

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURIDICAS

“EL ANÁLISIS JURÍDICO DE LA EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA DEL
ABORTO TERAPÉUTICO”

CARMEN ALEXANDRA ERAZO SARZOSA

DIRECTOR: DR. RENE BEDÓN

AÑO 2014

**ABSTRACT DEL ANÁLISIS JURÍDICO DE LA EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA
DEL ABORTO TERAPÉUTICO**

El objetivo de esta investigación es entender cómo se valora el conflicto de intereses en la figura del aborto terapéutico, así como analizar quién toma la última decisión al momento de la realización del mismo, y cuáles son los presupuestos que se desenvuelven en torno a esta decisión.

Con esta investigación lo que se pretende es analizar cuáles son los criterios jurídicos utilizados por nuestra legislación y la valoración de intereses en conflicto dada por la misma en la figura del aborto terapéutico, con ello se pretende emitir un juicio valorativo en torno a cuál sería la correcta aplicación de la normatividad jurídica con respecto a la protección a la vida de estos dos sujetos que son la mujer gestante y el que está por nacer, en esta compleja figura del aborto terapéutico.

Adicionalmente a lo expuesto, el interés de esta tesina, es dar un aporte innovador al tema de la figura del aborto terapéutico con la ayuda de la investigación de campo, analizando casos del Ecuador y del exterior que puedan enriquecer la investigación y puedan ayudar a comprender el entorno social y jurídico en el que se desenvuelven este tipo de casos en el país, adicionalmente analizando estadísticas de muertes maternas se espera lograr responder al cuestionamiento de saber si es que esta norma es aplicable en la actualidad o si es que no tiene injerencia actual en la vida de la mujer gestante y de los médicos o personal de la salud autorizados a practicar estos procedimientos.

Para desarrollar esta tesina se utilizarán las técnicas de investigación tales como el método exegético, el método histórico-sociológico y el método comparativo. Así el método exegético que será utilizado a lo largo de esta tesina en el análisis de las normas jurídicas estudiadas a lo largo de esta investigación, dichas normas aplicables en el

ámbito nacional e internacional dependiendo del cuerpo normativo. También se hará uso del método histórico-sociológico cuando se haga un análisis de la evolución histórica del Código Civil y el Código Orgánico Integral Penal. Finalmente, se hará uso del método comparativo para hacer un análisis de legislaciones ecuatorianas y extranjeras en torno al aborto terapéutico y los elementos que se presentan en una legislación y otra, dichos elementos dignos de análisis.

El aporte innovador que se hace con esta investigación es la aplicación de casos reales así como estadísticas, análisis de la legislación nacional e internacional y doctrina, los mismos elementos que ayudarán a desarrollar el contenido de esta investigación de forma profunda y enriquecerán la misma.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	
1. DERECHO A LA VIDA Y SALUD DE LA MADRE SOBRE EL DERECHO A LA VIDA DEL NASCITURUS	5
1.1. TUTELA JURÍDICA DEL NASCITURUS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA COMO UN INTERÉS DIGNO DE PROTECCIÓN Y COMO REAL TITULAR DE DERECHOS SUBJETIVOS	5
1.2. TEORIAS DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL CONCEBIDO	16
1.3. ANÁLISIS HISTÓRICO DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO SOBRE LA CONCEPCIÓN Y EL QUE ESTÁ POR NACER COMO SUJETO DE PROTECCIÓN	21
1.4. ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA A PARTIR DEL AÑO 1989 EN CUANTO A LA CONFIGURACIÓN DE LA EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA DEL ABORTO TERAPÉUTICO	26
2. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIDA Y SALUD DE LA MADRE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	28

CAPITULO II

3. EL ABORTO Y SU IMPLICACIÓN JURÍDICA EN EL ECUADOR Y EN AMÉRICA LATINA. PRESUPUESTOS JURÍDICOS DEL ABORTO	30
3.1. EL DELITO DE ABORTO	30
3.1.1 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE ABORTO	32
3.1.2 CLASES DE ABORTO	36
3.1.3 EL ABORTO PUNIBLE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	37
3.1.4 EL ABORTO NO PUNIBLE EN LA DOCTRINA Y LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	39
4. TIPIFICACIÓN DEL ABORTO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA DE AMÉRICA LATINA	44
4.1. CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA	44
4.2. CÓDIGO PENAL FEDERAL MEXICANO	46
4.3. CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA	49
4.4. CODIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE	51
4.5. CÓDIGO PENAL DEL PERÚ	53

CAPITULO III

5. SITUACIÓN LEGAL DEL SUJETO ACTIVO EN EL ABORTO TERAPÉUTICO	55
5.1. SITUACIÓN JURÍDICA DEL MÉDICO QUE REALIZA EL ABORTO TERAPÉUTICO	55

6. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL PELIGRO EN LA VIDA O SALUD DE LA MADRE EN LA FIGURA DEL ABORTO TERAPÉUTICO	62
7. LA EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA CUANDO ESTÁ NO EXISTE EN LA LEGISLACIÓN DEL PAÍS, ANÁLISIS DE UN CASO EN EL SALVADOR	65
8. PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS VINCULADOS DE LA EXCUSA LEGAL DEL ABORTO TERAPÉUTICO	69
CONCLUSIONES	76
RECOMENDACIONES	82
BIBLIOGRAFIA	84

INTRODUCCIÓN

En el Ecuador, como bien señala la Constitución de la República, se protege el derecho a la vida de todos los seres humanos y por lo tanto, este derecho no excluye a ninguna persona por razón de edad, sexo o raza. Adicionalmente el Código de la Niñez y Adolescencia protege el derecho a la vida del que está por nacer desde la concepción y señala que es obligación del Estado, la sociedad y familia asegurar a todos los niños, niñas y adolescentes su supervivencia y desarrollo.

