



ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

Tema:

“LA TUTELA EFECTIVA DEL NASCITURUS EN EL ECUADOR CON LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS”

Proyecto de investigación previo a la obtención del título de Abogada

Línea de investigación:

El derecho y su aplicación en el campo social y jurídico

Caracterización Técnica del trabajo:

Investigación

Autora:

Belén Alejandra Vásquez Ponce

Directora:

Ab. Mg. Mayra Cristina Mena Mena

Ambato - Ecuador

Noviembre 2016

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
SEDE AMBATO

HOJA DE APROBACIÓN

Tema:

“LA TUTELA EFECTIVA DEL NASCITURUS EN EL ECUADOR CON LOS
SISTEMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS”

Línea de Investigación:

El derecho y su aplicación en el campo social y jurídico

Autora:

BELÉN ALEJANDRA VÁSCONEZ PONCE

Mayra Cristina Mena Mena, Ab. Mg. f. _____

CALIFICADORA

María Fernanda San Lucas Solórzano, Ab. Mg f. _____

CALIFICADORA

Nathalia Viviana Lescano Galeas, Dra. Mg. f. _____

CALIFICADORA.

Diego Gonzalo Coca Chanalata, Dr. f. _____

DIRECTOR ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

Hugo Rogelio Altamirano Villarroel, Dr. f. _____

SECRETARIO GENERAL PUCESA

Ambato - Ecuador

Noviembre 2016

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD

Yo, BELÉN ALEJANDRA VÁSCONEZ PONCE portadora de la cédula de ciudadanía No. 1804961181, declaro que los resultados obtenidos en la investigación que presento como informe final, previo a la obtención del título de ABOGADA son absolutamente originales, auténticos y personales.

En tal virtud, declaro que el contenido, las conclusiones y los efectos legales y académicos que se desprenden del trabajo propuesto de investigación y luego de la redacción de este documento son y serán de mi sola y exclusiva responsabilidad legal y académica.

BELÉN ALEJANDRA VÁSCONEZ PONCE

CI.1804961181

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer a Dios, a la Virgen María, a mis padres por permitirme alcanzar esta meta.

Mi más sincero agradecimiento a la Ab. Mg. Mayra Mena, directora de la presente investigación, quien me ha brindado su conocimiento, principios y excelencia en calidad humana.

A los docentes de la PUCESA que a lo largo de estos cuatro años han contribuido en mi formación académica como futura profesional.

A la Dra. Tatiana Pérez y Dra. Roció Salgado Juezas de la Corte Nacional de Justicia, al Dr. Efrén Guerrero, sub decano PUCE, al Dr. Salim Zaidán docente PUCE / ex agente del Estado ecuatoriano ante la Corte Interamericana y al Dr. Edison Suarez presidente de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, quienes me brindaron su extenso conocimiento y apoyo en la elaboración de entrevistas.

Belén Alejandra Vásquez Ponce

DEDICATORIA

A mis padres, Pablo Vásconez y Marcia Ponce, quienes siempre me han apoyado y creído en mí, fortaleciéndome con su esfuerzo, amor y enseñanzas.

Mis hermanos Miguel y Pablo, por su aliento, comprensión y compañía.

A Andrés, por brindarme su apoyo y amor incondicional.

Belén Alejandra Vásconez Ponce

RESUMEN

El Estado Ecuatoriano y los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos reconocen el derecho a la vida del que está por nacer o como lo menciona la doctrina Nasciturus, sin embargo se produce una contraposición de derechos entre la madre y el que está por nacer; por tal razón, el objetivo del presente trabajo de titulación es conocer la Tutela Efectiva del Nasciturus en el Ecuador con los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos; en dicho análisis se llegará a identificar la protección de la vida desde la concepción tanto a nivel nacional como internacional mediante la realización de análisis de estudio de casos de la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de San Salvador, además de entrevistas tanto a docentes universitarios como a expertos especialistas en protección de la vida desde la concepción. Esto permitirá tratar directamente el problema de investigación y deducir de manera idónea el nivel de tutela efectiva del Nasciturus.

Palabras clave: Nasciturus, Tutela Efectiva, Sujeto de derechos, Aborto no punible.

ABSTRACT

The State of Ecuador and The International System of Human Rights recognizes the right to life of the unborn child, as mentioned by the Nasciturus doctrine; however there is a contrast between the rights of the mother and the right of the unborn child. For this reason, this work aims to discover the effectiveness of Nasciturus protection in Ecuador, together with the International System of Human Rights. This analysis will identify how the unborn child is protected from the point of conception both nationally and internationally through case study analysis of the Court and Inter-American Commission on human rights and the Supreme Court of San Salvador, as well as interviews with both university professors and experts who specialize in protection of life from the point of conception. This will allow the researcher to directly address the problem of research as well as the ideal way to deduce the effectiveness of Nasciturus protection.

Key words: unborn child, effective protection, subject of rights, non punishable abortion.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PRELIMINARES.	
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD	iii
AGRADECIMIENTO	iv
DEDICATORIA	v
RESUMEN.....	vi
ABSTRACT	vii
ÍNDICE DE CONTENIDOS	viii
ÍNDICE DE TABLAS	xii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I.....	4
FUNDAMENTOS TEÓRICOS	4
1.1. Antecedentes:	4
1.2. Descripción del problema:.....	5
1.3. Preguntas Básicas:	6
1.3.1. ¿Cómo aparece el problema que se pretende solucionar?	6
1.3.2. ¿Qué lo origina?.....	7
1.3.3. ¿Cuándo se origina?.....	7
1.4. Objetivos:	7
1.4.1. General:.....	7
1.4.2. Específicos:.....	8
1.5. Pregunta de Estudio:.....	8
1.6. Estado del Arte:	9
1.7. Variables:.....	12

1.7.1.	Variable independiente:	12
1.7.2.	Variable dependiente:	12
1.8.	Desarrollo de los Fundamentos Teóricos:	12
1.8.1.	Tutela Efectiva:	12
1.8.1.1.	Antecedentes de la Tutela Efectiva:	13
1.8.1.2.	La Evolución de la Tutela Efectiva en el Ecuador:	14
1.8.2.	Nasciturus:	17
1.8.2.1.	Los nondum concepto:	18
1.8.2.2.	Concepto de persona:	19
1.8.2.3.	Condición Humana del Nasciturus:	21
1.8.2.4.	La concepción:	23
1.8.2.5.	El Nasciturus como sujeto de derechos:	24
1.8.2.6.	Nasciturus como titular del derecho a la vida:	25
1.8.2.7.	El Nasciturus en el Orden Sucesorio:	27
1.8.3.	Los principios:	28
1.8.3.1.	Principio de protección del derecho a la vida:	30
1.8.3.2.	Protección del derecho a la vida en el Ecuador desde la concepción:	31
1.8.4.	Principio de universalidad:	33
1.8.5.	Principio de igualdad y no discriminación:	34
1.8.6.	Derechos fundamentales:	36
1.8.6.1.	Derecho a la vida:	38
1.8.6.2.	Dignidad humana:	39
1.8.7.	Derechos suspensivos:	40
1.8.8.	Contraposición de derechos de la madre y el Nasciturus:	41
1.8.8.1.	Derechos sexuales y reproductivos de la madre:	42

1.8.8.2.	Derecho sobre el cuerpo:.....	45
1.8.8.3.	Derecho a la integridad personal:.....	46
1.8.9.	Aborto:	49
1.8.9.1.	Antecedentes del aborto:	49
1.8.9.2.	Aborto a lo largo de la historia:.....	51
1.8.9.3.	Clases de Aborto:	52
1.8.10.	Delito de Aborto “Iter criminis”:	54
1.8.10.1.	Corresponsabilidad en el aborto:.....	54
1.8.10.2.	Evaluación penal del Aborto:.....	55
1.8.11.	El Aborto en Ecuador:	57
1.8.11.1.	Aborto no punible:	58
1.8.12.	Derecho a la Bioética ante los límites de la vida:	59
1.8.13.	Ponderación de Derechos Humanos:	60
1.8.14.	Derecho a la vida en los Tratados Internacionales:	62
1.8.14.1.	Los Sistemas Internacionales en la protección de la vida desde la concepción:.....	64
CAPÍTULO II		65
METODOLOGÍA		65
2.1.	Metodología de la Investigación:	65
2.1.1.	Método General:	66
2.1.2.	Método Específico:	66
2.1.3.	Técnicas e Instrumentos de recolección de Información:.....	66
2.1.4.	Población y Muestra:	67
CAPÍTULO III		68
RESULTADOS.....		68

3.1. Presentación de Resultados:	68
3.1.1. Entrevistas a Docentes universitarios:	69
3.1.1.1. Análisis de Entrevistas realizadas a Docentes Universitarios:.....	75
3.1.2. Entrevistas a Expertos especialistas:.....	78
3.1.2.1. Análisis de Entrevistas realizadas a Expertos Especialistas:	81
3.1.3. Análisis General de las Entrevistas:.....	82
3.1.4. Estudio de casos:.....	83
3.1.4.1. Caso Baby Boy vs. Estados Unidos:.....	83
3.1.4.2. Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica: ...	85
3.1.4.3. Caso Beatriz vs. El Salvador:.....	87
3.1.4.4. Análisis General de Estudio de Casos:.....	89
3.2. Análisis de Resultados:	90
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	92
CONCLUSIONES:	92
RECOMENDACIONES:	94
BIBLIOGRAFÍA:.....	96
APÉNDICE	104
ANEXOS	109

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 2. 1. Población.....	67
Tabla 3. 1. Entrevistas a Docentes Universitarios Dr. Efrén Guerrero, Dr. Salim Zaidán y Dra. Tatiana Pérez.....	69
Tabla 3. 2. Entrevistas a Expertos Especialistas Dr. Edisón Suárez y Dra. Roció Salgado	78

INTRODUCCIÓN

En la actualidad la protección del derecho a la vida desde la concepción es una de las mayores garantías en cuanto a la tutela efectiva del que está por nacer, tal como lo demuestra la Constitución de la República del Ecuador (CRE) en su Art 45 y el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia (CONA) Art 20, principalmente por los derechos suspendidos que tiene el que está por nacer o como lo menciona la doctrina Nasciturus en el Art 61 y 63 del Código Civil (C.C), siendo estos derechos protegidos a cabalidad, partiendo del hecho de que la vida es un bien jurídico fundamental e irrenunciable del cual ninguna persona puede ser privada, es así que recurriendo al principio de igualdad y no discriminación establecido en la CRE en el Art 11 núm. 2, y al principio de universalidad tipificado en el Art 11 núm. 3, que destaca la aplicación de Tratados e Instrumentos Internacionales a los cuales el país se ha suscrito para que tengan mayor alcance en materia de derechos humanos, es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su Art 6 destaca la inherencia del derecho a la vida para todos los individuos y su debida protección desde la concepción, al igual que la Convención Americana de Derechos Humanos en su Art 4.1.

Es así que en la normativa legal tanto nacional como internacional se ve una vasta protección del derecho a la vida desde la concepción, pero la problemática surge tras la aplicación incorrecta de este bien jurídico y sobre todo por la vulneración

que estos sujetos de derecho al no ser considerados persona, un ejemplo clave es el del aborto no punible establecido en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) Art 150, el cual permite el aborto en dos casos: 1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios., y 2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental, es aquí donde inclusive entra el derecho que tiene la madre para elegir cuantos hijos desea tener e incluso que al estar embarazada llega a formar parte de los grupos sociales de atención prioritaria, donde se contraponen los derechos de la mujer versus los del que está por nacer, en este sentido esta tesis buscará un enfoque doctrinario que aclare por medio de la jurisprudencia Interamericana la aplicabilidad de derechos del Nasciturus frente a las condiciones que protegen los derechos de la mujer.

En el presente trabajo se pretende conocer doctrinariamente la tutela efectiva del Nasciturus en el Ecuador con los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos, para lo cual se realizará un diagnóstico de la protección de la vida desde la concepción. Se diagnosticará además su situación jurídica tanto a nivel nacional como internacional. Para finalmente poder identificar la influencia que tiene el Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos en el amparo del derecho a la vida desde la concepción.

El trabajo de titulación se divide por capítulos, dentro del capítulo I se encuentra los fundamentos teóricos que abarcan en sí a los antecedentes, la descripción del problema, las preguntas básicas que permiten comprender el origen del problema y a la vez se establecen los objetivos tanto general como específicos, planteando la pregunta de

estudio del proyecto, llegando a concluir el primer capítulo con el estado del arte, en el cual se detallan las investigaciones realizadas sobre la temática tanto en el ámbito internacional como nacional, redactando en sí los alcances de las mismas y la conexión que vendrían a tener con el presente proyecto.

El capítulo siguiente corresponde a la metodología de la investigación, determinando el método general y específico, además de las técnicas e instrumentos que se emplean en la recolección de información.

En el capítulo III se presentan los resultados con un análisis detallado del estudio de casos y de las entrevistas realizadas, lo cual permite responder a la pregunta de estudio sobre la temática analizada con su respectiva evaluación preliminar.

Para finalizar se establecen las conclusiones y recomendaciones obtenidas a lo largo del desarrollo del trabajo. Tomando en cuenta además el material de referencia, lo que comprende la bibliografía en sí.

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS TEÓRICOS

1.1. Antecedentes:

La investigación es de interés actual, principalmente por la poca importancia que se da, al que está por nacer en virtud al principio de protección al derecho a la vida, otra razón es la falta de preocupación por parte de la sociedad que ve al nasciturus como un objeto desprovisto de vida y no como un sujeto de derechos, tal como lo prevee el ordenamiento jurídico nacional e internacional los cuales buscan la protección de la vida desde la concepción, tesis respaldada en investigaciones científicas que demuestran el comienzo de la existencia de la vida desde la concepción. Es por esta razón que el producto de esta investigación será determinar la tutela efectiva del nasciturus en el Ecuador con los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos en alcance al principio de protección a vida.

1.2. Descripción del problema:

De no existir esta investigación no se podrá determinar la falta de aplicación del principio de protección de la vida desde la concepción, partiendo del hecho que en el Ecuador el derecho a la vida está contemplado desde la concepción en el Art 45 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), en el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia (CONA) en el Art 20. Por lo tanto mediante el estudio investigativo efectuado por (Cruz, 2012), denominado “Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana” demostró que la concepción es la base de la fecundación la cual se da en un periodo corto de 24 horas el cual procede de la reproducción durante el cual se origina la vida de un ser, el cual debe ser abordado en varios niveles biológicos: molecular, genético, celular, endocrino y poblacional. Destacando además a la concepción como la fusión de dos células, llamadas gametos; uno masculino el espermio y otro femenino el ovulo.

Entonces dicho esto la tutela efectiva del Nasciturus se da en menor medida en el ordenamiento interno debido a que la legislación ecuatoriana está estancada jurídicamente en la observancia de estos derechos del concebido y es que en donde se puede encontrar dicha amplitud doctrinaria en mayor escala es en los Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos.

Es aquí donde se contraponen los derechos que tiene la madre u otras personas sobre los del Nasciturus pues se ve la necesidad de una ponderación de los mismos, y mucho más cuando está en juego el derecho a la vida, ya que debemos tomar en cuenta la protección y tutela efectiva del que está por nacer debido al hecho de no poder ejercer sus derechos a plenitud, en base a los principios de universalidad y de igualdad, que deben serle aplicados respetando su derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción.

Por lo tanto es imprescindible la protección del derecho a la vida otorgado al Nasciturus mediante el análisis de la resolución emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Baby Boy y en las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Beatriz vs El Salvador y Caso FIV vs Costa Rica a favor de su protección del que está por nacer.

1.3. Preguntas Básicas:

1.3.1. ¿Cómo aparece el problema que se pretende solucionar?

El problema aparece debido a la insuficiente protección del derecho a la vida del que está por nacer, así como la contraposición de derechos de la madre u otras personas con los del Nasciturus, en cuanto al principio de protección de la vida desde la concepción.

