



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CUENCA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EN EL
ECUADOR; UN ENFOQUE DESDE EL DERECHO PENAL**

ARTICULO CIENTIFICO

**TRABAJO DE TITULACION PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE
LA REPÚBLICA**

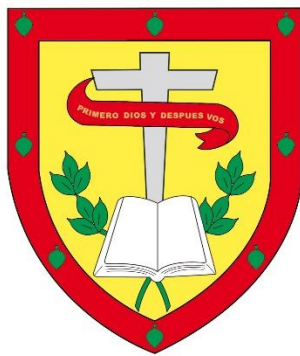
AUTOR: CINTHIA TALIA SANCHEZ SANTANDER

DIRECTOR: Abg. EDWIN AREVALO VASQUEZ MSc

LA TRONCAL – ECUADOR

2021- 2022

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**LA DESPENALIZACION DEL ABORTO; UN ENFOQUE DESDE
EL DERECHO PENAL**

ARTICULO CIENTIFICO

**TRABAJO DE TITULACION PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE
LA REPÚBLICA**

AUTOR: CINTHIA TALIA SANCHEZ SANTANDER

DIRECTOR: Abg. EDWIN AREVALO VASQUEZ MSc

LA TRONCAL – ECUADOR

2021 - 2022

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO
UNIDAD DE TITULACIÓN

La Troncal, 04 de mayo de 2022

Sección: UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

Asunto: Aprobación de trabajo de titulación.

Señor Abogado
Ricardo Alarcón Vélez
UNIDAD DE TITULACIÓN
UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

De mi consideración:

Con un atento y cordial saludo me dirijo a usted para desearle éxitos en sus funciones diarias.

El suscrito tutor del trabajo de titulación, certifica que el trabajo titulado **“LA DESPENALIZACION DEL ABORTO EN EL ECUADOR: UN ENFOQUE DESDE EL DERECHO PENAL”** desarrollado por la estudiante **CINTHIA TALIA SANCHEZ SANTANDER**, con número de cédula **0301925137**, ha sido guiado y revisado periódicamente y cumple normas estatutarias establecidas por la Universidad Católica de Cuenca.

Particular que pongo en su conocimiento para los fines legales consiguientes. Sin otro particular me suscribo de Usted.

Atentamente,
DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



Abg. Edwin Arévalo Vásquez, MSc
TUTOR



DEDICATORIA

Este artículo científico va dedicado especialmente a los pilares de mi vida, a mi hijo JUAN XAVIER y a mi Familia, los cuales siempre me apoyaron, me dieron fuerzas y alentaron día con día, se lo dedico a mis ángeles en el cielo, mis abuelitos que sé que estarán muy felices por verme cumplir un sueño más. Sé que fue difícil y en varias ocasiones parecía imposible pero sin el impulso de mi Papi Deci el cual con sus sabias palabras me encaminaba por buen camino, los abrazos y mimos de mi Mami Ethita que varias veces secó mis lágrimas y fijaba claramente mis metas, de mi hermanito, mi ejemplo a seguir que con su orgullo por mi me impulsaba a luchar con más fuerzas, a mi Natiru que en el poco tiempo que llevamos juntas se ha convertido en mi hermana y me ha recalado siempre que me quiere ver triunfar a la cual nunca fallare. A mi otra mitad a mi príncipe que llego a mi vida para cambiarla al cien por ciento al cual dedico todos mis logros, mi chiquito eres el motor de mi vida y la persona mas importante en el mundo para mí, todos mis logros y sacrificios van por y para ti, gracias por elegirme cómo tu Mami Tali.

AGRADECIMIENTO

Principalmente agradezco a Dios por no dejarme flaquear, darme el valor y coraje para luchar ante la adversidad.

A mi familia por su constante apoyo y comprensión en ciertos momentos turbios a lo largo de mi carrera universitaria,

A los docentes que se entregaron totalmente a la materia impartida que nos permitió absorber conocimientos y poder aplicarlos en el ámbito profesional en el cual nos desenvolveremos.

A todas las personas que de una u otra forma me apoyaron en estos años en el desarrollo de mis estudios y que fortalecieron mis conocimientos, valores y aprendizajes que los mismos me ofrecían.

A mis compañeros por brindarme su amistad y apoyo cuando lo necesitaba.

CINTHIA TALIA SANCHEZ SANTANDER

RESUMEN

En 2021, la Corte Constitucional determinó que el aborto no punible, contemplado en el artículo 151 del Código Orgánico Integral Penal, discriminaba a la mujer, por cuanto manifestaba que, en casos de violación, no será considerado punible cuando las mujeres tengan discapacidad mental, condición que fue descartada para evitar la discriminación, trayendo como consecuencia la legalización del aborto en casos de violación; situación que ha sido objeto de debate. En este sentido, la presente investigación aborda el análisis de la despenalización del aborto en el Ecuador, desde un enfoque del derecho penal. La investigación se realizó desde un enfoque cualitativo, mediante un estudio bibliográfico de normativa, doctrina y jurisprudencia, así como también tomando en cuenta un enfoque científico sobre la terminología objeto del debate en materia de aborto. Los resultados de la investigación determinaron una tendencia a legalizar el aborto, tanto en Europa como en Latinoamérica, considerando que los derechos de la mujer no pueden ser violentados y un acto que se enmarca en la libertad de decisión sobre su vida sexual, incluyendo la maternidad, es un derecho consagrado que debe ser garantizado. Se concluye que el aborto, desde el punto de vista biológico es el terminar con la vida del feto; sin embargo, el feto desde el punto de vista jurídico, no es sujeto de derecho, por cuanto el estado está en capacidad de garantizar derechos de la persona cuando ésta es independiente, es decir, cuando ya ha sido concebida, situación que no es posible durante el embarazo, ya que el ser vivo depende completamente de su progenitora, quien es sujeto de derecho y por ende, prevalecen sus derechos; esta situación no se contradice con la protección de la vida, misma que es protegida en tanto existe la voluntad de preservarla por parte de su progenitora.

