



Universidad del Azuay

**ESPECIALIDAD DE DERECHO
CONSTITUCIONAL**

“El derecho a la vida del nasciturus: El aborto”

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de especialista
en Derecho Constitucional**

Autor: Santiago Jara Reyes

Director: Antonio Martínez Borrero

Cuenca, Ecuador

2013

Dedicatoria

A María, Ana Cecilia, María del Pilar, María Daniela y Ana Isabel.

Agradecimientos

A mi hermana, Diana Alexandra, por su apoyo incondicional.

A mi director de tesis, por su paciencia, apoyo y enseñanza.

Índice de contenidos

Dedicatoria.....	ii
Agradecimientos.....	iii
Índice de contenidos.....	iv
Resumen.....	viii
Abstract.....	ix
Introducción.....	1

Capítulo I

EL DERECHO A LA VIDA

1. La vida y la dignidad humana frente al derecho.....	2
2. El Derecho a la Vida.	5
2.1 La vida como derecho.	5
2.1.1 Naturaleza jurídica del Derecho a la Vida.	5
2.1.2 La fundamentalidad del Derecho a la Vida.	7
2.2 Protección constitucional al Derecho a la Vida.	9
2.3 El rol del Estado.	13
2.4 El Derecho a la Vida en los instrumentos internacionales.	15
2.5 La limitación al Derecho a la Vida.	18

Capítulo II

EL DERECHO A LA VIDA Y EL NASCITURUS

1. La protección al derecho de la vida del nasciturus.	20
1.1 Motivos de protección.	21
1.2 Naturaleza jurídica de la protección.	24
1.3 Problemática de la titularidad y ejercicio del derecho a la vida.....	25
2. El aborto.	26

3. Enunciado de los argumentos a favor y en contra del aborto.....	28
4. La protección al derecho de la vida del nasciturus en el	
Derecho Comparado: La tendencia actual y las corrientes adoptadas.....	30
4.1 La prohibición absoluta de la interrupción del embarazo.....	30
4.2 La interrupción del embarazo como un derecho constitucional	
de la mujer embarazada.....	30
4.3 La interrupción del embarazo como acto antijurídico que puede	
ser exonerado de responsabilidad penal en determinados supuestos.....	31
5. La regulación del aborto en el Ecuador.....	32

Capítulo III

TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL

AL DERECHO A LA VIDA EN ECUADOR

1. La Constitución Ecuatoriana y la protección a la vida desde	
el momento de la concepción.....	33
2. Análisis de constitucionalidad de la regulación propuesta	
sobre el aborto para el proyecto de ley del nuevo Código Penal.....	35
3. Sentencia constitucional.....	36
CONCLUSIÓN.....	40
BIBLIOGRAFIA.....	41

Resumen

El presente trabajo analiza el derecho a la vida del nasciturus. Parte examinando la relación entre vida y dignidad humana, así como la fundamentalidad del derecho a la vida, la necesidad de su protección, el rol del Estado y las limitaciones a la vida, que hoy en día se admiten; aborda además las razones de protección del nasciturus, y parte del análisis si la vida del aún no nacido debe ser considerada como humana o no, se analiza la problemática de la titularidad del derecho a la vida; y, se aborda al aborto como una de las limitaciones al derecho a la vida y la posibilidad de despenalizar el mismo en el Ecuador. Se concluye el análisis señalando que en Ecuador, debido a la protección constitucional a la vida desde la concepción, no es posible la despenalización del aborto.

ABSTRACT

The present work analyzes the right to life of the nasciturus. The study begins by examining the relationship between life and human dignity as well as the fundamentality of the right to life, the need for its protection, the role of the State, and the current limitations to life. In addition, the study addresses the reasons for the protection of the nasciturus and begins by analyzing if the life of the nasciturus should be considered as human or not. The ownership of the right to life is analyzed and abortion is mentioned as one of the limitations to the right to life and the possibility of decriminalizing it in Ecuador. The analysis concludes by stating that in Ecuador, due to the constitutional protection to life since conception, decriminalization of abortion is not possible.



Diana Lee Rodas
Translated by,
Diana Lee Rodas

Introducción

Sin duda, el derecho más fundamental, el derecho a la vida, es presupuesto necesario para los demás derechos; sin embargo, el reconocimiento del más fundamental de los derechos, aún hoy, tiene matices distintos en cada una de las legislaciones, y, no existen criterios concordantes sobre su naturaleza y alcance.

De tal forma, existen una pluralidad de concepciones sobre la noción y alcance del derecho a la vida, lo cual se evidencia en los debates que sobre la eutanasia y el aborto se dan en la sociedad de hoy; así por ejemplo, la vida y su carácter como valor sagrado, tiene una concepción y alcance distinto, a diferencia de quien concibe la defensa de la calidad de vida, más que su subsistencia.

En el amplio campo del derecho a la vida, se plantea el aborto como una práctica que lo limita; en la que, la tensión que se genera entre el derecho a la vida y el aborto, entraña el reconocimiento del nasciturus como una vida embrionaria, y más aún, una vida humana.

El debate sobre la vida del nasciturus resulta complejo y, en la práctica, se lo ha planteado bajo diversos condicionantes, de cualquier forma, las afirmaciones morales y las de naturaleza jurídica deben tener una base científica.

Si bien, la Constitución de la República del Ecuador garantiza la vida desde la concepción, existen quienes –incluidos legisladores- abogan para que la legislación vigente sobre el aborto sea reformada y se despenalice el aborto o por lo menos se amplíe su posibilidad de aplicación.

En este contexto, en el presente trabajo analizamos el reconocimiento y alcance de la protección del derecho a la vida del nasciturus en el marco constitucional actual, con especial referencia a la problemática del aborto.

Capítulo I

EL DERECHO A LA VIDA

1. La vida y la dignidad humana frente al derecho.

1.1 El ser humano se diferencia de los demás seres vivientes, en cuanto, ni su naturaleza, ni su vida, son hechos simplemente biológicos, ni su realización se limita a finalidades puramente materiales; en cada ser humano se encarna una finalidad sublime, una suma de propósitos, de deseos y proyección, que generalmente superan su individualidad y se relacionan con los demás.

Cada ser humano se manifiesta como un ser no repetido, una individualidad, único en el universo; guarda una originalidad, que es parte de su esencia. En cada ser humano se cumple un propósito de vida, no sólo para sí, sino además vinculada con los demás, que manifiesta una cualidad, que sobresale todo lo que le rodea.

Por ello, la vida, para el ser humano, es la condición necesaria que permite alcanzar su finalidad en el mundo, en el círculo de los suyos y para sí mismo; es condición para posibilitar sus legítimos deseos y, en lo estrictamente jurídico, el goce de los demás derechos.

Por lo tanto, es inconcebible el poder valorar y enaltecer al ser humano, sin reconocer aquello que hace posible su realización: la vida. Así, la pretensión básica de todo individuo será que nadie interfiera con su posibilidad de existir.

Desde esta óptica, es necesario generar unas garantías mínimas que permitan la supervivencia del ser humano, para ello, cada *“individuo debe ser reconocido como una totalidad de potencialidades y necesidades, más que como una abstracta persona jurídica o moral desligada de sus condicionamientos concretos”*¹.

Consiguientemente, aseverar que un ser humano tiene derecho a vivir, entraña la necesidad de generar las condiciones necesarias para que pueda proyectar su vida dentro de los límites impuestos por la naturaleza; asegurando la posibilidad de vivir frente a las amenazas que se originan de la agresividad humana, más que de la naturaleza o de los procesos naturales de deterioro de la vida.

¹ Papacchini, Ángel. DERECHO A LA VIDA; Universidad del Valle, 2010, pag. 25.

La protección de la vida del ser humano implica la necesidad de reconocimiento del derecho por parte de los demás individuos, y, la exigencia del respeto de esa vida en particular, lo cual se traduce en un deber de abstención, esto es, evitar toda interferencia en la estabilidad y proyección de una vida. Más, resultaría equivocado, el pretender que la protección se dirija a hechos sobre los cuales no se tienen control y que responden a procesos naturales.

Siguiendo a Ángelo Papacchini, un derecho supone algo más que el reconocimiento de algo valioso, incluye una serie de deberes y un poder al que apelar para hacerlos cumplir.

El referido autor señala que, en el caso del derecho a la vida, no tiene sentido reivindicarlo frente a la naturaleza externa, y citando a Kant manifiesta que, *“las leyes naturales siguen inexorablemente su curso por encima de nuestras aspiraciones y deseos”*, por lo tanto, que la Naturaleza no presta un cuidado especial a nuestra especie, lo cual significa que el hombre, a igual que los demás seres vivientes, tiene que ganarse por sí mismo el derecho a vivir, defendiéndose de las amenazas internas y externas que ponen en peligro su subsistencia, así su derecho a la vida llega *“hasta donde alcanza su poder de asegurarla frente a los retos de un medio originariamente hostil y al acecho de las enfermedades”*. Al contrario, Papacchini, resalta que tiene sentido exigir la garantía del derecho a la vida *“frente a los propios seres humanos, todos ellos agresores potenciales, y frente al Estado, la instancia encargada de proteger y garantizar la integridad física y la supervivencia”*².

En este punto es necesario distinguir que, la vida que el ser humano comparte con los demás seres vivos, es un derecho sólo cuando se lo reconoce dentro de un orden social; orden que formulado como una organización política y jurídica, cuenta con un poder encargado de tutelar los derechos frente a las distintas amenazas; así, el individuo encuentra en la sociedad organizada³ las garantías para asegurar su supervivencia, y, es en el ordenamiento jurídico donde el instinto de vida se transforma en un derecho exigible.

Sin duda, para garantizar el respeto del derecho a la vida, es necesario contar con un poder al cual se pueda recurrir para exigir su tutela y el cumplimiento de las obligaciones correspondientes.

1.2 El derecho a la vida es consecuencia de la dignidad humana. Y, la dignidad humana tiene su fundamento en el valor intrínseco de lo humano, como atribución innata y común a todos los seres humanos⁴.

² Papacchini, Ángelo. Ob. cit. pag. 26 y 27.

³ Es el Estado, a quien confiamos los individuos, la defensa de nuestra integridad física y de la vida; y, es éste ente el que tiene el monopolio del poder para acabar con la inseguridad y las amenazas que provienen de la agresividad humana.

⁴ La dignidad humana es base para la formulación de la estructura teórica de los Derechos Humanos, sin cuya referencia, éstos derechos no podrían ser considerados como universales e inalienables.

La dignidad del ser humano se funda en el hecho irrefutable de que el ser humano es único en relación con los otros seres vivos, dotado de racionalidad, elemento propio que lo diferencia de los demás seres; por su dignidad, la persona es un fin en sí misma, y no es aceptable que se lo convierta en medida para lograr finalidades estatales o privadas.

Para Juan de Dios Vial Correa y Ángel Rodríguez Guerro la dignidad propia del hombre no existe en grados diversos, pues sostienen que existe en todos los hombres una dignidad nuclear o fundamental y no puede haber hombre que no la tenga, señalan que *“ella se adquiere con la existencia y se pierde con la muerte”*. Así expresan que, ser persona no es una cualidad o una característica del ser humano, es la manera que tiene el ser humano de existir, consecuentemente la dignidad no está sujeta o ligada a sus cualidades morales, físicas o intelectuales, sino simplemente a que este “es” individuo de la especie humana⁵.

Así, la dignidad humana no depende tan sólo de una concepción moral o ética, ni depende del Estado o de la sociedad, sino emerge de la condición del ser humano, y su naturaleza es ontológica.