1.3.2. ¿Qué lo origina?

Lo origina un ordenamiento jurídico Nacional que no se adapta a la evolución en materia de derechos humanos.

1.3.3. ¿Cuándo se origina?

Se origina desde el momento mismo de la concepción.

1.4. Objetivos:

1.4.1. General:

Analizar la Tutela Efectiva del Nasciturus en el Ecuador con los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos.

1.4.2. Específicos:

1. Determinar los mecanismos de Protección de derechos del Nasciturus en el Ecuador.
2. Diagnosticar la situación jurídica del Nasciturus en el Ecuador a través del estudio de casos específicos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos.
3. Identificar la influencia del Sistema Interamericano de protección de Derechos en la Tutela Efectiva del Nasciturus.

1.5. Pregunta de Estudio:

Pregunta de estudio: ¿Cómo se aplica la tutela efectiva del Nasciturus en el Ecuador con los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos?

Se aplica mediante los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a través del art 10, 11, 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador los cuales prevén que en caso de que un derecho humano se encuentre mejor desarrollado se aplique el del Tratado Internacional, además de la Jurisprudencia Internacional como la de Baby Boy vs. Estados Unidos, Artavia Murillo vs. Costa Rica y Beatriz vs. El Salvador, con

respecto a la protección del que está por nacer, las cuales constituyen una fuente del derecho ya se menciona en el Estatuto la Corte Internacional de Justicia en su Art 38.

1.6. Estado del Arte:

El estudio de (Díaz, 2012) denominado “Estatus del no nacido en la Convención Americana: un ejercicio de interpretación” menciona que “La interpretación ambigua artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone que el derecho a la vida deberá protegerse, “en general, a partir del momento de la concepción”. Al hacerlo, toma en cuenta diversos sistemas de interpretación, y tiene presente lo registrado en los trabajos preparatorios de la Convención. Asimismo, este estudio analiza lo que la Comisión Interamericana ha resuelto en esta materia, evaluando el valor de tales decisiones. Concluye que, si bien una de las posibles interpretaciones de la Convención Americana sostiene que ella toleraría ciertas legislaciones nacionales que permitan el aborto en circunstancias excepcionales, ella declara la personalidad del nasciturus”. (pg. 61-72).

En el artículo de (Calvo, 2014) denominado “El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista” se menciona que “El concepto de persona en el ámbito jurídico así como sus raíces a lo largo de la historia desde la concepción filosófica, romana y griega, al igual que el avance en materia genética sobre el que está por nacer, especificando su estatus de

persona, y la protección que se le da al nasciturus en el ámbito jurídico”. (pg. 283 - 298).

La investigación (Zárate, 2014), denominada “¿Es el Aborto un Derecho Sexual y Reproductivo de la mujer? Análisis desde el Bioderecho, la Bioética, la Biopolítica y la Biojurídica en Estados Unidos, España y Colombia” menciona que “Se demuestra que a lo largo de la historia, la mujer ha buscado el reconocimiento de sus derechos. Su lucha por la emancipación; sin embargo, hasta el presente no ha logrado equipararse con el género masculino”. Se pone de manifiesto su interés en la interrupción del continuum biológico de su función reproductiva, lo que socava la esencia misma del comienzo de la vida humana: el nasciturus que se gesta en su vientre, donde se necesita un análisis de los denominados derechos sexuales y reproductivos a la luz del bioderecho, la Bioética, la biopolítica y la biojurídica; los cuales han sido tratados en la filosofía de grupos feministas, de defensa de la vida y la familia nuclear.

En la investigación realizada por (Piña, 2010) denominada “El Nasciturus derecho a la herencia pero no a la vida” destaca que “En la actualidad nuestra Constitución manifiesta que todos tienen derecho a la vida incluso desde la concepción, y se cataloga a una persona como el nacido que viva más de veinticuatro horas desprendido del seno materno, es así que el nasciturus se constituye como un sujeto de derecho, entre los

cuales está el derecho a la vida pero se ve enmarcado en mayor grado en el derecho sucesorio a los nasciturus como futuros titulares de herencias o legados''. (pg. 38 - 40).

Ochoa (2006) dice que el derecho a la vida es reconocido desde el momento cuando el ser humano tiene vida, desde que vive, aun cuando se encuentra en el vientre materno y sea pars vicerum matris. Tal es la situación del nasciturus que tiene lugar desde el momento en que el ser humano es concebido y se le considera conceptus, debiéndose estar estatuido por el derecho cual es el comienzo de la vida para ser respetado y jurídicamente tutelado. (pg. 453).

Ferrer (2007) nos dice que algunas visiones se oponen a respetar el derecho a la vida en los casos de los embarazos que ponen en riesgo la vida de la mujer, anteponiendo los derechos del feto. Lo cual se expresa en legislaciones de Chile, El Salvador y el Vaticano. Sin embargo el derecho del feto a la vida constituye un argumento equivocado desde el derecho internacional y solo puede sostenerse en el plano de la discusión ética. (pg. 73).

1.7. Variables:

1.7.1. Variable independiente:

Tutela Efectiva del Nasciturus en el Ecuador.

1.7.2. Variable dependiente:

Sistemas Internacionales de Derechos Humanos.

1.8. Desarrollo de los Fundamentos Teóricos:

1.8.1. Tutela Efectiva:

En primer lugar es importante tener en cuenta a la tutela efectiva, su definición y alcance para posteriormente relacionarlo con el nasciturus, en razón de que la tutela puede ser dada en derechos humanos. Por ende la tutela implica alcanzar una respuesta, el derecho la afirma como una figura compleja que posee varios contenidos, es así que la mayoría de autores han partido del derecho a la acción o derecho a la jurisdicción para aterrizar en la tutela judicial efectiva, al no poseer autonomía se manifiesta en derechos y garantías procesales incluso encaminadas al debido proceso. (Aguirre, 2010). Como la

afirmación que realizan Gimeno Sendra y Garberí Llobregat que el derecho a la tutela judicial efectiva no es más que el derecho a la acción “constitucionalizado”. (Citado en Aguirre, 2010). Por otro lado Hector Fix Zamudio (2012), nos dice que el propósito esencial era la protección por vía judicial de los derechos inherentes a la persona, como un ser individual o social y expresamente estipulados en el Estatuto Superior con el nombre de derechos fundamentales. Mientras que Néstor Raúl Correa Henao, nos dice que “la tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio para su defensa”. (Henao, 2005, pg. 22). Es decir que la tutela busca autonomía y protagonismo en los derechos y garantías procesales principalmente en el debido proceso, buscando la protección de los mismos, a través de las normas legales nacionales e internacionales.

1.8.1.1. Antecedentes de la Tutela Efectiva:

Para Hurtado Reyes, aparece por primera vez en la Constitución española (CE) de 1978, y su artículo 24, aun cuando la propia doctrina europea afirmó desde hace tiempo que toda persona tiene el derecho a acudir al órgano jurisdiccional respectivo para conseguir una “respuesta”. (Citado en Aguirre, 2010). Además por su parte, Chamorro Bernal resalta que, a partir del art. 24.1, el concepto tutela judicial efectiva supuso una auténtica revolución en el ámbito jurídico y en especial en el derecho procesal, todo ello a lo largo de un paciente desarrollo jurisprudencial que ha determinado el ámbito de las garantías constitucionales derivadas de este derecho, haciendo “chirriar” muchas veces las estructuras mismas de la administración de justicia. (Citado en Aguirre, 2010, pg. 5). Por

lo tanto la tutela efectiva aparece en Europa donde se da el protagonismo a los órganos jurisdiccionales principalmente para la obtención de una respuesta a la protección de los derechos y garantías en el ámbito procesal, mediante diversas jurisprudencias que enmarcan la estructura de la administración de justicia de un país.

1.8.1.2. La Evolución de la Tutela Efectiva en el Ecuador:

Según Aguirre (2010), en el Ecuador, a partir de la Constitución de 1830, no se encuentra a la tutela efectiva como tal sino como componentes tales como el derecho al juez dado por la ley, el derecho a la defensa, o a producir los medios probatorios y descargos que fueran necesarios. En el Art 24 en el numeral 17, de la Constitución Política de la República del Ecuador (1998), se introduce el derecho al debido proceso en su, el cual dispone:

Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Actualmente en la Constitución de la República del Ecuador (2008), señala que: “toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia ya la tutela efectiva, imparcial y

expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; sin que en ningún caso quede en indefensión”. Incluyendo “el incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”. (Art 75).

Según el Art 23 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009): Principio de Tutela Efectiva de los Derechos, señala:

La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido.

Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso.

La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso.

Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles.

Anteriormente en el Ecuador la tutela efectiva no se encontraba contemplada como tal sin embargo se la mencionaba mediante componentes tales como, el derecho del juez dado por ley y la defensa de los medios probatorios y descargos. Posteriormente se la incorpora en 1998 donde la Constitución introduce a la tutela como parte primordial del debido proceso, en la Constitución del 2008 se prioriza a la tutela como un derecho al acceso gratuito de justicia y tutela efectiva imparcial, donde se la encamina con dos principios, la inmediación y sobre todo la celeridad.

Además se la cataloga como un principio para los derechos donde los jueces y las juezas se encargan de garantizar la tutela efectiva de los derechos establecidos en la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos evitando posibles reclamaciones.

1.8.2. Nasciturus:

Según Figueroa (1995) "Nasciturus o el que está por nacer empieza con la fertilización del ovulo por el espermio, la implantación del embrión en las paredes del útero de una mujer". (pg. 47).

Según Calvo (2004):

El «nasciturus» es el concebido aún no nacido («nondum natus»), es el ser humano en el periodo de su vida que va desde el momento de la concepción hasta el momento del nacimiento, y se desarrolla en las diferenciadas etapas de embrión y de feto. Por embrión debe entenderse el ser humano desde la fecundación hasta el tercer mes del embarazo; por feto se entiende el ser humano desde el tercer mes de embarazo hasta el momento del parto. Dentro del periodo embrionario se habla de distintas fases, en cualquiera de las cuales nos encontramos en presencia de un ser humano en las primeras fases de su existir, en el cual no hay saltos cualitativos, pues es siempre el mismo cuerpo biológico, aunque su morfología no coincida todavía con la del hombre adulto. (pg. 291).

Para comprender la definición de Nasciturus es importante destacar el inicio de la vida partiendo de la unión del ovulo y el espermatozoide que dan paso a la fecundación, también se lo conoce como el que está por nacer ya que permanece en el vientre materno

durante toda su etapa embrionaria y fetal hasta ser considerado una persona la cual podrá ejercer sus derechos a plenitud.

1.8.2.1. Los nondum concepto:

De acuerdo a Lasarte (2014):

La expresión latina utilizada como rubrica es habitual en la doctrina española para referirse a personas que, pese a no haber sido «aún concebidas» pueden llegar a nacer (por ej., el hijo de mi nieto). Tales personas, en principio, no pueden considerarse como titulares de posición jurídica alguna, ni de un derecho subjetivo concreto, pues en puridad de conceptos representan una mera eventualidad, un futurible. Sin embargo, existen mecanismos en cuya virtud la atribución de derechos a los nondum concepto resulta admisible, como donación con cláusula de revisión en favor de terceros y la sustitución fideicomisaria. (Art. 641 y 781 CC, respectivamente). (pg. 16).

El concepturus o nondum conceptus es término adoptado por la doctrina jurídica por el cual se expresa la posibilidad del nacimiento de un ser humano que no se encuentra concebido en el momento en que se realiza un determinado acto jurídico, hipotéticamente existe, en una realidad futura de un sujeto de derecho a favor del cual, se le atribuye una ficción legal que constituye una atribución patrimonial, la cual

depende de un suceso futuro e incierto el nacimiento, donde el concepturus puede llegar a ser concebido y efectivamente nacer o no por el contrario. (Hung, 2009). El nondum concepto es un término utilizado por la doctrina española haciendo mención al que está por nacer o nasciturus expresando la posibilidad de su nacimiento y que usualmente no se encuentra aún concebido en el momento que se realiza un acto jurídico, principalmente se lo utiliza en el ámbito sucesorio donde se le suele atribuir derechos patrimoniales que presentan un matiz incierto en cuanto al nacimiento o no del concebido, principalmente se le atribuye la posición de nondum conceptus porque no puede poseer una posición jurídica sino más bien una eventual respaldada por una atribución de derechos suspendidos hasta su nacimiento.

1.8.2.2. Concepto de persona:

Palacios (1989) manifiesta que "Persona en latín significa originalmente la máscara del actor. Interpretar la transición que va desde la máscara del actor al individuo humano". (pg. 42). Además en el Código Civil (2005) dice:

El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace con vida;

quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo. (Art 60).

De acuerdo con Calvo (2004):

Persona es todo individuo de la especie humana, esto es, el ser humano, el hombre; no hay diferencia alguna entre hombre, ser humano y persona. Es el sujeto concreto de orden espiritual, con su propia individualidad (que se manifiesta mediante el nombre) y su peculiaridad, la cual es incomunicable, dotado de un alma racional, merced a la cual goza de una inteligencia y razón y de una voluntad libre, que le permite elegir y decidir acerca de sí mismo. (pg. 284).

Para la mayoría de los autores el termino persona es el ser humano desde el momento de la concepción o fecundación. En base a principios como la protección de la vida y la dignidad humana. "El derecho a la vida representa, entonces, la facultad jurídica, o poder, de exigir la conservación y la protección de la vida humana, o sea, de ese estado de actividad sustancial propio del hombre.". En una perspectiva biológica se denomina al hombre con el comienzo de la fecundación, mientras que desde el punto de vista filosófico se menciona que: " el embrión es persona desde que tiene alma humana, y tiene alma humana desde la concepción", por lo tanto desde la fecundación estamos en presencia de una persona humana.

Desde la perspectiva jurídica "...la persona para el derecho es, en suma, aquel ser inteligente y libre que ostenta un dominio sobre sí mismo y sobre sus actos, en cuanto es considerado protagonista esencial de la vida del derecho y centro en torno al cual se construye y estructura el ordenamiento jurídico". Todo ser humano es sujeto de protección constitucional, desde su concepción es titular de derecho a la vida, por ende el aborto debe entenderse como prohibido. (García, 2007). Por lo tanto al término persona en la antigüedad se la consideraba como la máscara del actor, de igual manera se entiende por persona a todo miembro de la especie humana que nace con inteligencia, razón y libre, actualmente en la legislación civil ecuatoriana fija la existencia de una persona con el nacimiento cuando se ha separado por completo de la madre. Así se puede determinar la existencia de un individuo con la concepción o fecundación como la base de la existencia humana biológica que funda a la protección de la vida desde la concepción dotando al que está por nacer de un derecho inalienable e irrenunciable a vivir.

1.8.2.3. Condición Humana del Nasciturus:

El nasciturus pertenece a la especie humana, tomando en cuenta que el nuevo ser es producto de la fecundación, esto se produce gracias al material genético que se recibe por parte de sus progenitores quienes otorgan a la unidad celular las diferentes características para que se produzca la vida individual de este nuevo ser, que serán

únicas y propias, es así que la fecundación natural produce un fenotipo con características propias de los padres, producido por un conjunto de actividades celulares que se encuentran bajo el control de un nuevo genoma producto de la transmisión de célula a célula. Posteriormente se destaca la continuidad de la fusión de los dos gametos los cuales comienzan con el ciclo vital del nuevo ser que será único y humano, de esta manera se producirá la gradualidad por la regulación del embrión que ya se considera un nuevo ser diferente de cualquier otro con identidad e individualización única.

Por lo tanto el nasciturus es un nuevo ser que posee su propio código genético y un propio sistema inmunológico, es así que debe poseer los mismos derechos que todos los hombres poseen como tal, siendo persona desde la fase embrionaria y la fetal y como consecuencia su reconocimiento como un sujeto titular de derechos inherentes al individuo humano. (Calvo, 2004).

