

Elementos para el debate acerca del aborto como derecho o como delito



Bolaños, Daniela; Franco, María Noelia; Rojas, Jessica

 **Daniela Bolaños**
daniela.bolanos.der@uisek.edu.ec
Universidad Internacional SEK, Ecuador

 **María Noelia Franco**
abnoeliafrancovillon@gmail.com
Universidad de Guayaquil, Ecuador

 **Jessica Rojas** jessica.rojas@untrm.edu.pe
Universidad Nacional Toribio Rodríguez de
Mendoza de Amazonas, Perú

LEX, Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas

Centro de Investigación y Desarrollo Ecuador, Ecuador

ISSN: 2631-2883

ISSN-e: 2631-2883

Periodicidad: Trimestral

vol. 5, núm. 17, 2022

editor@revistalex.org

Recepción: 03 Marzo 2022

Aprobación: 14 Julio 2022

Publicación: 17 Agosto 2022

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/622/6223436001/>

Resumen: El aborto es uno de los puntos más polémicos en el debate jurídico contemporáneo del que no está exento Ecuador. Las posiciones que se han tomado han involucrado principios morales, filosóficos, bioéticos, antropológicos y específicamente legales. El punto crucial de la discusión puede focalizarse en si el aborto puede considerarse un derecho de la Mujer o si, al contrario, constituye un delito, al afectar un derecho fundamental consagrado y garantizado por la Constitución Nacional, como es el derecho a la vida. El presente artículo, tiene como objetivo sistematizar los argumentos respecto a la penalización del aborto. Para ello se procedió a una revisión documental de las leyes relativas al tema, posturas de organizaciones internacionales, así como textos de bioética y ciencias sociales que reseñan la discusión en varios países, para sistematizar las argumentaciones de diferentes documentos y material bibliográfico, que fueron analizados e interpretados mediante diferentes métodos. Como conclusión, se estima que la discusión ha puesto de relieve contradicciones aparentes entre normas de diferente nivel, así como diferencias ideológicas y filosóficas.

Palabras clave: Aborto, Derechos, Delito, Vida, Integridad del ser humano.

Abstract: Abortion is one of the most controversial issues in the contemporary legal debate of which Ecuador is not exempt. The positions that have been taken have involved moral, philosophical, bioethical, anthropological and specifically legal principles. The crucial point of the discussion can be focused on whether abortion can be considered a woman's right or whether, on the contrary, it constitutes a crime, as it affects a fundamental right enshrined and guaranteed by the National Constitution, such as the right to life. The purpose of this article is to systematize the arguments regarding the criminalization of abortion. For this purpose, a documentary review of the laws related to the subject, positions of international organizations, as well as bioethics and social science texts that review the discussion in several countries, was carried out in order to systematize the arguments of different documents and bibliographic material, which were analyzed and interpreted through different methods. In conclusion, it is considered that the discussion has highlighted apparent contradictions between norms at different levels, as well as ideological and philosophical differences.

Keywords: Abortion, Rights, Crime, Life, Integrity of the human being.

Resumo: O aborto é um dos assuntos mais controversos no debate jurídico contemporâneo, do qual o Equador não está isento. As posições que foram tomadas envolveram princípios

morais, filosóficos, bioéticos, antropológicos e específicamente legais. O ponto crucial da discussão pode ser focado se o aborto pode ser considerado um direito da mulher ou se, ao contrário, constitui um crime, pois afeta um direito fundamental consagrado e garantido pela Constituição Nacional, tal como o direito à vida. O objetivo deste artigo é sistematizar os argumentos a respeito da criminalização do aborto. Para tanto, foi realizada uma revisão documental das leis relacionadas ao tema, das posições das organizações internacionais, bem como dos textos de bioética e de ciências sociais que esboçam a discussão em vários países, a fim de sistematizar os argumentos de diferentes documentos e material bibliográfico, que foram analisados e interpretados através de diferentes métodos. Em conclusão, considera-se que a discussão evidenciou aparentes contradições entre normas em diferentes níveis, assim como diferenças ideológicas e filosóficas.

Palavras-chave: Aborto, Direitos, Crime, Vida, Integridade do ser humano, Vida, Integridade humana.

INTRODUCCIÓN

La despenalización del aborto es un tema polémico que abarca aspectos filosóficos, médicos, bioéticos, aparte de lo estrictamente jurídico. Pero en el aspecto legal, es fundamental traer a colación que la Constitución de la República del Ecuador de 2008 consagra en su Capítulo VI referido a los “Derechos de Libertad”, en su artículo 66 numeral primero, el derecho fundamental a la inviolabilidad de la vida, estableciendo que no habrá pena de muerte; mientras que el numeral 10 del artículo ya mencionado, señala que, en relación a las mujeres, ellas tienen: “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” (República del Ecuador, 2008).