Palabras clave: aborto, penalización del aborto, derecho a la vida, derecho a la sexualidad libre e informada.

ABSTRACT

In 2021, the Constitutional Court determined that non-punishable abortion, contemplated in article 151 of the Organic Comprehensive Criminal Code, discriminated against women, since it stated that in cases of rape, it will not be considered punishable when women have mental disabilities, a condition that it was discarded to avoid discrimination, resulting in the legalization of abortion in cases of rape; situation that has been the subject of debate. In this sense, this research addresses the analysis of the decriminalization of abortion in Ecuador, from a criminal law approach. The research was carried out from a qualitative approach, through a bibliographical study of regulations, doctrine and jurisprudence, as well as taking into account a scientific approach on the terminology that is the subject of the debate on abortion. The results of the investigation determined a tendency to legalize abortion, both in Europe and in Latin America, considering that the rights of women cannot be violated and an act that is part of the freedom of decision about their sexual life, including motherhood, is a consecrated right that must be guaranteed. It is concluded that abortion, from the biological point of view, is to end the life of the fetus; However, from a legal point of view, the fetus is not a subject of law, since the state is capable of guaranteeing the rights of the person when they are independent, that is, when they have already been conceived, a situation that is not possible. during pregnancy, since the living being depends completely on its parent, who is a subject of law and therefore, her rights prevail; This situation does not contradict the protection of life, which is protected as long as there is the will to preserve it on the part of its parent.

Keywords: abortion, criminalization of abortion, right to life, right to free and informed sexuality.

“LA DESPENALIZACION DEL ABORTO; UN ENFOQUE DESDE EL DERECHO PENAL”

INTRODUCCIÓN

Ecuador ha venido abordando temas que han cobrado relevancia en los últimos años en materia legal, entre los cuales se discute la despenalización del aborto. Si bien, actualmente no se ha abierto una postura totalmente tolerante con el hecho del aborto, éste ha sido considerado como legal para el caso de violación.

Esta decisión de despenalización del aborto en caso de violación, se ha visto como un progreso en cuanto al derecho penal, por cuanto, si bien la violación se encuentra tipificada en dicho código, el Estado no se había preguntado sobre los derechos de la víctima de este abuso, y las consecuencias que se generan tras la existencia de un embarazo fruto de la violación, lo que se podría considerar una especie de revictimización, considerando que tras haber sido violentada en su sexualidad, se encontraba también obligada a ejercer la maternidad sin su decisión y consentimiento, lo cual contradice lo manifiesto en la Constitución del Ecuador en su artículo 66 numeral 10, sobre los derechos de la salud sexual y reproductiva de las mujeres (Suchuzhañay, et. al, 2020).

La perspectiva sobre la despenalización apunta hacia una despenalización total para todos los casos, considerando que el aborto es un tema de interés social que enmarca la salud pública, así como el derecho penal, y su penalización implica riesgos de muerte en clínicas clandestinas, así como efectos adversos que pueden significar inclusive la muerte de la mujer a causa de mal uso de medicamentos y otros métodos para alcanzar a abortar (Gamboa & Guerrero, 2021). En este sentido, la despenalización permitiría acceder a

métodos de aborto seguros, que no pongan en riesgo a las mujeres, así como evitar el uso inadecuado de la medicina en laboratorios y clínicas clandestinas, las cuales en muchos de los casos no cuentan con la formación especializada requerida para realizar dichos procesos, lo cual es también un ejercicio ilegal.

No resulta fácil, por otro lado, admitir que el aborto podría ser legalizado, considerando que la Constitución de la República del Ecuador, garantiza el derecho a la vida, y la protección de la misma; el artículo 66 numeral 1, dispone que “El derecho a la inviolabilidad de la vida” como parte de las garantías del Estado (Asamblea Constituyente, 2008, p.29) Por lo que entra en debate el considerar desde cuándo el Estado garantizará la vida de la persona, y desde cuándo una persona es sujeto de derechos, si desde su nacimiento o desde su gestación; incurriendo también la necesidad de un análisis biológico sobre lo que se considera o no una persona propiamente dicha.

La discusión es más específica, en torno a lo que establece el artículo 45 de la Constitución, el cual señala que “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción” (Asamblea Constituyente, 2008, p. 21-22), de donde se entiende que el Estado garantiza la vida de la persona, inclusive desde antes de su nacimiento. Este principio se vería entonces violado cuando se admite como legal el aborto.

Los derechos humanos surgen desde una base fundamental que es el derecho a la vida, ya que mediante esta garantía se permite a la persona acceder al gozo de otros derechos. En este sentido, quienes consideran que el aborto legal es una problemática plantean su punto de vista desde la protección del derecho a la vida, mismo que en la legalización del aborto se ve violentado. En este marco, surge la interrogante de saber

desde cuándo se contempla una persona viva, planteamiento que se enmarca también en lo biológico; es decir, el debate implica la convergencia de lo legal, moral y biológico, siendo todos estos factores determinantes para considerar la pertinencia del ejercicio del derecho de la mujer a vivir su sexualidad y maternidad en condiciones específicas y de forma voluntaria; situación que se ve contrariada en casos de violación y embarazos no deseados por estas circunstancias (Zambrana, 2015).