Los desarrollos biológicos aclaran los estudios genéticos y biológicos sobre el desarrollo del ser humano y el inicio de la vida que posteriormente se perfeccionara, el no nacido es un nuevo ser un individuo que es un organismo, una unidad integrada de funciones y de estructuras de complejidad constituidos del ácido desoxirribonucleico (ADN). El individuo humano posee un prototipo desarrollando diferentes etapas sucesivas de expresión de genes ordenadas en el espacio donde se ocuparan nuevas etapas de células en el proceso vital. (Velásquez, 2006). La condición humana del que está por nacer es

evidente en razón que el nasciturus es producto de la fecundación a través de la unión de células sexuales del hombre y de la mujer que aportan el material genético que dará vida a un nuevo ser con características únicas y propias, biológicamente el desarrollo del ser humano inicia con la concepción donde comienza el proceso embrionario, demostrando la existencia de la vida del nasciturus quien deberá tener los mismos derechos que las personas al ser de la especie humana reconociendo su titularidad como individuo.

1.8.2.4. La concepción:

Para Fernández (2006), la concepción se combina para poder expresar el embarazo y el parto, para poder concebir el desarrollo fetal. En los Andes, la fertilización es considerada más probablemente durante la menstruación de la mujer puesto a que es parte sustancial de la contribución de la mujer a la sustancia fetal, ya que el feto es como una planta que necesita humedad para nacer. Es así que el lenguaje sangre se impregna a todo el proceso de gestación y del parto, por lo tanto en los Andes consideraban que la mujer aportaba con la sangre mientras que el hombre aportaba con el espíritu o soplo. Mientras que para Monlau (1833), la palabra concepción quiere decir retener, no puede ser empleada más que para designar la acción por la cual el germen fecundado se haya retenido en los órganos sexuales. (pg. 107). Es decir que la concepción es el inicio de la vida que se expresara a través del embarazo de una mujer y posteriormente en el parto, es a partir de la concepción y la fecundación donde comienza el desarrollo fetal necesario para la vida del nuevo ser.

1.8.2.5. El Nasciturus como sujeto de derechos:

El nasciturus desde su naturaleza jurídica y desde el punto de vista científico debe poseer protección de una manera genérica en razón a la protección de sus derechos hasta que esta nazca y pueda ejercer sus derechos desde la perspectiva humana tras haber vivido veinticuatro horas, reconociendo al concebido sus derechos y atribuyéndole una consideración como persona jurídica, es así que se habla del estado evolutivo del derecho en razón a su existencia absoluta y de su futura existencia comprendiendo a los derechos del nasciturus en la trascendencia jurídica y las expectativas que se tienen con respecto a su derecho a vivir. (Calvo, 2004).

Para Windscheid “El concebido no es sujeto de derecho, hasta que no se produzca su alumbramiento no puede adquirir derechos. Sin embargo, debe entenderse que la entrega de derechos al meramente concebido no es nula sino que está sometida a la condición resolutoria del nacimiento”. (Citado en Aliste, 2011, pg.73).

En el Código Civil (2005) “Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que

le correspondieron. En el caso del Art. 60, inciso segundo, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”. (Art 61). Considerado un sujeto de derecho por su naturaleza jurídica que emana la protección de la vida desde la concepción hasta que nazca y cuando los pueda ejercer a plenitud considerándolo como persona siempre y cuando haya vivido 24 horas separado de la madre, mientras tanto al concebido se le atribuyen derechos catalogados como suspensivos hasta el nacimiento como principio de existencia legal, entre los cuales prevalece el derecho a heredar y a la vida, sometiendo sus derechos a la condición del nacimiento para que los ejerza por sí solo.

1.8.2.6. Nasciturus como titular del derecho a la vida:

Al hablar de derecho a la vida es fundamental establecerlo como uno de los más fundamentales inherente a todo ser humano en tal razón sin el derecho a la vida no existirían los demás derechos por lo tanto el respeto a la vida es sustancial. (Calvo, 2004).

Legalmente el nasciturus es considerado una persona y por ende titular del derecho a la vida, plantando principalmente la protección constitucional del derecho a la vida como inviolable y protegida desde la concepción, es así que la Corte Colombiana considera que la existencia legal de una persona comienza en el momento del nacimiento y que la vida comienza en el momento de la concepción, por lo tanto el periodo comprendido

entre la concepción y el nacimiento es una existencia natural donde el Derecho Romano aplica la regla de “*Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*” es decir “El concebido se tiene por nacido para lo que le sea favorable”.

En tal medida la sentencia C – 013 de 1997 de la Corte Colombia protege a la vida como valor y como un derecho primordial insustituible, en el cual el titular es el ser humano del principio hasta el final de su existencia física, por ende la defensa de la tesis de la Corte es obligación del Estado que debe protegerla en todos los estados, otro aspecto son los derechos de la mujer embarazada la cual posee derechos durante todo el proceso del parto sobre la vida del que está por nacer o concebido por ende se protege su vida a través de la madre. (Velásquez, 2006). Dotar al nasciturus de derecho a la vida es eminente y fundamental considerando que este derecho se lo atribuye desde el momento mismo de la concepción a través de su protección, y del cual se desprenden los demás derechos humanos esenciales para su ejercicio, legalmente se le atribuye la vida al que está por nacer como inviolable considerando a la concepción como el momento inicial de la vida, otro aspecto que destaca la titularidad del derecho a la vida del nasciturus es la protección de la mujer embarazada como un grupo de atención prioritaria donde se protege a la madre y al que está por nacer durante todo el proceso de gestación hasta el parto.

1.8.2.7. El Nasciturus en el Orden Sucesorio:

El nasciturus o concebido pero no nacido, plantea razones de orden sucesorio y familiar desde los tiempos de los romanos, donde la situación jurídica de quienes se estaban gestando en el seno materno estaban dotados de una protección especial. Es así que los diversos códigos otorgan una serie de beneficios al que está por nacer con efectos favorables hasta que llegue a nacer y a adquirir la capacidad jurídica. Importante es destacar que el nasciturus está supeditado al nacimiento, es decir nacer como una figura humana y sobrevivir extrauterinamente por al menos veinticuatro horas, y por lo tanto resulta difícil comprender la personalidad que adquirir desde el momento mismo de la concepción, pero la personalidad jurídicamente únicamente se adquiere desde el nacimiento lo cual es debatible entre los aspectos éticos, morales, médicos y genéticos. (Lasarte, 2014).

Para Piña (2009), menciona al nasciturus como un titular de derechos y hace una distinción entre lo jurídico civil y jurídico constitucional en razón de que todos incluye a los sujetos de derechos como el que está por nacer, incluso lo menciona en el ámbito penal como un sujeto pasivo del delito, correspondiéndole al nasciturus la titularidad del derecho a la vida y por ende una protección constitucional, pero a diferencia de proteger la vida como un bien jurídico del que está por nacer se le da una capacidad para heredar, incluso la facultad de hacer donaciones a favor de el mismo. Planteando la incongruencia de que el nasciturus tendría un derecho a la herencia para el supuesto que llegara a nacer pero no tendría un derecho a la vida. Uno de los principales derechos que

se le atribuyen al no nacido es en el ámbito sucesorio donde se le otorga el derecho a heredar incluso sin priorizar su existencia, su inicio e importancia nació en Roma donde los romanos lo dotaron de protección esencial y diversos beneficios como la capacidad jurídica de heredar incluso de adquirir donaciones a favor del mismo, supeditando el derecho a la vida y a heredar.

1.8.3. Los principios:

Los principios se imponen mediante la normativa constitucional y se proyectan en el ordenamiento jurídico, anteriormente en el positivismo no se adoptaba como norma jurídica y pasaron hacer proclamadas de naturaleza política, sin ninguna aplicación por parte de los jueces. Estas normas constitucionales pasan a ser normas jurídicas vinculadas a los ciudadanos y al poder público, haciéndolas obligatorias con el fin que han sido creadas de manera que sean válidas en su contenido con respeto a los valores y principios. Por ende no puede existir norma que pueda salir del marco material y formal de la Constitución tratándose así de la supremacía de los principios constitucionales. La fuerza categórica de los principios jurídicos dada del siglo XX cuando Ronald Dworkin publicó su ensayo rebatiendo la Teoría del Derecho en 1967. Los principios jurídicos conjuntamente con las normas deben de ser concordantes, compatibles y aplicables.

Su función es supletoria, integradora, y correctiva de las reglas jurídicas ya que los principios operan para perfeccionarse, es decir que el ordenamiento jurídico entra en

juego con las normas que estuvieran en condición de desarrollar la función reguladora atribuida. (Zavala, 2010).

Para Bobbio (2012), los principios generales del derecho o también llamados los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado, deben entenderse propios del derecho natural y del derecho positivo, donde el ordenamiento jurídico adopta o sanciona permitiendo la interpretación necesaria para expresar motivos reguladores a través de principios que usualmente tienen una valoración característica por exceso de contenido deontológico.

Por otro lado Javier Henao Hidrón, dice que un principio es un conjunto que integra la noción principialista, o prescripciones generales que expresan orientaciones de interpretación o integración, con las cuales se forman las normas fundamentales de un ordenamiento jurídico. (Hidrón, 2014) Un principio es una norma ambigua, abstracta y general la cual usualmente requiere de una interpretación para poder determinar su comprensión y valor jurídico, se encuentran vinculados al poder público y son de obligatorio cumplimiento ya que deben ser concordantes y compatibles con las normas jurídicas para su posterior aplicación.

1.8.3.1. Principio de protección del derecho a la vida:

Villavicencio (2015) dice que:

La problemática actual de la protección a este derecho debe tener en cuenta tres puntos fundamentales: alcance, extensión y límites del concepto vida humana. Aspectos que deben ser redefinidos sobre la base de los avances obtenidos en las ciencias biológica y médica que han modificado los criterios clásicos sobre la vida humana entendida en sentido natural y han prolongado su existencia artificialmente o por medio de la técnica de trasplante de órganos.

En un sentido completamente diferente, los límites de la protección del derecho a la vida humana son muy discutidos. Es evidente, que la decisión del inicio de protección está relacionada al desarrollo natural de la vida, pero se requiere de una decisión de carácter normativa. El límite mínimo puede ser determinado desde el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide o anidación del óvulo fecundado en el útero. (pg. 3 - 4).

Así el principio de protección del derecho a la vida es fundamental para la preservación de la vida humana, biológicamente el inicio de la protección nace de la concepción de un individuo en su naturaleza a partir de la fecundación, proporcionándole mecanismos que ayuden a fortalecer la vida misma.

1.8.3.2. Protección del derecho a la vida en el Ecuador desde la concepción:

Actualmente en el Ecuador el derecho a la vida es protegido desde la concepción así lo respalda su ordenamiento jurídico en la Constitución de la República del Ecuador (2008), señala que:

Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas (Art 45).

De igual manera se respalda este fundamento de protección a la vida desde la concepción en el Código Orgánico de la Niñez ya Adolescencia (2003), sobre el derecho a la vida, nos dice que:

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

Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral. (Art 20).

Además se hace énfasis en la protección desde la concepción a través del que está por nacer o nasciturus en el Art 61 del Código Civil (2005) señala, que:

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

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

De esta manera es imprescindible notar que el ordenamiento jurídico del Ecuador respalda la protección de la vida desde la concepción haciendo énfasis en la protección y en el derecho que tiene del que está por nacer.

1.8.4. Principio de universalidad:

Se puede plantear al principio de universalidad como el reconocimiento de los derechos que ha de enfrentarse en supuestos que nos hace referencia a los fenómenos de regionalización de los derechos humanos y de su adscripción en diferentes Estados. El principio de universalidad es propio de la titularidad de los derechos humanos ya que garantiza los matices en el órgano decisor y objetivo del reconocimiento en las declaraciones de derechos humanos. (La Torre, Ansuátegui, Lloredo, Julios, Pérez, Bolzán, López, Limberger, Belloso, Bilancia, Mertinez, Ara, Cademartorio, Leutchuk, Palombella, Ferrarese, Ribas, 2014).

En la Constitución de la República del Ecuador (2008), nos dice que:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. (Art 11, numeral 3).

De esta manera el principio de universalidad se aplica principalmente para la protección de un derecho humano que se encuentre mejor expresado o catalogado en un tratado o instrumento internacional de derechos humanos, aplicándolo inclusive por encima de la Constitución.

1.8.5. Principio de igualdad y no discriminación:

En primer lugar Rabossi (1990), nos dice que el principio de igualdad afirma a la dignidad humana, destacando que todos los seres humanos somos iguales en dignidad de derechos. Pero de igual manera es consistente que todos los seres humanos son tratados de manera diferencial, comprendiendo que del principio de igualdad, se derivan o están

conectados los demás principios, como lo es el principio de no discriminación, que, suele ser similar, el principio de protección, diseñado con el objeto de imponer y lograr una igualdad positiva a través de lo que se denomina «discriminación inversa» y «acción positiva».

Según la Constitución de la República del Ecuador (2008):

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad. (Art 11, numeral 2).

En el Art 11 numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador señala que: “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

De igual manera en el Art 66 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador nos dice que se reconoce el “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”. Es así que el principio de igualdad y no discriminación es fundamental para todos los demás principios que afirma que todos los seres humanos son iguales y dignos en derechos, atribuyéndole principalmente la no discriminación, pero como afirmaba Rabossi esta igualdad no es completa puesto a que existe una diferencia muy grande en la desigualdad de los seres humanos.

1.8.6. Derechos fundamentales:

Plantea una distinción entre derechos constitucionales y derechos fundamentales ya que en si los derechos constitucionales están por su resistencia a la actividad legislativa en sus contenidos esenciales que respecta. Siendo la actividad jurídica una garantía que nace como necesidades del modelo de Estado que se encarga de limitar los poderes públicos y de salvaguardar los derechos fundamentales caracterizados por su

universalidad que lo definen como son y la expresión jurídica de los valores de dignidad, libertad, igualdad de la persona.

De esta manera se enuncian y se reconocen los derechos fundamentales y su titularidad vinculada a las limitaciones de los poderes públicos y garantías. Por ende el Estado Constitucional prevee los derechos fundamentales y las garantías de una manera análoga que se aplican usualmente como mandatos de derecho, cumpliendo con la defensa de los derechos limitando la injerencia del poder estatal.

Los derechos fundamentales asumen en su una función valorativa del sistema jurídico por la supremacía de las normas, como los principios constitucionales relacionados con los valores externos y centrales, es por eso que anteriormente los derechos estaban relacionados con la vida, libertad, igualdad y dignidad, de esta manera los derechos humanos están catalogados como históricos y culturales. (Zavala, 2010).

Para Henao, (2014) los derechos fundamentales deberán tener en cuenta una armonía moderna de la tendencia que reconoce superioridad al derecho internacional en cuanto versa sobre los derechos humanos, en el orden interno prevaleciendo los tratados y convenios internacionales ratificados en los cuales reconocen los derechos humanos, prohibiendo su limitación a excepción de la guerra exterior, la conmoción interior y la emergencia económica. Mientras que Robert Alexy (1993) dice que los derechos fundamentales de la ley fundamental son en sí una teoría que determina los determina

positivamente válidos, en una teoría de derecho positivo que se encuentra determinado por el ordenamiento jurídico y por una teoría dogmática, distinguiendo de esta manera a una normativa jurídica y a la jurisprudencia. A los derechos fundamentales también son considerados como subjetivos en razón de que pertenecen a una categoría de primer nivel, son inalienables e irrenunciables, que se encargan de garantizar principalmente valores jurídicos como la dignidad, libertad, igualdad de la persona, reconociendo de esta manera la titularidad que tienen los individuos en materia de derechos humanos.