La coexistencia de ambas normas, una que consagra el Derecho a la Vida, y otra que establece el Derecho a la Libertad Reproductiva, constituye un dilema jurídico, además de que en el Código Orgánico Integral Penal (República del Ecuador, 2014) se establecen excepciones en la penalización del aborto, tanto de la persona que lo práctica, como de la mujer que consiente su realización, motiva una interpretación para salvaguardar la coherencia de las leyes y remite a una reflexión filosófica y moral, además de estrictamente de hermenéutica de las normas jurídicas, pues se trata de definir criterios para resolver esta contradicción o establecer la prevalencia de un derecho y superar las incongruencias posibles que se suscitan cuando las disposiciones se refieren a la excepción de punibilidad en algunos casos.

Resulta de gran interés interpretar esta tipificación del aborto del COIP y el establecimiento de excepciones a las sanciones, frente al derecho a la vida consagrado en la Constitución Nacional (República del Ecuador, 2008), y las implicaciones desde el punto de vista científico, moral y jurídico, que tiene la interrupción del embarazo (aborto) con o sin consentimiento de la mujer. Por una parte, está la consideración médica a la situación de peligro de vida para la mujer, lo cual remite la discusión acerca de la prioridad del derecho a la vida entre la de la mujer, y la del feto. Por otra parte, la consideración hacia el aborto

en condiciones de violación o de debilidad mental de la mujer, se argumenta el oprobio y el sufrimiento de la madre en esas condiciones, lo cual son atentados contra su dignidad e integridad.

En varios países del mundo, como México, Argentina, Cuba, Estados Unidos, Dinamarca, Suecia, Austria y Francia, entre otros, se ha aprobado la despenalización del aborto, en medio de un debate donde los movimientos abortistas asumen que se trata de una reivindicación de un derecho de la mujer, mientras que las posiciones en contra alegan que ello va en contra del derecho universal a la vida. Al mismo tiempo, diversos movimientos autocalificados como “feministas” han hecho sus demandas en el sentido de reconocer el aborto como derecho, mientras la legislación de algunas nacionales y documentos de organizaciones internacionales lo han planteado como medida aceptable legalmente dadas ciertas circunstancias tales como violación de la mujer o situaciones graves de salud que pongan en riesgo la vida de la madre. Este debate pone en juego la confrontación de diversas concepciones y perspectivas de las diferentes posiciones filosóficas, morales y legales, expuestas respectivamente en textos de pensadores, dirigentes feministas, leyes y sentencias jurídicas.

Abordar el tema tiene su justificación por la actualidad del debate en todo el mundo y específicamente en América Latina, donde la tendencia hacia la despenalización del aborto ha sido aprobada, en medio de grandes debates, en varios países, tales como Argentina, México, Cuba y Uruguay, entre otros. Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas recomienda la legalización del aborto al menos en casos de violación, incesto, amenazas contra la vida y/o la salud de la madre, o en casos de severas malformaciones fetales, así como proporcionar a las mujeres el acceso a servicios posteriores al aborto que sean de calidad.

El punto principal del análisis es si efectivamente, es acertado, desde el punto de vista jurídico, despenalizar la interrupción del embarazo, y si se puede y cómo articular con la garantía constitucional de la inviolabilidad de la vida. En este sentido, las posiciones se agrupan entre los que rechazan en su totalidad la posibilidad de despenalizar el aborto en cualesquiera circunstancias, aquellos que lo aceptan en condiciones establecidas en la ley (como el caso de violaciones, por proteger la vida de la madre o por discapacidad mental de la mujer embarazada) o los que se acogen a la garantía del derecho de la Mujer a su cuerpo, que es la opinión que adelantan movimientos feministas en el continente (Bergallo, 2018).

El tema constituye una gran controversia política, social y jurídica, en virtud de que se encuentra en juego el respeto de los derechos fundamentales de las personas, como la libertad de las mujeres a decidir continuar o no con un embarazo y la protección del bien más preciado que tiene el ser humano que es la vida.

Con las anteriores referencias se intenta mostrar que existen alegatos contundentes a favor de que existe vida desde el momento de la concepción, que se puede reconocer como persona al ser humano que se encuentra ese momento en el vientre de su madre, al reconocerse como persona, se están reconociendo todos los derechos civiles que se tiene los seres humanos

MÉTODO

Esta investigación se realizó mediante una revisión documental, sistematizando los alegatos y argumentaciones de diferentes documentos y material bibliográfico, que fueron analizados e interpretado mediante diferentes métodos lógicos. Los documentos utilizados fueron textos jurídicos: la Constitución Nacional, el COIP y sus reglamentos, así como documentos de organismos internacionales, artículos de tratadistas del Derecho y la medicina en relación al tema y textos que analizan el debate en otras partes del Continente. De esos documentos se extraen los conceptos, datos y explicaciones, que serán confirmados en su coherencia lógica y jurídica, mediante los métodos analítico, inductivo, deductivo, y se somete a la interpretación o método exegético o hermenéutico.

Para establecer consistencia lógica de los textos jurídicos se debe utilizar en primer lugar, el Método Analítico el cual separa y distingue los elementos de un todo, una norma de un cuerpo de leyes, o una frase en medio de un enunciado, para poder desglosar sus significados. Esto posibilita, por ejemplo, observar los derechos y garantías constitucionales de cada individuo, puntualizándolos, detallándolos, indicándolos, poniendo de manifiesto la parte positiva y negativa del problema planteado, para a continuación estudiarlo y desarrollarlo en forma ordenada, objetiva e imparcial.