Por ello el citado Papacchini dirá que la dignidad supone la creencia en el hecho de que todo ser humano, sin importar su condición, posee un valor interno independiente de sus méritos, status o conducta, con lo cual, la dignidad como estado moral no se pierde a pesar de que el individuo cometa acatamientos considerados indignos, ni por el hecho de que otros desconozcan con su práctica dicho valor; en consecuencia, *“los hombres poseen valor en virtud de su humanidad, no de su rango social”*, con lo cual *“el respeto por la vida se deriva así de la obligación más general de reconocer en todo ser humano un valor intrínseco y no instrumental; y el derecho a la vida se desprende del derecho-deber más general de la persona de realizar un proyecto vital de libertad”*⁶.

De manera similar Javier Orlando Aguirre-Pabón, citando a Jeremy Waldron, concluye que *“la noción moderna de dignidad humana y el contemporáneo discurso de los derechos humanos implican una igualdad hacia arriba del rango, de acuerdo con lo cual cada ser humano, sin distinción de ninguna clase, como su raza, color, sexo, lenguaje, religión, opinión política u otra, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u otro estratos, es titular de la misma dignidad, rango y derechos que anteriormente le eran concedidos solo a la nobleza”*⁷.

⁵ Correa, Juan de Dios Vial, y Ángel Rodríguez Guerro. "LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA. DESDE LA FECUNDACIÓN HASTA SU MUERTE", Acta Bioética 15.1 (2009): 55-64. Fuente Académica Premier. Web. 24 de julio de 2013, pag. 56 y 57.

⁶ Papacchini, Ángel. Ob. cit. pag. 40 y 41.

⁷ Aguirre-Pabon, Javier Orlando. "DIGNIDAD, DERECHOS HUMANOS Y LA FILOSOFÍA PRÁCTICA DE KANT". Universitas 123 (2011): 45-74. Fuente Académica Premier. Web. 24 de Julio de 2013, pag. 72.

En consecuencia, en base de la dignidad humana todo ser humano tiene un valor intrínseco y no instrumental o utilitario⁸, constituye un derecho básico, que le garantiza a cada individuo un status inviolable e impone a los demás el deber de reconocer dicha condición. Y, es en virtud de la dignidad humana que se justifica la consagración de los Derechos Humanos como elemento esencial de las Constituciones y, además, como factor de consenso entre los Estados.

Así, hoy en día, el concepto de dignidad humana no constituye, en el sistema jurídico, un mero recurso retórico, sino un verdadero principio constitucional, elevado a nivel de fundamento del Estado y base del ordenamiento y de la actividad de las autoridades públicas, así lo ha reconocido nuestra Corte Constitucional.

2. El Derecho a la Vida.

2.1 La vida como derecho.

2.1.1 Naturaleza jurídica del Derecho a la Vida.- La *vida* como uno de los bienes más valiosos para el ser humano, afirma la necesidad de conceptualizar al *derecho a la vida*, como uno de los derechos fundamentales; su defensa y protección es concebida como una tarea básica y prioritaria.

Si la vida constituye el presupuesto para permitir el desarrollo de cualquier proyecto de felicidad o libertad, una violación de este derecho se transforma para el individuo en un perjuicio irreparable, pues resulta claro, ningún ser humano está en capacidad de restituir a otro individuo ese bien tan valioso

Partiendo de este reconocimiento, se supone que la sociedad moderna ha crecido en el reconocimiento de los derechos humanos fundamentales; dentro de los cuales el derecho a la vida debe ser el más elemental, si se lo niega, se debilitan todos los demás.

Por ello, para Carlos Santiago Nino, la vida constituye el bien fundamental para el ejercicio de la autonomía personal; manifiesta que, "*no hay elección de ideales y planes personales si no hay vida, y la materialización de la mayoría de tales ideales y planes –aunque no de todos- también requiere que el individuo concernido permanezca vivo*"⁹.

Sin embargo, el referido autor señala que existen algunas dudas filosóficas sobre el valor de la vida; se refiere así a que algunos pensadores sostienen que "*la vida en sí misma es*

⁸ Una concepción utilitarista o hedonista de la vida humana implica que ella tiene valor y merece respeto en la medida en que contribuya a generar bienestar o felicidad, con lo que el derecho a la vida viene a ser un corolario del derecho a la felicidad.

⁹ Nino, Carlos Santiago. FUNDAMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Astrea; Buenos Aires, 2002, pag. 221.

neutra y que su valor o disvalor está dado por la experiencia, realizaciones, frustraciones, sufrimiento o goces a los que la vida puede dar lugar”, no obstante, señala que pensadores como Thomas Nagel explican -con razón- que *“la vida en sí misma no es neutra”*, puesto que, *“independientemente del valor o disvalor de todas esas experiencia o realizaciones a que la vida da lugar, la vida humana implica en sí misma bienes de enorme valor como la percepción, el deseo, la actividad y el pensamiento”*, resaltando el hecho que el referido Nagel sostiene *“que esos bienes que dan valor a la vida no están ligados a la mera supervivencia orgánica, sino a la vida consciente”*¹⁰.

Al respecto, cabe citar nuevamente a Papacchini, que procurando sintetizar las argumentaciones que ponen en duda la existencia del derecho a la vida, señala tres razones para ello:

- i.* El hecho de que el ser humano es un ser finito, mortal y desprotegido frente a la naturaleza, implicaría la imposibilidad exigir garantías para su seguridad y su subsistencia;
- ii.* El hecho de que la vida se ubica en la esfera de lo natural, más que en el ámbito de lo social y de la cultura, por lo que, ámbitos en el no es posible hablar de derechos; y,
- iii.* La circunstancia de lo que cuenta de verdad, no es la vida, sino la libertad.

Ante lo cual el referido autor aclara que con un “derecho a la vida” no se trata de exigir un derecho a la inmortalidad, e implica un deseo mucho menos ambicioso, que se limita a *“exigir que el curso normal y natural de la existencia de un individuo no sufra tropiezos ni se vea perturbado por la acción violenta de otros seres humanos”*. Por otra parte, señala que el individuo encuentra en la comunidad las garantías más sólidas para asegurar su supervivencia, puesto que puede contar allí con la presencia de un poder capaz de defenderla y brindar seguridad, a través del monopolio de la fuerza; fuera del orden civil sólo puede hablarse de una pulsión de vida, más que de un derecho en sentido estricto. Por último, nos aclara que, sin negar la importancia prioritaria de la libertad, ésta es imposible sin la conservación de la vida; *“sin esta vida biológica resultaría impensable cualquier proyecto superior de vida digna, realización personal y desarrollo de las libertades”*.

Papacchini, concluye que, el derecho a la vida *“es un derecho humano de verdad, que debe ser protegido contra las amenazas provenientes de la naturaleza y, sobre todo, contra la agresividad de los mismos seres humanos”*¹¹.

¹⁰ Nino, Carlos Santiago. Ob. cit.; pag. 221.

¹¹ Papacchini, Ángelo. Ob. cit. pag. 18, 19, 20 y 21.

En consecuencia, si bien el derecho a la vida debe ser reconocido como uno –sino el más– de los derechos fundamentales, quizá, para algunos, el concepto de VIDA se lo propone como un concepto aún indeterminado.

Entonces, resulta esencial, determinar el concepto de vida, para fijar el alcance del derecho.

2.1.2 La fundamentalidad del Derecho a la Vida.- Julio Cesar Trujillo señala que los derechos fundamentales son aquellos derechos considerados como primarios o esenciales, en cuanto que, a partir de su reconocimiento, la personalidad humana puede lograr su desarrollo; sostiene Trujillo que la organización del Estado encuentra su razón de ser en la necesidad de reconocerlos, garantizarlos y promoverlos¹².

Lo afirmado por Trujillo, relaciona la idea de los derechos fundamentales con la de Estado. Sin embargo, conceptualizar que el Estado encuentra su razón de ser en la necesidad de reconocer, garantizar y promover los derechos fundamentales, puede llevar a que el Estado termine condicionando y hasta distorsionando lo que se ha de concebir, o por lo menos el como se han de ejercer los derechos fundamentales.

Luigi Ferrajoli, quien se atribuye, y así se lo reconocen, el haber desarrollado una definición neutra de los derechos fundamentales, plantea que:

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <todos> los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar.

Debiendo entenderse por “*derecho subjetivo*” cualquier expectativa positiva, en cuanto ser beneficiario de prestaciones, o, negativa en cuanto no sufrir lesiones, adscrita o vinculada a un sujeto por una norma jurídica¹³. Mientras que por “*status*” se debe entender que es la condición de un sujeto, prevista también por una norma jurídica positiva, como presupuesto de la idoneidad que se requiere para ser titular de situaciones jurídicas o autor de los actos que son ejercicios de estas.

Se desprende de la definición de Ferrajoli y así lo sostiene en su teoría, que son fundamentales los derechos agregados por un ordenamiento jurídico a todas las personas naturales, en cuanto tales, en cuanto ciudadanos o en cuanto capaces de obrar; debiendo aclararse que la previsión de estos derechos en determinado ordenamiento jurídico es condición de existencia (vigencia) en dicho ordenamiento (en un régimen totalitario se

¹² Trujillo, Julio César. TEORÍA DEL ESTADO EN EL ECUADOR. Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar Subsede Quito (Vol. VIII); Quito, 1994, pág. 94.

¹³ Recordemos que Hans Kelsen sostiene que el derecho subjetivo es como un mero reflejo de una obligación jurídica; su tesis hoy ampliamente difundida, es también analizada en el desarrollo que realiza Ferrajoli.

carece de derechos fundamentales), pero su ausencia no incide en el concepto mismo de derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales son tutelados como "*universales*", esto es, basándose en el carácter universal de su imputación, entendida esta en un sentido a valorativo de la cuantificación de la clase de los sujetos que son titulares de los mismos. Ferrajoli, señala que esta universalidad expresada por la cuantificación se configura en un rasgo estructural de estos derechos.

Entendemos así, que la garantía de los derechos fundamentales, se formaliza a través de la manera universal de como han sido regulados en el derecho y concretamente en las normas constitucionales, luego del precio de luchas y revoluciones que se han tenido que pagar. Para llegar a establecer, que si estos derechos son *normativamente de todos*, no son alienables o negociables, sino que pertenecen a una esfera de derechos inquebrantables e inalterables, tanto para sus propios titulares como para otros, incluyendo los poderes públicos.

Pero, Ferrajoli señala que esta universalidad de los derechos fundamentales no es absoluta y que la igualdad jurídica que en base de ellos se logra, está limitada por las clases de sujetos a quienes su titularidad se reconoce normativamente; por lo que, el grado de democracia de un ordenamiento en cuanto concede un derecho, depende de la reducción de las diferencias de *status* que las determinan, en otras palabras, la extensión de las clases de sujetos a los que se les concede.

Establece que el *status* viene identificado básicamente por la identidad de personas, de ciudadano y por la capacidad de obrar, siendo las dos últimas las que hoy aún delimitan la igualdad de las personas.

En base a estos criterios, se establecen dos divisiones de los derechos fundamentales: los derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía (en razón de si se reconocen a todos o sólo a los ciudadanos), y la existencia de los llamados derechos primarios y derechos secundarios (en razón de si son sustanciales o instrumentales).

De cruzar estas dos divisiones, obtenemos que el derecho a la vida es un derecho humano, concedido a todos los seres humanos, de carácter primario o sustancial, conforme lo ubicamos en el siguiente cuadro:

	Se conceden a todos los seres humanos	Se conceden solo a los ciudadanos	Primarios o sustanciales	Secundarios o instrumentales	
Derechos Humanos	x		x		d. a la vida , d. a la libertad, etc.
Derechos Públicos		x	x		d. a la residencia, d. a la asociación, d al trabajo, etc.
Derechos Civiles	x			x	a quienes tienen capacidad de obrar, ej. libertad contractual, de empresa, etc.
Derechos Políticos		x		x	a ciudadanos con capacidad de obrar, ej. d. al voto

Así –dice Ferrajoli- son derechos fundamentales todos y solo aquellos que resulten atribuidos universalmente a clases de sujetos determinadas por la identidad de persona, ciudadano o capaz de obrar.