1.8.6.1. Derecho a la vida:

La protección jurídica de la persona parte desde el reconocimiento de la vida y a la integridad física, donde se considera además las repercusiones civiles en cualquier tipo de agresión o de lesión a la vida de una persona aunque no constituya un delito, pues la vida y la integridad física son propios de la protección civil cuando tales derechos han sido desconocidos por terceros, es así que la vida constituye el presupuesto de la atribución de los derechos que tiene la persona, mientras que la integridad física debe entenderse como una derivación del derecho a la vida en una íntima conexión , por lo tanto no se debe considerar a la integridad física atentatorio contra ese derecho, salvo que este ponga en peligro injustificadamente la vida de una persona. (Lasarte, 2014). Mientras que Figueroa (2007) nos dice que “el derecho a la vida representa, entonces, la facultad jurídica, o poder, de exigir la conservación y la protección de la vida humana, o sea, de ese estado de actividad sustancial propio del hombre.” (pg. 97 - 98). De esta manera para Alvarado y Robalino (2011) nos dice que el derecho a vida comprende no

solamente a la pena de muerte sino que también corresponde a las ejecuciones extrajudiciales, al ser sometido a condiciones que amenacen la vida, así como a las acciones u omisiones tales como la provocación de un aborto. Por un lado el derecho a la vida posee una protección jurídica que lo reconoce desde la integridad física, suponiendo una titularidad para su ejercicio por parte de los seres humanos quienes alcanzan este derecho y su ejercicio total por el mero hecho de su condición humana.

1.8.6.2. Dignidad humana:

De acuerdo a Habermas (2010), existe una conexión entre la dignidad humana, la moral y los derechos humanos, sostiene que es una fuente de la cual derivan los derechos básicos de todo ser humano, el ideal de la dignidad se sustancia de igual manera con el derecho proporcionando igualdad. Por otro lado para Pele (2004), la dignidad es propia de todo ser humano y les permite afirmar su autonomía y libertad, valorando al individuo en sus capacidades, puesto a que el hombre se considera digno por el solo hecho de su condición humana. Nietzsche nos dice en cambio que la dignidad está caracterizada como algo que debe ser construido y no como algo que debe ser respetado (citado en Pele, 2004). Por lo tanto la Dignidad Humana se establece una conexión con los derechos humanos procurando la igualdad, lo cual podemos destacar tanto en la madre que se encuentra en periodo de gestación como en el que está por nacer que poseen dignidad por el solo hecho de pertenecer a la especie humana. Más aun lo que sostiene Pele sobre la libertad, la autonomía y la capacidad de todo ser humano, debe

ser puesta en consideración puesto que el nasciturus no posee capacidad en si al ser únicamente sujeto y no poder ejercer su libertad de una manera autónoma, de acuerdo a lo que nos decía Nietzsche donde la dignidad del nasciturus debe ser respetada en razón de su condición humana.

1.8.7. Derechos suspensivos:

Los derechos suspendidos son catalogados como tal en razón de que no se los puede ejercer a cabalidad sino que estos se encuentran suspensos hasta que se los pueda ejercer, tal es el caso del Nasciturus quien tiene sus derechos suspensos hasta que nazca y los pueda ejercer a cabalidad.

De tal manera lo podemos encontrar en el Código Civil (2005) manifiesta:

Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron. En el caso del Art. 60, inciso segundo, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido. (Art 61).

1.8.8. Contraposición de derechos de la madre y el Nasciturus:

Tanto los derechos de la madre como los del que está por nacer se contraponen entre sí principalmente porque el Estado protege la salud reproductiva de la mujer en cuanto a los hijos que esta desee tener, así lo determina el Art 66 numeral 10 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), de los derechos de libertad que menciona “El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener”.

Abriendo una puerta hacia la toma de derechos por encima del que está por nacer principalmente con lo que corresponde al aborto. Otro aspecto fundamental es la protección que el Estado prevé a una mujer embarazada que incluso es grupo de atención prioritaria.

Al respecto la Constitución de la República del Ecuador (2008) prevee que:

El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a:

1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral.
2. La gratuidad de los servicios de salud materna.
3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto.

Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia. (Art 43).

1.8.8.1. Derechos sexuales y reproductivos de la madre:

Las Naciones Unidas manifiestan que la salud reproductiva es un derecho humano muy básico que todas las personas poseen ya que las parejas son libres de decidir e informarse sobre el número de hijos que desean tener, sobre todo la capacidad que posee la mujer para poder controlar su fertilidad en goce sus derechos. (Zaerte, 2014).

Sobre la salud reproductiva las Naciones Unidas sobre Población y Desarrollo (1994) nos dice que:

Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre

derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.

El Art 363 numeral 10 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) nos dice que “Asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto”.

Por otro lado la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing - La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (1995) nos dice:

Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y

decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual. (Párrafo 96).

En las Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, (2010) determino sobre la salud reproductiva de la mujer:

El Comité insta también al Estado parte a que mejore los programas y las políticas de planificación familiar y de salud reproductiva encaminados a brindar un acceso efectivo para las mujeres y las adolescentes, especialmente en el medio rural, a la información sobre los servicios de atención de la salud, como los servicios de salud reproductiva y los métodos anticonceptivos, de acuerdo con la recomendación general núm. 24 del Comité relativa a la mujer y la salud, y con la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing. El Comité recomienda asimismo que el Estado parte intensifique sus esfuerzos por incorporar en los programas de estudios la educación sexual adecuada a la edad y organice campañas de información para prevenir los embarazos entre las adolescentes. Recomienda además que el Estado parte adopte un enfoque integral

sobre la salud de la mujer durante todo su ciclo de vida que preste especial importancia a los aspectos interculturales. (Párrafo 41).

De tal manera los derechos reproductivos de la mujer son sumamente importantes ya que ayudan a establecer la integridad sexual y la opción que tiene no solo la mujer sino también el hombre de cuantos hijos tener en razón de su libertad para elegir garantizada legalmente, permitiéndoles incluso en algunos países la posibilidad de detener su embarazo de una manera legal con un aborto no punible.

1.8.8.2. Derecho sobre el cuerpo:

Se lo entiende como un derecho de libertad individual donde el ser humano toma sus propias decisiones sin intromisión alguna, ejerciendo una autonomía sobre su personalidad. Por eso se hace énfasis sobre las decisiones que todos tomamos en torno a nuestro cuerpo ya que nadie puede obligarnos a someternos a algún tipo de acción o de actividad sin nuestro consentimiento previo.

Sin embargo la libertad como un derecho no es totalmente absoluto, es el caso de la manipulación genética en fetos y alteraciones en el no nacido. La mayoría de tratadistas consideran a la libertad humana como un sinónimo de dignidad. De esta manera no cabe duda de que la madre tiene derecho a disponer de su cuerpo, pero el derecho de otra

persona a vivir supedita el derecho sobre el cuerpo, prohibiendo de esta manera matar al feto mediante un aborto. (Erazo, 2013). En base a estas consideraciones el derecho sobre el cuerpo es un derecho secundario frente al derecho a la vida de un nuevo ser, si bien el derecho al cuerpo que tiene una mujer principalmente denota las desviaciones hacia la libertad y el derecho a la salud reproductiva donde la mujer decide cuántos hijos desea tener, el decidir sobre su cuerpo no es absoluto ya que la vida mucho más allá.

1.8.8.3. Derecho a la integridad personal:

Es fundamental en cuanto al respeto a la vida y al digno desarrollo, fundamentado en no lesionar, física, psicológica y moralmente, denotando que todo individuo tiene plenitud corporal. Sin deslindarse del derecho a la vida pues lo protege de manera parcial en los aspectos morales, físicos y psíquicos.

Por otro lado la naturaleza de ambos derechos es similar ya que ambos se relacionan con la dignidad, un ejemplo es, “Si una mujer acepta ser esterilizada, no se violenta ningún derecho en cambio el derecho a la vida no se admite el consentimiento del sujeto para quitarle la vida, la voluntad del individuo no puede alterar el bien jurídico protegido”. (Erazo, 2013, pg. 62).

Al respecto la Constitución de la República del Ecuador (2008) destaca:

El derecho a la integridad personal, que incluye:

- a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

- b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

- c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.

- d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos. (Art 66, numeral 3).

Respaldo similar lo encontramos en la Convención Interamericana sobre derechos Humanos (1969), que manifiesta:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradan privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.
4. Los procesados deben estar separados de los condenados, sal excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de persona
5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribuna especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.
6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencia los condenados. (Art 5).

En conclusión la integridad personal busca garantizar y proteger al ser humano de una manera, moral, física, psicológica y sexual, donde se protege de manera primordial a las personas más vulnerables como lo son niños, niñas, adolescentes y mujeres , se vincula además a la integridad personal con la integridad sexual, y complementándose con el derecho a la vida.

1.8.9. Aborto:

La Organización Mundial de la Salud (OMS) (1992), define el aborto como una intervención destinada a la interrupción de un embarazo practicada ya sea por personas que carecen de la preparación necesaria o en un entorno que no reúne las condiciones médicas mínimas, o ambas cosas a la vez.

Al respecto Cabanellas (2013) nos dice sobre el aborto: “Del latín abortus, de ab, privación, y otros, nacimiento. Equivale a mal parto, parto anticipado, nacimiento antes de tiempo. Generalmente se dice de lo que no ha podido llegar a su perfecta madurez o debido desarrollo”. (pg. 9). De tal manera que el aborto es la interrupción de la vida fetal y del embarazo de una mujer, el cual se suele darse por cuestiones sociales y la falta de conocimiento sobre los derechos del que está por nacer donde se anticipa el parto sin cumplir con el tiempo requerido para que se produzca el nacimiento del nuevo ser.

1.8.9.1. Antecedentes del aborto:

En los lugares donde predominaba la espiritualidad moral el aborto era concebido en menor escala principalmente por la creencia de Dios como dueño de la vida y considerado como el único que puede disponer de ella.

Para América latina el aborto es un delito contra la vida, se ha catalogado así principalmente por su clandestinidad, entrelazada con la mala planificación familiar y la falta de anticonceptivos. (Erazo, 2013, pg. 62). Por otro lado Carranca y Rivas (1994), nos dice “La gente no acepta con facilidad, sobre todo en los países subdesarrollados, los anticonceptivos; aparte de muchos de ellos no han demostrado definitivamente su eficacia. Es así como el aborto se convierte en una especie de recurso secundario, aunque es obvio decir que el sentido no es la solución más adecuada”. (pg. 323 - 324).

Pero para Cabanellas (1945) plantea “El problema del aborto es tan antiguo como pueda serlo la vida del hombre. En unos pueblos no se legislo sobre él y en otros sí. En unas épocas fue objeto de severas sanciones y en otro consentido. Naturalmente esta referencia se contrae por el aborto provocado. Se presume, como ocurría en la India, que la falta de legislación significaba un consentimiento tácito que se hacía”. (pg. 20).

Anteriormente Platón (2008), en su obra la Republica decía que “Que la mujer – dije yo – de hijos a la ciudad a partir de los veinte hasta los cuarenta años. Y en cuanto al hombre, una vez que haya pasado «de la máxima fogosidad en la carrera», que desde entonces engendre para la ciudad hasta cincuenta y cinco años”. (pg. 157). Haciendo mención que es una edad recomendada a las mujeres de 40 el aborto siempre y cuando su pareja fuese mayor de los 55 años de edad.

1.8.9.2. Aborto a lo largo de la historia:

Los pueblos primitivos solían practicar el aborto por disposición del jefe de la familia, ya que tenían la facultad de matar y vender a sus hijos antes del nacimiento, considerando que el vientre le pertenecía a la mujer y la mujer al hombre quien tenía absoluto poder sobre ella. En la Grecia antigua se lo realizaba con el fin de mejorar la raza, es decir que debía reunir ciertas características de no ser así lo mataban.

Así en Roma se practicaba el aborto como una costumbre usual no se consideraba al nasciturus como vida y se lo realizaba en general por trasfondos eugenésicos y al igual que en Grecia los hombre disponían de la vida del que un no nacía. Pero años más adelante en Roma el aborto es visto con otra visión considerándolo como un acto inmoral, usualmente en mujeres casadas, se les pedía a los padres una justificación para el aborto caso contrario se les imponía un castigo.

En Egipto, el aborto solía ser provocado mediante lavados con aceite caliente o estiércol de cocodrilo mezclado con la pasta que servía como vehículo, se lo colocaba en el útero. De igual manera se utilizaban preservativos hechos por lo general con la vejiga de los animales. Los cristianos rechazaban estrictamente al aborto por motivos religiosos, en la Edad moderna y edad media, el aborto era castigado con la muerte de la madre. (Erazo, 2013).

1.8.9.3. Clases de Aborto:

- 1) Con consentimiento de la mujer: se da cuando la mujer renuncia a la maternidad y acepta la posibilidad del aborto facilitando la expulsión del feto.
- 2) Sin consentimiento de la mujer: se da cuando una tercera persona hace abortar a la mujer sin su consentimiento, se lo cataloga como un delito al no ser consentido y convierte a la mujer en víctima ya que va en contra de su voluntad por lo cual se presume el uso de la violencia.
- 3) Aborto terapéutico: se realiza principalmente para salvar la salud o la vida de la madre que se encuentra en peligro al momento del embarazo, previniendo complicaciones y enfermedades graves en la madre, ya que se teme que la madre muera al momento de la extracción del feto.
- 4) Aborto ético: también se lo denomina sentimental o humanitario, usualmente usados en caso de violaciones o incestos, se lo realiza principalmente por descendencia no deseada.
- 5) Aborto eugenésico: se lo practica en una mujer que padezca discapacidad mental que ha sido violada, se lo realiza para evitar que el niño nazca con algún tipo de discapacidad mental o física.
- 6) Aborto “honoris causa”: es típico de las legislaciones penales latinas donde se practica para salvar el honor y ocultar la deshonra de una mujer, usualmente en una mujer soltera o viuda o cuando esta ha sido adúltera.
- 7) Aborto criminal simple: se da por razones de pobreza inclusive de miseria en hogares donde constituya un problema económico.

- 8) Aborto criminal simple: se produce mediante medios idóneos que aceleran el nacimiento con un fin doloso que es la muerte del feto
- 9) Aborto agravado o letal: produce la muerte del feto y de la madre, generalmente se lo relaciona con el médico que provoca el aborto.
- 10) Aborto preterintencional: se provoca cuando otro sujeto ejerce violencia sobre la mujer que se conoce está embarazada, ocasionándole la muerte no querida del feto produciéndole el aborto.
- 11) Aborto culposo: es causado por la negligencia o imprudencia médica, se caracteriza por carecer de la intención de causar daño.
- 12) Aborto criminal o doloso: causado con el fin de causar la muerte en el feto.
- 13) Aborto causado por la propia mujer embarazada: también se lo denomina procurado es causado por la mujer por medio de su conducta delictiva.
- 14) Aborto causado por tercera persona: cuando un tercero hace abortar a una mujer embarazada con o sin su consentimiento por razones éticas, morales o terapéuticas. (Erazo, 2013).

La clasificación del aborto es esencial debido a su categorización como delito donde se prioriza el derecho a la vida penando al aborto en la mayoría de sus expresiones exceptuando un aborto no punible.

1.8.10. Delito de Aborto “Iter criminis”:

Es el proceso psicológico que se genera en el autor de un delito, se desarrolla mediante impulsos del organismo los cuales impulsan la ejecución de un acto prohibido por la ley. “Iter criminis” significa “camino del crimen” es el producto de varias etapas hasta que se desencadene en el cometimiento del delito. Por otro lado Jiménez (2005) nos dice que: “Iter criminis supone la investigación de las fases por las que pasa el delito desde la ideación hasta el agotamiento, todo ocurre desde que nace en la mente del criminal... hasta que consigue el logro de sus afanes... interna mientras existe el delito y externa sale a la luz los actos” (pg. 459). Al respecto Welzel (1997), manifiesta: “es la realización de la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un principio de ejecución del delito”. (pg. 224). Es así que el Iter criminis se configura como una acepción propia del derecho penal donde se determina la facultad que tiene el sujeto para violar la ley y caer en una prohibición expresa por la ley en cuanto una infracción o delito, su relación con el aborto es eminente ya que se encuentra tipificado como un delito que es muy común y suele ser ejecutado por las propias madres o por terceros de manera culposa o dolosa.