Todas estas variables de análisis son de interés cuando se aborda la presente temática, misma que ha tenido aceptación de unos grupos y rechazo de otros, quienes consideran que la vida debe ser respetada independientemente de las formas en que ésta surja.

Por tanto, la presente investigación enfoca el tema desde el ámbito penal, y cómo incide tanto el cambio ya acontecido en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en su artículo 150, numeral 2, en cual refiere que “si el embarazo es consecuencia de una violación” es un aborto no punible; difiriendo del anterior que indicaba que “si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental” (p. 57) es decir, la omisión de la excepción para el aborto no punible (la discapacidad mental), trae como consecuencia que el aborto no es punible cuando existe embarazo por violación; así como las posibles implicaciones en la normativa penal de admitirse a futuro la legalización del aborto independientemente de las causas del embarazo.

El objetivo de esta investigación es el analizar la despenalización del aborto en la legislación ecuatoriana desde un enfoque de derecho penal mediante un análisis bibliográfico. Se partirá de describir las diferentes posturas doctrinarias en torno a la

legalización del aborto, para compararlo con la legislación ecuatoriana y otros países de la región de Latinoamérica.

Metodología

La investigación fue de tipo descriptiva, documental y de enfoque cualitativo. Se buscó describir la normativa penal en relación al aborto, así como los criterios doctrinarios y la jurisprudencia a nivel nacional, como a nivel internacional enfocando los casos que han sido referentes para el desarrollo de la temática.

En el desarrollo del estudio se aplicaron los siguientes métodos: Análisis – síntesis: utilizado para la revisión bibliográfica, análisis de contenido y síntesis del mismo con objeto de enfocar los aspectos de interés investigativo. El método inductivo, deductivo: utilizado en la comparación entre los diferentes artículos citados y la normativa vigente, que permitió generar una discusión del contenido y las conclusiones de la investigación.

Además, se aplicó la técnica de la revisión bibliográfica, utilizando como criterio para la selección del material escrito, investigaciones publicadas en los últimos cinco años, la normativa vigente y los fallos que se han dado desde la Corte Constitucional en referencia a la temática tratada.

Desarrollo

El tema del aborto discurre entre un tema moral, de salud pública y en el ámbito penal; puntos que se analizan en este apartado.

El aborto en el ámbito penal

El aborto desde el sistema penal ha sido penado en el Ecuador, salvo las excepciones contempladas en el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal (COIP). Teniendo en cuenta que las descripciones de aborto no punible son específicas, y a pesar de que con la reforma para que el aborto se considere no punible en cualquier caso de violación, aun así, existe todavía la pena por abortar en condiciones que no concuerden con las excepciones. En consecuencia, el sistema penal del Ecuador pena la práctica del aborto con privación de la libertad que puede ser entre seis meses a dos años (Andrade, 2020).

Al respecto, Pareja (2008), advierte ya la conservación que posee el sistema penal ecuatoriano, al hacer referencia a que el aborto, a pesar de ser un asunto de salud pública y de hablarse de una Constitución garantista de derechos, no es un tema que se pueda tratar libremente en el país, considerando que pesa más la tradición y la moral, tanto desde el régimen legislativo, que es en donde generalmente las propuestas de leyes terminan siendo rechazadas.

Efectivamente, esto sucedió con el tema del aborto, considerando que han sucedido una serie de debates en la asamblea, que han dado como resultado final el rechazo de las leyes que buscaban reformar el COIP, en materia de criminalización del aborto (Varea, 2019).

Históricamente, el aborto fue una práctica propia de algunas culturas en la antigüedad, y era concebido como un método para el control poblacional, con objeto de garantizar la subsistencia de la comunidad en general. Así, en Grecia, como en Roma, leyes como el aborto e inclusive el infanticidio, fueron puestas en práctica (Gorjón, 2019).

Esto significa que no siempre fue penalizado el aborto, y al igual que muchas consideraciones dentro del derecho y el delito penal, los mismos están sujetos a la evolución de pensamiento y la moral de las sociedades.

La idea de la penalización de prácticas como el aborto, fue promovida principalmente por la iglesia católica, misma que aboga por la defensa íntegra de la vida, en todas sus formas. Esta influencia se ha mantenido, y mantiene hasta la actualidad, siendo de interés de investigación, considerando que incide significativamente en temáticas como la que se aborda, el derecho Penal. De hecho, es hasta la actualidad ampliamente conocido que la influencia de la moral católica en la legislación es representativa y que muchas de las veces se opone a la evolución de la normativa penal y al derecho en general (Varea, 2018).

Ahora bien, la apreciación desde el derecho del aborto, ha tenido también una evolución histórica. Inicialmente, cabe tener en cuenta que el derecho, en su génesis, es una consecuencia de la moral, y una forma de establecer aquello que se permite, y lo que no, de cara a la búsqueda del mayor bien común en un grupo social. Posteriormente, nacen los derechos individuales, y la libertad del ser humano, como ideal del derecho. El vínculo entre el acto punible y la moral se conservan todavía (Quevedo, 2019).

Por otro lado, el progreso histórico de los derechos busca que éstos no solamente sean consignas escritas en una ley, sino que exista el compromiso y una acción positiva por la búsqueda de concretarlos y volverlos accesibles para todos los grupos sociales sin discriminación (Caiza, 2015).