En nuestro país en el Código Orgánico Integral Penal existe una norma que señala que el aborto no es punible si es practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, siempre que exista consentimiento de la mujer embarazada o de los familiares íntimos o su representante legal cuando ella no pudiera prestarlo, si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no pudo ser evitado por otros medios de tal manera que esta norma penal remueve la culpabilidad a esta conducta tipificada en el Código Orgánico Integral Penal como antijurídica.

El tema de la ponderación que se le da al derecho a la vida de la madre sobre la protección a la vida del concebido sin duda constituye un aspecto fundamental que requiere ser tratado y analizado con gran seriedad y responsabilidad; es por ello que veo interesante abordar el tema en mi tesina, con el fin de lograr entender el cómo se valora este conflicto de

intereses en nuestro país y en las legislaciones del exterior para poder llegar a una idoneidad de aplicabilidad de la ley en este aspecto.

Otro cuestionamiento que deberá ser analizado en esta investigación es quién toma la última decisión al momento de la realización de un aborto terapéutico, y cuáles son los presupuestos que se desenvuelven en torno a esta decisión.

Con mi investigación lo que pretendo es analizar cuáles son los criterios jurídicos utilizados por nuestra legislación y la valoración de intereses en conflicto dada por la misma en la figura del aborto terapéutico, y pretendo con ello emitir un juicio valorativo de cuál sería la correcta aplicación de la normatividad jurídica a la protección a la vida de estos dos sujetos en esta compleja figura del aborto terapéutico.

Adicionalmente a lo expuesto, es de mi interés, dar un aporte innovador al tema de la figura del aborto terapéutico con la ayuda de la investigación de campo, analizando casos del Ecuador y del exterior que puedan enriquecer la investigación y puedan ayudarme a comprender el entorno social y jurídico en el que se desenvuelven este tipo de casos en el país, adicionalmente analizando estadísticas de muertes maternas. Espero lograr responder al cuestionamiento de saber si es que esta norma es aplicable en la actualidad o si es que no tiene una injerencia actual en la vida de la mujer gestante y de los médicos o personal de la salud autorizados a practicar estos procedimientos.

De conformidad con lo que establece la ley, en relación al peligro de salud y vida de la madre, sería importante esclarecer cuales son los casos en los que se podría considerar un aborto terapéutico y como ellos se determinan en nuestro país, así como en otros países del mundo utilizando la investigación de campo, los casos y la doctrina que serán de gran ayuda,

de tal manera que me permitan tener una percepción real de los hechos en la actualidad y como se aplica esta normativa jurídica en los mismos.

Para desarrollar esta tesina me ayudaré de las técnicas de investigación tales como el método exegético, el método histórico-sociológico y el método comparativo. Así el método exegético que será utilizado a lo largo de mi tesina en el análisis de las normas jurídicas estudiadas a lo largo de mi investigación, dichas normas aplicables en el ámbito nacional e internacional dependiendo el cuerpo normativo. También haré uso del método histórico-sociológico cuando haga un análisis de la evolución histórica del Código Civil y el Código Orgánico Integral Penal. Finalmente, haré uso del método comparativo para hacer un análisis de legislaciones ecuatorianas y extranjeras en torno al aborto terapéutico y los elementos que se presentan en una legislación y otra, dichos elementos dignos de análisis.

Mi tesina está conformada por tres capítulos, el primero que habla del derecho a la vida y salud de la madre sobre el derecho a la vida del nasciturus, en este Capítulo hago un estudio de la tutela jurídica del nasciturus en la legislación ecuatoriana, así como un análisis doctrinario de las diferentes teorías del concebido, continuando con un análisis histórico del Código Civil y del Código Orgánico Integral Penal para culminar este capítulo con un análisis de la protección jurídica de la madre en la legislación ecuatoriana.

El segundo capítulo señala la figura del aborto y sus elementos, las clases de aborto existentes en la legislación ecuatoriana, de las cuales se desprende el aborto punible y el aborto no punible que será objeto de estudio en detalle. Adicionalmente a esto se hace un análisis del aborto en la legislación comparada de América Latina, estudiado las legislaciones de Argentina, México, Colombia, Chile y Perú.

Finalmente el tercer capítulo, se enfoca en la figura del aborto terapéutico en detalle y su análisis considerando como primera parte de análisis al sujeto activo en la figura del aborto terapéutico, desde el punto de vista del médico y su papel dentro de los casos de aborto terapéutico. A continuación se analiza estadísticas y casos en el Ecuador y el Salvador y finalmente se termina con un análisis de la ponderación de derechos vinculados en la excusa legal del aborto terapéutico.

De tal manera que mi tesina contempla el análisis de la figura del aborto terapéutico desde varios puntos de vista normativos, doctrinarios, casuísticos, adicionalmente de una investigación de campo hecha con la finalidad de enriquecer el tema y ayudar a entender el entorno en el que se desenvuelve este presupuesto jurídico en la actualidad.

CAPITULO I

1. DERECHO A LA VIDA Y SALUD DE LA MADRE SOBRE EL DERECHO A LA VIDA DEL NASCITURUS.-

1.1. TUTELA JURÍDICA DEL NASCITURUS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA COMO UN INTERÉS DIGNO DE PROTECCIÓN Y COMO REAL TITULAR DE DERECHOS SUBJETIVOS.-

Para poder iniciar nuestro tema de estudio es indispensable esclarecer y reflexionar respecto a si nuestra legislación vigente, tutela, o bien se encarga de la “protección, amparación o defensa”¹ de aquel que está por nacer.

Debemos empezar por analizar cuál es la protección que se le da al nasciturus en nuestra legislación y si se le reconoce el derecho a la vida, integridad personal, salud y demás derechos inherentes a todo ser humano.

La Constitución del Ecuador en su artículo 45 señala:

¹ Cabanellas de Torres Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta, Argentina, 2001.

