con la muerte del individuo. La fecundación ha sido confundida con la concepción, siendo esto erróneo, ya que son dos momentos biológicos distintos y perfectamente identificables. El segundo es consecuencia del primero.

Biológicamente, la nueva vida se constituye en la fecundación, que es el momento en el que la información genética de los padres crea una unidad celular y genética propia, pero en el plano jurídico se trata de la inclusión de etapas de desarrollo intrauterino como la formación de un nuevo sujeto de derechos (González, 2021).

No obstante, se trata de un tema que -de una u otra manera- se encuentra fuera de la discusión jurídica, pese a su relevancia para la protección de la vida y la dignidad de la persona humana, dado que apuntan a interminables debates que denotan la falta de consenso al respecto especialmente cuando se pretende proteger derechos de las partes en situaciones de violencia y conflicto (Galvis, 2019), puesto que en la esfera de análisis se ha relegado la intervención jurídica y doctrinaria para la protección del no nacido, en pro de otras categorías emergentes como los animales o la naturaleza.

Entonces ¿por qué preocuparse mayoritariamente por proteger la vida de sujetos no convencionales y no se enfatiza en la protección de la vida humana en todas sus etapas? El presente estudio tuvo como objetivo entonces analizar la figura jurídica del concebido desde una visión doctrinal.

Metodología

El diseño metodológico de esta investigación fue cualitativo, empleando como técnica de recolección de información la revisión bibliográfica y documental de autores clásicos y actuales de

la literatura jurídica respecto del tema en cuestión. Este enfoque permitió obtener una comprensión integral y contextualizada de las perspectivas históricas y actuales, enriqueciendo así la investigación con una base sólida y fundamentada.

Resultados y discusión

Nasciturus

El origen etimológico del *nasciturus* parte del latín cuyo significado más literal es “el que va a nacer”, cuya protección jurídica radica en su condición de desamparo y vulnerabilidad frente a otros sujetos, por lo que se trata de una realidad futura que pretende tutelar los derechos desde el inicio de la vida (Negrín, 2019). De hecho, para autores como Mac (1995), es un ser sustancial e individual, organizado y constituido por células que funcionan por sí mismas, cuya naturaleza racional se evidencia en el hecho de que tiene la capacidad de formular razonamientos de forma natural.

Por su parte, Manjarrés & Yáñez (2018), afirman que se trata de un embrión con vida uterina como unidad autónoma con identidad y dignidad propia e independiente. Por lo que Galvis (2019) menciona que esta cuestión desencadena una serie de responsabilidades y obligaciones tanto para la madre como para el Estado.

Desde Roma, los derechos del concebido han sido un tema delicado cuya discusión recae sobre temas religiosos, sociales, médicos, científicos e intereses particulares (González, 2017), ahora bien, es preciso aclarar que no era considerado persona, pero al tratarse de un organismo viviente requiere derechos de protección (González, 2021).

Bajo esta primera consideración, se debe tener en cuenta que las doctrinas cristianas influyeron mucho en la concepción del *nasciturus* del derecho romano. El autor determina que, un ejemplo de ello fue San Agustín, quien expresó que en algún momento el concebido da cuenta de su vida propia independiente de la vida de su madre, por lo que podría considerársele como ser autónomo.

¿El nasciturus es persona?

La persona es un ente fundamental para que se constituya un ordenamiento jurídico, las leyes que lo componen son creadas para regular el comportamiento del ser humano en su evolución social. De cada ordenamiento jurídico se desprende que los derechos de las personas sean



individuales o colectivos pero que son igualitarios ya que tienen relación con los derechos humanos; la persona es todo integrante que pertenece a la especie humana, nace desde el primer latido y actividad cerebral y se extingue con la muerte. Al ser portador de vida se convierte en persona siendo este un sujeto de derecho, el nasciturus puesto que está bajo la protección de derechos ya se lo toma como sujeto de derecho, pero su calidad de persona natural se encuentra suspenso (Manjarrés & Yáñez, 2018).

Algunas legislaciones consideran que el nasciturus ya es persona desde que es concebida adquiriendo todos los derechos, pero igual suspenso a su nacimiento con vida, sin embargo, otras legislaciones no lo reconocen como persona y hacen del nasciturus un ser de protección únicamente como sujeto de derecho a la vida olvidándose de los derechos que en el futuro le corresponden a ese ser.