Entre los grupos que menor acceso han tenido al goce de derechos, se encuentran las mujeres, a causa de la discriminación y la imposición de un sistema forjado por una cultura patriarcal. En consecuencia, se ha trabajado desde los organismos internacionales

en la necesidad de la lucha contra la discriminación y violencia a la mujer. Así, convenios como el Convenio para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), adoptado en el año de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que ha sido una normativa precursora en la lucha por los derechos femeninos, han dado lugar a normativas más específicas y concretamente, a políticas públicas que garanticen derechos a través de la lucha contra prejuicios y acciones afirmativas.

Paralelamente, existe también un movimiento social que reclama derechos, lo que compromete más aún el actuar del derecho, mismo que abarca un nuevo enfoque renovado, pasando del derecho penal destinado a castigar a quienes incumplen la ley, a un derecho garantista, que busca que en su ejecución permita efectivamente el goce de derechos de los grupos sociales (Narváez et al., 2020); en esta línea, la Constitución garantiza a las mujeres el derecho a vivir su sexualidad de forma libre y consentida.

Todo este crecimiento de tendencias dogmáticas que giran en torno al derecho a la mujer, se oponen a posturas que, a criterio de Pérez et al. (2021), son erróneas desde su enfoque, tales como:

(...) la desigualdad de género (...) en discriminación sanitaria, la legitimidad del Estado para exigir la continuidad de un embarazo no deseado, el aborto como una cuestión de justicia social o una estrategia cultural para la regulación de la población en períodos de escasez (p. 486).

Justamente, la tipificación de un acto que en teoría está protegido por la Constitución, resulta incoherente. En este sentido, la criminalización del aborto tanto desde el espacio social, como desde el ejercicio punitivo del Estado, comprenden sin duda discriminación, inequidad y falta de garantías de derechos. Si bien, Ecuador se ha sumado al grupo de países que ha despenalizado parcialmente el aborto, queda aún abierto el debate sobre el aborto libre, es decir, que éste no sea penalizado bajo ninguna circunstancia, como sucede en un “reducido grupo de países latinoamericanos (...) Cuba, Guyana, Puerto Rico, Uruguay” y Argentina; entre los que han descriminalizado el aborto (Micolás, 2021).

Evidentemente, resulta complejo que estas decisiones como la del aborto libre sean asumidas directamente, cuando existen conflictos morales y éticos en debate, en donde las posturas tanto del quehacer médico (quienes en su ejercicio buscan garantizar la vida), y del mismo conglomerado social sobre si es o no adecuado (discurso moral) este tipo de prácticas y cómo éstas inciden en la consciencia social. Todos estos factores hacen que hablar sobre el aborto legal resulte complejo y de análisis profundo.

La inequidad en la criminalización del aborto, tiene que ver además con aspectos sistemáticos que acrecentan la inequidad, ya que generalmente, este delito ha sido penado sobre todo en los estratos sociales pobres, ya que los grupos sociales económicamente más acomodados, tienen acceso a mejores servicios, garantías que pueden pagarse manteniendo su clandestinidad; es decir la penalidad del crimen del aborto se aplica para determinados grupos (Gual, 2018).

Evidentemente, el debate no es tan sencillo como el tratar de evidenciar que el abortar no es un crimen y que es un derecho reproductivo de la mujer, que requiere ser

despenalizado; ya que más allá de eso, existen todavía asuntos que deben ser debatidos en torno al aborto, y que tienen que ver con la vida del feto.

La otra parte del debate, aborda el derecho a la vida. La Constitución del Ecuador, en su artículo 66 primer numeral, refiere sobre que se reconoce y garantizará “el derecho a la inviolabilidad de la vida” (Asamblea Constituyente, 2008, p. 32); lo que lleva el debate a tener en cuenta desde cuándo se considera que la vida de una persona debe ser protegida, en este caso, por el Estado.

Si bien, no es posible jerarquizar los derechos, es cierto y evidente que el derecho a la vida es un derecho fundamental que permite el goce de otros derechos. En este sentido, Rodríguez et al., (2021), afirma que el derecho a la vida es una condición “sine qua non” que permite la aplicación de los demás derechos.

En este sentido, el Código Orgánico Integral Penal (COIP), del Ecuador, describe en su segundo capítulo sobre “Los delitos contra los derechos de la libertad”, especificando en su primera sección sobre los delitos contra la inviolabilidad de la vida; lo que implica que toda acción que atente contra la vida de una persona, es un delito tipificado (COIP, 2014).

Si bien, el término “persona”, se entiende como el ser humano luego de su nacimiento, esto visto desde un sentido legal, por cuanto solamente en este momento dicho sujeto puede ser sujeto de derecho, cabe tener en cuenta lo que se manifiesta en el artículo 45 de la Constitución:

“Art. 45.- 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” (Asamblea Constituyente, 2008, p. 21-22)

Artículo que compromete al Estado la protección del no-nacido desde su concepción. En este sentido, la legalidad del aborto llegaría a contradecir dicho principio.

Concepto de persona y ser humano desde lo legal

El debate se ha ampliado a la concepción de “persona” y “ser humano”, desde el ámbito legal, mismo que entra en convergencia con las perspectivas biológicas sobre dichos conceptos, y que se vinculan con la comprensión de la vida como tal de una persona, y cuándo esta ha empezado.

De acuerdo a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 1969), en su primer artículo, numeral segundo, indica que “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. A la vez, el artículo cuatro de la misma convención, manifiesta sobre el derecho a la vida:

“1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.” (p. 2).

Desde esta lectura, se comprende que la CIDH considera que la privación arbitraria de la vida (desde la concepción), es un acto contra los derechos.

Por otro lado, el término “concepción”, se reconoce desde las posturas científicas desde dos perspectivas: la primera, que la considera cuando se ha dado la fecundación y la teoría más aceptada actualmente, la que considera la concepción desde la implantación del óvulo, ya que es este instante en el que existen las garantías fisiológicas para el desarrollo del feto en el vientre de la madre (Brito & Tapia, 2021).