Como complementario del anterior, el método inductivo parte de estudios específicos y sobre todo de hechos prácticos alcance conclusiones que explicaron los fenómenos investigados. Le sigue el método deductivo que consiste en el proceso mediante el cual se parte de enunciados generales o universales, para poder obtener conclusiones y recomendaciones particulares.

Por otra parte, el método exegético, hermenéutico o interpretativo se hace pertinente cuando se hace necesario restablecer la coherencia lógica y semántica de textos que aparentemente tienen cierta incongruencia. Se utilizó la interpretación, propia de la hermenéutica jurídica, en aquellos momentos en que aparece una posible contradicción entre formulaciones textuales, para poder resolver la discordancia aparente en un nuevo nivel de coherencia textual. Así mismo, se tomó en cuenta propiedades textuales como inclusión en un capítulo o sección, titulado con el tema en cuestión, así como la contigüidad de los artículos de las normas y la utilización de una conceptualización específica que la misma ley pueda esclarecer. La interpretación tenía que ver con criterios como: la coherencia entre las normas en el todo de la ley, la inclusión en capítulo, títulos o apartes del texto de la ley, la resolución de aparentes contradicciones en la extensión de la aplicación de la norma, la referencia a normas anteriores o más generales y el uso o semántica de los conceptos específicos (Todorov, 1981)

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La Constitución de la República del Ecuador establece como derecho fundamental la inviolabilidad de la vida. En la redacción del artículo correspondiente, continúa a esta declaración consagratoria, la prohibición de la pena de muerte. Pero, si se extiende universalmente este derecho consagrado constitucionalmente, debiera proteger también la vida del niño, en los casos de práctica del aborto, incluso en su fase de feto, embrión o incluso desde el

momento de su concepción. Así, para este enfoque ginecológico y bioético, un ser humano existe, y debe garantizársele el derecho a la vida con la figura de “no nacido”, desde la fecundación, la formación del cigoto, la entrada de la mórula en la cavidad uterina, la fase del embrión, su implantación en la pared uterina a los siete días de la fecundación; luego en su etapa de feto. En este proceso la materia recibida de los progenitores da lugar a una unidad celular con características propias de inicio de vida individual o sea la característica genética del nuevo individuo con un fenotipo característico. El no nacido es pues un ser humano distinto a sus padres, con su propio código genético y su propio sistema inmunológico (Uzcátegui, 2013).

Si el no nacido ya es un ser humano y sujeto del derecho a la vida, su muerte debe ser sancionada. En este sentido, la legislación ecuatoriana penaliza el aborto en los casos de muerte de la mujer, sea el acto consentido o no. De este modo, se establecen penas determinadas, pero, al mismo tiempo, no es un hecho punible si el aborto se produce en vistas de peligro de muerte para la mujer, si el embarazo es producto de una violación y si la madre tiene discapacidad mental. El aborto está contemplado en el Código Orgánico Integral Penal (República del Ecuador, 2014), aparece el tema del aborto en el Capítulo segundo sobre los delitos contra los derechos de la libertad, sección primera: “delitos contra la inviolabilidad de la vida”. El tema aparece específicamente en los artículos 147 al 150.

A propósito de la muerte por aborto, el mencionado instrumento legal establece que la persona que le haya aplicado a una mujer y le cause la muerte, será sancionada con pena privativa de libertad que iría de siete a diez años, en caso de que la mujer haya solicitado o consentido el procedimiento, y de trece a dieciséis años si se realiza la operación sin consentimiento de la voluntad de la mujer embarazada (artículo 147). Por otra parte, acerca del aborto no consentido, se establece, en el artículo 148, como pena a serán cinco o siete años de prisión para la persona que proceda al aborto sin consentimiento de la mujer embarazada como pena. Si los medios empleados no han tenido efecto, se sancionará igual por considerarse una tentativa (República del Ecuador, 2014, pág. 27)

Además, se legisla, en el artículo 149 acerca del aborto consentido, estableciendo, para la persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, una pena privativa de libertad de uno a tres años. La mujer también sería privada de su libertad durante un lapso de entre seis meses a dos años (República del Ecuador, 2014, p. 27).

Por otra parte, el mismo COIP establece en su artículo 150 que el aborto no será punible en dos casos: si se aplica, con el consentimiento de la mujer embarazada, para evitar un peligro a la vida de la mujer embarazada y si el embarazo es consecuencia de una violación o la mujer embarazada padece de discapacidad mental (República del Ecuador, 2014, p. 27). Es decir, que en el COIP el aborto, aunque es considerado como delito contra la inviolabilidad de la vida, puede ser no punible si se cumplen alguna de las condiciones establecidas en el artículo 150 citado.