La falta de reconocimiento del nasciturus ha promovido la creación de políticas públicas que admiten la manipulación indebida de un ser con vida, como es el caso de la legalización del aborto aprobada en países como Canadá, España, Argentina, México, Colombia, Estados Unidos y Uruguay; se ha dado paso a la legalización ya que el nasciturus al no ser una persona se lo visualiza como un objeto prevaleciendo la decisión de la madre sobre la vida de un ser no reconocido e indefenso. El producto de la concepción jamás podría ser considerado como un objeto, ningún objeto posee vida propia; aquí se puede hacer una comparación entre la teoría de la vitalidad y de la viabilidad, mientras la teoría de la vitalidad protege al ser natural es decir al ser que nace como humano, la teoría de la viabilidad se produce al momento del nacimiento en el cual se comprueban los signos vitales y la aptitud para vivir fuera del vientre materno.

En la doctrina cristiana el aborto es castigado, porque cuando se sentencia a muerte al concebido desde antes de nacer el fundamento de la condena estará en la personalidad misma del nuevo ser; el derecho germánico no consideraba al nasciturus como sujeto de derechos, sino privado de toda capacidad de razón, por lo que su vida se podía destruir sin ningún castigo; sin embargo, debido a la influencia cristiana y romana, en la Lex Salica y en el Pactus Alamannorum del siglo VII se establecieron penas a quienes causaran la muerte al feto en el seno materno.

No obstante, en el Digesto se halla que la capacidad jurídica del concebido solo puede ser ostentada hasta que se separe del vientre de su madre, siempre que nazca con vida. Queda claro, tal y como lo afirma Pautasso (1994), "el derecho romano no teorizaba: protegía singularmente; era la justicia en acción" (p. 134). En concordancia con aquello, Centurión (2016), el propio

derecho romano creó una ficción al asemejar al concebido como ya nacido para proteger sus derechos: “*nasciturus pro iam nato habetur... si de eius commodo agitur*”.

Protección jurídica del nasciturus

Rovegno (2015), a partir del postulado kantiano afirma que la vida constituye en sí misma un fin, por lo que debe percibirse el concebido como una forma de vida humana titular de derechos propios de su existencia que se aleja de los derechos de los progenitores, de hecho, la mencionada autora afirma que:

El derecho más importante al que debemos referirnos cuando tratamos la esfera legal del concebido, en este tipo de situaciones, es el de la vida. [...] El inicio de la vida, para nuestra legislación, se produce con la concepción; por ello, debemos entender que, en el Perú, en tanto exista individualidad genética, este sujeto de Derechos será protegido en todos los extremos posibles. (p. 111)

Así, se evidencia que la protección del concebido desde el punto de vista jurídico es fundamental en aspectos como el mencionado por Lafferrière (2017), en tanto que se trata de la tutela frente a la dignidad y vulnerabilidad del individuo, reconociendo el derecho a la vida desde la concepción y especialmente frente al aborto y otras técnicas embrionarias de manipulación, así como también los derechos y deberes de los padres frente a la persona que está por nacer y la protección del mismo en caso de su incapacidad jurídica.

Por su parte Ugarte (2017), en relación con la protección del nasciturus, hace referencia al aborto como una forma de afectación del derecho a la vida. Plantea que el aborto es intrínsecamente malo, porque atropella el derecho a la vida del embrión o feto, haciendo ver que este es persona humana desde la concepción, y que el darle muerte es directamente un homicidio, que no puede nunca justificarse.

No obstante, también puede considerarse a partir del análisis de que en realidad el concebido no es titular del derecho a la vida propiamente dicho sino un bien jurídico que requiere protección bajo el argumento de que la vida humana comienza desde la gestación y, en materia jurídica no puede bajo ninguna circunstancia quedar desprotegida la vida en sus diferentes formas y etapas (De Verda, 2016).

En todo caso, tal y como lo afirma García (2015), es determinante conocer el momento exacto de la concepción por las consecuencias jurídicas que acarrea: el inicio de la vida humana, y



la adquisición de los derechos que le corresponden; y, por su carencia de capacidad jurídica requiere un representante legal que efectivice y vele por dichos derechos.