Los derechos fundamentales son *normas* y tienen las características de inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos, no sujetos a decisiones de la política o del mercado, ni limitables por terceros ni por el Estado; considerados como supra-estatales y a los cuales los Estados están vinculados por el derecho internacional.

Si estos son los caracteres estructurales de los derechos fundamentales, en cuanto a sus contenidos, cabe decir, que al pretender garantizar una necesidad o un interés, se les sustrae del mercado como de las decisiones de la mayoría (un contrato, ni la mayoría, pueden disponer de la vida), de aquí su connotación *sustancial* (al qué), y no formal (al quién y al cómo), por lo que Ferrajoli señala que los derechos fundamentales circunscriben la esfera de lo no decidible, con lo que la supremacía de la mayoría tiene un límite en estos derechos, confirmando que los principios de la representación y de la mayoría con principios formales (no sustanciales)¹⁴.

2.2 Protección constitucional al Derecho a la Vida.

De acuerdo con Ramiro Ávila Santamaría, el nuevo marco constitucional pone énfasis en los derechos y resalta la importancia superior de la parte dogmática de la Constitución frente a la orgánica, resaltando así la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y la Ley, y gozando además de un carácter de transversalidad en el texto constitucional.

¹⁴ Ferrajoli, Luigi. Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales; de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello ed., Trotta, págs. 19-56.

El derecho a la vida se encuentra contemplado en el numeral 1 del Art. 66 de la Constitución¹⁵, que señala:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte.”

Derecho, que debe ser entendido en relación con lo establecido en el primer inciso del Art. 45 de la Carta magna, concretamente, en cuanto establece que:

“El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”.

Con este antecedente normativo, tracemos algunos criterios sobre el amparo y protección constitucional del derecho a la vida, para tal efecto seguimos a Ramiro Ávila Santamaría, que señala:

a) La actual Constitución de la República (2008) recoge lo que en su momento fue una aspiración de la comunidad internacional, esto es que todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía¹⁶.

Baste por ahora decir que, el derecho a la vida como derecho **inalienable**, implicaría que es un derecho indisponible y ningún poder lo puede vaciar de contenido. Como derecho **irrenunciable**, implica que una persona no puede renunciar, bajo ninguna circunstancia, de la titularidad del derecho. Como derecho **indivisible**, al igual que las personas, son integrales, lo que significa que no se puede sacrificar un derecho a costa de otro, e implica, que se debe analizar un derecho en consideración de los otros. Como derecho **interdependiente**, significa que el derecho a la vida se relaciona con los demás derechos, en un sistema en el que si un derecho no se lo ejerce o se lo viola, puede afectar a otros. Y, por último, de **igual jerarquía**, quiere decir que cualquier clasificación sobre derechos humanos no implica jerarquización alguna.

b) El derecho a la vida contemplado en el numeral 1 del Art. 66 de la Constitución, constituye un principio, en el sentido que es una norma ambigua, general y abstracta.

¹⁵ En la Constitución de la República del Ecuador los derechos de libertad corresponden a los llamados derechos civiles, y que fueron conquistados por el constitucionalismo clásico. Entre ellos encontramos el derecho a la vida.

¹⁶ Numeral 6, del Art. 11 de la Constitución de la República, señala:
“6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.”

Por el carácter de ambigua requiere ser interpretada y recreada, pues no da soluciones determinantes, sino simples parámetros de comprensión; más aún, en su estructura, no tiene hipótesis de hecho, ni determina obligaciones o soluciones.

Como enseña la doctrina el principio, sirve además de parámetro de interpretación, y, ayuda a valorar el sistema jurídico al permitirnos identificar normas contradictorias (antinomias), como también las lagunas del sistema jurídico (anomias).

c) En la Constitución de 2008, todos los derechos humanos tienen una doble dimensión, una individual y otra colectiva, pues se señala que los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva¹⁷, y, la forma de su ejercicio puede ser variada, dependiendo de las circunstancias.

Así la defensa del derecho a la vida puede ser ejercido de manera individual o de manera colectiva.

d) Por otra parte, el derecho a la vida y sus garantías establecidas 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 parte¹⁸.

Así, las normas constitucionales que protegen la vida vinculan y limitan a cualquier persona que se encuentre en situación de poder; además, dichas normas no requieren de intermediación de autoridad alguna para que se pueda invocar el cumplimiento de una norma. Por el principio de aplicación directa, no podrá aceptarse pretexto de falta de ley o reglamento para excusarse de cumplir con el derecho.

Por último, si el derecho es aplicable directamente, las garantías, como herramientas para su efectividad, también deben de ser de aplicación directa.

e) En el nuevo marco constitucional, el derecho a la vida es un derecho justiciable¹⁹, con los cual, hemos de entender que no basta la abstención de acción que vulnere el derecho, sino que además requiere de las acciones y recursos necesarios su goce y desarrollo.

¹⁷ Numeral 1, del Art. 11 de la Constitución de la República, señala:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.”

¹⁸ Numeral 3, del Art. 11 de la Constitución de la República.

¹⁹ Tercer inciso, del Numeral 3, del Art. 11 de la Constitución de la República.

f) Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido del derecho a la vida, ni sus garantías constitucionales²⁰.

Según Ramiro Ávila, la prohibición de restricción normativa infra constitucional tiene relación con la supremacía de la Constitución, con el principio pro homine, y, con el principio de progresividad.

La Constitución, al reconocer un derecho y una garantía, establece un mínimo que no puede ser disminuido.

Las normas de carácter secundario, pueden ampliar los márgenes de protección y facilitar las condiciones para su aplicación, pero al contrario, si éstas irrespetan el mínimo, irrespetarían la Constitución.

Más, la Constitución establece un punto de partida que debe ser desarrollado y expandido en todo sentido, desde su alcance, su ámbito de protección, personas que las disfrutan, autoridades que aplican.

Por ello el derecho a la vida tiene una dimensión de cumplimiento inmediato y dimensión de progresividad.

g) Por otra parte, en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deben aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia²¹.

Según Ramiro Ávila el principio supone que hay dos normas aplicables para una misma situación o caso, y que hay dos interpretaciones posibles para una misma norma; sosteniendo el referido profesor que en cualquiera de los dos casos, se debe aplicar aquella norma o interpretación que favorezca efectivamente el ejercicio de derechos.

Ramiro Ávila nos comparte el siguiente caso, para ejemplificar la necesidad que favorezcan su efectiva vigencia, nos dice que:

“en el año 1973, cuando la Corte Suprema de los EE. UU. resolvió el controversial caso “Roe v. Wade”, mediante el cual permitió el aborto bajo ciertas condiciones, lo hizo bajo el argumento del derecho de la intimidad, que prohíbe la injerencia arbitraria del estado en la vida de las mujeres. Otro derecho que pudo haberse aplicado es el de la libertad. El movimiento feminista de los EE. UU. considera que la

²⁰ Numeral 4, del Art. 11 de la Constitución de la República.

²¹ Numeral 5, del Art. 11 de la Constitución de la República.

norma que más protege el derecho a las mujeres es de la libertad más que el de la intimidad. En el derecho a la intimidad se reforzó la separación de lo público con lo privado y la no injerencia del estado en asuntos que no son de su incumbencia. Esta aplicación puede ser contraproducente para reivindicaciones públicas de espacios privados como el de la violencia doméstica. Más allá de las discusiones sobre la legitimidad del aborto, la autoridad que debe aplicar un derecho debe guiarse por la norma que brinde mayores posibilidades de ejercicio de derechos. En el caso brevemente relatado, tenemos dos normas, desde la perspectiva de las mujeres, que pueden ser aplicadas. ¿Cuál norma expande los derechos de manera más contundente?”

h) La prohibición de regresividad de los derechos, envuelve el complemento necesario para el principio de progresividad, prohibiendo y desechando retornar o volver en las condiciones establecidas para el goce efectivo de los derechos.

Por ello el inciso segundo del numeral 8 del Art. 11 de la Constitución dispone que será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de derechos²².

Con éstas notas, queda claro el alcance de protección del derecho a la vida.

2.3 El rol del Estado.

En su condición civil, las personas delegamos en el Estado la defensa de nuestra integridad, depositando en el poder la confianza de superar las inseguridades, las desigualdades, la violencia, la inequidad, la imposición del más fuerte. En consecuencia, la mejor alternativa para lograr la proyección de nuestra condición de persona es el Estado.

Si la presencia y desarrollo del Estado muy importante, cabe referirnos a la concepción de nuestro Estado.

Se sostiene que concebir al Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia instituye un progreso en materia constitucional²³ y en la política de los Estados, marcando un paso adelante del Estado social de derecho.

Tratemos de definir que se entiende por Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Siguiendo a Ramiro Ávila, podemos decir que el “Estado Constitucional” es el resultado de la

²² Ávila Santamaría, Ramiro. Los derechos y sus garantías. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2012, pag. 66-90

²³ Según Ramiro Ávila, a más del Ecuador, no existe en el derecho constitucional comparado otro Estado al que se le cualifique como de *derechos*.

evolución del Estado legal y se fundamenta en que tanto los actos públicos y privados, así como la ley misma, están sometidos a la Constitución, mientras que el Estado legal se basa en el principio de legalidad²⁴.

Si bien existen factores que son comunes tanto en el Estado legal como en el constitucional (como que la autoridad está sometida a la Ley y que se deben establecer procedimientos para la formación de leyes, aclarando que en el Estado constitucional se establece en la Constitución las principales autoridades y la manera de designación), una de las principales diferencias entre los dos sistemas, es que, en el Estado constitucional la actividad legislativa tiene un marco referencial, en cuanto le corresponde desarrollar en las leyes los temas y derechos establecidos en la Constitución, sin que exista por lo tanto plena libertad parlamentaria para decidir sobre la agenda legislativa²⁵.

Se concibe que, en el “*Estado de Derechos*”, el Estado no está sometido sólo al derecho, como en el Estado de derecho cuya referencia principal es el conjunto de normas entendidas como formalmente válidas²⁶, sino además a los derechos; así como, que el derecho que de éste proviene, está también sometido a los derechos de las personas y de las colectividades. En este contexto, señala Ramiro Ávila, “*los derechos se entienden y se interpretan a partir de la realidad en el que ocurren las violaciones o restricciones a su ejercicio*”, con lo que el derecho ya no es concebido como una ciencia autónoma que se basta para sí misma, sino que se torna reflexivo y se entiende gracias al auxilio de otras ciencias.

En el ámbito del Estado de derechos ya no es referencia exclusiva el Estado, sino también el *poder*; de tal manera que toda clase de poder (público o privado) está sometido a los derechos, que los vincula y limita; dejando el Estado de ser el obligado exclusivo de respetar derechos, sino toda persona, colectividad o ente, que se encuentre en relación de poder frente a otra²⁷.

Finalmente por “*Estado de justicia*” se entiende que el Ecuador a optado por una Constitución de modelo igualitarista, esto es, frente a la realidad de que una sociedad que genera desigualdades, el modelo se basa en la solidaridad y protección de los menos favorecidos, para lo cual se dice que es necesario un Estado fuerte, capaz de cumplir con las prestaciones que los derechos consagrados en la Carta Magna demanda, pues la

²⁴ Ávila Santamaria, Ramiro. Caracterización de la Constitución de 2008, Visión Panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, Estado, derechos e instituciones (1a edición ed., Vol. 30). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, pag. 406.

²⁵ Ávila Santamaría, Ramiro. LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, Estado, derechos e instituciones. Ob. cit. pag. 408 y 409.

²⁶ En cuyo espíritu la ley debe cumplirse aunque se piense que el resultado de dicha aplicación es una injusticia.

²⁷ Por esta razón la Constitución vigente permite plantear una acción de protección incluso en contra de particulares.

iniciativa privada no los asumirá al no ser rentables. Este modelo (igualitarista) se contrapone al modelo libertario, en cuanto éste último se basa en el ejercicio de las libertades individuales, bastando para ello un Estado que exista solo para los mínimos requerimientos, como para garantizar la propiedad, el cumplimiento de los contratos, el monopolio de la fuerza para reprimir los delitos; en este esquema cualquier exceso se considera como un abuso o una extralimitación que no se debe permitir, señala Ramiro Ávila.