“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”

Adicionalmente el artículo 66 de la Constitución en la parte relativa a los derechos de libertad, señala:

“Se reconoce y garantizará a las personas: 1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte”²

Desde la Constitución de 1979, que omitía el reconocimiento de derechos subjetivos al que está por nacer, nuestro país ha experimentado dos procesos constituyentes en los cuales, por el contrario, decidieron introducir la obligación de reconocer al producto de la concepción derechos, o bien, finalmente hacer visible al que está por nacer. La Constitución de 1998 reconocía en su artículo la obligación estatal de garantizar la vida desde la concepción³, y la Constitución del 2008, tal y como se detalló con anterioridad, de cierta forma amplía el espectro de su tutela al aumentar las palabras “incluido el cuidado y protección desde la concepción”.

En referencia al artículo 66, donde se enumeran los derechos denominados de “libertad”, su texto en relación con la Constitución de 1998 no sufrió cambios.

El artículo 45 de la Constitución otorga la protección a la vida desde la concepción. Sin embargo, no se especifica cual es el momento de la concepción o que entender por este hecho humano. Según se desprende del texto constitucional el único derecho que otorga este cuerpo normativo al concebido es el de la vida, o al menos, es el único derecho que se detalla de

² Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 del 20 de Octubre del 2008.

³ Artículo 49 de la Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial 1, del 11 de Agosto de 1998.

forma textual, aunque, por supuesto, este derecho engloba en su complejidad el resto de derechos humanos, que no pueden verificarse sin éste.

Este artículo también señala que no existe pena de muerte, limitando incluso al Estado el atentar contra el derecho a la vida de cualquier persona. Según se desprende de este artículo, esta prohibición se refiere al ámbito penal y a la imposibilidad de imponer como consecuencia del cometimiento de una infracción penal, la pena de muerte.

Continuado con nuestro análisis, sin lugar a dudas resulta trascendental describir la protección que los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, como parte integrante de nuestra legislación, otorgan al que está por nacer.

Así, el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos, que fue creado mediante Ley No. 23.054 el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, y publicada en el Boletín Oficial el veinte y siete de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro, señala en el artículo 4 numeral primero 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”.⁴

El Doctor Hernán Salgado Pesantes nos enseña que:

“En materia de tratados internacionales hay que destacar que la Constitución de 1998 ha traído nuevos lineamientos acordes con la evolución del Derecho Internacional Público. Así, se ha dado a los tratados una jerarquía jurídica superior al de las leyes que no lo tenían anteriormente; los tratados que protegen los Derechos Humanos están

⁴Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley No. 23.054 del 22 de Noviembre de 1969, Publicada en el Boletín Oficial del 27 de Marzo de 1984.

incorporados a la Constitución del mismo modo que los derechos fundamentales que ella reconoce y garantiza”.⁵

La Constitución del Ecuador reformada en Octubre del 2008 señala en su artículo 424: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

El artículo 425 del mismo cuerpo normativo señala: “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”.

Es decir, se otorga en la Constitución del 2008, un rango de igual jerarquía o inclusive para ciertos juristas un rango supraconstitucional a los derechos y garantías contenidos en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos que son además de directa e inmediata aplicación. Así lo refiere el artículo 426 de la Constitución de la República:

⁵ Salgado Pesantes Hernán, “Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana”, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, pp. 63.

Artículo 426.- “Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación.

No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

El artículo 4 numeral 1 del Pacto de San José señala la protección del concebido y su vida desde el momento de su concepción, este artículo va de acuerdo a las normas constitucionales que en su artículo 424 señala la jerarquía constitucional de los tratados internacionales y su ubicación en la jerarquía constitucional.

En la Constitución del 2008 en relación a la jerarquía de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico se señalaba en el artículo 163 que: “las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía”.⁶

De acuerdo al autor Farith Simon que señala:

“El derecho a la vida se encuentra reconocido en todos los principales instrumentos de derechos humanos: artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el

⁶ “Constitución Política de la República del Ecuador”, Corporación de Estudios y Publicaciones, Ecuador, 2000.

artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 6, numeral 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; y, el artículo 4, numeral 1 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre y la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada”⁷.

A continuación tenemos las normas internacionales que protegen a la vida de los seres humanos, cabe destacar que de los tratados mencionados a continuación el que especifica más a fondo el ámbito de la protección de la vida en su inicio es la Convención Americana de los derechos del hombre ya que es la única que señala, que la protección de la vida empieza desde la concepción, las otras normas jurídicas solo ratifican el derecho a la vida pero no se señala específicamente en qué momento empieza esta protección a la vida. Así tenemos a continuación los artículos de esta normativa internacional:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos:

Artículo 3.- “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.⁸

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

Artículo 1.- “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”⁹

⁷Farith Simon, Derechos de la Niñez y Adolescencia, De la Convención sobre los derechos del Niño a las Legislaciones Integrales, Tomo II, Editorial Cevallos, año 2008, pp. 53

⁸Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de Diciembre de 1948, Acceso: <http://www.humanrights.com/es/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html>

- El Pacto de Derechos Civiles y Políticos

Artículo 6 numeral 1.- “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”¹⁰

- La Convención Americana de los Derechos del Hombre.-

Artículo 4. “Derecho a la Vida.- numeral 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”.¹¹

Ahora bien, queda demostrado que tanto nuestra Constitución como los tratados internacionales, que forman parte de nuestra legislación reconocen la vida del que está por nacer desde su concepción. En este punto debemos remitirnos a las leyes y demás normas de nuestra legislación que instrumentalizan este derecho y garantía y que se refieren a este tema en particular.

Debemos en primera instancia remitirnos al Código Civil, que en su artículo 61 manifiesta: “La ley protege la vida del que está por nacer”. Y más importante aún está la norma del mismo código que en su artículo 60 señala que:

“El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o

⁹Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá -Colombia, 1948 Acceso: https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf

¹⁰Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 16 de Diciembre de 1966, Acceso: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>

¹¹Convención Americana sobre Derechos Humanos, Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Acceso: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos2.htm>

que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás. Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo”.