De hecho, algunas posturas consideran que se trata no solo de un simple reconocimiento sino también una ventaja para una persona que aún no nace en tanto que se entiende como tal y se le reconocen una serie de derechos sobre la idea de la paridad a partir del aforismo de que se le tiene como nacido para todo aquello que le favorece (Henríquez, 2005). En este caso, el elemento base del reconocimiento es la concepción como regla de tutela en la que la vida humana se refiere a la existencia de la persona y que un concebido ya existe (Santillán, 2012).

La vida como bien jurídico protegido

El derecho fundamental que prima sobre los demás es la vida, en tanto que es la que permite seguir siendo persona y efectivizar los demás derechos, por lo que si el nacimiento es condición necesaria para ser persona, no debe limitarse este derecho solo al momento del nacimiento sino a todas las situaciones previas a esta, considerando que la persona se relaciona directamente con un cuerpo vivo cuya protección responde a criterios jurídicos, biológicos y mayoritariamente socioculturales (Vicente, 2022). Así, para Arango (2016), desde la concepción debe tratarse al ser humano como persona reconociendo derechos de inviolabilidad de la vida.

Esta especial cualidad de ser persona “comprende la capacidad para la autoconciencia intelectual y la capacidad para disponer de sí mismo, si bien estas capacidades pueden no tenerse como ejercicio efectivo actual” (Calvo, 2004, p. 3).

Por lo tanto, se cumple la idea de que los derechos humanos son inherentes a la persona humana:

Podemos decir que éstos son universales en el sentido de que pertenecen a todos los seres humanos por el solo hecho de ser humanos, sin distinción de ningún tipo, son intrínsecos, innatos, esto es que no los crea el hombre o la ley, por consiguiente, se trata de derechos especiales, derechos que derivan de los derechos morales (Erazo, 2019, p. 27).

En este sentido, resulta preciso mencionar a Calvo (2004), quien apoya la idea de la inherencia de estos derechos enumerando ciertas características, entre las que es posible mencionar:

- Son innatos y connaturales a la persona humana.
- Son inviolables e inquebrantables por sobre toda circunstancia.

- Son irrenunciables.
- Son inalienables.
- No se extinguen por la falta de actos para su ejercicio específico, lo que implica que son imprescriptibles.
- Son derechos absolutos cuyo respeto es obligatorio para todos.

Debe quedar claro que la persona en sí misma es un ser racional que no se reduce únicamente a la razón o a la conciencia, sino que confluyen ambas a la vez, lo que la hace ser un sujeto diferente de los demás (Andorno, 2012). “El nasciturus por su condición, aun no puede ejercer esas potencialidades, sin embargo, por esta circunstancia, no se le puede negar la calidad de persona humana” (Erazo, 2019, p. 34).

La defensa y reconocimiento de derechos del concebido van, de acuerdo con Latorre y González (2021), íntimamente ligados con la idea de educar para crear una cultura de defensa a la vida y la humanización de la sociedad. Debe quedar claro que el concebido es una realidad tangible que requiere regulación propia ya que además incluye a otro sujeto que requiere protección: la madre que es una persona ya nacida en edad de reproducción (González, 2021).

Para Varsi (2001), la persona es un todo, su existencia en sociedad no depende de su capacidad ni de funciones biológicas determinadas, de allí que todas y cada una de las etapas vitales anteriormente indicadas son hechos biológicos y a la vez jurídicos. Es en este sentido que el derecho les presta especial importancia a dos de los momentos biológicos indicados: a la concepción y al nacimiento, habiendo creado hipótesis legales y supuestos de hecho para su protección y seguridad. El primero, la concepción, otorga una calidad, ser sujeto de derecho especial y, el segundo, el nacimiento, condiciona la existencia de una relación jurídica patrimonial con el concebido.

El nasciturus tiene, por lo tanto, derecho a la vida que implica la continua atención prenatal a través de exámenes y tratamientos físicos a lo largo del periodo de gestación, pero tiene, además, tal y como lo indica Uzcátegui (2013), derecho a que al momento de su nacimiento no sea rechazado por sus progenitores, a la vida en un ambiente armonioso, la alimentación, la salud, entre otros que se derivan de la protección jurídica de la esencia misma de la persona: la vida.