Así, podemos observar que el Ecuador, como Estado Constitucional de Derechos y Justicia, se encuentra sometido a los derechos, derechos que existen como normas positivas en cuanto han sido recogidas en el ordenamiento jurídico y que en teoría constituyen un sistema de límites al poder, no revocable por el Estado, que se los puede ejercer incluso contra el mismo Estado, contra poderes públicos aunque tengan origen democrático y un sustento en las mayorías, operando como fuente de deslegitimación o invalidación; de ahí la necesidad práctica que dichas normas tengan cierta rigidez.

En relación al derecho a la vida y a la protección que se debe brindar en relación al derecho, la Constitución se convierte en un instrumento político para la realización y protección de este derecho, buscando su plena realización, ante el cual, el Estado no sólo debe garantizar el respeto del derecho, sino generar las condiciones necesarias para la realización y desarrollo del derecho.

En consecuencia, el Estado figura como responsable de la realización y cumplimiento de derechos. Y, en particular, la defensa de la vida es una obligación del Estado, que debe protegerla en todos sus estados, como valor y como derecho primordial, del cual es titular todo ser humano desde el principio hasta el final de su existencia.

2.4 El Derecho a la Vida en los instrumentos internacionales.

El derecho a la vida se encuentra reconocido en el Art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que señala:

“Art. 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”

Además, en el Art. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, se establece:

“Artículo I.- Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona.- Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”

Así, también, en el Art. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de S. José de Costa Rica de 1969), en el que se afirma que el derecho a la vida empieza a partir del momento de la concepción y nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente:

“Art. 4.- Derecho a la vida.-

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

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de Tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente”. (el resaltado me corresponde)

Por el objeto de nuestro trabajo, conviene hacer referencia a la norma transcrita de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para ello, tomando como base un interesante artículo de Álvaro Paúl Díaz²⁸, titulado “Estatus del no nacido en la Convención Americana: Un ejercicio de interpretación”.

Álvaro Paúl Díaz manifiesta que “la Corte Interamericana ha dictado más de ciento treinta sentencias de fondo²⁹ sobre los más diversos asuntos, los que abarcan una amplia gama de materias. Entre esta jurisprudencia puede observarse alguna muy novedosa, como aquella que lidia con el derecho de propiedad de comunidades indígenas. Este es el tema principal del reciente caso llamado Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay (caso Xákmok),¹ donde las víctimas también hicieron una solicitud en una materia que aún no ha sido enfrentada directamente por este tribunal internacional: el no nacido.² La Corte no aprovechó dicha oportunidad para desarrollar su jurisprudencia en relación con el nasciturus,

²⁸ Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de los Andes; Abogado; Máster en Derecho (MJur) por la Universidad de Oxford y candidato a Doctor (PhD) en Trinity College Dublin.

²⁹ Hasta el momento del artículo, aprobado en abril 2012.

a pesar de que el tema del no nacido es particularmente interesante en el ámbito del sistema interamericano, cuyo instrumento principal tiene una redacción muy peculiar en materia del derecho a la vida... la comunidad indígena recurrente sostuvo que desde 1990 venía reclamando la propiedad de sus tierras ancestrales en conformidad con la legislación paraguaya, pero sin mayores resultados. La Comunidad también afirmó que, como consecuencia de la falta de reconocimiento de su derecho a las referidas tierras, sus miembros se vieron forzados a vivir en un lugar que no contaba con los medios necesarios para su subsistencia, por ejemplo, carecía del agua requerida para llevar adelante las necesidades humanas mínimas. Esto los dejó en un estado de precariedad que afectó sus condiciones generales de vida y, en particular, su salud, causando la muerte de decenas de sus integrantes. Entre los fallecidos la Comunidad nombró a dos no nacidos: (NN) Corrientes Domínguez y (NN) Dermott Ruiz. La inclusión del reclamo por la muerte de nasciturus no fue particularmente audaz, ya que –además de la referencia a la concepción hecha por el artículo 4.1– la Corte se ha referido al no nacido como “bebé”, y opiniones separadas de algunos jueces son favorables a una interpretación del derecho a la vida en este sentido. Además, el Pacto de San José no es el único tratado de derechos humanos que menciona al no nacido, pues el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, citando la Declaración respectiva, también lo hace”³⁰.

El caso Xákmok Kásek, dice Álvaro Paúl Díaz, fue el primero en el que la Corte tuvo que resolver en el que directamente trataba el tema del no nacido, prefiriendo el Tribunal interamericano no resolver dicho asunto, alegando que ni la Comisión ni los representantes habrían presentado suficientes argumentos jurídicos al respecto. Para el citado autor, la negativa a decidir el tema del no nacido puede haberse debido a su naturaleza tan controversial.

Sostiene Álvaro Paúl Díaz que este camino seguido por la Corte no fue el adecuado, puesto que un tribunal de Derecho tiene el deber de interpretar las normas que son empleadas ante él.

Señala Díaz que, para resolver este caso, el Tribunal debió haber recurrido a la Convención, la cual declara que el nasciturus tiene derecho a la vida, y recalca que el Pacto de San José llega hasta a reconocer la personalidad al no nacido, asunto que habría sido parcialmente reconocido por la Comisión para efectos procesales.

El Pacto de San José -continúa Díaz- solventa lo que en algunos sistemas jurídicos ha sido entendido como un choque entre los derechos del no nacido y de la mujer embarazada, y señala que lo hace, porque *“el derecho a la vida es fundamental en la Convención*

³⁰ Díaz, Álvaro Paúl. "ESTATUS DEL NO NACIDO EN LA CONVENCION AMERICANA: UN EJERCICIO DE INTERPRETACION". *Ius Et Praxis* (07172877) 18.1 (2012): 61-112. Fuente Académica Premier. Web. 24 Julio 2013, pag. 62 y 63.

Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos”, como se ha manifestado en la sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de la CtIDH, en el caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay, el 2 de septiembre de 2004.

Para Díaz, según la Convención, “*el derecho a la vida pesaría más que otros derechos que estén en conflicto con éste. No obstante ello, el texto del derecho a la vida en la Convención no es absolutamente claro, ya que permite excepciones, sin señalar cuáles son éstas*”; esgrimiendo el autor, tres posibles casos interpretación para los casos de excepción, siendo el más persuasivo, el que considera que la Convención permitiría sólo los abortos indirectos, esto es, las terminaciones del embarazo producidas como el efecto previsto, pero no deseado, de intervenciones médicas indispensables y proporcionadas en el cuerpo de la madre.

En relación al caso puesto en conocimiento de la Corte, ninguna de las interpretaciones posibles de excepción, tienen relación para considerar las muertes causadas por la negligencia estatal como excepciones permitidas al derecho a la vida según el Pacto de San José, por lo cual, Díaz sostiene que la solución del caso Xákmok, en relación a los no nacidos, debía haber dispuesto que el Estado debía pagar una justa reparación a la parte lesionada, pues el Estado no otorgó el cuidado y protección requeridos por los niños antes de su nacimiento³¹.

2.5 La limitación al Derecho a la Vida.

Los partidarios de limitar el derecho a la vida, sostienen que ningún derecho tiene el carácter de absoluto, de ahí que se admite en algunos casos que limitan la vida como son: el aborto, la eutanasia, el suicidio y la pena de muerte.

La limitación al derecho a la vida se produciría, cuando éste, en una ponderación, se encuentre en situación de menor importancia frente a otro derecho. Esto es, en los casos que otro derecho prime sobre la vida.

Existen autores que sostienen que en virtud de la relación estrecha entre el derecho a la vida con la dignidad humana, se justifican los límites y restricciones no solamente para terceros, sino inclusive para la voluntad de la propia persona cuya dignidad debe ser protegida; en otras palabras, ni la propia persona, titular de la dignidad, puede disponer de la misma, ni de su vida. El hombre no puede renunciar a su dignidad.

³¹ Díaz, Álvaro Paúl. Ob. cit. 103, 104 y 105.

En cambio, este criterio, suele ser compartido parcialmente por otros, en cuanto, creen que no existe sustento, la idea que se puede desprender del carácter de irrenunciable de la dignidad, esto es, que la obligación con nuestra dignidad, impediría cualquier acto de disposición sobre nuestras vidas; al contrario –sostienen- que apelar a la dignidad implica respetar y valorar la voluntad del sujeto.

Por ello, es preciso asegurar cierta autonomía a los individuos para que puedan decidir acerca de la manera de hacer valer un determinado derecho, o acerca de la modalidad de su ejercicio.

Papacchini, al respecto señala que *“La idea de la no disponibilidad del sujeto acerca de su propia vida hunde sus raíces en una cosmología religiosa, que le atribuye a la divinidad el derecho de propiedad en sentido estricto sobre la existencia de todo ser humano. Cuando, por el contrario, apelamos al valor intrínseco y a la autonomía originaria de toda persona como el sustento de los diferentes derechos, parece más consistente reivindicar una titularidad plena, sólo restringida y limitada por eventuales daños o perjuicios a terceros: el individuo es dominus, señor pleno de su derecho a la vida”*³².

Por su parte, Jorge Carpizo y Diego Valadés, señalan que *“el Estado constitucional se basa en la libertad, la justicia, la seguridad, la equidad, el respeto por la dignidad de las personas y el laicismo de las instituciones. Adoptar criterios que resulten restrictivos de esos derechos y principios es contrario a la esencia de un Estado moderno y a los objetivos de un sistema democrático”*. En cuanto al aborto, señalan, que se deben tener presente los derechos de la mujer frente a una vida que todavía no es una persona, y en cuanto a la eutanasia, los derechos de los enfermos; manifiestan que *“el aborto y la eutanasia son decisiones extremas y dolorosas; nadie puede recomendarlas como medidas ideales, pero forman parte de una necesidad social que no es razonable soslayar”*³³.

Así, en consecuencia, la concepción de algunas personas sobre que la limitación del derecho a la vida está sometida a que, en algunos casos, pueden existir un derecho que pueda ser mejor valorado, o, ya no exista dignidad que importe a su titular.

³² Papacchini, Ángelo. Ob. cit. pag. 49 y 50.

³³ Carpizo, Jorge; y, Valadés, Diego. DERECHOS HUMANOS, ABORTO Y EUTANASIA, Universidad Externado de Colombia – Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM. Bogotá, 2010, pag. 1.

Capítulo II

EL DERECHO A LA VIDA Y EL NASCITURUS

1. La protección al derecho de la vida del nasciturus.

Sin duda, la vida humana es una realidad, un devenir, un proceso que comienza con la gestación, momento desde el cual la situación biológica va transformándose, para, en un momento terminar con la muerte.

A partir de la concepción se genera un ser distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ella, tiene características propias; posteriormente, el nacimiento tiene gran importancia, pues constituye el paso de la vida alojada en el seno materno a la vida alojada en la sociedad. Así, el momento del nacimiento marca el tiempo a partir del cual el nasciturus es apto para una vida independiente de la madre, y desde el cual adquirir plena individualidad humana.

En este contexto, cabe centrarnos en la protección al derecho de la vida del nasciturus, que, en nuestra legislación y concretamente en el Art. 45 de la Constitución de la República, se establece: *“El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”*.

De la norma transcrita se deduce que la obligación dispuesta por la Constitución al Estado de reconocer y garantizar la vida, de protegerla, desde la concepción, es por cuanto no puede desprotegerla en aquella etapa del proceso en la que, no solo es condición para la vida independiente, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; consiguientemente, la vida del nasciturus, en cuanto este encarna un valor fundamental -la vida humana-, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional³⁴.

En este contexto, avancemos con nuestra investigación.