Discusión

Diferentes factores condicionan el abordaje de esta temática, como se ha venido tratando de enfocar en el desarrollo y se busca profundizar en este apartado, en cada uno de ellos. Uno de los más relevantes y que condicionan directamente la forma en que se aborda desde el derecho penal los delitos, y específicamente, el rol de la mujer en temas de embarazo, maternidad y aborto, están mediados por la religión católica; la cual es predominante no solamente en el país, sino a nivel de Latinoamérica.

El aborto y la necesidad de un Estado laico.

Latinoamérica se enfrenta a la búsqueda de un estado laico, frente a la alta incidencia de la iglesia católica en cuanto a derecho implica. En este sentido, decisiones como la legalización del aborto, encuentran todavía dificultad en un panorama en el cual resulta complejo sobre todo por la influencia de las voces religiosas en materia de derecho, y específicamente en materia penal. Esto ha provocado que las luchas por los derechos de la mujer sean aún más complicados; así lo evidencia por ejemplo México, en donde la lucha por la libertad de decisión sobre el embarazo se legalizó en 2007, tras una lucha de más de 70 años, básicamente mediante la reducción de la presencia de la iglesia católica y sus representantes en los poderes políticos del estado (Lamas, 2018). Paralelamente, la lucha por los derechos de aborto en Argentina, sufrieron también gran presión, tras la invisibilización del tema durante aproximadamente 20 años, y que fue retomado (como estrategia política) por el expresidente Mauricio Macri, y trajo como resultado un debate extenso, con el argumento moral y católico de quienes estaban en

contra y que finalmente fueron objetados por un total de 129 votos a favor, dando paso a que el 14 de junio de 2018 se apruebe el aborto libre y gratuito (Acosta, 2018).

Ecuador no ha sido la excepción en esta temática. Hasta la actualidad, existen amplios pronunciamientos de las comunidades católicas, sobre todo en sus representaciones a nivel formativo-educativo, como lo son las diferentes universidades basada en educación católica, que asumen un planteamiento desde sus creencias y significan un poder mediático que condiciona las decisiones en torno a la temática (Starkoff, 2008).

Otro ejemplo claro sobre la influencia de la iglesia en las decisiones en cuanto a derecho, es el caso de Chile, en donde la polémica social desatada por la aprobación de la ley 21030 que modificó la penalización del aborto en este país (contenidos en los artículos 342, 344 y 345 del Código Penal), fue altamente censurada y debatida sobre todo por las posturas de la iglesia católica, quienes condenaron esta ley (Pérez et al., 2021).

A este hecho se le suma también el factor moral. Si bien, el derecho como tal se enmarcó durante un tiempo en un enfoque positivista, dejando de lado lo “subjetivo” de la valoración de lo que se considera delito (en el derecho penal), esta perspectiva fue descartada posteriormente, ya que no es posible atender las necesidades sociales desde un enfoque totalmente positivista, así como en el mismo ejercicio de la jurisprudencia, la ley no abarca la totalidad de casos en base a las normas, por lo que el criterio de los jueces se ve también orientado por los principios. En este sentido, si bien es cierto que el derecho no es la moral, ésta sí incide en la concepción del derecho, ya que la misma construcción social de lo que se considera aceptable o no aceptable, determinan la magnitud de un acontecimiento, por lo que las diferencias culturales son significativas al momento de juzgar un delito en diferentes sistemas de justicia.

Este apego de la justicia al contexto socio-cultural en donde la misma opera, representa una limitante, que, en el caso de Ecuador, y sobre el tema del aborto, está orientada por las creencias, religiosidad y moral conservadora característica de la población, misma que podría juzgar como un acto “indebido” el admitir el aborto como algo legal, libre y además gratuito, asumido por parte del Estado (Andrade, 2020).

No se afirma con esto que el derecho debe responder a la moral y creencias socio-culturales de un contexto, en este caso, de un país; sin embargo, es un condicionante para la operación del derecho y para las limitantes en cuanto a la progresión de derechos en el caso de la mujer. Esto se ha reflejado en los debates existentes en la asamblea sobre la temática, considerando que proyectos de aborto legal han sido ya debatidos y rechazados, en muchos de los casos bajo los argumentos conservacionistas de los legisladores (Brito, 2021).

El aborto como tema de derecho y salud pública

El aborto requiere ser visto desde todos los enfoques que son parte del análisis, siendo los más relevantes para el objeto de investigación, las que abordan el derecho penal y también los que enfocan el aspecto de salud pública, por cuanto existen (como en los casos de violación) víctimas que requieren reparación integral, así como también se habla sobre los derechos y autonomía femenina frente a la sociedad que considera decidir sobre su sexualidad y maternidad.

En este sentido, en el marco de derechos, la mujer ha estado históricamente sometida a una sociedad patriarcal, en la que el sexo femenino estuvo privada de derechos ciudadanos fundamentales, como el derecho al voto, la autodeterminación, el acceso al trabajo, la autonomía financiera, entre otras privaciones que fueron una realidad durante

el siglo XX, y por las que los grupos feministas han luchado en búsqueda de equidad y evitar la imposición moral que se ha puesto desde esta sociedad sobre el sexo femenino (Rubin & Zanotti, 2019).