Según la doctrina del autor Carlos Fernández Sessarego se define al sujeto de derecho en base a cuatro categorías jurídicas que son el concebido, la persona individual, la persona colectiva y las organizaciones de personas no inscritas. Definiendo al concebido como al ser humano antes de nacer, como un sujeto de derecho privilegiado, sólo para todo cuanto le favorece, tratándose por separado los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales imputables a éste.¹²

El autor también señala que los derechos de la persona son ampliamente regulados ya que se protege el derecho a la vida, aspecto que se lo puede encontrar en la Constitución Política del Ecuador en el numeral 1 del artículo 66.

Tomando la doctrina del autor Juan Espinoza Espinoza que señala en su libro “Derecho de las Personas” el nasciturus comprende dos especies, el conceptus o concebido y el concepturus, es decir, el que habrá de ser concebido. El concepturus no puede ser sujeto de protección por cuanto éste se refiere al que habrá de ser concebido, es una ficción legal que ayuda a desarrollar análisis sobre este tema pero no entra dentro de la protección a la ley de conformidad con lo dispuesto al artículo 61 del Código Civil.

De la lectura del Código Civil en su artículo 60, se entiende que al concebido no se le protege jurídicamente como un sujeto independiente de derechos, inclusive no se le reconoce existencia legal en el caso de que muera en el vientre materno antes de que sea separado

¹² Espinoza Espinoza Juan, “Derecho de las Personas”, Editorial Huallaga, Lima, pp.17.

completamente de su madre y por tanto cuando se habla de deberes y derechos del concebido el único derecho que el código le otorga al concebido es el derecho a la vida del que está por nacer.

Es necesario en este punto indicar como el concebido ha sido tratado a través de la historia. Tomando los apuntes del autor Juan Espinoza Espinoza, el concebido no fue considerado en el derecho romano sujeto de derecho debido a que no cumplía con los requisitos básicos que eran status libertae (situación de libertad), status civitatis (ciudadano romano), status familiae (otorgado exclusivamente al padre de familia). En el cristianismo antiguo la divinidad creaba el cuerpo y luego el alma, mientras que en el cristianismo moderno la concepción del alma surge con la concepción. En el ordenamiento jurídico alemán, la capacidad jurídica del hombre comienza con el nacimiento, sin embargo se le está dotando una capacidad jurídica limitada para el caso de nacer, otorgando derechos condicionados al concebido.¹³

Haciendo un análisis de nuestro Código Civil en la parte de sucesiones en su libro tercero en el artículo 1005, nuestra legislación otorga al no nacido derechos patrimoniales condicionados hasta el momento del nacimiento y concede al concebido este derecho hasta por 15 años desde la fecha de la apertura de la sucesión.

Adicionalmente el autor Juan Espinoza Espinoza hace mención a la doctrina italiana y menciona que el ordenamiento jurídico italiano señala que el concebido tiene una capacidad efectiva provisional sujeta al nacimiento.¹⁴

No debemos dejar de mencionar lo que la legislación especial, en el caso de niñas, niños y adolescentes tiene que decir respecto al derecho a la vida y a los derechos del nasciturus.

¹³ Espinoza Espinoza Juan, op. cit. pp. 33-34.

¹⁴ Espinoza Espinoza Juan, op. cit. pp.34-35.

El Código de la Niñez y Adolescencia fue publicado por la Ley No. 100. En el Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003, el mismo que entró en vigencia desde el 3 de julio de ese mismo año, este código ha tenido algunas modificaciones, siendo la última la realizada en julio del año 2013. Sin embargo, los artículos 2 y 20 del código no han sido reformados desde que entraron en vigencia en el año 2003, los cuales son los relativos a la protección del ser humano desde la concepción.

De conformidad con lo que señala el autor Farith Simon Campaña, el Código de la Niñez y Adolescencia “es la finalización de un largo proceso de discusión, redacción y debate legislativo que se inició cuando la reforma legislativa de 1992 demostró su inadecuación con los principios y contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta nueva ley debe ser entendida como parte de un significativo proceso de reconocimiento normativo de los derechos de la infancia y adolescencia en el Ecuador, proceso que se inició con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en febrero de 1990, que se desarrolló con la reglamentación de las adopciones internacionales en el mismo año, continuó con el Código de Menores de 1992, con las reformas constitucionales de 1996 y 1997, y con la Constitución de 1998.”¹⁵

En el año de 1996 el movimiento por los derechos de la niñez del Ecuador, propuso una enmienda para dar lugar a la creación de normas que protejan los derechos de la niñez y adolescencia. Después de lo que se formó comités para elaborar el Código de la Niñez y Adolescencia, en el año 2000, se presentó el proyecto. Luego de intensos debates finalmente se aprobó y promulgó como ley orgánica. Este código derogó el antiguo Código de Menores y el Reglamento General al Código de Menores.

¹⁵ Simon Campaña Farith, Copiados del “Análisis del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador”, Quito, 2004, pp. 2.

El artículo 2 del vigente Código de la Niñez y Adolescencia señala:

“Sujetos protegidos.- Las normas del presente Código son aplicables a todo ser humano, desde su concepción hasta que cumpla dieciocho años de edad. Por excepción, protege a personas que han cumplido dicha edad, en los casos expresamente contemplados en este Código.”¹⁶

El artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia dice:

“Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción.

Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo.

Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral.”¹⁷

De conformidad con el texto legal de los artículos 2 y 20 del Código de la Niñez y Adolescencia se desprende que se protege la vida de todo ser humano desde su concepción, de tal forma que este Código reconoce el derecho a la vida del concebido y la protege desde el inicio de su existencia.

Adicionalmente a esto el autor Farith Simon, en su obra Derechos de la Niñez y Adolescencia señala que:

¹⁶ Código de la Niñez y Adolescencia, Codificación No. 2002-100, RO 737, 3 de Enero del 2013.

¹⁷ Código de la Niñez y Adolescencia, op. cit.

