



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TITULO:

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 150 DEL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, A FIN DE DESPENALIZAR EL ABORTO EN TODOS LOS CASOS DE VIOLACION SEXUAL DE LA CUAL SE HAYA GENERADO UN EMBARAZO NO DESEADO, AL CONTRAPONERSE A LO QUE DISPONE EL NUMERAL 10 DEL ARTICULO 66 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR”

TESIS PREVIA A OPTAR POR EL TITULO DE ABOGADA DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

AUTORA: Martha Gladys Burbano Espinoza

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Mg. Marcelo Costa Cevallos

LOJA - ECUADOR

2014

CERTIFICACIÓN

DR. MARCELO COSTA CEVALLOS MG.

DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO, DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA "UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA".

CERTIFICO:

Haber dirigido y revisado durante su desarrollo el presente trabajo de investigación jurídica, titulado "NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 150 DEL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, A FIN DE DESPENALIZAR EL ABORTO EN TODOS LOS CASOS DE VIOLACION SEXUAL DE LA CUAL SE HAYA GENERADO UN EMBARAZO NO DESEADO, AL CONTRAPONERSE A LO QUE DISPONE EL NUMERAL 10 DEL ARTICULO 66 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR"; y por cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento Académico de la Universidad Nacional de Loja, autorizo su presentación y sustentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, Noviembre del 2014



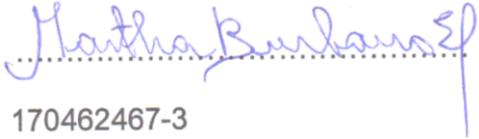
DR. MARCELO COSTA CEVALLOS MG.

DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, MARTHA GLADYS BURBANO ESPINOZA, declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la "UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA" y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente, acepto y autorizo a la "UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA", la publicación de mi tesis en el repositorio institucional-biblioteca virtual.

AUTORA: Martha Gladys Burbano Espinoza
FIRMA: 
CÉDULA: 170462467-3
FECHA: Loja, 20 de Noviembre del 2014

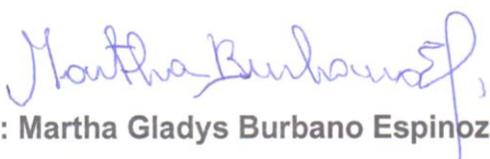
CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DE LA AUTORA, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Martha Gladys Burbano Espinoza, declaro ser autora del presente trabajo de tesis titulada: **“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 150 DEL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, A FIN DE DESPENALIZAR EL ABORTO EN TODOS LOS CASOS DE VIOLACION SEXUAL DE LA CUAL SE HAYA GENERADO UN EMBARAZO NO DESEADO, AL CONTRAPONERSE A LO QUE DISPONE EL NUMERAL 10 DEL ARTICULO 66 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR”**. Como requisito para optar al grado de: ABOGADA; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para con fines académicos; muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital institucional.

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

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 20 días del mes de noviembre del 2014, firma la autora.

Firma: 

Autora: Martha Gladys Burbano Espinoza

Cédula: 1704624673

Dirección: Av. 10 de Agosto y Luis Tufiño – Quito.

Correo electrónico: martha_burbano@yahoo.es

Teléfono: 0984402495

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de Tesis: Dr. MARCELO COSTA CEVALLOS Mg.

Presidente del Tribunal: Dr. Mg. Sc. Augusto Astudillo Ontaneda

Miembro del Tribunal: Dr. Mg. Sc. Igor Eduardo Vivanco Muller

Miembro del Tribunal Abg. PhD. Galo Stalin Blacio Aguirre

DEDICATORIA

La presente Tesis la dedico con gran cariño a mis padres, por su amor y sabias enseñanzas impartidas, a mis hermanos y hermanas, que me motivaron para seguir adelante con mi preparación académica; y, de manera especial a mi hijo Santiago, quien con su amor incondicional y su total apoyo, ha sido el eje y la fuente de inspiración que me permitió culminar con éxito mi carrera de Derecho, en la "UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA" - Modalidad de Estudios a Distancia; y así poder lograr mi objetivo, de poner al servicio de la comunidad, mis conocimientos adquiridos en el transcurso de la misma.

Martha Gladys Burbano Espinoza

AGRADECIMIENTO

Agradezco a DIOS, por haberme permitido culminar con éxito los estudios académicos de la Carrera de DERECHO; dejo constancia de mi sincero reconocimiento a la “UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA”, Modalidad de Estudios a Distancia, a todos los directivos y docentes tutores, por todo su apoyo brindado en el desarrollo de mi carrera; y de manera especial al DOCTOR MARCELO COSTA CEVALLOS MG. Director de Tesis, el cual me brindó la orientación necesaria para la realización del trabajo investigativo. De igual modo, expreso mi agradecimiento a todas las personas profesionales del Derecho, que prestaron su valioso aporte al suministrar la información requerida mediante las encuestas y entrevistas, misma que sirvió de sustento para el análisis jurídico y fundamentación de la propuesta de reforma, en el desarrollo de la presente Tesis.

Martha Gladys Burbano Espinoza

TABLA DE CONTENIDOS

1. TITULO
 2. RESUMEN
 - 2.1. ABSTRACT
 3. INTRODUCCIÓN
 4. REVISIÓN DE LITERATURA
 - 4.1. MARCO CONCEPTUAL
 - 4.2. MARCO DOCTRINARIO
 - 4.3. MARCO JURÍDICO
 - 4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA
 5. MATERIALES Y MÉTODOS
 - 5.1 Materiales Utilizados
 - 5.2 Métodos
 - 5.3 Procedimientos y Técnicas
 6. RESULTADOS
 - 6.1 Análisis e Interpretación de las Encuestas
 - 6.2 Análisis de la aplicación de las Entrevistas
 - 6.3 Jurisprudencia casuística
 7. DISCUSIÓN
 - 7.1 Verificación de Objetivos
 - 7.2 Contrastación de Hipótesis
 - 7.3 Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma.
 8. CONCLUSIONES
 9. RECOMENDACIONES
 - 9.1 Propuesta de Reforma
 10. BIBLIOGRAFÍA
 11. ANEXOS:
- INDICE**

1. TÍTULO

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 150 DEL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, A FIN DE DESPENALIZAR EL ABORTO EN TODOS LOS CASOS DE VIOLACION SEXUAL DE LA CUAL SE HAYA GENERADO UN EMBARAZO NO DESEADO, AL CONTRAPONERSE A LO QUE DISPONE EL NUMERAL 10 DEL ARTICULO 66 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR”

2. RESUMEN

El presente trabajo de investigación comprende un análisis doctrinario, jurídico y crítico sobre los avances significativos en torno a la despenalización del aborto para todas las mujeres que han sido víctimas de violación y de la cual se haya generado un embarazo no deseado, basado en los derechos sexuales y reproductivos establecidos en nuestro país desde la Constitución de 1998, y ratificados en la Constitución aprobada en Montecristi en el 2008, pero que lamentablemente en la práctica, no se les ha logrado dar una efectiva aplicación. El aborto al ser un tema polémico y conflictivo que ha generado grandes debates dentro de la sociedad, sigue ubicándose como un grave problema de salud pública, que afecta la vida de miles de mujeres tanto en el país como en el resto del mundo.

Elegí investigar este tema, porque en la actualidad es un drama que enfrenta nuestra realidad social, que se encuentra vinculado con los grupos feministas que apoyan la despenalización del aborto para todos los casos de violación, y con los grupos que patrocinan el derecho a la vida del no nacido; hecho en el cual, también se hizo pública la presencia del Gobierno mediante el discurso del Presidente Econ. Rafael Correa, quien mantiene su postura por la defensa del no nacido desde su concepción, sin tomar en consideración los derechos reproductivos que le atañen a la mujer, como es la libre opción de decidir si desea continuar o interrumpir un embarazo no deseado, producto de una violación, como lo establece el numeral 10 del artículo 66 de la Constitución.

En el numeral 10 del Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador se contempla "el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener", lo que ha causado controversia con lo que dispone el numeral 2 del Art. 150 del Código Orgánico Integral Penal vigente, que se refiere al aborto no punible, aplicado solamente en casos de: "Si el embarazo es consecuencia de una violación, en una mujer que padezca de discapacidad mental", lo cual vulnera de manera clara y arbitraria el derecho a la igualdad, establecido en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución, para el resto de mujeres, que han sufrido la misma experiencia traumática; y que, por "no padecer de discapacidad mental", en muchos de los casos, les toque enfrentarse a la posibilidad de ser encarceladas si deciden someterse a un aborto, conforme lo manifestaron los profesionales del Derecho en las encuestas y entrevistas a ellos aplicadas.

Por otro lado, la Constitución en su Art. 45, reconoce que "las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y la protección desde la concepción", artículo que avala la protección de la vida prenatal como bien jurídico, creando una situación de grave conflicto entre los derechos constitucionales que garantizan la vida del no nacido, la dignidad de la mujer que ha sido ultrajada por efecto de una violación, la igualdad establecida para todas y todos los ecuatorianos, la opción de decidir cuándo y cuántos hijos e hijas tener, entre otros, disyuntiva que le corresponde al legislativo en su labor de ponderación, tratar primero de armonizarlos, para

luego fijar las condiciones en que podría admitirse la prevalencia de uno sobre otro.

Este trabajo recoge información recopilada de varias fuentes, así como declaraciones de las Conferencias de los Organismos Internacionales de Derechos Humanos, de los cuales el Ecuador forma parte; y el criterio emitido por varios juristas que colaboraron mediante la aplicación de encuestas y entrevistas, las que sirvieron de apoyo en la realización del análisis de los citados artículos constitucionales, y de los establecidos en el nuevo Código Orgánico Integral Penal y más leyes relacionadas al tema, como se verá más adelante dentro del desarrollo del Marco Jurídico de esta Tesis.

2.1. ABSTRACT

This research includes a doctrinal, legal and critical analysis on significant developments around the decriminalization of abortion for all women who have been victims of rape and which has generated an unwanted pregnancy, rights-based sexual and reproductive established in our country since the Constitution of 1998, and ratified in the Constitution adopted in Montecristi in 2008, but unfortunately in practice, has not been able to give them effective implementation. The abortion to be a controversial and divisive issue that has generated much debate within society, still ranking as a serious public health problem that affects the lives of thousands of women both in the home and elsewhere.

I chose to research this topic because today is a tragedy facing our social reality, which is associated with feminist groups who support the decriminalization of abortion in all cases of rape, and the groups that sponsor the right to life the unborn; made in which the public was also present Government through the President's speech Econ. Rafael Correa, who maintains his stance in defense of the unborn from conception, without regard to reproductive rights that concern women, such as the free choice of deciding whether to continue or terminate an unwanted pregnancy, product a violation, as required by section 10 of article 66 of the Constitution.

In paragraph 10 of Art. 66 of the Constitution of the Republic of Ecuador referred to "the right to make free, responsible and informed about their health

and reproductive lives and to decide when and how many sons and daughters have," which has caused controversy with what is stated in paragraph 2 of Article 150 of the Criminal Code of Integral effect, which refers to legal abortion, applied only in cases. "If the pregnancy resulted from rape, a woman suffering from disabilities mental ', which clearly violates the law and arbitrarily to equality provisions of paragraph 2 of Article 11 of the Constitution, for other women who have suffered the same traumatic experience; and that "there have mental disabilities", in many cases, touch them face the possibility of being imprisoned if they choose to have an abortion, as they said the legal profession in the surveys and interviews them applied.

Moreover, the Constitution in Art. 45, recognizes that "children and adolescents enjoy common rights of human beings, in addition to those specific to their age. The State recognizes and guarantees life, including the care and protection from conception "article that guarantees the protection of unborn life as a legal right, creating a situation of serious conflict between constitutional rights that guarantee the life of the unborn, the dignity of the woman who was outraged by the effect of a violation, the established equality for all and all Ecuadorians, the option to decide when and how many children to have, among others, that corresponds to the disjunctive legislative weighting in their work, first try to harmonize them, then set the conditions that it could be accepted prevalence of one over another.

This paper includes information collected from various sources, as well as statements of the Conferences of the International Human Rights

Organizations, of which Ecuador is a party; and criteria issued by various lawyers who assisted by conducting surveys and interviews, which provided support in conducting the analysis of these constitutional provisions, and set out in the new Code Comprehensive Criminal and laws related to the topic as will be seen later in the development of the legal framework of this thesis.

3. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo investigativo titulado "NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 150 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, A FIN DE DESPENALIZAR EL ABORTO EN TODOS LOS CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL DE LA CUAL SE HAYA GENERADO UN EMBARAZO NO DESEADO, AL CONTRAPONERSE A LO QUE DISPONE EL NUMERAL 10 DEL ART. 66 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR", es de gran importancia, porque permite trabajar en una ampliación y profundización del debate acerca del aborto en nuestro país, tema de gran impacto social, jurídico, político, económico y religioso que descubre las disputas y las relaciones de poder, alrededor del género.

El aborto es un fenómeno polémico y de grandes consecuencias tanto en la sociedad ecuatoriana, como a nivel mundial, está íntimamente relacionado con la autonomía de las mujeres sobre sus cuerpos, su sexualidad y su vida reproductiva, derechos consagrados en la Constitución, (Art. 66, numeral 10) temática clave del desarrollo de este trabajo, que abarca la lucha feminista tanto en nuestro país como en el mundo entero.

La presente tesis busca mediante una reforma al Código Orgánico Integral Penal, reivindicar la autonomía de las mujeres y la libre opción de la maternidad, que surge del supuesto al acceso libre y voluntario de la interrupción del embarazo generado por causa de violación sexual, que será probada y certificada por un médico legista, constituyéndose en un elemento fundamental para alcanzar la igualdad de género y la aplicación de derechos

humanos y derechos reproductivos en nuestra sociedad, como lo reconoce la Constitución de la República del Ecuador y las Naciones Unidas en documentos internacionales aprobados por consenso, de los cuales el Estado Ecuatoriano forma parte, teniendo la obligación de cumplirlos.

El trabajo comprende tres partes: La primera, se refiere a la Revisión de Literatura cuyo contenido encuadra el Marco Conceptual, en donde se ha procedido al análisis de los conceptos referidos al tema; el Marco Doctrinario, en el cual se cita la doctrina jurídica emitida por varios autores y tratadistas jurídicos; el Marco Jurídico, en el cual he procedido al estudio y análisis respectivo de los artículos citados en el desarrollo de la presente Tesis, de acuerdo a su orden jerárquico, esto es, desde los enunciados en la Constitución de la República vigente, hasta los citados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ratificados por el Estado y las demás leyes aplicadas al tema; así como el estudio de posiciones Legislativas Comparadas, mediante las cuales, se revela la situación del aborto en el resto del mundo, con lo que se demuestra que en la mayoría de los países desarrollados se permite el aborto en todas las mujeres que han sido víctimas de violación, y que su penalización permanece en muchos de los países en vías de desarrollo; por tanto, no se trata solamente de un debate únicamente social, jurídico o religioso, sino que también implica aspectos económicos y culturales.

En la segunda parte, encontramos la Presentación de los Resultados, mediante tablas de datos y gráficos estadísticos, obtenidos en base a 30

encuestas, así como también, información recopilada de 5 entrevistas, todas aplicadas a profesionales del Derecho, muchos de ellos servidores de la Función Judicial de la ciudad de Quito, quienes emitieron sus criterios jurídicos, personales y sociales respecto al tema, información que me permitió, luego del análisis e interpretación de las mismas, arribar a la Discusión, donde se procedió a la verificación de los objetivos tanto general como específicos y a contrastar la hipótesis, lo que me ayudó a plantear la fundamentación que sustenta la Reforma Jurídica.

En la tercera parte, se encuentran las Conclusiones y Recomendaciones, mediante las cuales se refieren circunstancias que estarían vulnerando preceptos constitucionales, que buscan la tutela de los derechos y garantías de todas y todos los ecuatorianos, y que exigen imperiosamente la reforma y actualización de muchas leyes. Se concluye el trabajo con la Propuesta de Reforma al Art. 150 del Nuevo Código Orgánico Integral Penal, la Bibliografía y los respectivos Anexos.

4. REVISION DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

Al dar inicio a este trabajo, la pregunta alrededor de la cual gira esta investigación es la siguiente: ¿es necesario incorporar una reforma al Código Orgánico Integral Penal, para despenalizar el aborto en todos los casos de violación perpetrado en contra de la mujer ecuatoriana, de la cual se haya generado un embarazo no deseado?

Para el desarrollo correspondiente, iniciaré con el análisis de los siguientes conceptos:

4.1.1. VIOLACIÓN.-

El término violación, no se refiere únicamente a delitos sexuales, también se lo emplea en hechos como la violación de domicilio, de correspondencia, de privacidad o intimidad, de secretos, etc. En el presente trabajo, la expresión violación se la relacionará únicamente como delito sexual.

El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas, señala:

- *"Violación.- es la Infracción, quebrantamiento o trasgresión de ley o mandato. / Incumplimiento de convenio. / Tener acceso carnal con mujer privada de sentido, empleando fuerza o grave intimidación o, en todo caso, si es menor de 12 años, en que carece de discernimiento para consentir un*

*acto de tal trascendencia para ella". / DE LA MUJER. Delito contra la honestidad y contra la libertad que se comete yaciendo carnalmente con mujer contra su voluntad expresa, por emplear fuerza o grave intimidación; contra su voluntad presunta, por encontrarse privada temporal o permanentemente de sentido, por enajenación mental, anestesia, desmayo o sueño; o por faltarle madurez a su voluntad para consentir en acto tan fundamental para su concepto público y privado, para la ulterior formación de su familia y por la prole eventual que pueda tener."*¹

En el marco legal ecuatoriano este delito se encuentra tipificado en el nuevo Código Orgánico Integral Penal, recientemente puesto en vigencia, dentro del Título IV "Infracciones en Particular", Sección Cuarta, "Delitos contra la integridad sexual y reproductiva", Art. 171, que señala:

- **"Artículo 171.- Violación.-** *Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:*
- 1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse;*
 - 2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.*
 - 3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.*

¹ CABANELLAS DE TORRES GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, 18ª. Edición, 2006, Buenos Aires, pág. 388.

Se sancionará con el máximo de la pena prevista en el primer inciso, cuando:

- 1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente.*
- 2. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal.*
- 3. La víctima es menor de diez años.*
- 4. La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima.*
- 5. La o el agresor es ascendiente o descendiente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.*
- 6. La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo. En todos los casos, si se produce la muerte de la víctima se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años".²*

De estas definiciones se puede deducir que la violación es una conducta de agresión sexual que constituye la mayor vulneración a los derechos de libertad sexual de la víctima, por la humillación sufrida y por la falta de miramiento a su condición humana; y que nuestra legislación ha tipificado como conducta lesiva por el acto de abusar sexualmente de una persona sin su consentimiento, independientemente del sexo que tenga, mediante el uso de la fuerza, la violencia o la intimidación, para cometer tan repudiable acto. Las víctimas

² CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Suplemento R.O. N° 180, aprobado en febrero 10/2014, Sec. Cuarta, "Delitos contra la integridad sexual y reproductiva", Art. 171.

pueden ser menores de edad, mujeres, adolescentes, personas en estado de inconsciencia, personas con discapacidad mental u otras discapacidades físicas, y sus agresores pueden ser individuos que de una u otra forma se encuentran vinculados al entorno de la víctima y que para dar rienda suelta a sus malos instintos, se aprovechan de la oscuridad de la noche o de cualquier otra circunstancia que les sea favorable para la realización de este hecho.

Los sujetos de este agravante son: **Sujeto Activo**, que sólo podrá ser un varón, pues él y no una mujer puede realizar la penetración propia del acceso carnal; aunque una mujer puede actuar como cómplice o instigadora.

Sujeto Pasivo, puede ser tanto el varón como la mujer, ya que ambos pueden ser accedidos carnalmente por un varón. Las penas establecidas van acordes a los supuestos señalados en el mencionado artículo.

4.1.2. FECUNDACIÓN.-

La Real Academia Española da como definición directamente originada en su etimología: "*Fecundación.- acción y efecto de fecundar*". *Proviene del latín (fecundāre), entendiendo por esto dentro de la Biología "unir la célula reproductora masculina a la femenina para dar origen a un nuevo ser"; / "hacer directamente fecundo o productivo algo por vía de generación u otra semejante"*.³

De lo expuesto, la fecundación consiste en la unión de un espermatozoide y un óvulo para formar un cigoto. Cuando el espermatozoide alcanza la superficie

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, España, 2001.

del óvulo se fusionan las dos membranas plasmáticas y el núcleo del espermatozoide se dirige hacia el interior del óvulo, en donde se unen el núcleo femenino con el núcleo masculino, aportando cada uno de ellos un número de 23 cromosomas, lo que da un total de 46, que son aquellas que poseen la dotación completa de material genético, es decir las que dan origen a la creación de un nuevo ser humano.

4.1.3. EMBARAZO.-

El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas, señala:

"Embarazo.- Estado de la mujer que se encuentra encinta. / Lapso entre la concepción y el parto o el aborto".⁴

El embarazo comprende el período de tiempo que va desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, hasta el momento del parto. En este se incluyen los procesos físicos de crecimiento y desarrollo del feto en el útero de la madre y también los importantes cambios que ella experimenta a medida que éste va avanzando, que además de físicos son morfológicos y metabólicos.

El embarazo humano dura entre 38 y 40 semanas, equivalente a 9 meses calendario. El primer trimestre de embarazo resulta ser el más riesgoso por la posibilidad de pérdida del mismo, que puede suscitarse por aborto espontáneo.

⁴ CABANELLAS DE TORRES GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, 18ª. Edición, 2006, Buenos Aires, pág. 141.

Durante el segundo trimestre el desarrollo del feto puede empezar a ser monitorizado o diagnosticado.

El tercer trimestre marca el principio de la **viabilidad**, aproximadamente después de la semana 25, que quiere decir que el feto podría llegar a sobrevivir de ocurrir un parto prematuro, parto normal o cesárea.

Mientras permanece dentro, el cigoto, embrión y luego feto, obtiene de su madre todos los nutrientes y el oxígeno y elimina los desechos a través de la placenta, que se encuentra anclada a la pared interna del útero y está unida al feto por el cordón umbilical, la misma que es expulsada luego del parto o alumbramiento de la criatura.

4.1.4. CIGOTO, EMBRIÓN, FETO.-

El Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, manifiesta:

- **"Cigoto.-** *Célula resultante de la fusión de los dos gametos, un óvulo y un espermatozoide en el proceso denominado fecundación, que da lugar al óvulo fecundado, el cual contiene una combinación del ADN de ambos progenitores".⁵*

⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, España, 2001.

- **"Embrión.-** *Ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie".⁶*

- **"Feto.-** *Del latín (fetus, cría). Embrión de los mamíferos placentarios y marsupiales, desde que se implanta en el útero materno hasta el momento del parto".⁷*

Procederé a hacer un breve análisis respecto a estas definiciones:

Dentro del proceso del embarazo, el cigoto es el primer estadio de vida, se produce tras la unión del óvulo y espermatozoide (gameto femenino y masculino) que al fusionarse forman una nueva célula con un núcleo y 46 cromosomas, 23 de origen materno y 23 de origen paterno.

A las 24 horas aproximadamente de la fusión, se produce la primera división por lo que deja de denominarse cigoto y comienza el periodo embrionario.

A partir de la unión de las dos células hasta las 8 semanas de gestación se produce el desarrollo del embrión. Es una etapa de fuertes cambios celulares.

⁶ *Ibídem.*

⁷ *Ibídem.*

Entre los días 7 y 8 comienza la implantación del embrión, es un período crítico, Se trata de la fijación en el útero de la mujer, concretamente en una capa interna denominada endometrio.

El embrión sale de una membrana que lo protege y empieza a introducirse dentro del endometrio, la implantación termina en el día 14 después de la fecundación, de forma que el endometrio queda invadido por el blastocito (embrión).

A partir de este momento, el embrión crece a un ritmo acelerado y pasa de tener una forma redondeada e irreconocible a adquirir una forma un poco más alargada, tiene una silueta parecida a la de un bebé, aunque sin ningún tipo de detalles. Después de la octava semana de gestación se termina el periodo de embrión y comienza la etapa fetal.

En el feto ya existen los órganos, aunque no desarrollados del todo ya empiezan a funcionar, como el cerebro, hígado y los riñones. También comienza el desarrollo de las extremidades y los dedos.

Es el periodo más largo, el futuro bebé se llamará feto hasta el momento de su nacimiento entre las semanas 38 y 40 de embarazo.⁸

⁸ www.Reproduccionasistida.org.

Al momento de su nacimiento y al ser la criatura separada de su madre por la ruptura del cordón umbilical, pasa a ser una persona con todos los derechos inherentes a ella.

4.1.5. PERSONA, CLASES DE PERSONA.

Según el Diccionario Usual de Guillermo Cabanellas, existen varias definiciones de persona, de las cuales he elegido las siguientes:

*"Persona, filosóficamente, sustancia individual de naturaleza racional (Boecio). Naturaleza humana encarnada en un individuo (Headrick). / Ser humano capaz de derechos y obligaciones, el sujeto del Derecho. / NATURAL. El hombre en cuanto sujeto del Derecho, con capacidad para adquirir y ejercer derechos, para contraer y cumplir obligaciones, y responder de sus actos dañosos y delictivos."*⁹

El Código Civil ecuatoriano, expresa:

Art. 41.- "Persona natural.- Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición. Divídense en ecuatorianos y extranjeros."¹⁰

⁹ CABANELLAS DE TORRES GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, 18ª. Edición, 2006, Buenos Aires, pág. 290.

¹⁰ CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO. TOMO I, Corporación de Estudios y Publicaciones, 15ta. Edición, actualizado a agosto de 2009. Pág. 12. Art. 41.

La persona propiamente dicha, es un ser humano con rasgos físicos y síquicos concretos, consciente de sí mismo y que ostenta una identidad propia y única, en la cual conviven la sociabilidad, la sensibilidad, la inteligencia, la voluntad, aspectos que en definitiva le dan ese carácter de único y singular.

Dentro del Derecho, la persona es todo ente susceptible de adquirir ciertos derechos y cumplir obligaciones para con los otros y en circunstancias que se producen alrededor de un hecho, o evento dado y en el cual está inmerso. Una persona en Derecho puede ser **física** y ostentar una existencia visible, como es el caso de un ser humano, pero además, existen personas de existencia ideal o **jurídica** que son las que generalmente se entienden como sociedades, corporaciones, fundaciones, por ejemplo, el Estado, entre otras.

4.1.6. ABORTO.

Para Guillermo Cabanellas, el término *"aborto proviene del latín abortus, que a su vez viene de dos raíces latinas; de **ab** que quiere decir privación y **ortus** que significa nacimiento"*.¹¹

Por lo tanto, según las raíces del término, aborto es la privación del nacimiento, o sea, la eliminación de lo que no ha podido llegar a su completa madurez y debido desarrollo.

¹¹ CABANELLAS DE TORRES GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, 18ª. Edición, 2006, Buenos Aires, pág. 13.

Señala el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, *"aborto es la acción de abortar; pero su significado real es, Interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas..."*¹² El mismo diccionario revela que el aborto, en ciertas ocasiones, como así sucede en muchas legislaciones puede constituir un delito. También puede significar monstruo o engendro, siendo muchas veces utilizado en términos peyorativos, es decir, tratando de herir o causar enojo a la gente.

4.1.7. TIPOS DE ABORTO.

➤ Aborto espontáneo.

El aborto espontáneo o aborto natural es aquel que no es provocado intencionalmente. La causa más frecuente es la muerte fetal por anomalías congénitas del feto, frecuentemente genéticas. En otros casos se debe a anomalías del tracto reproductivo, o a enfermedades sistémicas de la madre o enfermedades infecciosas.

➤ Aborto inducido.

El aborto inducido es la interrupción activa del desarrollo vital del embrión o feto hasta las 22 semanas del embarazo. Puede tratarse de un aborto terapéutico o aborto indirecto cuando se realiza desde razones médicas, o de un aborto electivo, (interrupción voluntaria del embarazo por diferentes causas) por

¹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, España, 2001.

ejemplo por violación, y se realiza por decisión y consentimiento de la mujer embarazada.

A su vez, según la técnica empleada para inducir el aborto, se puede hablar de aborto médico o aborto con medicamentos y aborto quirúrgico.

➤ **Aborto terapéutico.**

Es el realizado cuando el embarazo pone en peligro la vida o la salud de la mujer embarazada. Esta situación ha sido superada en gran manera debido al avance y tecnología de la medicina. Quedan algunas pocas situaciones excepcionales, en las que además el feto no va a ser viable, por ejemplo el caso del embarazo ectópico, en el que la implantación del embrión no acontece en el útero, sino en las trompas.

El antiguo Código Penal Ecuatoriano, en sus artículos 441 al 446, normaba los tipos de aborto y la respectiva sanción con diferentes penas, que iban de acuerdo a la causa que lo provoque y a quienes lo practicaran de manera ilícita; estos eran: aborto no consentido, aborto preterintencional, aborto voluntario consentido, aborto letal, aborto efectuado por profesionales de la salud. En todos estos artículos, únicamente se utilizaba las expresiones "hecho abortar", "haga abortar", "hacer abortar" y no se instituía ninguna caracterización del aborto, aunque sea para diferenciarlo de algún otro delito contra la vida. El Art. 447 que se refería al aborto terapéutico y eugenésico, era el único que no era punible, para todos los casos en que peligrase la salud o

vida de la madre; y, en casos de violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente.¹³ Este Código fue reemplazado por el Código Orgánico Integral Penal, aprobado en febrero del 2014 y puesto en vigencia a partir del 10 de agosto del mismo año.

En esta nueva legislación, el delito de aborto se encuentra tipificado en los artículos: 147.- Aborto con muerte; 148.- Aborto no consentido; 149.- Aborto consentido; los cuales son penados de acuerdo a las circunstancias en que se realice el ilícito; y, el artículo 150.- Aborto no punible, el cual exime de pena, si éste se realiza para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada; o, si el embarazo es producto de una violación a mujer que padezca de discapacidad mental. De igual manera no define ni caracteriza al delito de aborto.¹⁴

Conviene tener en cuenta el aborto dentro del Derecho Civil y del Derecho Penal. En el primero se entiende por aborto aquel parto ocurrido antes del límite señalado para la viabilidad del feto; en el segundo es un género de delito, consistente en el uso voluntario de medios adecuados para producir un mal parto o la anticipación de este, con el fin de que perezca el feto. Siendo distinto el aborto según la causa que lo provoque.

¹³ CÓDIGO PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a febrero 2011, Capítulo I, "De los delitos contra la vida", Págs. 94 - 95. Arts. 441 al 447.

¹⁴ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Suplemento R.O. N° 180, aprobado en febrero 10/2014, puesto en vigencia a partir del 10 de agosto 2014. Libro Primero, Título I, Arts. 147 - 150.

4.1.8. DELITO.-

Según el Diccionario de Guillermo Cabanellas, "Etimológicamente la palabra Delito proviene del latín "delictum", expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa".¹⁵

El Código Orgánico Integral Penal, en su Libro Primero, Título I "La Infracción Penal en General", señala en el segundo inciso del *Art. 19.- "Delito es la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días".*¹⁶

En relación a estos conceptos se puede deducir que el delito es el desajuste de la conducta del ser humano, únicamente con el ánimo de causar daño a la sociedad, al vulnerar los derechos de las personas o de bienes jurídicamente tutelados y garantizados por la Constitución, que se adecúa a una norma jurídica tipificada en la ley, sea por acción u omisión, el mismo que es sancionado con una pena, de acuerdo a la gravedad de la transgresión.

4.1.9. PENALIZAR.

Imponer una sanción o castigo, previamente establecida por la ley, a quien comete un delito o falta específicos, contraviniendo una norma.

¹⁵ CABANELLAS DE TORRES GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, 18ª. Edición, 2006, Buenos Aires, pág. 114.

¹⁶ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Suplemento R.O. N° 180, aprobado en febrero 10/2014, Libro Primero, Título I, Art. 19, 2º inc.

4.1.10. DESPENALIZAR.

Eliminar el carácter penal de lo que constituía delito; *Ej. Proponen despenalizar el consumo de algunas drogas.*

Despenalizar es dejar de aplicarle la pena a alguien que es merecedor de ella. El concepto de despenalización se aplica a los delitos, no a los delincuentes. Se trata de delitos consentidos por la sociedad, respecto a los cuales ésta manda a los jueces que no apliquen la pena que con carácter general corresponde a determinados actos.

Despenalizar el aborto no obliga a ninguna mujer a abortar. Penalizarlo criminaliza a todas.

En el caso del Ecuador, el aborto es un delito de acción penal pública sea este consentido o no; e inclusive impone rigurosas penas a los profesionales que lo practican, pero el aborto no es sancionado en los dos casos estipulados en el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal, como se señaló en líneas anteriores.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

Iniciaré con una breve reseña histórica del aborto.

4.2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS SOBRE EL ABORTO.-

Al revisar la evolución del aborto a través de la historia, se puede advertir que, en muchos lugares las prácticas abortivas no eran condenadas, como lo son ahora en la actualidad; no solo a nivel social, sino que aún, en muchas legislaciones como la nuestra, lo consideran como un hecho delictivo que merece sanción.

La historia jurídica se remonta a Roma, civilización importante, quizás por ser el antecedente más próximo que sobre este delito se tiene. Pero podemos ir más atrás en el tiempo, y encontrarnos con civilizaciones más antiguas que ya conocían de esta práctica.

Roma en un principio no consideró al aborto como un delito, ya que consideraban al feto como parte de las entrañas del cuerpo de la mujer embarazada, así que ésta podía disponer libremente del fruto que crecía en sus entrañas. Cabe mencionar que el uso de sustancias abortivas se penalizaba en cierta forma con las mismas sanciones existentes para el uso de venenos; cierto es que la mujer podía disponer de su cuerpo, pero en el caso del aborto, debía hacerlo de formas habilidosas para evitar castigos.

Posteriormente cambió en cierta forma la mentalidad del romano y solo era penalizado el aborto realizado en forma intencional por la mujer casada; como una ofensa inferida al marido, ya que el derecho a proteger era el que tenía el esposo sobre “la prole” esperada. La sanción era de confiscación o destierro, teniendo además, ciertas penas pecuniarias en algunos casos y si el aborto originaba la muerte de la mujer, se llegaba hasta la pena capital.¹⁷

Con la adopción del cristianismo en el imperio romano, se consideraron los pensamientos de Aristóteles filósofo griego y Plinio notable personaje romano, dedicado a las letras, quienes señalaban que el feto en un principio era inanimado (*corpus informatum*), y que luego de ochenta días en el caso de las hembras, y cuarenta días en el caso de los machos humanos era (*corpus formatum*), donde ingresaba el alma al cuerpo, dándole vida.

Es por esto que las mujeres que se procuraban un aborto antes de fenecido este plazo, tenían una sanción menor a las que lo hacían después, cuando el feto ya era (*corpus formatum*) en estos casos las sanciones eran similares a las de homicidio.¹⁸

El Derecho Canónico diferenciaba la muerte del feto con alma y sin alma, de seis a diez semanas después de la concepción, según el sexo tenía alma; así se divide al aborto otra vez en delito grave y en delito de menor jerarquía. Cuando el aborto provocaba la muerte de un feto con alma, tenía una sanción

¹⁷ CUELLO CALÓN EUGENIO, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 529.

¹⁸ *Ibídem*.

equivalente a la pena de muerte; para quien ocasionaba la muerte de un feto sin alma, e, castigo era el destierro.

Las sanciones eran fuertes, tal vez producto del retraso investigativo del Derecho Penal, ya que no debió hacerse una analogía entre homicidio y aborto para el caso de las penas, porque el feto no tiene la característica de persona.

En la antigua España, el aborto era reglamentado por el Fuero Juzgo, el que adoptaba sanciones muy fuertes, el castigo era la pena capital o la ceguera para los que mataban a sus hijos antes o después de su nacimiento. Los que daban a la mujer sustancias abortivas, también eran castigados con estas mismas penas, que iban desde pecuniarias, hasta pena de muerte, pasando por la provocación de la ceguera y azotes.¹⁹

Ya, a principios del siglo XX, muchos países empezaron a despenalizar el aborto cuando este era efectuado para proteger la vida de la madre, y en algunos casos para proteger la salud de la madre. Islandia fue el primer país occidental en legalizar el aborto terapéutico bajo circunstancias límite. En 1935, le siguió Rusia.

Desde finales de la Segunda Guerra Mundial, en casi todos los países industrializados la normativa acerca del aborto comenzó a ser liberalizada y desde la década de los 50, la mayoría de los países ex socialistas de Europa Central y del Este consideraron al aborto como un acto legal cuando se

¹⁹ *Ibíd.*

practicaba en el primer semestre del embarazo y a solicitud de la mujer embarazada.

A finales de los años 60, las mujeres en Canadá, Estados Unidos, y después en casi toda Europa, empezaron a rechazar el dominio masculino en el debate sobre el aborto afirmando que la decisión de abortar era completamente personal.

Hacia finales de la década de los 60 y durante los 70, la mayoría de los países desarrollados despenalizaron el aborto y ampliaron las circunstancias en que éste es permitido. En 1973 existían 44 países en los que el aborto era legal, de los cuales, 19 sólo lo permitían por razones médicas, 6 incluían además razones morales y 19 más incluían otros tipos de razones.

Con Beccaria, se produjo una atenuación en las penas del aborto. En las legislaciones actuales se ha aceptado la disminución de la pena del aborto, en distintos grados. En algunas de ellas, es autorizado.²⁰

Tan sólo hay seis estados en el mundo donde no está permitido el aborto terapéutico en ningún caso: Chile, El Salvador, Nicaragua, República Dominicana, Malta y el Vaticano.²¹

4.2.2. VARIAS DEFINICIONES DE ABORTO.

Al hablar de aborto no solo debemos relacionarlo con delito. La palabra aborto, tiene algunas acepciones, a continuación citaré algunas de ellas.

²⁰ Ibídem.

²¹ United Nations. Department of Economic and Social Affairs. Population Division (2012). *World Abortion Policies 2011*

Algunos maestros del Derecho, en sus análisis jurídicos, a más del vocablo aborto utilizan la palabra feticidio, que en ciertas circunstancias viene a ser sinónimo de la primera.

Según el Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas, el término "*aborto proviene del latín abortus, que a su vez viene de dos raíces latinas; de **ab** que quiere decir privación y **ortus** que significa nacimiento*".²² Entonces literalmente, según las raíces del término, aborto es la privación del nacimiento.

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, lo define: "Aborto es la acción de abortar"; pero su significado real es "*Interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas (...)*".²³ El mismo diccionario revela que el aborto, en ciertas ocasiones, como así sucede en muchas legislaciones puede constituir delito.

Francisco Muñoz Conde, dice: "*El aborto puede definirse como la muerte del feto. Dicha muerte puede tener lugar en el seno de la madre o provocando su expulsión prematuramente. Como es lógico, ha de tratarse de un aborto producido por la actividad humana, quedando fuera del ámbito penal los abortos espontáneos.*"²⁴

Una definición médico legal es la que ofrece el médico alemán Pietrusky, considerada por algunos tratadistas como moderna y amplia. "*Aborto es toda*

²² CABANELLAS GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental, Ed. Heliasta, Buenos Aires, Decimoctava Edición, 2006, pág. 13.

²³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, España, 2001, Tomo 1, pág. 7.

²⁴ MUÑOZ CONDE FRANCISCO, Derecho Penal, Parte Especial, 6ta. Edición. Ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla-España, 1985, pág. 66.

interrupción artificial del embarazo, no ejecutada por indicación médica o por indicación eugenésica".²⁵

Esta definición es válida para legislaciones que consideran al aborto como un hecho típico, como es el caso del Código Orgánico Integral Penal en Ecuador.

El autor español José María Rodríguez Devesa, nos dice al respecto: *"el aborto consiste en la muerte del feto mediante su destrucción mientras depende del claustro materno o por su expulsión prematuramente provocada."*²⁶

Otros autores como Maggiore,²⁷ consideran al feticidio como la muerte violenta del feto durante el parto, aunque el propio Maggiore reconoce que se llama impropriamente "feticidio", porque el feto que nace, ya no es feto, sino hombre y persona: Esto no debe dar lugar a confusiones, el maestro Carrara dio y usó dicha expresión como sinónimo de aborto.

El Código Penal ruso en su Art. 482, señala: *"Aborto es la interrupción del curso normal de la preñez por cualquier medio."*²⁸, definición de aborto bastante clara y simple, destacando que es una de las pocas legislaciones penales codificada que lo especifica.

²⁵ PIETRUSKY SCHÜTT, Handwörterbuch der Gerichtlichen Medizin, Ed. Neureiter, Berlín, 1940, Pág. 242.

²⁶ RODRÍGUEZ DEVESA JOSE MARÍA, Derecho Penal Español. Parte Especial 9na. Edición, Madrid, España, 1983, pág. 81.

²⁷ MAGGIORE GIUSEPPE, Derecho Penal, Volumen IV, 3º ed., Ed. Tenis, Colombia, 1989, Pág. 276.

²⁸ Código Penal Ruso. Artículo 482

Es importante señalar que Rusia a pesar de que despenalizó el aborto años atrás, todavía guarda una definición, ya que el aborto practicado en centros no autorizados para hacerlo, es aún ilegal.

Los países que han despenalizado el aborto, no hacen una distinción entre el delito y las prácticas eugenésicas o terapéuticas. Muchos confunden aborto con hecho delictivo, es necesario aclarar que no siempre un aborto constituye un hecho punible. La palabra aborto es general, se utiliza tanto en la obstetricia como en el derecho.

Para la obstetricia, el aborto es la muerte del producto de la concepción antes que éste sea viable, o sea antes de los ciento ochenta días de gestación. Desde el punto de vista jurídico, el aborto es la interrupción del embarazo, debido a la muerte del feto causado por la acción de la mujer gestante o de un tercero, con o sin su expulsión del seno materno.

4.2.3. ANALISIS DEL ABORTO COMO DELITO.

El maestro de la escuela clásica penal, Francesco Carrara, que consideraba al delito en general como un ente jurídico, al referirse al aborto lo define como "feticidio" y señala: *"Defino el feticidio como la muerte dolosa del feto dentro del útero, o como su violenta expulsión del vientre materno, de la que se sigue la muerte del feto. Los elementos de este delito son: 1. la preñez; 2. el dolo; 3. Los medios violentos; 4. La muerte subsiguiente del feto."*²⁹

²⁹ CARRARA FRANCISCO, Programa de Derecho Criminal, Ed. Temis, Bogotá, 1991, Tercera Edición, Tomo 3, pág. 264.

En la primera parte de su definición, el autor agrega aquí como elemento nuevo el dolo, la intención de causar el daño o ejecutar maniobras para conseguir un objetivo determinado, que en este caso es la eliminación del fruto de la concepción; en esta definición sencilla excluye las formas no dolosas de aborto, la eugenésica y la terapéutica; la segunda parte es un poco más simple y general, ya que solo considera al aborto como la violenta expulsión del feto del vientre materno, cuyo desenlace es su muerte.

Cabe mencionar que el carácter de violento que pueda tener un aborto, no solo se remite a que fue inducido o provocado, pueden existir abortos abruptos causados natural o espontáneamente, como en el caso del embarazo ectópico. Feticidio simplemente significa dar muerte al feto. Es un término muy bien empleado, para quienes consideran que el feto es una vida, aunque sea únicamente en el plano de la viabilidad. Quien considera al feto una víscera más de la mujer embarazada es poco probable que use este término.

La palabra feticidio, es un término forense por naturaleza, y que incluso lleva consigo un tinte de responsabilidad, no es conveniente usarlo en casos de abortos eugenésicos o terapéuticos, que son eximentes de responsabilidad penal.

Considero que el maestro Carrara, relaciona al aborto como feticidio, por cuanto la mujer al abortar lo que expulsa o elimina es un feto, pero si ésta decide concluir con su embarazo, lo que nace ya no es un feto, sino una persona con todos los derechos inherentes como tal, como lo asegura el jurista Maggiore.

Carrara también coincide en que el aborto no puede ser juzgado de igual forma que el homicidio; sobre este tema comenta: "más este delito, por odioso y vituperable que sea, nunca puede equiparse en gravedad con el homicidio, pues la vida que en él se extingue no puede considerarse todavía como definitivamente adquirida; es más una esperanza que una certeza; y entre el estado de feto y el de hombre hay tanto intervalo y se interponen tantos obstáculos y peligros, que siempre puede quedar en duda si, aún sin la expulsión violenta, esa vida esperada hubiera podido llegar a convertirse en una realidad. Consiguientemente el delito de feticidio, por una justa consideración de proporciones, debe considerarse mucho menos grave que el homicidio, aún por el solo aspecto primario de la cantidad natural. El daño inmediato es, respecto al ser que se extingue, tanto menor cuanto eran mayores las probabilidades de que ese ser no hubiera logrado nunca la vida extrauterina y también es menor en cuanto a la sociedad y a la familia."³⁰

Dentro de su definición el maestro Carrara también explica los elementos de este delito: preñez, dolo, medios violentos y muerte subsiguiente del feto.

La preñez es el elemento material del delito y es cuando la mujer ha concebido un nuevo ser que aún no ha nacido. "Cuando la mujer no consiente en el aborto procurado, los sujetos pasivos del delito son dos: la mujer a quien se le ha ocasionado el aborto, y el feto a quien se ha dado muerte; pero cuando es la mujer misma la que se procura el aborto, o lo consiente, entonces el único

³⁰ CARRARA FRANCISCO, Programa de Derecho Criminal, Ed. Temis, Bogotá, 1991, Tercera Edición, Tomo 3, página 265.

sujeto pasivo del delito es el feto."³¹ Por lo tanto, es preciso que el feto exista, porque no puede haber delito contra lo que no tiene entidad; y por lo mismo es necesario que la mujer esté embarazada, y que su preñez esté probada por la acusación, de manera positiva.

El dolo en el "aborto procurado" como lo denomina el maestro Carrara, que se refiere al aborto intencional, se compone de dos elementos: el conocimiento de la preñez y la intención encaminada a expulsar al feto; en el aborto culposo, distingue Carrara dos circunstancias: cuando se trata de una mujer embarazada lícitamente, se considera "más digna de compasión" y no sería humano agregar a su dolor un problema legal; y, cuando la mujer ha sido embarazada ilícitamente (violación) "se presentan grandes controversias. Algunos han vacilado en dejar impune en ella, el aborto culposo, por sospechar que bajo el pretexto de inadvertencia se escondiera el dolo; mas si esta sospecha puede llegar a esmeradas investigaciones con el fin de probar que la mujer es culpable de aborto intencional, no puede bastar para imputarle como delito punible el título de aborto culposo, cuando en realidad resulta que este se efectuó por mera imprudencia."³²

"Cuando el aborto se realiza por la acción de un tercero, debe distinguirse, si el hecho de este tercero procedió de mera imprudencia y sin intención de ofender a la mujer, podrá imputársele el título de lesión culposa gravísima; si un hombre golpea dolosamente a la mujer encinta, sin conocer su estado, y ocasione el aborto, se tendrá el título de lesión preterintencional gravísima; y si, finalmente

³¹ *Ibíd.* Pág. 266.

³² CARRARA FRANCISCO, Programa de Derecho Criminal, Ed. Temis, Bogotá, 1991, Tercera Edición, Tomo 3, página 272.

la golpea, conociendo su estado, se tiene el título de lesión dolosa gravísima. De modo que la ciencia moderna no reconoce el título de feticidio sino cuando concurre intención dirigida a la muerte del feto; pero no hay esta intención, si se trata del hecho de la mujer, cesa toda responsabilidad penal; y si se trata del hecho de un extraño, entra en su lugar otro título de delito."³³

Los medios violentos son los medios abortivos y pueden ser morales, cuando se provoca temor en la mujer; físicos al darle sustancias abortivas; y mecánicos, los golpes.

El último elemento que señala Carrara, es la muerte del feto, que debe mantener estrecha relación con los tres elementos anteriores.

Francisco González de la Vega³⁴ manifiesta respecto al delito de aborto, que la nomenclatura no es correcta, que debió llamarse delito de feticidio, como lo llamó Francesco Carrara, pero concluye diciendo: "independientemente de este error en la nomenclatura, la noción actual es preferible por clara, racional y sincera; en efecto, el objetivo doloso de la maniobra no es otro que atentar contra la vida en gestación para evitar la maternidad; los bienes jurídicos protegidos a través de la sanción son: la vida del ser en formación, el derecho a la maternidad en la madre, el derecho del padre a la descendencia y el interés demográfico de la colectividad. La acción antijurídica puede reconocer como posibles sujetos pasivos, aparte del huevo, embrión o feto, a la madre cuando no ha presentado su consentimiento, al padre y a la sociedad; el atentado

³³ Ibídem, página 273.

³⁴ GONZÁLEZ DE LA VEGA FRANCISCO, Derecho Penal Mexicano, 10º ed., Ed. Porrúa, S.A., México 1978, Pág. 127.

consiste en la supresión de la maternidad en gestación, es decir en la muerte del producto de la concepción. Para la integración del delito no interesa cual haya sido el vehículo de esa muerte, ni interesan las maniobras de expulsión, extracción o destrucción del feto (huevo, embrión o feto propiamente dicho); la consecuencia de muerte es el fenómeno importante".

Para el jurista Eugenio Cuello Calón el aborto consiste *"...en la expulsión prematura y violentamente provocada del feto o en su destrucción en el vientre materno. Hay pues, aborto en sentido ilegal, y así lo declara la jurisprudencia cuando se causa la destrucción o aniquilamiento del fruto de la concepción. Es indiferente que se trate de preñez intrauterina o extrauterina, en este caso el aborto es igualmente punible. El aborto es punible en todo momento de la gestación, desde la concepción hasta el comienzo de la expulsión del feto; en este sentido se inspira nuestra jurisprudencia. No importa que el feto sea o no viable."*³⁵

El citado autor al hablar de embarazo extrauterino, se está refiriendo a la preñez también llamada ectópica, que supone la incorrecta implantación del cigoto en el útero de la madre. En muchas ocasiones el embrión se asienta en las trompas de Falopio, lo que constituye grave peligro para la madre y para el mismo embrión; en definitiva, en un embarazo extrauterino, un feto por lo general no tiende a desarrollarse por más de tres meses, por lo que es inevitable la práctica del aborto y consecuentemente su no punibilidad.

³⁵ CUELLO CALÓN EUGENIO, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 531.

Por lo mencionado, es debatible la posición del autor, en el sentido que considera indiferente al aborto practicado en un embarazo normal y en un embarazo extrauterino. Una de las normas establecidas en la mayoría de las leyes penales que han dejado libre de punibilidad, es el aborto terapéutico, justificado por razones médicas. La mayor parte de las legislaciones que regulan el aborto, tanto las permisivas como las restrictivas, distinguen en diferente grado, entre la total o mayor necesidad de la aplicación del aborto terapéutico, respecto a la interrupción voluntaria del embarazo, con el fin de evitar el riesgo de muerte que puede sufrir la madre en ciertos embarazos peligrosos; por lo tanto, exime de responsabilidad penal a quien lo realice.

De todos estos conceptos emitidos por los tratadistas, se llega a la conclusión de que el aborto es una manera de eliminar una vida que está por nacer, llámese cigoto, embrión o feto, soporte que ha servido de fundamento para que en la legislación penal de varios países, incluido el Ecuador se lo tipifique como un delito, habiendo excepciones específicas que han determinado que puede permitirse en ciertas circunstancias en que haya primacía de valores que justifiquen dicho acto y que lo liberen de sanción.

La mayoría de estas legislaciones no lo han penalizado para los casos de aborto terapéutico o eugenésico y para los casos de violación.

Sobre este delito, existen dos posturas, la primera de la que forma parte el Ecuador, que condena al aborto en cualquier etapa del embarazo, y la segunda que lo aprueba.

4.2.4. MOVIMIENTOS A FAVOR DE LA LEGALIZACIÓN DEL ABORTO.

Los Movimientos que están a favor de la legalización del aborto, conocidos como Pro-elección, o Movimientos Abortistas, que reclaman su despenalización, generalmente demandan leyes de plazos frente a leyes de supuestos y la cobertura médica pública para las mujeres que libremente quieran interrumpir su embarazo.³⁶

4.2.4.1. PRO-ELECCIÓN – DERECHO A DECIDIR.

"PRO-ELECCIÓN", es la posición política y ética de personas y organizaciones que consideran que la mujer debe tener control o soberanía sobre su fertilidad y embarazo, incluyendo los derechos reproductivos que incluyen el derecho a la educación sexual, el acceso al aborto selectivo (realizado por profesionales y en el marco legal), a la anticoncepción, a los tratamientos de fertilidad, y la protección legal contra abortos forzados. Surgió en torno al momento en que la cuestión de la legalidad del aborto se hizo cada vez más discutida después del Caso Roe vs. Wade. (La palabra elección se utiliza para describir las opciones hacia el aborto dentro del caso).

Sus partidarios lo resumen como la defensa de la soberanía sobre el cuerpo y derecho a la vida reproductiva de la mujer.

³⁶ www.derechoadecidir.org

Quienes comparten esta postura consideran la interrupción del embarazo como último recurso, y se centran en situaciones en las que creen que ésta es necesaria. Entre ellas se encuentran la concepción como consecuencia de una violación, el riesgo para la salud o la vida de una mujer, métodos anticonceptivos ineficaces o incapacidad para criar un hijo.

En términos más generales, los defensores de la elección favorecen sus opiniones en relación a los derechos de libertad individual, libertad reproductiva y derechos sexuales y reproductivos.

Los individuos PRO-ELECCIÓN, a menudo no se catalogan a sí mismos como "PRO-ABORTO", ya que consideran al aborto como una cuestión de la autonomía física, y encuentran el aborto forzado moral y jurídicamente indefendible tanto como la prohibición del mismo. De hecho, algunos de los que están a favor de la elección se manifiestan en contra de algunos o de todos los abortos sobre una base moral, pero piensan que esta es una decisión personal donde las prohibiciones al aborto, por las interferencias del Gobierno, ponen en peligro la salud de las mujeres, quienes acuden desesperadamente a realizarse abortos ilegales, en condiciones que por el hecho de ser clandestinas no cumplen los requerimientos básicos, con las consecuencias físicas y psicosociológicas dañinas, que de este hecho se derivan.

Los grupos PRO-ELECCIÓN están activos en todos los países, y luchan por el aborto legal con distintos grados de éxito. Pocas legislaciones admiten el

aborto sin limitación o regulación, pero la mayoría sí permite diversas formas limitadas de aborto.

Las campañas Pro-Elección son con frecuencia divididas en cuanto a los tipos de aborto que deberían estar disponibles, pero todas coinciden en que debería ser el aborto legal para todos los casos de violación, y que este derecho a elegir debe ser exclusiva e irrestrictamente, solo de la mujer.³⁷

El Movimiento opuesto es el "PRO-VIDA", según el cual, son otros los derechos que deben tenerse en cuenta.

4.2.5. MOVIMIENTOS EN CONTRA DE LA LEGALIZACIÓN DEL ABORTO.

Los Movimientos en contra de la legalización del aborto conocidos como "PRO-VIDA", o Movimientos antiabortistas, contrarios a la despenalización del aborto y defensores de la vida del embrión y del feto como ser humano con plenos derechos, surgen en los años 70 y los años 80 del Siglo XX, como reacción a los cambios sociales y legales que se producen en las sociedades occidentales a partir de los años 60, como: la legalización de los métodos anticonceptivos, la despenalización del aborto y de las relaciones homosexuales, la creación de unidades de planificación familiar, la introducción de la educación sexual en los programas de los centros de enseñanza, la liberalización de las costumbres sexuales, la aparición de formas alternativas a la familia tradicional, etc. Se

³⁷ *Ibíd.*

suele situar su nacimiento en Estados Unidos a raíz de la sentencia Roe vs. Wade del Tribunal Supremo de Estados Unidos, que en 1973 despenalizaba el aborto argumentando que la Constitución de Estados Unidos "protege de la actividad del Estado en contra de la privacidad, incluido el derecho garantizado de la mujer, a finalizar su embarazo".³⁸

4.2.5.1. PRO-VIDA. DERECHO A LA VIDA.

"PRO-VIDA", es la posición ética y política que afirma la defensa del derecho humano a la vida, sostenida por diversas asociaciones y corrientes de pensamiento. Desde la perspectiva de esas asociaciones, la vida humana comienza desde el momento de la concepción, de modo que el cigoto, el embrión y el feto, se consideran como individuos vivientes. Por esta razón, se suelen oponer a prácticas como la eutanasia, la clonación humana, las investigaciones con células madre embrionarias y, particularmente, al aborto inducido.

En la cuestión de la interrupción del embarazo, que es sin duda el campo más notable de actuación para estos movimientos, la perspectiva PRO-VIDA se encuentra enfrentada con los movimientos PRO-ELECCIÓN. La mayor controversia entre ambas posturas radica en el punto de inicio de la vida humana.³⁹ Según los diversos movimientos PRO-VIDA "todos los seres

³⁸ The Polling Report.com

³⁹ Holland, S (2003) *Bioethics: a Philosophical Introduction* Cambridge, UK : Polity Press; New York : Distributed in the USA by Blackwell Publicity.

humanos tienen derecho a la vida", entendiendo como seres humanos también a la vida gestada tras la fecundación: cigoto, embrión y feto.

Los movimientos PRO-VIDA generalmente entienden que la vida humana debe ser valorada y respetada desde la fecundación o desde la implantación del cigoto hasta la muerte natural. El movimiento PRO-VIDA actual está normalmente, pero no exclusivamente, asociado con la moralidad cristiana, y ha influenciado a ciertas ramas del utilitarismo bioético.

Desde el punto de vista de PRO-VIDA, cualquier destrucción deliberada de seres humanos, entendiéndose como tales, también a embriones o fetos, es vista como un asesinato, algo considerado como moralmente incorrecto y como un delito. Tales actos no son considerados como mitigados por cualquier creencia o pensamientos científicos o, en el caso del aborto, con la terminación de los problemas de la mujer con un embarazo no deseado o peligroso, ya que tales beneficios procederían de la muerte de otro ser humano. Las asociaciones PRO-VIDA se apoyan en ciertas corrientes científicas⁴⁰ que afirman que la vida humana comienza tras la fecundación.

En algunos casos, esta creencia se extiende a la oposición de abortar fetos que podrían ser ciertamente no viables, como los fetos anencefálicos.

⁴⁰ Más de dos millares de científicos suscriben el Manifiesto de Madrid, que considera que existen sobradas evidencias científicas que demuestran que la vida comienza tras la fecundación.

Las asociaciones PRO-VIDA frecuentemente se oponen a ciertas formas de métodos anticonceptivos, como la píldora y el DIU, incluyendo las pastillas anticonceptivas, que evitan la implantación del cigoto. Esto se debe a que los defensores PRO-VIDA, como se dijo, apoyados por determinadas corrientes conservadoras, científicas y religiosas, consideran que la vida comienza con la fecundación, con lo que estos métodos serían abortistas.⁴¹ La Iglesia Católica reconoce y aprueba este punto de vista.

4.2.6 PRO-ELECCIÓN CONTRA PRO-VIDA.

PRO-ELECCIÓN y PRO-VIDA son ejemplos de la elaboración de discurso político: son términos en que se necesita tratar de definir sus filosofías con la mayor lucidez posible, para intentar describir su oposición en la mejor claridad posible. PRO-ELECCIÓN implica que el punto de vista alternativo es, "*anti-elección*" o "*pro-imposición*", mientras que PRO-VIDA implica que el punto de vista alternativo es, "*pro-muerte*" o "*anti-vida*". De igual manera cada una de las partes hace uso del término *derechos*: "*derechos reproductivos*" para los unos; y "*derecho a la vida de los no nacidos*", para los otros, que implica una validez de su postura, dado que la presunción del lenguaje es que los derechos son intrínsecamente humanos y así implica una invalidez en el punto de vista de sus oponentes.

⁴¹ Finn, J.T. (23-04-2005). «"Birth Control" Pills cause early Abortions». *Pro-Life America – Facts on Abortion*. prolife.com.

En las democracias liberales, un derecho es visto como algo que el Estado o la sociedad civil debe defender, ya sea en materia de derechos humanos, derechos de las víctimas, derechos del niño, etc. Muchos Estados usan la palabra derechos fundamentales en las leyes y Constituciones para definir los principios básicos civiles.

Cada Movimiento trata de influir en la opinión pública y los poderes políticos e institucionales para promover sus propuestas y cambios en la legislación, en un sentido u otro.

Los individuos PRO-VIDA y PRO-ELECCIÓN suelen transmitir su perspectiva sobre estas cuestiones, con el fin de desacreditar en algunos casos, los puntos de vista opuestos, y así poder lograr la elaboración de políticas públicas a su favor.

Los PRO-VIDA tienden a usar términos como: "*bebé, pre nacido o nasciturus*".

Los PRO-ELECCIÓN tienden a utilizar términos como: "*cigoto, embrión o feto*".

Muchos activistas PRO-ELECCIÓN argumentan también que las políticas PRO-VIDA niegan a las mujeres el acceso a la educación sexual y la anticoncepción, lo que aumenta, en vez de disminuir, la demanda de abortos.⁴²

⁴² www.Vidahumana.org.

4.2.7. CATOLICISMO.

La Iglesia Católica, se opone al aborto desde los primeros siglos del cristianismo hasta nuestros días. Considera al ser humano existente desde el momento de la concepción, y para ello cree básicamente el argumento de la inmortalidad del alma, que sería introducida al momento de la concepción.⁴³

Este argumento es un punto de apoyo para que en el siglo XXI, la Iglesia Católica defienda la posición de que en el momento de la fecundación aparece un nuevo ser, con dinámica propia e información genética completa aunque su estado sea de dependencia con respecto a la madre.

Al respecto considero que al ser el Ecuador un estado laico, como lo establece el Art. 1 de la Constitución vigente, su política debe apoyarse en el respeto a la libertad de conciencia y a toda manifestación religiosa y filosófica, tanto individual como colectiva; sin embargo, no debe permitir que éstas interfieran u obstaculicen el derecho a la libertad para el ejercicio de los derechos reproductivos, establecidos en nuestra Carta Magna para todas y todos los ecuatorianos; para ello, es indispensable que el Estado no admita imposición o algún tipo de injerencia en las políticas públicas por parte de la Iglesia, procurando así el respeto ético entre Estado e Iglesia, para el correcto desarrollo de la democracia, que es garantía del cumplimiento de los derechos ciudadanos, establecidos en nuestra Constitución, la cual goza de supremacía sobre las demás normativas legales.

⁴³ *Summa theologiae*, IA, q. 119, a. 2).

4.3. MARCO JURIDICO.

En nuestro país, muchas mujeres han sido víctimas de agresión sexual, producto de la cual se ha generado un embarazo no deseado, situación que motivó a varios Grupos y Organizaciones Feministas, como: el “Colectivo Nosotras”, la “Asamblea de Mujeres Populares y Diversas”, la “Plataforma por los Derechos Sexuales y Reproductivos”, la “Coordinadora Política de Mujeres”, el “Frente por los Derechos Sexuales y Reproductivos”, las “Organizaciones GLBT”, las “Organizaciones de Mujeres Locales”, entre otras, a presentarse ante la Asamblea Nacional para solicitar previo a la aprobación del nuevo Código Orgánico Integral Penal, se despenalice el aborto para todos los casos de violación cometidos en contra de la mujer ecuatoriana, situación que no se produjo por cuanto el órgano legislativo por mandato del Ejecutivo, no dio paso a esta petición.

El requerimiento de los referidos Grupos y Organizaciones activistas, que desde hace más de una década se encuentran en pie de lucha para lograr la descriminalización del aborto, al menos para todos los casos en que la mujer haya sido víctima de violación, se ha visto frustrado con la normativa que se encuentra regulada en el nuevo Código Orgánico Integral Penal, aprobado en febrero del 2014 y puesto en vigencia a partir del 10 de agosto de este mismo año, el cual, en su Art. 150 únicamente exime de penalización, en los siguientes casos: “1. Si el aborto se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y, 2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una

mujer que padezca de discapacidad mental”⁴⁴; lo que contraviene de forma clara y arbitraria con lo que prescribe la Constitución de la República, en su numeral 10 del artículo 66, el cual faculta a la mujer el derecho a que sea ella quien decida de manera libre, responsable e informada cuándo y cuántas hijas e hijos tener, y no el Estado a través de su legislación punitiva.

Dentro del trabajo de campo de la presente investigación, la mayoría de los profesionales del Derecho, empleados de la Función Judicial, a los cuales apliqué las encuestas y entrevistas, consideran que el aborto es un problema muy polémico en el país que ha generado conflictos entre diversos grupos sociales, que no han podido llegar a un consenso por cuanto se lo ha politizado tanto, de acuerdo a sus conveniencias. Aunque señalan no estar de acuerdo con el aborto, creen que si hay circunstancias en que debería despenalizarse, por ejemplo en el caso de que esté en peligro la salud o vida de la mujer gestante, o por violación cometida en contra de toda mujer, sin ninguna excepción, ya que no se puede estigmatizar a una mujer que ha sido víctima de un delito, con una sanción punitiva que la obligue a cargar con un embarazo no deseado, por el simple hecho de no tener “discapacidad mental”; acotan además, que en estos supuestos debería ser una opción libre y personal de la mujer, quien tiene derecho a decidir sobre su cuerpo y a enfrentar o no esa responsabilidad; por lo tanto, a su criterio manifiestan su desacuerdo con el numeral 2 del Artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal, que reconoce el aborto no punible solamente en el caso de un embarazo consecuencia de una violación a la mujer con discapacidad mental, opinan que esta regla discrimina

⁴⁴ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Suplemento R.O. N° 180, aprobado en febrero 10/2014, Libro Primero, Título I, Art. 150, numeral 2.

de manera absoluta al resto de mujeres, al pretender el Estado mediante una norma punitiva, forzarles a una maternidad no deseada, fruto de un acto tan cruel e inhumano que aparte de dejarles secuelas tanto en su estado físico como emocional, no solamente vulnera los derechos instituidos en el numeral 10 del artículo 66 de la Constitución, sino que además, atenta contra el principio de igualdad establecido en el numeral 2 del artículo 11 del mismo cuerpo legal..

Así mismo, al igual que los grupos que patrocinan la despenalización del aborto, aparecen los grupos que defienden el derecho a la vida de las niñas, niños y adolescentes desde la concepción, como se halla establecido en el primer inciso del Art. 45 de nuestra Carta Magna, los cuales se encuentran respaldados por instituciones religiosas, que defienden el derecho a la vida en general y de manera prioritaria la del no nacido, criterio que para algunos juristas carece de validez ya que consideran que la Asamblea Nacional debería ponderar derechos imputables tanto a la mujer gestante por causa de violación y al nasciturus como proyecto de vida, como se podrá apreciar en las respuestas emitidas en las encuestas y entrevistas a ellos aplicadas, cuyo análisis e interpretación de las mismas se las observará más adelante..

Al respecto, procedo a realizar el siguiente análisis, en base a todos los instrumentos jurídicos que garantizan los derechos de todas y todos los ecuatorianos, de acuerdo a su orden jerárquico, como son la Constitución de la República; los Tratados, Pactos y Convenios Internacionales ratificados por la ONU, de los cuales el Ecuador es parte, y demás leyes que tienen relación con

el tema de investigación, como: el Código Civil Ecuatoriano, el Código de la Niñez y Adolescencia y el reciente Código Orgánico Integral Penal, el cual es parte fundamental en esta controvertida polémica.

4.3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.

La nueva Constitución de la República 2008, reconoce en su Art. 1. "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. (...)"⁴⁵

Su Art. 6 señala: "Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución"⁴⁶

A mi criterio, estos artículos conceden primacía a los derechos constitucionales de las personas sobre las demás disposiciones legales, porque al ser el Ecuador un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, su deber es el de proteger a la persona y a su dignidad, de tal manera que la violación de los derechos y garantías representan un agravio a la misma; por lo tanto, el Estado no puede mediante actos u omisiones, violar el sistema constitucional de derechos y garantías, porque de así hacerlo, dichos actos u omisiones violatorios, carecen de legitimidad y no pueden merecer su acatamiento, y más aún, si éstos producen un daño, tienen que ser indemnizados.

⁴⁵ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, aprobada el 20 de octubre del 2008, Título I, Cap. Primero, Art. 1.

⁴⁶ Ibídem, Cap. Segundo, Art. 6.

En relación a los derechos, la doctrina señala que son aquellas facultades, valores esenciales que tiene cada persona, y que están reconocidos por el orden jurídico nacional e internacional. El reconocimiento expreso de un derecho, significa que no hay trabas para su ejercicio, salvo las limitaciones establecidas en el mismo ordenamiento jurídico; de tal modo que el hombre es ante todo portador de una serie de derechos, que en todo momento puede hacer valer frente al poder; más aún al considerar que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia social.

La Constitución en el Capítulo Sexto, se refiere a los Derechos de Libertad, en su Art. 66 determina: "Se reconoce y garantizará a las personas:

10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener."⁴⁷

El Código Orgánico Integral Penal, puesto en vigencia a partir del 10 de agosto del 2014, en su Art. 150, señala: "**Aborto no punible.-** El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

⁴⁷ CONSTITUCION

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.
2. **Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.**⁴⁸ (negritas son mías)

A mi criterio, la Constitución, los Tratados y Convenios Internacionales, respaldan el ejercicio de los derechos reproductivos, por lo que negar a las mujeres la interrupción de un embarazo producto de una violación, significa vulneración de sus derechos humanos o libertades fundamentales sobre la base de igualdad que como seres humanos y ciudadanas les compete.

4.3.2. DERECHOS HUMANOS.

Los Derechos Humanos son el fundamento de la democracia, representan un marco normativo legal e institucional de protección y seguridad humana, tanto individual como colectiva, requieren de un reconocimiento político y ético debido a su aplicabilidad jurídica obligatoria para los Estados parte, a fin de hacer efectiva su validez social, tienen igual derecho de disfrutarlos todas las personas sin importar su sexo, raza, etnia, idioma, nacionalidad, creencias, etc.

En 1948, luego de la Segunda Guerra Mundial, se difundió la Declaración Universal de los Derechos Humanos; declaración de carácter vinculante, que se ha ido completando y ampliando con una serie de Convenios, Convenciones

⁴⁸ COIP

y Pactos, cuyo objetivo es que estos derechos lleguen a formar parte del derecho positivo de todas las naciones, lo que en muchos casos ya ha sucedido, pues con el paso del tiempo se han ido consolidando y divulgando detalladamente los distintos derechos, los que han permitido construir sociedades dotadas de los mecanismos necesarios para velar por la efectiva tutela y respeto de estos derechos.

No obstante, en la Declaración Universal de los derechos humanos (1948), no se incluyeron aspectos específicos que reflejen la condición de vulneración y discriminación de las mujeres; es por ello, que se viene reivindicando que: los derechos humanos de las mujeres, de las niñas y las muchachas adolescentes son parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales.

En la actualidad, la concreción de estos derechos, gozan de reconocimiento internacional y son jurídicamente vinculantes, pero en muchos Estados no existe coherencia entre lo que dicta la normativa internacional frente a la nacional, como es el caso de Ecuador.

A continuación se detalla la relación existente entre estos derechos humanos y el acceso al aborto: Derecho a la libertad; Derecho a la vida; Derecho a la salud y a la atención médica; Derecho a la no discriminación; Derecho a la igualdad, entre otros.

4.3.2.1. DERECHOS DE LIBERTAD.-

Según el Diccionario Ilustrado de la Lengua Española, de la Real Academia Española, la libertad es: *“La facultad que tiene el ser humano de obrar o no obrar según su inteligencia y antojo; es el estado o condición del que no está prisionero o sujeto a otro; es la falta de coacción y subordinación; es la facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas, de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres.”*⁴⁹

La Constitución de la República del Ecuador 2008, prescribe que la obligación fundamental del Estado es garantizar los derechos humanos. En su Capítulo Sexto "Derechos de Libertad", Art. 66, reconoce y garantiza a las personas, el derecho a **la inviolabilidad de la vida** y que no habrá pena de muerte; el derecho a una vida digna; el derecho a la integridad personal; el derecho a la igualdad formal y material; el derecho al libre desarrollo de la personalidad; el derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente; el derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias; el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual; **el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.** (Negritas son mías); el derecho a guardar reserva sobre sus convicciones; el derecho a la objeción de conciencia, El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria. El derecho a transitar libremente por el territorio

⁴⁹ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, España, 2001. Pág. 349.

nacional; El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva; El derecho a la libertad de contratación. El derecho a la libertad de trabajo. El derecho al honor y al buen nombre El derecho a la protección de datos de carácter personal, El derecho a la intimidad personal y familiar. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; El derecho a la inviolabilidad de domicilio. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. El derecho a participar en la vida cultural de la comunidad. El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, El derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza. El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos.

Los derechos de libertad también incluyen:

- a) El reconocimiento de que todas las personas nacen libres.
- b) La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas.
- c) Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.
- d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.⁵⁰

⁵⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008, Capítulo Sexto, Art. 66, Derechos de Libertad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos señala:

"Artículo 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona."⁵¹

Según lo señalado en los referidos artículos, la libertad es uno de los derechos humanos más importantes que cada ciudadano posee por su condición de persona, es exclusivo en la responsabilidad de la construcción del grupo social, e implica hacer lo que uno quiera dentro del marco de la ley.

Todas sus relaciones le entrañan deberes que debe cumplirlos como persona y derechos que tiene que reclamar frente a los demás; vivir en sociedad le implica el compromiso del respeto hacia los demás ciudadanos para no violentar los derechos ajenos; en otras palabras la libertad va a la par con la democracia.

4.3.2.2. DERECHO A LA VIDA.

Dentro de los Derechos de Libertad establecidos en nuestra Constitución, en el Art. 66 numeral 1, como puntal de ellos, se encuentra **el derecho a la vida**, el

⁵¹ DUDH, Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948. Arts. 1, 3.

cual guarda concordancia con el Art. 45 del mismo cuerpo legal, que se refiere al derecho a la vida de las niñas, niños y adolescentes, desde la concepción, y que a continuación transcribo:

Art. 66.1 C.R.E.- "El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte."⁵²

Art. 45 C.R.E.- "Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. (...)"⁵³

Con estos artículos la Constitución garantiza de manera privilegiada el derecho a la vida; en el primer artículo se refiere a la vida en general, y en el segundo, protege la vida desde la concepción, como un derecho de las niñas, los niños y los adolescentes, a quienes el estado mira como grupos vulnerables.

El derecho a la vida es el que tiene cualquier ser humano por el simple hecho de existir y estar vivo; se considera un derecho fundamental de la persona. La vida es el derecho más importante para los seres humanos.

⁵² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008, Capítulo Sexto, Art. 66, Derechos de Libertad. Art. 1.

⁵³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008. Sección Quinta, Niñas, niños y adolescentes. Art. 45

El derecho a la vida es aquel derecho natural, originario y primario es decir es un derecho fundamental que posee todo ser humano, desde el momento de la concepción, en que empieza su vida a ser y a existir, hasta la muerte.

Se dice que es derecho fundamental, porque de él derivan todos los demás derechos; la vida humana es el sustentáculo en que todos los derechos se afirman y sin el cual, ninguno tendría realidad, todo derecho ha de apoyarse en su base natural, en el derecho a vivir.

Esto pone de manifiesto la universalidad del derecho a la vida. La vida humana como derecho lo tiene todo ser humano, sin distinción alguna por motivos de raza, sexo, color, idioma, religión, opinión política, orientación sexual, o cualquier otra condición; nacido o no nacido, joven o viejo, enfermo o saludable, con apariencia humana o con malformaciones físicas, etc. Allí donde hay un ser humano, allí está en toda su integridad, el derecho a la vida.

A pesar de que el derecho a la vida claramente protege los intereses de las mujeres embarazadas, los opositores al aborto argumentan que el derecho a la vida del nonato debe prevalecer. No existe un consenso sobre cuándo comienza la “personería jurídica” ni cuándo debe aplicarse el derecho a la vida. La doctrina mayoritaria sostiene que el derecho a la vida no está protegido legalmente, sino hasta después del nacimiento.

4.3.2.3. EL DERECHO A LA VIDA Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos (10-12-1948). Este documento internacional hace referencia al derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de toda persona.⁵⁴
2. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (02-05-1948). Mediante este documento se establece el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad y a la integridad del ser humano.⁵⁵
3. Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos (16-12-1966). La comunidad internacional reconoce que el derecho a la vida es inherente a la persona humana y que él merece protección legal.⁵⁶
4. Convención Americana de Derechos Humanos (22-11-1969). Se protege el derecho a la vida de toda persona, '**en general**', desde el momento de la concepción. Este derecho debe ser garantizado por la ley.⁵⁷
5. Convención sobre los Derechos del Niño (20-11-1989). Esta Convención, que reconoce a todo niño el derecho intrínseco a la vida en su Art. 6.1, no determina expresamente el momento en que ésta comienza. Una interpretación literal podría conducir a sostener que el comienzo se verifica

⁵⁴ “[...] Art. 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” (Titular Derivado). *Declaración Universal de Derechos Humanos*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2008, p. 9.

⁵⁵ “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. [...] Artículo I. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”, Bogotá, 1948, p. 1.

⁵⁶ “Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos. [...] Artículo 6. 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”, 1966.

⁵⁷ “[...] Artículo 4. Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Luís Cueva Carrión, ed., *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto De San José)*, Quito, Artes Gráficas Señal Impreseñal Cía. Ltda., 2008, p. 19.

en el momento del nacimiento ya que, el Art. 7.1 de la misma Convención, establece que “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

El Art. 1º de la Convención establece que se entiende por niño a “todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”⁵⁸, sin precisar el momento en que comienza su existencia.

4.3.2.4. DERECHO A LA VIDA Y EL CODIGO CIVIL ECUATORIANO.

Al respecto, hay quienes afirman que el derecho a la vida se tiene desde el momento del nacimiento, como lo señala nuestro Código Civil en su Art. 60, Título II, Parágrafo 1º, que prescribe:

"Art. 60.- El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace

⁵⁸ “Convención sobre los Derechos del Niño [...] Artículo 1. 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.”, 1989.

con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo".⁵⁹

En relación al mencionado artículo, se puede anotar que antes de la reforma del mismo, la ley utilizaba términos hasta cierto punto ambiguos, que señalaban que si la criatura sobrevivía por más de veinticuatro horas luego de ser separada de su madre, se reputaba viva; por esta razón existía una pugna entre este artículo y las disposiciones del antiguo Código Penal, que sancionaban al aborto como un delito; debido a que la vida era asociada con la supervivencia fuera del claustro materno, no se podía penalizar o sancionar a mujeres que se procuraban o consentían prácticas abortivas, lo que causaba incongruencias jurídicas entre estos dos cuerpos legales, puesto que en la legislación penal el aborto está considerado como un delito contra la vida.

En el Código Civil actual, el artículo 60 ya lleva impreso un contenido más jurídico, ya no se habla de la necesidad de que la criatura viva cierto lapso de tiempo para que se marque su principio de existencia legal. El inicio de existencia legal se produce en el momento de su nacimiento; es decir, en el momento en que este nuevo ser es apartado del claustro materno y separado completamente de su madre, mediante la ruptura del cordón umbilical y que después de tal separación respire o manifieste cualquier otro signo de vida; artículo con el cual se confirma que el inicio de la existencia legal de una persona imputable de derechos, se origina a partir de su nacimiento, y no desde la concepción.

⁵⁹ CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, TOMO I, Corporación de Estudios y Publicaciones, 15ta. Edición, actualizado a agosto de 2009. Pág. 14. Art. 60.

La criatura que muere en el vientre materno o que nace muerto, se considera como que nunca hubiese existido. Es indiscutible esta observación, en virtud del principio de viabilidad, ya que no se puede anticipar la vida de quien está muerto. La viabilidad del feto es cuando éste puede sobrevivir fuera del claustro materno y generalmente se produce entre las 24 o 26 semanas de gestación.

La Ley presume que la criatura nace viva. Si alguien para demandar un derecho opina lo contrario, debe presentar prueba que fundamente ese derecho.

A continuación, el mismo Código Civil, en su Art. 61, estipula lo siguiente:

"Art. 61.- La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará. Toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento."⁶⁰

Como comentario se puede mencionar que el legislador, al incluir este texto dentro del Código Civil, está protegiendo la vida del feto o del ser que aún no nace, de cualquier acto provocado por su madre u otras personas, o del daño que pueda provocar el atentado contra la vida del no nacido.

⁶⁰ CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, TOMO I, Corporación de Estudios y Publicaciones, 15ta. Edición, actualizado a agosto de 2009. Pág. 14. Art. 61.

Este artículo en particular guarda concordancia con la normativa establecida en el primer inciso del Art. 45 de la Constitución de la República vigente; en el cual se garantiza el derecho a la vida desde la concepción, así como también, con el Art. 20 del Código de la Niñez y Adolescencia, que protege el derecho a la vida de las niñas, niños y adolescentes desde la concepción.

4.3.2.5. DERECHO A LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

En su Capítulo II, "Derechos de Supervivencia" su Art. 20, señala:

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. (...)"⁶¹

Como mencioné en líneas arriba, de igual manera este artículo guarda relación con el Art. 45 de la Constitución vigente y con el Art. 61 del Código Civil, que al igual que éste, señalan la protección de las niñas y niños desde la concepción; lo que ha generado que muchos de los grupos que defienden la vida del nonato desde la concepción, se amparen para sus debates, en estos artículos señalados.

⁶¹ CCÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a octubre de 2009. Art. 20.

La doctrina no se ha puesto de acuerdo en señalar cual es el bien jurídico protegido, al menos no desde que las investigaciones genómicas permitieron conocer en forma adecuada el proceso de formación del ser humano en sus fases iniciales, de allí que se discuta si el objeto de protección es, la vida de la madre o la esperanza de vida de un nuevo ser humano en formación categorizado como “valor sustancial”, según lo estableciera la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-355-06, reconocimiento por el cual se despenalizó el aborto en la República Colombiana, en la que se distingue la vida, del derecho a la vida, lo que ha permitido que en muchas legislaciones se dicten leyes que hacen no punible el aborto practicado dentro de una determinada época del proceso de concepción.⁶²

4.3.2.6. DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA.

El ser humano tiene una dimensión básica que es su dignidad, al igual que el derecho a la vida, también la dignidad, es la raíz de todos los derechos fundamentales; dicho de otro modo, todos los derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona, así por ejemplo en derechos tales como la integridad física y moral, la libertad de conciencia y religión, la no discriminación, el derecho al honor, a la intimidad personal, etc.

No olvidemos que la dignidad incluye una serie de atributos morales psicológicos, materiales y espirituales, todos ellos enlazados entre sí, que pierden su cohesión cuando son manipulados, abusados, vapuleados, peor aún

⁶² CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Revista de Investigaciones Jurídicas "ILLUMANTA", Edición No. 1, 2014, Quito-Ecuador.

si esto proviene del Estado como ente de justicia, quien tiene la misión constitucional de cumplir y hacer cumplir lo que señala el Art. 11 numeral 9 de la Constitución que en su parte pertinente, dice “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución (...)”,⁶³ de tal modo, que si el Estado ecuatoriano mediante sus principales funcionarios no cumple con la Constitución de la República y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, carece de fuerza moral para exigir que el resto de ciudadanos los cumplan; pues el propósito de la administración pública es dignificar al ser humano, en este caso a través de un eficiente servicio de administración de justicia; artículo en el que se basan los grupos activistas de mujeres de nuestro país, para reclamar el derecho a la autonomía personal que tienen sobre sus cuerpos y sobre sus derechos sexuales y reproductivos, al señalar que su dignidad humana de mujer ha sido vulnerada por la intromisión estatal, al forzar mediante una sanción punitiva, la continuación de un embarazo producto de una agresión sexual, circunstancia que presupone un total desconocimiento de este preciado derecho fundamental y del libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, ya que obligarles a continuar con este embarazo, que no es producto de una decisión libre y consentida, sino que es el resultado de conductas arbitrarias que también están penalizadas, transgrede claramente sus derechos a una vida digna establecida para todos los seres humanos. Manifiestan además, que en ordenamientos jurídicos internacionales, los embarazos forzosos o maternidad forzada constituyen una violación a la

⁶³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008, Art. 11.9

dignidad humana de la mujer, ya que son considerados delitos de lesa humanidad o crimen de guerra.

4.3.2.7. DERECHO A LA SALUD.

El derecho a la salud está considerado también entre los más importantes en la vida del ser humano.

Al respecto la Constitución de la República, en su artículo 32 manifiesta que: “La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional”⁶⁴

La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos. El Estado debe respetar, proteger y facilitar su ejercicio.

⁶⁴ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008, Art. 32

El derecho a la salud, incluyendo la salud sexual y reproductiva, abarca no solo una atención oportuna y apropiada, sino también los principales factores sociales, económicos y culturales determinantes de la salud. El problema a veces radica que en muchos centros hospitalarios hay médicos que por su objeción de conciencia, no han prestado la atención oportuna por ejemplo a mujeres que se han presentado con problemas de aborto, por haberse ellas mismas procurado sin ninguna asistencia médica, y que al llegar a la casa de salud, los médicos se han negado a atenderlas, provocando con esa falta de atención, consecuencias que pueden terminar con la muerte de la mujer.

4.3.2.8. DERECHO A LA IGUALDAD.

Este derecho se encuentra previsto en el numeral 2 del Artículo 11 de la Constitución vigente que a la letra dice: "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, (...)"⁶⁵; de igual manera, consta dentro del Art. 66 numeral 4, que señala: "Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación."⁶⁶

Asimismo, en el artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano (Francia, 1789) se estableció que: "Todos los hombres nacen y

⁶⁵ Ibídem. Art. 11.2.

⁶⁶ Ibídem. Art. 66.4.

viven libres e iguales en derechos; las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común"⁶⁷

Igualmente en el artículo 6, del citado texto se señala que:

"La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir a su formación personalmente o por representantes. Ella debe ser la misma para todos, lo mismo cuando proteja como cuando castigue. Siendo todos los ciudadanos iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad, sin otra distinción que la de su virtud o la de su talento".⁶⁸

El derecho a la igualdad reviste un carácter genérico, en la medida que se proyecta sobre todas las relaciones jurídicas, y muy en particular sobre las que se realizan entre los ciudadanos y los poderes públicos. No es pues, un derecho a ser igual a los demás, sino a ser tratado igual a los demás en todas y cada una de las relaciones jurídicas que se realizan.

En tal sentido, la igualdad es un principio que intenta colocar a las personas en situaciones idénticas, que viene a ser el atributo que tiene toda persona para ser tratado ante la Ley, en las mismas condiciones que a sus semejantes que se encuentren en iguales situaciones. Esto es, que a toda persona el Estado le otorga derechos y obligaciones, de manera que de igual forma se lo trata ante

⁶⁷ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, el 26 de agosto de 1789 Art. 1.

⁶⁸ *Ibíd.* Art. 6.

la Ley sin distinción alguna; fundamentada en este principio, considero que el Código Orgánico Integral Penal, al declarar no punible el aborto por violación, para todas las mujeres y solo reconocerlo para las mujeres que padezcan de discapacidad mental, está restringiendo el acceso al mismo, al resto de mujeres ecuatorianas que hayan sido víctimas de esta terrible agresión, por el hecho de "no padecer de discapacidad mental", con lo cual se están vulnerando sus derechos de igualdad, al propiciar una total discriminación en contra de ellas.

4.3.2.9. DERECHOS REPRODUCTIVOS.

Por **derechos reproductivos** se entienden aquellos derechos que buscan proteger la libertad y autonomía de todas las personas para decidir con responsabilidad si tener hijos o no, cuántos, en qué momento y con quién. Los derechos reproductivos dan la capacidad a todas las personas de decidir y determinar su vida reproductiva.

Los derechos reproductivos, al igual que los derechos humanos son inalienables y no están sujetos a ningún tipo de discriminación, sea por género, edad, raza, etc.

La protección constitucional de estos derechos tiene una importancia particular pues su ejercicio está vinculado a la situación privada de la vida de las personas, que es en la que suelen ocurrir las afectaciones más frecuentes,

especialmente en los derechos de las mujeres. Como se sabe, durante mucho tiempo las violaciones a los derechos que ocurrían en tal situación no fueron objeto de preocupación estatal. La ausencia de leyes que protegieran a las mujeres frente a la violencia doméstica o que les garantizaran tomar decisiones en relación a su propia fecundidad, son un buen ejemplo de lo anteriormente señalado.

4.3.2.10. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE APRUEBAN LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.

CEDAW, Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, adoptada en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que estipula en su Art. 16.1: *“los Estados Parte adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres ... (e) los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.”*⁶⁹

El derecho de las mujeres a decidir el número y espaciamiento de sus hijos sin discriminación sólo puede desarrollarse plenamente si éstas cuentan con acceso a todas las medidas efectivas para controlar el tamaño de sus familias,

⁶⁹ Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW), adoptada en 1.979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

incluyendo el aborto. El Comité de la CEDAW ha enfatizado en repetidas oportunidades que el aborto en ninguna circunstancia debe ser utilizado como método de planificación familiar. Al mismo tiempo, al reconocer la necesidad de la despenalización del aborto, el Comité ha reconocido implícitamente que el aborto, en ciertas circunstancias, puede constituir la única manera en que una mujer ejercite su derecho a decidir de manera independiente sobre el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos, en particular si quedó embarazada como resultado de **violación o incesto**, o si su vida o salud corren peligro.

La Recomendación General número 21 del Comité de la CEDAW sobre la igualdad señala:

"Las obligaciones de la mujer de tener hijos y criarlos afectan su derecho a la educación, al empleo y a otras actividades referentes a su desarrollo personal, además de imponerle una carga de trabajo injusta. El número y espaciamiento de los hijos repercuten de forma análoga en su vida y también afectan su salud física y mental, así como la de sus hijos. Por estas razones, la mujer tiene derecho a decidir el número y el espaciamiento de los hijos que tiene."⁷⁰

Este derecho ha sido reiterado y clarificado en documentos de consenso internacional. Por ejemplo:

CIPD, Conferencia Mundial sobre la Población y el Desarrollo, realizada en El Cairo, Egipto (1994), señala:

⁷⁰6 Ibídem. Recomendación No. 21. CEDAW.

7.2 "La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social [...] en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. [Ello] lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables [...] la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales [...]"⁷¹

El párrafo 7.2 del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD) explica que el concepto de la salud reproductiva implica que las personas tienen la libertad de decidir reproducirse o no, cuándo, y con qué frecuencia.

El párrafo 7.3 también hace referencia al derecho básico de las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y los medios necesarios para ejercer este derecho.

⁷¹ Programa de Acción adoptado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 5 al 13 de septiembre de 1994, Nueva York, Naciones Unidas, párrafo 7.2.

7.3. *"Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos [...] y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos."*⁷²

La Plataforma para la Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, que tuvo lugar en Beijing, China (1995), estableció que la salud y los derechos reproductivos, en particular los de las mujeres, son fundamentales para el ejercicio de los derechos humanos y para el desarrollo, agregando que los individuos tienen el derecho a tomar decisiones relativas a su reproducción libres de coerción, discriminación y violencia.

OMS, Organización Mundial de la Salud, definió la salud reproductiva como:

"Una condición de bienestar físico, mental y social en los aspectos relativos al sistema reproductivo en todas las etapas de la vida. La salud reproductiva implica que las personas puedan tener una vida sexual satisfactoria y segura, la capacidad de tener hijos y la libertad de decidir si quieren tenerlos, cuándo y

⁷² *Ibíd*em, Párrafo 7.3

*con qué frecuencia. En esta última condición está implícito el derecho de hombres y mujeres de estar informados y tener acceso a métodos de regulación de la fertilidad de su preferencia que sean seguros, eficaces, asequibles y aceptables, y el derecho a acceder a servicios de salud adecuados que permitan a la mujer llevar a término su embarazo y dar a luz de forma segura."*⁷³

Todos estos enunciados aprueban el derecho de las personas a decidir libremente si quieren tener o no hijos y cuándo los quieren tener. De esta manera, los derechos reproductivos y la salud reproductiva de las mujeres no pueden limitarse a los derechos que se generan al momento en que la mujer queda embarazada o en el parto, sino que éstos se refieren a toda la vida reproductiva de la mujer y a las decisiones que ha de tomar al respecto.

Dejan en claro que, debe ser la mujer quien decida libremente si desea continuar con el embarazo producto de una violación, o proceder a la práctica del aborto, por cuanto este acto ilícito de agresión sexual, no tiene que ver solamente con su cuerpo en términos abstractos, sino que, en términos más amplios, se encuentra relacionado con sus derechos humanos inherentes a su condición de persona, a su dignidad y privacidad.

Los obstáculos existentes para este tipo de decisiones interfieren con la capacidad de las mujeres de ejercer sus derechos, lo que ha dado lugar a la

⁷³ OMS, "Reproductive Health" en Health Topics.

Disponible en <http://www.who.int/topics/reproductive_health/en/> [consulta: 26 abril 2012]. Ver traducción al español en Haarbrink, Joyce, "Salud sexual y reproductiva: Un derecho de mujeres y hombres" en Control ciudadano, *Los grandes temas según los compromisos*, 2007.

realización de prácticas clandestinas e inseguras que constituyen una de las principales causas de mortalidad materna, ya sea por infecciones, hemorragias u otro tipo de dolencias, en gran parte de las mujeres que han tenido que acudir a estos sitios para procurarse el aborto. Por tanto, se puede deducir que la penalización no evita la muerte del feto, pero sí aumenta las muertes de las madres, ¿no es entonces una política que, en vez de salvar vidas, está incentivando la muerte? Aunque algunos insistan que la sola mención del aborto como delito equivale mágicamente a proteger la vida, eso no desvanece, en el mundo real, el hecho de que más seres humanos, hijos no nacidos y madres, mueran debido a la penalización del aborto que a su despenalización. No entiendo cómo alguien que dice preocuparse por la vida, puede permanecer impasible frente a ese dato real, me refiero a la actitud que el señor Presidente de la República, mediante su discurso público, ha manifestado sobre este tema.

4.3.3. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, COIP.

El delito de aborto se encuentra regulado en el Código Orgánico Integral Penal, vigente desde el 10 de agosto del 2014, en el Capítulo Segundo, "Delitos contra los Derechos de Libertad", SECCIÓN PRIMERA, "Delitos contra la inviolabilidad de la vida", esta legislación penal, no presenta ninguna definición o caracterización sobre el delito de Aborto y tipifica los siguientes: Aborto con muerte (Art. 147); Aborto consentido (Art. 148); Aborto no consentido (Art. 149); y, el Aborto no punible (Art. 150), en el cual se exime de pena si el aborto se realiza únicamente, en los casos de evitar un peligro para la vida o salud de la

mujer embarazada y si no puede ser evitado por otros medios; o, si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.

4.3.4. ANÁLISIS:

"Artículo 147.- Aborto con muerte.- Cuando los medios empleados con el fin de hacer abortar a una mujer causen la muerte de esta, la persona que los haya aplicado o indicado con dicho fin, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años, si la mujer ha consentido en el aborto; y, con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años, si ella no lo ha consentido".⁷⁴

El análisis de este artículo revela que la práctica abortiva puede traer como consecuencia la muerte de la madre, misma que puede producirse tanto en condiciones legales como ilegales, dándose generalmente en estas últimas, justamente porque se realizan en lugares clandestinos donde no se guardan normas de salubridad e higiene para llevar a cabo estas prácticas. Así mismo puede morir la gestante porque la persona que le realiza el procedimiento abortivo, no tiene los conocimientos necesarios o no cuenta con los implementos adecuados para este tipo de atención; acción que no es deseada por el sujeto activo del delito, agravando la pena impuesta para el autor. El sujeto activo puede ser cualquiera que lo realice, incluyendo a la mujer gestante si ha dado su consentimiento, o en caso de que se lo practique sola, o en coparticipación con terceros. Cuando se hace sin su consentimiento queda

⁷⁴ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Suplemento R.O. N° 180, aprobado en febrero 10/2014, Sec. Primera, "Delitos contra la inviolabilidad de la vida", Pág. 25. Art. 147.

colocada como sujeto pasivo secundario. El no nato, es el sujeto pasivo. La pena será la privación de libertad, de siete a diez años si ha sido con el consentimiento de la mujer; y de trece a dieciséis años si ella no lo ha consentido.

"Artículo 148.- Aborto no consentido.- La persona que haga abortar a una mujer que no ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Si los medios empleados no han tenido efecto, se sancionará como tentativa"⁷⁵.

Este es un tipo especial de aborto, agravado por la falta de consentimiento de la madre y por ello varios tratadistas en la doctrina lo han denominado violento, ya que resulta inadmisibile que en contra de la voluntad de la madre, se de muerte al ser que lleva en sus entrañas, atentando contra la autonomía y libertad de la mujer, con riesgos para su vida y su integridad personal, además del bien jurídico que protege el derecho, la vida del no nacido. En este caso, la pena para el que le haga abortar a la mujer sin su consentimiento, será la privación de libertad de cinco a siete años, y si no se dio el efecto esperado se castigará como tentativa.

"Artículo 149.- Aborto consentido.- La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo

⁷⁵ Ibídem, Pág. 26

cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años".⁷⁶

En este tipo de aborto tenemos la coparticipación de ambos autores, la madre y el que le practica el procedimiento abortivo, los dos en igualdad de condiciones son culpables, aunque muchos opinan que la mayor responsabilidad está en la madre, porque ella al dar su consentimiento es parte directa en el cometimiento del ilícito, ya que al permitir la realización del mismo, está confrontando con sus propios instintos maternales. Según este artículo las sanciones son diferentes, para la persona que practique el aborto se le sanciona con una pena de privación de libertad de uno a tres años; y para la mujer que se ha provocado ella misma el aborto o lo ha hecho con la ayuda de otro, será sancionada con privación de libertad de seis meses a dos años.

Cabe anotar que este cuerpo legal, únicamente se limita a usar las mismas expresiones citadas en el Código Penal anterior, como, "hacer abortar", "haga abortar" y las respectivas sanciones para quienes incurran en este delito, de acuerdo a las causas por las cuales se haya realizado el mismo.

Con estos artículos, el legislador lo que trata de proteger es el proceso mismo de la vida humana que se inicia desde la concepción, por lo cual ha tipificado al aborto como un delito contra la vida, de acuerdo a las circunstancias en que se haya cometido el ilícito, y ha establecido las respectivas sanciones para cada tipo.

⁷⁶ *Ibídem*, Pág. 26

"Artículo 150.- Aborto no punible.- El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;
2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental".⁷⁷

Básicamente, este artículo se refiere al aborto terapéutico. En el numeral 1, se refiere a la interrupción voluntaria de un embarazo, en el cual la vida o la salud de la madre, está por encima de cualquier consideración o análisis, ya que es una vida real, que está sobre la vida del feto, que todavía no puede considerarse como definitivamente adquirida, es más una esperanza que una certeza; esta decisión es privativa de la madre y en caso de que ella no pudiera, la decisión la tomará su cónyuge o su pareja, cualquier miembro de su familia o su representante legal. El acto no constituye un aborto punitivo, sino una acción lícita en la cual la obligación del médico es buscar el bienestar en lo que a la salud y vida de sus pacientes se refiere.

El numeral 2 de este artículo, libera de punibilidad si el aborto se realiza a una mujer que padezca de discapacidad mental, cuyo embarazo sea consecuencia de una violación. A decir verdad, no se aprecia mayor reforma, únicamente el

⁷⁷ Ibídem, Pág. 26

cambio de la frase "mujer idiota o demente" que constaba en el Código Penal anterior, que fue reemplazada por "mujer que padezca de discapacidad mental", cuando se esperaba que la reforma a este artículo, especialmente en este numeral, sea acorde con los principios y derechos establecidos en la Constitución y más instrumentos internacionales de derechos humanos para todas las mujeres ecuatorianas, que hayan sido víctimas de violación sexual, de la cual se haya generado un embarazo no deseado, y que en líneas anteriores, estos derechos han sido descritos y analizados.

4.3.5. ANALISIS SOBRE LA DESCRIMINALIZACION DEL ABORTO PARA TODOS LOS CASOS DE VIOLACIÓN.

La Constitución ecuatoriana vigente reconoce y garantiza la inviolabilidad de la vida de las personas en el Art. 66 numeral 1, que señala: "el derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte"⁷⁸ por otra parte, el Art. 45 en su inciso primero, estipula: "Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. (...)"⁷⁹, artículos constitucionales con los cuales se garantiza el derecho a la vida de todos los seres humanos nacidos y por nacer de nuestro país y de todos sus visitantes.

La discrepancia que se ha desatado dentro de la sociedad ecuatoriana en relación al tema, es porque varios grupos de activistas femeninas solicitan se

⁷⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008, Art. 66.1.

⁷⁹ *Ibíd.* Art. 45, inciso 1°.

haga extensiva la despenalización del aborto para todos los casos en que una mujer ha sido víctima de violación y como producto de ello, se ha generado un embarazo no deseado, se ha transformado en conflicto entre los que defienden el derecho a la vida del no nacido, como bien jurídico protegido por el Estado y los que defienden los intereses personales de la mujer que consideran que tiene facultad para suspender un embarazo producto de una violación, amparada en el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener⁸⁰.

Quienes se oponen a la despenalización del aborto, lo primero que señalan es que, el derecho a la vida de las personas es sobre el cual se sustentan los otros derechos, sin la vida no se puede ejercer ningún otro derecho. Es evidente que el ordenamiento jurídico debe proteger el derecho a la vida de todos quienes tienen personalidad jurídica; del mismo modo que puede proteger la vida de aquellos que carecen de ella, como es el caso del nasciturus.

En el caso de la mujer agraviada, muchos tratadistas sostienen que ella puede verse afectada en su integridad física y psicológica. Indiscutiblemente, su libertad, su intimidad, su dignidad, su autonomía, sus derechos sexuales y reproductivos, e inclusive su salud puede ser lesionada al someterse a prácticas abortivas clandestinas.

⁸⁰ Ibídem. Art. 66. Num. 10.

Dentro de este análisis es muy importante dilucidar cuál de estos derechos fundamentales en la vida de un ser humano es el bien protegido de mayor importancia y jerarquía, que se ajusta a la integralidad de la Constitución: el derecho a la vida del feto que está gestándose dentro del vientre materno, que está catalogado dentro de la doctrina, como una esperanza de vida humana, pero que todavía no ha visto la luz del día; y el derecho a la vida de la mujer, que es un ente real, imputable de derechos y obligaciones constitucionales inherentes a ella como persona, que vive, se desenvuelve como mujer, madre o profesional, que quizá de ella y de su vida dependa una familia creada, igual con todos los derechos humanos y constitucionales que se les amerita por ser entes reales que se desarrollan dentro de una sociedad. ¿Cómo se puede realizar una ponderación correcta entre los distintos valores constitucionales en conflicto?

La vida es un interés protegido por el derecho, pero no por ello implica que desde la concepción haya personalidad jurídica; por lo tanto, mal puede afirmarse que existe un conflicto de derechos entre un ser que está por nacer que no tiene personalidad jurídica ni derechos ni obligaciones y una mujer que tiene personalidad jurídica y, por consiguiente, posee derechos y obligaciones. En otras palabras, no puede haber conflicto de derechos ni ponderación de estos, por cuanto los supuestos son diferentes.

Yo considero que quien tiene personalidad jurídica es el ser que ha nacido, en este caso la mujer, que es un ente real. Antes del nacimiento, únicamente existen intereses susceptibles de ser protegidos o quizás en estricto sentido,

prestaciones a favor del nonato, sin que con esto se le reconozca personalidad jurídica alguna.

La Teoría del Derecho señala precisamente, que existen derechos, en la medida que existen hombres con personalidad jurídica que son titulares de ellos.⁸¹

Hans Kelsen, en su Teoría Pura del Derecho, aclara que, el ser humano "(...) solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta, cuando convierte alguno de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos."⁸²

Es lógico que para ello, sea necesario que adquiera la personalidad jurídica, con lo cual el ser humano se convierte en sujeto de derecho, adquiere derechos y deberes. Cuando Kelsen precisa, que el ser humano posee personalidad jurídica, está expresando que tanto sus acciones como sus omisiones son el contenido, en una u otra forma, de las normas jurídicas.

Es importante además, no olvidar que quienes tenemos personalidad jurídica gozamos de derechos ciertos no probables, como la libertad y todos los que de ella se derivan: dignidad, igualdad, integridad personal, autonomía, salud, etc. que en líneas anteriores fueron ya analizados.

⁸¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355/2006, op. cit., p. 168.

⁸² *Ibíd.* P. 168.

Considero que luego del análisis sobre el derecho a la vida, es importante en estas circunstancias, reflexionar sobre un derecho clave en este tema, que es el de la autonomía reproductiva de la mujer, que le permite la opción de determinar el número de hijos que desea tener, y cuándo los va a tener, que está contemplado en nuestra Carta Magna, en el numeral 10 del Art. 66, que prescribe: Art. 66.- "Se reconoce y garantizará a las personas: 10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener".⁸³

A mi parecer, este es un derecho fundamental que está anclado en la concepción libertaria de la Constitución, y en derechos básicos como el del libre desarrollo de la personalidad.

Es posible que en regímenes totalitarios, se puedan imponer políticas demográficas que obliguen a la procreación, pero en sociedades democráticas como es la nuestra, no debería imponerse la procreación de criaturas, cuyas madres no los desean, por cuanto dichas concepciones han sido el producto de una violación.

En nuestro país, la Constitución vigente, muy claramente estipula en su Art. 1.- "El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. (...)"⁸⁴; declaración que juntamente con las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos que

⁸³ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2008, Art. 66, num. 10.

⁸⁴ *Ibíd.*

salvaguardan el cumplimiento y la aplicación directa e inmediata de ellos, permiten a la mujer el derecho a decidir sobre la maternidad, cuando ha sido violada.

En relación a las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Constitución establece en el Art. 11, numeral 3.- "Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. (...)",⁸⁵ para cuya aplicación interpretativa se deben utilizar las normas e interpretaciones que "más favorezcan su efectiva vigencia", como lo señala el numeral 5 del mismo Art. 11, lo que obliga a todas las personas, autoridades e instituciones sujetos a la Constitución, a optar por lo dispuesto en instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que "sean más favorables a las establecidos en la Constitución", como se instituye en el Art. 426 de nuestra Carta Magna.

Todos los servidores públicos y judiciales, tienen la obligación constitucional de buscar en los instrumentos internacionales de derechos humanos las interpretaciones que mejor le permitan proteger los derechos que la Constitución garantiza y así favorecer "su efectiva vigencia". Las observaciones emitidas por órganos universales de derechos humanos como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité

⁸⁵ Ibídem.

contra la Tortura y el Comité de los Derechos del Niño son relevantes para la aplicación de los derechos reproductivos y de manera especial, los que se refieren a la libertad en la autonomía personal de la mujer para tomar las decisiones relativas a su maternidad.

Luego del presente análisis jurídico, manifiesto que no estoy en contra de la vida de ningún ser humano, mucho peor de un hijo concebido con amor, que es el regalo más preciado que Dios puede regalar a una mujer; pero como madre, mujer y futura profesional del derecho, creo que en circunstancias de un embarazo producto de una violación, si debería darse la opción a la mujer agredida, para que sea ella únicamente, quien tome la decisión de suspender o continuar con su embarazo, o de entregar al niño en adopción o quedarse con él, si decide llevar a término su embarazo, sin ningún tipo de presiones estatales, familiares o de otra naturaleza. Que haga lo que su corazón le dicte.

En el presente trabajo investigativo, lo que se propone es una reforma a una determinada conducta tipificada como eximente de sanción en el Art. 150, numeral 2, del Código Orgánico Integral Penal, en el sentido de que esta se haga extensiva, a todas las mujeres ecuatorianas que han sido víctimas de violación, y como consecuencia de esto se haya generado un embarazo no deseado, y no como consta, "solo para las mujeres que padezcan de discapacidad mental"; más esto, no significa que el objetivo sea el de despenalizar el aborto en todos los demás supuestos, que se encuentran tipificados en los artículos 147 al 149 del mismo cuerpo legal penal vigente, ya que los considero necesarios, dentro del comportamiento sexual que deben mantener las mujeres, especialmente las adolescentes.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

A continuación presentaré algunas de las reglamentaciones referidas al aborto:

AMÉRICA:

Canadá.

Forma parte del grupo de países que admite el aborto sin exigir una justificación específica. Sin embargo, esto no se debe a la claridad de su legislación, sino a la ausencia de ella. En 1969, el Gobierno canadiense reformó su Código Penal para liberalizar las restricciones al aborto, permitiéndolo por razones de salud de la madre. En 1988 la Corte Suprema de Canadá declaró inconstitucional esta reforma, argumentando que violaba toda garantía a favor de la vida, la libertad y la seguridad de la persona. Después de esta decisión el Gobierno canadiense no dictaminó ley nueva que reglamentara el procedimiento. Este vacío se ha interpretado desde entonces como vía libre para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

Estados Unidos.

En 1973, dos decisiones de la Corte Suprema estadounidense legalizaron el aborto a nivel nacional. Estas fueron los casos de Roe vs. Wade y Doe vs. Bolton, las cuales determinaron que la decisión de interrumpir el embarazo concernía solo a la relación paciente-médico, si esta se tomaba en el primer trimestre del embarazo. Luego de estas decisiones, se constató en la década

siguiente que el índice de mortalidad debido a abortos se redujo diez veces comparado con el índice calculado debido a abortos ilegales.

Puerto Rico.

En Puerto Rico el aborto está consagrado como legítimo, y puede realizarse en cualquier período del embarazo. La mayoría se realiza durante el primer trimestre, pero también se practica después.

Desde que el Tribunal Supremo de EE.UU. reconoció la legalidad de la polémica intervención en el caso Roe vs. Wade, la disposición del Código Penal puertorriqueño que prohíbe el aborto salvo para salvar la salud o vida de la mujer se interpreta desde la década de 1970 en sentido amplio.

Se considera que si el embarazo vulnera la salud mental y emocional de la madre, el aborto "a petición" está convalidado.

Cuba.

Desde que en 1965 se legalizó el aborto, la madre puede interrumpir el embarazo durante las primeras 12 semanas de gestación sin justificar sus motivos.

México.

La Asamblea Legislativa del Distrito Federal de México aprobó el martes 24 de abril de 2007 la reforma de las cláusulas del Código Penal capitalino que

penalizaban hasta entonces el aborto. Ahora, a las mujeres mexicanas les está permitido abortar hasta las 12 semanas de su embarazo, pero sólo en el D.F.

La ley anterior autorizaba la realización del aborto solamente en caso de violación, cuando hubiera malformaciones graves en el feto, o si la vida de la madre corría peligro.

El Salvador.

En El Salvador, según el Código Penal vigente desde 1998, se pena el aborto en todas las circunstancias, y se castiga a la mujer, a quien se lo practique, o lo facilite, con entre dos y ocho años de cárcel.

Antes de 1997, fecha en que se reformó el Código Penal, se podía recurrir al aborto cuando la mujer corría peligro, cuando el embarazo era consecuencia de una violación y cuando existían probabilidades de anomalías en el feto.

Nicaragua.

En Nicaragua el aborto está penalizado bajo cualquier supuesto desde octubre de 2006; incluso se castiga el aborto "terapéutico", es decir, aquel que se practica cuando la vida de la madre o el feto corren peligro.

El aborto "terapéutico" se había permitido desde 1893 hasta noviembre de 2006. También se penan los abortos cuando la madre es menor y ha sido violada.

Argentina.

En Argentina, el aborto es un delito de acuerdo al Código Penal (artículos 85 a 88). La legislación contempla de todos modos el aborto terapéutico, lícito siempre que el peligro a la vida de la mujer no pueda ser evitado de otra forma. Además permite la interrupción del embarazo a la mujer demente o idiota que ha sido violada.

Brasil.

El aborto es un delito castigado con entre uno y cuatro años de prisión, pero se permite si la vida de la madre está en peligro o si el embarazo es producto de una violación. Distintos proyectos de despenalización han sido rechazados durante los últimos 16 años.

Colombia.

En 2006 la Corte Constitucional de Colombia determinó que el aborto es legítimo cuando un embarazo es producto de una violación, cuando está en riesgo la vida de la madre y cuando se presentan malformaciones en el feto. Hasta entonces, en Colombia estaba prohibido el aborto en todos los casos.

Chile.

El aborto es ilegal en Chile, sin excepciones. Se lo penaliza con entre tres y cinco años de penitenciaría, de acuerdo a lo establecido en los artículos 342 al 345 del Código Penal. En 1989 se derogó la reforma que permitía el aborto terapéutico. En la actualidad, el nuevo Gobierno está discutiendo la no

penalización para los casos de aborto terapéutico, malformaciones del feto y violación.

Ecuador.

El aborto se considera un delito en Ecuador y se pena con entre seis meses y siete años de prisión, dependiendo de las características tipificadas, según el ilícito.

Si los medios utilizados para hacer abortar a una mujer que haya dado su consentimiento le provocan la muerte, la persona que le hizo abortar tendrá la pena de privación de libertad de siete a diez años; y, de trece a dieciséis años si ella no lo ha consentido.

No se castiga cuando se ha provocado para salvar a la mujer de un peligro de vida inminente que no pudo evitarse por otros medios, o cuando el embarazo es fruto de la violación a una mujer con discapacidad mental.

Uruguay.

El aborto se castiga con entre tres meses y dos años de penitenciaría, pero si se comete para proteger el honor, tras una violación, cuando la vida de la mujer corre peligro o en medio de angustias económicas, estas penas pueden ser reducidas. Incluso el juez puede llegar a eximir a los involucrados. Están regulados en el Código Penal Chileno en los artículos 325 al 328.

El actual presidente de la República, José Mujica, promulgó en el año 2012 en el Consejo de Ministros, la Ley de Salud Sexual y Reproductiva, que

despenaliza el aborto dentro de las primeras doce semanas de gestación, ya que consideró que despenalizar el aborto es “mejor que prohibirlo” y aseguró que con este mecanismo se salvan más vidas.

EUROPA:

Alemania.

Tras mucha polémica, en 1995 se aprobó una reforma según la cual el aborto se considera ilegal, pero no está perseguido si se practica en las primeras 14 semanas de gestación o en el caso de que la mujer haya sido violada. Después del primer trimestre de embarazo, el aborto sólo está permitido para preservar la salud física o psíquica de la madre.

Salvo en los abortos por razones médicas, la embarazada debe asistir a una sesión de asesoramiento antes de someterse al aborto en la que se le informa de que el embrión tiene derecho a la vida y se intenta convencer a la mujer de que prosiga con su embarazo. Desde mayo, las embarazadas que vayan a abortar en el último tramo de la gestación por razones médicas también deben someterse a asesoramiento y esperar tres días antes de abortar.

Bélgica.

El aborto era ilegal hasta 1990. Actualmente, las interrupciones del embarazo son libres hasta la semana 14 de gestación. La mujer debe certificar por escrito que está decidida a someterse al aborto y el médico debe estar convencido de

su determinación. Además, la embarazada debe recibir asesoramiento en los seis días previos al procedimiento.

Después de ese límite, el aborto sólo puede practicarse si dos médicos coinciden en que continuar con el embarazo pondría en peligro la salud de la mujer o si el niño, de nacer, sufriría una patología especialmente grave e incurable.

España

El aborto está tipificado en el Código Penal como delito contra la vida y sólo está permitido bajo tres supuestos: violación (hasta la semana 12 de embarazo), graves defectos físicos del feto (hasta la 22) y riesgo físico o psíquico para la madre (sin límite).

Con la aprobación de la Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (la llamada 'Ley del aborto'), las interrupciones del embarazo podrán realizarse, por la simple petición de la embarazada, durante las primeras 14 semanas de gestación. En estos casos, debe informarse a la gestante de otras opciones (derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad) y esperar tres días antes de practicar el aborto. Hasta la semana 22, podrán practicarse si existe grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada o bien graves malformaciones en el feto. Asimismo, si se detectan anomalías fetales incompatibles con la vida, podrá realizarse un aborto hasta la semana 24, siempre y cuando lo haya autorizado un comité clínico.

Finlandia

El país nórdico amplió la legislación del aborto en 1970, que desde los años 50 sólo estaba permitido si la embarazada era menor de 16 años o corría riesgo.

El aborto no es libre, pero es posible abortar en caso de violación, si existe riesgo físico o psíquico para la madre, si el feto presenta graves malformaciones o si la gestante alega razones socioeconómicas. También está permitido si la mujer es menor de 17 años o mayor de 40 o si ya tiene cuatro hijos. Dependiendo del supuesto que se trate, la intervención debe ser autorizada por un médico, dos o el comité médico estatal.

En estos supuestos, las intervenciones están permitidas hasta la semana 12 de la gestación, salvo cuando pelagra la salud de la madre que permitirá practicarlo con posterioridad. Además, si la mujer es menor de 17 años o existen “otras razones especiales” podrá abortarse hasta la semana 20. En casos de graves malformaciones, se permite hasta la semana 24.

Francia

El aborto se liberalizó en 1975. Actualmente es libre hasta la semana 14, si bien la ley exige que la embarazada que va a abortar declare que se encuentra en estado de angustia debido a su situación. Su médico debe además informarle de otras opciones (adopción, ayudas...) y la mujer debe reunirse con un asistente social. Tras estas sesiones, la mujer debe esperar una semana antes de someterse a la intervención.

En 2001, se hizo una reforma legal para ampliar el acceso al aborto: se cambió la fecha límite para el aborto sin restricciones en dos semanas más (12 a 14) y se retiró la exigencia de autorización paterna para las embarazadas menores. Ahora, las chicas menores deben acudir acompañadas de un adulto de su elección.

Holanda.

Una ley de 1981 permite solicitar libremente un aborto en cualquier momento del embarazo antes de que el embrión sea viable, si bien sólo algunas clínicas tienen autorización para practicar abortos a partir de la semana 13 de embarazo. El médico debe asesorar a la gestante sobre otras opciones y esta debe esperar seis días antes de someterse a la interrupción del embarazo.

Desde noviembre de 1984, las holandesas que deseen abortar pueden hacerlo gratuitamente en su sistema nacional de salud.

Irlanda.

La prohibición del aborto en Irlanda se remonta a una ley del siglo XIX, cuando todavía formaba parte del Reino Unido. En 1983, una enmienda constitucional endureció las restricciones al aborto equiparando el derecho a la vida del feto al de la mujer. Actualmente sólo está permitido si la vida de la embarazada corre peligro. Cada año, más de 7.000 irlandesas se desplazan a Gran Bretaña para abortar.

Italia.

Italia liberalizó el aborto en 1978 y es posible abortar libremente durante los primeros 90 días del embarazo. Tras solicitar el aborto, a la mujer le informarán

de otras opciones disponibles y, salvo casos de urgencia, se impone un periodo de reflexión de una semana.

Tras el primer trimestre del embarazo, el aborto sólo está permitido para salvar la vida de la madre o cuando su salud física y mental está en peligro, supuesto que también abarca las graves malformaciones fetales. Los médicos pueden acogerse a la objeción de conciencia, con lo que en la práctica dificulta el acceso al aborto en muchas zonas.

Reino Unido.

El aborto está permitido debido a una amplia interpretación de la Ley del Aborto de 1967, que permite la interrupción del embarazo por una serie de razones si es certificado por dos médicos. En las primeras 24 semanas de gestación, puede practicarse para salvar la vida de la madre, proteger su salud física o mental, en caso de anomalías fetales o por motivos socioeconómicos. Sin embargo, no contempla los supuestos de incesto o violación.

Cuando la vida o salud de la madre se vea "gravemente amenazada" o exista un grave riesgo de anomalías fetales, no existe límite. Las británicas pueden someterse gratuitamente a un aborto a través del National Health Service.

En Irlanda del Norte (donde se producen cada año 6 abortos por cada 100 nacimientos) sólo es posible abortar si pelagra la salud física o mental de la madre.

Suecia

Una ley aprobada en 1938 ya permitía el aborto en un gran número de supuestos. Actualmente es posible abortar libremente hasta la semana 18 de embarazo. Para embarazos de entre 12 y 18 semanas, la gestante debe discutir el tema con una trabajadora social.

A partir de este momento de la gestación, solo está permitida la interrupción del embarazo si lo autoriza un comité nacional de salud, normalmente porque corra peligro la salud de la madre.

ASIA:

China.

La República Popular de China tiene en la actualidad una de las legislaciones sobre aborto más liberales del mundo. Su Código Penal no considera este hecho como un delito, si es practicado con el consentimiento de la mujer. En 1979 el Gobierno decretó la política de tener un niño por pareja, como control de la tasa de crecimiento poblacional. Actualmente el Gobierno permite la interrupción del embarazo en cualquier circunstancia hasta los seis meses de gestación y los servicios del procedimiento son garantizados por el Estado.

India.

En 1971, se liberalizó el aborto en su totalidad con la promulgación de la Ley de Terminación Médica del Embarazo. El Gobierno adoptó la ley con la intención de reducir la tasa de abortos ilegales y subsecuentes muertes

maternas. En la actualidad la ley permite a las mujeres solicitar este procedimiento hasta antes de las 20 semanas de gestación y por razones de salud, peligro de muerte de la madre, violación o incesto, discapacidad del feto o incluso cuando el método de planificación familiar ha fallado.

Rusia, ex Unión Soviética.

Desde 1955, el aborto es libre. Durante el primer trimestre la interrupción del embarazo puede realizarse a solicitud y de este punto hasta las 28 semanas cuando peligra la vida de la madre, su salud, malformaciones del feto, violación o incesto o por razones socio-económicas. Actualmente se considera que el aborto es ilegal solo cuando el médico tratante no tiene las calidades para realizar este procedimiento.

AFRICA.

Egipto.

El Código Penal de Egipto prohíbe la interrupción del embarazo en cualquier circunstancia. No obstante, se permite la práctica de este procedimiento cuando peligra la vida de la madre, pues se considera que este evento encaja dentro del principio general de estado de necesidad del derecho penal.

Etiopía.

Antes del 2004, la legislación penal de Etiopía solo permitía el aborto terapéutico cuando no hubiera otra forma de salvar la vida de la madre o de evitarle males en su salud mental o física. Con el nuevo Código Penal se

ampliaron las razones que incluyen, por violación o incesto, malformaciones del feto o cuando la madre no tiene la capacidad de cuidar al niño por su salud.

COMENTARIO:

Luego de la revisión de las legislaciones penales de gran parte de los países del mundo relacionadas con el aborto, se puede comentar que cada país ha sido autónomo para determinar cómo reglamenta la posibilidad de que las mujeres accedan a la interrupción voluntaria del embarazo. Dentro de las cuales, se pudo apreciar que existen 3 grupos de situaciones por las que se puede optar por el aborto: las legislaciones que permiten el aborto en cualquier circunstancia; las que establecen ciertas causales para ser titular del derecho a abortar, dentro de las cuales se encuentra nuestra legislación penal; y las que lo prohíben completamente.

Además, se puede advertir que en las legislaciones que establecen causales para poder abortar, también se establecen plazos para que se puedan efectuar, a excepción de los casos en que peligre la salud o vida de la madre, o el embarazo sea producto de una violación. En estos dos supuestos se puede realizar el aborto en cualquier tiempo de gestación, aunque con ciertas excepciones como por ejemplo en la Argentina su Código Penal guarda similitud con el nuestro, al despenalizar el aborto en casos de violación solamente para mujeres con discapacidad mental.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. MATERIALES UTILIZADOS.

Este trabajo se desarrolla de manera documentada, bibliográfica y de campo. Como se trata de una investigación de carácter jurídico penal, utilicé leyes y textos relacionados con el problema a indagar, materiales que contribuyeron para realizar la estructura del cuerpo del informe final de Tesis, que pongo en consideración: Constitución de la República del Ecuador; Código Orgánico Integral Penal; Código Civil; Código de la Niñez y Adolescencia; ex Código Penal; MUÑOZ, Conde Francisco, "Introducción al Derecho Penal"; TOCORA, Luis Fernando, "Derecho Penal Especial – Delitos contra la vida y la integridad personal"; LÓPEZ, Betancourt Eduardo, "Delitos en Particular – Tomo I"; ALBÁN, Gómez Ernesto, "Manual de Derecho Penal Ecuatoriano"; LARREA, Holguín Juan, "Derecho Civil del Ecuador. Parte General y Personas"; CUELLO, Calón Eugenio, "Derecho Penal – Tomo II"; CARRARA, Francisco "Programa de Derecho Criminal – Tomo III"; FERRAJOLI, Luigi, "El Fundamento de los Derechos Fundamentales"; Revista de Investigaciones Jurídicas "ILLUMANTA" emitida por la Corte Nacional de Justicia; CASTRO, Pinzón Cristina y RODRÍGUEZ, Orrego Claudia, "Guía del Aborto No Punible"; ALVA, López María del Carmen, "Y después del Aborto ¿Qué?"; CABANELLAS, de Torres Guillermo, "Diccionario Jurídico Elemental"; y varias páginas web del internet, siendo todos estos materiales, de gran utilidad para la elaboración del Marco Conceptual, Doctrinario, el análisis Jurídico Legal y la recopilación de la Legislación Comparada.

También, utilice material de oficina como hojas de papel bond, computadora, impresora, esferográficos, resaltadores, fichas bibliográficas, necesarios para el desarrollo de este trabajo.

5.2 MÉTODOS.

La práctica de la investigación socio-jurídica presupone el concurso de una serie de métodos y técnicas que han permitido el abordaje adecuado de la problemática de investigación y el desarrollo sistemático del conocimiento que admite la comprobación de la hipótesis propuesta, así como la verificación de los objetivos planteados.

Por su naturaleza, la presente investigación se acoge al método científico, pues como se puede observar, se parte del planteamiento de la hipótesis, de un objetivo general y tres específicos, en torno a los cuales se ha desarrollado todo un análisis teórico, doctrinario, jurídico y empírico, en base a todos los materiales utilizados como, Constitución, leyes, textos, folletos e internet; así como el estudio de campo, aplicado a 35 profesionales del Derecho, mediante 30 encuestas y 5 entrevistas, que permitieron el estudio y análisis de cada uno de los elementos de juicio, necesarios para su contrastación y verificación.

La presente investigación es eminentemente socio-jurídica, ya que existe discrepancia en la aplicación de los derechos fundamentales establecidos en el Derecho Constitucional para todas y todos los ecuatorianos, con las normas punitivas del Derecho Penal, en relación al efecto que generan en la realidad

social, las penas impuestas a las mujeres que se someten a la práctica de un aborto.

De igual manera, los Métodos Inductivo-Deductivo, permitieron que la investigación pase de aseveraciones generales a características particulares en lo referente al análisis de la problemática planteada, a partir de los principios constitucionales, disposiciones del Derecho Internacional y normativas del Derecho Penal y otras leyes relacionadas con el tema a investigarse.

El método deductivo sirvió específicamente para el análisis del problema de investigación, a partir de las disposiciones del derecho constitucional, derecho internacional, derecho penal, y más leyes relacionadas con la problemática de investigación, hasta llegar a aspectos particulares identificados en la normatividad del Código Orgánico Integral Penal, puesto en vigencia recientemente a partir del 10 de agosto del 2014. El método inductivo permitió analizar la problemática de investigación desde asuntos específicos hasta categorías de carácter general. Estos métodos sirvieron de manera especial en la elaboración del discurso teórico de la presente tesis.

5.3. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS.

Los procedimientos de observación, análisis y síntesis fueron los que me permitieron realizar mi investigación jurídica planteada, auxiliada de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental; y, de técnicas de acopio empírico, como la encuesta y la entrevista. La investigación de campo

se concretó en consultas de opinión aplicadas a profesionales del Derecho, conocedores de la problemática, en los Juzgados Penales y en la Corte Nacional de Justicia, y a egresados de Derecho, que laboran en estos Organismos Judiciales, previo muestreo poblacional de treinta personas para las encuestas y cinco para las entrevistas; en ambas técnicas aplique cuestionarios derivados de la hipótesis general, cuya operatividad partió de la determinación de variables e indicadores.

De los resultados de la investigación empírica se elaboró, cuadros y barras estadísticas, con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que sirvieron para la verificación de objetivos, contrastación de hipótesis y fundamentación jurídica, que me llevaron a formular las conclusiones y recomendaciones, y finalmente a plantear la propuesta de reforma legal.

6. RESULTADOS

6.1. Análisis e interpretación de las Encuestas.

CUESTIONARIO:

PRIMERA PREGUNTA.-

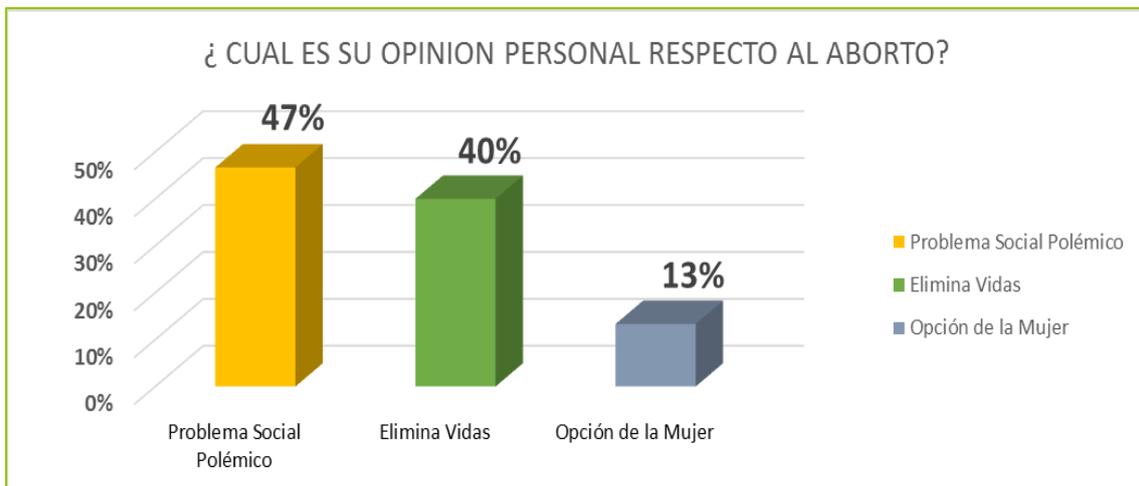
¿Cuál es su opinión personal respecto al aborto

CUADRO No. 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
Problema social polémico	14	47
Elimina vidas	12	40
Opción de decidir de la mujer	4	13
TOTAL:	30	100%

FUENTE: Funcionarios Judiciales, Profesionales y egresados de Derecho de la ciudad de Quito.
AUTORA: Martha Gladys Burbano Espinoza.

GRÁFICO No. 1



ANÁLISIS

Del 100% equivalente a 30 profesionales del Derecho, a quienes se les aplicó la encuesta: 14 de ellos, correspondiente al 47% consideran que el aborto es un problema social muy polémico; 12 personas correspondientes al 40%, manifestaron que es un acto que elimina vidas; y 4 personas correspondiente al 13%, señalaron que era opción personal de la mujer el decidir si lo realiza o no.

INTERPRETACIÓN

14 Profesionales del derecho manifestaron que el aborto es un problema muy polémico en el país que ha generado conflictos entre diversos grupos sociales, que no han podido llegar a un consenso por cuanto se lo ha politizado tanto, de acuerdo a sus intereses y conveniencias, que hasta el Presidente de la República estuvo comprometido en el debate; 12 personas señalaron que el aborto es una manera de eliminar la vida del feto, ya sea con o sin el consentimiento de la mujer gestante, aunque consideran no estar de acuerdo con el aborto, pero creen que si hay circunstancias en que debería realizarse, por ejemplo en el caso de que esté en peligro la vida de la mujer, o por violación, ya que no se puede estigmatizar a una mujer que ha sido víctima de otro delito; las 4 restantes personas señalaron que es una opción personal de la mujer, que tiene derecho a decidir sobre su cuerpo y a enfrentar o no esa responsabilidad.

SEGUNDA PREGUNTA.-

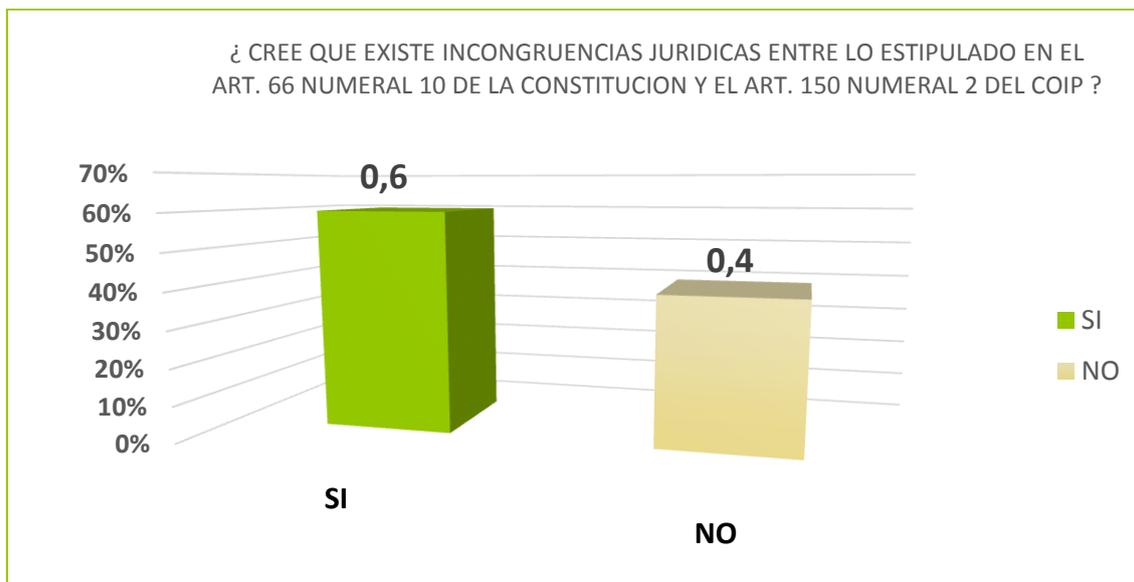
¿Cree usted que existe incongruencias jurídicas entre lo estipulado en el Art. 66 numeral 10 de la Constitución y el Art. 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal. SI - NO Por qué?

CUADRO No. 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE%
SI	18	60
NO	12	40
TOTAL:	30	100%

FUENTE: Funcionarios Judiciales, Profesionales y egresados de Derecho de la ciudad de Quito.
AUTORA: Martha Gladys Burbano Espinoza.

GRÁFICO No. 2



ANÁLISIS

En relación a esta pregunta el 60% de los abogados encuestados (18) dijo que Si existe incongruencias jurídicas entre lo estipulado en el Art. 66 numeral 10 de la Constitución y el Art. 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal; y, el 40% restante (12) manifestaron que NO.

INTERPRETACIÓN

18 profesionales del Derecho manifestaron que si existen incongruencias entre la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal, por cuanto esta última normativa penal está vulnerando los derechos de igualdad entre las mujeres, y además no está acatando lo dispuesto en el numeral 10 del Art. 66, que establece que tanto el hombre como la mujer, tienen libertad para ejercer el derecho a decidir sobre su autonomía reproductiva, comentan además, que por ser un derecho constitucional, se debe respetar la supremacía de la Carta Magna, consagrada en el artículo 424 y siguientes del mismo cuerpo legal. Los 12 profesionales restantes indicaron que no existen incongruencias jurídicas porque el numeral 10 del artículo 66 se refiere a la salud y vida reproductiva, y no a la vida del ser que está por nacer que está amparado por el Art. 45 de la misma Constitución.

TERCERA PREGUNTA.-

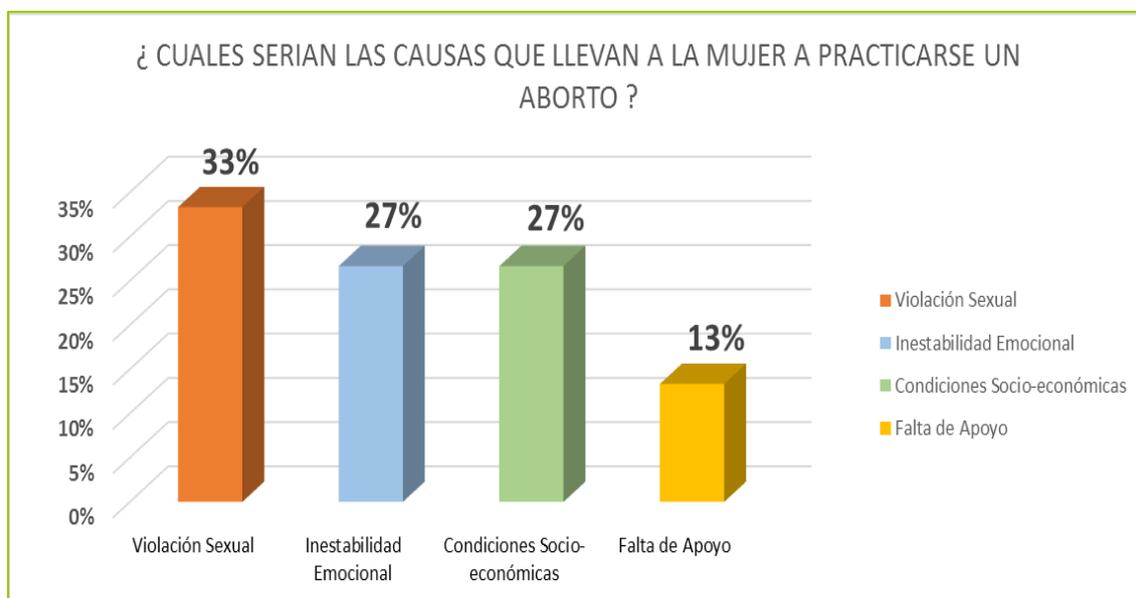
¿Puede usted señalar cuáles serían las causas que llevan a una mujer a practicarse un aborto?

CUADRO No. 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Violación sexual	10	33
Inestabilidad emocional	8	27
Condiciones socio-económicas	8	27
Falta de apoyo familiar	4	13
TOTAL:	30	100%

FUENTE: Funcionarios Judiciales, Profesionales y egresados de Derecho de la ciudad de Quito.
AUTORA: Martha Gladys Burbano Espinoza.

GRÁFICO No. 3



ANÁLISIS

En relación a conocer cuáles serían las causas que llevan a una mujer a practicarse un aborto, de los 30 abogados encuestados, 10 de ellos equivalente al 33%, manifestaron que una de las principales causas que llevan al aborto son los embarazos producto de una violación; mientras que 8 personas equivalente al 27% dijeron que por inestabilidad emocional especialmente en mujeres jóvenes, el otro 27%, o sea 8 personas más, señalaron que las condiciones socio económicas influyen para tomar la decisión de abortar, y por último, 4 personas que corresponde al 13% lo hacen por falta de ayuda o apoyo familiar.

INTERPRETACIÓN

En relación a esta pregunta, la mayor cantidad de profesionales (10) encuestados, considera que el embarazo como resultado de una violación, es la causa que más lleva a las mujeres a practicarse un aborto, por cuanto no desean traer al mundo un hijo fruto de una situación tan dolorosa, porque siempre les estaría recordando lo que pasó y eso sería motivo de rechazo hacia él, no solo de su parte sino también de sus familiares y entorno, además porque no saben que genética heredará del hombre que violentó su cuerpo y su vida; hay dos grupos de profesionales, cada uno de 8 personas, con el equivalente al 27% para cada uno de ellos, que señalaron: los unos, que muchas mujeres eligen abortar por prejuicios, por el qué dirán, ya que la mayoría de estos abortos se realizan mujeres jóvenes y debido a su falta de

madurez e inestabilidad emocional creen que la mejor salida es el aborto; el otro grupo, señaló que las condiciones socio-económicas de las mujeres, como la pobreza, la falta de educación, la discriminación, la violencia de género a las que se han visto sometidas por sus parejas, conducen a que a escondidas y en sitios no adecuados, se realicen la práctica del aborto, poniendo en grave peligro su salud, ya que al no tener los ingresos suficientes para poder cubrir estos gastos que les representa el aborto, acuden donde personas que no tienen los conocimientos necesarios para esta clase de prácticas y es allí donde deciden realizarlo; y, por último, 4 personas de las encuestadas, señalaron que las mujeres se realizan el aborto por falta de apoyo familiar, ya que al conocer que quedaron embarazadas tienen miedo de comunicarles a sus familiares, pues muchos de ellos todavía tienen ideas y principios conservadores, que no aceptan la maternidad en una mujer soltera, lo que las induce a practicarse el aborto.

CUARTA PREGUNTA.-

¿Está usted de acuerdo con la penalización del aborto? SI - No

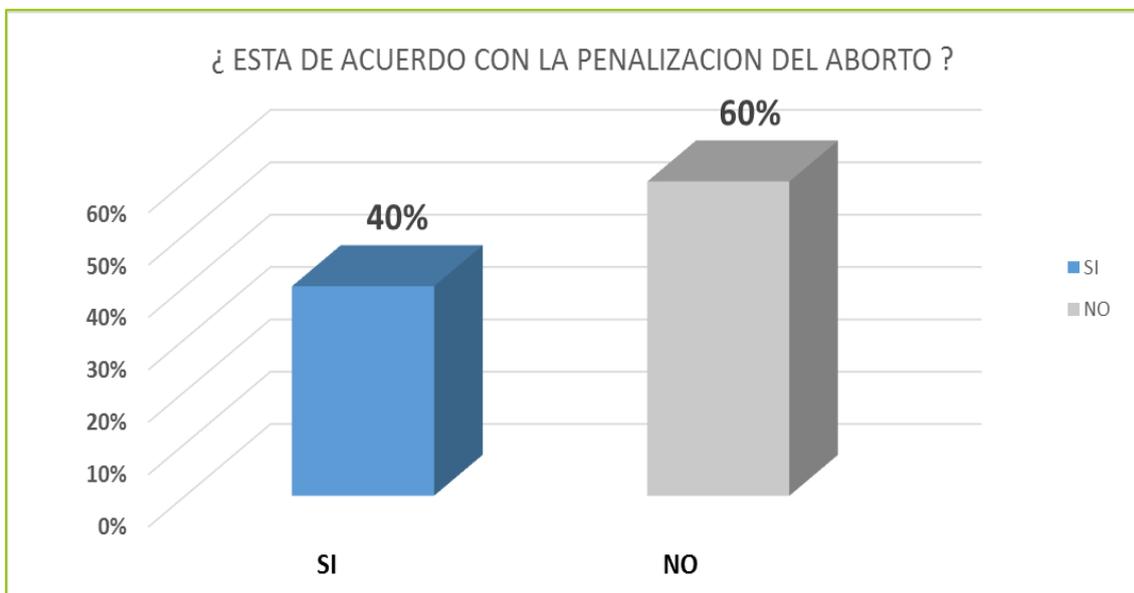
Por qué?

CUADRO No. 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	12	40
NO	18	60
TOTAL:	30	100%

FUENTE: Funcionarios Judiciales, Profesionales y egresados de Derecho de la ciudad de Quito.
AUTORA: Martha Gladys Burbano Espinoza.

GRÁFICO No. 4



ANÁLISIS

El 40% de las personas encuestadas, o sea 12 profesionales del Derecho dijeron que SI; y el restante 60% equivalente a 18 personas dijeron que NO están de acuerdo con la penalización del aborto.

INTERPRETACIÓN

Las 12 personas que SI están de acuerdo con la penalización del aborto dijeron que nadie tiene derecho a decidir sobre la vida de un nuevo ser que está gestándose, por lo tanto consideran que debería mantenerse como está regulado en la ley penal vigente; el otro grupo de 18 personas dijeron que NO están de acuerdo con la penalización del aborto para los casos en los cuales una mujer haya sido víctima de fuerza o violencia sexual, porque el embarazo sería el resultado de hechos nocivos que lesionan la integridad sexual de la mujer y que el obligarle a traer al mundo un hijo no deseado, acarrearía consigo efectos de carácter psicológicos que van a afectarle el resto de su vida a ella y a su futuro hijo.

QUINTA PREGUNTA.-

¿En qué circunstancias considera usted que debería despenalizarse el aborto?

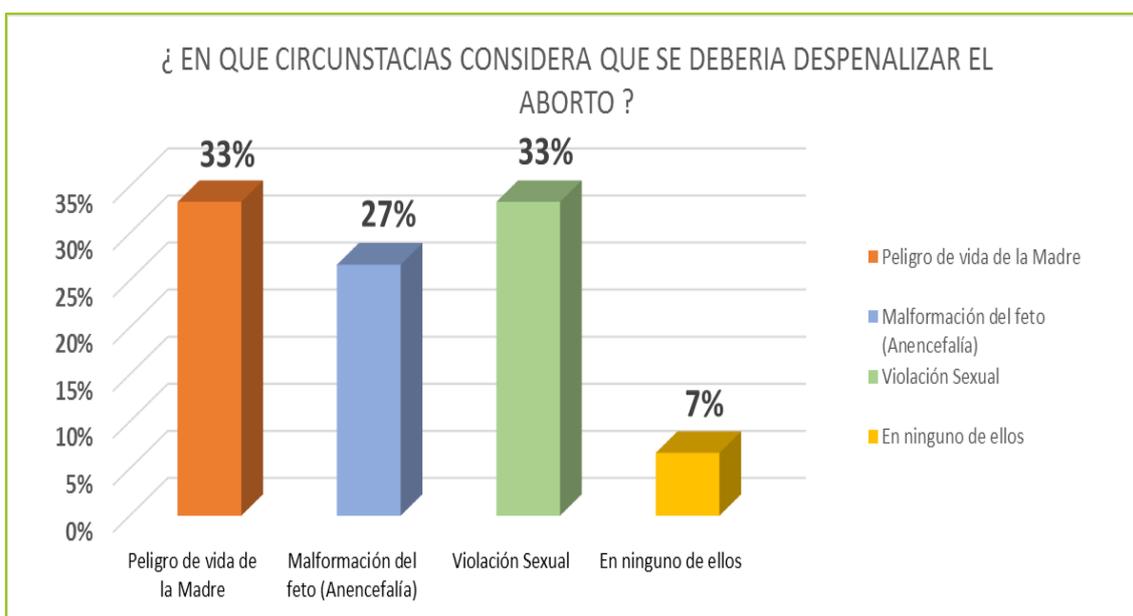
CUADRO No. 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Peligro vida de la madre	10	33
Malformación del feto (Anencefalia)	8	27
Violación sexual	10	33
En ninguna circunstancia	2	7
TOTAL:	30	100%

FUENTE: Funcionarios Judiciales, Profesionales y egresados de Derecho de la ciudad de Quito.

AUTORA: Martha Gladys Burbano Espinoza.

GRÁFICO No. 5



ANÁLISIS

De las personas encuestadas dos grupos equivalentes al 33% cada uno, (10 personas por grupo), manifestó que debería despenalizarse el aborto en circunstancias en que el embarazo cause peligro en la salud o vida de la madre; y en casos en que la mujer ha sido objeto de violación; 8 personas equivalente al 27%, dijeron que a más de los casos citados, estarían de acuerdo también en casos de malformaciones congénitas del feto; y por último, 2 personas, el 7% de los encuestados, señalaron que no están de acuerdo con el aborto en ninguna circunstancia.

INTERPRETACIÓN

De los abogados encuestados, 10 señalaron que la vida de la mujer gestante es importante, porque si tienen otros hijos, estos necesitan del cuidado y atención de su madre, aunque este eximente está tipificado en el Código, creen que es quizá la razón primordial por la cual en la mayoría de las legislaciones de otros países no se lo ha considerado como delito en estas circunstancias; el otro grupo de 10 profesionales, consideró que debería despenalizarse el aborto en todos los casos de violación, porque como está tipificado, se estaría vulnerando el derecho de igualdad establecido en el numeral 2 del Art. 11 de la Constitución, que da a entender que en una situación de similares características, todas las personas somos iguales ante la ley, y también se está vulnerando el numeral 10 del Art. 66, en el cual se concede la libertad de

decidir cuándo y cuántos hijos tener, manifiestan que en el caso de violación a una mujer, debería darse el mismo trato por igual a todas, y dejar en libertad de decidir a la mujer si desea continuar o interrumpir ese embarazo; 8 personas dijeron que a más de las circunstancias señaladas por los otros compañeros, ellas estarían de acuerdo en que se despenalice el aborto en casos de que el feto presente malformaciones congénitas, que luego de un análisis médico se le diagnosticara que está anencefálico. Las últimas 2 personas encuestadas señalaron que no debe despenalizarse el aborto en ninguna circunstancia, porque nadie tiene derecho a quitar la vida a otro ser humano.

SEXTA PREGUNTA.-

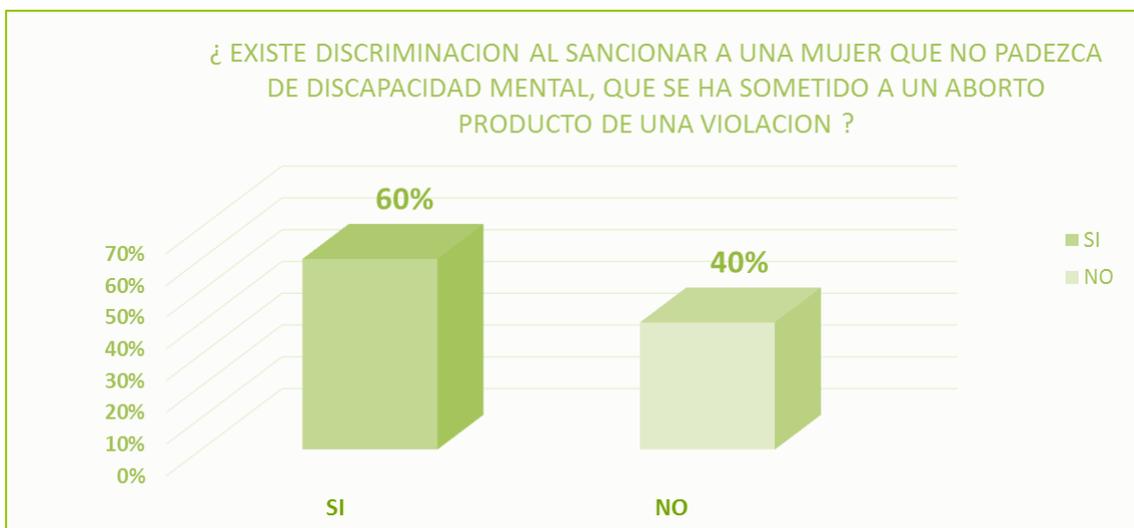
¿Cree usted que existe discriminación al sancionar a una mujer que no padezca discapacidad mental, que se ha sometido a un aborto producto de una violación. SI - NO Por qué?

CUADRO No. 6

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	18	60
NO	12	40
TOTAL:	30	100%

FUENTE: Funcionarios Judiciales, Profesionales y egresados de Derecho de la ciudad de Quito.
AUTORA: Martha Gladys Burbano Espinoza.

GRÁFICO No. 6



ANÁLISIS

18 profesionales del Derecho dijeron que SI existe discriminación al sancionar a una mujer que no padezca discapacidad mental que se ha sometido a un aborto, lo que equivale al 60% del porcentaje de los encuestados y el restante 40% equivalente a 12 personas dijeron que NO.

INTERPRETACIÓN

El 60% de los profesionales encuestados dijeron que SI existe discriminación, porque si tanto se habla de la igualdad de derechos en nuestro país, ¿por qué entonces se va a dar un trato diferente ante un problema que tiene el mismo origen? Eso se llama discriminación, porque le están coartando a la mujer el derecho de decidir sobre su autonomía reproductiva.

El 40% o sea 12 abogados consultados, dijeron que no existe discriminación, porque sus derechos como mujer siguen manteniéndose en firme, pese a una norma jurídica establecida por la ley penal, que en este caso es la protección de una vida.

SÉPTIMA PREGUNTA.-

¿Qué sugiere usted para que no exista discrepancias en la aplicación del numeral 10 del artículo constitucional 66, y el numeral 2 del artículo 150, previstos en la Constitución de la República y en el Código Orgánico Integral Penal, respectivamente.

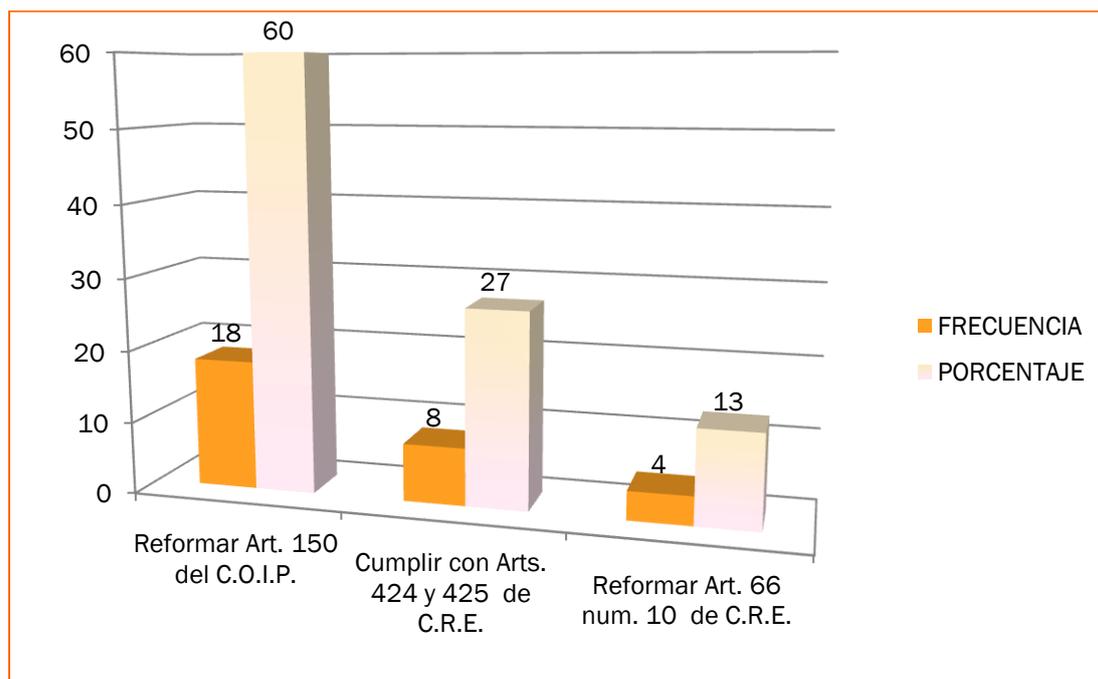
CUADRO No. 7

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Reformar Art. 150 del C.O.I.P.	18	60
Cumplir con Arts. 424 y 425 de la C.R.E.	8	27
Reformar Num. 10 del Art. 66 de C.R.E.	4	13
TOTAL:	30	100%

FUENTE: Funcionarios Judiciales, Profesionales y egresados de Derecho de la ciudad de Quito.

AUTORA: Martha Gladys Burbano Espinoza.

GRÁFICO No. 7



ANÁLISIS

De los 30 abogados encuestados, 18 o sea el equivalente al 60%, señalaron que debe reformarse el Art. 150 del Código Orgánico Integral Penal; el 27% o sea 8 profesionales del derecho, manifestaron que se debe cumplir con lo establecido en la Constitución en sus Artículos 424 y 425; las 4 personas restantes, dijeron que debería reformarse el numeral 10 del Artículo 66 de la Constitución de la República.

INTERPRETACIÓN

De los 30 abogados encuestados, 18 de ellos, o sea el 60% considera que debe reformarse el Código Orgánico Integral Penal en el sentido de que se despenalice el aborto para todas las mujeres que a consecuencia de una violación han quedado embarazadas de un hijo no deseado, por contravenir con lo que dispone el numeral 10 del Art. 66 de la Constitución; 8 abogados coincidieron en que por la supremacía de la Constitución sobre las demás leyes, establecida en los Artículos 424 y 425, debería reformarse el Código Orgánico Integral Penal en acatamiento a lo que dispone el numeral 10 del Art. 66 de la Carta Magna; y, por último, los 4 profesionales restantes comentaron que debería establecerse una reforma al numeral 10 del Art. 66, que guarde concordancia con lo estipulado en el Art. 45 de la misma Constitución.

6.2. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LAS ENTREVISTAS.

Con el fin de reforzar la investigación y aportar con más datos que sustenten este trabajo, realicé 5 entrevistas a profesionales del Derecho, funcionarios de la Corte Nacional de Justicia y Jueces y Secretarios de los Juzgados de Garantías Penales de la ciudad de Quito, quienes aportaron con su criterio jurídico sobre las preguntas formuladas y que a continuación detallo:

(P) ¿Cuál es su criterio personal respecto al aborto?

1. No estoy a favor del aborto pero respeto la decisión de las mujeres que eligieron abortar por diferentes circunstancias.
2. Es una decisión personal de la mujer que nadie puede impedir. Ella es la única que puede decidir si desea continuar o interrumpir un embarazo causado por una violación.
3. La decisión de abortar debe ser tomada por la mujer que engendró, por cuanto es la dueña de su cuerpo y es a quien le toca asumir las responsabilidades que genera un hijo.
4. Soy un profesional que respeto el derecho a la vida, pero en caso de un embarazo producido por violación, considero que la mujer puede recurrir al aborto por el derecho a la libertad sexual que le asiste.

5. Creo que es una decisión personal y exclusiva de la mujer gestante y de nadie más, ya que es la única que tiene que llevar en sus entrañas una criatura fruto de una violación.

(P) ¿Considera usted que el aborto no punible establecido en el numeral 2 del Art. 150 del COIP, solo para mujeres con discapacidad mental, vulnera el derecho a la libertad de decidir sobre el cuerpo y vida reproductiva de todas las mujeres?

1. Sí, porque no se puede obligar a una mujer a concluir un proceso de gestación y crianza de un hijo no deseado, peor aún si es consecuencia de un delito como la violación.
2. Considero que sí, ya que cualquier mujer puede ser víctima de un abuso sexual, y en estas circunstancias es ella la que tiene que decidir si aborta o no.
3. Si porque vulnera el derecho a la igualdad, porque no se trata de un aborto eugenésico y en ese sentido deben estar en las mismas condiciones todas las mujeres sea cual fuere su situación de salud mental.
4. Sí, porque no se puede transgredir el derecho a la dignidad que todos tenemos como seres humanos con normas punitivas, cuando la norma suprema dicta otras disposiciones.

5. Si porque las estadísticas revelan que las mujeres que han sido víctimas de una violación y han quedado embarazadas, sienten un rechazo total hacia el hijo engendrado, lo que podría causarles daños psicológicos difíciles de superar.

(P) ¿Cree Ud. que existen contradicciones jurídicas entre lo estipulado en el numeral 10 del Art. 66 de la Constitución vigente y el numeral 2 del Art. 150 del nuevo Código Orgánico Integral Penal, en lo concerniente a la penalización del aborto?

1. Considero que si existe contradicción legal ya que por jerarquía, debe respetarse lo que determina la Carta Magna, sobre las demás leyes vigentes.
2. Por supuesto que sí, ya que la Constitución concede la facultad para elegir cuándo y cuántos hijos tener, y el numeral 2 del Art. 150 del COIP, estaría contraviniendo expresamente la normativa constitucional.
3. Si porque se debe respetar el derecho de toda mujer a decidir sobre su vida sexual y reproductiva establecido en el numeral 10 del artículo 66 constitucional, y no forzarle mediante normas punitivas establecidas en el COIP, a cargar con un embarazo no deseado.
4. Si porque el numeral 2 del Art. 150 del COIP, vulnera el principio de igualdad que debe existir entre las personas que se encuentren en idénticas situaciones, pues la igualdad es el atributo que tiene toda

persona para ser tratado ante la Ley, en las mismas condiciones que a sus semejantes.

5. No creo que exista contradicciones, porque considero que todas las mujeres tienen soberanía sobre sus cuerpos, pero no sobre la vida de otro nuevo ser totalmente independiente de ella.

(P) ¿Podría indicarme si legalizar equivale a despenalizar el aborto?

1. No, son categorías diferentes aunque surta el mismo efecto. La legalización implica legitimación social, la despenalización no.
2. La despenalización se aplica a los delitos, no a los delincuentes. La legalización da efecto legal a una situación o cosa.
3. Despenalizar es dejar de aplicarle la pena a alguien que es merecedor de ella. Legalizar legitima algo que estaba prohibido.
4. La despenalización manda a los jueces que no apliquen la pena. La legalización certifica que algo es auténtico, legal.
5. Estoy a favor de la despenalización del aborto no de la legalización.

(P) A su criterio ¿Que consideraciones se debería tomar en cuenta en cuanto al proceso por el delito de violación y la implementación de una norma jurídica que despenalice el aborto en dicho caso?

1. Se debe tener en cuenta que todo acto que no es consentido va contra la voluntad de una persona; por lo que bastaría simplemente la denuncia

de la mujer y la realización de exámenes que corroboren dicha denuncia en el tiempo más corto posible para poder acceder al aborto.

2. Se debe tomar como consideraciones, la existencia de una violación, la demostración de que el acceso carnal fue sin el consentimiento de la víctima y al demostrar esto último, considero procedente que la Asamblea Nacional reforme el Código Orgánico Integral Penal en este sentido; es de vital importancia tener en cuenta que al denunciar este acto en sí, se le debe dar un trato prioritario ya que un proceso penal de esta índole puede durar años.

3. Considero que es de suma importancia el examen médico legal respectivo y la denuncia presentada en el menor tiempo posible, de que la mujer ha sido víctima de violación, para que se de paso al aborto en caso de no haberse hecho efectiva la pastilla del día después.

4. Se debe considerar el principio de igualdad al que me he referido con anterioridad; ya que la norma del Código Penal en la actualidad solo refiere la posibilidad de que no sea punible en el caso de un embarazo proveniente de una violación cometida en una mujer que padezca discapacidad mental; lo que de plano constituye una franca vulneración a toda mujer que haya concebido en su vientre una criatura producto de una violación.

5. Se podrían determinar medidas desde el Estado, como acoger al menor, o entregarlo en adopción, ya que también es cierto que fue un embarazo no deseado por su madre, al ser el resultado de una violación, lo que les causaría problemas psicológicos tanto a la madre como al hijo, de seguir juntos. Finalizadas las entrevistas se puede deducir que la despenalización del aborto en casos de violación si debe aplicarse para todas las mujeres; puesto que de los 5 jueces entrevistados, la mayoría de ellos consideró su acuerdo en que el Código Orgánico Integral Penal debe reformarse en ese sentido, ya sea porque incumple principios como el de igualdad; así como también desestima lo que estipula el numeral 10 del artículo 66 de la Constitución de la República o porque las consideraciones al tomar esa figura como delito, datan desde hace años atrás y se requiere de una renovada figura legal.

Debo mencionar además, que los jueces coincidieron al señalar que muy probablemente una mujer que fue víctima de una violación no estaría psicológicamente preparada para criar un hijo producto de dicha agresión; puesto que influiría en ella la forma en que fue concebido, creando situaciones de rechazo que causarían alteraciones psicológicas tanto en ella como también en el hijo.

Por otro lado; los Jueces tuvieron puntos de vista muy diversos en cuanto a los conflictos o inconvenientes jurídicos que presentaría la propuesta de despenalización del aborto en caso de violación; unos señalaron que estos inconvenientes se enmarcan en el plano ético,

moral y religioso de la sociedad; otro manifestó que así como nuestra Constitución estipula el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener; también existe el derecho a la vida del ser que está gestándose; por lo tanto, considera que si la madre no desea criar al hijo a su lado, podría entregarlo en adopción.

Respecto a las consideraciones que debería tomarse en cuenta en el proceso por el delito de violación y la implementación de una norma jurídica que despenalice el aborto en dicho caso, la mayoría de los juristas coincidieron en que se debe tomar en cuenta la existencia de una violación y que el acceso carnal fue sin el consentimiento de la víctima, por lo que bastaría simplemente la denuncia de la mujer y la realización de exámenes que corroboren dicha denuncia en el tiempo más corto posible para poder acceder al aborto.

Considero que en la despenalización del aborto para todos los casos de violación perpetrada en contra de una mujer, su reforma se presenta como el medio más adecuado que el Estado pueda conferir a toda mujer ecuatoriana, para el pleno reconocimiento de sus derechos a la salud a la dignidad humana y a la libertad de decidir sobre su propia vida reproductiva.

6.3. JURISPRUDENCIA CASUÍSTICA

En vista de que no existen demandas por delito de aborto por violación en los Juzgados de Garantías Penales de la ciudad de Quito, tuve que acudir a la Corte Nacional de Justicia y allí me proporcionaron el siguiente caso.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.

CASO NO. 0014-2005- RA

Antecedentes. 1. El accionante -Fernando Rosero Rhode- señala que: **a.** Se ha otorgado el registro sanitario para la comercialización de Postinor 2, fármaco que se utiliza durante los tres días posteriores a una relación sexual no protegida para poner fin a un embarazo no deseado, lo que contraviene expresas disposiciones constitucionales y legales. **b.** El Ministro de Salud va a analizar los efectos morales, éticos, bioéticos, religiosos y médicos luego de tener reuniones con sus asesores y los distintos estamentos sociales -a pedido de la Iglesia- cuando esto debió hacerlo antes de conceder el registro sanitario correspondiente. **c.** A pesar que no existe una “[...] norma que determine claramente cuándo se considera concebido el feto [...]”, ya “[...] que nuestra legislación únicamente prevé que desde el nacimiento se considera a la persona sujeto de derechos.”¹⁷, el aborto es sancionado por la ley penal. **d.** El aborto de un óvulo fecundado constituye una violación de los siguientes derechos: a la seguridad jurídica, a la vida, a nacer, a crecer, a elegir. Además, al facilitar la práctica irresponsable del acto que debe ser fruto del amor de una pareja -no de la ocasión y del momento- socava los principios morales. **e.** Los métodos anticonceptivos de emergencia son sustancias abortivas. **f.** Desde el

momento de la fecundación existe un código genético distinto al de la madre y, por tanto, ya existe una persona “única e irrepetible”. Y, **g**. Es un sofisma señalar que hay embarazo desde el momento en que el huevo se implanta en la mucosa uterina, porque desde la concepción ya se definió el sexo del ser humano engendrado. **2**. El Ministro de Salud Pública -demandado- no asiste a la audiencia. **3**. El Director del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical “Leopoldo Izquieta Pérez” –demandado señala: **a**. Se debió contar con el Procurador General del Estado. **b**. Se solicita la suspensión del registro sanitario de Postinor 2, que es “[...] un acto final que pasa por la consideración de varios parámetros previos, como son los documentos legales y técnicos, revisados por diversos departamentos [...]”¹⁸ **c**. El Instituto es un laboratorio referencial. Y, **d**. Para la concesión del registro sanitario se cumplieron los requisitos previstos en la ley; y, además, se tomó en consideración toda la información –debidamente legalizada- que fue enviada desde el exterior, por el solicitante. **4**. La Coordinadora del Proceso de Registro Sanitario se ratifica en los argumentos de la parte accionada y presenta la documentación correspondiente. Y, **5**. El Juez Tercero de lo Civil de Guayaquil concede el amparo propuesto, fundándose en las disposiciones de los artículos 16 y 18 de la Constitución: “[...] el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos, y en materia de derechos y garantías se estará a la interpretación que más favorezca a su efectiva vigencia.”¹⁹ El artículo 49 de la Constitución garantiza el derecho a la vida desde su concepción.

Pretensión del accionante: suspensión definitiva del registro sanitario para la comercialización y expendio del fármaco denominado “pastilla del día después”, conocida con el nombre de “Postinor 2”.

Consideraciones. En lo fundamental, la Sala señala que: **1.** Del expediente consta el acto de la autoridad pública por el cual se concede el registro sanitario acusado y el Informe del Proceso de Registro Sanitario del Producto Postinor 2. La conclusión del informe es favorable y señala que el fármaco se debe vender bajo receta médica. Sin embargo, del mismo informe se “[...] pueden rescatar 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 (**las negrillas son nuestras**).” De lo mencionado, y de la diversa información científica que consta en el proceso, se puede 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 [...]”²⁰

2. La Constitución (Art. 49) garantiza el derecho a la vida desde la concepción.

3. El Código de la Niñez y de la Adolescencia establece la protección de la vida de los niños, niñas y adolescentes desde la concepción; por ello prohíbe cualquier manipulación médica o genética desde la fecundación del óvulo y la utilización de cualquier técnica que ponga en peligro su vida o desarrollo integral.²¹ Por otra parte, el mismo cuerpo legal señala el derecho de la mujer

embarazada a recibir alimentos, desde el momento de la concepción.²²

4. Debido a que la legislación ecuatoriana no define cuando se inicia la concepción, la redacción del artículo 20 del Código de la Niñez y de la Adolescencia da, no obstante, una pauta. Sin embargo, como la Sala “[...] no puede aseverar que la concepción se produce desde la fecundación del óvulo, pero tampoco está segura de lo contrario [...]”, los jueces constitucionales deben señalar que se ha creado una duda razonable que les obliga a interpretar el artículo 49 de la Constitución “[...] con un alcance a favor de la persona y del derecho a la vida [...]” de conformidad con la disposición del artículo 18, inciso segundo, de la Carta magna. Se tiene que aplicar el principio universal “[...] *in dubio pro homine*, esto es que en caso de duda, se debe estar a favor de la persona.”²³

5. El método sistemático busca una interpretación orgánica de la norma fundamental. La constitución ecuatoriana pretende la protección de los derechos, libertades y garantías del ser humano (artículo 16).

6. Cuando se analiza el contenido del artículo 49 de la Constitución que dice: “[...] El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida desde su concepción.”, el juez constitucional debe: **a.** garantizar la vida del ser humano desde el momento de su formación, a través de su interpretación. Por tanto, el Postinor 2, en una de sus fases, al actuar como un agente que impide la implantación del cigoto, luego que el óvulo ha sido fecundado, está atentando contra la vida de un nuevo ser humano. Y, **b.** Así mismo, el principio de concordancia práctica le obliga al juez constitucional a realizar una ponderación entre el derecho a la vida del ser humano en formación y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y el de la libertad individual. Sin el derecho a la vida, no se pueden ejercer ninguno de los otros derechos.

7. Con respecto a la

legitimidad del acto impugnado, las disposiciones legales pertinentes le permiten al Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical “Leopoldo Izquieta Pérez” verificar la presentación de la documentación habilitante para otorgar el registro sanitario que se le solicite y, además, como ente regulador, analizar y verificar los componentes del producto. **8.** En el proceso de análisis del levonorgestrel no se encuentra ninguna referencia sobre los posibles efectos sobre la salud humana - “[...] seguramente porque la normativa a la que se ciñe el Instituto no le obliga expresamente a hacerlo [...]”-. Sin embargo, su función debería ir más allá del cumplimiento de los requisitos formales. La Constitución considera un valor fundamental el de la vida. Antes que se certifique la calidad del producto, se debió dar un debate público entre la sociedad ecuatoriana y el Ministerio de Salud, sobre un tema de tanta trascendencia como este. La ilegitimidad del acto se da “[...] porque se debía evaluar sus posibles consecuencias y efectos, inclusive evaluándolo con la normativa imperante en el país [...]”. Se ha contravenido expresamente la norma del artículo 49 de la Constitución; se ha violado “[...] el derecho a la vida desde la concepción, derecho fundamental [...]”, ocasionando que de manera inminente se amenace con causar daño grave e irreparable a un grupo de seres humanos, imposible de cuantificar, por atentarse su derecho a la vida.²⁴ **9.** La actuación del demandante es legítima, porque interpuso la acción de amparo para la protección del derecho a la vida del grupo de seres humanos no nacidos y no cuantificables, que de manera inminente se ve gravemente amenazado por el consumo del producto.²⁵ Y, **10.** Existe un acto ilegítimo de autoridad pública - inscripción del medicamento Postinor 2-, por cuanto su motivación y objeto es ajena al ordenamiento jurídico ecuatoriano. Se deja constancia que es

obligación de las autoridades públicas pronunciarse sobre los efectos dañinos o no de medicamentos que contengan levonorgestrel y que hayan ingresado o ingresen al mercado para su libre comercialización, medicamento que impide la implantación del cigoto -fundamento de este fallo-. (Anexo No. 4)²⁶.

Resolución. 1. Se concede la acción de amparo. Y, **2.** Se devuelve el expediente al juez de origen.

En esta demanda claramente se puede observar que el demandante está solicitando la suspensión del registro sanitario de Postinor 2, que es un anticonceptivo que actúa como abortivo y que su consumo estaría dando origen a la muerte de muchos niños engendrados, contraviniendo expresas disposiciones emanadas de la Constitución, que protegen la vida de las niñas y niños desde la concepción.

¹⁶ Existe el voto disidente de dos miembros de la Comisión y un voto razonado concurrente. *Ibídem*, pp. 19-27.

¹⁷ Tribunal Constitucional del Ecuador, *Resolución No. 0014-2005-RA*, p. 1,

¹⁸ *Ibídem*, p. 3.

¹⁹ *Ibídem*, p. 3.

²⁰ *Ibídem*, pp. 5-6.

²¹ Art. 20.- “Derecho a la vida.- [...]”. *Ibídem*, p. 6.

²² Art. 148. *Ibídem*, p. 7.

²³ *Ibídem*, p. 7.

²⁴ *Ibídem*, p. 10.

²⁵ Esta es la interpretación que realiza la Sala, “[...] por mandato del Art. 2 de la Ley de Control Constitucional [...]”. Además, el artículo 61 del Código Civil le autoriza al juez a actuar de oficio

7. DISCUSIÓN.

7.1. Verificación de Objetivos.

En el proyecto de investigación jurídica propuesto para el presente trabajo investigativo formulé un Objetivo General y tres Objetivos Específicos, los cuales, luego de su estudio y análisis se los pudo verificar como sigue:

➤ Objetivo General.

Realizar un estudio jurídico, doctrinario y crítico que permita establecer si es factible la despenalización del aborto en casos de violación, mediante una reforma Jurídica al Código Orgánico Integral Penal.

El objetivo general fue alcanzado satisfactoriamente, pues luego del análisis realizado mediante recopilación de información tanto bibliográfica como empírica obtenida del trabajo de campo, se ha podido verificar que existe vulneración de los derechos reproductivos de las mujeres ecuatorianas, establecidos en el numeral 10 del artículo 66 de la Constitución, y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, al restringirles el derecho a tomar decisiones libres sobre la soberanía de su cuerpo y a elegir cuándo y cuántas hijas e hijos tener, al establecer sanciones punitivas en el Código Orgánico Integral Penal para las mujeres que a consecuencia de un embarazo producto de una violación, se someten a la práctica de un aborto, eximiendo de la misma solamente a las mujeres que padezcan de discapacidad mental, a lo

que la gran mayoría de los juristas entrevistados y encuestados consideran que uno de los principios que rige la vida de los seres humanos es la igualdad; por lo tanto, al ser la Constitución norma suprema que está sobre las demás leyes, es factible la incorporación de una reforma al Código Orgánico Integral Penal, en el sentido de que el aborto no punible se haga extensivo para todas las mujeres que han sido víctimas de esta terrible agresión.

➤ **Objetivos Específicos.**

- 1. Determinar si existen contradicciones jurídicas entre lo establecido en el Art. 66 numeral 10 de la Constitución de la Republica, y el Art. 150 del Código Orgánico Integral Penal, relacionados con la despenalización del aborto por violación sexual.**

Del estudio realizado se puede determinar que si existen contradicciones entre lo que establece la Constitución en el numeral 10 del artículo 66 que estipula: "Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas. 10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener", con lo que establece el Código Orgánico Integral Penal, en el numeral 2 del artículo 150, que dispone: "Art. 150.- Aborto no punible.- 2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en mujer que padezca de discapacidad mental." Al respecto puedo señalar lo siguiente: Si en la Constitución muy claramente se establece en el artículo arriba mencionado, la libertad de la mujer a tomar decisiones sobre su vida reproductiva, o sea cuándo y cuantos hijos o hijas tener; y, el Código Orgánico Integral Penal al declarar

el aborto no punible solo para "mujeres que padezcan de discapacidad mental" está contraviniendo con la normativa constitucional, en contra de toda mujer normal que se realice un aborto producto de una violación, ya que con esta disposición, se le estaría discriminando al imponerle un embarazo que no es producto de una decisión libre y consentida, sino que es el resultado de una violación, conducta arbitraria que también está penalizada en el COIP. A mi parecer, el referido objetivo si se cumple.

2. Analizar los fundamentos teóricos y jurídicos en los que se enmarca el aborto en casos de violación.

Al ser la violación un delito que agrede la integridad física, psicológica y social de la mujer y más aún, si como consecuencia de esta situación se produce un embarazo no deseado, el impedir que la mujer se practique un aborto en estas circunstancias, estaría vulnerando sus derechos a la dignidad que como ser humano se merece. La protección constitucional de este derecho recoge una importancia particular, pues su ejercicio está vinculado a la situación privada de la vida de todas las personas; por lo tanto, considero que este objetivo también se cumple dentro del análisis de esta investigación.

3. Evaluar si un embarazo no deseado, concebido por una mujer que ha sido víctima de violación, puede ocasionar problemas psicológicos en ella.

En la Constitución se contempla el derecho a la libertad de decidir cuándo y cuántos hijos e hijos tener; pero cuando se hace referencia al tema del aborto en casos de violaciones, se lo toma como una actividad despreciable e ilícita; sin tener en cuenta las repercusiones emocionales y psicológicas que esta situación provoca en la mujer ofendida, que afectan a su salud que es otro derecho garantizado por el Estado en la Constitución y que de igual manera se estaría vulnerando, cuando a la mujer le toca soportar cambios en su comportamiento, miedo, angustia, desesperación, aislamiento de su entorno familiar, cuando no tiene más alternativa que traer al mundo un hijo no deseado, rechazado aún antes de nacer por ser el resultado de tal agresión. Considero que de igual manera este objetivo si se cumple al realizar su verificación.

4. Plantear una reforma jurídica en base a los resultados que exteriorice la investigación de campo al Código Orgánico Integral Penal, en relación a la despenalización del aborto para todo tipo de violación sexual en contra de la integridad física, moral y psicológica de la mujer ecuatoriana.

Después del estudio y análisis de toda la información recopilada alrededor del tema de investigación, considero necesario plantear una reforma al Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 150.- Aborto no punible.- en el sentido de que se sustituya el numeral 2, por uno nuevo en el cual se establezca la despenalización del aborto para todas las mujeres que han quedado embarazadas a consecuencia de una violación, siempre que esta sea

comprobada ante la justicia, a fin de evitar una situación de desigualdad entre todas las mujeres ecuatorianas; y además, para evitar contradicciones con la jurisprudencia constitucional que es norma suprema ante las demás leyes, y que es firme en reiterar la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas del ejercicio de los derechos que garanticen la igualdad entre los ciudadanos ecuatorianos.

7.2. Contratación de Hipótesis.

El debate sobre la legalización o no del aborto en casos de violaciones sexuales; y por consiguiente su despenalización, significa para nuestra sociedad un verdadero problema jurídico, ético y moral.

De acuerdo a la información recopilada en la doctrina jurídica y la opinión de los profesionales del derecho encuestados y entrevistados, se puede deducir que la hipótesis planteada si se cumple, ya que al ser el aborto un tema muy polémico y controversial dentro de la sociedad ecuatoriana, no se ha llegado a ningún consenso al respecto, en vista de que los criterios expuestos por los diferentes actores sociales, varían de acuerdo con su grado de compromiso político, ético, moral, social o religioso, ya que unos enfocan al aborto desde una perspectiva moralista, y otros como un derecho de libertad, en la que se describe la confrontación entre el discurso del derecho a la vida sin excepciones y el derecho a decidir soberanamente sobre su vida reproductiva por parte de las mujeres.

7.3. Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma:

La Fundamentación Jurídica para la elaboración de la Reforma, la he basado en los derechos que como seres humanos nos asisten, en razón de que la Constitución así lo establece para el fiel cumplimiento de los mismos, como lo reconoce en su Art. 1. "El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. (...)", asimismo, en su Art. 6 que señala: "Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución";

A mi criterio, estos artículos conceden primacía a los derechos constitucionales de las personas sobre las demás disposiciones legales, porque al ser el Ecuador un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, su deber es el de proteger a la persona humana y a su dignidad, de tal manera que la violación de los derechos y garantías representan un agravio a la persona.

Dentro del Código Orgánico Integral Penal, en el Art. 150 el legislador ha considerado ciertas circunstancias por las que el aborto no es punible: cuando esté en peligro la vida o la salud de la mujer embarazada, y en caso de que el embarazo sea consecuencia de una violación en mujer que padezca de discapacidad mental; normativa que discrimina al resto de mujeres por no padecer de discapacidad mental y vulnera sus derechos de igualdad que como seres humanos les corresponde, al negarle el acceso libre y voluntario a que

puedan practicarse un aborto, más aún, si este es consecuencia de una violación. Tal tipificación es discriminatoria, ya que la Constitución de la República del Ecuador, en el numeral 2 del artículo 11, reconoce que “todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades (...);”;

De idéntica forma existe una contradicción entre la Carta Magna ecuatoriana y lo que establece el Código Orgánico Integral Penal, ya que al tipificar el aborto como un delito, menoscaba el derecho que poseen las personas a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener; como lo establece el numeral 10 del Art. 66 constitucional, pues considero que no debería ser penado para ninguna mujer, si este es resultado de una violación.

Al ser la Constitución norma suprema sobre las demás leyes, como lo establece en su Art. 424.- “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica (...)”, considero que existe contradicción entre estos dos cuerpos legales, lo cual amerita una reforma al Art. 150 del Código Orgánico Integral Penal.

Es conveniente indicar que también al legislador se le ha pasado por alto que el Código Civil ecuatoriano en su Art. 60 establece que el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada

completamente de su madre; es decir, una vez que nace este nuevo ser, adquiere derechos y obligaciones.

No se puede ocultar que en el Ecuador los índices de delitos sexuales aumentan cada día; y por consiguiente una mujer, con o sin discapacidad mental, puede ser víctima de una violación y producto de ello, quedar embarazada sin su consentimiento; el problema radica en que si esta mujer decide interrumpir el embarazo y al no contar con una normativa legal que apoye su decisión, pone en peligro su vida, al acudir a lugares clandestinos y sin las condiciones adecuadas de salubridad para realizarse el aborto, además de exponerse a ser sancionada por un delito que está contemplado en nuestra Legislación Penal COIP, como punitivo.

Considero que en base a los artículos enunciados se fundamenta la propuesta de Reforma al Código Orgánico Integral Penal.

8. CONCLUSIONES

Después del análisis, doctrinario, jurídico y empírico desarrollado en el presente trabajo investigativo, se puede concluir lo siguiente:

1. En el Ecuador el fenómeno del aborto ha rebasado la realidad actual y en su discusión por legalizarlo o no, intervienen varios sectores de la sociedad, que mediante sus discursos sociales, políticos, morales, éticos, e inclusive religiosos, defienden sus posturas ante este controversial tema, sin lograr ningún acuerdo al respecto.
2. El presente análisis trata de comprender los criterios expuestos por los diferentes actores sociales y enfoca al aborto desde una perspectiva realista y moralista, en la que se describe la confrontación entre el discurso del derecho a la vida sin excepciones y el derecho a decidir sobre la autonomía y vida reproductiva de las mujeres.
3. Los grupos Feministas se mantienen en pie de lucha en busca del cumplimiento del derecho a decidir por la autonomía de su cuerpo y la opción a una libre maternidad, a fin de lograr la despenalización del aborto para todas las mujeres que han sido víctimas de violación de la cual se haya generado un embarazo, y no solamente para las mujeres que padezcan discapacidad mental, pues esta normativa establecida en el numeral 2 del artículo 150 del COIP, contraviene de manera arbitraria con

el derecho sobre la autonomía reproductiva de todo el resto de mujeres, que se encuentra establecido en la Constitución. (Art. 66.10).

4. A nivel jurídico, cabe destacar que desde la Constitución aprobada en 1998, se han dado avances significativos en torno a los derechos sexuales y reproductivos, los mismos que han sido ratificados en la Constitución vigente, pero lamentablemente no se ha logrado una efectiva aplicación y ejercicio de éstos.
5. El aborto sigue ubicándose como un grave problema de salud pública que afecta la vida de miles de mujeres en el país, que se han practicado de manera ilegal en lugares clandestinos, que carecen de los estándares adecuados para esta clase de intervenciones y además porque son realizados por personas que no tienen los conocimientos necesarios para ejecutarlos.
6. Existe conflicto entre el derecho a la vida del nasciturus y el derecho a la vida de la mujer gestante, puesto que, unos sostienen que la vida del nasciturus tiene prevalencia sobre la vida de la mujer embarazada, y otros afirman lo contrario; a mi criterio considero que ambas vidas son importantes y de igual jerarquía, aunque a criterio de varios tratadistas enunciados en el presente trabajo, consideran que la vida de la mujer prevalece sobre la del nasciturus, por ser un ente jurídico con derechos y obligaciones catalogado como sujeto de derecho, mientras que, al nasciturus se le atribuye el derecho a la vida, pero como objeto de derecho, al carecer de personería jurídica.

9. RECOMENDACIONES

En base a las conclusiones enunciadas, se puede emitir como recomendaciones las siguientes alternativas:

1. Al ser el aborto un tema de tanta trascendencia social, el Estado no debería ser el único ente político social, que tome las decisiones sobre su penalización o no, sugiero que en un país libre y democrático como es el Ecuador donde el pueblo es el mandante, debería convocarse mediante una consulta popular a la sociedad ecuatoriana, para que sea ella la que decida si se despenaliza o no el aborto para todas las mujeres que han quedado embarazadas como consecuencia de una violación.
2. El Estado ecuatoriano al ser parte de los países que han firmado acuerdos y convenios con los Organismos Internacionales de Derechos Humanos, debería respetar y acatar las disposiciones emanadas de éstos, y despenalizar el aborto en todos los supuestos de que un embarazo sea producto de una violación, como lo han hecho la mayoría de las legislaciones en el mundo entero.
3. Creo que una decisión de tan alta importancia como la de interrumpir o continuar un embarazo consecuencia de una violación, es una medida que puede adoptar únicamente la mujer, bajo su propio criterio y responsabilidad y no debe ser forzada mediante medidas punitivas, que a mi criterio, ameritan una reforma.

4. La mayoría de los profesionales encuestados, opinó que por la supremacía que representa la Constitución sobre las demás leyes, como lo estatuye en su Art. 424, debería acatarse lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 66, para dar apertura a la despenalización del aborto para todos los casos de violación.

5. Otra recomendación sería que, en caso de que la vida del nasciturus, en cuanto bien constitucionalmente protegido por el artículo 45 de la Constitución, entre en conflicto con los derechos a la vida y a la dignidad de la mujer embarazada como consecuencia de una violación, sea la Asamblea Nacional en su labor de ponderación, quien trate de armonizar y fijar las condiciones en que podría admitirse la prevalencia del uno, sobre la del otro.

6. Sugiero una reforma al Art. 150 del Código Orgánico Integral Penal, en el sentido de que se establezca la despenalización del aborto, para todas las mujeres que han quedado embarazadas a consecuencia de una violación, la misma que será comprobada ante la justicia, la cual sentará la base en pro y defensa de los derechos atribuidos a la mujer ecuatoriana.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA.

REPÚBLICA DEL ECUADOR

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, enmarca al ordenamiento jurídico nacional dentro de los lineamientos de un Estado constitucional de derechos y justicia;

Que, el inciso primero del artículo 424, dispone que la Constitución es la Norma Suprema del Estado y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico, por lo tanto, las normas y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales;

Que, en el inciso primero, numeral 2 del artículo 11 de la Constitución, se establece que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades;

Que, la Constitución de conformidad con el numeral 9 del artículo 11 señala: El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución;

Que, en el numeral 1 del artículo 66, la Constitución reconoce y garantiza el derecho a la inviolabilidad de la vida;

Que, el primer inciso del artículo 45 señala que el Estado reconoce y garantiza el derecho a la vida de las niñas, niños y adolescentes, desde la concepción;

Que, la Constitución en su numeral 10 del artículo 66 reconoce y garantiza a las personas el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener;

Que, el numeral 2 del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal, señala como aborto no punible, si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental;

Que, existe incongruencia jurídica entre lo estipulado en el numeral 2 del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal al contraponerse a lo que dispone el numeral 10 del artículo 66 de la Constitución,

Que, es necesario realizar una reforma al Art. 150 del Código Orgánico Integral Penal, para que los derechos reproductivos relacionados con la autonomía y control del cuerpo de la mujer, alcancen su plena validez jurídica y puedan aplicarse sin ninguna objeción;

En uso de las atribuciones constitucionales y legales que le confiere el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República del Ecuador,

EXPIDE:

LA SIGUIENTE REFORMA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Art. 1. En el artículo 150, sustitúyase el numeral 2, por el siguiente:

Art. 150.- Aborto no punible.- (...) numeral 2. Si el embarazo se produce como consecuencia de una violación perpetrada en contra de toda mujer, adolescente o niña, será necesario como requisito obligatorio para la práctica del aborto, la presentación de la denuncia ante la Fiscalía, en un máximo de 24 horas después de haberse producido el hecho; y el Informe pericial del Departamento de Medicina Legal de la Policía Nacional, que confirme su veracidad. El aborto podrá realizarse como plazo máximo, dentro de las 8 primeras semanas de haberse suscitado la violación y siempre que cuente con el consentimiento expreso y por escrito de la mujer gestante.

Para el caso de una mujer que padezca de discapacidad mental o de una menor de dieciocho años, la autorización para la práctica del aborto será dada por sus padres, o su representante legal. En lo demás, el mencionado artículo queda inalterable.

Art. Final. La presente reforma a la Ley, entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial.

Es dado en la sala de sesiones de la Asamblea Nacional, a los quince días del mes de septiembre del 2014.

GABRIELA RIVADENEIRA B.

PRESIDENTA

LIVIA RIVAS

SECRETARIA

10. BIBLIOGRAFIA.

- **ALVA, LÓPEZ MARÍA DEL CARMEN**, "Y después del Aborto ¿Qué?"; Editorial Trillas, México, Argentina, España, Segunda Edición, 2007.
- **CABANELLAS GUILLERMO**, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1997.
- **CARRARA FRANCESCO**, Programa de Derecho Criminal, Editorial Temis, Bogotá, 1991.
- **CASTRO, PINZÓN CRISTINA Y RODRÍGUEZ, ORREGO CLAUDIA**, "Guía del Aborto No Punible"; Legis Editores S.A., Primera Edición 2011.
- **CUELLO CALÓN EUGENIO**, Derecho Penal, Editorial Bosch, Barcelona, 1982.
- **LARREA HOLGUÍN JUAN**, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.
- **MANTILLA BENIGNO**, Filosofía del Derecho, Editorial Temis, Bogotá, 1996.
- **MUÑOZ, CONDE FRANCISCO**, "Introducción al Derecho Penal"
- **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, Diccionario de la Lengua Española, Editorial Espasa, España, 2001, Vigésima Segunda Edición
- **REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS "ILLUMANTA"** emitida por la Corte Nacional de Justicia, enero 2014;
- **TOCORA, LUIS FERNANDO**, "Derecho Penal Especial – Delitos contra la vida y la integridad personal"; Librería Ediciones del Profesional Ltda., Décimo primera edición 2009.

LEGISLACION NACIONAL:

- **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008.**
- **CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**, R.O. No. 180 de 10-02-2014.

- **CÓDIGO PENAL ECUATORIANO**, Tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado al mes de Febrero del 2011.
- **CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL**, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado al mes de Febrero del 2011.
- **CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO**, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado al mes de Agosto del 2009.
- **CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA**, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado al mes de Octubre del 2009.
- Información recopilada en medios de comunicación: Prensa escrita, radio y televisión, sobre el tema investigado.
- Visitas a los órganos jurídicos competentes (Fiscalía y Policía Judicial) y conversación con varios Profesionales del Derecho, a los cuales se les aplicó una encuesta y una entrevista, relacionadas con el tema a investigarse.
- Revista Judicial Ecuador Online

PAGINAS WEB.

- www.derechoecuador.com
- www.legalessociedad.educ.ec
- www.Lahorajudicial.com.
- www.vidahumana.org/vidafam/aborto/aborto_mapa.html.
- www.abortos.com/htm/legislacion/html

11. ANEXOS
11.1. Proyecto de Tesis

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TEMA:

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 150 DEL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, A FIN DE DESPENALIZAR EL ABORTO EN TODOS LOS CASOS DE VIOLACION SEXUAL DE LA CUAL SE HAYA GENERADO UN EMBARAZO NO DESEADO, AL CONTRAPONERSE A LO QUE DISPONE EL NUMERAL 10 DEL ARTICULO 66 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR”

PROYECTO DE TESIS PREVIO A
OPTAR POR EL TITULO DE
ABOGADA EN JURISPRUDENCIA.

POSTULANTE: Martha Gladys Burbano Espinoza

LOJA-ECUADOR

2014

1. TITULO

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 150 DEL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, A FIN DE DESPENALIZAR EL ABORTO EN TODOS LOS CASOS DE VIOLACION SEXUAL DE LA CUAL SE HAYA GENERADO UN EMBARAZO NO DESEADO, AL CONTRAPONERSE A LO QUE DISPONE EL NUMERAL 10 DEL ARTICULO 66 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR”

2. PROBLEMÁTICA

El Código Orgánico Integral Penal (COIP), señala en su Art. 150, las dos únicas normas por las cuales el aborto no es punible; y estas son:

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y,
2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.

En este aspecto, cabe destacar que al ser estas las dos únicas razones por las cuales el aborto no es punible, ¿qué sucede con aquellas mujeres que han sido víctimas de una violación sexual, y que como producto de este acto tan reprochable, haya quedado como secuela un embarazo no deseado?, donde quedan los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la integridad

física y psicológica, a la libertad, a la intimidad, a la autonomía, a la libertad de conciencia, a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener, plasmados en la Constitución de la República, en la cual se garantiza en su Art. 1.- que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, (...); que promueve los principios de igualdad, equidad, libertad, entre otros.

Con este argumento, es importante hacer una reflexión crítica sobre el aborto por violación sexual, por ser un tema trascendental, que actualmente se discute, ya que la Constitución protege lo que se denomina vida humana, desde el momento de la concepción y que por tanto, es necesario penalizar el aborto. ¿Acaso la vida del embrión, que científicamente no es considerada vida humana, es un derecho constitucional superior a los derechos constitucionales que tiene la mujer?; ¿Cómo se pueden ponderar los derechos del feto viable, frente a los derechos constitucionales de la mujer, en los casos de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, sin autorización o violación?

Considero que existe un error en los artículos que sancionan el aborto, puesto que la mayoría de ellos apuntan a defender la vida del feto que se encuentra en el vientre de la madre, colocando en un segundo plano el derecho que tiene toda mujer a decidir sobre su cuerpo y especialmente en lo que concierne a la reproducción, derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador; en el numeral 10 del Art. 66, situación que ha conllevado a que muchas mujeres que han sido víctimas de agresión sexual y por fatalidad han

quedado embarazadas, hayan tenido que recurrir a la práctica de abortos clandestinos, muchas veces en circunstancias peligrosas que han puesto en riesgo sus vidas, debido a las condiciones en que estos se realizan, como falta de salubridad, con personas que se hacen pasar por médicos y en sitios que en la mayoría de las veces, no son adecuados para el efecto.

En virtud de lo expuesto, creo que debería reformarse el Art. 150 del actual Código Orgánico Integral Penal, antes de que entre en vigencia, y que el Ejecutivo a través del Presidente de la República, quien es el primero en oponerse a la despenalización del aborto por violación sexual, cualquiera sea la circunstancia, cumpla con lo que establece la Constitución que en su Art. 11, numeral 2, señala: "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. (...)"; así como en el numeral 9, de este mismo articulado, que estipula, "El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. (...)"

3. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación, es de importancia y trascendencia social, ya que es un tema de actualidad, que implica el derecho que tiene toda mujer a decidir sobre su cuerpo y especialmente en lo que concierne a la reproducción, derecho consagrado en el numeral 10 del Art. 66, de la Constitución de la República del Ecuador.

El nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP), en su Art. 150 establece la despenalización del aborto, en los mismos casos que constan en el Art. 447 del antiguo Código Penal; entonces a mi parecer, no existe ninguna reforma en relación a la despenalización del aborto por violación sexual.

El tema no es nuevo, no se puede negar que el aborto se practica desde tiempo atrás en nuestro país, sin importar si es legal o no. Muchas Organizaciones de mujeres y feministas reclaman la despenalización total o, al menos para los casos de violación. En el Código Penal, que a la fecha todavía sigue vigente, en su Art. 447, solo se permite el aborto terapéutico cuando está en peligro la vida de la madre, y en caso de violación a una mujer "idiota o demente", término que en el nuevo Código Integral Penal, se lo hace constar como "discapacidad mental".

Sobre este tema, se han escuchado criterios adversos como por ejemplo que con la despenalización, se corre el riesgo de que cualquier mujer opte por un aborto, argumentando haber sido violada, aunque no sea esto verdad. Sin embargo, cabe señalar que las legislaciones restrictivas nunca han impedido que las mujeres aborten, únicamente obligan a que lo hagan de manera clandestina y en pésimas condiciones, que ponen en peligro su vida.

De estudios realizados por el INEC, se conoce que una de cada cuatro mujeres en el Ecuador sufre violencia sexual, y cada cuatro minutos una mujer aborta en el país en condiciones inseguras e inhumanas, por lo que, más del 60% de la población ecuatoriana está a favor de despenalizar el aborto por violación.

El primordial interés que inspira la realización de esta propuesta es poder demostrar los conocimientos adquiridos en el transcurso de mi formación académica y profesional en la Universidad Nacional de Loja, MED; así como también exponer los resultados que se obtengan a través del trabajo de campo aplicado a profesionales del derecho, cuya información me ayudará a diseñar una reforma al COIP, sobre este tema, y con ello, poder brindar un valioso aporte que permita de alguna manera, dar solución a este grave problema de nuestra realidad social.

Desde mi punto de vista como mujer, madre y futura profesional del Derecho, considero que si bien es cierto, el aborto es un fenómeno de enorme impacto y grandes consecuencias en la sociedad, no es menos cierto, que se encuentra íntimamente relacionado con la autonomía de las mujeres sobre sus cuerpos, su sexualidad y su reproducción; por lo tanto, debería respetarse los derechos consagrados en la Constitución relacionados al tema, en el sentido de que no sea penalizado y se deje en libertad a la mujer de tomar la decisión que ella considere la más conveniente para su vida; ya sea, la de continuar o interrumpir el embarazo producto de una violación o de un acto violento, sin ningún temor u obligación respecto a la decisión que por su propia voluntad tome. Así, entonces, se daría paso a que las mujeres tengan derecho a asumir su propia vida y a tomar las decisiones que les proporcione bienestar y seguridad a la misma.

4. OBJETIVOS

4.1. Objetivo General.

Realizar un estudio jurídico, doctrinario y crítico que permita establecer si es factible la despenalización del aborto en casos de violación, mediante una reforma Jurídica al Código Orgánico Integral Penal.

4.2. Objetivos Específicos.

4.2.1. Determinar si existen contradicciones jurídicas entre lo establecido en el Art. 66 numeral 10 de la Constitución de la Republica, y el Art. 150 del Código Orgánico Integral Penal, relacionados con la despenalización del aborto por violación sexual.

4.2.2. Analizar los fundamentos teóricos y jurídicos en los que se enmarca el aborto en casos de violación.

4.2.3. Evaluar si un embarazo no deseado, concebido por una mujer que ha sido víctima de violación, puede ocasionar problemas psicológicos en ella.

4.2.4. Plantear una reforma jurídica en base a los resultados que exteriorice la investigación de campo, al Código Orgánico Integral Penal, en relación a la despenalización del aborto para todo tipo de violación

sexual en contra de la integridad física, moral y psicológica de la mujer ecuatoriana.

5. HIPÓTESIS

El debate sobre la legalización o no del aborto en casos de violaciones sexuales; y por consiguiente su despenalización, significa para nuestra sociedad un verdadero problema jurídico, ético y moral.

6. MARCO TEÓRICO

6.1. REVISIÓN DE LITERATURA.

6.1.1. EL ABORTO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.-

En la humanidad, el concepto de aborto no es nuevo. Actualmente las prácticas abortivas son condenadas por muchos, no sólo a nivel social, sino que muchas legislaciones lo consideran como un hecho delictivo que merece sanción. Al revisar la evolución de esta actividad a través de la historia, se puede advertir que, en muchos lugares el aborto no tenía tal condición.

La historia jurídica se remonta a Roma, civilización importante, quizás por ser el antecedente más próximo que sobre este delito se tiene. Pero podemos ir más

atrás en el tiempo, y encontrarnos con que civilizaciones más antiguas ya conocían de esta práctica.

La correcta preservación de la especie humana, fue en un principio el factor precursor del aborto en la historia. Los espartanos, aliados de los atenienses, aproximadamente 500 años antes de nuestra era, tenían ya un ritual que pretendía la pureza de la especie para evitar taras que puedan mermar la cotidianidad de sus pobladores.

Roma en un principio no consideró al aborto como un delito, ya que consideraban al feto como una parte más del cuerpo de la mujer embarazada, así que ésta podía disponer libremente del fruto que crecía en sus entrañas. Cabe mencionar que el uso de sustancias abortivas se penalizaba en cierta forma con las mismas sanciones existentes para el uso de venenos; cierto es que la mujer podía disponer de su cuerpo, pero en el caso del aborto, debía hacerlo de formas idóneas para evitar castigos.

Posteriormente cambió en cierta forma la mentalidad del romano y en la época de Severo y de Antonio se empezó a considerar al aborto como una ofensa inferida al marido, si lo había, teniendo ciertas penas pecuniarias en algunos casos y personales en otros.⁸⁶

Con la adopción del catolicismo en el imperio romano, se consideraron los pensamientos de Aristóteles filósofo griego y Plinio considerable patricio

⁸⁶ CUELLO CALÓN EUGENIO, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 529.

romano, dedicado a las letras, que señalaban, que el feto en un principio era inanimado (*corpus informatum*), y que, luego de ochenta días en el caso de las hembras, y cuarenta días en el caso de los machos humanos era (*corpus formatum*), donde ingresaba el alma al cuerpo, dándole vida. Es por esto que las mujeres que se procuraban un aborto antes de fenecido este plazo, tenían una sanción menor a las que lo hacían después, cuando el feto ya era (*corpus formatum*) en estos casos las sanciones eran similares a las de homicidio.⁸⁷

Luego con el Fuero Juzgo, se adoptan sanciones muy fuertes para mujeres que se procuraban abortos, para quienes proveían sustancias abortivas y para quienes hirieran a mujeres embarazadas provocándoles la pérdida del fruto de la concepción. Estas penas iban desde pecuniarias, hasta pena de muerte, pasando por la provocación de la ceguera y azotes. Así mismo ciertos Fueros locales imponían la pena capital para quien se procurara el aborto, la muerte era en la hoguera; pero hay que señalar que muchas mujeres no vivían después de la práctica del legrado, ya que los medios utilizados eran muy agresivos, iban desde la ingesta de brebajes mortales, hasta la introducción vía vaginal de objeto punzantes, que como es lógico causaban la muerte del feto y en no pocas ocasiones desgarres a nivel uterino que incitaban hemorragias graves, para las cuales no existía tratamiento oportuno.

En las Partidas de Alfonso X, aparecen nuevamente las distinciones de feto con alma y feto sin alma, propias de los inicios del Derecho Canónico, así se divide al aborto otra vez en delito grave y en delito de menor jerarquía. Es así, quien ocasionaba un aborto de un feto con alma, tenía una sanción equivalente

⁸⁷ CUELLO CALÓN EUGENIO, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 529.

a la de un delincuente de gran peligrosidad, la muerte. El destierro era muy común para quien ocasionaba la muerte de un feto sin alma.⁸⁸

Las sanciones eran fuertes, tal vez producto del retraso investigativo del Derecho Penal, ya que no debió hacerse una analogía entre homicidio y aborto para el caso de las penas, porque el feto no tiene aún la característica de persona, en todo caso éstas interrogantes serán despejadas a lo largo de la presente investigación.

Dentro de la familia de Derecho Continental o Romanista, Las Siete Partidas de Alfonso X, revolucionaron el quehacer jurídico medieval. Durante mucho tiempo se aplicaron sus postulados, pero desde la muerte de este monarca de Castilla acaecida en el año de 1284, hasta después de la Revolución Francesa de 1789, los textos de Derecho Penal, sobre el tema del aborto no muestran ningún avance. Seguramente no lo hubo, y más bien siguieron aplicándose las mismas sanciones y los mismos métodos mesuradores sobre el delito.

El Código Penal español de 1822 hace una distinción muy acertada acerca del aborto consentido, y en el artículo 639 conceptualiza al aborto procurado, es decir el causado por la propia mujer embarazada. Este Código tiene poca vigencia, pero en los siguientes Códigos españoles de 1848, 1870, 1928 y 1932, se siguen manteniendo estos preceptos.

⁸⁸ CUELLO CALÓN EUGENIO, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 531.

El Código Penal español de 1822 hace una distinción muy acertada acerca del aborto, y en el artículo 639 conceptualiza al aborto consentido, en el siguiente artículo lo hace sobre el aborto procurado, es decir el causado por la propia mujer embarazada. Este Código tiene poca vigencia, pero en los siguientes Códigos españoles de 1848, 1870, 1928 y 1932, se siguen manteniendo estos preceptos.

Rusia, o mejor dicho la ex Unión Soviética en el año de 1936, toma la delantera en el tema y despenaliza al aborto, siempre y cuando no sea procurado o consentido con posterioridad a los tres primeros meses de concepción. Esto es lo que se llama actualmente aborto temprano, y basta en muchos casos la ingestión de sustancias abortivas, sin requerir en ciertos casos métodos quirúrgicos. Cabe señalar que la mujer que se practica un procedimiento abortivo requiere siempre de una profilaxis a nivel uterino, para no ser víctima de posteriores infecciones que le podría eventualmente causar la muerte.

Poco tiempo después, esta disposición que despenalizaba el aborto fue derogada por decreto del Soviet, pero nuevamente en el año de 1955, en la época en la que Nikita Krushev fue Primer Secretario de Gobierno, se volvió a restablecer este derecho de la mujer embarazada, siempre y cuando lo hiciera en lugares debidamente constituidos como centros de salud.

Siguiendo las mismas consideraciones que en la ex Unión Soviética, Bulgaria, en el año de 1956, autoriza el aborto, siempre y cuando sea practicado en

centros destinados para el efecto, que cuiden con suma prolijidad la vida de la mujer embarazada, que desea perder el fruto de la concepción.

En Italia a principios del Siglo XX, se consideró punible al aborto, por el interés social que generaba este delito, y en vez de ser considerado como un delito en contra de la vida, fue considerado entre los “*delitos contra la integridad de la estirpe*”⁸⁹.

Merece reflexión esta apreciación del derecho Penal Italiano, en virtud que al aborto no se lo consideraba como un delito contra la vida o contra las personas, ya que al feto no lo ubicaban como sujeto que merecía protección y tutela penal, más bien seguían considerando en cierto punto la apreciación del clásico Derecho Romano, en la que el aborto se consideraba una afrenta al marido, como miembro y en ocasiones cabeza de familia.

Francia y Alemania, en la primera mitad del siglo anterior consideraron al aborto como una plaga social, que merecía represión por parte del Estado, es así que en el país galo se adoptaron medidas para sancionar a las mujeres que se procuraren abortos, y a los centros clandestinos que lo hicieren. Los germanos fueron más severos, ya que establecieron la pena capital para quienes practicaren con frecuencia abortos, aunque es una disposición que no tuvo eficacia por el tiempo esperado.

⁸⁹ CUELLO CALÓN EUGENIO, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 533.

Inglaterra fue un poco más benévola, ya que ante la creciente alza de esta actividad criminal, formaron una comisión de investigación, para tomar las medidas preventivas y legislativas suficientes como para aplacar el alza en los índices de abortos.

La segunda mitad del siglo XX, fue crucial en lo que a la apreciación del aborto como actividad delictiva se refiere. Muchos países, entre los que destacan Holanda y ciertos estados de los Estados Unidos, despenalizaron al aborto. Los primeros lo hicieron sobre la base de una doctrina anti prohibicionista, en la que prima por sobre todas las cosas el libre albedrío y la voluntad humana, así sea esta despreciable y sin razones morales suficientes. Estados Unidos – algunos estados en un principio -, lo hizo supuestamente propugnando que es la nación de la libertad y que, por esa razón las mujeres embarazadas tenían la plena decisión de disponer sobre su cuerpo como a bien tuvieren.

Estados Unidos ha degenerado el concepto de libertad a libertinaje, ya que se comercia con el aborto como si se lo hiciera con un producto de primera necesidad.

El Reino Unido, hace pocos años aprobó en reñido debate la libre comercialización de la píldora abortiva, la cual debe ser usada dentro de los tres primeros meses de embarazo, para obtener los resultados.

Latinoamérica, en su más fiel tradición conservadora ha considerado por mucho tiempo al aborto como un acto delictivo.

Es necesario, en este breve análisis histórico, tomar a Uruguay como ejemplo. En su primigenia redacción del Código Penal, establecía que únicamente debe ser sancionada la mujer que consintiere en el aborto o que se lo procurare por propios medios. Luego se restableció la penalidad para el que lo practicare con o sin el consentimiento de la mujer embarazada, esto ocurrió en el año de 1938.⁹⁰

Pero hay que distinguir que en el año 2002, Uruguay toma la posta de los países que han despenalizado el aborto, convirtiéndose en uno de los pocos estados latinoamericanos que lo han debatido de manera frontal. La despenalización casi llega, luego de varios años de discusión en los que intervinieron todos los estratos sociales, y la principal oposición de la iglesia; luego de encarnizados debates, tanto el aborto procurado como el consentido no fueron derogados de la ley penal.

El Ecuador desde la promulgación del Código Penal, en el año de 1936, ha considerado al aborto como delito, distinguiendo varias clases, que difieren unas de otras por el grado de responsabilidad de los sujetos activos, y por las características que en ellos se imprimen; con todo esto, será objeto de análisis más adelante.

6.1.2. ALGUNAS DEFINICIONES DE ABORTO.

Referirse a la palabra aborto, no es únicamente hablar de delito, como tal, aborto tiene varias acepciones.

⁹⁰ CUELLO CALÓN EUGENIO, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 535.

Algunos estudiosos del Derecho, a más del término aborto utilizan la palabra feticidio, que en todo caso y en ciertas circunstancias que serán explicadas más adelante viene a ser sinónimo de la primera. También es muy común escuchar la palabra legrado, para referirnos al mismo tema.

El término aborto proviene del latín *abortus*, que a su vez viene de dos raíces latinas; de **ab** que quiere decir privación y **ortus** que significa nacimiento.⁹¹ Entonces literalmente, según la raíz del término, aborto es la privación del nacimiento.

Es por esto que, el término se ocupa también en misiones militares, para evitar su ejecución, y en general, cuando se quiere impedir algún hecho.

Aborto como verbo, y según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, es la acción de abortar; pero su significado real es *“Interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas (...).”*⁹² El mismo diccionario revela que el aborto, en ciertas ocasiones, como así sucede en muchas legislaciones puede constituir delito.

La enciclopedia Lexis 22, nos da un significado, en sentido figurativo, y señala: *“Aplicase también a los seres que al nacer no tienen forma perfecta, así como a las obras literarias o de arte mal concebidas o ejecutadas”*⁹³.

⁹¹ CABANELLAS GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental, Ed. Heliasta, Buenos Aires, Decimoctava Edición, 2006 , pág.13.

⁹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, España, 2001, Tomo 1, pág. 7.

⁹³ AA.VV., Enciclopedia Lexis 22, Ed. Círculo de Lectores, Barcelona, 1976. Pág. 38.

Claramente se puede advertir que el significado dado en este texto hace referencia al de monstruo o engendro, pero también se hace extensivo al hecho de producir una mala obra de arte.

En fin, se distingue que el término aborto como tal puede ser utilizado en muchas circunstancias, aunque las mejores definiciones en materia de nuestro interés es la que nos presentan Cabanellas y los estudiosos de la Real Academia Española.

Muchos autores como el maestro italiano Francesco Carrara, utiliza al término Feticidio en reemplazo del ya mencionado aborto. Feticidio simplemente significa dar muerte al feto.

Es un término muy bien empleado, para quienes consideran que el feto es una vida, aunque sea únicamente en el plano de la viabilidad. Quienes consideran al feto una víscera más de la mujer embarazada es poco probable que emplee este término.

Analizándolo más detenidamente, la palabra feticidio, es un término forense por naturaleza, y que incluso lleva consigo un tinte de responsabilidad, no es conveniente usarlo en casos de abortos eugenésicos o terapéuticos, que son eximentes de responsabilidad penal.

Una definición médico legal es la que brinda el médico alemán Pietrusky, considerada por algunos tratadistas como moderna y amplia. Aborto *“Es toda*

interrupción artificial del embarazo, no ejecutada por indicación médica o por indicación eugénica."⁹⁴

Esta definición es válida para legislaciones que consideran al aborto como un hecho típico, como es el caso de la ley penal ecuatoriana. Los países que han despenalizado el aborto no hacen una distinción entre el delito y las prácticas eugenésicas o terapéuticas.

Muchos confunden aborto con hecho delictivo, es necesario aclarar que no siempre un aborto constituye un hecho punible. La palabra aborto es general, se utiliza tanto en la obstetricia como en el derecho.

El Dr. José Cordero Acosta, ilustre penalista cuencano, en sus cátedras de Derecho Penal, señala que aborto es: *"La eliminación del producto de la concepción en cualquier estado embrionario, desde la fecundación hasta antes del parto. Muerte inferida al feto o sujeto en proceso de gestación."*⁹⁵

Es necesario acudir a la doctrina como quinta fuente del derecho, puesto que la mayoría de legislaciones penales a pesar de tipificar al aborto como hecho punible, no brindan una definición del delito.

El Código Penal Ecuatoriano, aún vigente, en sus artículos 441, 443, 444 y 445, únicamente utiliza la expresión "hecho abortar a una mujer", y no hace

⁹⁴ PIETRUSKY SCHÜTT, Handwörterbuch der Gerichtlichen Medizin, Ed. Neureiter, Berlin, 1940, Pág. 242.

⁹⁵ CORDERO ACOSTA JOSÉ .Dr. utilizaba como ayudas de cátedra, cabe aclarar que no son hojas numeradas.

ninguna caracterización del delito aunque sea para singularizarlo respecto de otros delitos contra la vida.

El Código Penal ruso presenta una definición de aborto bastante clara y simple, destacando que es uno de los pocos cuerpos normativos codificado que lo hace, así señala: “*Aborto es la interrupción del curso normal de la preñez por cualquier medio.*”⁹⁶

Es importante señalar que Rusia a pesar de que despenalizó el aborto años atrás como se dejó sentado en líneas anteriores, todavía guarda una definición, ya que el aborto practicado en centros no autorizados para hacerlo, es aún ilegal.

El maestro de la escuela clásica penal, Francesco Carrara, que consideraba al delito en general como un ente jurídico⁹⁷, define al feticidio – como llama él al aborto – de dos formas; la primera de la siguiente manera: “*...la muerte dolosa del feto dentro del útero.*”⁹⁸

El autor agrega aquí elemento nuevo, respecto a las otras definiciones, el dolo, la intención de causar el daño o ejecutar maniobras para conseguir un objetivo determinado que en este caso es la eliminación del fruto de la concepción; en esta definición sencilla excluye las formas no dolosas de aborto, la eugenésica y la terapéutica.

⁹⁶ Código Penal Ruso. Artículo 482

⁹⁷ CARRARA FRANCISCO, Programa de Derecho Criminal, Ed. Temis, Bogotá, 1991, Tercera Edición, Tomo 3, página 340.

⁹⁸ Ídem.

La otra definición es un poco más simple y general, diría que es más popular y un poco alejada de la doctrina jurídica, ya que solo considera al aborto como la *“violenta expulsión del vientre materno, de la que se sigue la muerte del feto.”*⁹⁹ Cabe mencionar que el carácter de violento que pueda tener un aborto, no solo se remite a que fue inducido o provocado, pueden existir abortos abruptos causados naturalmente como en el caso del embarazo extrauterino.

6.1.3. LA VIDA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Muchos han sido quienes han tratado de definir a la vida, algunos lo han hecho de manera más acertada que otros. Es que no hay un tema que cargue con tanta subjetividad como la vida, hasta ahora, juristas, filósofos, teólogos y biólogos no encuentran un concierto para unificar sus conceptos.

Si se tratara únicamente de la constante y mecánica ejecución de funciones biológicas como la respiración, sería más fácil hallar unanimidad de criterios. Pero la vida es más que alimentarse y respirar.

Para entender como la Ley protege este preciado bien jurídico, es necesario definir a la vida desde varios puntos de vista. El más sencillo de los criterios, nos brinda la lengua, castellana, la Real Academia Española *señala “Fuerza o actividad interna sustancial, mediante la que obra el ser que la posee.”*¹⁰⁰

⁹⁹ Ídem.

¹⁰⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, España, 2001, Tomo 10, pág. 1560.

En este criterio existe inmerso un ápice de alma, que los autores consideran como el motor de la vida, es decir que esa fuerza o actividad es generada por esa esencia que nos lleva a realizar las cosas deseadas. Esa misteriosa fuerza ha tratado de ser descubierta por muchos, a través de los siglos, sin que hasta ahora se pueda a ciencia cierta revelarla, solo especulaciones existen sobre el tema, unos piensan que ese “*motor*” es una parte de un todo supremo.

Juan Larrea Holguín, clérigo ante todo y abogado, señala que: “Existe vida desde que el principio vital anima a un cuerpo, es decir, desde el momento en que se unen alma y cuerpo para formar una sustancia compuesta que es el hombre. Termina la vida con la separación de los dos elementos constitutivos del hombre: el cuerpo pasa a ser cadáver y el alma separada del cuerpo al que está destinada espera la resurrección. Ni el alma ni el cuerpo, en este estado de separación, son propiamente persona.”¹⁰¹

En el tema del aborto si nos apegamos a la concepción del autor, tendríamos que saber el momento exacto en la que el alma entra al cuerpo, a lo mejor los 40 días para los varones y los 80 días para las hembras, que proponía el viejo Derecho Canónico. Se hace esta apreciación porque si el aborto es considerado como un delito en contra de la vida debe existir un punto en el que el feto también tiene vida, siendo más objetivo se podría hacer la siguiente pregunta: ¿la vida empieza en el momento de la fecundación?.

¹⁰¹ LARREA HOLGUIN JUAN, Derecho Civil del Ecuador, Tomo I Parte General y Personas, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quinta Edición, Quito, 1991, pág. 393.

Los médicos consideran que la vida es el periodo que inicia con la activación de la actividad cerebral y fenece cuando las neuronas dejan de transmitir electricidad, es decir con la cesación del impulso neurológico.

El colombiano Benigno Mantilla, filósofo del derecho, señala que *“La vida es inconceptuable; se la experimenta, no se la define.”*¹⁰²

En realidad el autor recién citado tiene razón, cada uno tiene su propia concepción, que por sobre todas las cosas es y tiene que ser respetada, por muy novedosa, revolucionaria, o anticuada que sea.

Es importante señalar que para la mayoría de legislaciones, son irrelevantes hasta cierto punto las concepciones que se tengan sobre la vida, lo importante es que es un bien excepcional, para el cual el Estado debe prestar todas las atenciones, evitando en lo posible intromisiones, permitiendo y garantizando su correcto desenvolvimiento.

7. METODOLOGÍA

7.1 MÉTODOS.

- **MÉTODO CIENTÍFICO:** lo utilizaré en el desarrollo de la investigación, mediante el análisis, síntesis, relaciones sociales, libros, folletos e Internet a fin de obtener la información necesaria para el éxito de este proyecto de investigación. El método científico como método general del conocimiento permite el desarrollo teórico, empírico y técnico de la

¹⁰² MANTILLA BENIGNO, Filosofía del Derecho, Ed. Temis, Bogotá, 1996, pág. 295.

investigación científica como elemento fundamental para el análisis y resolución del objeto de estudio propuesto en el presente proyecto.

- **MÉTODO INDUCTIVO–DEDUCTIVO:** Con el procedimiento inductivo se logra inferir cierta propiedad o generalización a partir de los hechos particulares. Esto, coordinado con la deducción me permitirá ir de aseveraciones generales verdaderas, a otros, o a características particulares.
- **MÉTODO HIPOTÉTICO–DEDUCTIVO:** Posibilita el surgimiento de nuevos conocimientos, a partir de los ya establecidos, que serán progresivamente sometidos a deducciones, con lo que se adelanta y corrobora nuevas hipótesis.
- **METODO ANALÍTICO.-** Con el cual podré estudiar el problema, enfocándolo desde el punto de vista, social, jurídico, político y económico, para así, poder analizar sus efectos
- **MÉTODO ESTADÍSTICO.-** Este método, me servirá de ayuda al momento de realizar la tabulación de datos de las encuestas.
- **MÉTODO BIBLIOGRÁFICO.-** Permite el acopio de información necesaria para el desarrollo de la investigación.
- **MÉTODO DESCRIPTIVO.-** Permite describir y analizar todo el acopio teórico científico y empírico para su sustentación.
- **MÉTODO HISTÓRICO.-** Que nos permitirá el análisis de los antecedentes históricos del tema en estudio

7.2. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS.

Entre las técnicas que se va a utilizar en el presente proceso investigativo, constan:

- 1.** La observación, la misma que permite obtener datos a través de la supervisión de las acciones del elemento central de la investigación.
- 2.** El análisis, que consiste en reflejar el trabajo investigativo, con los datos debidamente recopilados, procesados y presentados en cuadros estadísticos.
- 3.** La entrevista, que es el contacto personal con los entrevistados, en este caso con los conocedores del tema aplicado a los profesionales del derecho.
- 4.** La encuesta, que mediante cuestionario estará dirigida a 30 abogados en libre ejercicio de nuestra localidad, por medio de la cual obtendré información para verificar objetivos y contrastación de hipótesis.

8. CRONOGRAMA

PROGRAMA DE TRABAJO	CALENDARIO DE ACTIVIDADES 2014							
	MESES	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE
SELECCIÓN DEL TEMA Y ELABORACION DEL PROYECTO	X							
INVESTIGACIÓN Y RECOPIACIÓN BIBLIOGRAFICA		X						
INVESTIGACION DE CAMPO			X					
CONFRONTACION DE RESULTADOS				X				
CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA DE REFORMA JURIDICA						X		
REDACCION DEL INFORME FINAL REVISION Y CORRECCIONES							X	
PRESENTACIÓN Y SUSTENTACION DEL INFORME FINAL								X

9. PRESUPUESTO

Para desarrollar el presente trabajo investigativo, se hace necesario contar con los siguientes recursos humanos, materiales y económicos:

9.1 RECURSOS HUMANOS.

Director de tesis.

Entrevistados: 5 profesionales del Derecho, (Jueces, Secretarios, Funcionarios Públicos), conocedores del tema a investigarse.

Encuestados: 30 abogados servidores de la Función Judicial..

Postulante: Martha Gladys Burbano Espinoza

9.2 RECURSOS MATERIALES:

1. Adquisición bibliográfica	\$ 250,00	(textos jurídicos).
2. Internet	100,00	
3. Impresiones, copias, anillados	160,00	
4. Material de escritorio	55,00	
5. Movilización y viajes	400,00	
6. Varios e imprevistos	200,00	

Total: \$ 1.165.00

=====

9.3 RECURSOS ECONÓMICOS:

El costo a invertirse en el desarrollo del trabajo de tesis, será asumido en su totalidad por mi persona.

10. BIBLIOGRAFÍA

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR 2008.
- DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DEL DERECHO USUAL. CABANELLAS, de la Torre, Guillermo, edición 18ava, Buenos Aires Argentina 2000.
- CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, R.O. No. 180 de 10-02-2014.
- CÓDIGO PENAL ECUATORIANO, Tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado al mes de Febrero del 2011.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.- Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado al mes de Febrero del 2011.
- CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO. Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado al mes de Agosto del 2009.
- CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado al mes de Octubre del 2009.
- CUELLO CALÓN EUGENIO, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2.
- Información recopilada en medios de comunicación: Prensa escrita, radio y televisión, sobre el tema a investigarse.
- Visitas a los órganos jurídicos competentes (Fiscalía y Policía Judicial) y conversación con varios Profesionales del Derecho, a los cuales se les aplicará una encuesta y una entrevista, relacionadas con el tema a investigarse.
- Revista Judicial Ecuador Online
- PAGINAS WEB.
- www.derechoecuador.com
- www.legalessociedad.educ.ec
- [www. Lahorajudicial.com](http://www.Lahorajudicial.com)

11.2. FORMATO DE ENCUESTA.



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

Encuesta a Profesionales, Egresados y Estudiantes de Derecho.

Señor (a), dígnese usted contestar de la manera más comedida y con la mayor veracidad del caso la presente Encuesta, cuya finalidad es recopilar información sobre un importante tema investigativo, titulado **“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 150 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, A FIN DE DESPENALIZAR EL ABORTO EN TODOS LOS CASOS DE VIOLACION SEXUAL DE LA CUAL SE HAYA GENERADO UN EMBARAZO NO DESEADO, AL CONTRAPONERSE A LO QUE DISPONE EL NUMERAL 10 DEL Art. 66 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”**, la cual me servirá de apoyo en la elaboración de mi Tesis de Grado, para obtener el título de Abogada. Agradezco su gentil ayuda.

CUESTIONARIO

1. ¿Cuál es su opinión personal respecto al aborto?

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

2. ¿Cree usted que existe incongruencias jurídicas entre lo estipulado en el Art. 66 numeral 10 de la Constitución y el Art. 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal. SI - NO Por qué?

SI () NO ()

Porqué?.....
.....
.....

3. ¿Puede usted señalar cuáles serían las causas que llevan a una mujer a practicarse un aborto?

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

4. ¿Está usted de acuerdo con la penalización del aborto?

SI () NO ()

Porqué?.....
.....
.....

5. ¿En qué circunstancias considera usted que debería despenalizarse el aborto?

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

6. ¿Cree usted que existe discriminación al sancionar a una mujer que no padezca discapacidad mental, que se ha sometido a un aborto producto de una violación.

SI () NO ()

Porqué?.....
.....
.....

7. ¿Qué sugiere usted para que no exista discrepancias en la aplicación de los artículos 66 numeral 10, y 150 numeral 2, previstos en la Constitución de la República y en el Código Orgánico Integral Penal, respectivamente?

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

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

11.3. FORMATO DE ENTREVISTA.



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

ENTREVISTA A PROFESIONALES DEL DERECHO.

Señor (a) Profesional del Derecho, dígnese usted contestar de la manera más comedida la presente Entrevista, cuya finalidad es recopilar información sobre un importante trabajo investigativo, titulado **“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 150 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, A FIN DE DESPENALIZAR EL ABORTO EN TODOS LOS CASOS DE VIOLACION SEXUAL DE LA CUAL SE HAYA GENERADO UN EMBARAZO NO DESEADO, AL CONTRAPONERSE A LO QUE DISPONE EL NUMERAL 10 DEL Art. 66 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR”**, la que me servirá de apoyo en la elaboración de mi Tesis de Grado, para obtener el título de Abogada. Por su gentil colaboración, le anticipo mis más sinceros agradecimientos.

(P) ¿Cuál es su criterio personal respecto al aborto?

(R).....
.....
.....
.....

(P) ¿Considera usted que el aborto no punible establecido en el numeral 2 del Art. 150 del COIP, solo para mujeres con discapacidad mental, vulnera el derecho a la igualdad y dignidad humana de todas las mujeres?

(R).....
.....
.....

(P) ¿Cree Ud. Que existen contradicciones jurídicas entre lo estipulado en el numeral 10 del Art. 66 de la Constitución vigente y el numeral 2 del Art. 150 del nuevo Código Orgánico Integral Penal, en lo concerniente a la penalización del aborto?

(R).....
.....
.....
.....

(P) ¿Podría indicarme si legalizar equivale a despenalizar el aborto?

(R).....
.....
.....
.....

(P) A su criterio ¿Que consideraciones se debería tomar en cuenta en cuanto al proceso por el delito de violación y la implementación de una norma jurídica que despenalice el aborto en dicho caso?

(R).....
.....
.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

11.4. FOTOGRAFÍAS.



Verónica Vera y Paola Hidalgo son activistas de la nueva campaña Yo Soy 65. Diego Cáceres | EL TIEMPO



Fecha de Publicación: 2014-02-01 00:00



ÍNDICE

CERTIFICACIÓN	II
AUTORÍA	III
CARTA DE AUTORIZACIÓN	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
TABLA DE CONTENIDOS	VII
1. TITULO	1
2. RESUMEN	2
2.1 ABSTRACT	5
3. INTRODUCCIÓN	8
4. REVISIÓN DE LITERATURA	11
4.1 MARCO CONCEPTUAL	11
4.2 MARCO DOCTRINARIO	26
4.3 MARCO JURÍDICO	47
4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA	87
5. MATERIALES Y MÉTODOS	100
5.1 Materiales Utilizados	100
5.2 Métodos	101
5.3 Procedimientos y Técnicas	102
6. RESULTADOS	104
6.1 Análisis e Interpretación de las Encuestas	104
6.2 Análisis de la aplicación de las Entrevistas	120
6.3 Jurisprudencia casuística	127

7.	DISCUSIÓN	133
7.1	Verificación de Objetivos	133
7.2	Contrastación de Hipótesis	137
7.3	Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma.	138
8.	CONCLUSIONES	141
9.	RECOMENDACIONES	143
9.1	Propuesta de Reforma	145
10.	BIBLIOGRAFÍA	149
11.	ANEXOS	151
	INDICE	184