Cabe destacar que el artículo 144, del mismo Código Orgánico Integral Penal dice en su artículo 144, titulado “Homicidio”, que la persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años. Interpretando para extender el derecho de la vida al no nacido como ser humano, se debiera también privar de la libertad a las personas que hagan abortar a una mujer en contra de su

voluntad y ser castigadas no solo porque han realizado o han tenido tentativa de causar un daño a la mujer, sino porque realizaron un homicidio o hay tentativa de homicidio de un niño (República del Ecuador, 2014).

Otro tema que entra en el debate es la relevancia del garantismo del Derecho a la Vida, ya que como se demuestra en la ponderación, el Derecho a la Vida prima sobre los demás derechos, por lo cual la práctica del aborto en cualquier de sus formas y especialmente la del aborto no punible, demuestra que existe un abuso de su figura, protegiendo más la vida de la Madre que la del no nacido, por lo cual las reformas deben buscar ponderar el derecho a la Vida de la Madre como el derecho a la vida de su no nacido.

La Constitución de la República del Ecuador, aunque es la carta constitutiva de una nación soberana, se halla enmarcada por normas y acuerdos internacionales que también consagran los derechos humanos. Esos documentos también consagran y refieren los Derechos de los seres humanos a la vida. Así, La Declaración Universal de Derechos Humanos, asumida por todos los miembros de la Organización de las Naciones Unidas, de la cual forma parte Ecuador, en su tercer artículo señala: Que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (Organización de las Naciones Unidas, 1948). Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala en su Art. 6 que: El derecho a la vida es inherente a la persona humana (Organización de las Naciones Unidas, 1966).

Otros documentos jurídicos vigentes, con los cuales se encuentra comprometido el Estado del Ecuador en virtud de tratados internacionales, consagran el derecho a la vida, como la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre dispone en su Art. 1 que: Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y la integridad de su persona (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1948). También la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su Art. 4 numeral 1 establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente (Organización de Estados Americanos, 1969). En virtud de ello, su artículo 5 consagra el Derecho a la Integridad Personal, por el cual toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; y nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano (Organización de Estados Americanos, 1969).

Estas normas nacionales e internacionales se basan en principios elaborados en el pensamiento filosófico, las principales creencias religiosas y las concepciones morales que tienen proyección universal. De hecho, las tres religiones monoteístas del mundo, en sus diferentes variantes, el cristianismo, el islam y el judaísmo, conciben la vida, la dignidad y la integridad humanas como dones de Dios mismo. Aparte de otros textos de esas tradiciones espirituales, es pertinente mencionar declaraciones antiguas y actuales de la Iglesia Católica en los cuales se rechaza el aborto en relación al respecto de la dignidad y la integridad de la vida humana. De esta manera, el Concilio Vaticano II (6) establece que Dios, Señor de la vida, confió al hombre el excepcional ministerio de perpetuar la vida, con tal que lo cumpliera de una manera digna del hombre. Por consiguiente, la vida

desde su misma concepción se ha de proteger con sumo cuidado: el aborto y el infanticidio son crímenes nefandos (Concilio Vaticano Segundo, 1993).

Las concepciones filosóficas en cuanto al respeto de la vida antes del nacimiento del ser humano, tienen su principal fundamento en la dignidad humana. Desde una perspectiva, laica y racionalista, esa dignidad reside en el hecho de que el Ser Humano es el objetivo último de toda razón práctica, lo cual es el fundamento de toda moral del deber (Kant, 1986). Las diversas formas del humanismo filosófico, que es una tradición que arranca desde los antiguos griegos, pasando por los pensadores modernos hasta nuestros días, han fundamentado esa dignidad humana (Ferry, 2007).

Desde un punto de vista espiritual y religioso, la dignidad de la vida humana se basa en la peculiar y singularísima relación que une al hombre con el Ser fundamental y fundamentante, con la Suprema realidad irrespectiva. Un nexo de amor concluye y cierra la grandeza de ese ser concreto único, hasta ahora, en el universo visible llamado hombre. “Alguien delante de Dios y para siempre”, como apuntaba Kierkegaard. Alguien que desde el mismo instante de su concepción en el seno materno estaba destinado a ser un eviterno interlocutor del amor divino (Binetti, 2005).

Siguiendo en la reflexión filosófica de Binetti, este aboga por el derecho a la vida desde el mismo momento en que se “conjugan el espíritu del ovulo y el espermatozoide” aun teniendo limitaciones o algún tipo de problema físico “debiera ser sujeto y objeto de amor y no de técnica abortiva; porque es un ser humano, porque tiene derecho a la vida con capacidad de goce, aunque no de ejercicio de sus derechos y porque carece de culpa personal por cualquier desmán, atropello, violación o problema de sus progenitores (Binetti, 2005).

El debate no solo es visto desde la legalidad también este debate interviene la reflexión filosófica e inevitablemente la reflexión moral, planteando que el no nacido tiene derechos que no pueden ser violados ni siquiera en el caso del aborto denominado terapéutico, proponiendo el respeto a la vida humana como un regalo Divino y que no se puede prestar a prácticas sin brújulas éticas.