“Además de las reglas antes citadas podemos encontrar otras de protección al nasciturus en la Ley Orgánica de la Salud, en el Código Civil, Código Penal, Código del Trabajo y en otras normas del Código de Niñez y Adolescencia”¹⁸

Del mismo autor se desprende que la Ley Orgánica de la Salud prohíbe las prácticas de clonación de seres humanos, así como la obtención de los embriones humanos con fines de experimentación; en lo referente al Código Civil tenemos el artículo 61 que protege los intereses del no nacido señalando que toda sanción a la madre deberá ser diferida en caso de que afecte la vida o salud de la criatura.

El Código Penal por otro lado, penaliza el aborto, de esto se hablará en detalle más adelante, adicionalmente a esto el Código de Trabajo señala que se prohíbe el trabajo en las mujeres embarazadas dentro de las dos semanas anteriores y las diez posteriores al parto (artículo 152), adicionalmente a esto, este texto normativo protege a la mujer de la terminación del contrato de trabajo por causa del embarazo y señala que el empleador no podrá reemplazarla definitivamente dentro del período de doce semanas que fija el artículo anterior y además la mujer tendrá derecho a percibir remuneración durante este lapso (artículo 153). Finalmente, este texto normativo protege a la mujer de despido intempestivo o desahucio desde la fecha que se inicie el embarazo (artículo 154).¹⁹

1. 2. TEORIAS DE LA NATURALEZA JURIDICA DEL CONCEBIDO.-

¹⁸ Farith Simon, Derechos de la Niñez y Adolescencia, De la Convención sobre los derechos del Niño a las Legislaciones Integrales, op. cit., pp. 50

¹⁹ Farith Simon, op. cit. pp. 50-53

Partiendo del principio que la concepción *“constituye un proceso largo y complejo, que se prolonga desde que la cabeza del espermatozoide entra en el citoplasma del óvulo hasta la fusión de los dos pronúcleos. La fecundación no se perfecciona simplemente con la penetración del espermatozoide a través de la zona pelúcida, la fecundación tardará aproximadamente 24 horas y su resultado final, cuando los pronúcleos de los gametos ya se hayan fusionado, es el cigoto”*.²⁰ Sin embargo, el autor Juan Espinoza Espinoza hace una reflexión sobre la individualización y la concepción, entendiéndose la primera por el proceso de fusión nuclear que dura aproximadamente 12 horas hasta la creación del cigoto. Y la segunda se refiere únicamente a la unión del espermatozoide con el óvulo.

Nuestro Código Civil señala en su artículo 62 que: “De la fecha del nacimiento se colige la época de concepción según la siguiente regla: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento”.²¹

De este artículo se puede ver que nuestra legislación no hace referencia a individualización o fusión nuclear y sólo se limita a la presunción de derecho del tiempo aproximado de cuando se produjo la concepción.

Es válido reconocer que la doctrina ha tratado de esclarecer el momento preciso desde cuando comienza la individualización del ser humano, sin embargo se ve que la ley no ha esclarecido estos conceptos y solo se ha limitado a mencionar el término de concepción tal como se ve en el Código Civil en su artículo 62, Código de la Niñez y Adolescencia en su artículo 20 y la Constitución Política del Ecuador en su artículo 45.

²⁰ Figueroa Yáñez Gonzalo, Derecho Civil de la Persona, Editorial Jurídica de Chile, Santiago-Chile, 2001.

²¹ Art. 62 del Código Civil Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001.

Según se desprende del texto “Derecho Civil de la Persona”, del autor Gonzalo Figueroa Yáñez en el que señala entre otras teorías aquella que determina que *“El que está por nacer empieza con la implantación del embrión en la pared uterina”* (Teoría del Día Catorce). Aquí el autor señala: “La implantación o anidación del embrión en las paredes del útero es un fenómeno que acaece entre el séptimo y el decimocuarto día después de la fertilización del óvulo por el espermatozoide. Hasta entonces, el producto de la fertilización recibe el nombre de blastocito, y al acaecer la implantación pasa a denominarse propiamente embrión.

Al producirse la implantación o anidación del blastocito en la pared uterina se establece por vez primera el binomio madre-hijo, y un conjunto de relaciones endócrinas e inmunológicas entre ambos. Al finalizar el proceso de anidación, el embrión consolida su relación con el útero de la mujer, único ambiente apropiado en el que su programa genético puede expresarse conforme al conocimiento actual. Antes de tal implantación, se produce una pérdida o aborto espontáneo de un alto porcentaje de blastocitos cercano al 50%, de la cual la mujer no toma nunca conciencia. Los partidarios de esta tesis agregan que antes de la implantación el cigoto carece de dos características propias de cualquier individuo de la especie humana: la unicidad (ser único e irrepetible) y la unidad (ser uno solo). En el momento de la implantación, la nueva vida queda individualizada y corresponderá a partir de entonces a un individuo concreto. Desde ese momento se inicia además el proceso de diferenciación de las células y tejidos.”²²

Nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano en ningún momento hace referencia a la teoría del día catorce, como se explicó anteriormente solo menciona a la palabra concepción en los

²² Figueroa Yáñez Gonzalo, “Derecho Civil de La Persona del Genoma al Nacimiento”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago - Chile, 2001.

artículos previamente mencionados y no se puede ver ningún esclarecimiento de este término y del concepto que engloba el mismo en la legislación ecuatoriana.