¿Es un sujeto de derechos?

Para autores como Doyharçabal (1994), existe una relación de género a especie entre los sujetos de derechos y las personas como concepto jurídico en tanto que el primero hace



referencia a la expresión de vida a la que se le imputan derechos y deberes, ya sea de forma individual o colectiva; mientras que, la persona es una categoría de sujeto del derecho representada por el hombre que una vez nacido se convierte en persona natural o las organizaciones que se convierten en personas jurídicas al cumplir los requisitos legales establecidos para su cumplimiento. Ahora bien, existen sujetos de derecho que no alcanzan la categoría de persona que son: el ser humano concebido y no nacido, y las colectividades que no han cumplido con los requisitos legalmente establecidos.

Por otra parte, otro de los derechos fundamentales de individualización que adquiere la persona al nacer es la identificación que, de acuerdo con Sanz *et al* (2017), constituye un derecho reconocido tanto nacional como internacionalmente en documentos como la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) en la que se reconoce el derecho a la identidad del niño y su protección irrestricta por parte del Estado.

Entonces, si se protege el derecho a la vida desde la concepción ¿debe evaluarse el aborto desde una perspectiva de ilegalidad o inmoralidad? No cabe duda que el aborto, desde siempre, es uno de los temas que más polémica ha generado a nivel social, siendo motivo de acalorados debates y discusiones en las que se evidencia la pluralidad de opiniones sobre el mismo. “Dios no lo perdonaría”, “cada mujer es libre de decidir”¹, “un feto no es un ser humano” son algunas de las afirmaciones que a diario se escuchan respecto al tema y que en más de una ocasión han ocasionado algún conflicto, pero ¿qué es? ¿es legal o no?

Se trata de la interrupción del embarazo cuando el feto aún no es viable, lo que significa que más allá de los paradigmas y perjuicios morales, religiosos y/o culturales, que no se trata de un ser humano como tal, puesto que -desde esta definición-, no se trata de un ser consiente que sea capaz de tomar decisiones, sentir, interrelacionarse con los demás o aportar algo por hacer del mundo un lugar mejor.

Entonces, si no se trata de un ser humano “de hecho y de derecho” ¿por qué no es legal? Porque no se definen claramente los límites del mismo y, sobre todo -por cómo se ha expresado a

¹ Para autores como Barcia (2000), la discusión en torno al derecho a la vida del nasciturus puede analizarse en virtud de que dichos derechos se encuentran sometidos a los derechos de la madre, por otra parte, se ha pretendido determinar que “si se decide proteger los derechos de este, hasta donde se protegen. Ello por supuesto dependerá, si consideramos que el nasciturus tiene o no derecho a la vida. Si estimamos que el nasciturus no tiene un derecho a la vida, bastará la simple voluntad de la madre para impedir que se desarrolle su vida intrauterina” (p. 18)

lo largo de esta investigación- el concebido requiere especial protección jurídica desde su formación como célula viva. De ahí que para Velásquez (2006), el no nacido sea una potencia de persona capaz de realizar actos propios de su condición e identidad biológica distinto de aquel nacido.

Por lo tanto, al asumir que el no nacido tiene derechos, también se asume una completa imposibilidad de legalización de toda práctica abortiva, dada la incipiente protección de la vida sobre la base del interés humano en sí mismo, lo que significa que no puede ser reducido a la categoría de objeto jurídico (Corral, 2016).

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos presenta un significativo potencial en la protección del derecho a la vida del niño no nacido desde el momento de la concepción. El desarrollo progresivo del reconocimiento del derecho a la vida desde la concepción, enmarcado en los derechos del niño o como un asunto de discriminación, podría ser la contribución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al mundo en el campo del derecho internacional de los derechos humanos si los individuos que actualmente integran los órganos del Sistema honrarán el espíritu y letra de la Convención Americana (De Jesús, 2011, p. 138).

De hecho, para el caso de Latinoamérica y el Caribe, como consecuencia de la Convención Americana de Derechos Humanos se debe proteger -en teoría- la vida de la persona desde la concepción excluyendo cualquier acto que pueda poner en riesgo su viabilidad, aspecto que claramente ha sido menoscabado por el aumento de tendencias de legalización del aborto en varios países de la región muy probablemente por la influencia de otros casos como Estados Unidos en la Sentencia Roe vs Wade (1973) donde se admite el aborto hasta los tres meses de gestación.