Desde el punto de vista de Binetti (2005) toda vida ya viene definida con su principio y un fin. Con esta premisa, se razona que cada vida tiene un desarrollo individual, que no es parecido a otro y este desarrollo inicia desde la fertilización hasta que muere, todo este proceso confirma que, según es autor, es que del acto de unión de un hombre y de una mujer, o sea un ovulo y espermatozoide humano, solo nace otro ser humano, con sus propias características e individualidad.

Analizando estos principios, el aborto, se puede considerar como la anulación del amor a la persona procreada y el procedimiento del aborto puede ser considerado un acto criminal y las que se someten a este acto y quienes lo ejecutan los convierte en sujetos activos y cómplices. Sostiene el autor que el aborto tiene varios efectos moral y jurídicamente írritos, pues acaba la vida del embrión o del feto, daña gravemente la dignidad y la honestidad de las personas, tanto de la mujer que lo permite, como del individuo que lo practica, además de constituir una ofensa contra la índole personal del Ser supremo. En este punto, señala el autor un argumento teológico al sostener que el “ordo amoris”, establecido por Dios, es el único adecuado a la grandeza y dignidad de la persona, el cual no debe ser desplazado y reemplazado de modo incondicional y absoluto por la sinrazón de la técnica o tecnología asesina (Binetti, 2005).

El debate acerca de la legitimidad y despenalización del aborto se ha presentado en varios países de América Latina, tales como México, Argentina, Colombia, entre otros, donde se han esgrimido aproximadamente los mismos argumentos por parte, tanto de los defensores de su sanción, como los partidarios de su legalización. Como afirma Bergallo (2018), el balance del debate es desigual y hasta contradictorio en los países de América Latina, pues, mientras en algunos las legislaciones avanzan hacia la liberalización con ritmos y éxitos dispares, como ocurrió en Uruguay o en Chile, en otras naciones más bien primaron restricciones conservadoras, según sucede en El Salvador o en Nicaragua. Incluso allí donde la liberalización progresa lentamente, como en la Argentina, Bolivia, Colombia, México o Perú, las propuestas de despenalización y sus oposiciones se combinan en dosis variadas, mientras se observan espacios de legalidad e ilegalidad, de oferta de servicios seguros y de ausencia absoluta de ellos. Las tramas del aborto en América Latina son pues contradictorias y diversas, tan contradictorias y diversas como estas sociedades (Bergallo, 2018)

Discusión

Durante la investigación se logra poner en evidencia, al menos en el proceso de lectura de los textos jurídicos, una incongruencia aparente entre los derechos consagrados en la constitución: el derecho a la vida y los derechos de la mujer, al no hacer punible, con sanciones análogas a las aplicables al homicidio, la práctica del aborto, tanto en el caso del individuo que lo aplica, como en el caso de la mujer que lo consiente o lo busca. Esta aparente incongruencia entre la excepción a la aplicación de la sanción correspondiente a un posible homicidio a los sujetos culpables de practicar aborto, y la consagración constitucional del derecho a la Vida y a la Integridad de la persona humana, motiva una interpretación o hermenéutica jurídica.

En este sentido, se puede interpretar, análogamente, que lo que representan las normas acerca del aborto en Ecuador, es la defensa de los derechos de la mujer, por encima de los derechos del que está por nacer. En el caso del aborto no consentido, se está afectando a la mujer en sí y a su hijo, que es una persona reconocida por Ecuador, y ante eso no hay ninguna pena. Una postura antiaborto podría llamar la atención ante la aparente contradicción legal textual entre el castigo al no consentimiento yendo contra la voluntad de la mujer, pero no se castiga o se pena, realizar injustificadamente lo que pudiera tipificarse, desde el punto de vista de la defensa del derecho absoluto a la Vida, como un homicidio. Desde ese punto de vista, se puede señalar que los legisladores obvian que la ley está hecha para defender a todos los ecuatorianos, no que solo se vea por el bien de la mujer.

Una manera en que, de acuerdo a la hermenéutica jurídica, pueden resolverse aparentes contradicciones en los textos legales, como el que se presenta entre los derechos de la mujer y el derecho a la vida, es atender al nivel de generalidad o universalidad de cada norma. Se toma en cuenta el grado de universalidad de la norma y su adecuación a los posibles casos que se presentasen, lo cual abre la posibilidad de aplicaciones particulares que atiendan a la casuística y al menor daño o afectación de las garantías de cada quien. Así, la máxima universalidad la ostenta la garantía a la Vida y a la Integridad. Esta garantía vale tanto para la mujer embarazada como para el niño.

En este sentido, cabe una interpretación casuística, en los casos en que, de que mantener el proceso de parto normal no pueda garantizarse médicamente la vida de la mujer y ni siquiera la supervivencia o el bienestar del niño, feto o embrión. Esto ocurre cuando el producto de la concepción tiene defectos congénitos y genéticos graves, o cuando el parto es especialmente peligroso para la salud de la mujer. Otro caso que ha de considerarse es el que pone en riesgo la integridad física y moral de la mujer, debido a que fue objeto de violación, lo cual ya es de por sí un daño a sus derechos, pues se continúa el agravio en la vida y se establece una continuidad con un hecho írrito para con los derechos de la Mujer.