Adicionalmente a esto, existen algunas teorías sobre la concepción entre las cuales se destacan la *Teoría del Portio Mulieris*, en la que el concebido es considerado como un órgano parte o porción de la madre; *Teoría de la Ficción*, que señala que el feto mientras esté en el claustro materno se espera a que llegue a ser hombre, considerando al concebido como una esperanza de vida; esta teoría somete la existencia del concebido a una condición suspensiva y le reputa innecesariamente nacido para atribuirle en una serie de derechos en su mayoría patrimoniales que entran en efecto siempre y cuando el concebido nazca vivo. Otra de las teorías mencionadas por el autor es la *Teoría de la Personalidad* en la cual se señala que al concebido se le considera como persona antes del nacimiento, que es titular de derechos civiles, que se asuma la condición resolutoria (el nacimiento) y que se le considera nacido aunque viviera por unos instantes después de haber sido separada por su madre. *La Teoría de la Subjetividad* dice que el concebido es considerado como un sujeto de derecho, no es aún persona sino que es un sujeto de derecho distinto y autónomo, un centro de referencia de derechos desde el instante de la concepción y el nacimiento.²³

Siguiendo la corriente de la Teoría de la Ficción, el autor José María García Marín señala que: “Ya desde los tiempos clásicos se fueron concediendo ciertos efectos al acto de la concepción con el fin de proteger los derechos del futuro individuo. Es evidente que el Derecho recurre aquí a la ficción de entender por nacido al feto, cualquiera que sea el tiempo de la gestación, con el objeto de proteger sus expectativas de derechos. Nada más indicativo

²³ Espinoza Espinoza Juan, op. cit. pp. 41-45

de su afán por defender los futuros intereses del nondum natus que el recurrir una vez más a la ficción de considerarlo nacido sólo para aquello que le pueda beneficiar”.²⁴

El Código Civil Ecuatoriano señala en su artículo 60 que sólo se le otorga existencia legal a la persona desde su nacimiento cuando esta sea separada completamente de su madre; es decir, se espera que el concebido se convierta en un ser autónomo e independiente de su madre para que sea sujeto de derechos y obligaciones, mientras esta condición de nacimiento no se cumpla el concebido es un sujeto de derechos pero condicionados al nacimiento, y básicamente para efectos de sucesiones como señala el artículo 1005 del Código Civil.

Adicionalmente, el artículo 63 del Código Civil señala que “los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron”. Este artículo simplemente ratifica lo señalado en el artículo 60 del Código Civil mencionando que el concebido es sujeto de derechos condicionados al nacimiento. La Constitución protege a la vida desde la concepción y el Código Civil en su artículo 62 en cambio señala una presunción de derecho para determinar cuando la persona fue concebida, sin embargo este artículo no define cuando se da la fusión de gametos que crea el cigoto y por tanto no individualiza al concebido de la madre.

De lo desprendido anteriormente se observa, que nuestro Código Civil, reconoce el inicio de la existencia legal de la persona con el nacimiento, siempre y cuando se han cumplido las

²⁴ García Marín José María, “El Aborto Criminal en la Legislación y La Doctrina”, Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho reunidas S.A.,_Madrid, 1980.

condiciones señaladas en la ley, por otro lado condiciona los derechos de la criatura hasta que el nacimiento se haga efectivo, y en ocasiones se reputará a la criatura como no haber existido jamás en caso de que la criatura no nazca con vida de conformidad con lo señalado en el artículo 60 del Código Civil.

Una importante reflexión acerca del tema de concepción, es que de conformidad con las leyes internacionales y nacionales, se puede ver que definitivamente existe una protección al concebido, sobre el inicio del momento de la concepción no se esclarece cuál es este inicio, sin embargo se consagra el derecho a la vida desde la concepción.

Por otro lado considero que sería interesante esclarecer la postura del legislador con respecto al inicio de la vida, ya que no se puede identificar cual es la postura del legislador referente a este tema, pues si bien es cierto la Constitución y los tratados internacionales protegen la vida del que está por nacer desde la concepción, el legislador ecuatoriano no señala alguna teoría sobre el inicio de la misma en ningún cuerpo normativo. De lo investigado se puede ver que existen algunas teorías siendo una de las más utilizadas por los legisladores de otros países, la del día catorce, la cual señala que el inicio de la vida se da en el día catorce, con la fusión de gametos. A mi criterio esta es una teoría que tiene fundamento en la ciencia médica y podría ser tomada en consideración para aclarar este interrogante.

1.3 ANÁLISIS HISTÓRICO DEL CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO SOBRE LA CONCEPCIÓN Y EL QUE ESTÁ POR NACER COMO SUJETO DE PROTECCIÓN.-

El Código Civil Ecuatoriano es una adaptación del código de Andrés Bello el cual comenzó a regir en el año de 1861. El Código Civil vigente ha sido actualizado en algunas ocasiones,

siendo la última en el año 2005; sin embargo, en esta reforma no se hizo ningún cambio al artículo 60 reformado por última vez en 1989.

Según se desprende del Suplemento del Registro Oficial No. 104 del 20 de noviembre de 1970, el artículo 60, señalaba:

“El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia, siempre que viva veinticuatro horas a lo menos desde que fue separada completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación veinticuatro horas a lo menos, se reputará no haber existido jamás”²⁵.

Posteriormente, mediante reforma al texto del artículo 60 del Código Civil, publicada en la Ley 43, suplemento del Registro Oficial No. 256 del 18 de agosto de 1989, se cambia el artículo y se lo reemplaza con el siguiente texto:

“El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputará no haber existido jamás.

Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo”²⁶.

²⁵ Código Civil (RO-S 104: 20-NOV-70), Corporación de Estudios y Publicaciones, Tomo I, Sección – Evolución Normativa, 2001.

²⁶ Código Civil (RO-S 104: 20-NOV-70), “Corporación de Estudios y Publicaciones”, Tomo I, Sección – Evolución Normativa, 2001.

La última reforma hecha al Código Civil no hizo ningún cambio al texto del artículo 60, de tal forma que se mantiene el mismo artículo desde el año 1989.

De acuerdo a la ley del año 1970 se señalan dos requisitos para poder considerar la existencia de la criatura, uno la separación de la criatura del vientre materno y otro que sobreviva por lo menos veinticuatro horas una vez sea separada de la madre. En el caso de que no se cumplan estos requisitos la criatura será considerada como que no hubiese existido jamás. La segunda parte de este artículo fue reformada en el año 1989 y se suprimió la parte de la sobrevivencia en el texto normativo.