Esto ha provocado que la sociedad adquiriera una idea errónea sobre los derechos de las mujeres, y de manera especial sobre aquellos referentes a su sexualidad y su rol como madre. Así, existe un enfoque impositivo sobre lo que la mujer “debería hacer” o la forma en que “debería actuar”, lo cual afecta las libertades garantizadas en la Constitución (Artículo 66). De esta manera, resulta evidente que el traslado de los derechos consagrados en la normativa, hacia una práctica efectiva y garantizada de dichos derechos, es todavía inalcanzable en múltiples aspectos.

En esta línea de derechos y búsqueda de garantías sobre los derechos femeninos, se observa que existe aún una prevalencia sistemática sobre las decisiones en cuanto al cuerpo femenino. De esta manera, la inexistencia de servicios y atención oportuna al aborto, desde algunos criterios ha significado:

la penalización del aborto y la denegación del acceso a servicios adecuados para practicar el mismo, son de las formas más perjudiciales de discriminación de género, ya que representa la instrumentalización y sometimiento de los cuerpos de las mujeres y una grave violación de sus derechos (Sucuzhañay et al., 2020, p. 433)

Cita de la que se comprende que la penalización sobre decisiones en el cuerpo de la mujer, son efectivamente el resultado de la limitación histórica de los derechos de la

mujer; esto implica a su vez que la liberación de estas imposiciones sociales y propias de una cultura patriarcal, recaigan en la despenalización de las prácticas abortivas.

Es preciso también tener en cuenta el problema de salud inherente al aborto clandestino que se debe abordar desde la consideración de que el Estado garantiza también el acceso a salud libre y gratuita en la Constitución del Ecuador (2008), en su artículo 32, el cual reza:

“Art. 32. - La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.” (p. 17) Y en el mismo artículo, continúa: “El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión (...)” (p. 18). Estas garantías implican que toda problemática de salud deberá ser abordada desde este enfoque. Particularmente el aborto es efectivamente una problemática de salud, pero que, de acuerdo a las leyes vigentes, se vincula también a un asunto de orden penal.

Las cifras sugieren que, en Ecuador, la muerte de la mujer embarazada se da en mayor proporción en relación al uso de clínicas clandestinas para prácticas de aborto, alcanzando el 15,6% de la prevalencia de otras causas intra-clínicas; lo cual ubica al país como el más riesgoso en materia de salud abortiva en América Latina (Rodríguez et al., 2021). Desde esta apreciación, se confirma que efectivamente, el aborto debe ser atendido como una problemática de salud pública. Por su parte, la situación en cuanto a embarazos en menores de edad es también alarmante; así, se estima que alrededor de 2000 niñas menores de 14 años quedan embarazadas como consecuencia de violación anualmente;

así, las agresiones sexuales son de alta frecuencia y la maternidad fruto de dichas agresiones es también una problemática recurrente (Sucuzhañay et al., 2020).

Es preciso también señalar que las mujeres que son víctimas de violación, afrontan una serie de secuelas, como respuesta al acto violento del que son víctimas; así, atención de tipo psicológica, así como atención a las lesiones físicas que reciben del acto violento, son parte de las medidas de reparación para la víctima, garantizadas en la Constitución de la República. A esto se suma que el derecho a abortar, teniendo en cuenta que no se ha decidido por el embarazo y no ha sido fruto de una vivencia de la sexualidad libre y voluntaria, es una garantía también mínima que permita restaurar el estado anterior al cometimiento del ilícito (Varea, 2019).

Es así que todos estos antecedentes, en el caso de Ecuador, han dado como resultado que el debate sobre la legalidad del aborto en casos de violación concluya con su aprobación. Sin embargo, han quedado algunos asuntos abiertos aún a discusión, ya que el Estado habrá de generar las garantías para que este derecho se haga efectivo y que las víctimas de violación tengan acceso a tratamientos seguros, así como se encuentre un mecanismo de control de cara a establecer plazos para que una práctica abortiva sea segura, y no represente un riesgo para la vida de su madre, factores que continúan en discusión y debate desde el estudio Constitucional.

Ahora bien, se debe también tener en cuenta que el personal médico, que es el agente encargado de desarrollar estas prácticas, podrá acogerse a la objeción de conciencia, en caso de negarse a realizar este tipo de prácticas; por lo que el debate se extiende más allá del derecho y se vincula al derecho de otros, que en el caso de investigación, implica a los médicos practicantes quienes serán los responsables de hacer efectivo el proceso abortivo; mismos que se podrán acoger a la objeción de conciencia

contemplada en el artículo 66 numeral 12 de la Constitución de la República; es decir, entran también en juego otros derechos que deberán ser debatidos. En esta misma línea, las posturas médicas asumen también que el aborto no es la antítesis de la vida o la salud materna, ya que dentro de las prácticas médicas se considera también el aborto como parte de las mismas, con objeto de precautelar la salud de la madre, que en determinados casos podría ser admitido. En consecuencia, es posible una conciliación de posturas entre lo comunidad médica y la práctica abortiva en casos de violación, como se ha regulado a nivel normativo (Proaño et al., 2021).

CONCLUSIONES

La doctrina jurídica muestra una evolución en cuanto a la consideración del aborto. Inicialmente, los enfoques del derecho positivista condenan el acto por cuanto se deduce directamente el causar la muerte de una persona, es un acto punible. Posteriormente, y con la evolución de la garantía de derechos de la mujer, el aborto fue siendo legalizado ya sea total, o parcialmente. Específicamente, en el estudio se parte de que en el Ecuador el aborto es legal en casos de violación. En este sentido, la doctrina atiende a la garantía de derechos de la mujer, teniendo en cuenta que el embarazo no ha sido producto de un acto ejecutado con voluntad propia, y que además ha sido resultado de una conducta punible; por ende, la mujer embarazada producto de una violación es víctima; por lo tanto, el Estado está en obligación de garantizar la reparación integral, así como de garantizar el goce efectivo de sus derechos, entre los que se encuentra el de vivir una sexualidad libre; concepto que está vinculado con la maternidad, misma que desde un enfoque de derecho, es el resultado de una vivencia libre y voluntaria de su sexualidad. En este sentido, el aborto es una garantía y constituye una medida de reparación que deberá ser acompañada de otras medidas que permitan a la víctima restaurar su situación previa al momento de haber sido violentada.