1.8.10.1. Corresponsabilidad en el aborto:

Se ve reflejado en quienes participan en la comisión del delito del aborto, la cual usualmente se aplica la totalidad de la pena para el autor material y el 50% para su cómplice dependiendo del grado. Existe un principio de corresponsabilidad el cual está

previsto por la doctrina jurídica y por la ciencia, que determina que todos responden por sus actos en determinadas circunstancias. En el aborto como un delito se plantea a la comisión del delito con la intervención de más de una persona, colocando un caso excepcional que es el auto provocación de la mujer, en donde cada persona que participa en el delito tiende a tener una naturaleza diferente. (Erazo, 2013). De esta manera la corresponsabilidad es penada y sancionada a las personas que realicen abortos, incluso a las madres que se los auto provoquen y sea comprobado se le atribuirá una sanción por la razón de que el aborto es ilegal debido a la protección de la vida desde la concepción y por el hecho de que la madre solo podrá elegir en su cuerpo y no en el del que está por nacer.

1.8.10.2. Evaluación penal del Aborto:

El aborto sin duda es un practica inhumana y despiadada donde se priva de la vida al que está por nacer, mediante dolor y sufrimiento de la víctima que en este caso es el nasciturus que lamentablemente en algunos lugares es legal, donde el no nacido no es considerado persona y está sujeto a la decisión de la madre. En consideración se debe tomar que el nasciturus es un sujeto de derechos y posee una condición humana por lo cual cualquier tipo de vulneración de su derecho a vivir constituye un delito grave.

Usualmente las mujeres suelen abortar por el control de natalidad o porque les suelen fallar los métodos anticonceptivos, pero esto no es justificación ya que las leyes lo

castigan a manera de un delito. En el derecho romano cuando la mujer moría se le practicaba de manera inmediata una cesárea con el fin de salvar la vida del nasciturus.

La historia muestra una protección y de la vida y la concepción del aborto como un delito en los tiempos de Adriano se impedía la tortura en mujeres embarazadas, Séptimo Severo exiliaba a la mujer que se provocaba el aborto. En Inglaterra se juzgaba el aborto como un homicidio.

Para el Estado de Connecticut en 1821 el aborto era considerado un delito siempre y cuando el feto ya tenga señales de movimiento, el mismo era sancionado con cadena perpetua. A partir de 1965 en América se permitía el aborto siempre y cuando se tratase de salvar la vida de la madre que se encontraba en peligro. Pero en la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) se permitió el aborto y se lo practicaba incluso de manera gratuita por los hospitales, se planteó al aborto como media salud pública y control de natalidad. (Erazo, 2013). Es así que el aborto a lo largo de la historia venido evolucionando planteando nuevas ideas de la concepción de un nuevo ser, priorizando en la mayoría de países la salud pública y la natalidad por encima de la vida, pero manteniendo su cualidad de delito penado y sancionado en otros países protegiendo el bien jurídico del nasciturus.

1.8.11. El Aborto en Ecuador:

Actualmente el aborto se encuentra penalizado en el Ecuador así lo demuestra el actual Código Orgánico Integral Penal (2014) que penaliza los delitos contra la inviolabilidad del derecho a la vida a partir del Art 147 al 149 entre los cuales se encuentran los siguientes tipos de aborto:

Aborto con muerte: Cuando los medios empleados con el fin de hacer abortar a una mujer causen la muerte de esta, la persona que los haya aplicado o indicado con dicho fin, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años, si la mujer ha consentido en el aborto; y, con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años, si ella no lo ha consentido. (Art 147).

Aborto no consentido: La persona que haga abortar a una mujer que no ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Si los medios empleados no han tenido efecto, se sancionará como tentativa. (Art 148).

Aborto consentido: La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años. (Art 149).

Estos delitos conducen una conducta penal relevante en cuanto al crimen del aborto, donde se establece la situación de las mujeres embarazadas que dan o no su consentimiento para que se efectuara el aborto, aquí se ve claramente la intención meramente dolosa del sujeto activo que intenta causar la muerte al nasciturus.

1.8.11.1. Aborto no punible:

El bien jurídico protegido por el delito es el aborto, donde el daño sucede al nasciturus mas no a la madre la necesidad de contemplar un aborto no punible se da por la facultad de proteger más de una vida, no únicamente del que está por nacer sino por quien ya se encuentra ejerciendo este derecho a cabalidad que es la madre. (Laurenzo, 1990).

El Código Orgánico Integral Penal (2014) del Aborto no punible dice que:

El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental. (Art 150).

De tal manera el derecho a un aborto no punible en el Ecuador es eminente ya que prioriza tanto el derecho a la vida de la madre como el derecho a vivir del que está por nacer, priorizando el derecho de la madre el cual ya puede ejercer por si sola y que constituye un bien jurídico legal y existente, mientras que el que está por nacer no puede hacerlo por si solo y al no tener la facultad de una madre seria en vano priorizar una muerte por encima de otra.

1.8.12. Derecho a la Bioética ante los límites de la vida:

Se ha visto a la ciencia como un punto de carácter humanista que busca principalmente la vida humana, es así que en Europa a finales del siglo XIX se ve a la ciencia como un bienestar y orden justo para la humanidad. La Bioética se encarga de que la sociedad vea las consideraciones con respecto a los conocimientos el bien común en relación con el respeto hacia la dignidad humana. (Bustamante, 2013).

Por primera vez en la historia de la humanidad el hombre dispone de los conocimientos científicos y de la tecnología necesaria, empeñosa y talentosa procurados, y desde, y con

ellos, está actuando y planificando dominar los procesos biológicos del origen desarrollo de la propia vida humana y de la vida en general. (Arias, 2001, pg. 16).

Para la Tratadista María Casado es la elaboración de unos procedimientos por la toma de decisiones en las cuales los implicados pueden participar que supone un paso fundamental, pero se debe establecer límites de derecho en lo permitido, por lo que la bioética y el derecho se relación en virtud de las normas de conducta que emanan directamente de la voluntad de todos. (Casado, 2007, pg. 23).

1.8.13. Ponderación de Derechos Humanos:

La necesidad de la ponderación surge debido a la contraposición eminente de derechos de la madre y del que está por nacer principalmente en razón del bien jurídico de la vida. En consideración de que el Nasciturus es un sujeto de derechos el cual no puede ejercerlos por sí mismo a plenitud, dependiendo directamente de la madre, hasta que este sea considerado persona. En caso de un aborto, donde se disputa el derecho a la vida del que está por nacer y el derecho a la salud reproductiva de la madre, se deberá realizar una interpretación constitucional donde se ponderé ambos derechos prevaleciendo a uno por encima del otro, en razón a las consecuencias y al estudio de cada caso en específico.

De tal manera la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece a la ponderación como uno de los métodos y reglas de interpretación constitucional:

Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro. (Art 3 núm. 3).

Para Habermas la ponderación se encarga de quitar fuerza normativa a los derechos fundamentales ya que al ponderar los derechos se degradan a un plano mucho más objetivo en razón de los programas y valores. (Citado en Carbonell y García, 2010). Por otro lado Robert Alexy (2009), nos dice que la ponderación tiene como objeto al principio de proporcionalidad en un sentido estricto para optimizar las diferentes posibilidades jurídicas. Mientras que para Pino (2011), determina la ponderación con la presencia de ciertos elementos morales, de interpretación e incluso con argumentación jurídica para la valides y reconstrucción del sistema jurídico constitucional en el sentido de neo constitucionalismo. Otro criterio es el de Ferrajoli que nos dice que la idea de los derechos fundamentales sean estos principios morales o valores dotan a una normativa débil y los sujetos no deberán adoptar a la subsunción sino a la ponderación judicial y legislativa. (Citado en Pino, 2011).

1.8.14. Derecho a la vida en los Tratados Internacionales:

Se encuentran fundamentados en los derechos humanos propios de cada individuo el cual los posee sin distinción ni discriminación alguna para consolidar la igualdad, usualmente estos derechos se los da desde el momento mismo de la concepción, incluyendo la priorización del bien común.

Huertas (2007), nos dice al respecto que:

“Sin lugar a dudas el derecho a la vida ocupa un lugar especial en la nómina de los derechos humanos de la persona, aunque la doctrina afirma que todos los derechos humanos tienen igual valor, a la hora de examinar casos concretos violaciones de este derecho, los órganos internacionales competentes no dudan en destacar el carácter del derecho a la vida’’. (pg. 66 – 67).

Por lo tanto los Estados buscan la adopción de medidas positivas para que se elimine las epidemias, la malnutrición inclusive la pena de muerte, en tal Razón tenemos a la protección de los derechos como innatos e inherentes que se le atribuyen a la persona al momento de nacer Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)

dice: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”. (Art 1).

Al respecto la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), manifiesta: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. (Art 3). De igual manera podemos encontrar al derecho a la vida en el Art 6 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976): “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

Por otro lado la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), nos menciona al derecho a la vida en su Art 1 “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Es así que los derechos humanos se encuentran protegidos y respaldados en el ordenamiento jurídico internacional, y los cuales son de gran ayuda en cuanto a la protección del derecho a la vida, un claro ejemplo es el del principio de universalidad donde podemos comprender que se aplicaran las normas internacionales siempre y cuando tengan mejor desarrollados los derechos humanos.

1.8.14.1. Los Sistemas Internacionales en la protección de la vida desde la concepción:

Con respecto al derecho a la vida desde la concepción la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969), nos dice que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. (Art 4, numeral 1).

Al respecto en el Art 2 de la ley 23.849 de la Convención de los Derechos del Niño (1989) plasma: “El niño debe tomarse en cuenta desde la concepción en el seno materno”. De tal manera podemos encontrar respaldada la protección de la vida desde la concepción, donde todos los seres humanos deberán respetar y ser respetados desde el momento mismo de la concepción y por ende nadie puede ser privado de la misma, suscitando el interés en el derecho a la vida.

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA

2.1. Metodología de la Investigación:

La presente investigación se realizó desde un enfoque crítico propositivo, de carácter cualitativo, el mismo que tuvo la modalidad bibliográfica-documental, porque en la investigación se utilizó libros, leyes, textos, revistas, artículos científicos internet, entre otros, que constituyen información secundaria referente al tema de investigación, además se aplicó la información receptada en base a documentos válidos y confiables a manera de información primaria, y con estudio de casos pertinentes al problema de investigación, con lo cual se determinó de manera clara La Tutela Efectiva del Nasciturus en el Ecuador con los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos, y, de campo; porque la investigadora asistió en forma personal a recabar información de docentes universitarios y expertos especialistas en protección de la vida del nasciturus, quienes nos facilitaron la información necesaria para poder determinar como el Ecuador y los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos protegen jurídicamente la vida del que está por nacer.

2.1.1. Método General:

En la presente investigación se ha aplicado como método general, el método inductivo, ya que este nos permite razonar acerca de hechos particulares en el caso de la tutela efectiva del nasciturus en el Ecuador, como son la protección del derecho a la vida y la colisión de derechos entre la madre y el que está por nacer, con la finalidad de llegar a conclusiones de carácter general sobre la influencia que tienen los Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos, que sirvan como referente a la investigación.

2.1.2. Método Específico:

El método Específico que se aplicó en la investigación es el método Dogmático debido a que analicé el ordenamiento jurídico nacional e internacional en cuanto a la protección de la vida del que está por nacer, mediante estudio de casos y jurisprudencia de la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de San Salvador, con una crítica propia de la tutela efectiva del nasciturus en el Ecuador en los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos.

2.1.3. Técnicas e Instrumentos de recolección de Información:

Las técnicas utilizadas fueron el estudio de casos y la entrevista, ya que se realizó una serie de interrogantes teniendo como base un cuestionario acorde al tema de

investigación de forma verbal y personal a docentes universitarios y expertos especialistas en protección de la vida del nasciturus, con la finalidad de conocer diferentes criterios sobre la problemática planteada.

2.1.4. Población y Muestra:

Debido a que la población a ser intervenida es reducida no es necesaria la aplicación de la fórmula de la muestra, al ser no probabilística y al ser más bien cualitativa, por tanto se realizó la recolección de información mediante entrevista a cinco personas, tres docentes universitarios y dos expertos especialistas en protección de la vida del nasciturus.

Tabla 2. 1. Población

DOCENTES UNIVERSITARIOS	NÚMERO
<ul style="list-style-type: none"> - Dr. Efrén Ernesto Guerrero Salgado (PUCE) - Dr. Salim Marcelo Zaidán Albuja (PUCE) - Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia (UASB) 	3
EXPERTOS ESPECIALISTAS	NÚMERO
<ul style="list-style-type: none"> - Dr. Msc. Edisón Napoleón Suárez Merino (Corte Provincial) - Dra. Carmen Roció Salgado Carpio (Corte Nacional) 	2
Total:	5

Elaborado por: Vásconez, B.A. (2016)

Fuente: La investigación

CAPÍTULO III

RESULTADOS

3.1. Presentación de Resultados:

El estudio realizado tiene un enfoque cualitativo, es así que para la recolección de la información se empleó las técnicas de la entrevista dirigida tanto a Docentes Universitarios (Dr. Efrén Guerrero, Dr. Salim Zaidán y Dra. Tatiana Pérez), como a Expertos Especialistas (Dr. Edisón Suárez y Dra. Roció Salgado), en protección de la vida del nasciturus, y el estudio de casos de la de la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de San Salvador.

3.1.1. Entrevistas a Docentes universitarios:

Tabla 3. 1. Entrevistas a Docentes Universitarios Dr. Efrén Guerrero, Dr. Salim Zaidán y Dra. Tatiana Pérez

Preguntas/ Entrevistados	Dr. Efrén Ernesto Guerrero Salgado (Sub Decano / Docente PUCE)	Dr. Salim Marcelo Zaidán Albuja (Docente PUCE / ex agente del Estado ecuatoriano ante la Corte Interamericana)	Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia (Jueza de la Corte Nacional de Justicia / Docente UASB)
<p>Pregunta 1:</p> <p>¿Considera usted que en el Ecuador se protege a cabalidad la vida del que está por nacer?</p>	<p>Si se protege, de forma efectiva, si se realiza un análisis constitucional puro, ya que la Constitución toma en cuenta esa vieja dirección jurisprudencial que ya manejaba el Código Civil en la condición del nasciturus haciendo una idea de la protección desde el momento en que se concibe hasta el en el muere, lo cual en otras constituciones no se ha planteado sobre el derecho a la vida.</p> <p>En el Art 66 también plantea la paternidad responsable, donde predomina una corriente muchísimo más conservadora y progresista del derecho a la vida, tratando de generar otro pensamiento en torno a las mujeres, basado en métodos de anticoncepción, poniendo en discusión si esto es abortivo y la decisión sobre el cuerpo.</p> <p>El 424 y 425 de la Constitución nos plantean, el ejercicio de un derecho mejor protegido en la Constitución o Tratado</p>	<p>Hay bastante ambigüedad en relación a las disposiciones de la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia que se refieren al estatus jurídico del nasciturus.</p> <p>Por ejemplo en la Constitución casi todos los derechos están establecidos por la expresión “toda persona tiene derecho a”, lo cual hace interpretar que el titular del derecho es la persona no el nasciturus. Es así que algunas personas dicen que el no nacido no es titular de derecho hasta que se separa por completo de la madre y tiene vida propia.</p> <p>Pero existen varias teorías como la evolucionista positivista que nos dice que se considera persona si se lo ha considerado así dentro de un ordenamiento jurídico como tal. La teoría iusnaturalista es un poco más abierta en otorga titularidad al embrión.</p> <p>La posición de la Asamblea Constituyente no es</p>	<p>Considero que la Constitución de la República del Ecuador expedida el 20 de Octubre de 2008 constituye un hito en el reconocimiento de los derechos y garantías del que está por nacer, de las niñas y niños, de las y los adolescentes; es indudable que nuestra norma fundamental converge en una Constitución dinámica, garantista y protectora de derechos.</p> <p>Sin embargo, es necesario señalar que incluso con los avances que se han vertido desde ella, irradiando a las normas legales, como el caso del Código de la Niñez y Adolescencia; los cambios quedan por hacerse efectivos aún.</p> <p>La Constitución (Art. 45) señala como máxima el reconocimiento del Estado como garantía fundamental a la vida, para lo cual el cuidado y la protección es garantizada desde la concepción. Para ello, la protección prenatal se proclama incluso, cuando desde la concepción se protege al que está por nacer, tomando medidas de protección desde su</p>