De la autora Gabriela Valdivieso Ortega en su artículo “La Protección Jurídica del Non Nato en el Ecuador” señala que:

“La doctrina de la vitalidad sostiene que para que el nacimiento constituya principio de existencia legal se requiere que una criatura humana nazca viva...

En cambio el sistema de viabilidad exige que nazca una criatura “viable”, es decir, con aptitud para continuar viviendo.

Aunque haya manifestaciones de vida en el recién nacido, si carece de órganos esenciales como los pulmones o el hígado, etc., para los partidarios de esta doctrina, no habría principio de existencia legal”.²⁷

De la comparación del artículo 60 en su antiguo texto y en su nuevo, se desprende que hubo un cambio importante en cuanto a lo referente a la sobrevivencia de la criatura tema

²⁷Valdivieso Ortega Gabriela, La Protección Jurídica del Non Nato en el Ecuador, *Ius Humani*, Revista de Derecho, Vol. I (2008/2009), enero 2008, págs., 51-81. ISSN: 1390-440X – eISSN:1390-7794. Acceso: <http://www.uhemisferios.edu.ec/revistadederecho/index.php/iushumani/article/view/3>

originalmente adaptado del Código Chileno de Andrés Bello el cual consideraba al no nacido como no existente inclusive así hubiese tenido una existencia física si es que no sobrevivió las 24 horas. A partir de la reforma del año de 1989 se le considera al concebido como existente desde que ha sido separado completamente de su madre.

Es interesante destacar el artículo 130 de la Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación que señala:

“Definición de Nacimiento Vivo: Se entenderá por nacimiento vivo a la expulsión o extracción completa del cuerpo de la madre, prescindiendo de la duración del embarazo, de un producto de la concepción que, después de tal separación, respire o manifieste cualquier otro signo de vida, tal como el latido del corazón, pulsaciones del cordón umbilical o movimiento efectivo de músculos voluntarios, haya o no haya sido cortado el cordón umbilical y esté o no unida la placenta; cada producto de tal alumbramiento se considera nacido vivo. Todos los niños nacidos vivos deben inscribirse y considerarse como tales, cualquiera que sea el periodo de gestación y esté vivo o muerto en el momento de ser inscrito; y si mueren en cualquier momento posterior al nacimiento debe inscribirse su nacimiento y, además, su defunción.”²⁸

Este artículo señala que adicionalmente a la separación del cuerpo de la madre es necesario que el nacido demuestre algún signo de vida sin importar el tiempo del embarazo y señala además que cada producto del alumbramiento deberá ser registrado y será considerado nacido vivo, inclusive con corte o no del cordón umbilical o esté o no unido a la placenta siempre y

²⁸ Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Decreto Supremo No 278. Registro Oficial 70 de 21 de abril de 1976.

cuando demuestre algún signo de vida, el concebido será considerado nacido vivo y deberá inscribirse en el registro de nacimientos.

Del texto legal que se desprende de los artículos 60 del Código Civil y 130 de la Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación, se establecen parámetros para identificar el nacimiento de una persona. Así mientras el Código Civil establece que se requiere la separación completa de la madre para el nacimiento, el artículo 130 de la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación señala a la expulsión o extracción del cuerpo de la madre prescindiendo de la duración del embarazo, de un producto de la concepción que, después de tal separación, respire o manifieste cualquier otro signo de vida, haya o no haya sido cortado el cordón umbilical y esté o no unida la placenta; cada producto de tal alumbramiento se considerará nacido vivo.

El artículo 62 del Código Civil señala:

“De la fecha del nacimiento se colige la época de concepción, según la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento.

Toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.”

De tal manera que este texto señala la presunción de derecho que no admite prueba en contrario de la época de la concepción.

Por otro lado el artículo 61 del Código Civil señala que:

“La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará.”

Es interesante destacar dos teorías que ayudarían a entender la progresión de la norma jurídica del artículo 60 del Código Civil de 1970 al artículo 60 del Código Civil de 1989 usado en la actualidad.

En el Código de 1970 se exigía la sobrevivencia del recién nacido por 24 horas como requisito para reconocer la existencia jurídica de un concebido lo que venía de la doctrina histórica de la teoría de la viabilidad que señalaba que el nacido nazca vivo y que sea viable para sobrevivir en el mundo afuera del útero de la madre. En el nuevo artículo 60 se señala que bastará que el concebido nazca vivo y sea separadamente completamente de su madre para reconocerle existencia jurídica este nuevo texto normativo sigue la corriente de la teoría de la vitalidad que señala que basta con que la criatura nazca viva aunque sea por unos instantes y que no requiere la aptitud de supervivencia como señala la teoría de la viabilidad.

El artículo 63 del Código Civil señala que:

“Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron. En

el caso del Art. 60, inciso segundo, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.”

Según se desprende de este artículo los derechos de la criatura están suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si la criatura nace viva el recién nacido entrará en goce de estos derechos y en caso de que la criatura nazca muerta se reputará no haber existido jamás.

1.4 ANÁLISIS HISTÓRICO DE LA LEGISLACIÓN PENAL ECUATORIANA A PARTIR DEL AÑO 1989 EN CUANTO A LA CONFIGURACIÓN DE LA EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA DEL ABORTO TERAPÉUTICO.-

En el Ecuador desde su época republicana se han promulgado seis Códigos Penales (1837, 1872, 1889, 1906, 1938 y 2014). La legislación penal vigente hasta el año 2014 era una codificación con una fuerte influencia del código italiano de 1930 (conocido como “Código Rocco”), argentino de 1922, belga de 1867 y este a su vez del francés de 1810 (Código Napoleónico).²⁹

A partir de la expedición del Código Penal de 1837 hasta la actualidad se ha mantenido en el país la tipificación del delito de aborto, con algunas variantes.