Las discusiones que, en varios países de América Latina, pueden aportar acerca de esta interpretación y su análisis crítico. De esta manera, se observa que, desde mediados de la primera década del siglo XXI, varias normas latinoamericanas hacían no punible el aborto si se hallaba en peligro la vida de la mujer embarazada y en caso de violación, tal y como se establece en el COIP ecuatoriano. Estas disposiciones se encuentran en armonía con llamados de la ONU al respecto. Efectivamente, de acuerdo a las declaraciones de ONU en relación a políticas de población y desarrollo, los órganos de derechos humanos han propuesto una orientación clara sobre cuándo se requiere despenalizar el aborto y han puesto énfasis en que el acceso al aborto es un asunto de derechos humanos.

Asegurar el acceso a estos servicios, de conformidad con los estándares de derechos humanos, es parte de las obligaciones del Estado para eliminar la discriminación en contra de las mujeres y garantizar el derecho de éstas a la salud, así como a otros derechos humanos fundamentales. La mayoría de los países en el mundo establecen ciertas instancias en las cuales el aborto es legal. Unos pocos países han promulgado una prohibición total del aborto. En otros Estados, el aborto está altamente restringido, pero generalmente existe una excepción para el procedimiento, por ejemplo, con el fin de salvar la vida de una mujer, o en casos de violación, incesto o malformación fetal. La mayoría de los países poseen leyes más tolerantes sobre el aborto, permitiendo el procedimiento sin restricción o con restricciones que toman en cuenta la salud física y mental de la mujer, así como también las razones económicas o sociales (Organización de las Naciones Unidas, 1999).

Los órganos internacionales de derechos humanos han calificado las leyes que penalizan el aborto como discriminatorias y como un obstáculo para que las mujeres tengan acceso a atención médica. Han recomendado que los Estados eliminen todas las disposiciones punitivas hacia las mujeres que se han sometido a abortos. Estos organismos también han solicitado que los Estados permitan el aborto en ciertos casos. La jurisprudencia de los órganos creados en virtud de tratados ha indicado claramente que negar el acceso al aborto a las mujeres cuando existe una amenaza a la vida o salud de la mujer, o cuando el embarazo es el resultado de una violación o de incesto, viola los derechos a la salud, a la privacidad⁵ y, en ciertos casos, a ser libres de tratos crueles, inhumanos y degradantes. Que el aborto legal debe ser seguro y accesible también es una postura apoyada por compromisos políticos asumidos por los Estados en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD), llevada a cabo en El Cairo en 1994 (Organización de las Naciones Unidas, 1999).

En dicha Conferencia, los Estados reconocieron el aborto en condiciones de riesgo como una importante preocupación de salud pública y se comprometieron

a reducir la necesidad de abortos a través de servicios de planificación familiar más amplios y mejores, a la vez que reconocieron que, en los casos en que el aborto no fuera contrario a la ley, éste debía practicarse en condiciones adecuadas.⁷ La Plataforma de Acción de Beijing, que fue acordada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en 1995, también afirmó esto.⁸ La revisión y evaluación de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la implementación de la CIPD en 1999 acordó asimismo que, en los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los sistemas de salud deben capacitar y equipar a quienes prestan servicios de salud y tomar otras medidas para asegurar que el aborto se realice en condiciones adecuadas y sea accesible. Se deben tomar medidas adicionales para salvaguardar la salud de la mujer (Organización de las Naciones Unidas, 1999).

En Brasil se inició en 2012 una querrela ante el Tribunal Supremo para despenalizar el aborto en caso de niños con malformaciones fetales congénitas, lo cual no permitía que extendiera su vida. Ya desde 1996, se había propuesto una reforma legislativa por la cual se autorizaba la interrupción del embarazo cuando el producto de la concepción no presentase condiciones de sobrevivencia como consecuencia de una malformación congénita. Se alegó en aquella ocasión que continuar el embarazo en esas condiciones constituía una violación de la integridad física de la muerte e incluso era una variedad de tortura.

Las posiciones antagónicas con esta propuesta sostuvieron, por su parte, el principio de la humanidad del producto de la concepción y el respeto a la inviolabilidad de la vida y a su integridad (Rodríguez de Asis Machado, 2018).

Otra situación, muy distinta, se dio en México, donde en su ciudad capital el aborto es legal desde 2007, durante las primeras doce semanas de la gestación. Hasta esa fecha, los únicos casos de aborto considerados no punibles en México era si la mujer había sufrido una violación, si el embarazo ponía en riesgo su vida o si se trataba de un aborto imprudencial, es decir, sin intención de la gestante. Luego de un complejo proceso, donde las legislaciones estatales echaban para atrás estas disposiciones proabortos, mientras se caldeaba un debate político y jurídico en torno al tema, que derivó en nuevos avances en la despenalización y la obligación de una intervención de las instituciones de salud en el proceso abortivo. De modo que la constitución Ecuador combina restricciones al aborto y legalización con asistencia estatal en la capital de la República. Las posturas básicas de las intervenciones en pro y en contra de estas normativas, fueron esencialmente las mismas del debate brasileiro: de un lado, la defensa irrestricta del derecho a la vida y su integridad del ser concebido, por el otro, los derechos reproductivos de la mujer (Soria, 2018).