³⁴ Pintos, Guillermo Díaz. "LA CONCEPCIÓN "TOTÉMICA" DEL "NASCITURUS" EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL" *Persona y Derecho* 54 (2006): 185-212. Fuente Académica Premier. Web. 24 Julio 2013, pag. 202.

1.1 Motivos de protección.

Juan de Dios Vial Correa y Ángel Rodríguez Guerra, al plantearse sobre la dignidad del embrión humano se plantean las siguientes preguntas: ¿qué es un embrión humano?, ¿qué trato corresponde darle a ese organismo?, y, ¿qué se puede inferir de una sociedad que le niega ese trato?

Al responder sobre ¿qué es un embrión humano?, los citados autores manifiestan querer intentar una respuesta que no recurra a nociones filosóficas que hoy son compartidas solo por algunos, que se apegue más bien al de las ciencias naturales. Señalan que la respuesta es casi engañosamente simple: es un organismo de la especie humana; sin embargo, que es necesario aclarar los términos para entender esta respuesta en sus implicaciones.

Parten determinando que *“un organismo es una unidad discreta, una entidad biológica que se distingue claramente de su medio, del cual lo separa una capa más o menos complicada de estructuras que vienen a constituir el límite o borde del organismo”*³⁵. El borde delimita una unidad, que constituye un sistema dinámico fisicoquímico abierto y de composición complejo, que recibe del medio materia y energía y, a la vez, las entrega transformadas.

Por otra parte, todos los organismos se caracterizan por tener una trayectoria de desarrollo, que sigue un curso previsible, esto es, si en un momento particular de su vida observamos a un organismo de una especie determinada, podemos prever cuál será su estado en el momento posterior.

Los organismos tienen un alto grado de información y desenvuelven sus reacciones de interacción química dentro de los límites establecidos por un borde.

Las propiedades descritas son comunes a los organismos, desde el primer instante de su constitución hasta la disolución del sistema termodinámico en la muerte.

Ahora bien, señalan los citados autores que en el caso de la fecundación, *“este sistema empieza con la penetración del espermatozoide en el ovocito”*, en ese instante se generan dentro del espacio confinado por la membrana celular las cadenas continuas de reacciones químicas coordinadas entre los componentes paterno y materno que caracterizan el desarrollo.

Antes de la fecundación hay dos células independientes: el espermatozoide y el óvulo, que no están encerradas por un borde común y que tienen destinos o trayectorias propias, sólo después de la fecundación se genera un organismo en evolución. Pues, a los pocos minutos

³⁵ Así manifiestan que, para una ameba será la membrana celular y el glicocálix, para un mamífero el revestimiento de piel y de mucosas; con lo cual, todo organismo tiene un borde, y a través de este borde el organismo intercambia materia y energía con el medio.

de penetrar el espermatozoide se inicia un juego recíproco entre sus componentes y los del óvulo para dar inicio a un proceso enteramente nuevo³⁶.

El huevo fecundado, es claramente un organismo de la especie humana, y –señalan los citados autores- no hay razón sólida para pensar que un embrión es menos un organismo humano antes de la implantación en el útero que después de ella.

En este punto, Juan de Dios Vial Correa y Ángel Rodríguez Guerro, se plantean dos importantes preguntas: ¿Qué trato merece un organismo humano? y ¿Desde qué momento merece el trato debido a una persona?

Vial y Rodríguez, señalan que “*la propia existencia no es una cosa a la que uno tenga un derecho que sea de la misma especie que los demás*”, no se puede hablar de tener derecho a la vida en el mismo sentido en que se tiene derecho a ser propietario de algo o a poder expresarse libremente, como se ha manifestado, el “derecho a la vida” es más bien condición de todos los otros derechos y bienes posibles.

Por ello, cuando alguien muere, de muerte natural no es violado su derecho a la vida, como en cambio si lo es, cuando la persona es asesinada. Por eso –dicen los citados autores- es preferible hablar, más que del derecho a vivir, al deber que tienen todos de respetar y aun de promover la vida.

Entonces: ¿desde cuándo existe ese deber respecto del embrión?

La respuesta inicia por plantear un hecho: “*no existe una definición fisicoquímica, ni siquiera técnico-científica de la persona*”, por lo que, es muy habitual que para definirla se recurra a una determinación empírica que se basa en el desarrollo de las funciones de relación, de inteligencia, del habla, etc., pero ello no es tan simple, ni certero. Sin embargo, las funciones de relación humanas aparecen también gradualmente, en trayectorias de desarrollo y, no resulta claro por qué debería preferirse algún momento especial de madurez funcional y no, por ejemplo, el de algún fenómeno de determinación que sea irreversible, más aún cuando el organismo es un sistema en desarrollo, por lo que, cualquier punto que se escoja como inicio del desarrollo de las funciones de relación es completamente arbitrario.

En consecuencia, bien se podría afirmar que “*la persona humana existe en un cuerpo y que es propio de ese cuerpo hallarse siempre en algún estado de desarrollo*”.

Entonces, concluyen los citados Vial y Rodríguez:

³⁶ A partir de la fecundación, los componentes de las que fueron dos células trabajan –luego de ella- como partes de una sola, se ha iniciado un proceso propio de un organismo.

“Cuando algo muy grave está en juego –como la vida de alguien– la menor incerteza plantea un problema moral y por eso respondemos que ante cualquier mínimo grado de incertidumbre se le debe al embrión el respeto que se le debe a una persona. Yo puedo afirmar, claro está, que el embrión es siempre un organismo humano y que no hay ninguna evidencia científica que sea suficiente para negarle la condición de persona. Y eso tiene una importancia práctica decisiva para decidir sobre el trato que debo darle”³⁷.

En contraposición a la tesis expuesta, existe otra que no reconoce al nasciturus como titular del derecho fundamental a la vida³⁸, pues no miran en él una simple potencia de vida humana, más que una vida humana en sí misma, esto es, negando la humanidad del no nacido, sin que exista uniformidad de criterios sobre el momento desde el cual debe reconocer que existe vida humana, para algunos es a partir de las 14 semanas, para otros desde las 22 semana y, para otros simplemente no existe.

Ante lo cual, Obdulio Velásquez Posada, sostiene *“que el paso de la potencia al acto no es el cambio de un ser a otro, sino el paso de un estado a otro, permaneciendo el sustrato del mismo ser, por lo que la potencia es una capacidad de adquirir una perfección y el acto es esa perfección... el no nacido no puede entenderse como potencia de persona ni como potencia de ser humano, sino persona o ser humano con potencia y con potencialidades*

³⁷ Correa, Juan de Dios Vial, y Ángel Rodríguez Guerro. Ob. cit., pag. 57, 58 y 59.

³⁸ Carlos Santiago Nino, recoge en su libro Fundamentos de derecho constitucional, las convicciones intuitivas, que según su parecer, son aceptadas por el pueblo argentino, así señala: *“1. El feto, aun en su etapa de desarrollo más temprano, no debe ser tratado como una simple tumoración; deben haber razones para separarlo del organismo que lo alberga y poner fin a su vida. 2. El feto, salvo, tal vez, en su etapa de evolución más tardía tiene un status moral diferente que el niño ya nacido, aún los más fervorosos partidarios de la punición del aborto no proponen que él sea castigado con la misma pena que el homicidio o que la del infanticidio. 3. Así como hay una diferencia moral entre el aborto y el infanticidio, hay también una diferencia moral entre el aborto y el empleo de anticonceptivos, que refleja una diferencia de status moral entre el feto y los espermatozoides y óvulos que se unen para constituirlo; ni aun los más decidido oponentes al empleo de métodos anticonceptivos proponen castigar ese empleo con la pena del aborto y, menos aún, con la del homicidio. 4. Hay una diferencia moral en la admisibilidad del aborto según sea el grado de voluntariedad del acto sexual que condujo a la concepción: no es lo mismo el aborto que pone fin a un embarazo resultante de una violación que el que concluye el que resultó de un acto sexual voluntario, y no es lo mismo cuando el acto sexual se realizó en condiciones en que se emplearon medios anticonceptivos, pero éstos fracasaron o no se pudieron emplear por ser inasequibles, que cuando hubo despreocupación o negligencia en el no empleo de medios anticonceptivos disponibles. 5. Hay un límite en las cargas o perjuicios que es legítimo moralmente exigir a una mujer embarazada con tal de que no aborte: aun los oponentes acérrimos del aborto suelen admitirlo cuando corre un serio peligro la vida de la madre; todavía puede haber consenso, aunque tal vez con menor alcance, cuando la madre resulte gravemente disminuida en su salud física o mental; y quizá los mismos argumentos harían admitir a muchos que el aborto, sobre todo en los primeros meses, sería admisible cuando los proyectos vitales de la mujer resultaran seriamente frustrados”.*

*para realizar los actos propios de ella o de él, pues su identidad biológica, su genoma humano no es distinto de aquel del nacido*³⁹.

1.2 Naturaleza jurídica de la protección.

Partiendo de si se considera al nasciturus como ser humano desde la concepción o no, la protección jurídica tiene distinta naturaleza.

En consecuencia, si se considera al nasciturus como ser humano, también es jurídicamente persona y, por ende, titular del derecho a la vida, a partir del momento de la concepción. Esta doctrina de la defensa del derecho a la vida del nasciturus, sostiene que dicha defensa no solo tiene fundamento legal, sino constitucional y además reconocida por el derecho internacional, mediante la ratificación de tratados de derechos humanos que, como por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos.

Desde este punto de vista, se manifiesta que si para las normas civiles (generalmente expresadas en los Códigos Civiles) persona es todo individuo de la especie humana, cualquiera que sea su sexo, estirpe o condición, bien puede afirmarse que el nasciturus también es persona, con lo que, *“la distinción entre la existencia legal y la existencia natural no excluye la protección jurídica... de la existencia natural, que se da desde la concepción hasta el nacimiento”*⁴⁰; en consecuencia la protección al nasciturus tiene necesidad del reconocimiento constitucional.

En contraposición a la tesis expuesta, existe otra que no reconoce al nasciturus como titular del derecho fundamental a la vida, sin embargo, sostiene que eso no significa que resulte privados de toda protección constitucional, lo cual entraña desconocer al embrión un carácter de persona, pero –manifiestan- *“tampoco cabe otorgarle la categoría de una cosa (no es sujeto, pero tampoco es objeto), pues es un no-sujeto de derecho abocado, por un proceso evolutivo, a convertirse en un sujeto de derecho. Sería erróneo, asimismo, concederle un estatus jurídico intermedio entre una y otra categoría –persona y cosa-, sino que debe reconocérsele un estatuto diferente, autónomo, en un plano coherente con la gradación valorativa expuesta; es decir, una tercera vía, diferente de las anteriores, pero no meramente intermedia, entre persona y cosa”*⁴¹.

Esta teoría, entraña una gradación de protección a la vida humana prenatal en atención a su desarrollo; generando un estatuto jurídico específico.

³⁹ Posada, Obdulio Velásquez. "CONSTITUCIONAL Y LEGALMENTE, EL NASCITURUS ES PERSONA Y TITULAR DEL DERECHO A LA VIDA" *Persona y Bioética* 10.26 (2006): 85-103. Fuente Académica Premier. Web. 24 Julio 2013, pag. 90.

⁴⁰ Posada, Obdulio Velásquez. Ob. cit. pag. 87.

⁴¹ Romeo Casabona, Carlos María. *El derecho a la vida: aspectos constitucionales de las nuevas biotecnologías*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pag. 30.

Desde el punto de vista se aplica una “ponderación de derechos constitucionales”, a partir de la cual la protección de la vida adquiere mayor peso hasta volverse preponderante o superior con el paso del tiempo, en la medida en que la gestación va evolucionando y se desarrolla el embrión, hasta, llegar a ser un ser humano, con las capacidades físicas y psíquicas para poder sobrevivir fuera del vientre de la madre.