La legislación ecuatoriana muestra un enfoque que se ha ido abriendo. Existe concordancia en relación al aborto punible, ya que el aborto libre en cualquier situación, está todavía penado en la normativa de algunas naciones a nivel de Latinoamérica, siendo minoría todavía los países en los que es legal en cualquier circunstancia. A pesar de esto, se observa que el debate se extiende más allá del acto moral o amoral de abortar; y que

incurre en una situación sistemática en la que abortar es un privilegio al que acceden (y sin ser condenadas) personas que tienen los recursos necesarios para realizarlo, ya sea dentro del país en clandestinidad y con seguridad sanitaria, o fuera del país, en naciones en las que esta práctica es legal. Del otro lado, existen mujeres que ponen en riesgo su integridad física, su vida, al someterse a prácticas de aborto clandestinas; problemática que debe ser tratada por parte del Estado. En consecuencia, la penalización del aborto no aborda la problemática, no la previene ni la reduce, simplemente condena a quien la práctica, afectando la vivencia de los derechos y equidad de las mujeres.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrade, M. (2020). *La despenalización del aborto en el Ecuador aplicando estándares internacionales desde un enfoque garantista penal*. Quito: Universidad San Francisco de Quito.
- Brito, M. (2021). *El conflicto de la despenalización del aborto por violación: consideraciones empíricas desde el cabildeo y el activismo en Ecuador*. Cuenca: UniveAcosta, M. (2018). Ciberactivismo feminista. La lucha de las mujeres por la despenalización del aborto en Argentina. *Rev. Sphera Publica*, 18(2), 01–20. <https://sphera.ucam.edu/index.php/sphera-01/article/view/347/14141424>
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador* (A. N. del Ecuador (ed.)). República del Ecuador.
- Brito, M., & Tapia, S. (2021). El conflicto de la despenalización del aborto por violación: consideraciones empíricas desde el cabildeo y el activismo en el Ecuador. *Universidad Del Azuay*, 1–95.
- Gual, R. (2018). Comentario a Julieta Di Corleto: malas madres. Aborto e infanticidio en perspectiva histórica. *Universidad de Buenos Aires*, 162–166. https://www.researchgate.net/profile/Ramiro-Gual/publication/332582105_Comentario_a_Julieta_Di_Corleto_Malas_madres_Aborto_e_infanticidio_en_perspectiva_historica/links/5fb6d30d458515b79752d3e0/Comentario-a-Julieta-Di-Corleto-Malas-madres-Aborto-e-infanticidio-en-perspectiva-historica.pdf
- Lamas, M. (2018). La despenalización del aborto en México. *Rev. Nueva Sociedad*, 4(12), 1–19. www.nuso.org

- Micolas, S. (2021). La despenalización del aborto: ¿una marea verde que no llega hasta Centroamérica? *Rev. Gredos*, *12(65)*, 1–81.
<https://gredos.usal.es/handle/10366/147164>
- Pérez, B., Sagner-Tapia, J., & Elgueta, H. E. (2021). Despenalización del aborto en Chile: una aproximación mixta desde la percepción del aborto en población comunitaria. *Gaceta Sanitaria*, *34(5)*, 485–492. <https://doi.org/10.1016/J.GACETA.2018.11.004>
- Proaño, M., Masabanda, Y., & Santamaría, J. (2021). Aborto en el Ecuador: Análisis de la sentencia No. 34-19-IN/21. *Sociedad & Tecnología*, *4(S2)*, 529–545.
<https://doi.org/10.51247/ST.V4IS2.168>
- Rodríguez, D. H., Zambrano, G. A., Zambrano, D. A., & Zambrano, S. N. (2021). Hablemos del aborto: un enfoque en su legalización en Ecuador. *Dominio de Las Ciencias*, *7(5)*, 296–311. <https://doi.org/10.23857/POCAIP>
- Rodriguez, S. J., Suarez-Narváez, N. A., & Campoverde-Nivicela, L. J. (2021). Estudio Doctrinario del Derecho a la Vida en el Marco Internacional y Constitucional del Ecuador. *Polo Del Conocimiento*, *6(12)*, 1278–1291.
<https://doi.org/10.23857/PC.V6I12.3435>
- Rubin, P., & Zanotti, A. (2019). Escribir la Historia: activismo en Wikipedia y el debate por la despenalización del aborto en Argentina. *COMMONS. Revista de Comunicación y Ciudadanía Digital Vol 8, N° 2*, *122-158*, *8(2)*, 122–158.
<https://doi.org/10.25267/COMMONS.2019.V8.I2.04>
- Starkoff, P. C. (2008). Despenalización del aborto y nuevo proyecto constitucional: un tema polémico Decriminalization of abortion and the new constitutional project: A polemic issue. *Revista de Ciencias Sociales. Num*, *32*, 19–23.