Sin embargo, dicha sentencia fue derogada en 2022 producto del caso Dobb vs la Organización de Salud Femenina Jackson, lo que denota la reciente preocupación por proteger nuevamente los derechos del no nacido ¿Es acaso que ha existido una moralización del derecho? ¿Es momento de replantearse también esta situación en los países que han suscrito el Pacto de San José cuya norma de respeto a la inviolabilidad de la vida han vulnerado? A continuación, se revisará cierta jurisprudencia al respecto:

La Corte de Justicia de la Unión Europea (2011) ha reconocido que el embrión humano como el óvulo humano fecundado y capaz de desarrollarse, desde la fusión de los núcleos, así como toda célula extraída de un embrión denominada «totipotencial», es decir, una célula que,



reuniéndose las demás condiciones necesarias, es apta para dividirse y desarrollarse hasta formar un individuo. (Corte de Justicia de la Unión Europea, 2011)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) en el caso *Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica* determina que se destacan dos lecturas diferentes del término “concepción”. Una corriente entiende “concepción” como el momento de encuentro, o de fecundación, del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se genera la creación de una nueva célula: el cigoto. Cierta prueba científica considera al cigoto como un organismo humano que alberga las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende “concepción” como el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno faculta la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos necesarios para el desarrollo del embrión. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012)

La Corte Constitucional colombiana (2016), en la Sentencia No. C- 327 de 2016, frente a la demanda que pide declarar la inexecutable de la expresión “la existencia legal de toda persona principia al nacer” del artículo 90 del Código Civil, porque permite que el nasciturus sea tratado como objeto al quedar desprovisto de la dignidad humana inherente a todo ser humano concebido, y desconoce el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que la vida inicia con la concepción. En su fallo, la Corte declara la executable de dicha expresión bajo los siguientes argumentos:

La determinación de la existencia legal de la persona desde el nacimiento no viola el deber de protección de la vida desde la concepción, establecido en el artículo 4.1. de la Convención Americana, ya que la vida como valor es un bien constitucionalmente relevante, pero no tiene el mismo grado de protección que el derecho a la vida. La expresión acusada del artículo 90 del Código Civil tiene en cuenta esta realidad, la cual a su vez protege otros derechos en juego. Por lo tanto, una lectura sistemática del bloque de constitucionalidad indica que la vida prenatal no ostenta la titularidad del derecho a la vida y así la determinación de la existencia legal de la persona desde el nacimiento, no viola esta garantía por lo que se encuentra ajustada a los parámetros constitucionales. (Corte Constitucional de la República de Colombia, 2016)

La Corte Constitucional del Ecuador (2021), en el caso No. 34-19-IN y acumulados ha pronunciado que, la Convención Americana sobre Derechos Humanos determina: “Artículo 4.

Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

En tal virtud, se impone el deber consciente, constitucional y humanista de la defensa de la vida, sin que quepa la ambigüedad o la apertura inusitada de textos jurídicos con vaguedad conceptual que transgredan este postulado y principio fundamental, como es la protección de la vida desde la concepción, que no admite una interpretación desde la defensa constitucional del derecho a vivir. Es decir, desde la lectura literal, sistemática-teleológica y de la voluntad del Constituyente en su integralidad, no puede darse paso a interpretación alguna que anule la defensa de la vida desde la concepción, lo contrario implica una modificación del texto de la Constitución que le corresponde al poder constituyente, más no al poder constituido como es el que ejerce la Corte Constitucional. (Corte Constitucional del Ecuador, 2021)

Además, en una acción de inconstitucionalidad de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal, la jueza constitucional Carmen Corral Ponce, en los votos salvados, enfatiza que el artículo 45 de la Constitución del Ecuador consagra la protección de la vida “desde la concepción”, disposición clara que no admite interpretación y que impone el deber de la defensa del derecho a vivir y de la inviolabilidad de la vida garantizada además en el Código Civil, Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y Código Orgánico Integral Penal; se evidencia que la concepción coincide científicamente con la fecundación, que es el acontecimiento que activa la génesis humana, el momento primordial que origina la vida en concordancia con la bioética que la considera como un proceso único e indivisible, desde su comienzo hasta su fin; y, en esta línea, se expone que el concebido denominado “nasciturus”, desde el mismo momento de la concepción, es un ser humano vivo destinado a desarrollarse biológicamente, razón por la cual no se puede interferir en su proceso de formación genética ni interrumpir su existencia, ya que merece la oportunidad de existir como un ser único e irrepetible.