	<p>Internacional, siendo este derecho muy amplio y muy difícil plantearlo en una manera que no sea restrictivo para las mujeres. El Art 4 de la Convención Americana cumple con ese estándar sobre el derecho a la vida, sin embargo la Corte Interamericana no ha sido muy arriesgada en cuanto a sentencias respecto los derechos de las mujeres.</p> <p>Ya que el sistema internacional está unido al nacional somos monistas en esta materia, lo cual incluye la jurisprudencia de todos los tribunales extranjeros no solo del Interamericano, porque el Art 38 del Estatuto la Corte Internacional de Justicia nos da las fuentes de derecho internacional, nos dice la jurisprudencia pero no nos dice cual. Por ende los Tratados Internacionales son corpus iuris de derechos que no incluyen únicamente los tratados sino otras normas y jurisprudencia que nos pueda ayudar, como la jurisprudencia del Sistema Europeo.</p> <p>En el caso Ecuatoriano tenemos un error, que es no tener línea jurisprudencial, nuestra Corte Nacional de Justicia no aplica el litigio estratégico, más bien ha generado la obligación de casar, a pesar de la existencia de una sala de cuestiones previas. Por otro lado en el caso extranjero la Corte Suprema no va a tratar todos los casos, más bien utilizara litigio estratégico</p>	<p>clara, cuando dicen que el niño tiene derecho a ser protegido así como se garantiza la vida incluido el cuidado y la protección, es decir solo se protege bajo una lógica, inclusive en el derecho romano se mencionaba que debe enfocarse en la protección desde el vientre materno.</p> <p>Por lo tanto no veo claridad ni en la Constitución ni en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, a pesar de que se diga que si hay disposiciones en cuanto a la protección del no nacido.</p> <p>Esto debería estar más acorde con la Corte Interamericana que es no proteger al que está por nacer solamente a la persona cuando haya nacido.</p>	<p>formación, así el Código de la Niñez y Adolescencia (Art. 23) da garantías especiales a la mujer embarazada sustituyendo incluso la aplicación de penas y medidas privativas de la libertad de encontrarse en estas circunstancias.</p>
--	--	---	--

	<p>y técnico.</p> <p>Por ende si se protege la vida hay un sistema muy sofisticado a través del 424 y 425 y el 10 y el 11 aplicación de todos los derechos.</p>		
<p>Pregunta 2:</p> <p>¿Conoce usted la colisión de derechos entre la madre y el que está por nacer (nasciturus) en situación de aborto no punible?</p>	<p>Siempre va a existir una colisión de derechos porque los bienes jurídicos que están en conflicto, son profundamente preciosos para la sociedad, vida y la salud reproductiva de la madre. La colisión es vida versus vida, colocando una gran barrera, un ejemplo es el caso de la discapacidad mental la cual se declara con el carnet del CONADIS o peritaje.</p> <p>Esto depende de la visión que se tenga, sobre el ovulo fecundado, si es una vida o una una célula, por lo cual se debería generar en la ley que determine el número de semanas para que se pueda abortar como en España.</p> <p>Por otro lado Estado puede interactuar para minimizar y limitar ciertos derechos, pero en el caso de la vida es imposible, no importa lo que el Estado haga este no se puede derogar como la prohibición de esclavitud, libertad de conciencia, salud reproductiva, entre otros.</p>	<p>Si, efectivamente, en los casos de aborto no punible que son dos y se mantienen cuando corra peligro la vida de la madre o en una violación de una persona con discapacidad mental. Se presenta esa colisión, pero eso dependería si reconozco que es titular de derecho el no nacido.</p> <p>Un ejemplo es el caso de Artavia Murillo vs Costa Rica, sobre fecundación in vitro se llamó la atención a la Corte de Costa Rica por haber impedido que una pareja que biológicamente no podía tener hijos se someta a este tratamiento, poniendo como excusa que hay mucha perdida embrionaria en este tipo de tratamientos, pero esto también se produce en la fecundación biológica. Ahí la Corte Interamericana comenzó a investigar y a analizar el Art 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos el cual fue interpretado para ese caso, planteando que la concepción tiene su inicio desde que ha sido implantada en el útero razón por la cual antes no habría vida.</p> <p>Abriendo una posibilidad a la práctica del aborto en ciertos casos para los Estados que hayan ratificado la Convención.</p>	<p>Podría señalarse que existe una antinomia en estos casos, entre normas. Aquella que permite el desarrollo de la integridad sexual de la mujer y sus derechos de libre decisión (Art. 66, CRE) y la norma que prevé el derecho a la vida y la garantía del que está por nacer (Art. 45 CRE).</p> <p>El aborto no punible, cuyos casos se señalan taxativa y rígidamente en el Art. 150 del COIP, son casos de excepción a mi parecer, de extrema necesidad. La Jurisprudencia y la Doctrina han desarrollado en este tiempo su fundamento teórico práctico y la necesidad social de su aplicación. El aborto no punible para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental, son circunstancias excepcionales.</p>

<p>Pregunta 3:</p> <p>¿Cree que el aborto está justificado cuándo corre peligro la vida de la madre?</p>	<p>En el caso de una madre que haya sufrido una violación, y en el caso que la condición de embarazo ponga en absoluto peligro su vida, se debería tener precaución, es decir si la evidencia científica dice que es terrible inevitable se debe proteger la vida de la madre, lo cual puede traer consecuencias negativas como es el caso de un niño que nace sin cerebro.</p> <p>La mujer tiene que tomar una serie de decisiones catastróficas sobre su vida, basadas en el ejercicio de derechos, donde se presentan una serie de factores como el legislador, la familia sus padres y la misma pareja, generando conflictos irresolubles.</p> <p>Toda solución va a traer un daño colateral a la sociedad, de esta manera si los legisladores no pueden decidirse un plebiscito sería la mejor opción, donde la sociedad elija, estableciendo una norma que se haga obligatoria cada quince años y que esta se vuelva a renovar o no en el mismo lapso, para que cada generación vaya decidiendo sobre su propio destino.</p>	<p>Claro que si un aborto no punible donde no se puede castigar ni al médico ni a la madre, lo cual me parece bastante razonable.</p>	<p>Sobre el tema, harta discusión se ha abierto, sin embargo considero que si la Ley con esta medida no solo proteja a la integridad de la mujer madre, sino también a la integridad del que está por nacer, en la medida que las propias condiciones de la mujer en gestación influyen física y psicológicamente en la formación del que está por nacer; se justifica. En todo caso, la Ley sí lo prevé.</p>
<p>Pregunta 4:</p>	<p>Si ya que el Art 35 de la CRE dice que es vulnerabilidad extrema, mujer embarazada,</p>	<p>Si, de hecho soy partidario de que el aborto no punible no solo sea en casos de violación de mujeres con discapacidad mental sino para</p>	<p>Es indudable la discusión que sobre el tema también existe, pero considero igual que si la</p>

<p>¿Cree usted que el aborto acusa de una violación en mujer que padezca discapacidad mental es correcto?</p>	<p>violada y con discapacidad mental, tiene una triple vulnerabilidad.</p> <p>La persona que padezca discapacidad mantiene su instinto sexual, por ello se puede dar el caso de que un discapacitado viole a otro discapacitado.</p> <p>Para poder determinarlo es necesario comprobar el delito de la violación y ver si la persona tuvo conciencia y voluntad del acto sexual.</p> <p>La decisión de quitar el aborto en los casos de violación no fue técnica sino política.</p>	<p>cualquier mujer violada, porque es someter a la mujer a tratos crueles inhumanos y degradantes, forzándole a que dé a luz a un bebe que es producto de una violación, lo cual es violatorio al derecho de la integridad personal de la madre y de hecho puede ser perjudicial para el propio niño.</p> <p>En cuanto al porcentaje de la discapacidad, en materia penal es literal, y la interpretación es gramatical en lo que dice la disposición, es decir en todo tipo de discapacidad cuando sea debidamente probado, tanto la violación como la discapacidad mental.</p>	<p>Ley con esta medida no solo protege la integridad de la mujer madre, sino también a la integridad del que está por nacer, en la medida que las propias condiciones de la mujer en gestación influyen física y psicológicamente en la formación del que está por nacer; podría justificarse. En todo caso, la Ley sí lo prevé.</p>
<p>Pregunta 5:</p> <p>¿Considera usted que se deben respetar los derechos eventuales del que está por nacer?</p>	<p>Pienso que sí, se debe establecer una serie de limitaciones, hay que ser equilibrados ya que el derecho busca encontrar un proyecto social reusable. Este proyecto en razón del aborto y de la protección del nasciturus, tiene un problema real, porque tiene que establecer un derecho a la vida que tiene relación con un derecho a otras vidas, a las potencialidades y a otros derechos.</p> <p>En la cual decimos a las mujeres que ellas deciden, pero son extremadamente vulnerables a nivel social, si deciden a favor de la vida están transformando su propia vida y si deciden a favor del aborto el Estado les cae con todo.</p>	<p>Yo soy de la idea de que son derechos en suspenso, el goce y el ejercicio es dificultoso, porque a pesar de que podamos decir que el no nacido tiene titularidad de los derechos obviamente no los puede ejercer estos dependen de la madre.</p> <p>Coincido con el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que el derecho a la vida tiene como titular a la persona no al que está por nacer.</p> <p>Me parece que hay que tomar las explicaciones biológicas del proceso de formación del feto para determinar desde cuando se desarrollan los sentidos. Y que en caso de que se legalice el aborto se lo realice como en Alemania o</p>	<p>En resumen, las normas constitucionales y legales ecuatorianas protegen la vida del que está por nacer. Para ello incluso el Código Civil (Art. 61) señala que el juez, a petición de cualquiera persona o de oficio, tomará todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará. Aun cuando la definición legal no es clara, desde cuando la persona humana es catalogada como tal, hay aquellos que piensan con certeza que la vida empieza desde la concepción, entendido como el momento de la fertilización del óvulo por parte del espermio, cuando el espermatozoide con sus 23 cromosomas, penetra en la membrana del</p>

	<p>Llegando en el COIP a una situación donde las mujeres hagan lo que hagan ellas son las perjudicadas, dejando en ese escenario al Estado como vigilante y castigaste.</p>	<p>Uruguay solamente se autoricen las primeras semanas y que además de eso se le dé información a la madre de todo lo que implica la práctica del aborto.</p> <p>Ya que no se ha debatido científicamente y jurídicamente sino que asido influenciado por condiciones religiosas.</p>	<p>ovocito con sus 23 cromosomas, es en donde se genera una nueva personalidad de la especie humana, sujeta de derechos de personalidad o patrimoniales.</p>
--	---	---	--

Elaborado por: Vásconez, B.A. (2016)

Fuente: La investigación

3.1.1.1. Análisis de Entrevistas realizadas a Docentes Universitarios:

Mediante las entrevistas realizadas a docentes universitarios con conocimiento de la protección de la vida desde la concepción, a través de cinco preguntas formuladas en virtud de la temática, se pudo evidenciar e identificar diversos criterios sobre el tema de investigación.

El Dr. Efrén Guerrero nos dice que si se protege ya que existe un sofisticado sistema jurídico establecido en la Constitución en los Arts. 10 y 11 sobre la aplicación de principios de derechos, además de los Arts. 424 y 425 del mismo cuerpo normativo donde nos establece la aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos siempre y cuando protejan de mejor manera esos derechos, tomando un dirección jurisprudencial manejada anteriormente en el Código Civil sobre la condición del nasciturus. En cuanto al aborto no punible la colisión de derechos es inevitable porque se pone en juego dos bienes jurídicos que es la vida del nasciturus versus la vida de la madre, para ello se puede plantar un plebiscito donde la sociedad elija, estableciéndola como norma obligatoria cada quince años y que esta se vuelva a renovar o no en el mismo lapso, para que de esta manera cada generación vaya decidiendo sobre su propio destino. Concluyendo que la situación de las mujeres es muy vulnerable y confusa por diferentes factores entre los cuales está la coerción del Estado.

Por otro lado el Dr. Salim Zaidán considera que existe ambigüedad en las disposiciones de la Constitución y del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en cuanto al estatus jurídico del nasciturus, principalmente por la expresión “toda persona tiene derecho a”, lo cual hace interpretar que el titular del derecho es la persona y no el que está por nacer, en concordancia con la Corte Interamericana que protege únicamente a la persona cuando haya nacido. Para el la colisión de derechos entre la madre y el no nacido depende del reconocimiento de la titularidad del nasciturus como persona, haciendo mención al caso de *Artavia Murillo vs Costa Rica*, en cuanto a la interpretación de la Corte Interamericana sobre el Art 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos determinando que la concepción tiene su inicio desde que ha sido implantada en el útero, nos menciona que el aborto no debe ser punible en todos los casos de violación, se mantiene en que los derechos del está por nacer están suspensos y que el goce de los mismos es dificultoso ya que dependen directamente de la madre.

Mientras que la Dra. Tatiana Pérez manifiesta que la Constitución ha construido un reconocimiento a los derechos y garantías del que está por nacer, constituyéndolo en el Art 45 de la misma donde se reconoce a la vida desde la concepción, mediante medidas de protección a la mujer embarazada así lo determina el Art 23 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Los derechos entre estos dos sujetos se contraponen principalmente por el desarrollo de la integridad sexual de la mujer y sus derechos de libre decisión sobre su cuerpo con la garantía del derecho a la vida del que está por nacer, la ley debería proteger tanto la integridad de la madre como del nasciturus, a la

par aun que lo realiza a través de la mujer en estado de gestación. Por ello inclusive se protegen la existencia del nasciturus a petición de parte o de oficio cuando se corra algún peligro determinado en el Art 61 del Código Civil, por ello la concepción constituye la nueva persona de la especie humana la cual debe ser protegida a nivel de personalidad, titularidad y patrimonial .