Por ello, es desde esta perspectiva, que en el nasciturus sólo se reconoce una potencialidad de ser y, los derechos constitucionales de la mujer (madre)⁴², pesan mucho más que los del no nacido.

1.3 Problemática de la titularidad y ejercicio del derecho a la vida.

Javier Pérez Royo señala que sólo en relación con el derecho a la vida se manifiesta un problema en relación con la titularidad, y por ende, con el ejercicio del derecho, y, en ninguno de los demás derechos se preocupa de la titularidad por ser una situación resuelta, pues, para ser titular de los derechos fundamentales de todos sin excepción, basta ser persona, en otras palabras haber nacido. En los demás derechos fundamentales se estudia su ejercicio, pero no la titularidad.

Para Pérez Royo en *“la distinción entre titularidad y ejercicio descansa toda la teoría de los derechos fundamentales. La titularidad es la igualdad. El ejercicio es la diferencia. La titularidad es el sine qua non del ejercicio. El ejercicio es el para qué de la titularidad”*. Dice el citado Pérez Royo, que en el derecho se da la coincidencia inmediata entre titularidad y ejercicio, por lo que esta distinción entre titularidad y ejercicio no es posible establecerla, (o, por lo menos para quienes no reconocen en el nasciturus a un ser humano, o, una persona).

Menciona que incluso se podría decir que el ejercicio es previo a la titularidad; pues hace referencia a que en las legislaciones en que es necesario que el recién nacido sobreviva 24 horas para reconocerle como persona. Así el recién nacido es titular del derecho a la vida por el simple ejercicio de la vida, antes de ser jurídicamente persona.

De aquí proviene la dificultad: en el derecho a la vida no se plantean problemas de titularidad desde el momento en que se es persona, como tampoco se plantean problemas de ejercicio a partir de ese momento.

El problema se plantea es el de la titularidad del derecho antes del nacimiento o antes de ser jurídicamente considerado persona. En definitiva, el problema consiste en establecer si el nasciturus también puede ser considerado titular del derecho a la vida.

⁴² En la ponderación, la dignidad, la intimidad, la autonomía y la libertad de conciencia de la mujer se impondrían a la protección del nasciturus.

En este contexto Pérez Royo señala que este es un problema jurídicamente insoluble, puede ser resuelto políticamente, pero esa decisión es voluntad y no ratio, es decir, no es explicable en términos jurídicos. Recalca, pues, que en el momento en que se prescinde del concepto de persona, ya no estamos hablando en términos jurídicos, y se hablará en términos políticos, en términos filosóficos o en términos religiosos, pero no jurídicos.

En consecuencia, se retorna a la pregunta: ¿La vida humana en gestación es jurídicamente vida en el mismo sentido que lo es la vida autónoma fuera del claustro materno?, para este autor no hay respuesta jurídica ni desde un punto de vista sustantivo ni procesal⁴³.

2. El aborto.

Desde el punto médico se entiende por aborto toda expulsión del feto, ya sea que se ha producido de manera natural o provocada, en el período de su vida intrauterina.

De acuerdo con una sentencia de la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador el aborto es:

“la interrupción violenta del proceso fisiológico del desarrollo del feto, por ello que proviene del latín abortus que significa de AB y ORTUS nacimiento. Hay aborto siempre que el producto de la concepción sea expelido del útero antes de la época establecida por la naturaleza... y, con raras excepciones, consiste en el uso voluntario y consciente de medios idóneos para producir un mal parto o la arriesgada anticipación de él, con el fin inmediato o mediato de que perezca el feto, o para producir su destrucción. Es la expulsión del feto antes de que sea viable. Puede ser ovular, embrionario o fetal según la época en que ocurra, como en forma acertada lo sostiene el autor argentino Raúl Goldstein”⁴⁴.

El aborto puede ser espontáneo o provocado, el primero, se produce por la muerte intrauterina del feto o causas diversas que motivan la expulsión del feto; en cambio, el aborto provocado se realiza por medios que fuerzan la expulsión del feto, provocando la muerte intrauterina del feto o provocando su muerte en el exterior.

El aborto provocado busca la destrucción del feto en desarrollo, para lograr este propósito se suelen utilizar diversos métodos, que pueden depender de los medios que se dispongan y a la edad del feto; los métodos más utilizados son la aspiración, el legrado, la histerotomía, inducción de contracciones, la inyección intraamniótica, la ingesta de medicamentos o brebajes que causan dichos efectos, y otros métodos más burdos y peligrosos.

⁴³ Pérez Royo, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2002, pag. 330, 331 y 332.

⁴⁴ GJ, S XVI, No. 9, p. 2331.

Dependiendo de la concepción y reconocimiento que se realice del nasciturus dependerá la regulación jurídica de cada legislación, así como el grado de protección, en algunas legislaciones el aborto es totalmente prohibido, en otras se permite el aborto en algunos casos excepcionales, como por ejemplo, cuando existe peligro para la vida o la salud de la madre (aborto terapéutico), en el embarazo producto de acto sexual violento (aborto ético), y, por malformaciones del feto incompatibles con la vida extrauterina (aborto eugenésico); en otras legislaciones se permite libremente el aborto dentro de un tiempo determinado de la gestación; y, por último, en otras legislaciones no hay prohibición para el aborto.

La decisión de permitir en un Estado el aborto entraña la necesidad de ponderar diversos valores; y, se sostiene –como lo señala Jorge Carpizo- que dicha determinación para una mujer “*involucra su intimidad como ser humano y a diversos derechos fundamentales suyos como la dignidad, libertad de decisión, la igualdad de género, el derecho a no ser discriminada y la protección a la salud, física como síquica*”. Para Carpizo, que está a favor del aborto, la causa de los derechos humanos, entre ellos los de la mujer, y los avances científicos han ganado terreno, principalmente en los países desarrollados, con democracia y con niveles altos de igualdad jurídica y educación de sus habitantes, y, al prevalecer la razón y la causa de los derechos humanos, sostiene que el mundo progresa en la legalización del aborto⁴⁵.

Carpizo en su libro⁴⁶ señala que de acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, de 193 países:

- 189 permiten el aborto para salvar la vida de la mujer; únicamente cuatro lo prohíben: Chile, El Salvador, la Santa Sede y Malta.
- 122 países lo permiten para preservar la salud física de la mujer; 71, no.
- 120 países lo permiten para preservar la salud mental de la mujer; 73, no.
- 83 países lo permiten en caso de violación o incesto; 110 no.
- 76 países lo permiten en caso de deterioro del feto; 117 no.
- 63 países lo permiten por razones económicas y sociales; 130, no.

Otra causa permitida es por la solicitud de la mujer antes de un número determinado de semanas después de la gestación, en tal caso, y en estricto sentido, la interrupción del embarazo no se considera jurídicamente aborto y, por consecuencia, no está penalizado, lo que si sucede después de dicho periodo, si no se está en el supuesto de alguna de las causales excluyentes de responsabilidad.

⁴⁵ Carpizo, Jorge; Ob. cit. pag. 1 y 2.

⁴⁶ Carpizo, Jorge; Ob. cit. pag. 2 y 3.

3. Enunciado de los argumentos a favor y en contra del aborto.

Los principales argumentos que se esgrimen a favor del aborto, tienen distintos caracteres, unos tienen carácter científico, otros son de orden constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, algunos se amparan en el sistema democrático, y otros son de índole social. Revisemos algunos de ellos.

a) Siguiendo a Jorge Carpizo⁴⁷, digamos que se sostiene que vida y vida humana son conceptos y realidades diversas, se dice que poseen vida los animales, las plantas, las bacterias, los óvulos y los espermatozoides y, desde luego, los seres humanos, pero vida humana la tienen sólo estos últimos. Por otra parte, la diferencia entre el genoma humano y el genoma del chimpancé es sólo de aproximadamente 1%, y en todo caso, no más del 4%. La información genética que se encuentra en ese 1 o 2% es lo que diferencia el cerebro humano del de otros primates;

Por lo que, concluyen que, lo que distingue al ser humano es su corteza cerebral, la cual en el embrión (de 12 semanas) no está formada, razón por la cual que dentro de ese lapso el embrión no es un individuo biológico caracterizado, ni una persona, tampoco un ser humano.

Sostienen que el embrión no tiene las condiciones que particularizan al ser humano, en virtud de que carece de las estructuras, las conexiones y las funciones nerviosas necesarias para ello, y, por lo tanto, es incapaz de sufrir o de gozar.

En consecuencia, en esta primera etapa, el embrión biológicamente no puede considerarse ser humano y no puede firmarse que exista en la vida humana.

b) El aborto debe ser considerado como un derecho y su reconocimiento ha desempeñado un papel primordial en la interpretación constitucional que sobre derechos humanos han realizado diversas Cortes y Tribunales constitucionales.

Por ello, Papacchini señala que otro elemento que juega un papel central en el debate actual sobre el aborto es el papel hegemónico del discurso de los derechos y señala que *“la transformación del aborto en una cuestión de moralidad pública se remonta a los años sesenta, cuando un grupo siempre más amplio de mujeres deciden tomar como arma de lucha y elemento central de su proceso de liberación la despenalización o legalización del aborto”*; con lo cual el centro de la discusión se desplaza hacia *“los derechos básicos de la mujer a su autodeterminación en cuestiones reproductivas, quedando en la sombra la cuestión tradicional relativa a una eventual culpabilidad moral o jurídica de los sujetos implicados en la práctica abortiva”*. En este marco, el citado autor resalta que, en *“el*

⁴⁷ Carpizo, Jorge; Ob. cit. pag. 4, 5 y 6.

horizonte de la moderna teoría de los derechos, ya no se habla de los derechos del Estado, de la estirpe, de la raza o de la familia ampliada, sino de los derechos inherentes de la persona singular, en especial de la mujer, siempre más decidida a realizarse libremente como ser humano y a gozar de su sexualidad sin la pesadilla de embarazos no deseados. Este movimiento coincide también con la denominada revolución sexual, que marca un proceso de separación creciente entre sexualidad y reproducción. En este orden de ideas se explica en parte la exclusión o limitación sustantiva del papel jugado por el esposo o compañero, en teoría igualmente afectado por una decisión de abortar, una consecuencia casi inevitable de la necesidad imperiosa de dismantelar una estructura "patriarcal" de relaciones sociales, en las que el cuerpo femenino no era manipulado para fines ajenos: la gratificación sexual masculina, la entrega al Estado de buenos ciudadanos o de hábiles guerreros, la contribución con una prole sana y numerosa al poderío y la riqueza de una familia, etc."⁴⁸.

De esta forma, para justificar el recurso discrecional del aborto por parte de la mujer, se esgrimen diferentes clases de argumentos, los que van desde *"la supuesta propiedad de la mujer sobre el fruto de sus relaciones sexuales, hasta la condición atávica de sometimiento, que legitimaría por sí sola cualquier demanda relacionada con las exigencias de un grupo minoritario y explotado"*⁴⁹; sin embargo, sin desconocer el derecho de la mujer a la autodeterminación, se cuestiona la negación del derecho a la vida de otro ser humano⁵⁰.

c) Cabe indicar que entre los antiabortistas absolutos y los que pregonan el aborto sin controles, se ubica una gama de posturas intermedias, defendidas por quienes tratan de encontrar salidas humanitarias frente a casos especiales, como los de un embarazo no deseado por resultado de una violación, o en los casos en los que se compromete la vida de la madre, o, casos en los que se proponen soluciones al conflicto entre el respeto de la vida del feto y el derecho de autodeterminación de la mujer.

Entre los principales argumentos que se esgrimen a favor del aborto, están el hecho que científicamente se puede demostrar que la vida humana comienza desde el momento de la fecundación, y por ende que el nasciturus tiene condición humana; lo cual hemos tratado en este trabajo.

⁴⁸ Papacchini, Ángel. Ob. cit. pag. 192.

⁴⁹ Papacchini, Ángel. Ob. cit. pag. 201.