En este voto salvado la jueza Corral expresa que al nasciturus no se le puede condicionar ni arrebatar su derecho a vivir, aun cuando su madre haya sido objeto de una violación, uno de los delitos, probablemente más aberrantes de la humanidad, un episodio absolutamente traumático en el que la víctima ultrajada seguramente sienta repugnancia y deseo de borrar de la faz de la tierra las consecuencias de ese delito atroz. Sin embargo, ese ser indefenso e inocente que está ya en gestación, no tiene culpa alguna; y, por ello, la despenalización del aborto le impone una pena



capital a un ser que no ha cometido ningún delito. La despenalización del aborto es inconstitucional, ya que contraría el texto literal del artículo 45 de la Constitución, pero, adicionalmente, no resuelve la grave problemática social detrás de los delitos de violación, que, en muchos casos, se producen dentro del mismo núcleo familiar de la víctima. (Corte Constitucional del Ecuador, 2021).

La vida en sociedad requiere de la protección de ciertas normas e intereses individuales y de ciertos límites de relación entre los sujetos, y de relación entre el poder estatal y los sujetos, en tanto, la colectividad y no un grupo específico sean los beneficiarios. Desde este punto de vista, el bien jurídico no es patrimonio solo del derecho represivo sino del derecho como regulador de relaciones interpersonales y sociales. Existe cierta discusión en doctrina con respecto al bien jurídico protegido alrededor del concebido, pero las diferencias en realidad son más de forma que de contenido. El bien jurídico tutelado o protegido es el derecho a la vida del fruto de la concepción. En este sentido, la jurisprudencia encontrada es unánime respecto a que lo que se protege es la vida del feto, de tal modo que se ha dicho que “la no comprobación de que haya existido un feto con vida y que la conservara al momento del hecho impide tener por configurados los requisitos de la figura en cuestión” (Villena, 2015, p. 118).

La protección del concebido como si se tratara de un ya nacido se debe a la indefensión del mismo, lo que requiere la existencia de normativas jurídicas propias que protejan su supervivencia y que permitan su existencia en el mundo físico al desprenderse del vientre materno, situación que no significa que el nasciturus sea una mera ficción puesto que desde el momento en que se forma una nueva unidad genética producto de la unión celular de los progenitores. Para la protección del concebido, lo preciso es otorgar protección jurídica especial a la madre, estableciendo incluso límites al accionar de la misma de forma tal que no ponga en peligro la vida de feto, de ahí que en las diversas legislaciones se establezcan reglas especiales en torno a la posibilidad de interrumpir el embarazo, en tanto que se trata de un potencial sujeto de derechos.

Se identifica que el concebido es un ser humano antes, convirtiéndolo en centro de imputación de derechos y deberes que lo protegen, si se atiende Constitución de la República del Ecuador (2008), que alude: “El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción” (art. 45). En concordancia, el Código Civil plantea: “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera

persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará” (art. 61).

Conclusiones

La vida debe ser protegida desde la concepción, lo que implica la extensión de la responsabilidad jurídica hacia la madre dado que es quien lleva en su vientre al nuevo ser. El ser humano es concebido desde la concepción hasta el nacimiento (momento en que se convierte en persona). Para el derecho es indispensable saber el momento exacto en que el ser humano fue concebido, porque tiene consecuencias jurídicas: inicia la vida humana y ese concebido adquiere derechos, el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, este es titular, por antonomasia de los derechos extrapatrimoniales, tales como el derecho, a la vida, a la integridad física, entre otros. Estos derechos por su naturaleza no pueden estar sujetos a ninguna condición.