3.1.2. Entrevistas a Expertos especialistas:

Tabla 3. 2. Entrevistas a Expertos Especialistas Dr. Edisón Suárez y Dra. Roció Salgado

Preguntas / Entrevistas	<p align="center">Dr. Msc. Edisón Napoleón Suárez Merino (Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua)</p>	<p align="center">Dra. Carmen Roció Salgado Carpio (Jueza de la Corte Nacional de Justicia de la Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia / Directora Ejecutiva de la Corporación Mujer a Mujer)</p>
<p>Pregunta 1: ¿Considera usted que en el Ecuador se protege a cabalidad la vida del que está por nacer?</p>	<p>La CRE (Constitución de la República del Ecuador), los Tratados Universales de Derechos Humanos y el COÑA (Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia) son los instrumentos en los cuales los jueces y juezas protegen el derecho del no nacido por lo que se protege al ser humano desde la concepción y se fija alimentos para la mujer embarazada que tiene como fin proteger al que está por nacer quien inclusive de acuerdo a una resolución de la Corte Constitucional del Ecuador es considerado persona con todos los derechos, esto en el campo civil, en el campo penal también se protege la vida del no nacido por eso es que es sancionado el aborto excepto en los casos que el COIP (Código Orgánico Integral Penal) lo determine.</p>	<p>Sí, legalmente está en la Constitución de la República del Ecuador en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, mediante normas y principios contenidos en el mismo los cuales se transversalizan en todo el sistema jurídico y por lo tanto es considerado así.</p>
<p>Pregunta 2: ¿Conoce usted la colisión de derechos entre la madre y el que está por nacer (nasciturus) en situación de aborto no punible?</p>	<p>Si conozco, dependiendo de las circunstancias deberá decidirse por la madre o por el que está por nacer, como doctrinariamente se considera, que el nasciturus tiene derecho a vivir y que la madre ya tuvo la oportunidad de vivir.</p>	<p>Si la conozco, existe todo un debate en torno al mismo, considero que se deben respetar los derechos de la mujer sobre todo a una vida libre de violencia y connotantemente la libertad, autonomía y libre desarrollo de su personalidad.</p> <p>Por lo tanto la mujer debe tomar decisiones sobre su propio cuerpo, ya que supuestamente hay una colisión de derechos pero mucho tiene que ver la perspectiva con la que se mire.</p>

		Es un debate en el que desafortunadamente no se ha dado en el país y que debería darse, donde las posiciones extremas pudieron más en negar toda posibilidad de decisión autónoma de las mujeres sobre su cuerpo, principalmente cuando se pidió que se considere en los casos de violación, por las circunstancias en las que se dan estos delitos, la conmoción que supone en la vida de una mujer y el peso que este hecho violento.
Pregunta 3: ¿Cree que el aborto está justificado cuándo corre peligro la vida de la madre?	El aborto se justifica principalmente cuando el nasciturus se presume que adolece de enfermedad grave e incurable y si esto pone en peligro la vida de la madre se justifica el aborto.	Si está justificado plenamente
Pregunta 4: ¿Cree usted que el aborto acusa de una violación en mujer que padezca discapacidad mental es correcto?	Si, científicamente se considera que el ser que se encuentra en el vientre de una mujer con discapacidad mental se justifica el aborto.	Por supuesto ya que lo plantea la norma pero no se consideraba el caso inverso, ejemplo que tal si una chica era violentada por un hombre enfermo mental el efecto sería el mismo, que es lo que se trata de proteger ahí es el efecto es decir que haya un niño que tenga una discapacidad mental. Por lo tanto deberían darse en todos los casos considerando la posibilidad de un aborto.
Pregunta 5: ¿Considera usted que se deben respetar los	Si, se deben respetar los derechos eventuales del que está por nacer, en la legislación ecuatoriana, inclusive cuando es necesario en caso de litigio se provee al no nacido de un curador de los derechos eventuales del que está por nacer, esto denota la protección del nasciturus.	Si por supuesto que sí, pero eso no quiere decir que se deje de lado los derechos de las mujeres, son derechos los cuales en un momento dado pueden entrar en colisión como principios sobre los cuales que hay que ponderar, y resolver a partir de ese sistema que se adoptado en el

derechos eventuales del que está por nacer?		Estado Constitucional de Derechos y Justicia que nos rige.
--	--	--

Elaborado por: Vásquez, B.A. (2016)

Fuente: La investigación

3.1.2.1. Análisis de Entrevistas realizadas a Expertos Especialistas:

En base a las entrevistas realizadas a expertos especialistas en protección de la vida del que está por nacer se logró evidenciar criterios diferentes y complementarios al tema de investigación.

Por un lado el Dr. Edison Suárez nos dice que la Constitución con el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia y los Tratados Internacionales de derechos humanos son instrumentos que los jueces utilizan para la protección del concebido tomando como referencia la fijación de pensiones alimenticias en mujeres embarazadas, protegiéndolo en el campo penal y civil, mantiene la posición de que se debe precautelar la vida del nasciturus ya que la madre ya tuvo la oportunidad de vivir, pero que si se encuentran justificados los casos de aborto no punible contemplados en el COIP, concluyendo que en el Ecuador se protege legalmente inclusive dotándolo de un curador para los derechos eventuales del nasciturus en caso de litigio.

Mientras que la Dr. Roció Salgado mantiene una posición a favor de los derechos de las mujeres muy por encima de los derechos del que está por nacer, principalmente por la protección de la libertad, autonomía, salud reproductiva de la mujer y a tomar decisiones sobre su propio cuerpo, destacando que la colisión de derechos depende de la perspectiva en la cual se mire, justificando al aborto no punible como decisión de la mujer, considerando el caso inverso en la violación de una mujer que padezca, al tratarse

de una mujer sin discapacidad que es violada por un hombre con discapacidad mental que produciría el mismo efecto. De esta manera nos dice que si se reconocen los derechos del nasciturus en la legislación ecuatoriana pero que eso no quiere decir que se deje de lado los derechos de las mujeres sobre los cuales es necesario un ejercicio de ponderación.

3.1.3. Análisis General de las Entrevistas:

De acuerdo a la información recopilada es evidente la protección la vida del que está por nacer se encuentra tipificada a manera general mediante un ordenamiento jurídico nacional e internacional garantista de derechos humanos, pero que mediante la interpretación y aplicación del mismo se puede evidenciar su ambigüedad y contraposición de derechos tanto de la madre como del nasciturus. Tomando en cuenta los bienes jurídicos que están en debate que no son únicamente la vida y la salud reproductiva sino que ellos acarean una serie de derechos más. Indicando además que el reconocimiento de la titularidad del derecho a la vida del que está por nacer, depende de los diferentes criterios doctrinarios y jurídicos, conocidos en el ámbito nacional como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia que garantiza el goce de derechos a los sujetos y una perspectiva internacional que nos dice que se protegerá la vida de la persona constituida como tal. Llegando a la conclusión de que no existe una solución que beneficie a la madre ni al concebido porque la contraposición de la vida es inevitable, siendo el goce de los derechos suspendidos del que está por nacer facultad, ejercicio, autonomía y libertad de la mujer.

3.1.4. Estudio de casos:

3.1.4.1. Caso Baby Boy vs. Estados Unidos:

El presente caso fue llevado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que dictó la Resolución No. 23/ 81 en el Caso 2141 del 6 de Marzo de 1981 por petición de Christian S. White y Gary K. Potter, mediante la firma de Sr. Gary Potter quien en ese entonces era el presidente de Catholics for Christian Political Action contra los Estados Unidos de Norteamérica y el Estado de Massachusetts.

El denominado “Baby Boy” es uno de los casos más relevantes e importantes sobre el Nasciturus en cuanto a la mención de la legalización del aborto, que en este caso fue un aborto provocado a un feto de seis meses, el cual fue arbitrariamente extraído por el Dr. Kenneth Edelin en Boston City Hospital el 3 de octubre de 1973, por solicitud de mujer que se encontraba embarazada y de su propia madre. El medico fue procesado por el delito de homicidio ya que no se existía la tipificación del aborto, el Estado de Massachusetts a través de su Corte Suprema, en la apelación realizada, ordeno la absolución y anulo la condena que se le había impuesto ya que las pruebas no eran suficientes.

Se planteó además varios bienes jurídicos violados de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como el derecho a la protección de la vida, a la no discriminación y a la salud. Haciendo mención a otra jurisprudencia el Caso Roe vs. Wade, en el cual se determinó mediante una ley estatal la no existirá punibilidad únicamente cuando se tenga como fin el precautelar y salvar la vida de la madre.

En tal razón el Caso de Baby Boy determina en el párrafo número 9 la protección y reconocimiento del Nasciturus como un sujeto de derecho a la vida:

La vida es el primer derecho de toda persona humana. Es el derecho fundamental y condición para la existencia de todos los demás. Si no se reconoce la existencia humana no hay sujeto para predicar de los otros derechos. Es un derecho anterior a los demás derechos y existe por el hecho de ser sin que requiera el reconocimiento del Estado para que se posea. No pertenece al Estado indicar que no se reconoce en un caso y se reconoce en otro, ya que ello conllevaría discriminación. La vida se debe reconocer al niño que está por nacer, al nacido, al joven, al anciano, al demente, al minusválido y en general a todo ser humano.

Lo anterior significa que si en el producto de la concepción hay vida humana y este derecho es el primero y fundamental, el aborto atenta contra el derecho a la vida y por ende contra el artículo I de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. (“Baby Boy” vs. Estados Unidos , 1981, párrafo 9).

Llegando a concluir que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que la protección del que está por nacer debe tener cuidados especiales y una debida protección legal inclusive antes de que nazca, marcando un hito fundamental al aceptar al concebido como un sujeto de derechos. Determinando además que no existió una violación de los derechos determinados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre por parte de la Corte Suprema del Estado de Massachussetts.

3.1.4.2. Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica:

El también denominado Caso FIV vs. Costa Rica No. 12.361 fue presente y sometida a la jurisdicción la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que dictó Sentencia de reparaciones, fondo, excepciones preliminares y costas el 28 de Noviembre del 2012, por la vulneración de derecho a la integridad personal, la vida privada, familiar y la decisión de cuantos hijos tener mediante técnicas de reproducción asistida.

Nace a partir del deseo de una pareja estéril a someterse a un tratamiento para poder tener un hijo biológico. Dada principalmente por la prohibición desde el año 2000 de la

de la práctica general de la fecundación in vitro, donde la Corte de Costa Rica alegaba que este método producía demasiada pérdida embrionaria.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos llegó a esta conclusión:

La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general. (Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica, 2012, párrafo 264)

En tal razón la Corte Interamericana manifiesta que se violentan los derechos a la vida privada y familiar, además de un impacto para las mujeres que deseaban tener un hijo biológico, llegando a analizar el Art 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida el cual fue interpretado, en razón de que la concepción tiene su inicio desde que el embrión ha sido implantada en el útero razón por la cual antes no habría vida. Indicando además que la protección de la vida no es absoluta ni incondicional por lo cual presupone excepciones de manera general.

3.1.4.3. Caso Beatriz vs. El Salvador:

El 28 de Mayo 2013 ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San Salvador caso No. 310-2013, se establece que Beatriz de 22 años es una mujer la cual padece de la enfermedad de lupus embarazada de un feto que tenía encefalina el cual no podría vivir extrauterinamente, presento una demanda a las dieciocho semanas de gestación, para poder realizarse un aborto ya que su vida se encontraba en eminente peligro de muerte.

De tal manera la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San Salvador nos dice que “la única forma de disminuir el riesgo de morbi-mortalidad materna frente a la nula probabilidad de vida extrauterina del feto con anencefalia es la interrupción del embarazo”. (Beatriz vs. El Salvador, 2013, pg. 2).

En virtud a este caso Comisión Interamericana de Derechos Humanos somete a la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual emitió una resolución el 29 de Mayo del 2013 de medidas provisionales para el Salvador, en cuanto a la protección de la integridad personal, la salud y la vida de Beatriz, determinando que la naturaleza del mismo proyecta una gravedad extrema y un daño que no puede ser intervenido inmediatamente y que es irreparable, el embarazo constituyó una urgencia y riesgo personal en cuanto este avanzaba. Planteando que el Salvador no tomó las medidas necesarias para que la mujer de por terminado su embarazo ante la realidad de su dolencia y del feto, principalmente porque el aborto está penado en el país del Salvador. Resolviendo que el Salvador debe garantizar de carácter urgente las medidas necesarias para que Beatriz sea tratada por un grupo de médicos y de esta manera proteger su derecho a la vida y a la integridad personal, dándole un plazo de dos semanas para que se cumpla, y verificando cada dos semanas las medidas adoptadas.

...la Corte resalta que la Sala de lo Constitucional en su Sentencia manifestó que “a partir de la vigésima semana, una eventual interrupción del embarazo no conllevaría, ni mucho menos tendría por objeto, la destrucción del feto y, además, que este sería atendido con las medidas necesarias para garantizar, hasta donde fuera posible, su vida extrauterina”. (Medidas Provisionales Respecto del Salvador, 2013, párrafo 15).

Concluyendo que la ponderación de derechos revelo que ya que el feto no podía vivir al no tener cerebro el derecho a la vida que se debía proteger era el de la madre, las

autoridades del hospital no realizaban el aborto en razón de que violaba el derecho a la vida y a la salud del que está por nacer. Determinando que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San Salvador no era competente para dar la autorización de la práctica del aborto ni terapéutico ni eugenésico, pero que la misma debía garantizar y amparar a las personas que estén siendo afectadas en sus derechos subjetivos por la omisión de una autoridad de manera injustificada.

3.1.4.4. Análisis General de Estudio de Casos:

De acuerdo al estudio de casos realizados en virtud de las sentencias y resoluciones emitidas tanto por la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de San Salvador se logró identificar avances en cuanto al reconocimiento del Nasciturus como un sujeto de derechos, así como el nivel de alcance de su protección desde la fecundación o concepción, también se logró identificar los límites que tiene el derecho a la vida, así como su priorización y aplicación en el ámbito internacional, donde la influencia de los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos juega un papel de suma importancia, mediante sus jurisprudencias que interpretan e investigan de manera jurídica y científica el fundamento biológico del que está por nacer, al igual que su titularidad de derechos conexos a la vida, algo a rescatar es la facultad de interpretar la contraposición de derechos entre la madre y el que está por nacer cuando este no tenga la posibilidad de

vivir extrauterinamente a pesar de que en el vientre materno tenga vida, facultando a la madre el ejercicio de los derechos eventuales o suspensos del que está por nacer.

3.2. Análisis de Resultados:

Por medio de las entrevistas se pudieron cumplir los diferentes objetivos planteados en el trabajo, puesto que se llegó a diagnosticar la tutela efectiva del nasciturus en el Ecuador, determinado que existe bastante ambigüedad en la normativa nacional pero que esta sí prevee y reconoce al Nasciturus como un sujeto de derechos, además de que se pudo evidenciar de mejor manera la contraposición del derecho a la vida con el de la salud reproductiva, pero que el principal problema es el de la vida del que está por nacer versus la vida de la madre, en razón además de los derechos suspensos o eventuales del que está por nacer los cuales dependen directamente del ejercicio de la madre hasta que este nazca.

Mediante el estudio de casos se logró dar cumplimiento al objetivo dos y tres del presente trabajo de titulación en cuanto a la influencia y a los casos que tiene el Sistema Interamericano de Protección de Derechos a través de la Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos así como la Corte Suprema de San Salvador por la Sala Constitucional en los casos, “Baby Boy” vs. Estados Unidos, Caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica y Caso Beatriz vs. El Salvador. En los casos analizados se determina al que está por nacer como sujeto de derechos, su protección, la concepción

y su inicio en el embrión ha sido implantada en el útero, además de la protección de los derechos de la madre cuando su vida se encuentre peligro de muerte y el concebido no tenga posibilidades de vivir.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES:

1. La tutela efectiva del Nasciturus en el Ecuador está íntimamente relacionada con los Sistemas Internacionales de Derechos Humanos principalmente por la aplicación del principio de universalidad en concordancia con el Art 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador ya que se prevee la aplicación de un Tratado Internacional únicamente en materia de derechos humanos siempre y cuando este proteja de mejor manera el derecho, al igual que la línea jurisprudencial que se maneja como una fuente de derecho no especifica qué tipo de jurisprudencia es decir que está puede ser tanto nacional como internacional para plantear y ampliar la interpretación del derecho a la vida desde la concepción.
2. El Ecuador utiliza como mecanismo de protección de la vida del que está por nacer en su corpus iuris de derechos los cuales se encuentran establecidos mediante normas legales desde la Constitución en el Art 45, el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia Art 20, y Código Civil Arts. 61 y 63 donde se puede evidenciar la protección de la vida desde la concepción, al igual que el reconocimiento del Nasciturus como un sujeto de derecho.