⁵⁰ Papacchini manifiesta que: *"cualquier movimiento de liberación, por justo y legítimo que sea, se enfrenta con restricciones morales mínimas impuestas al uso de la fuerza por el reconocimiento de la dignidad de todos los que resulten afectados extraños o enemigos por su propia lucha"*.

4. La protección al derecho de la vida del nasciturus en el Derecho Comparado: La tendencia actual y las corrientes adoptadas.

Podemos decir que en el Derecho Comparado hay soluciones diversas frente al aborto, las cuales pueden clasificarse en tres grupos:

4.1 La prohibición absoluta de la interrupción del embarazo.

Siguiendo a Pérez Royo esta posición es la que sin duda representa la posición de la Iglesia Católica, para la cual la interrupción del embarazo es un atentado contra la vida humana que no puede ser justificado en ningún caso; en consecuencia la interrupción del embarazo debería ser tipificada como delito en todos los códigos penales⁵¹.

La postura de la Iglesia Católica se basa en un primer criterio fundamental, de naturaleza antropológica, esto es, la convicción de que *“la ley moral natural evidencia y prescribe las finalidades, los derechos y los deberes fundamentados en la naturaleza corporal y espiritual de la persona humana. Esta ley no puede entenderse como una normatividad simplemente biológica, sino que ha de ser concebida como el orden racional por el que el hombre es llamado por el Creador a dirigir y regular su vida y sus actos y, más concretamente, a usar y disponer del propio cuerpo”*⁵².

Por su parte en el Catecismo de la Iglesia Católica se dice *“la vida humana es sagrada, porque desde su inicio comporta la acción creadora de Dios y permanece siempre en una especial relación con el Creador, su único fin. Sólo Dios es Señor de la vida desde su comienzo hasta su término; nadie, en ninguna circunstancia, puede atribuirse el derecho de matar de modo directo a un ser humano inocente”*⁵³

4.2 La interrupción del embarazo como un derecho constitucional de la mujer embarazada.

Continuando con Pérez Royo, señala que la consideración de la interrupción del embarazo como un derecho constitucional de la mujer embarazada, es la situación en los Estados Unidos desde 1973, año en el que el Tribunal Supremo (en el caso Roe vs. Wader) *“decidió que las mujeres embarazadas tienen un derechos constitucional a interrumpir el embarazo, como consecuencia de sus derechos de libertad, igualdad e intimidad, derecho que, como todos, puede tener límites, pero límites que tienen que ser restablecidos por el legislador de manera justificada y respetando lo más posible la libertad de la mujer”*⁵⁴.

⁵¹ Pérez Royo, Javier. Ob. cit. pag. 333.

⁵² Congregación para la Doctrina de la Fe. Instrucción Donum vitae, II-1987, Introducción, 3.

⁵³ Catecismo de la Iglesia Católica N. 2258.

⁵⁴ Pérez Royo, Javier. Ob. cit. pag. 334.

En esta posición se invocan varios derechos de la madre sobre el nasciturus (hijo), el primero el derecho a la libertad de elección, lo cual conlleva la posibilidad de que la madre pueda elegir sobre la vida del no nacido. Otro derecho es de la salud, enfocándolo como un concepto de bienestar físico, mental y social. Otro derecho es el de la privacidad (Caso Roe v. Wade) en base del cual la madre puede decidir si deseaba concebir o no hijos, en el predomina la decisión de la madre.

Junto a estos derechos, se invocan también el derecho a la protección integral de la familia, el derecho de la mujer a disponer de su cuerpo, el derecho a que se respeten los derechos sexuales de la mujer.

4.3 La interrupción del embarazo como acto antijurídico que puede ser exonerado de responsabilidad penal en determinados supuestos.

En este supuesto la interrupción del embarazo no puede ser exclusivamente el resultado de una decisión libre de la mujer embarazada, sino que, necesariamente, exige una causa que lo justifique, pues en la legislación se establecen causas que justifican la interrupción del embarazo, sólo en casos excepcionales. Las posibilidades son:

a) En caso de aborto por violación; esta causa se sustenta en nadie puede obligar a la mujer a sacrificar su derecho a la autodeterminación y a la libertad en aras de unos pretendidos derechos de terceros, aun, incluso cuando esté de por medio el derecho a la vida. Quienes sostienen la despenalización en este caso alegan también el derecho a la dignidad de la mujer, en base de lo cual tiene derecho a decidir de manera autónoma qué hacer en una situación tan dolorosa.

b) En caso de aborto terapéutico; esto, cuando existen graves riesgos para la vida de la madre, si bien, en la actualidad, por el adelanto de la medicina éstos casos son mucho más raros.

Esta causa confronta el derecho a la vida de la madre y el derecho o valor autónomo de la vida del feto, encaso de tener que elegir entre ambos; muchos proclaman el privilegio del derecho a la vida del ser ya formado, que generalmente tendrá responsabilidades directas con otras personas confiadas a su cuidado. Desde el punto de vista estrictamente jurídico este aborto terapéutico quedaría asimilado a un caso de legítima defensa.

b) Por razones graves de carácter médico, psicológico o social; hay casos en los que el embarazo no constituye un peligro serio y directo para la vida de la madre, no obstante, se sostiene que sus efectos pueden resultar igual perjudiciales para su salud psíquica, su

posibilidad de desarrollo o en general para su bienestar. En esta causa se incluirían la malformación del feto, en cuanto implicaría la carga adicional en cuanto a inversión en cuidados y recursos económicos para los padres y falta de calidad de vida del nuevo ser.

5. La regulación del aborto en el Ecuador.

En Ecuador el aborto está penado y se encuentra tipificado como delito en el Código Penal, dentro de los delitos contra la vida; en consecuencia el bien jurídico protegido es la vida del nasciturus.

El delito del aborto en el caso ecuatoriano tiene algunas variaciones.

Se reprime con tres a seis años de reclusión menor al que por alimentos, bebidas, medicamentos, violencias o cualquier otro medio hubiere, intencionalmente, hecho abortar a una mujer que no ha consentido en ello (Art. 441). En tal caso, si los medios empleados no han tenido efecto, se reprimirá como tentativa.

Por otra parte, cuando el aborto ha sido causado por violencias hechas voluntariamente, pero sin intención de causarlo, el culpado será reprimido con prisión de seis meses a dos años. Pero, si las violencias son cometidas con premeditación o con conocimiento del estado de la mujer, la prisión será de uno a cinco años (Art. 442).

Por otra parte, el que provoca el aborto en la mujer por alimentos, bebidas, medicamentos o cualquier otro medio, en el que la mujer consiente, será reprimido con prisión de dos a cinco años (Art. 443).

Y, la mujer que voluntariamente hubiere consentido en que se le haga abortar, o causare por sí misma el aborto, será reprimida con prisión de uno a cinco años; y, si la mujer consintiere en que se le haga abortar o causare por sí misma el aborto, para ocultar su deshonra, será reprimida con seis meses a dos años de prisión (Art. 444).

Cuando los medios empleados en el aborto hubieren causado la muerte de la mujer, el que los hubiere aplicado o indicado con dicho fin será reprimido con tres a seis años de reclusión menor, si la mujer ha consentido en el aborto; y con reclusión mayor de ocho a doce años, si la mujer no ha consentido (Art. 445).

Si en el aborto participa un médico, tocólogo, obstetrix, practicante o farmacéutico, la pena se incrementa.

Capítulo III

TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL AL DERECHO A LA VIDA EN ECUADOR

1. La Constitución Ecuatoriana y la protección a la vida desde el momento de la concepción.

El Art. 45 de la Constitución, establece que:

“El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”.

Este mandato constitucional, que dispone, el reconocimiento y garantía de la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción, claramente guarda el reconocimiento de la vida desde la concepción; ahora, sin duda, esta vida embrionaria en la forma de la norma, es vida humana.

Si existiese duda sobre la naturaleza de ser humano que otorga la Constitución ecuatoriana al no nacido, cabe decir que, la norma constitucional cuando enfatiza que el cuidado y protección de la vida desde la concepción, lo está haciendo, comprendiéndolo en el reconocimiento y garantía que, de ella, es obligación del Estado.

Al contrario resultaría absurdo pensar, que existe vida humana en un momento de la vida intrauterina y en otro no, pues, la vida es un proceso continuo.

De esta forma nuestra Constitución determina la protección de la vida desde la concepción; y, más aún, la norma tiene un carácter cerrado, no abierto, a diferencia de otras Constituciones en las cuales, simplemente se dice que el derecho a la vida es inviolable⁵⁵, con lo cual, el ámbito de desarrollo doctrinal o jurisdiccional queda reducido; de tal forma, ni la Asamblea Nacional, ni la Corte Constitucional, tienen mayor posibilidad de establecer subreglas o criterios.

Ahora bien, si la vida comienza en la concepción, basta con remitirnos a la ciencia para determinar el momento en que ésta se da.

⁵⁵ Como la Constitución Colombiana o la Española.

Por otra parte, por disposición constitucional el Estado tiene la obligación de establecer un sistema de protección legal para el no nacido, el cual, debe ser eficiente, dada la naturaleza de fundamental del derecho a la vida.

Por mandato constitucional (Art. 424 de la Carta Magna) los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Ecuador, que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

En este contexto, conviene recordar que el Ecuador es suscriptor de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto De San José De Costa Rica"⁵⁶, en cuyo numeral 1 del Art. 4. Establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, y que *"este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción"*.

Por otra parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, en uno de sus considerandos, señala que: *"Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*, esta consideración, en relación con el Art. 1 de este cuerpo normativo, que señala: *"Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad"*, implicaría, un reconocimiento de la humanidad del nasciturus desde la concepción.

No está por demás recordar que el Art. 61 del Código Civil dice: *"La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá"*.

Por lo expuesto, creemos que en el caso Ecuatoriano la defensa de la vida desde la concepción es un asunto cerrado, más aún las autoridades tienen la obligación de tomar las medidas necesarias para hacer efectiva la protección de la vida desde la concepción.

⁵⁶ Registro Oficial 801, 6-VIII-1984.

2. Análisis de constitucionalidad de la regulación propuesta sobre el aborto para el proyecto de ley del nuevo Código Penal.

Con motivo de la formulación de las reformas penales o del nuevo Código Penal varios sectores, incluidos asambleístas, se han manifestado por incluir como propuesta la despenalización del aborto.

Partamos señalando lo que Ferrajoli a manifestado en cuanto a que la democracia constitucional se basa en el paradigma de *“la sujeción del derecho al derecho generado por esa disociación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial”*; democracia constitucional en la que lo relativo al *quién* decide y al *cómo* se decide, se subordina a los principios expresados por los derechos fundamentales, determinando a lo que no es lícito decidir y a lo que no es lícito no decidir. Para decirlo en las palabras de Juan Pablo Morales los derechos fundamentales, *“así concebidos y constitucionalizados constituyen la dimensión sustancial de la democracia pues marcan y definen el contenido de las decisiones colectivas, es decir sobre qué no se puede decidir y sobre qué se puede decidir, actuando como elementos de legitimación y deslegitimación de lo que se decide”*⁵⁷.

En consecuencia en el Estado constitucional la actividad legislativa tiene un marco referencial, en cuanto le corresponde desarrollar en las leyes los temas y derechos establecidos en la Constitución, sin que exista por lo tanto plena libertad parlamentaria para decidir sobre la agenda legislativa.

En tal virtud y en aplicación del Art. 424 de la Carta Magna, la Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, con lo cual, las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

Por ello, a de aplicarse el Art. 84 de nuestra Constitución, que señala que tanto la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tiene la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y de más normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales.

Por lo expuesto en el apartado anterior, así como en éste, en este sentido, no creemos procedente, ni constitucional, la despenalización del aborto.