El concebido a través de sus representantes, puede contraer obligaciones, siempre y cuando surjan a propósito de adquirir derechos, resultando del conjunto de ambos, una situación de ventaja para el mismo. Tanto los derechos como las obligaciones, en tanto sea atribuciones patrimoniales, estarán bajo la condición suspensiva de que el concebido nazca con vida. El término efectos favorables excluye los efectos que sean por sí solos perjudiciales. Además, debe entenderse que el carácter favorable ha de pertenecer al concebido y no a terceras personas. El concebido es sujeto de derecho por consiguiente tiene capacidad, y al ser un sujeto de derecho privilegiado, su capacidad opera sólo para todo cuanto le favorece.

Ahora bien, pese a que doctrinalmente el tema de nasciturus en la actualidad no es muy tratado, se evidencia aun a nivel internacional la preocupación en torno a la protección de los derechos de este, lo que se evidencia en casos como el de los Estados Unidos, en el que se deja sin efecto la sentencia respecto al aborto sin que esto implique un carácter retroactivo en el Derecho sino más bien un fortalecimiento de la tutela jurídica efectiva de la persona que está por nacer.

Referencias

Andorno, R. (2012). *Bioética y dignidad de la persona*. Editorial Técnicos.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=48025>



- Arango, P. (2016). Estatuto del embrión humano. *Escritos*, 24(53), 307-318.
<https://revistas.upb.edu.co/index.php/escritos/article/view/233>
- Barcia, R. (2000). Derecho a la vida del nasciturus en España. *Ius et Praxis, Talca*, 6(2), 11-28.
<https://www.redalyc.org/pdf/197/19760202.pdf>
- Blanch, J. (2001). El concebido en el Derecho civil alemán, español e iberoamericano: un problema conceptual y valorativo a la luz de la tradición jurídica. *Anuario de derecho civil*, 1145-1164. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=224097>
- Calvo, A. (2004). *El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto Constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista*. Universidad San Pablo CEU.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1065395>
- Centurión, J. (2016). ¿El concebido es sujeto de derechos? En J. Real, *La maquinaria del Derecho en Iberoamérica* (pp. 395-406). Universidad Nacional Autónoma de México.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4331/23.pdf>
- Código Civil. (2005, 24 de junio). Suplemento del Registro Oficial No. 46.
<https://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2015/06/Codigo-Civil1.pdf>
- Constitución de la República del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Registro Oficial 449.
https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2016). Sentencia n.o C- 327 de 2016.
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/IGUB/Sentencia-c-327-de-2016.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Acción de inconstitucionalidad de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal. <https://n9.cl/glfw11>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Caso No. 34-19-IN y acumulados.
<https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=34-19-IN/21>
- Corte de Justicia de la Unión Europea. (2011). Caso Oliver Brustle vs Greenpeace.
<http://aebioetica.org/revistas/2013/24/82/475.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf



- Corral, H. (2016). El proyecto de ley de aborto y los derechos humanos del concebido no nacido. *Anuario de Derecho Público*, 23-62.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6387195>
- De Jesús, L. (2011). La Convención Americana sobre Derechos Humanos: piedra angular del derecho a la vida del no nacido en Latinoamérica y el Caribe. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 1, 109- 138.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8520168>
- De Verda, J. (2016). La protección jurídica del concebido en el derecho español. *Revista Bolivariana de Derecho*, 22, 16-33.
http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572016000200002
- Doyharçabal, S. (1994). El derecho a la vida del nasciturus en la legislación chilena y comparada. *Revista Chilena de Derecho*, 307-319. Disponible en:
<https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14622>
- Erazo, S. (2019). Los derechos humanos del nasciturus en América Latina. En *Constitucionalismo contemporáneo en América Latina* (págs. 27-43). Dykinson.
https://www.researchgate.net/publication/333116035_Los_derechos_humanos_del_nasciturus_en_America_Latina
- Galvis, M. (2019). Límites y alcances jurídicos sobre los derechos del nasciturus. *Prolegómenos*, 22(43), 93-107. <https://www.redalyc.org/journal/876/87662891007/html/>
- García, M. (2015). El derecho de alimentos del heredero concebido y otros supuestos favorables para él con relación a tal derecho. *IUS, Revista de Investigación Jurídica*, 10, 1-17.
<http://www.usat.edu.pe/files/revista/ius/2015-II/paper15.pdf>
- González, D. (2021). *El nasciturus y las diferentes realidades a las que atañe*. [Tesis de grado, Universidad de la Laguna] Repositorio Institucional de la Universidad de la Laguna.
<https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/24138>
- González, P. (2017). La concepción del feto en la legislación romana: entre la esperanza y la herencia. *Gerión*, 35(1), 11. <https://n9.cl/dapuw0>
- Henríquez, I. (2005). La regla de la ventaja para el concebido y el aforismo "infans conceptus pro iam nato habetur" en el derecho civil chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 27(1), 87-113.
<https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/614>