- Suczhañay, M., Narváez, C., Trelles, D., & Erazo, J. (2020). Despenalización del aborto en el Ecuador para víctimas de violencia sexual. *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, ISSN-e 2542-3371, Vol. 5, N°. 8, 2020, Págs. 430-445, 5(8), 430–445. <https://doi.org/10.35381/racji.v5i8.584>
- Varea, S. (2019). Feminismos entrecruzados: luchas por la despenalización del aborto y el medioambiente en el Ecuador. *Ciencia Política*, 14(27), 207–226. <https://doi.org/10.15446/cp.v14n27.77753>
- rsidad del Azuay.
- Gamboa, S., & Guerrero, E. (2021). Estrategias de políticas públicas de salud sexual y reproductiva. Despenalización del aborto en Ecuador. *Rev. Recia Muc*, 11(3), 37-47.
- Gorjón, M. (2019). Reflexiones sobre la problemática del aborto. *Rev. Iustitia*, 15(2), 43-66.
- Pareja, M. (2008). *La despenalización del aborto consentido en la legislación ecuatori*
- Acosta, M. (2018). Ciberactivismo feminista. La lucha de las mujeres por la despenalización del aborto en Argentina. *Rev. Sphera Publica*, 18(2), 01–20. <https://sphera.ucam.edu/index.php/sphera-01/article/view/347/14141424>
- Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador* (A. N. del Ecuador (ed.)). República del Ecuador.
- Brito, M., & Tapia, S. (2021). El conflicto de la despenalización del aborto por violación: consideraciones empíricas desde el cabildeo y el activismo en el Ecuador. *Universidad Del Azuay*, 1–95.
- Gual, R. (2018). Comentario a Julieta Di Corleto: malas madres. Aborto e infanticidio en perspectiva histórica. *Universidad de Buenos Aires*, 162–166.

https://www.researchgate.net/profile/Ramiro-Gual/publication/332582105_Comentario_a_Julieta_Di_Corleto_Malas_madres_Aborto_e_infanticidio_en_perspectiva_historica/links/5fb6d30d458515b79752d3e0/Comentario-a-Julieta-Di-Corleto-Malas-madres-Aborto-e-infanticidio-en-perspectiva-historica.pdf

Lamas, M. (2018). La despenalización del aborto en México. *Rev. Nueva Sociedad*, 4(12), 1–19. www.nuso.org

Micolas, S. (2021). La despenalización del aborto: ¿una marea verde que no llega hasta Centroamérica? *Rev. Gredos*, 12(65), 1–81. <https://gredos.usal.es/handle/10366/147164>

Pérez, B., Sagner-Tapia, J., & Elgueta, H. E. (2021). Despenalización del aborto en Chile: una aproximación mixta desde la percepción del aborto en población comunitaria. *Gaceta Sanitaria*, 34(5), 485–492. <https://doi.org/10.1016/J.GACETA.2018.11.004>

Proaño, M., Masabanda, Y., & Santamaría, J. (2021). Aborto en el Ecuador: Análisis de la sentencia No. 34-19-IN/21. *Sociedad & Tecnología*, 4(S2), 529–545. <https://doi.org/10.51247/ST.V4IS2.168>

Rodríguez, D. H., Zambrano, G. A., Zambrano, D. A., & Zambrano, S. N. (2021). Hablemos del aborto: un enfoque en su legalización en Ecuador. *Dominio de Las Ciencias*, 7(5), 296–311. <https://doi.org/10.23857/POCAIP>

Rodriguez, S. J., Suarez-Narváez, N. A., & Campoverde-Nivicela, L. J. (2021). Estudio Doctrinario del Derecho a la Vida en el Marco Internacional y Constitucional del Ecuador. *Polo Del Conocimiento*, 6(12), 1278–1291. <https://doi.org/10.23857/PC.V6I12.3435>

- Rubin, P., & Zanotti, A. (2019). Escribir la Historia: activismo en Wikipedia y el debate por la despenalización del aborto en Argentina. *COMMONS. Revista de Comunicación y Ciudadanía Digital* Vol 8, N° 2, 122-158, 8(2), 122–158. <https://doi.org/10.25267/COMMONS.2019.V8.I2.04>
- Starkoff, P. C. (2008). Despenalización del aborto y nuevo proyecto constitucional: un tema polémico Decriminalization of abortion and the new constitutional project: A polemic issue. *Revista de Ciencias Sociales. Num*, 32, 19–23.
- Suczuhñay, M., Narváez, C., Trelles, D., & Erazo, J. (2020). Despenalización del aborto en el Ecuador para víctimas de violencia sexual. *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, ISSN-e 2542-3371, Vol. 5, N°. 8, 2020, Págs. 430-445, 5(8), 430–445. <https://doi.org/10.35381/racji.v5i8.584>
- Varea, S. (2019). Feminismos entrecruzados: luchas por la despenalización del aborto y el medioambiente en el Ecuador. *Ciencia Política*, 14(27), 207–226. <https://doi.org/10.15446/cp.v14n27.77753>
- ana. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Quevedo, J. (2019). *La despenalización del aborto en Ecuador: Cómo debe pensarse la subsecuente política pública en salud?* Quito: SEK.
- Suchuzhñay, M., Narváez, C., Trelles, D., & Erazo, J. (2020). Despenalización del aborto en el Ecuador para víctimas de violencia sexual. *Rev. Arbitrada de Ciencias Jurídicas*, 5(8), 430-445.
- Varea, M. (2018). *El aborto en Ecuador: sentimientos y ensamblajes*. Quito: Flacso.
- Varea, M. (2019). *El aborto en Ecuador: sentimientos y ensamblajes*. Quito: FLACSO.

Zambrana, N. (2015). Aborto y derecho a la vida: reflexiones sobre el reciente anteproyecto de reforma de la ley del aborto en España. *Rev. Jurídica España*, 1-16.