⁵⁷ Morales, J. P. Democracia Sustancial: Sus elementos y conflicto en la práctica. En *Neonconstitucionalismo y Sociedad* (págs. 85-99). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

3. Sentencia constitucional.

Conviene que hagamos referencia a la sentencia dictada por la Tercera Sala del ex Tribunal Constitucional del Ecuador en el Caso No. 0014-2005-RA y publicada en el Registro Oficial No. 297-S de 22 junio de 2006, ante la acción de amparo constitucional propuesta por el Sr. José Fernando Rosero Rohde, y por la cual, se suspendió definitivamente la inscripción de medicamento y certificado de registro sanitario No. 25.848-08-04, del producto denominado POSTINOR - 2 / LEVONORGESTREL 0,75 COMPRIMIDOS, con vigencia desde el 5 de agosto de 2004.

En esta sentencia se realizaron las siguientes consideraciones que destacan para efecto de nuestro trabajo:

a) Se había demandado en contra del otorgamiento del Registro Sanitario por parte del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical “Leopoldo Izquieta Pérez” que permite la legal comercialización y expendio del medicamento denominado POSTINOR, según de lo obrado en autos, la Sala toma como elementos:

- En el proceso de análisis técnico - legal, se evalúa la documentación referente a la idoneidad legal y técnica del fabricante.
- En el proceso de análisis físico - químico efectuado, se evalúa *“la calidad farmacéutica del producto mediante la verificación de las características técnicas de la forma farmacéutica presentada, tomando como referencia los códigos normativos internacionales y los certificados de análisis del lote presentado al trámite, según dispone la ley; la composición cuali – cuantitativa de la fórmula; el tiempo de vida útil propuesto para el producto por el fabricante mediante la evaluación del estudio y más documentos presentados por él”*, en consecuencia, da cuenta de la calidad del producto y su presentación.
- En el proceso de análisis farmacológico, se refiere a si los principios activos componentes de la fórmula están o no de acuerdo con lo aceptado por la comunidad científica internacional. De cual destaca los siguientes textos:

“Contraindicado en el embarazo o cuando se supone su existencia”

“Se trata de una nueva droga... para ser utilizada como un agente anticonceptivo para después del coito, en situaciones de urgencia”

“Su mecanismo de acción no se conoce y se piensa que el Levonorgestrel, actúa evitando la ovulación y la fertilización, si la relación ha tenido lugar en la fase preovulatoria, que es el momento en que la posibilidad de fertilización es más elevada. También puede producir cambios endometriales que dificultan la implantación. No es eficaz iniciado el proceso de implantación”

De lo cual, la Sala llegó a concluir:

- “a) La fecundación o fertilización consiste en la unión del espermatozoide con el óvulo, dando origen a una célula llamada cigoto.*
- b) El cigoto se implanta en la capa interna del útero o endometrio.*
- c) A partir de la implantación se considera iniciado el embarazo.*
- d) No todas las fecundaciones dan lugar al embarazo, esto es, porque no siempre el cigoto llega a implantarse, puesto que en ocasiones se elimina natural y espontáneamente.*
- e) El Levonorgestrel puede actuar en tres momentos: 1) Evitando la ovulación; 2) Evitando la fecundación o fertilización; y, 3) Evitando la implantación. Cabe añadir que implantado el cigoto no evita el embarazo, es más, su uso es contraindicado.”*

Con este antecedente la Sala del Tribunal Constitucional, partiendo de que el Art. 49 de la Constitución Política de la República (vigente en ese momento), ubicando dentro de la sección sobre los grupos vulnerables a los niños y adolescentes, decía: *“El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción...”*, y, haciendo referencia a otras normas del Código de la Niñez y Adolescencia en las que se hacía ya referencia a la “concepción” para la protección de la niñez⁵⁸, consideró que se garantizaba el derecho a la vida desde de la concepción, y que además se prohibía las manipulaciones médicas desde la fecundación del óvulo.

La Sala señalando que no podía aseverar que la concepción se produce desde la fecundación del óvulo, pero que tampoco se podía estar seguro de lo contrario, realizó la interpretación de la norma contenida en el Art. 49 de la Constitución, que disponía:

“El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción...”

Con un alcance a favor de la persona y del derecho a la vida, por disposición de lo que en ese entonces disponía el segundo inciso del Art. 18 de la citada Constitución, que decía:

“En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos”.

⁵⁸ Como son:

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

Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del 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. 148.- Contenido.- La mujer embarazada tiene derecho, desde el momento de la concepción, a alimentos para la atención de sus necesidades de alimentación ...”.

Aplicando el principio del in dubio pro homine, esto es que en caso de duda, se debe estar a favor de la persona; realizó una interpretación que buscaba –a decir de la Sala- garantizar *“la vida del ser humano, desde el momento mismo de su formación, y para ello, aún frente a la duda, asumir por prudencia que ella se produce desde la fecundación del óvulo, momento en que se transmite toda la información genética del ser humano, sin que ella pueda ser modificada en lo posterior. Visto de esta forma, se debe concluir que al actuar el medicamento POSTINOR - 2, en una de sus fases, como agente para impedir la implantación del cigoto, es decir, luego de fecundarse el óvulo, se atentaría contra la vida del nuevo ser humano”*.

De lo cual cabe resaltar que para la Sala existe vida humana desde el momento de la concepción, determinación que resulta de suma importancia para la protección de la vida del nasciturus.

Ante la argumentación manifestada por algunos grupos interesados en el proceso, en cuanto consideraban que la suspensión de la comercialización del producto POSTINOR - 2, atentaría contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, la Sala consideró que es:

“necesario anteponer el principio de interpretación de la concordancia práctica, que obliga a realizar una ponderación de los valores contenidos en los principios constitucionales, de la que resulta en forma indubitable que en este caso se debe dar prioridad al bien jurídico constitucional de la vida, por sobre el valor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de la libertad individual, pues si ninguna persona puede disponer de su propia vida, mal podría decidir sobre la vida ajena o sobre la del que está por nacer. Además que sin el derecho efectivo a la vida, no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales”.

Además consideró que el derecho a la vida al hallarse amparado como parte de los derechos garantizados por el Estado, de modo general a todas las personas, es decir, se trata de derechos no sólo individualmente garantizados, sino garantizados al ser humano como parte de una colectividad, debe entenderse su protección no solo como una afectación individual del demandante, sino como la afectación al grupo de seres humanos no nacidos, y no cuantificables, que de manera inminente se ve amenazado por el consumo del producto.

Con lo cual, para la protección de la vida del que está por nacer, se permite a cualquier persona intervenir en su defensa, e inclusive al juez a hacerlo de oficio, por lo que, sostiene la Sala, sería absurdo que el Tribunal Constitucional, máximo órgano del control constitucional en el país, no acepte para sí esta facultad, mucho más cuando el objeto del

control constitucional es asegurar la eficacia de las normas constitucionales, en especial de los derechos y garantías de las personas.

Así, esta sentencia establece que el Estado, en este caso representado en el juez constitucional, no puede sustraerse a su obligación de proteger la vida, aún por sobre el contenido de la ley o a falta de ella; y, muy importante es la consideración de que la sala considere que está en juego la vida de un grupo indeterminable de seres humanos no nacidos, *“cuya protección por ellos mismos es imposible, es imperativo que el Estado asuma incondicionalmente esta protección garantizando el interés superior de los no nacidos, por lo que, al tratarse en este caso de la protección de un derecho difuso, –la vida desde su concepción–...”*

CONCLUSIÓN

Luego de la realización de éste trabajo llego al convencimiento de que el no nacido no es una potencia de persona, sino una persona con potencia; un ser humano en realización. En consecuencia, me inclino por los argumentos que reconocen la humanidad –desde la concepción- del nasciturus y, si bien en ese estado, no es una vida con pleno desarrollo, es una vida de un ser humano que en algún momento del proceso vital tendrá plena conciencia, se realizará y cumplirá un rol en la sociedad.

Por lo tanto, considero que la vida del nasciturus debe reconocerse y protegerse; pues, al contrario, la negación de la humanidad del nasciturus traería -a mi parecer- consecuencias de discriminación entre seres humanos, sin posibilidad para el no nacido de defensa y reivindicación.

Así, luego de este trabajo concluyo que el reconocimiento y garantía de la vida del nasciturus en el Ecuador tiene origen y fundamento constitucional, lo cual comparto y considero conveniente el desarrollo de un sistema eficaz de protección.

En este marco el reconocimiento del derecho a la vida del no nacido, no se contrapone, ni está eventualmente en conflicto con derechos de la madre; la protección de la vida es un fin legítimo y mal podemos discriminar a unos seres en unas situaciones, frente a otros en distintas situaciones.

Al solicitar la despenalización del aborto, aún en determinados casos, es soslayar la vida de un ser humano, y generar un tránsito de la obligación de proteger la vida, a la facultad –y, en otros términos, al derecho- de abortar, lo cual implicaría irrespetar el derecho a la vida del no nacido y debilitar la protección exigida por el mandato constitucional.

BIBLIOGRAFIA:

- Papacchini, Ángelo. DERECHO A LA VIDA. Universidad del Valle, 2010.
- Nino, Carlos Santiago. FUNDAMENTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Editorial Astrea; Buenos Aires, 2002.
- Carpizo, Jorge; y, Valadés, Diego. DERECHOS HUMANOS, ABORTO Y EUTANASIA. Universidad Externado de Colombia – Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM. Bogotá, 2010.
- Morales, J. P. DEMOCRACIA SUSTANCIAL: SUS ELEMENTOS Y CONFLICTO EN LA PRÁCTICA. En *Neoconstitucionalismo y Sociedad* (págs. 85-99). Quito, Ecuador: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ferrajoli, Luigi. LOS FUNDAMENTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES; de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello ed., Trotta.
- Ávila Santamaría, Ramiro. LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2012.
- Ávila Santamaría, Ramiro. Caracterización de la Constitución de 2008, Visión Panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia. LA NUEVA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR, Estado, derechos e instituciones (1a edición ed., Vol. 30). Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Corporación Editora Nacional, Quito, 2009.
- Trujillo, Julio César. TEORÍA DEL ESTADO EN EL ECUADOR. Corporación Editora Nacional / Universidad Andina Simón Bolívar Subsede Quito (Vol. VIII); Quito, 1994.
- Correa, Juan de Dios Vial, y Ángel Rodríguez Guerro. "LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA. DESDE LA FECUNDACIÓN HASTA SU MUERTE", *Acta Bioética* 15.1 (2009): 55-64. Fuente Académica Premier. Web. 24 de julio de 2013.
- Aguirre-Pabon, Javier Orlando. "DIGNIDAD, DERECHOS HUMANOS Y LA FILOSOFÍA PRÁCTICA DE KANT". *Universitas* 123 (2011): 45-74. Fuente Académica Premier. Web. 24 de Julio de 2013.

- Pérez Royo, Javier. CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2002, pag. 330, 331 y 332.
- Díaz, Álvaro Paúl. "ESTATUS DEL NO NACIDO EN LA CONVENCION AMERICANA: UN EJERCICIO DE INTERPRETACION". Ius Et Praxis (07172877) 18.1 (2012): 61-112. Fuente Académica Premier. Web. 24 Julio 2013.
- Pintos, Guillermo Díaz. "LA CONCEPCION "TOTEMICA" DEL "NASCITURUS" EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL" Persona y Derecho 54 (2006): 185-212. Fuente Académica Premier. Web. 24 Julio 2013.
- Posada, Obdulio Velásquez. "CONSTITUCIONAL Y LEGALMENTE, EL NASCITURUS ES PERSONA Y TITULAR DEL DERECHO A LA VIDA" Persona y Bioética 10.26 (2006): 85-103. Fuente Académica Premier. Web. 24 Julio 2013.
- Romeo Casabona, Carlos María. EL DERECHO A LA VIDA: ASPECTOS CONSTITUCIONALES DE LAS NUEVAS BIOTECNOLOGIAS. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- Constitución de la República.
- Convención Americana de Derechos Humanos.
- Convención de los Derechos del Niño.
- Gaceta Judicial S XVI, No. 9.