- Lafferrière, J. (2017). La protección de la dignidad del niño concebido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En U. C. Basset, H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon y J. N. Lafferrière. (Dir.). *Tratado de la vulnerabilidad* (pp. 257-278). Buenos Aires, Argentina <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8837>
- Latorre, A. y González, E. (2021). *La defensa del nasciturus*. CEU Ediciones. <https://repositorioinstitucional.ceu.es/handle/10637/12594>
- López, N. y Iraburu, M. (2004). *Los quince primeros días de una vida humana*. EUNSA. Disponible en: <https://www.casadellibro.com/libro-los-quince-primeros-dias-de-una-vida-humana-2-ed/9788431323684/1165203>
- Mac, J. (1995). El nasciturus y el derecho a la vida. *Revista de Derecho Público*, (57/58). 177-198. <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43360>
- Manjarrés, J. y Yáñez, V. . (2018). El nasciturus como sujeto de derechos humanos. *III Congreso: Ciencia, Sociedad e Investigación Universitaria*, Ambato, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. <https://repositorio.pucesa.edu.ec/handle/123456789/2634>
- Negrín, P. (2019). *La protección jurídica del nasciturus*. Universidad de la Laguna. <https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/13519>
- Organización de los Estados Americanos. (2016). Convención Americana de Derechos Humanos. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_ddhh.pdf
- Pautasso, S. (1994). Estudio acerca de la condición jurídica del nasciturus en el derecho romano. *Anuario de Derecho Civil*, 1, 115-134. <https://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/ADC/article/view/914/996>
- Rovegno, S. (2015). Gestante y concebido: entre el derecho a la vida digna y el derecho a la muerte digna. *LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*, 105-116. <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/4750>
- Santillán, R. (2012). *La situación jurídica del concebido en el Derecho Civil peruano: tratamiento histórico legislativo y análisis de la regulación vigente*. [Tesis de maestría, Universidad de Zaragoza]. Repositorio Institucional de la Universidad de Zaragoza. <https://zaguan.unizar.es/record/9376/files/TAZ-TFM-2012-1016.pdf>



- Sanz, E.; Sánchez, M.; Rite. S.; Benavente, I.; Leante, J.; Pérez, A.; Ruiz, C. y Sánchez, M. (2017). Recomendaciones para la identificación inequívoca del recién nacido. *Anales de pediatría*, 235e1-235e2.
<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1695403317301534>
- Ugarte, J. (2017). *El aborto es siempre un crimen. ¿Por qué? Humanitas*. Pontificia Universidad Católica de Chile. <https://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/18357-profesor-jose-joaquin-ugarte-el-aborto-es-siempre-un-crimen-ipor-que>
- Uzcátegui, O. (2013). Derechos del no nacido. *Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela*, 73(2), 77-79. https://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S0048-77322013000200001&script=sci_arttext
- Varsi, E. (2001). *Derecho genético* (4ta ed.). Grijley.
<https://www.juristaeditores.com/producto/derecho-genetico/>
- Velásquez, O. (2006). Constitucional y legalmente, el nasciturus es persona y titular del derecho a la vida. *Persona y Bioética*, 10(1), 85-103.
<https://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/930>
- Vicente, E. (2022). *La protección penal del nasciturus y el delito de lesiones al feto; antecedentes históricos y análisis de su regulación actual*. [Tesis doctoral, Universidad de Córdoba]. Repositorio institucional de la Universidad de Córdoba.
<https://helvia.uco.es/handle/10396/24300>
- Villena, L. (2015). *El concebido in vitro crioconservado como sujeto de derecho y su tratamiento dentro de un proceso de divorcio* [Tesis de grado, Universidad Femenina del Sagrado Corazón]. Repositorio Institucional de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.
<https://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen/article/view/550>