3. La situación jurídica del Nasciturus posee un amplio respaldo legal que determina al que está por nacer como un titular del derecho a la vida en nuestro país, a nivel internacional a través de los tratados internacionales ratificados y las jurisprudencias que crea tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la protección de la vida desde la concepción, tales como el Caso Baby Boy donde se logró determinar al concebido como sujeto de derechos y su protección mediante cuidados especiales inclusive antes de que nazca. Por otro lado el Caso Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica a través de Art 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos nos dice que la concepción tiene su inicio desde que el embrión ha sido implantada en el útero razón por la cual antes no habría vida, además que la protección de la vida no es absoluta ni incondicional posee excepciones. Mientras que el Caso de Beatriz vs. El Salvador constituye un marco de protección de los derechos de la madre cuando su vida se encuentre en eminente riesgo y no exista posibilidad de vida extrauterina del feto.
4. El Sistema Internacional de Derechos Humanos si posee influencia directa en cuanto a la protección de la vida del que está por nacer, porque se encarga de precautelar este derecho mediante ejercicios varios de proporcionalidad y ponderación de derechos subjetivos que precautelen la vida tanto de la madre como del que está por nacer ya que la vida no se puede limitar y por ende constituye un bien jurídico inderogable.

RECOMENDACIONES:

1. Los legisladores y los jueces garantistas de derechos humanos deberían profundizar de mejor manera en los diferentes cuerpos legales nacionales e internacionales que respaldan la protección de la vida desde la concepción ya que existe bastante ambigüedad en sus disposiciones, y evidentemente se contraponen derechos como lo es el derecho a la vida del Nasciturus con el derecho a la salud reproductiva de la madre que determina además la paternidad responsable destacando cuantos hijos desea tener.
2. Es de suma importancia el establecimiento de un número determinado de semanas para que se pueda considerar vida en los casos de aborto no punible que establece el COIP en el Art 150, además en el caso de la violación en una mujer que padezca discapacidad mental se debería implementar el grado de discapacidad porque la normativa no lo prevee y da lugar a la interpretación literal de la norma que para unos puede o no ser motivo de este caso donde lo que se busca es precautelar un efecto donde el niño no nazca con discapacidad alguna.
3. Los casos del Sistema Internacional de Derechos Humanos deberían ser implementados en mayor medida en las sentencias y resoluciones nacionales, ya que estos constituyen una gran fuente de derecho donde tanto la Comisión y la

Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus resoluciones y sentencias respectivamente crean un gran corpus iuris de derechos fundamentados y motivados, para posteriormente ser aplicados en otros casos similares o análogos.

4. Se debería proteger la vida de manera proporcional tanto del que está por nacer como la de la madre, tomando en cuenta que el Nasciturus depende directamente de la ella para poder ejercer sus derechos suspensos o eventuales hasta que sea considerado persona, de acuerdo a la aplicación de los métodos de interpretación constitucional como la ponderación, en razón a los casos específicos que se presenten.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 3 -14.

Arias del Ronchietto, C. (2001). *Persona Humana, Ingeniería Genética y Procreación Artificial*. Buenos Aires: La Ley S.A.

Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica , 12.361 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de Noviembre de 2012).

Asua, J. (2005). *Principios del Derecho Penal. La ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

"Baby Boy" vs. Estados Unidos , 2141 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 6 de Marzo de 1981).

Beatriz vs. El Salvador , 310-2013 (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de San Salvador Mayo de 28 de 2013).

Bustamante, D. (2013). *El Aborto como negacion al derecho a la vida*. Madrid:

Universitas, S.A.

Cabanellas, G. (1945). *El aborto: su problema social, medico y juridico*. Buenos Aires:

Atalaya.

Cabanellas, G. (2013). *Diccionario Juridico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.

Cabezas, F. (2009). El Nasciturus: Derecho a la herencia pero no a la vida. *La toga*, 38 - 40.

Casado, M. (2007). *Nuevos materiales de bioética y derecho*. Distrito Federal D.F.: Fontamara, S.A.

Código Civil. R.O. 0110 de 10 de Mayo del 2005

Código Orgánico de la Función Judicial. R.O. 544 de 9 de Marzo del 2009

Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. R.O. 737 del 3 de Julio del 2013

Código Orgánico Integral Penal. R.O. 180 de 10 de Febrero del 2014

Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo. (13 de Mayo de 1994).

Obtenido de <http://www.un.org>:

http://www.un.org/popin/icpd/newslett/94_19/icpd9419.sp/1lead.stx.html

Constitución de la República del Ecuador. R.O. 242 del 20 de Octubre del 2008

Constitución Política de la República del Ecuador R.O. 278 del 11 de Agosto de 1998

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) del 7 al 22 de
Noviembre de 1969

Convención de los Derechos del Niño del 27 de Septiembre 1989

Copello, P. (1990). *El Aborto no Punible* . Barcelona: BOSH, Casa Editorial, S.A.

Cuello, A. (2014). ¿Es el aborto un derecho sexual y reproductivo de la mujer? Análisis desde el bioderecho, la Bioética, la biopolítica y la biojurídica en Estados Unidos, España y Colombi. *Bioetica* , 13 - 27.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 20 al 26 de Agosto de
1789

Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de Diciembre de 1948

Declaración y Plataforma de Acción de Beijing - La Cuarta Conferencia Mundial sobre
la Mujer del 4 al 15 de Septiembre de 1995.

Egas, J. (2010). *Derecho Constitucional, Neocosntitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Guayaquil: EDILEX S.A.

Filippini, L. (1994). *Los abortos no punibles en la reforma constitucional*. Buenos Aires: Cevallos.

Gil, F. (2009). Una aproximación crítica al estatuto jurídico del concebido no nacido . *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 87 - 112.

Guzmán, V. (2010). El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos. *FORO*, 5 - 43 .

Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, 185-245.

Henao, N. (2005). *Derecho Procesal de la acción de tutela*. Bogota: JAVERIANA.

Hidrón, J. (2014). *Derecho Procesal Constitucional* . Bogota : TEMIS .

Hombre, D. (1948). Obtenido de https://www.oas.org/https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf

Huidobro, R. (2007). Concepto de Persona, Titularidad del Derecho a la Vida y Aborto. *Valdivia*, 95 - 130.

Juarez, D. (2006). *Salus e Interculturalidad en America Latina Antropología de la salud y crítica intercultural* . Quito: AEDRA.

Julios Campuzano, A. (2014). *El horizonte constitucional. Ciencia jurídica, derechos humanos y Constitucionalismo cosmopolita*. Madrid : Deusto.

Lasarte, C. (2014). *Compendio de Derecho de la Persona y del Patrimonio* . Madrid: Dykinson S.L.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R.O. 52 de 22 de Octubre del 2009.

Medidas Provisionales Respecto del Salvador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de Mayo de 2013).

Mejjide, A. (2004). El Nasciturus como Sujeto del Derecho. Concepto Constitucional de Persona frente al Concepto Pandectista-Civilista. *Bioetica*, 283 - 298.

Miguel Carbonell, . G. (2010). *El canon neoconstitucional*. Bogota: Univesidad de Externado de Colombia.

Monlau, P. (1833). *Elementos de obstetricia*. Barcelona: Imprenta de J. Verdaguer .

Mujer, O. (5 de febrero de 2010). *UNICEF*. Obtenido de <http://www.unicef.org>:
http://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf

Norberto. (2012). *Teoria General del Derecho*. Bogota: TEMIS.

OMS, O. M. (s.f.). Obtenido de <http://www.who.int>:
<http://www.who.int/bulletin/volumes/92/3/14-136333/es/>

Otros, H. (2007). *El derecho a la vida en la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá: Ibanez.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de Diciembre de 1976

Palacios, L. (1989). *El concepto de persona*. Madrid: Ediciones RIALP, S.A.

Pelè, A. (2004). Una Aproximación al Concepto de Dignidad Humana. *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, 9 - 13.

Pino, G. (2011). Principios, Ponderación, y la Separación entre Derecho y Moral, sobre el Neoconstitucionalismo y sus Críticos . *Universidad de Palermo*, 201-228 .

Platón. (2008). *La República*. Madrid: Alianza .

Posada, O. (2006). Constitucional y legalmente, el nasciturus es persona y titular del derecho a la vida. *Universidad de La Sabana*, 85 - 103.

R., C. y. (1994). *Raíz Histórica del aborto*. Bogota: Editorial Jurídica Bolivariana.

Rabossi, E. (1990). Derechos humanos el principio de igualdad y la discriminación .
Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 175-192.

Robalino, D. (2011). *Manual de Habeas Corpus en el Ecuador*. Quito: Alvarado y Asociados despacho jurídico.

Santos, T. (2011). *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*. Madrid: Atelier.

Terreros, D. (2015). Protección del Derecho a la Vida. *VOX JURIS* , 1 - 10.

Welzel, H. (1997). *Derecho Penal Aleman* . Santiago de Chile : Jurídica de Chile .

Yanez, G. (1995). *Persona, pareja y familia: persona natural y sujeto de derechos, persona, biología, ética, estatuto civil de la pareja y estatuto igualitario de filiación* . Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Zamundo, H. (2012). *Amparo y Tutela* . Madrid: XV Jornada Iberoamericana de derecho procesal.

APÉNDICE

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR SEDE
AMBATO**



ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

**TRABAJO DE TITULACION PREVIA A LA OBTENCION DE TITULO DE
ABOGADO**

Sr./a Dr./a. con la finalidad de ejecutar el proyecto de titulación con tema: “LA TUTELA EFECTIVA DEL NASCITURUS EN EL ECUADOR CON LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS”, previo a la obtención del título de abogado de los Tribunales del Ecuador sírvase responder las siguientes preguntas.

Pregunta 1:

¿Considera usted que en el Ecuador se protege a cabalidad la vida del que está por nacer?

Pregunta 2:

¿Conoce usted la colisión de derechos entre la madre y el que está por nacer (nasciturus) en situación de aborto no punible?

Pregunta 3:

¿Cree que el aborto está justificado cuándo corre peligro la vida de la madre?

Pregunta 4:

¿Cree usted que el aborto acusa de una violación en mujer que padezca discapacidad mental es correcto?

Pregunta 5:

¿Considera usted que se deben respetar los derechos eventuales del que está por nacer?

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

Caso Baby Boy vs. Estados Unidos	
Numero de Caso	Resolución No. 23/ 81 Caso No. 2141
Tribunal	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Fecha (año, mes. día)	6 de Marzo de 1981
Actor (peticionario)	Christian S. White y Gary K. Potter
Demandado	Dr. Kenneth, M.D.
Derecho vulnerado	Violación del derecho a la vida por muerte en proceso de aborto
Resumen	<p>Aborto provocado a un feto de seis meses, el cual fue arbitrariamente extraído por el Dr. Kenneth Edelin en Boston City Hospital el 3 de octubre de 1973, por solicitud de mujer que se encontraba embarazada y de su propia madre. El medico fue procesado por el delito de homicidio ya que no se existía la tipificación del aborto, el Estado de Massachussetts a través de su Corte Suprema, en la apelación realizada, ordeno la absolución y anulo la condena que se le había impuesto ya que las pruebas no eran suficientes.</p>
Interpretación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	<p>Determino que la protección del que está por nacer debe tener cuidados especiales y una debida protección legal inclusive antes de que nazca, marcando un hito fundamental al aceptar al concebido como un sujeto de derechos, al igual que plantear que en el presente caso no existió una violación a los derechos en conflicto tipificados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en la instancia de la Corte Suprema de Boston del Estado de Massachussetts.</p>

Caso Artavia Murillo y Otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica	
Numero de Caso	No. 12.361
Tribunal	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Fecha (año, mes, día)	28 de Noviembre del 2012
Actor (peticionario)	Grettel Artavia Murillo y otros
Demandado	Estado de Costa Rica
Derecho vulnerado	Violación de derecho a la integridad personal, la vida privada, familiar y la decisión de cuantos hijos tener mediante técnicas de reproducción asistida.
Resumen	Se da a partir del deseo de una pareja estéril a someterse a un tratamiento para poder tener un hijo biológico. Dada principalmente por la prohibición desde el año 2000 de la de la práctica general de la fecundación in vitro, donde la Corte de Costa Rica alegaba que esta técnica reproductiva producía demasiada perdida de material genético embrionario.
Interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	Analiza exhaustivamente el Art 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida el cual fue interpretado, en razón de que la concepción tiene su inicio desde que el embrión ha sido implantado en el útero de la mujer razón por la cual antes no habría vida. Indicando además que la protección de la vida no es absoluta ni incondicional por lo cual presupone excepciones de manera general.

Caso Beatriz vs. El Salvador	
Numero de Caso	No. 310-2013
Tribunal	Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San Salvador.
Fecha (año, mes. día)	29 de Mayo del 2013
Actor (peticionario)	Beatriz
Demandado	Estado de San Salvador
Derecho vulnerado	Violación del derecho a la salud reproductiva, a la vida y a la integridad física y psicológica.
Resumen	Beatriz de 22 años es una mujer la cual padece de la enfermedad de lupus embarazada de un feto que tenía encefalina el cual no podría vivir extrauterinamente, presento una demanda a las dieciocho semanas de gestación, para poder realizarse un aborto ya que su vida se encontraba en eminente peligro. La ponderación de derechos revelo que ya que el feto no podía vivir al no tener cerebro el derecho a la vida que se debía proteger era el de la madre, las autoridades del hospital no realizaban el aborto en razón de que violaba el derecho a la vida y a la salud del que está por nacer.
Interpretación de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San Salvador	Determinando que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San Salvador no era competente para dar la autorización de la práctica del aborto ni terapéutico ni eugenésico, pero que la misma debía garantizar y amparar a las personas que estén siendo afectadas en sus derechos subjetivos por la omisión de una autoridad de manera injustificada.

<p>Interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante las Medidas Provisionales Respecto de el Salvador</p>	<p>En cuanto a la protección de la integridad personal, la salud y la vida de Beatriz, determinando que la naturaleza del mismo proyecta una gravedad extrema y un daño que no puede ser intervenido inmediatamente, el embarazo constituyo una urgencia y riesgo personal en cuanto este avanzaba. Planteando que el Salvador no tomo las medidas necesarias para que la mujer de por terminado su embarazo ante la realidad de su dolencia y del feto, principalmente porque el aborto está penado en el país del Salvador. Resolviendo que el Salvador debe garantizar de carácter urgente las medidas necesarias para que Beatriz sea tratada por un grupo de médicos y de esta manera proteger su derecho a la vida y a la integridad personal, dándole un plazo de dos semanas para que se cumpla, y verificando cada dos semanas las medidas adoptadas.</p>
--	--

ANEXOS

HOJA DE RUTA: ENTREVISTAS		
NOMBRE: Belén Alejandra Vásconez Ponce	CURSO: Octavo	PARALELO: "A"
DÍA/ HORA	PERSONA/ORGANISMO	FIRMA/SELLO
10h30 19-V-16	Salim Zaidin	
10h45 19.V.16 (2)	Abg. David Andino Dr. Edwin Guerrero	
11:16 19/05/16.	Adriana Sánchez UASB	RECIBIDO 19 MAY 2016 
11:19 19/05/16	Ma Alejandra Pacheco UASB	
11h55 19/05/16	Sandra ES ed 2017 CNU	
15h00 20/05/16	Dr. Edison Suarez Morino	
Firma del Estudiante: 		



Oficio 35-MTPV-SCT-2016
Quito, 3 de junio de 2016

Señor Abogado
Juan Carlos Manjarrés
**DIRECTOR DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL
ECUADOR SEDE AMBATO**
Presente.-

Señor Director:

En atención al contenido del oficio EJ-220-2016, mediante el cual solicita la autorización para que la señorita Belén Alejandra Vásquez Ponce, estudiante del Octavo Nivel de la carrera de Jurisprudencia mantenga una entrevista con mi persona para el desarrollo del proyecto de investigación en atención del tema: LA TUTELA EFECTIVA DEL NASCITURUS EN EL ECUADOR CON LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS, cumpíeme manifestarle que la entrevista tuvo lugar el día 2 de junio del presente año culminando con el envío vía correo electrónico de la contestación al cuestionario propuesto por la alumna.

Para su conocimiento adjunto un ejemplar del Boletín Institucional N°23 de la Corte Nacional de Justicia.

De usted cordialmente,


Dra. ~~Maritza Patricia~~ Pérez Valencia
**JUEZA DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO
TRIBUTARIO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA**