



UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE
FACULTAD DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS Y
ECONÓMICAS
CARRERA DE DERECHO

TRABAJO DE TITULACIÓN
Tesis previa a la obtención del título de abogado

TEMA:

**ABORTO NO PUNIBLE COMO MECANISMO DE GARANTIA DE DERECHOS
EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE ECUADOR Y COLOMBIA**

Autor:

CRISTIAN DAVID SALAZAR FRANCO

Director:

MGS. HUGO NAVARRO

IBARRA

2022



UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

AUTORIZACIÓN DE USO Y PUBLICACIÓN A FAVOR DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DEL NORTE

1. IDENTIFICACIÓN DE LA OBRA

En cumplimiento del Art. 144 de la Ley de Educación Superior, hago la entrega del presente trabajo a la Universidad Técnica del Norte para que sea publicado en el Repositorio Digital Institucional, para lo cual pongo a disposición la siguiente información:

DATOS DE CONTACTO			
CÉDULA DE IDENTIDAD:	1758478471		
APELLIDOS Y NOMBRES:	SALAZAR FRANCO CRISTIAN DAVID		
DIRECCIÓN:	IBARRA		
EMAIL:	cdsalazarf@utn.edu.ec		
TELÉFONO FIJO:	062580790	TELÉFONO MÓVIL:	0961104417

DATOS DE LA OBRA	
TÍTULO:	ABORTO NO PUNIBLE COMO MECANISMO DE GARANTIA DE DERECHOS EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE ECUADOR Y COLOMBIA
AUTOR (ES):	CRISTIAN DAVID SALAZAR FRANCO
FECHA: DD/MM/AAAA	14/09/22
SOLO PARA TRABAJOS DE GRADO	
PROGRAMA:	<input checked="" type="checkbox"/> PREGRADO <input type="checkbox"/> POSGRADO
TÍTULO POR EL QUE OPTA:	ABOGADO DE LA REPUBLICA
ASESOR /DIRECTOR:	NAVARRO VILLACIS HUGO FABRICIO

2. CONSTANCIAS

El autor manifiesta que la obra objeto de la presente autorización es original y se la desarrolló, sin violar derechos de autor de terceros, por lo tanto la obra es original y que es el titular de los derechos patrimoniales, por lo que asume la responsabilidad sobre el contenido de la misma y saldrá en defensa de la Universidad en caso de reclamación por parte de terceros.

Ibarra, a los 14 días del mes de Septiembre de 2022

EL AUTOR:

SALAZAR FRANCO CRISTIAN DAVID

CERTIFICACIÓN DEL ASESOR

En mi calidad de tutor de trabajo de titulación presentado por el estudiante CRISTIAN DAVID SALAZAR FRANCO, para optar por el título de ABOGADO DE LA REPÚBLICA, cuyo título es "ABORTO NO PUNIBLE COMO MECANISMO DE GARANTÍA DE DERECHOS EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE ECUADOR Y COLOMBIA", doy fe de que, de acuerdo al análisis del sistema Urkund, dicho trabajo reúne los requisitos para ser sometidos a presentación y evaluación por parte del tribunal examinador que se designe.

Ibarra, 19 de julio del 2022



Hugo Navarro Villacís
TUTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

AGRADECIMIENTO

Me gustaría que en estas líneas sirvieran para expresar mis más profundos y sinceros agradecimientos, a la Universidad Técnica del Norte, a su cuerpo docente, administrativo, personal de servicio; por la dedicación y esfuerzo en el cumplimiento de su trabajo, impulsando positivamente al cumplimiento de sueños de muchos estudiantes.

Agradezco a mis maestros quienes durante mi vida estudiantil han sido mi inspiración, especialmente, al Dr. Hugo Navarro y la Dra. Andrea Galindo por hacer posible la realización de esta Investigación, quien sin dudar fueron un pilar importante en la ayuda de la ejecución de mi tesis.

Igualmente mi inmensa gratitud a quienes me aconsejaron, impulsaron y confiaron que conseguiría mi meta, en especial a mí Esposa y a mi familia, quienes siempre estuvieron presentes en los momentos más difíciles.

DEDICATORIA

Este trabajo de tesis de grado está dedicado a Dios, por permitirme estar con vida y disfrutar de los buenos momentos con mis seres queridos, esta investigación la dedico especialmente a mis abuelos, quienes me ha enseñado el valor de la responsabilidad, la justicia y el servicio para quienes lo necesitan, así como también a mi esposa a mi hijo y a toda mi familia quienes con mucho cariño, amor y ejemplo han hecho de mí, una persona con valores para poder desenvolverme como persona y profesional

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	1
0	
INTRODUCCIÓN.....	11
Antecedentes.....	6
Formulación del problema jurídico.....	7
Justificación de la Investigación.....	8
Objetivos.....	8
CAPÍTULO I.....	16
1.1. Evolución histórica de la criminalización del aborto.....	16
1.2. El delito de aborto en la legislación ecuatoriana: una mirada a la doctrina nacional.....	23
1.3. El delito de aborto en la legislación colombiana: una mirada especial a la sentencia C-355 de la Corte Constitucional	29
1.4. ¿El aborto es un derecho de las mujeres? aparente colisión con derechos fundamentales.....	31
1.5. Postura de la comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el aborto.....	39
CAPÍTULO II.....	42
2.1. Metodología de la investigación	42
2.1.1. Investigación socio jurídica.....	37
2.1.2. Investigación Bibliográfica.....	38
2.1.2.1. Jurisprudencia Nacional.....	40
2.1.2.2. Jurisprudencia Internacional.....	41
2.1.2.3. Tratados Internacionales.....	43
CAPÍTULO III	48

3.1 Discusión de resultados	48
CAPÍTULO IV	55
4.1. Conclusiones y Recomendaciones.....	55
4.1.1. Conclusiones	55
4.1.2. Recomendaciones	56
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

RESUMEN

El aborto no punible como mecanismo de los derechos en los sistemas jurídicos de Ecuador y Colombia, se ha contrastado con el objeto de analizar la idoneidad de la despenalización del aborto, como garantía de los derechos en estos dos Estados conforme a su legislación. Considerando que la criminalización del aborto es una práctica judicial aberrante, en razón de ser infructuosa desde la esfera moral, termina agravando el conflicto social, puesto que se producen varias vulneraciones a los Derechos Humanos tutelados por los ordenamientos jurídicos porque, en efecto, se encuentra tipificado el delito del aborto en los países de Ecuador y Colombia, anclándose en una realidad pasada por lo que pueden señalarse como retrógradas a nivel de América Latina, presentando, consecuentemente, complicaciones socioculturales por lo que, evidentemente, el Derecho Penal no es una vía idónea para regular esta conducta. El método que se utilizó en la investigación es el cualitativo que indica que, a diferencia de la situación jurídica colombiana sobre el aborto, Ecuador requiere de una reestructuración jurídica urgente, so pena de seguir criminalizando y revictimizando a las mujeres. Determinando así que el aborto no punible es una garantía que tiene lugar en algunos casos particularmente; y, se define conforme a la realidad social que se vive en el contexto de estos dos Estados, para lo cual, se ha adecuado el sistema jurídico para proteger a la mujer en circunstancias excepcionales.

Palabras Clave: Aborto no punible, legislación comparada, derecho a la vida, despenalizar, conflicto social.

ABSTRACT

Non-punishable abortion as a mechanism of rights in the legal systems of Ecuador and Colombia, has been contrasted in order to analyze the suitability of the decriminalization of abortion as a guarantee of rights, in these two States according to their legislation. Considering that the criminalization of abortion is an aberrant judicial practice because it is unsuccessful from the moral sphere, it ends up aggravating the social conflict, since there are several violations of Human Rights protected by legal systems, because, abortion has been set as a crime in Ecuador and Colombia indeed, anchoring themselves to a past reality, so in fact, they can be labeled as retrograde throughout Latin America, presenting, consequently, socio-cultural complications, therefore evidently, criminal law is not an ideal way to regulate this behavior. The method used in the investigation is the qualitative one, which shows that, unlike the Colombian legal situation on abortion, Ecuador requires an urgent legal restructuring, under penalty of continuing to criminalize and re-victimize women. Thus, determining that non-punishable abortion is a guarantee that takes place in some cases particularly, it is defined according to the social reality that both the context of these two States lives, for which the legal system has been adapted to protect the woman in exceptional circumstances.

Keywords: Non-punishable abortion, comparative legislation, right to life, decriminalize, social conflict.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación muestra cómo la punibilidad del delito del aborto en el sistema jurídico de Ecuador y Colombia no resulta ser herramienta jurídica idónea para garantizar los derechos de las mujeres, por considerarse proposiciones jurídicas arcaicas, retrógradas y obsoletas, principalmente por desconocer ciertos derechos humanos como son el de libertad, enfocado en la sexualidad y vida; y autodeterminación. La despenalización del aborto asegura que se recurran a medios jurídicos menos lesivos y más eficaces en la resolución de conflictos.

Demostrar que la punibilidad que recae sobre la conducta de abortar genera graves violaciones a los Derechos Humanos de las mujeres, es tarea de la presente investigación, partiendo de la idea de que esta práctica es inidónea, lesiva y que, la doctrina y observatorios de derechos humanos recomiendan ampliamente su despenalización absoluta, aunando en que los tribunales de justicia más importantes ven con buenos ojos aquella posibilidad.

En términos metodológicos se utiliza, como base para la exposición de ideas, los principales aportes de la doctrina sobre la despenalización del aborto que permiten comprender el contexto nacional e internacional sobre este tópico; asimismo, se recopilan declaraciones receptadas a expertos en materia de Derecho penal y de Derechos Humanos que dieron cuenta de todas las desventajas de la criminalización del aborto en los sistemas jurídicos vigentes.

La investigación se encarga de demostrar que, tanto en el Ecuador como también en Colombia, se criminaliza parcialmente la conducta de abortar y que aquello, refiriéndose históricamente, no ha traído como consecuencia una merma en la conducta de abortar, o en otras palabras no ha disminuido prácticas abortivas, sino que al contrario, entre otras consecuencias y señalando la más significativa, provoca que el conflicto social se profundice y sea mayor el número de mujeres que arriesgan sus vidas en centros clandestinos con el fin de terminar un embarazo no deseado, por temor a ser judicialmente juzgadas y encarceladas. Además, es claro que todos los caminos conducen a la despenalización total, puesto que, se ha visto una transición legislativa de una prohibición absoluta a una permisión relativa y así puede verse en las decisiones de las cortes de justicia.

ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

La atávica creencia de que los problemas sociales se solucionan a través del Derecho Penal ha sido paulatinamente superada desde hace tiempo, sin embargo, esta creencia no ha sido erradicada del pensamiento legislativo encargado de expedir, reformar y derogar leyes, cumpliendo los procesos señalados legalmente; y tampoco ha desaparecido por completo de los ciudadanos en su generalidad. Tanto es así que, la doctrina dominante sostiene que el Estado utiliza al Derecho penal como una forma de legitimar una intervención violenta en contra de los ciudadanos.

Entonces, en la mente del legislador ecuatoriano, lo correcto en términos político criminales es proteger ciertos derechos a través de los imperativos normativos establecidos en el COIP; y, dado que el derecho a la vida desde la concepción está reconocido en la Constitución de la República del Ecuador, como también en las normas infra constitucionales, se ha prescrito el delito de aborto para sancionar a las personas que atenten contra el derecho aludido.

Es así que, el legislador ecuatoriano decidió adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida en gestación. Tal decisión, sin adentrarse en un análisis del contenido específico de cada tipo penal en particular, es desproporcionada por los efectos sociales perniciosos que genera, principalmente respecto de las mujeres que tienen la pretensión de acceder a la posibilidad de la terminación del embarazo prematuro y en la mayoría de casos, no planificado, pues la prohibición con amenaza de prisión las obliga a emprender una búsqueda emergente de prácticas abortivas clandestinas, en lugares totalmente ilegales bajo prácticas consuetudinarias e improvisadas, o bajo prácticas médicas profesionales pero que arriesgan al médico practicante por considerarse un delito; esto solamente incrementa el desastre sanitario, tomando en cuenta realidades expuestas por el Consorcio Latinoamericano Contra el Aborto Inseguro o en su abreviatura conocido como CLACAI, citado por el Colectivo Político Luna Creciente (2013), manifestando que “Ecuador es el país donde se practican con mayor frecuencia abortos en Latinoamérica.”, frase que será profundizada posteriormente en este trabajo de investigación, pero que evidencia sin lugar a dudas, un panorama poco alentador en cuestiones de salud pública claramente afectada por la penalización del aborto.

Por otro lado, en términos dogmáticos e históricos, se advierte que, la ampliación del poder punitivo no ha sido una solución para los conflictos sociales, pues es un contrasentido resolver eventos violentos con respuestas estatales violentas. Así, por ejemplo, Rusconi (2016) ha emitido el siguiente criterio:

Normalmente los hechos que regula el derecho penal poseen un grado de violencia importante y el propio Estado, a través del sistema penal, también reacciona con violencia, pero esta vez a través de canales institucionalizados que pretenden otorgarle cierta legitimidad social (p. 47).

De esta manera, ante la posible arbitrariedad del tipo penal de aborto, no deja de parecer problemática aquella norma jurídica que aparentemente vulnera derechos humanos y que, sin embargo, no es posible dejar de aplicarla cuando el argumento democrático es quien prevalece en estas situaciones.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO

Con la mirada puesta sobre la Carta Magna del Ecuador del año 2008, es viable examinar el articulado que reconoce derechos a las mujeres en torno a su vida sexual, señalando el Capítulo Sexto, Artículo 66, en sus numerales 9 y 10, que precisan al Estado en su responsabilidad de garantizar a los ciudadanos y ciudadanas la libertad de decidir sobre su vida sexual y todo aquello que le es implícito, actuar conforme de sus decisiones y que en el proceso sea el mismo Estado quien vela por la seguridad de las condiciones en que se desarrolla este actuar, bien es factible incluir en éstas, condiciones del sistema de salud y del sistema judicial, evitando penas privativas de libertad por el simple hecho de ejercitar un derecho consagrado en la Constitución de la República del Ecuador. Es así que partiendo de lo ostensible se cuestiona: ¿Es la criminalización del aborto una herramienta idónea para disuadir a las mujeres de abortar, garantizando la protección de los Derechos Humanos?

El aborto no punible ha sido discutido en diferentes países, analizando cada una de sus realidades dentro del contexto del respeto de los Derechos Humanos, reconociendo que, existen casos en los que el embarazo se ha producido por razones ajenas a la voluntad o cuando por causas médicas se recomienda que se practique un aborto inducido por el riesgo de la vida de la mujer que se encuentra en gestación, teniendo presente algunas otras circunstancias, por ejemplo, la lucha de grupos de mujeres por un aborto seguro y

libre sin ningún tipo de restricciones, en búsqueda de la libertad de decisión sobre sus cuerpos y su sexualidad.

JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

La regulación del delito de aborto en el Ecuador y Colombia ha sido instaurada desde los primeros códigos penales y se sigue manteniendo hasta la actualidad sin que haya solucionado ningún conflicto social. La tipificación del delito de aborto no disuade a las mujeres para que no aborten y solamente incentiva a que se continúe con esta práctica en centros clandestinos en donde las mujeres arriesgan su vida, incrementando de esta manera el conflicto social.

El presente estudio tendrá un impacto positivo en la psiquis y práctica de los juzgadores, operadores de justicia y demás actores sociales, sobre los graves perjuicios que acarrea la punibilidad del aborto y comiencen a tomar decisiones con sensibilidad y perspectiva de género. Así también, la aspiración es que resulte de gran utilidad para la doctrina y legislaciones comparadas, pues todo aporte académico bien elaborado puede ser base crucial para un cambio de paradigma.

La relevancia de efectuar este estudio se encuentra inmerso en las ciencias jurídicas puesto que aborda una problemática de actualidad que, se ha diferenciado con la trascendencia del tiempo, ya que, si bien es cierto, el derecho se va modificando conforme al desarrollo de la sociedad, economía, política, cultura e inclusive costumbres.

La investigación propuesta es completamente factible y ejecutable porque existe información en demasía respecto al tema, es posible acceder a textos académicos de expertos sobre el tema, posibilidad de acceso a causas judiciales, recursos humanos suficientes, tecnología adecuada y demás insumos necesarios que se encuentran disponibles para realizar una investigación de carácter científico. Seguramente esta investigación puede aportar en gran medida a la erradicación de una práctica legislativa que ha venido siendo pernicioso desde hace muchos años atrás.

OBJETIVOS

Objetivo General:

- Analizar la idoneidad de la despenalización del aborto como mecanismo de garantía de derechos humanos en Ecuador y Colombia.

Objetivos Específicos:

- Revisar y analizar el contexto jurídico histórico y actual sobre la regulación del aborto y, con ello, identificar las falencias de la tipificación del aborto en las legislaciones ecuatoriana y colombiana.
- Determinar si el Derecho penal es el medio jurídico idóneo para regular y sancionar al aborto.
- Identificar y plasmar los argumentos que sostienen que la punibilidad del aborto genera graves violaciones a los derechos de las mujeres.

CAPÍTULO I

1.1. Evolución histórica de la criminalización del aborto

La pretensión en este apartado es efectuar un análisis sobre la forma en que las sociedades históricamente han venido criminalizando la conducta de abortar de las mujeres. En este sentido, si bien será importante analizar el contexto global de las regulaciones sobre el aborto, primordialmente se efectuará un recorrido en retrospectiva sobre el contexto histórico en Ecuador y Colombia.

Dicho esto, advierte Sánchez (1988) que, según la revisión de la bibliografía tradicional, existen pruebas de que la primera regulación jurídica del aborto data del siglo III A.C., y la rigurosidad de las consecuencias jurídicas por abortar iban de la mano con el grado de desarrollo del feto, pues únicamente se penaba con una sanción pecuniaria a la mujer que abortaba un feto que aún no estaba formado y, en cambio, según la famosa ley del Talión de aquellas épocas, en el caso de que el feto presentara ya forma humana la sanción para la mujer.

Como es natural, esta primera aproximación de la regulación primigenia del aborto nos deja entrever que, para las sociedades de esa época, el derecho a la vida debía ser protegido desde la concepción y como consecuencia, las sanciones a la mujer tenían que ser impuestas sin que resulten relevantes las causas que empujaban a la mujer a practicarse un aborto.

Por otro lado, los antecedentes históricos se constituyen desde las percepciones pasadas sobre el aborto, ante lo cual, Jiménez (2006) manifiesta:

Sobre la relajación de la actitud moral ante el nascituro han influido pensadores ilustres como Platón, que sostenía que, en una república ideal, los hombres y las mujeres que hubiesen superado respectivamente los 55 y 40 años podrán tener relaciones sexuales libres, con la condición de no procrear hijos, por tanto, era necesario recurrir a las prácticas abortivas y al infanticidio. Aristóteles no era contrario a la eliminación de los niños minusválidos recién nacidos. Admitía igualmente el aborto con la única limitación de que fuera practicado antes de que el feto tuviese sensibilidad; sugirió incluso, que el aborto debería practicarse cuando la pareja tenía ya una cantidad razonable de hijos. Por otra parte, según Ulpiano en el siglo II a. C., hasta que el nascituro no veía la luz, no era considerado

ciudadano a todos los efectos. Esta tesis ya había sido propuesta por Empédocles en el siglo V a. C., quien sostenía que el embrión recibía el aliento vital en el momento del nacimiento (Jiménez, 2006, p. 2).

Los diferentes pensadores y filósofos más renombrados a lo largo de la historia han emitido sus criterios sobre el aborto, considerando que la edad era un factor fundamental para decidir sobre las relaciones sexuales entre un hombre y una mujer, radicando esta decisión en que deben ser libres en mujeres y hombres adultos, con la condición de no procrear hijos, siendo necesario recurrir a diferentes métodos abortivos. Mientras que, Aristóteles en el mismo sentido, expresó la pertinencia de practicarse el aborto, antes de que el feto tuviere sensibilidad, en casos de que los padres ya tuvieran algunos hijos; pensamiento que bien puede interpretarse como humano, puesto que se está valorando la capacidad sensitiva del nuevo ser. Por su parte, Ulpiano se focalizó en analizar si un niño antes de nacer era susceptible de derechos y titular de los mismos, concluyendo post análisis, que no lo era, al tratarse de un embrión y consecuentemente no de un ciudadano.

Con respecto a lo mencionado, el grado de protección tan fuerte que se le daba al que estaba por nacer se explicaba por la postura de los autores pitagóricos quienes según Ocón (2015) “creían que los fetos poseían un alma y que era un ser animado desde el primer momento de la concepción” (p. 42). Sin embargo, en aquellas épocas también había voces ilustradas quienes por argumentos diversos a los que hoy se emiten, consideraban que la mujer debía tener la potestad de decidir si abortar y cuándo hacerlo. Al respecto, la misma profesora nos da la siguiente reseña histórica sobre el aborto:

En Grecia era empleado para regular el tamaño de la población y mantener estables las condiciones sociales y económicas. Platón recomendaba el aborto a las mujeres embarazadas mayores de 40 años o cuya pareja era mayor de 50 años. Aristóteles sostenía que el feto se convierte en 'humano' a los 40 días de su concepción si es masculino y a los 80 si es femenino y recomendaba el aborto para limitar el tamaño de la familia. La decisión era dejada a la madre, salvo de que se tratara de cuestiones de Estado (Ocón, 2015, p. 43).

Sobre la noción y alcance de la prohibición del aborto, hay que decir que, aquella fue variando a lo largo de la historia originándose en la tolerancia y feneciendo en la prohibición. Ya en el llamado Papiro de Ebers redactado cerca en el año 1500 a.C. se mencionaban recetas para detener el embarazo en el Antiguo Egipto, una de ellas incluía la fruta inmadura de la acacia, dátiles y cebollas trituradas con miel. De hecho, Giulia

Galeotti, decía que, esto era una cuestión exclusivamente de mujeres y Sócrates lo consideraba como un derecho materno: los hombres no tenían voz ni voto en estos asuntos. El aborto se encontraba ampliamente difundido en todas las clases sociales, puesto que, era moralmente aceptado y no era considerado delito.

Al respecto de lo manifiesto por los autores mencionados, es oportuno profundizar sobre cómo la decisión de abortar o no hacerlo es propia de la mujer, más allá de las razones biológicas obvias, un embarazo acarrea condiciones y riesgos físicos, psicológicos y emocionales durante la gestación y después del parto, mismas que únicamente una mujer experimenta y a las que los hombres no se ven sujetos.

Como dato histórico, antes de mediados del siglo XIX, en Europa las drogas para inducir abortos se anunciaban en los periódicos y se podían comprar en farmacias. Según la historiadora Leslie Reagan, las leyes contra el aborto se generalizaron en la segunda mitad del siglo XIX, principalmente para evitar envenenamientos, más que por una cuestión moral, ética, política o religiosa. Con el pasar de los años, para 1900 la generalidad legislativa era que practicarse un aborto era ilegal, excepto en los casos donde corría peligro de muerte la madre; no obstante, según Reagan, aun así, las mujeres continuaban abortando a puertas cerradas o en lugares clandestinos.

Lo relevante se enmarca en que, a pesar de las restricciones sobre el aborto que, históricamente, han venido imponiéndose y levantándose según el periodo socio político en el cual se encontraban, luego de prácticamente 100 años de severas restricciones a la posibilidad de abortar, era impensable que el 17 de enero de 1975 en Francia se promulgaría la “ley Veil”, la cual autorizaba el aborto libre y gratuito hasta las 10 semanas de embarazo. Este precedente legislativo fue un cambio de paradigma bastante significativo para el contexto de aquella época, pues hasta esa fecha el común denominador era la imposición de numerosas limitaciones a la eventualidad de un aborto dentro de un margen seguro y con atención médica idónea y especializada, obligando a las mujeres a camuflar su libertad en la clandestinidad.

Hasta este punto, es ostensible que, pese a que algunos antecedentes datan desde hace muchos años en el pasado, ya existían autores que de cierta forma reconocían que la mujer debía tener el derecho para decidir con autonomía sobre la posibilidad de continuar o no con el embarazo. Es importante notar que, en la edad media, principalmente en la época en donde el catolicismo obtuvo gran protagonismo y sus ideales religiosos se

anclaron en la sociedad civil y hasta en el gobierno, uno de sus representantes, San Agustín impuso la idea de la teoría de la hominización, lo cual significaba que, “el aborto es homicidio sólo cuando el feto se ha formado”, pese a que cuando esto no sucedía sí se establecían sanciones para las mujeres que abortaban en un tiempo posterior, aunque por supuesto tenían menor severidad. Significa, a interpretación propia, que, a pesar de la pena prevista, aún se reconocía la libertad de la mujer sobre su cuerpo, su sexualidad y su reproducción, manteniendo su libre albedrío, hasta el margen permitido por la ley de aquel entonces, claro está.

Otro dato histórico a tomar en cuenta es que, en la época post iluminista, cuando los Estados comenzaron a codificar sus leyes, una revisión normativa en retrospectiva arroja que la gran mayoría de Estados tipificaron el delito del aborto y preveían sanciones muy drásticas para las personas que lo ocasionaran, incluida la propia mujer. Al respecto, como antecedente en el Derecho español, Ocón (2015) en su tesis doctoral indicaba que, ya en el primer código que fue expedido por el legislativo se prescribía taxativamente el delito del aborto y que su criminalización estaba sujeta a determinadas condiciones, veamos más en detalle el argumento:

El Código penal de 1822, en su art. 639 distinguía dos formas de aborto: el realizado con consentimiento de la madre, y el no consentido por ella. Además, tenía en cuenta los grados de tentativa y consumación, además si había sido ejecutado por facultativos (médicos, etc.) se agravaba con la inhabilitación perpetua de la profesión. El art. 640 recogía el aborto realizado por la madre que sólo se penalizaba en caso de consumación (además de recoger atenuantes ante determinadas circunstancias) (p. 45).

Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se prevé como antecedente histórico que, la primera vez que se tipificó el delito de aborto fue en el Código Penal de 1837, sin embargo, el legislador ecuatoriano no prescribió la punibilidad expresa de la mujer por el delito de aborto, sino que, únicamente hizo alusión a terceras personas que causaren el aborto. Así lo regulaba el legislador de aquel entonces:

Art. 456.- Los que causaren el aborto de alguna mujer por cualquiera de los medios o arbitrios análogos para lograrlo, serán castigados del modo siguiente: Si emplearen los medios o arbitrios expresados sin consentimiento o conocimiento de la mujer, sufrirán una prisión de dos a seis años, y si lo hicieren con consentimiento o conocimiento de ella, el tiempo de la prisión será de uno a cuatro años.

Art. 457.- Los médicos, cirujanos, boticarios o comadrones, que indicaren, aconsejaren o suministraren, cualquiera de los medios o arbitrios expresados, serán condenados a obras públicas por dos a seis años; pero si se hubiere verificado el aborto, el término de la condena a obras públicas, será de seis a diez años.

Único. - Las parteras que incurrieren en los casos de este artículo, sufrirán su condena con arreglo al artículo 27 del título preliminar.

Esta regulación que aparentemente no declaraba punible a la mujer por practicarse un aborto estuvo vigente hasta la entrada en vigencia del Código Penal de 1871, pues allí, a más de los artículos que fueron citados en el párrafo anterior, el legislador tomó la decisión de incluir expresamente la posibilidad de imputarle el delito de aborto a la mujer embarazada. A continuación, la redacción legal:

Art. 374.- La mujer que voluntariamente hubiere consentido en que se la haga abortar, o causare por sí misma el aborto, será castigada con una prisión de uno a cinco años y con una multa de veinte o cien pesos.

Si lo hiciere para ocultar su deshonra, será castigada con seis meses a dos años de prisión.

En consecuencia, se advierte que, la redacción legal del legislador de 1871 no solo tipificaba expresamente al delito de aborto cometido por la mujer, sino que, además, las consecuencias jurídicas que se imponía eran harto severas y desde allí se marcó una tendencia punitiva, puesto que, los Códigos Penales subsiguientes conservaron la misma figura con una pena equivalente. Por ejemplo, el Código Penal de 1889, preveía de igual forma en el artículo 372 la misma conducta típica con la misma consecuencia jurídica, y así también puede verse en los Códigos Penales de 1906 (con la salvedad de que aquí no se incluye la multa de veinte a cien pesos), en el Código de 1938 y en el de 1971.

De esta manera, podemos ver que hasta la entrada en vigencia del COIP el legislador ecuatoriano había adoptado una línea legislativa uniforme, pues tanto la regulación de la conducta como también las consecuencias jurídicas eran prácticamente las mismas. Únicamente desde el Código Penal de 1938 el legislador adoptó parcialmente una tendencia menos rigurosa sobre la posibilidad de practicarse un aborto, en vista de que, desde ese momento se permitió que la mujer pueda acceder al procedimiento de un aborto cuando se encuentren presentes dos causales: Así estaba la regulación del legislador de 1938:

Art. 423.- El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer encinta, o de su marido o familiares íntimos, cuando esta no está en posibilidad de prestarlo, no será punible.

1.-Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y

2.-Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

Se puede colegir que, desde hace casi 80 años el legislador tomó la decisión de justificar la terminación del embarazo cuando concurra un peligro para la vida o salud de la madre, tomando en cuenta primero su bienestar; además se considera primordial que ese riesgo no pueda ser evitado por otros medios y finalmente, si el embarazo fuera producto de una violación a una mujer idiota o demente, o lo que sería igual, por motivos terapéuticos o eugenésicos.

En este contexto, hasta junio de 2021, el legislador ecuatoriano había mantenido en lo esencial la punibilidad del aborto tal y como se había regulado en el siglo pasado, pues la fórmula del artículo 150 del COIP, pues mantenía las mismas excepciones respecto de cuándo el aborto no sería punible:

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.

Por otro lado, se determina que en casi una centena de años se había conservado la misma regulación aberrante sobre el aborto sin aparente cambio, puesto que, la vetusta fórmula del aborto terapéutico y eugenésico seguía inamovible, lo que significa que únicamente un análisis profundo de la norma y advertir la significación de su impacto en los derechos de las mujeres, más allá de los cambios sociales de pensamiento, serían una vía accesible para prepararse legislativamente para un cambio jurisprudencial y doctrinario; todo esto, a nivel de estado, marca una diferencia de lo que sucede en la gran mayoría de países Latinoamericanos y del Caribe en donde se ha venido progresando a la par con la evolución y reconocimiento de los Derechos Humanos en general y, en especial de las mujeres.

Desde otra consideración, con respecto de la situación del ordenamiento jurídico colombiano hay que decir que tuvo un cambio de rumbo sustancial a partir del año 2006, pues hasta esa fecha, se desprende del Código Penal Colombiano promulgado en el año 2000 que únicamente se permitía el aborto bajo las siguientes condiciones:

Artículo 124. Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Por lo que, desde el análisis conglobado del Código Penal colombiano se desprende que estaba justificado hasta ese momento el aborto terapéutico y eugenésico, mientras que, para los casos en que la mujer se embarazaba producto de acceso carnal sin su consentimiento o alguna práctica médica arbitraria, no se preveía una exención de pena, sino que, únicamente se disminuía el reproche penal.

Todo este panorama jurídico cambió a raíz de una sentencia de la Corte Constitucional colombiana del mes de mayo del año 2006 en el caso Martha Sulay González signado con el número C-355, en donde la Corte hizo una interpretación al artículo 124 del Código Penal y estableció un precedente obligatorio sobre las causas que eximen de responsabilidad a la mujer que se practica un aborto. A continuación, la interpretación realizada por la corte:

(...) no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (I) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud física o mental de la mujer, certificada por un médico; (II) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (III) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto. (Corte Constitucional de Colombia, 2006)

Con base en el margen jurídico citado anteriormente, y posterior a la interpretación realizada por la Corte Constitucional del vecino país Colombia se hace posible concluir que existen tres eximentes de responsabilidad penal cuando una mujer se practica un aborto, aplicados dentro de su jurisdicción territorial y en parte concordantes con las creencias del soberano colombiano, que enumerados son las

siguientes: malformación del feto, riesgo de la vida de la madre y violación; es decir, todavía subsiste el aborto eugenésico, terapéutico y el aborto en donde se le reconoce un pleno ejercicio de libertad y autodeterminación a la mujer, como admisibles, todo esto derivado de su dignidad como persona cuando el embarazo es fruto del cometimiento de un delito en contra de su integridad sexual y reproductiva, prevaleciendo en este caso una justa interpretación de cómo han sido violentados los derechos de la víctima y su validez al dictar sentencia.

1.2. El delito de aborto en la legislación ecuatoriana: una mirada a la doctrina nacional

En el capítulo pasado se había hecho una breve referencia al contexto actual del ordenamiento jurídico-penal ecuatoriano, pues se había indicado que el artículo 149 del COIP prevé la posibilidad de criminalizar a la mujer que se practique un aborto o permita que otro se lo provoque y además se prescribe una sanción bastante considerable de seis meses a dos años de pena privativa de libertad.

Con esto podemos evidenciar que, si bien la pena privativa de libertad se redujo para este delito respecto de la antigua regulación jurídica de los Códigos Penales de antaño, persiste todavía en la mente del legislador ecuatoriano, una necesidad de imponer la consecuencia jurídica más drástica que puede existir e idearse, esto es, la pena privativa de libertad aplicada por el *ius puniendi* para sancionar una conducta de tal naturaleza, a pesar de que al hacerlo se vulneren otros derechos.

Cabe mencionar que, lo que sí tuvo un cambio sustancial fue una de las causas que la norma prevé admisible para la realización del aborto, pues a través de la resolución N° 34 de la Corte Constitucional del Ecuador, publicada en el Registro Oficial, suplemento 194 del 29 de junio del 2021, se declaró la inconstitucionalidad de la frase: “en una mujer que padezca discapacidad mental”, refiriéndose la Corte a la causal de exclusión de responsabilidad número 2 del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal vigente en el país.

Entonces se colige que, hasta el 29 de junio del 2021, se conservaba el antiquísimo sistema de exclusión de responsabilidad que, en casos de aborto, solamente eximía de la misma por cuestiones de peligro inminente para la vida o salud de la mujer embarazada y, para aquellos casos en los que la mujer violada presentaba discapacidad intelectual. La

explicación de este cambio de paradigma trajo como consecuencia varias discusiones respecto del alcance de protección a la vida, previamente recogido en la Constitución de la República del Ecuador del 2008 y además en normas de menor jerarquía, pues como podrá evidenciarse en líneas venideras, como mínimo, parece conflictivo alejarse de las siguientes prescripciones normativas:

En el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador, el legislador constituyente expresó lo siguiente: “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.” (CRE, 2008, art. 459)

Además, en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se ha previsto algo semejante, puesto que, en el artículo 20 se dice lo siguiente: “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” (Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, 2003, art. 20)

Por lo expuesto, se determina que el legislador había sido exhaustivo en demasía con la regulación del derecho a la vida, se reitera el argumento de que alejarse de dichas prescripciones causaron gran controversia y conmoción, más aún cuando dicho cambio de paradigma fue jurisdiccional y no legislativo, lo cual a *prima facie* generaría dudas sobre la legitimidad de dicha decisión.

Ahora bien, la doctrina nacional se había mostrado sumamente crítica con la posición adoptada por el legislador ecuatoriano respecto de la regulación del aborto no punible, y algo de esto puede hallarse en los escritos de Guerra (2018), quién destaca una contradicción muy severa en la forma de legislar en el Ecuador, la aludida autora indica lo siguiente:

Resulta paradójico que, mientras el marco constitucional ecuatoriano mediante varios de sus enunciados normativos prohíbe algunas de las formas de opresión y discriminación, la vigencia de normas infraconstitucionales, como la penalización de la interrupción del embarazo, se instituye en uno de los mecanismos que restringe de forma irrazonable el ejercicio de los derechos de las mujeres diversas (p. 118).

Hay que decir que el argumento de Guerra es absolutamente plausible, pues es ostensible que parece haber un contrasentido en las palabras del legislador al garantizar un ambiente libre de violencia, de libertad y autodeterminación y además restringir con la misma pluma algunos derechos de las mujeres. Y es que, no solo que la práctica legislativa parece tener serios déficits, sino que, también resulta sorprendente la falta de empatía social respecto del medio en el que nos desenvolvemos, en la que se preparan y transcurren marchas exigiendo no se despenalice el aborto ignorando datos empíricos, pero ahora cotidianos sobre la tasa de mortalidad y la conflictividad sanitaria que provoca directamente la criminalización del aborto, esto dicho como mínimo parece ser irracional.

Sobre cuestiones referentes a estadísticas de casos de interrupción de embarazos, algunos datos duros los recoge Guerra (2018) en una de sus obras, y expone las siguientes cifras y conclusiones:

Según CLACAI, Ecuador es el país donde se practican con mayor frecuencia abortos en Latinoamérica. Alrededor de 95.000 mujeres interrumpen sus embarazos anualmente. Frente a este índice, el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC) ha indicado que cada año se realizan 200 abortos legales, circunstancia que implica que el resto de abortos se practica de forma oculta y, consecuentemente, con un alto grado de peligrosidad para la protección de la integridad personal y vida de las mujeres (p. 119).

Estos índices estremecedores sobre el aborto informal en el Ecuador seguramente sirvieron como fundamento para que la Corte Constitucional flexibilice los requisitos de no punibilidad del aborto, sin embargo, todavía no se ha llegado a una despenalización absoluta pese a que se ha efectuado una revalorización de la conducta. Cabe aclarar que, si bien es cierto ha existido un cambio de paradigma importante a raíz de la resolución de la Corte Constitucional ecuatoriana, el camino hacia una despenalización absoluta del aborto parece no ser tan sencillo y menos aún si solamente se cuenta con el dato sociológico estadístico, sin evidencia de la existencia de un argumento jurídico válido y plausible que sirva de base para dicho propósito. Por ejemplo, podrían ensayarse los siguientes argumentos:

En primer lugar, es loable decir que en tanto que un Estado tiene entre sus principales objetivos velar por el respeto de los derechos de sus ciudadanos tal y como puede advertirse de la norma plasmada en el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, aquello facultaría a la Asamblea Nacional para la toma de decisiones

legislativas tendientes a regular y sancionar aquellas conductas que lesionen o atenten contra los derechos; no obstante, aquello no le faculta al Estado (Asamblea) para utilizar medios coercitivos desproporcionados e inidóneos en la tarea aludida. Por tanto, en lo que resta de este capítulo se trabajará con algunos argumentos que harán denotar lo inadecuado de la punibilidad del aborto y la necesidad de su despenalización para precautelar el bienestar de las mujeres.

En este direccionamiento si se tiene como punto de partida el argumento de que el Derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos, llámense derechos humanos, aquel argumento caería por su propio peso en el caso en ciernes, puesto que, no solo que el Derecho penal no protege la vida del *nasciturus*, sino que, además agrava el conflicto social derivando en que las mujeres entren en conflicto con el sistema de persecución penal o que, por temor a ser encarceladas, no puedan acceder al sistema de salud pública de forma oportuna y segura, excavando en la clandestinidad la oportunidad de una práctica abortiva, lo que en consecuencia y lógicamente generará más muertes, según como lo indican las estadísticas que ya fueron presentadas y muy probablemente mayores a medida que transcurra el tiempo y continúe sin despenalizarse el aborto.

Otro dato altamente impactante y que desnuda de cuerpo entero la idea de que el Derecho penal no disuade a ninguna persona de cometer una infracción es que, el promedio anual de crecimiento de interrupciones de embarazo en el Ecuador en el período de 1998 a 2008 fue del 7%. (Gómez de la Torre, 2011, p. 118). En consecuencia, al hacer un análisis desde el enfoque de las teorías de la pena, en tanto que, empíricamente la tasa de abortos sigue elevándose con el pasar de los años, es absolutamente claro que la tipificación de delitos, agravamiento de condiciones constitutivas de la infracción, agravamiento de penas o criminalización en general de las personas no disuade de cometer delitos, y que, la consecuencia lógica de este dato empírico irrefutable es que, el Derecho penal sería solo una herramienta de castigo y no así de prevención y de instrumento para resolver la conflictividad social.

Ahora bien, respecto de la punibilidad del aborto cuando el embarazo es producto de una violación y la víctima no es una mujer con discapacidad mental, hasta antes de la resolución de la Corte era admisible realizar una serie de críticas que seguramente sirvieron de base para que la Corte se decante por aquella postura en la resolución. En

primer lugar, era bastante fuerte la crítica de que todo parecía indicar que la Constitución hace excepciones con el derecho a la libertad, autodeterminación, dignidad de las personas, puesto que, solo así es entendible que se obligue a una mujer a continuar con un embarazo cuando previamente fue víctima de una grave violación a sus derechos.

En segundo lugar, todo parece indicar que el legislador ecuatoriano se aferra infundadamente a los antiquísimos criterios, sin fundamento científico, que concluyen que la vida humana se origina desde la concepción y, como tal, merece protección desde ese mismo momento. Al respecto, a pesar de que más adelante se verá en detalle, se ha pronunciado la Corte Interamericana en el fallo *Murillo Artavia vs Costa Rica*, al indicar que, entre otras cosas, la protección del no nacido es gradual e incremental según su desarrollo, por lo que resultaría aberrante sancionar a una mujer por practicarse un aborto cuando según estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ciertas circunstancias todavía no existiría ningún derecho que proteger y, más bien, las restricciones se basarían en meros argumentos de moralidad más que en motivaciones jurídicas razonadas.

En tercer lugar, si es en demasía claro que el Derecho penal no es una correcta política pública para tratar de disminuir la conflictividad del aborto, es inentendible cómo el Estado ecuatoriano no pone en marcha verdaderas políticas públicas, especialmente de salud activando el aparato estatal necesario, encaminadas a buscar una solución al conflicto, o por lo menos lograr un impacto menor en la sociedad. Es cierto que, cualquier funcionario público podría argumentar que se han ejecutado algunos planes piloto para disminuir el impacto, sin embargo, se advierte que el trasfondo es la regulación normativa en términos penales, pues aquello impide cambiar las prácticas si no es factible la realización de un acto sin consecuencias punitivas.

Después de todo, el norte que señala la brújula en un Estado republicano es que, las decisiones sean tomadas sin perder de vista los derechos desde una perspectiva conglobada, para tratar de mermar, en la medida de lo posible, que el reconocimiento de un derecho lesione a otro y un indicador bastante sugestivo de los casos en que sucede aquello, se ve marcado por la irremediable lesión a la dignidad del ser humano, pues siempre que esta última se vea menoscabada, deberá saltar una señal de alerta de que algo se está haciendo mal en las políticas públicas estatales. En el mismo sentido, el voto por mayoría en la sentencia No. 34-19-IN y acumulados de la Corte Constitucional del Ecuador, ha indicado que: “La criminalización del aborto se constituye, entonces, en una

barrera normativa para el ejercicio de varios derechos reconocidos en el sistema jurídico”; indudablemente por la transgresión de unos derechos, los de libertad y autodeterminación ya mencionados, por la ejercitación de otros.

Finalmente, solo resta efectuar un análisis al último precedente de la Corte Constitucional respecto de la decisión que fue tomada en mayoría por parte de los jueces de la Corte, puesto que, no solamente se refirieron a la despenalización del aborto consentido en casos de violación, sino que, dejaron abierta la puerta para que los legisladores se encarguen de regular las condiciones en las cuales se podrá realizar esta práctica. A saber, en el numeral C, se indicó lo siguiente:

Disponer que la Asamblea Nacional, en el plazo máximo de 6 meses, contados desde la presentación del proyecto de ley, conozca y discuta el proyecto de ley que regule la interrupción voluntaria del embarazo producto de una violación sexual, con los más altos estándares de deliberación democrática. En el marco de la tramitación y aprobación del proyecto de ley, la Asamblea Nacional deberá respetar los criterios y estándares generales establecidos en la presente sentencia para regular la interrupción voluntaria del embarazo en caso de niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación sexual. La Asamblea Nacional, a través de su representante, deberá informar trimestralmente sobre el avance y cumplimiento de esta medida a partir de la recepción del proyecto de ley. (Corte Constitucional, 2019)

De esta manera, si bien la Corte Constitucional se decantó por despenalizar el aborto por violación, lo cierto es que, delegó la tarea de regular la práctica del aborto a la Asamblea Nacional, la cual, dicho sea de paso, para estos momentos se encuentra debatiendo la cuestión del número de semanas y condiciones en las cuales las mujeres víctimas de violación podrían interrumpir su embarazo. No obstante, podría criticarse la decisión de la Corte Constitucional ecuatoriana de, solamente, despenalizar el aborto por violación y no efectuar una regulación respecto de las condiciones, pese a esto y después de todo, parece acertado que la misma delegue aquella decisión a la Asamblea Nacional en su función legislativa, con el fin de que la regulación se realice bajo estándares democráticos sólidos y la decisión se revista de legitimidad respaldándose en los argumentos y criterios de los ciento treinta y siete funcionarios que en su diversidad de pensamiento y conocimiento representan al soberano ecuatoriano.

1.3. El delito de aborto en la legislación colombiana: una mirada especial a la sentencia C-355 de la Corte Constitucional

La regulación jurídica del delito de aborto en la legislación colombiana ha sido históricamente diferente a la ecuatoriana, puesto que, desde una revisión en retrospectiva de la literatura se ha podido constatar que, desde el primer Código Penal que data del año 1837, el legislador colombiano si bien preveía como delito al aborto consentido y también al aborto no consentido, prescribió además la no punibilidad del aborto terapéutico y, aquello sin lugar a ninguna duda, fue un gran avance legislativo para aquella época en donde primaba la punibilidad del aborto en cualquier circunstancia.

En la misma línea cronológica de la regulación jurídica del delito de aborto en Colombia, enseña Viana (2006) que, luego del Código Penal de 1837, la siguiente codificación que se llevó a cabo en el año de 1873 mantuvo la misma regulación, pero que, ya en el año de 1890 “se excluyó la imposición de pena en el caso del aborto terapéutico cuando su realización fuese necesaria para salvar la vida de la madre y sancionó el aborto como tipo general sólo en ciertas situaciones.” (p. 165).

De allí en adelante, las demás regulaciones jurídicas de 1922, 1980 y 2000 no variaron sustancialmente, y así queda en evidencia cuando se analiza la regulación sobre el aborto que se hace en el Código Penal o Ley 599 del año 2000 en Colombia, pues la misma fórmula que estaba vigente desde hace 100 años se mantuvo intacta. Así pues, puede verse como el artículo 122 y 124 indican lo que continúa:

Artículo 122. Aborto. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.

Artículo 124. Circunstancias de atenuación punitiva. La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. (Ley 599, 2000)

En consecuencia, es ostensible que, primigeniamente el legislador colombiano entendía que, en ciertas circunstancias no debía ser punible el delito de aborto; sin embargo, nunca se llegó a dar ese salto trascendental para flexibilizar la regulación

jurídica al respecto, pues en palabras de un sector de la doctrina, hasta el año 2006 se mantenía la fórmula absoluta de aborto, es decir, se permitía por razones terapéuticas cuando la vida de la madre o el feto estén en riesgo y, además, se reducía la pena cuando la mujer había sido víctima de algún atentado sexual.

Todo este contexto varió sustancialmente en el año 2006, puesto que, en una decisión histórica de la Corte Constitucional, los jueces que sustanciaron y resolvieron la causa C 355 de 2006 plasmaron un criterio mucho más garantista y respetuoso de los derechos de las mujeres para el tratamiento de los casos de interrupción voluntaria del aborto. En síntesis, Pantoja (2019) también advierte que la Corte en el precitado fallo emitió una serie de criterios obligatorios en torno a las circunstancias que exoneran de la punibilidad del aborto:

- Cuando la continuación del embarazo supone un riesgo para la vida o para la salud física o mental de la mujer,
- Cuando existen serias malformaciones que hacen que el feto sea inviable, y;
- Cuando el embarazo es consecuencia de un acto criminal de violación, incesto, inseminación artificial involuntaria o implantación involuntaria de un óvulo fecundado. (Pantoja, 2019, sp)

Entonces, y en tanto que las decisiones de la Corte Constitucional colombiana son vinculantes, desde el año 2006 es ilegal que se criminalice a las mujeres que aborten y su caso se encuentre inmerso en una de las tres circunstancias que se hicieron alusión en el párrafo anterior. De esta manera, no solo que se reguló de una forma más racional el delito de aborto, sino que, se reconoció de forma expresa que el derecho a la vida no es absoluto y puede limitarse cuando deba realizarse una ponderación de derechos, es decir, éstos entren en colisión con otros; siendo en este caso los derechos de la madre los involucrados.

Además, la decisión de la Corte dio otro aporte en abundancia significativo, en cuanto a derechos de libertad y autodeterminación respecta, puesto que, la posibilidad de elección que tiene la mujer cuando se encuentre en alguna de las tres causales de no punibilidad del aborto, permite inferir que, para los jueces de la Corte es de vital importancia que las personas en el territorio colombiano puedan decidir de forma libre el

rumbo de su vida y, con ello, la vieja idea de Estado paternalista parece irse difuminando de a poco.

Finalmente, no hay que dejar de mencionar la abismal diferencia cualitativa que existía entre la regulación jurídica del aborto que se tenía entre Ecuador y Colombia, pues hasta 2021 el panorama punitivo en el Ecuador respecto del aborto consentido era bastante severo, lo cual convertía a Ecuador como uno de los pocos países occidentales en donde todavía se sancionaba el aborto producto de una violación. Hoy en día es factible afirmar que la situación jurídica ecuatoriana y colombiana en torno al aborto consentido es semejante y los colectivos feministas han venido afianzando la idea de que aquello no es suficiente y el norte sigue siendo la despenalización absoluta, sin condiciones o limitaciones en el tiempo de gestación para avanzar con la terminación del aborto.

1.4. ¿El aborto es un derecho de las mujeres? Aparente colisión con derechos fundamentales.

El presente apartado tiene como objetivo realizar un ejercicio hermenéutico tendiente a descubrir si interrumpir voluntariamente el embarazo constituye un derecho de las mujeres o si, por el contrario, la despenalización del aborto en casos de violación se produce por una cuestión de conveniencia político-criminal, pues según el argumento, jurídico principalmente, bien fundamentado y razonado, que se tome como válido, la decisión de despenalizar el aborto será o no legítima.

Sobre el primer argumento, primigeniamente se pensaba que la única tarea de la mujer en la sociedad era mantener el orden del hogar: procrear, cargar y traer al mundo a los hijos de la familia, encargarse de su crianza, las labores domésticas, el sostenimiento del desarrollo de su descendencia, ser compañía para su pareja y satisfacerla. No es hasta hace poco que dicha forma de ver las cosas ha ido cambiando, enhorabuena, y se ha notado un mayor protagonismo de la mujer en las comunidades y en la sociedad en general, gracias a su propia intervención que bien puede considerarse lucha social, llegando hasta el punto de bautizar a un movimiento entero en pro de equidad e igualdad, conocido como feminismo; pues para el día de hoy, no solo tienen mayor participación en cuestiones de interés social, sino que, además, han logrado ir equilibrando la balanza en el plano laboral y lo más importante, su participación en la política viene siendo cada vez más evidente.

Sobre lo último, esto es, respecto de su participación activa en la política, se debe notar que, quizás sea ese el motivo por el que su rol y desempeño ahora activo y legitimado, ha venido produciéndose, ya que el ordenamiento jurídico que ve su origen en la legislatura cada vez es más igualitario y respetuoso de los derechos de las mujeres; y, la única explicación que puede hallarse a ese fenómeno es la transcendental participación de forma notoria de las mujeres en la política, pues nadie mejor que ellas para luchar en contra de las arbitrariedades e injusticias que históricamente las han lesionado y de las que ahora más que nunca, resuena su significancia en cada estado, más aún en los estados en los que la violencia es evidente, sea ésta física, sexual, psicológica, emocional, o como en el caso de la criminalización del aborto, una violencia que viene de la configuración de las leyes que no reflexionan sobre el alcance de sus derechos.

Ahora bien, desde una perspectiva eminentemente constitucional, existen dos normas que obligan al Estado a adoptar un modelo mucho más justo en el plano social de los derechos humanos. Al respecto, en el artículo 11, numeral 2 y en el artículo 66, numeral 4, de la Constitución del Ecuador puede hallarse, a mi juicio, el derecho más importante tendiente a tener una vida en comunidad armoniosa y justa, esto es, el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación.

Entonces, con esta norma constitucional aludida, no solo que el norte está en hallar mecanismos jurídicos que impidan que ninguna persona o grupo humano sea discriminado, sino que, además, el derecho constitucional obliga al Estado a tomar medidas adecuadas que sirvan como medio para obtener dicho fin y, en tanto que, cualquier ciudadano ecuatoriano y persona que transite por el país tiene derecho a la resistencia y pelear por sus derechos, es completamente legítimo que se organicen grupos sociales en busca de alcanzar la anhelada igualdad ante la ley.

Con este primer argumento basado en la igualdad, el Estado debe procurar legislar un cuerpo normativo que prohíba que cualquier persona sea puesta en una situación de desventaja al resto y con restricciones desmedidas en torno a la forma de organizar su vida. Y, a más de esto, se debe coadyuvar el argumento con otro derecho sustancial que prevé la Constitución de la República del Ecuador como lo es el derecho a la libertad personal. Al respecto, el artículo 66, numeral 9 y 10, prescriben lo siguiente:

El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El

Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.

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. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art.66)

En consecuencia, no solo que la máxima norma nacional prevé el derecho a gozar de una vida social en igualdad de condiciones, sino que, con la misma importancia, se nos reconoce el derecho a tomar decisiones libres en cualquier ámbito de la vida. Ahora, con todo este marco normativo, la tarea restante consiste en direccionarlos al tema de investigación y, con ello, determinar si la regulación jurídico-penal y criminalización del aborto constituye un derecho de las mujeres.

Se ha visto que, la tipificación del delito de aborto en Ecuador era sumamente severa hasta hace unos meses, pues a diferencia de gran parte de los Estados latinoamericanos, se mantenía en el territorio ecuatoriano una prescripción total del aborto, es decir, se permitía abortar únicamente por motivos eugenésicos y terapéuticos. Una mirada a países vecinos hará notar que, no solo que en dichos Estados se prevé la posibilidad de que una mujer aborte cuando ha sido víctima de una agresión sexual, lo cual es un reconocimiento expreso de que la mujer tiene derecho a tomar decisiones libres y aun es presumible que actúe esta exclusión como un resarcimiento de los derechos violentados, sino que, incluso en algunos Estados ya se está discutiendo la posibilidad de despenalizar de forma absoluta dicha conducta entregando en manos de la mujer la oportunidad de solventar sus propios juicios y actuare en relación a su cuerpo y desarrollo sexual.

Ahora bien, para enmarcar el derecho a la igualdad y libertad respecto del delito de aborto, únicamente es necesario tener coherencia para notar que, una mujer que no tiene ninguna discapacidad mental está en situación de desigualdad y goza de menos libertad, a diferencia de una mujer que sí presenta una discapacidad del tipo mencionado, pues a la segunda, en caso de que sea violada se le reconoce la posibilidad de que aborte sin que exista ninguna repercusión jurídica, mientras que, a una mujer que goce de todas sus facultades cognitivas se la sancionaría con 6 meses a 2 años de pena privativa de libertad.

De lo manifiesto se puede argüir que es contradictorio despenalizar un delito que necesita de consentimiento, mismo que es resultado de un proceso volitivo que se desenvuelve previo pleno conocimiento, criterio y discernimiento, capacidades que no pueden ejercerse en su totalidad por una mujer que muestra incapacidad mental o intelectual. Al contrario de una mujer en sus plenas capacidades, a quien, a pesar de poder manifestar expresamente su decisión y voluntad, se le retira de la mesa y sin entrar a discusión, la oportunidad de hacerlo.

Con este primer argumento, nadie podría sostener seriamente que no se lesiona el derecho a la igualdad material y no discriminación de la mujer violada que goza de todas sus capacidades cognitivas. Desde ninguna perspectiva es posible explicar por qué una mujer sana en términos mentales tiene que soportar estar ligada a una responsabilidad que nunca buscó y que, se le impuso de forma arbitraria e ilegal. En la misma línea de pensamiento, Alonso (2012) tiene escrito que, "... autorizar el aborto de una mujer incapaz violada y no autorizarlo respecto de una mujer sana violada sería una discriminación constitucionalmente inadmisibles" (p. 322).

Respecto del derecho a la libertad y autodeterminación, se debe notar que, tal ha sido la importancia de este derecho que incluso se le ha dado rango constitucional, y por ello, la obligación que tiene el legislador es adecuar el ordenamiento jurídico infraconstitucional conforme a las exigencias de la norma fundamental que nos rige. Como es evidente, el legislador había hecho caso omiso hasta este momento de su obligación de garantizar el derecho a tomar decisiones libres, pues de lo contrario, habría despenalizado por lo menos el aborto en casos de violación a una mujer plena en sus facultades cognitivas y no hubiese tenido que esperar que sea la Corte Constitucional ecuatoriana que se pronuncie sobre esta problemática.

Para que se comprenda de mejor manera el argumento, no se está diciendo aquí que la libertad personal debe prevalecer sin más frente a otros derechos asumiendo que el embrión o feto sea considerado persona y como tal tenga derecho a la vida sino que, realmente lo que se dice es que no es posible imponer obligaciones a una persona de forma arbitraria y, aquello, en un ejercicio de ponderación tiene que prevalecer, pues de lo contrario se estaría instrumentalizando a las mujeres, sin tomar en consideración el proyecto de vida que se hubieren trazado.

No se debe dejar de mencionar que, también la Constitución ecuatoriana reconoce en el artículo 66, numeral 2 y 3 los derechos a la salud e integridad personal respectivamente, por lo que, habría que considerar no solo el derecho a la libertad e igualdad como argumentos para sostener que la punibilidad total del aborto (me refiero a permitir solo las causales terapéuticas y eugenésicas) es irracional y lesiva de derechos humanos, sino que, además, están en juego otros derechos como la salud e integridad y aún más importante la dignidad de las mujeres. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 66)

En fundamento al fallo de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo vs Costa Rica* que el derecho a la vida no es absoluto y, en este caso, asumiendo que el embrión o feto tienen derecho a la vida, faltaría todavía ponderar los casos en que existan conflictos con otros derechos y cuál debería prevalecer. Para concretar el análisis, en casos de punibilidad de mujeres violadas sanas mentalmente, que aborten, entrarían en juego el “derecho” a la vida del embrión o feto y, los siguientes derechos de la madre: libertad, igualdad, salud, integridad personal y la dignidad como ser humano, lo cual generaría una aparente colisión de derechos que debe ser resuelta de forma razonable con el fin de que las decisiones no se tornen ilegítimas.

Por todo esto y dado que en el contexto aludido evidencia una aparente colisión de derechos, lo más lógico es que el legislador ejecute una acción de ponderación y, de esa forma, obtenga un fundamento científico para que posea las suficientes herramientas técnicas para decantarse o no por una despenalización del aborto. De entrada, se advierte que, habrá que analizar si los derechos de las mujeres pueden estar por encima del aparente derecho a la vida del embrión y aquello es lo que se criticará en lo que sigue. Respecto de la estructura de la ponderación, puede estudiarse en Alexy (2002) lo siguiente:

En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro. (p. 32).

A *prima facie* es claro que ponderar el derecho a la vida con otros derechos siempre trae un grado de complejidad, pues es aceptado por la doctrina dominante que el

bien jurídico de mayor relevancia siempre será la vida; no obstante, en tanto que la vida no es un derecho absoluto y puede ceder ante otros derechos que requieran prioridad en el caso concreto, habrá que analizar cuáles serían las condiciones según las reglas de la ponderación propuestas por Alexy.

Entonces, en primer lugar, hay que aclarar que el presente análisis se lo hace para comprender la despenalización del aborto en casos de violación. Así pues, se debe asumir que, la punibilidad del aborto consentido en casos de violación lesionaba los siguientes derechos: libertad y autodeterminación, igualdad formal y material, integridad personal que incluye la integridad física y psicológica.

Sobre el grado de no satisfacción de estos derechos, la consecuencia lógica de amenazar con prisión a quien en ese contexto se practique un aborto eliminaría completamente la libertad y autodeterminación de la persona, pues no le deja ninguna posibilidad de decisión más que las previstas en la norma que evidentemente se contradice con la voluntad de la persona. Asimismo, respecto del derecho a la igualdad formal y material, es claro que, permitirle a una mujer con discapacidad intelectual abortar cuando el embarazo haya sido producto de una violación y, en la misma situación impedirle aquella posibilidad a una mujer sana por argumentos irracionales lesionaría totalmente la igualdad ante la ley, lo cual traería como consecuencia que tampoco este derecho sea satisfecho en lo más mínimo.

Con respecto del derecho a la integridad personal, física y psicológica tampoco podría decirse seriamente que se vería satisfecho, puesto que, científicamente es comprobado que soportar un embarazo no deseado afecta sensiblemente la psicología de la mujer. De esta manera, se advierte que ninguno de los derechos aludidos se ve satisfecho en los supuestos en que se amenace con la criminalización de la mujer que haya quedado embarazada, esto producto de un atentado sexual.

Del otro lado de la moneda se encuentra en colisión el derecho a la vida que el Derecho le reconoce a todos los seres humanos en el Ecuador y, ya se ha dicho que este bien jurídico puede ser regulado de forma gradual lo cual será necesario para solucionar esta colisión de derechos. Así pues, desde cualquier punto de vista, la práctica de realizarse un aborto interrumpe el normal desarrollo de un ser con proyección de ser humano y, por ello, también es plausible indicar que el derecho a la vida en este contexto también se vería insatisfecho.

Como segunda regla de ponderación habría que pasar a analizar la importancia de obtener satisfacción de cada uno de los bienes jurídicos aludidos. De esta forma, se puede indicar que la importancia de determinados derechos va a depender en gran medida del espacio geográfico en el cual se analice la situación y, sobre todo, de las condiciones socio políticas de dichos lugares, por ejemplo, nadie podría afirmar que el derecho a la libertad y autodeterminación personal tiene la misma importancia y validez en China que en Ecuador o en Colombia, pues claramente las libertades en uno y otros países tienen una variación sustancial sujeta a criterio social, bien llamado ética, e inclusive a una moral, que redondea el plano personal pero que siempre se ve influenciado por la ética.

Por todo esto, sobre los derechos en pugna en países latinos, específicamente en Ecuador y Colombia, podría decirse que al tener rango constitucional y ser muy valiosos para la convivencia pacífica, en democracia revestirían la misma importancia y la lesión de uno de ellos sería injustificada y debería ser, consecuentemente, sancionada. Pero, entonces, ¿Cuál es más importante? Evidentemente el derecho a la vida es una pre condición necesaria para gozar de los demás derechos, lo cual no significa que los otros puedan pasar a segundo plano o ser inobservados, puesto que, sin el reconocimiento y respeto de derechos como la integridad personal, igualdad formal y material y libertad de autodeterminación las condiciones de vida serían caóticas. La respuesta entonces, debería ser que todos estos derechos tienen la misma importancia y, por ende, la vulneración o no satisfacción de cualquiera de ellos no puede ser admisible y pasa a ser obligación y papel del Estado, su revisión y el planteamiento de soluciones que conduzcan al cese de la transgresión o a evitar que la misma suceda, valiéndose de las vías

Luego de todo esto, parecería ser que el conflicto de derechos quedaría irresoluto, pues todos son importantes y no es admisible una limitación arbitraria a ninguno de ellos; sin embargo, siguiendo la tercera regla de ponderación propuesta por Alexy, corresponde analizar si la necesidad de garantizar los derechos de la mujer resulta ser más importante que el derecho del que está por nacer y, para lograr llegar a una conclusión razonable, es absolutamente necesario tomar datos de la realidad que sirvan de base fáctica.

Entonces, para entender las palabras de la Corte Constitucional ecuatoriana sobre que la punibilidad del aborto en casos de mujeres que hayan quedado embarazada luego de un atentado sexual es lesivo e inadecuado, pero que es necesaria que la función legislativa se encargue de regular dicha práctica, es sugestivo de que el derecho del que

está por nacer a la vida debe ceder en estos casos, pero que deberá hacerlo bajo condiciones límite que impidan un ejercicio desmedido de esta práctica.

Por tal razón, la libertad personal, integridad e igualdad formal estaría en situación de ventaja al derecho a la vida del que está por nacer, sí y solo sí, la mujer embarazada lo está por violación y la práctica del aborto se realiza bajo ciertas condiciones mínimas que deberán ejecutarse. Sobre estas condiciones, la Asamblea Nacional está llamada a imponer un límite temporal para interrumpir el aborto, se han propuesto formalismos paralelos como la interposición de la denuncia por el delito cometido y algunas otras ideas que todavía no se han plasmado en una ley definitiva.

Una mirada a las legislaciones de países vecinos denota que algunos se han decantado por no imponer un corset temporal para abortar, otros han escogido imponer un corset de 12 semanas y, así se han ido barajando una serie de proposiciones que le dotaría de legitimidad al sacrificio que traería consigo la vulneración a un Derecho Constitucional.

Ahora bien, como se había indicado, este análisis resulta plausible solamente si el embarazo fue producto de una violación y el aborto se produce bajo ciertas condiciones que deberán ser reguladas por la ley; no obstante, la protección de ciertos colectivos de lograr una despenalización absoluta no iría en armonía con el argumento esgrimido, puesto que, la integridad personal, libertad e igualdad solamente se verían lesionadas o condicionadas cuando existe un hecho previo que no gozó del consentimiento de la titular del derecho, pero si, por el contrario, el hecho previo fue un acto consensuado que trajo como consecuencia un aborto, lo cierto es que, no podría alegarse una vulneración a estos derechos cuando los resultados provienen de actos previos gobernados por la dignidad de la persona.

De esta manera, la despenalización absoluta lejos estaría de gozar legitimidad con argumentos como estos, más, sin embargo, si resultaría acertado y bastante fuerte un argumento como el político criminal, en el sentido que estadísticamente la criminalización del delito de aborto estaría agravando los conflictos sociales y la búsqueda de otros mecanismos jurídicos para regular esta conducta parecería ser el camino adecuado.

1.5. Postura de la comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el aborto

Es en demasía conveniente comenzar este apartado del estado de la cuestión en el panorama internacional con una cita a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues ha emitido una serie de criterios que, si bien es cierto no son vinculantes, entregan una perspectiva valiosa en torno a esta problemática jurídica. En un caso concreto, la comisión ha indicado lo siguiente:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) saluda la decisión del Tribunal Constitucional de Chile de rechazar los requerimientos de inconstitucionalidad presentados, permitiendo así la aprobación del proyecto de ley que permitirá a las mujeres acceder a servicios de aborto legales y seguros en tres circunstancias: cuando el embarazo sea el resultado de una violación sexual, cuando la vida de la mujer corra peligro, o cuando el feto sufra de malformaciones incompatibles con la vida extrauterina. La CIDH reconoce esta decisión como un paso fundamental para el respeto y garantía de los derechos humanos de las mujeres, niñas y adolescentes en Chile. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017)

A *prima facie* puede notarse la postura de la Comisión respecto del aborto, pues consideran que la decisión de no criminalizar a las mujeres cuando hayan quedado embarazadas debido a una violación es un paso fundamental hacia el respeto y garantía de derechos humanos. Esta conclusión a la que arriba la Comisión solo se explica luego del aludido ejercicio de ponderación en el cual sale victorioso el derecho a la libertad, igualdad, dignidad, salud e integridad de las mujeres.

Si bien es cierto, la Comisión no ha dado un pronunciamiento sobre la despenalización absoluta del aborto, sin embargo, lo que sí es seguro, es que ya en el plano internacional existe una inclinación muy marcada para despenalizar el aborto cuando se den causas terapéuticas, eugenésicas y las causas que llamaré de libertad y dignidad de las mujeres, que se dan cuando el embarazo se produce a raíz de una violación. Con esto, de forma preliminar se puede ver que, el Estado ecuatoriano mantenía una regulación jurídica aberrante y decimonónica sobre aborto, mientras que, países latinoamericanos, como por ejemplo Colombia o Argentina, ya han adoptado desde hace tiempo un modelo mucho más racional y respetuoso de los derechos de las mujeres y que, el camino a transitar es la despenalización total en dichos países. De momento, si bien la

Corte se ha pronunciado tajantemente sobre este tema, todavía la Asamblea Nacional está en deuda con la sociedad debido a que todavía no se establecido las condiciones para que se acceda a un aborto y que este no tenga repercusiones jurídicas para la mujer.

Ahora bien, estudiada que ha sido la posición de la Comisión, corresponde en lo que sigue analizar cuál es la postura que ha adoptado la Corte IDH respecto de esta problemática. Entonces, como primer punto, es importante destacar que la Corte es el máximo órgano de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos y, por ello, las apreciaciones que esta haga en opiniones consultivas o en resoluciones del fondo de ciertos asuntos, deberán ser vinculantes y tomarse en consideración como si de la palabra misma de ley se tratara. Todo esto debe ser acatado debido a que, por control de convencionalidad, los jueces ecuatorianos están obligados a tomar decisión en base a los criterios aludidos.

Sobre los aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta materia, es insoslayable hacer alusión al fallo *Artavia Murillo vs Costa Rica*, pues si bien en este caso se analizaba las repercusiones jurídicas en torno a la fecundación *in vitro*, la Corte no desperdió el tiempo y emitió algunos argumentos interpretativos a la Convención Americana y, aquello, sin lugar a dudas, otorgó una base jurídica importantísima para discutir temas como el aborto.

En el fallo aludido la Corte dijo, de entre otras cosas, que el momento en que comienza la vida desde un punto de vista jurídico no es en la concepción, sino en la anidación del embrión en el útero. Con mayor especificidad, la Corte dijo textualmente lo que sigue:

(...) luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2000, p. 83).

En consecuencia, dicha aseveración de la Corte seguramente tendrá repercusiones en el análisis del delito de aborto, pues queda claro que la protección jurídica no se da desde el momento mismo de la fecundación, sino desde un momento posterior. Otro de los aportes que hizo la Corte fue llegar a la conclusión de que el derecho a la vida no es un derecho absoluto y que, en caso de entrar en colisión con otros derechos puede llegar a ceder. Veamos qué dice la Corte:

Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2000, p. 83).

De lo expuesto también se desprende que, a más de no ser absoluta la protección al derecho a la vida, la misma Corte reconoce que dicha protección es gradual conforme al desarrollo de la misma, con lo cual tácitamente nos está diciendo que una vida en etapa embrionaria, otra en etapa fetal y otra más desarrollada en la etapa del nacimiento, no necesariamente tiene que tener la misma protección jurídica y que, en tanto que existan situaciones racionales que empujen a restringir ese derecho, no sería contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos que cedan y permitan que otros derechos mantengan su indemnidad.

Por todo esto, a manera de conclusión de este apartado, no es para nada descabellado pensar que la tendencia interamericana es que, por lo menos los Estados regulen una forma de aborto no tan restringida y severa como la que tenía el Estado ecuatoriano, es decir, a ojos de la gran generalidad, por lo menos se debería legislar que las mujeres que se hayan embarazado producto de una violación puedan abortar sin ser criminalizadas. Sin embargo, respecto de una despenalización total del aborto, pocos han sido los Estados que han dado ese salto, pero al parecer, es en esa línea que se encuentran transitando un número importante de países.

CAPÍTULO II

2.1. Metodología de la investigación

El presente estudio tiene como metodología de investigación la socio-jurídica, en virtud de que, tanto en la comunidad ecuatoriana como de la comunidad colombiana, la legislación y jurisprudencia han permitido analizar el aborto no punible desde una perspectiva jurídica desde los cambios sociales. Además, ha sido altamente relevante la utilización de herramientas documentales que contenían información relevante para el tratamiento de la problemática que fue planteada.

En cuanto a lo referido, el principal objetivo que persigue la investigación es estudiar la idoneidad de la despenalización del aborto como mecanismo de garantía de derechos humanos en Ecuador y Colombia, lo cual se ha realizado mediante la revisión de normas, sentencias, doctrina y jurisprudencia que ayudaron a identificar posibles vulneraciones a los derechos de las mujeres por parte del Estado. En lo que sigue se detallará de manera más profunda los tipos de investigación usada en el presente estudio:

2.1.1. Investigación socio jurídica

La metodología escogida como idónea y usada en el presente trabajo de investigación es la socio-jurídico, también conocida como empírico-jurídica, la misma que se caracteriza por usar la realidad, los hechos sociológicos y ciertas situaciones concretas para debatir algún aspecto jurídico de relevancia. Para su ejecución se requiere de la recopilación de fuentes de información primaria y secundaria, como también de la sistematización de dicha información para realizar una exposición de ideas ordenadas y razonables.

Como bien manifiesta el autor Arango Pajón (2013) “la investigación socio jurídica tiene como objeto el estudio de la realidad social en la medida que advierte una incidencia en los comportamientos sociales que busca modificar. Así las cosas, el derecho busca transformar los acontecimientos sociales, de ahí la incorporación al método científico.” Dicho esto, esta metodología se explica en torno a la realización de un análisis

de las variables Derecho y sociedad, en consecuencia, la utilización e interpretación de las normas tienen como base la interacción de los ciudadanos en la comunidad y la posibilidad de realizar una medición y posterior discernimiento, sobre cuán eficaz resulta ser la norma jurídica concreta en torno a la problemática de la criminalización de la práctica del aborto en el panorama ecuatoriano y colombiano.

Asimismo, a través de este enfoque social y jurídico se establecieron argumentos desde diferentes perspectivas unitarias y pluralistas, que brindaron una apreciación certera respecto de las consecuencias que genera la punibilidad del aborto en las mujeres. En términos cuantitativos y cualitativos se debe destacar que la investigación socio-jurídica tiene estas perspectivas como elementos esenciales a tomar en cuenta, pues parte de lo individual a lo comunitario, desde el momento en el que se individualiza cada caso de aborto punible conocido, sus causas y consecuencias; esto, posteriormente conduce a la generalización de esta práctica que busca la terminación del embarazo y que, al esparcirse a otros círculos humanos, se convierte en una problemática colectiva. De esta nueva turbación social, se derivan interacciones y secuelas sociales que ya no pueden ser prevenidas por la ley, pero sí sancionadas. Al tomar estas normas jurídicas integrantes del derecho positivo vigente que inciden directamente en la problemática y examinarlas, fue posible emitir argumentos lógicos y adecuados que permitieron construir el marco teórico, planteamiento de objetivos y el análisis de los resultados.

Finalmente, este método permitió vincular al análisis algunas resoluciones y sentencias que resultaban relevantes para analizar la problemática y evaluar la eficacia de las normas jurídicas. La deducción lógica sobre el significado de las normas en conjunto con las particularidades de las sociedades ecuatorianas y colombianas sirvieron como base para identificar si el actual cuerpo normativo cumple con estándares de necesidad y racionalidad.

2.1.2. Investigación Bibliográfica

Entre las herramientas de investigación hallamos a la bibliográfica, que representa la base de cualquier trabajo investigativo pues nos incita a indagar, leer comprensivamente, escudriñar y filtrar las fuentes de información que sustentan los cimientos del mismo.

2.1.2.1. Jurisprudencia Nacional

Lato sensu, es de conocimiento general que la Jurisprudencia puede definirse como un criterio de carácter extensamente jurídico, con la característica de ser uniforme y coherente, manifestado en reiteradas ocasiones a medida que juzgados y tribunales aplican el derecho del que resultan sentencias debidamente motivadas.

a) Sentencia No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS – Corte Constitucional del Ecuador (Jueza ponente: Karla Andrade Quevedo)

La Corte Constitucional somete a unos análisis de constitucionalidad a los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal, mismos que configuran en sus líneas la penalización del aborto consentido en casos de mujeres víctimas de violación. Al respecto, la Corte los declara inconstitucionales por el fondo de la frase “en una mujer que padezca de una discapacidad mental” contenida en el artículo 150 numeral 2 del mencionado cuerpo legal.

Concerniente a la presente sentencia, la Corte Constitucional advierte que su función radica en determinar si la configuración legislativa de este delito y la penalización impuesta a las mujeres víctimas de violación que se han practicado un aborto tras la agresión sexual, rebasa los límites zanjados por la Carta Magna y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Así finalmente, es plausible destacar que la sentencia ejecuta una ponderación de derechos que, primero, recoge datos y estadísticas que reflejan la situación insegura, clandestina e ilícita de una mujer que recurre a una práctica abortiva tras ser agredida sexualmente; luego argumenta que la Corte Constitucional no está impulsando el aborto, sino precautelando la vida, motivando la evolución a un estado menos violento contra la mujer, pues actualmente es violentada estructural y dimensionalmente, desde las leyes vigentes que la encarcelan hasta el sistema de salud pública que la empuja a la clandestinidad. Reconoce que el Estado es el llamado a brindar condiciones seguras para que las mujeres agredidas sexualmente aborten sin ser estigmatizadas y por tanto, despenaliza el aborto en casos de violación destacando que se trata de un fallo histórico.

2.1.2.2. Jurisprudencia Internacional

Comparte la definición de la Jurisprudencia Nacional, sencillamente integra a instancias internacionales en pro de la protección de derechos humanos, aplicando el derecho tal cual rige en sus jurisdicciones, y de las que también resultan sentencias que son de utilidad para continuar aplicando la norma con mayor soporte jurídico, inclusive en otros estados.

a) Sentencia No. C-355-06 – Corte Constitucional de Colombia (Magistrados Ponentes: Dr. Jaime Araújo Rentería y Dra. Clara Inés Vargas Hernández)

La Corte Constitucional colombiana en el caso C-355/06 resuelve declarar exequible el artículo 122 de la Ley 599 de 2000, explicando que la práctica abortiva voluntaria y consentida por una mujer no se configura en delito únicamente en los siguientes casos: 1. Cuando continuar el embarazo represente un riesgo de vida o de salud de la mujer gestante, claro está previa certificación de un médico calificado; 2. Si existiera una grave malformación del feto que derive en la inviabilidad de su vida fuera del útero, situación que también deberá ser certificada por un médico; y, 3. Si el embarazo sea el resultado de una violación denunciada, entendiéndose por la misma, como acceso carnal o acto sexual sin consentimiento; o inclusive en casos de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Además, la Corte plantea que prohibir y criminalizar el aborto en todas las circunstancias y sin flexibilizar límites viola en su totalidad los derechos fundamentales de cualquier mujer, incluidas niñas y adolescentes; lo manifiesto se concluye tras interpretar extensivamente las normas constitucionales y vigentes.

El objetivo de este pronunciamiento radica en derogar los tipos penales que fungen como atenuantes del delito, tomando en cuenta que en lugar de ser motivo para disminuir la pena, deben actuar como causales para exonerar de sanciones a la mujer imputada.

b) Sentencia Caso Artavia Murillo y otros VS. Costa Rica – Corte Interamericana de Derechos Humanos VS. Costa Rica (Presidente: Dr. Diego García-Sayán)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia del caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, se pronuncia específicamente sobre la protección de la vida y desde cuándo puede considerarse persona, y como tal titular de derechos, a un embrión; situación que nace en un caso sobre Fertilización In Vitro.

En lo concerniente al delito de aborto, tiene un impacto altamente relevante pues expone que la protección de la vida desde la concepción se incrementa paulatina y gradualmente conforme el *nasciturus* se desarrolle intrauterinamente, por tanto, cabe mencionar que una práctica abortiva en un caso de violación sexual demanda de una legislación que establezca límites de tiempo de gestación objetivos y condiciones para realizarse.

Finalmente, sobre esta sentencia se concluye que la protección de la vida intrauterina se acrecentará a medida de su desarrollo y que este derecho fundamental es, hasta cierto punto, flexible en tanto que puede ceder ante otros derechos. Respecto de esto último, *grosso modo*, se reconoce que este mismo desarrollo puede ser un derecho relegado ante la necesidad de contraponer derechos en conflicto, entendiéndose en ese contexto, que se admite que la vida embrionaria no está investida de valor absoluto.

2.1.2.3. Tratados Internacionales

Las normas que tienen carácter de internacional son aquellas suscritas por varios Estados, en las que, los signatarios se comprometen a su cumplimiento por ser de carácter vinculante y obligatoria al intervenir sujetos de derecho internacional. Dichos instrumentos jurídicos tienen como fin el reconocimiento y protección de los derechos humanos, en todas sus manifestaciones, creando y aplicando medidas posibles, reales, obligatorias y garantistas, que cubran los espacios que generan vulneración de estos derechos.

a) Declaración Universal de los Derechos Humanos

Dispone el cumplimiento, protección y, por tanto, respeto a los derechos fundamentales del ser humano aplicados universalmente y sin distinción de ninguna clase o ámbito.

De este instrumento, el soporte al presente tema de investigación, se encuentra en el artículo 3, que versa sobre el derecho a la vida, libertad y seguridad de su

persona, considerando que el Estado niega a la mujer su libertad de decisión, obligándola a buscar alternativas en la clandestinidad, que reflejan la alta tasa de mortalidad por abortos ilícitos.

b) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

Tratado que decreta el reconocimiento de los derechos de las mujeres y que los Estados deben cumplir, con la finalidad de garantizar a la mujer espacios de no discriminación o denigración, adoptando medidas aptas que signifiquen el aseguramiento de la igualdad en materia de derechos.

Lo que concierne al tema se lee en el artículo 12, que asigna a los Estados la tarea de adopción de medidas que deriven en la eliminación de la discriminación contra la mujer en el ámbito de la salud, a fin de salvaguardar las condiciones de igualdad de género y proporcionar a la mujer el acceso a atención médica oportuna y de calidad, sobre todo en lo que refiere a planificación familiar.

CAPÍTULO III

3. Discusión de resultados

En concordancia con el estudio documental efectuado, se debe partir analizando la información y su injerencia en el problema de investigación, el cual es, ¿Es la criminalización del aborto una herramienta idónea para disuadir a las mujeres de abortar y garantizar la protección de los Derechos Humanos?

La línea de inicio se dibuja en el panorama de una mujer que decide abortar en un Estado que no lo permite legalmente, pues es imprescindible entender el trasfondo para posteriormente determinar si la penalización del aborto vulnera derechos o si los garantiza. Por tanto, se plantea que los abortos ejecutados en sitios clandestinos, sin las mínimas condiciones sanitarias y en completa insalubridad e incompetencia, son absolutamente inseguros y, *per se*, constituyen un riesgo para la salud de las mujeres que acuden a ellos.

A este planteamiento se debe sumar la realidad de un Estado que persigue a las mujeres penalmente, para sancionar este tipo de conductas que no son extraordinarias y más bien cotidianas. Entonces, en una mirada breve a las estadísticas se infiere que si abortar ilegalmente representa una amenaza grave a la salud de las mujeres, revisando que en promedio el 30% por ciento de las mujeres que recurrieron a una práctica abortiva exhiben una necesidad por atención médica urgente por complicaciones post-aborto, por consiguiente se vislumbra que no se trata de un caso aislado sino de una colectividad afectada, cuyos casos, dependiendo de la gravedad, pueden terminar en muerte, infertilidad o lesiones irreparables. Siendo así, es imperativo que el Estado intervenga y opte por cambios legislativos que amparen a las mujeres y protejan colectividades.

Desde otro punto de vista, el cuestionamiento de porqué el derecho a la vida debe ser quebrantado para hacer prevalecer otros derechos es parte de este tema investigativo, que requiere se realice una ponderación de derechos. Por consiguiente, esta controversia sobre el aborto, se encuentra vinculada con diferentes derechos que son discutidos en el ámbito social, jurídico y sobre todo desde el punto crítico de la moralidad.

Se establece en primer lugar, la consideración que tanto en el ordenamiento jurídico de Ecuador y Colombia, se ha contemplado el aborto no punible como un

mecanismo de protección para las mujeres que se encuentran en embarazo y deciden su terminación, pero solamente por razones justificadas que ya se encuentran contenidas en la norma vigente y que son bien consideradas como limitantes para ciertos derechos.

En este espacio es coherente incluir lo resuelto por el Juez Diego García, como fundamentación a su voto recurrente dentro de la sentencia del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (2012), en la que interviene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que se discute sobre la protección de la vida desde la concepción arrojando conclusiones como:

Entre otras consecuencias de la interpretación de la Corte, así como de la prueba científica disponible, se llega a la conclusión de que no resulta posible concluir que en el artículo 4.1. se busca conferirle estatus de “persona” al embrión enfatizándose que “...las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona... (p. 117)

Esto nos lleva a enunciar que el embrión tiene derecho a la vida, pero que no posee valor absoluto y, por tanto, es flexible para relegarse y permitir el ejercicio de otros derechos como el de la libertad o el de la salud en la mujer embarazada que voluntariamente desea acceder a atención médica profesional para realizarse un aborto.

Por contraste, se determina que: “El aborto no punible es el que no es castigado ni reprimido por la ley es decir son las excepciones que da la ley respecto de los casos, en los que las mujeres pueden abortar” (Caiza, 2015, p. 51). Ante esta afirmación la legislación ecuatoriana exhorta que, en situaciones extremas, por ejemplo, salvar la vida de la mujer embarazada por alguna condición médica que comprometa la salud y no se cuente con otra alternativa, se puede practicar el aborto constituyéndose como no punible.

Del mismo modo, se ha contemplado que el embarazo de una mujer con discapacidad mental a consecuencia de una violación también permite que se ponga en consideración el aborto terapéutico no punible. Además, es importante recalcar que, para llevar a cabo el procedimiento para dar fin al embarazo se debe contar con la autorización correspondiente según lo señala la ley, para ser efectuado por un profesional del área de salud debidamente capacitado.

En el Ecuador existen diferentes organizaciones y colectivos que promueven la libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo, es así que en el año 2013 propusieron a

la Asamblea Nacional establecer en el Código Orgánico Integral Penal la despenalización del aborto, es decir, que no se tipifique en la ley el aborto como un acto merecedor a una sanción, sin embargo, no se dio respuesta alguna. Guerra (2018) al respecto manifiesta:

Respecto al derecho a la vida e integridad personal de las mujeres, tanto la Constitución ecuatoriana como el derecho internacional de derechos humanos prohíben toda acción u omisión que cause afectaciones en la integridad física, psíquica y emocional de las personas; sin embargo, la penalización del aborto articulada al carácter moral de la sociedad patriarcal genera una vulneración irrazonable de este derecho (p. 124).

El Estado es el responsable de velar por el cumplimiento de los derechos de sus ciudadanos, en el caso de la mujer debe garantizar su seguridad y oportunidad de tomar las decisiones de manera libre y voluntaria promoviendo que cada persona responda por su salud sexual y reproductiva, como resultado de impartir una educación sexual oportuna y el acceso a información sobre planificación familiar. Para poner en plena práctica esta garantía y zanjar la relevancia de la despenalización del aborto, establecemos como fundamento válido lo dicho por Ochoa (1998) manifiesta:

Es importante resaltar que la práctica del aborto comúnmente difiere de lo propuesto por la ley y por las instituciones religiosas, ya que en México una gran cantidad de mujeres casadas o con pareja estable y con más de dos hijos abortan en condiciones insalubres y, por ello, ésta es la cuarta causa de muerte materna, lo que convierte al aborto en un problema de salud pública (p. 312).

Aunque lo expresado hace referencia a México, su realidad no es lejana a la de los estados ecuatoriano y colombiano; y, observando más allá el panorama, debemos enfocarnos en que efectivamente el aborto en condiciones de clandestinidad se convierte en un problema de salud pública al proyectar un porcentaje elevado de mortalidad que debe resolverse legislativamente desde un punto de vista jurídico objetivo, libre de criterios morales y religiosos, que es precisamente lo que busca hacer la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia al caso No. 34-19-IN/21 y acumulados, de fecha 28 de abril del 2021.

En el fallo anteriormente nombrado, la Corte dicta que, aun cuando la protección del derecho a la vida debe garantizarse desde la concepción, porque así lo establece la Constitución de la República y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, éste

no debe interpretarse literal y absolutamente, al contrario, su valía va determinándose sistemáticamente al contrastarse con otros derechos y principios también legítimos que vendrían a ser los de las mujeres violentadas sexualmente contempladas en la sentencia.

Dentro del mismo fallo se pronuncia el Juez Ramiro Ávila Santamaría, fundamentando su voto concurrente y de lo comprendido podemos traducir sus palabras, al expresar que los derechos que amparan a un embrión no pueden superar los derechos de una persona que es la mujer en cuestión, inclusive, es válido enunciar que es igual o más violento que la transgresión del derecho a la vida de un embrión, la violencia por la que tiene que pasar una mujer en búsqueda de una alternativa para poder abortar en un Estado que no se lo permite, porque sin ser descubierta o denunciada, ya es condenada al suplicio de la clandestinidad, sin saber con certeza, si tras el procedimiento abortivo saldrá con vida, tomando en cuenta que la gran mayoría de casos efectivamente resultan en muerte.

Sin llegar a tal punto, antes de considerar la pérdida de la vida de una mujer en un aborto ilegal, planteamos imaginariamente un cuadro en el que la mujer sobrevive al proceso médico, y el resultado es el mismo. Sus derechos siguen siendo vulnerados, entre ellos, el derecho a la salud, a la integridad física, integridad psicológica y por supuesto a la libertad de autodeterminación, porque sin lugar a dudas la mujer que atraviesa un proceso abortivo, siendo legal, deriva en un caso de afectaciones físicas y psicológicas que deberán tratarse permanentemente, ahora es cuestión de lógica imaginarse el camino que lleva una mujer que lo ha hecho en condiciones clandestinas, que en efecto serán mucho peores al no poder acceder al sistema de salud pública, a atención psicológica estatal, sin contar con que si su caso llegara a constituirse en denuncia, y esta noticia del delito inicie una investigación en Fiscalía, será perseguida punitivamente.

El aborto es un tema controversial no solo en Colombia y Ecuador, sino de manera general a escala mundial, se han generado diferentes posicionamientos a favor y en contra del aborto, mientras que los legisladores no han cedido ante los múltiples pedidos que no se penalice el aborto, por ende, que Flores (2014) señala:

Finalmente, tomando en cuenta el debate del aborto en Ecuador y las diferentes teorías que he abordado, una definición de sociedad civil que he mirado con particular interés es la de Cohen y Arato, y que de alguna manera han ido tomando forma en este ensayo: que la integración social no se debilita por la modernidad

cultural o la política, sino por la expansión amplia de empresas privadas que cada vez tiene menos de liberal, de la misma manera, la ampliación excesiva del aparato administrativo del Estado cuando interviene en el campo social (p. 21).

La concienciación sobre el aborto ha sido focalizada desde los principios morales de las diferentes religiones, sin enfatizar en la problemática que representa en la sociedad, sobre todo en la salud de las mujeres que deciden realizar esta práctica, en este énfasis, Martínez (2014) afirma:

Año tras año, millones de mujeres se ven enfrentadas a embarazos no programados que las llevan a tomar posiciones confusas frente al tema las cuales influyen arduamente en la decisión de traer al mundo o no a un ser inocente que puede cambiar sus vidas de manera positiva o negativa y que en los casos de no ser deseado, de presentar malformaciones o deficiencias físicas y en mayor gravedad, el de haber sido producto de un acto delictivo como lo es la violación, generan una serie de trastornos psicológicos muy difíciles de superar (p. 65).

Cada año existe gran número de mujeres que se someten a abortos, debido a tener embarazos no programados que complican en muchos casos los proyectos de vida, o simplemente por no contar con los medios necesarios para dotar de todo lo necesario a un nuevo miembro de la familia. Las razones pueden ser múltiples, sin embargo, el aborto puede ser realizado de diferentes formas, las cuales van a depender de cada caso en particular.

El aborto que es inducido sin poseer ninguna causa de excepción, es punible conforme lo establece la normativa Penal de Ecuador y Colombia, considerando los múltiples casos en los que las mujeres arriesgan su vida, por lo cual, Donoso y Vera (2016) indica “La frecuencia de aborto inducido es difícil de precisar, especialmente en aquellos países donde hay restricción legal del aborto, mientras que en aquellos países donde el aborto inducido es legal las cifras son más reales” (p. 535).

Teniendo presente que en diferentes países y regiones que existe menor desarrollo económico, político y social, debido la baja cobertura de métodos de planificación familiar y asistencia médica, aumentando así el riesgo de que una mujer recurra al aborto inducido, practicado por personal no calificado y con procedimientos que no se encuentran regulados, situación definida como aborto inseguro por la alta frecuencia de mortalidad y morbilidad materna, generando un grave problema de salud pública para

esos países, como también un grave problema para la familia por la madre ausente, muchas veces principal proveedora del grupo familiar

Por otro lado, los legisladores han considerado pertinente establecer la punibilidad del aborto para proteger la vida de las mujeres, puesto que, este procedimiento puede implicar un riesgo significativo para la mujer embarazada, por lo cual, Sebastiani (2018) expresa:

Además, la mayoría de las internaciones y muertes de mujeres se dan en los sectores más pobres de la sociedad, lo que no sólo implica que el objetivo de proteger la vida prenatal no se cumple, sino que la penalización del aborto acentúa la inequidad existente. Los países donde el aborto está despenalizado, no muestran complicaciones en la salud o internaciones por las complicaciones del aborto inseguro y menos aún muertes maternas (p. 35).

El aborto no punible es el que no es castigado ni reprimido por la ley, puesto que, se enmarca en las excepciones que da la ley respecto de los casos, en los que las mujeres pueden abortar, según la legislación ecuatoriana que hace referencia a que el aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarla.

El aborto no punible en el Ecuador se hace referencia a la existencia de una práctica médica o cualquier profesional de la salud que tenga consigo la aprobación de la mujer, esto puede ser en caso que el procedimiento en el cual el profesional de la salud previene un peligro hacia la vida de la mujer por lo que se pudo evitar estos percances en la salud de la mujer embarazada y cuando una mujer tiene una enfermedad mental.

Por tanto, en el ordenamiento jurídico-penal ecuatoriano, pues se había indicado que el artículo 149 del COIP prevé la posibilidad de criminalizar a la mujer que se practique un aborto o permita que otro se lo provoque y además se prescribe una pena nada despreciable de seis meses a dos años de pena privativa de libertad.

En el Código Orgánico Integral (2014) contempla en su artículo 150, el aborto no punible se refiere al aborto que es practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, cuando exista consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo. Resaltando que el aborto no será punible cuando ha sido practicado con el objetivo de proteger la vida o la salud de la mujer, evitando poner en riesgo estos bienes jurídicos,

cuando no pueda ser accionado de otra manera. De igual manera, no es punible el aborto, cuando el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.

Contrastando así, con la legislación penal colombiana, conforme a la sentencia C-355, en la cual, se determina el derecho de la mujer a decidir voluntariamente interrumpir el embarazo, cuando concurren las siguientes circunstancias, la primera tiene lugar cuando la vida y salud de la madre, se encuentren en peligro a consecuencia del embarazo, segundo cuando exista malformación del feto y cuando el embarazo sea resultado de una violación, inseminación artificial, transferencia de óvulo o incesto.

En la normativa penal ecuatoriana se contempla el aborto no punible, mientras que, en el Código Penal colombiano no se constituye como tal, sino más bien se encuentra contenido en una sentencia emitida por la Corte Constitucional, estableciendo ciertos parámetros para su aplicabilidad.

En efecto, el aborto no punible tiene como objeto amparar a las mujeres que se encuentran en estado de gestación en algunas circunstancias que pueden poner en riesgo otros bienes jurídicos y que se encuentra fuera de la esfera de la voluntad de la mujer en cuestión, es por ello que, en la legislación ecuatoriana y colombiana, respectivamente han contemplado esta protección a estas mujeres como un mecanismo de sus derechos humanos.

CAPÍTULO IV

4. Conclusiones y Recomendaciones

4.1. Conclusiones

- El contexto jurídico histórico actual sobre la regulación del aborto, ha permitido identificar las falencias de la tipificación del aborto en las legislaciones ecuatoriana y colombiana. Teniendo presente que, los seres humanos son individuos conflictivos, es imperativo que existan normas jurídicas claras y precisas que regulen la convivencia de las personas en comunidad. Considerando que, las normas deben cumplir con estándares de racionalidad, necesidad e idoneidad para que su utilización sea una herramienta viable para la solución de conflictos sociales y no agraven los problemas; para el efecto, necesariamente una norma bien elaborada debe acudir a datos de la realidad, pues una correcta política criminal tiene como componente esencial identificar correctamente los problemas sociales para determinar las soluciones acertadas.
- El Derecho penal es de última ratio, constituyéndose como una herramienta coercitiva más lesiva con la que cuenta un Estado al momento de regular y sancionar las conductas de las personas, por lo que la tipificación del delito de aborto consentido es un tema harto polémico y como mínimo problemático, pues su análisis denota un conflicto social latente que ha estado permanentemente en discusión desde hace varios años.
- Los argumentos que sostienen que la punibilidad del aborto genera graves violaciones a los derechos de las mujeres, ha sido analizado en la realidad tanto en Ecuador como en Colombia, permitiendo abortar a mujeres bajo las causales de aborto terapéutico y en casos en que el embarazo sea producto de una violación. No obstante, este cambio de paradigma respecto de las causas que excluyen la

punibilidad del aborto se ha dado por vía jurisdiccional y no legislativa, pues han sido las Cortes constitucionales de ambos países quienes han despenalizado parcialmente la conducta de abortar.

- El argumento para despenalizar parcialmente el delito de aborto, dada su ineficacia como norma jurídica sancionatoria que genera graves consecuencias sociales, está fundado en un correcto ejercicio de ponderación de derechos, pues en casos de violación los derechos de libertad y autodeterminación, igualdad formal y material e integridad personal hacen que el derecho a la vida del no nacido se restrinja parcialmente y se permita legítimamente realizar abortos. Sin embargo, se puede concluir que la despenalización absoluta no puede tener el mismo argumento, pues la voluntad previa de consensuar la relación sexual hace que practicarse un aborto lesione injustificadamente el derecho a la vida del no nacido.
- Si el norte legislativo a futuro es despenalizar absolutamente el aborto, solamente un argumento es plausible y este es el político-criminal, pues la evidencia empírica es lapidaria y una norma que agrava el conflicto social no solamente que es ineficaz, sino que, no cumple los criterios mínimos de necesidad y racionalidad para que siga teniendo vigencia.
- La doctrina dominante es armoniosa en el sentido que lo correcto es transitar hacia la despenalización absoluta; sin embargo, el camino para hacerlo debe ser legislativo, pues solo de esa manera contará con legitimidad democrática por haber sido emitido por la función que representa la voluntad de los ciudadanos.

4.2. Recomendaciones

- Es de relevancia tener en consideración los aspectos básicos de la sociedad, pues el éxito de una comunidad está marcado por cuán racional y acertadas seas las normas jurídicas que regulan su convivencia, por lo que, a mayor observación de la interacción social, mayor éxito jurídico se avizora.

- Tener presente las decisiones de la comunidad jurisdiccional internacional, ya que, no solo que las decisiones de la Corte IDH son vinculantes para Ecuador y Colombia, sino que, se ha visto que no acatar dichas decisiones puede generar responsabilidad civil a los Estados que procedan en sentido contrario.
- La observación, crítica e implementación de normas jurídicas que han tenido éxito en otros países siempre debe ser una opción para estos dos Estados, puesto que, no es necesario fracasar en nuestro propio territorio para tener experiencia sobre la idoneidad de las normas, bastaría con realizar una investigación profunda sobre la forma en que otros países han solucionado ciertos conflictos sociales, en este caso la problemática del aborto y, de esa forma, tratar de emular críticamente las buenas prácticas.
- La participación democrática no está marcada por la sola presentación en momentos electorales, sino que, está marcada por la participación activa y deliberación cada que existe un espacio apropiado para hacerlo, el compromiso fundamental de cualquier ciudadano es vincularse a la democracia de un país, pues solo de esa forma las normas jurídicas gozarán de legitimidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (2002). Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 66, 13-64.
- Alonso, J.P. (2012). Violación, aborto y las palabras de la ley, en *Pensar en Derecho*, Buenos Aires, 301-329.
- Arango Pajón, G. L. (2013). *La investigación sociojurídica: itinerario para que el derecho cruce el umbral de la esperanza*. En M. E. Bedoya Toro, G. L. Arango Pajón & J. E. Vásquez Santamaría (Eds.), *Tendencias de la enseñanza y de la investigación en derecho*, Medellín: Ediciones Unaula, 217-223.
- Bergallo, P., Ramón, A. (2009). *El aborto no punible en el derecho argentino*. Recuperado de:
<https://repositorio.cedes.org/bitstream/123456789/3734/1/7799.pdf>
- Caiza, J. (2015). *La legalización y despenalización del aborto en casos de violación en una mujer lúcida, aplicada al Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano*. [Tesis de pregrado, Universidad Central del Ecuador]. Recuperado de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/8234/1/T-UCE-0013-Ab-176.pdf>
- Colectivo Político Luna Creciente, (2013). *Estado de arte de derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres en el Ecuador*. Quito: Fondo de Cooperación al Desarrollo de Solidaridad Socialista Belga, 28-9
- Donoso, E., y Vera, C. (2016). El aborto en Chile: aspectos epidemiológicos, históricos y legales. *Revista Chilena Obstetricia y Ginecología*, 81(6), 534 – 545. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0717-75262016000600014&script=sci_arttext&tlng=en
- Facio, A. (2009). “Metodología para el análisis de género del fenómeno legal”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho: Ensayos críticos*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- Flores, C. (2014). *El aborto en Ecuador, no gira a la izquierda*. Recuperado de:
https://flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/%25f/agora/files/el_aborto_en_ecuador.pdf
- Gómez de la Torre, V. (2011). “Derechos económicos, sociales y culturales. La salud de las mujeres al 2010 en el Ecuador”. En *Informe Derechos Humanos Ecuador 2009-2010*. Quito: Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género.
- Guerra, E. (2018). Implicaciones de la criminalización del aborto en Ecuador. *Foro Revista de Derecho* (29), 117-134. Recuperado de
<https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/613/570>
- Gómez, E; Fernando, D., Aponte, G., Betancourt, L. (2014). Metodología para la revisión bibliográfica y la gestión de información de temas científicos, a través de su estructuración y sistematización. *Dyna*, 81(184), 158-163. Disponible en:
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=49630405022>
- Jiménez, J. (2006). Aborto. *Revista del centro de bioética Juan Pablo II*. Recuperado de:
http://www.cbioetica.org/revista/71/71_sup.pdf
- Martínez, L. (2014). *El aborto: entre el derecho de la mujer y su tipificación como delito*. [Tesis de pregrado, Universidad Cooperativa de Colombia]. Recuperado de:
<ERECHO%20DE%20LA%20MUJER%20Y%20SU%20TIPIFICACION%20COMO%20DELITO.pdf>
- Ochoa, M. (1998). El aborto: una discusión pública *Revista de Estudios de Género. La ventana*, 8, 309-314. Recuperado de:
<https://www.redalyc.org/pdf/884/88411133013.pdf>
- Ocón, A. M. (2017). *El aborto: aspectos filosóficos, éticos y jurídicos*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Pantoja, A. (2019). “Análisis de la sentencia C-355 de 2006”, en *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*. N° 32, p.p. 67-79.

Ramos, N y Villagrán, C. (2019). *Del papel a la práctica: las problemáticas que enfrenta el aborto en tres causales*. [Tesis de pregrado, Universidad Chile]. Recuperado de: <https://200.89.67.85/bitstream/handle/2250/181236/Tesis%20-%20del-papel-a-la-practica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Valdés, A., Velasco, C., Cruz, J., Díaz, A., Salas, L. (2010). El aborto dentro del contexto social. *Revista Cubana de Medicina General Integral* 26(1), 130-137. Recuperado de: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s0864-21252010000100014

Viana, A. (2006). Sentencia C-355 De 2006. Resistir Y Emancipar, en *Foro Constitucional Iberoamericano*. Nro. 12, p.p. 164-191.

Rusconi, M. (2016). *Derecho Penal parte general*. Buenos Aires: Ad-hoc.

Sánchez, J. (1988). Notas para el estudio del aborto en el Derecho Histórico Español. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 72, Madrid-España.

Sebastiani, M. (2018). El aborto como un bien social. *Revista de Bioética y Derecho*, (43), 33-43. Recuperado de: <https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n43/1886-5887-bioetica-43-00033.pdf>

Zúñiga, A. (2011). Aborto y derechos humanos. *En revista de derecho (Valdivia)*, 24(2), 163-177.

Normas jurídicas

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro oficial 449, 20-X-2009.

Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro oficial suplemento 180 de 10-feb.-2014.

Ecuador. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Registro oficial 737 de 03-ene.-2003.

Colombia. Código Penal. Ley 599 de 2020.

Fallos Jurisprudenciales

Corte Constitucional. (2019). Sentencia: No. 34-19-IN/21. Recuperado de: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=34-19-IN/21#:~:text=MOTIVO%3A,150%20num.>

Corte IDH. 2012. Caso *Murillo Artavia vs Costa Rica*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Corte Constitucional de Colombia. (2006). *Sentencia N° C-355/06*. Recuperado de: https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/sentencia_c-355_de_2006.pdf

Revistas informativas

Prada, E., Singh, S., Remez, L., y Villareal, C. (2011). *Embarazo no deseado y aborto inducido en Colombia: causas y consecuencias*. Nueva York: Guttmacher Institute. Recuperado de: <https://www.guttmacher.org/es/report/embarazo-no-deseado-y-aborto-inducido-en-colombia-causas-y-consecuencias#>

Comisión Interamericana de Derechos humanos. (2017). *CIDH saluda la aprobación de la ley de despenalización del aborto en tres causales en Chile*. Boletín de prensa. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/133.asp>