Esta polarización de las opiniones coincide con la que describe, desde el punto de vista de la filosofía ética, Ortiz Millán (2009), quien señala que en principio hay una oposición básica entre los exigen y los que rechazan la penalización del aborto. Pero, en realidad, señala el autor, debe haber una matización entre estas posiciones opuestas, pues el asunto del aborto habría que verlo como una gradación y que la mayoría de la gente se encuentra en algún lugar entre los dos extremos (Ortiz Millán, 2009, p 17). Además, no parece que la polarización de posiciones ayude al diálogo racional y a la posibilidad de llegar a algún tipo de compromiso consensuado.

Para el conservador extremo, la premisa principal es que el cigoto es un ser humano completo desde el momento de la concepción y que es sujeto del derecho

a la vida y su integridad, que derrotaría a cualquier otro derecho con el que entrara en conflicto (Ortiz Millán, 2009, p. 20). Para esta postura, caracterizada como conservadora, sólo sería permisible el aborto (terapéutico) cuando está en riesgo la vida de la madre. Este aborto suele fundarse en la “doctrina del doble efecto”, según la cual, si para salvar la vida de la madre hay que realizar un aborto, entonces el mismo está permitido (Ortiz Millán, 2009, p. 22).

A diferencia de la posición caracterizada como conservadora extrema, que sólo acepta el aborto terapéutico, el “moderado” aceptaría, según el autor citado, también el eugenésico (malformaciones congénitas) y por violación, aunque tiene grandes dificultades para aceptar —como ocurre entre liberales extremos y moderados— el aborto por problemas económicos y fallas en los métodos anticonceptivos.

Por otro lado, la posición liberal extrema según Ortiz Millán (2009) destaca que es central para la discusión el mayor valor del derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, sobre su plan de vida, y realizarlo. Este derecho se asocia con otros, tales como privacidad, integridad corporal, dignidad, igualdad, no discriminación por razón de género, libre desarrollo personal, sexualidad y de reproducción. Estos derechos deben prevalecer porque son los derechos de una persona nacida y no de una persona potencial; por lo tanto, este liberal extremo niega que sea aceptable atribuir derechos al feto.

Además del argumento de los derechos, el liberal en general utilizaría argumentos basados en las consecuencias que se siguen de considerar ilegal el aborto, por ejemplo, los fuertes índices de morbi-mortalidad materna; por lo tanto, el aborto es también (o primordialmente) un problema de “salud pública”, de derecho a la salud que debe garantizárseles a las mujeres (Ortiz Millán, 2009).

El Código Civil de la República del Ecuador ha optado por la teoría de la ficción; a pesar de esto, no ha sido posible equiparar al non-nato con el nacido en su totalidad, por lo que persona y sujeto de derecho en su amplia connotación, será únicamente quien haya nacido de acuerdo a los requisitos determinados en la ley. Por otra parte, la Constitución de la República, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (1998) e instrumentos internacionales, protegen y garantizan derechos del que está por nacer desde la concepción, considerándolo a partir de este evento como un sujeto de derechos; del mismo modo relacionan a la persona con el ser humano y a este con el no nacido, lo cual ha derivado en una grave contradicción de normas, impidiendo otorgar una eficiente y adecuada tutela jurídica al que se encuentra por nacer.

Una vez que se ha hecho referencia al estatus que mantiene el no nacido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, es inevitable indicar que, si bien existe una contradicción de normas jurídicas, no es posible negar la protección del que está por nacer, por lo que se ha instituido el principio de protección legal de vida en distintos textos internacionales y constituciones. Con relación a lo indicado, la Constitución ecuatoriana no es la excepción, por lo que dicho principio se halla implícito al señalarse que: “El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”. (República del Ecuador, 2008)

Pese a lo explícito que la constitución en garantizar el derecho a la vida “incluso desde la concepción” en el artículo 66 de la misma constitución ecuatoriana, dice: Se reconoce y garantizará a las personas: El derecho a tomar decisiones libres,

responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener...” (República del Ecuador, 2008)

Estos dos articulados son los dos alegatos que presentan los que están a favor y en contra del aborto como derecho, permitiéndose, por la amplitud de sus conceptos, la interpretación y decisión de acuerdo a presiones sociales, éticas y morales de quien debe ejercer la aplicación de la ley

Por un lado, se sostiene que la prohibición al aborto impide a las mujeres el acceso a los servicios de salud y que obliga a las mujeres a realizar el aborto en la clandestinidad incumpliendo protocolos médicos como los que ya se analizaron anteriormente, y se incumplen también las reglas de higiene, lo que pone en peligro su vida y su salud.

Para respaldar todos estos argumentos, sus partidarios se apoyan en las estadísticas relativas al alto índice de mortalidad materna por causa de los abortos clandestinos.

En el caso del aborto terapéutico, que es uno de los dos tipos de abortos que permite el nuevo Código Orgánico Integral Penal (2014), se señala que la prohibición del aborto en estos casos equivale a imponer una pena de muerte a la mujer, pues el concepto es que si la mujer sigue con un embarazo riesgoso pone en peligro su vida y salud.

La otra posición pro penalización del aborto plantea que incluso, en un aborto practicado con los requerimientos clínicos necesarios, se sigue poniendo en riesgo la vida de una mujer por una simple expectativa de vida como se lo considera legalmente al niño que está por nacer. Lo que las mujeres deben entender es que primero todo aborto supone un riesgo, independientemente de las condiciones en el que se practique. Cuando se induce a un aborto terapéutico es porque la ciencia supone que la vida de la madre está en riesgo, pero el embarazo esta dado, la mujer en ese momento ya no tiene derecho de libertad ni de decisión, es un ser vivo ahora que también tiene derecho a vivir y a ser sano. Nadie puede ser obligado a hacer algo prohibido, si el aborto para la ley es prohibido en casi todos sus casos

CONCLUSIONES

Efectivamente, puede identificarse una incongruencia entre el derecho absoluto y universal a la vida, consagrado en la Constitución Nacional de Ecuador, y la no penalización de ciertos casos de aborto en la legislación penal del país. Siendo el Ecuador un Estado constitucional de derechos, donde se entiende que los derechos garantizados en la Constitución de la República deben primar sobre cualquier ley o reglamento inferior, se evidencian contradicciones ya que existen normas inferiores que no respetan el ámbito de protección constitucional.

Al analizar lo que proclama la legislación, queda enfáticamente claro que el derecho a la vida desde la concepción está garantizado, no solo en la Constitución sino en los tratados internacionales sobre derechos humanos que Ecuador ha suscrito desde hace mucho tiempo atrás. Pese a que el Código Civil fue creado hace mucho tiempo y su normativa no ha sido derogada o reformada adecuadamente en la actualidad, este respeta y garantiza el derecho a la vida, al igual que códigos como el de la Niñez y Adolescencia o la ley Orgánica de la Salud.

Varias de las normas bases de Ecuador defienden los derechos de los grupos más vulnerables, específicamente de las niñas o niños no nacidos, pues no solo que garantiza su derecho a la vida, sino que también le reconoce derechos como el de la salud, bienestar, alimentación, protección desde el vientre materno a través de su madre. Cuando un grupo de leyes se aprueban, como en el caso del Código Orgánico Integral Penal, es obligación de los legisladores capacitarse e informarse sobre la funcionalidad del Estado constitucional de derechos y sobre la importancia de las leyes y tratados pre existentes y de la jerarquía de estos sobre el código que se redactó.

Si bien el Código Orgánico Integral Penal, aprueba solo dos casos en los que el aborto no es penado ni sancionado no menos cierto es que un código orgánico está por debajo de la constitución y la constitución de 2008 garantiza el derecho a la vida de los ecuatorianos, desde la concepción, sin ninguna excepción. En todo caso, los casos de contradicción aparente entre dos normas jurídicas en un mismo texto, como el caso de la Constitución, o entre ella y una ley específica, toca acudir a la Corte Suprema para solicitar un recurso de interpretación aplicando la hermenéutica jurídica, que aclare la validez de la aplicación de una norma y sus diferentes modalidades posibles

REFERENCIAS

- Bergallo, P. J. (2018). *El aborto en América Latina*. México: Siglo XXI.
- Binetti, M. (2005). *Un análisis al pensamiento de Soren Kierkegaard*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra S.A.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1948). *Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre*. Washington: OEA.
- Concilio Vaticano Segundo. (1993). *Documentos completos del Concilio Vaticano II*. Bogotá: Impresor Sociedad de San Pablo.
- Ferry, J. (2007). *Aprender a vivir*. Madrid: Santillana Editores.
- Kant, E. (1986). *Crítica de la razón práctica*. Barcelona: Orbis.
- Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Washington: OEA.
- Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General*. Paris: ONU.
- Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*. New York: Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas. (1999). *Resolución S-21/2 de la Asamblea General, Acciones clave para la ulterior implementación del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo*. New York: ONU.
- Ortiz Millán, G. (2009). *La moralidad del aborto*. México: Siglo XXI.
- República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: República del Ecuador.
- República del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: República del Ecuador.
- Rodríguez de Asis Machado, M. y. (2018). El movimiento pro y antiaborto en el Supremo Tribunal brasileiro. Marcos y estrategias argumentativas utilizados en la

- audiencia pública referente al feto anacefálico. En I. Bergallo, *El aborto en América Latina*. México: Siglo XXI.
- Soria, J. y. (2018). ¿Liberalización total? los retos del aborto en México. En I. Bergallo, P. Jaramillo Sierra, & J. Vaggione, *El aborto en América Latina* (págs. 139-152). México: Siglo XXI.
- Todorov, T. (1981). *Simbolismo e interpretación*. Caracas: Monte Ávila Editores.
- Uzcátegui, O. (2013). Derechos del no nacido. *Revista Obstétrica Ginecológica*, 77-79.