Posteriormente al Código Penal de 1.938 se han efectuado algunas reformas, siendo la última la de febrero del año 2014 en la que se dictó un nuevo Código Penal denominado Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), que recoge en un solo cuerpo normativo tanto las disposiciones de la parte general como especial del Derecho Penal y la ejecución de

²⁹Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No 180, publicado el 10 de Febrero del 2014. (Oficio No. SAN – 2014 – 0138, del 3 de Febrero del 2014)

penas. Sin embargo, las disposiciones sobre el delito de aborto, contenidos en el primer libro del COIP se han mantenido a través de los años.

En la última reforma dada en febrero del 2014 se hizo un cambio semántico menor al lenguaje utilizado en el nuevo artículo 150 referente al aborto no punible que señala la permisión del aborto cuando el embarazo sea consecuencia de una violación en una mujer “con discapacidad mental”, sustituyendo el término “demente o idiota”. De tal manera que el nuevo texto en el COIP señala:

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

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud *de la mujer embarazada*, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.
2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca *de discapacidad mental*”.³⁰ (La cursiva no forma parte del texto original)

El antiguo artículo 447 del Código Penal de 1971 vigente hasta el año 2014 en cambio señalaba:

“Art. 447.- El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer o de su marido o familiares íntimos, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo, no será punible:

³⁰ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No 180, publicado el 10 de Febrero del 2014.(Oficio No. SAN – 2014 – 0138, del 3 de Febrero del2014)

1. Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; y
2. Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer”.³¹

De tal manera que según se desprende del artículo 150 del nuevo Código Orgánico Integral Penal se mantiene el espíritu de la norma del artículo 447 del antiguo Código Penal, teniendo tan sólo el nuevo texto normativo un menor, pero más adecuado cambio en la redacción del texto legal.

2. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIDA Y SALUD DE LA MADRE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.-

Anteriormente hice una compilación de la legislación vigente referente a la protección del que está por nacer, a continuación haré una compilación de la legislación vigente de la protección de la vida y salud de la madre en la legislación ecuatoriana y su implicación jurídica en la misma, para luego realizar un análisis de la ponderación y proporcionalidad de los derechos de la vida y salud de la madre con la relación a la vida del concebido.

Así tenemos que la Constitución en su artículo 66 numeral 1 señala que se reconoce el derecho a la vida. El artículo 43 numeral 3 del mismo cuerpo legal señala que el Estado garantizará a las mujeres embarazadas, la protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y postparto. Además, de conformidad con el artículo 35 de la Constitución las mujeres embarazadas son un grupo de atención prioritaria.

³¹ Código Penal, RO-S 147, 22 de enero de 1971.

El Código Orgánico Integral Penal señala en su artículo 150 al aborto no punible exclusivamente si el aborto se hizo para salvaguardar la vida o salud de la madre y si esto no puede ser evitado por otros medios.

La Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su artículo 3 que: “Todo individuo tiene derecho a la vida (...)”³². El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 6 que: “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”³³.

De la Ley de Maternidad Gratuita en su artículo 1 se desprende que: “Toda mujer tiene derecho a la atención de salud gratuita y de calidad durante su embarazo, parto y postparto, así como el acceso a programas de salud sexual y reproductiva”

Como se ve en la legislación nacional e internacional citada anteriormente, se puede colegir que la ley se ha preocupado por proteger la vida y la salud de la madre otorgándole estos derechos de protección durante todas las etapas del embarazo y después del mismo en el caso del postparto.

CAPITULO II

3. EL ABORTO Y SU IMPLICACIÓN JURÍDICA EN EL ECUADOR Y EN AMÉRICA LATINA. PRESUPUESTOS JURÍDICOS DEL ABORTO.-

³² Declaración Universal de Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

³³ Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

3.1. EL DELITO DE ABORTO.-

Del libro “Guía para Estudio Derecho Penal Parte Especial Delitos contra las Personas”, de Arturo J. Donoso Castellón se desprende que “en todo tipo penal, y en su aplicación en la parte especial, hay que determinar el núcleo del tipo con su verbo rector y el bien jurídico protegido; el elemento objetivo, esto es los mecanismos, medios, circunstancias y condiciones indispensables para materializar el tipo penal del que se trata; y el elemento subjetivo esto es la conducta incriminable del sujeto activo y las condiciones que debe reunir para ser tal, frente al sujeto pasivo que de acuerdo el tipo penal debe reunir igualmente condiciones o requisitos”.³⁴

Del mismo autor se desprende que el núcleo del tipo del aborto es la interrupción del proceso de gestación con resultado de muerte del producto de la concepción, el elemento objetivo es el conjunto de maniobras eficaces para lograr la interrupción de la gestación. El elemento subjetivo que a su vez se divide en dos: sujeto activo y sujeto pasivo, donde el sujeto activo es el infractor siendo este cualquier ser humano, empezando por la propia madre, padres, hermanos o hijos u otros parientes, que generalmente es un tercero o puede ser un personal de la salud. El sujeto pasivo es el concebido, no nacido o que está por nacer siempre y cuando tenga principio vital durante el proceso de la gestación.³⁵

Así también tenemos la postura del autor Francisco Muñoz Conde frente al aborto, el cual señala que en el ámbito del derecho penal se puede definir como aborto a la muerte del feto

³⁴ Donoso Castellón Arturo J, “Guía para Estudio Derecho Penal Parte Especial Delitos contra las Personas”, Segunda Edición Actualizada, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2007, pp. 29.

³⁵ Donoso Castellón Arturo J, op. cit., pp.30-33.

ocasionada voluntariamente en la embarazada, provocando la expulsión prematura del mismo en condiciones de no viabilidad fuera del seno materno.³⁶

El autor señala además que el bien protegido aquí es la vida del feto, pero teniendo en cuenta adicionalmente otros intereses como la vida, salud, libertad o la dignidad de la embarazada.³⁷

De lo expuesto por los diferentes autores se desprende que el aborto es la interrupción del embarazo, expulsando al concebido del seno materno antes de que pueda subsistir por sí mismo, siempre que exista el principio vital como señala el tratadista Donoso Castellón, resultando esta acción en la muerte del feto, siendo el sujeto activo de la infracción por lo general un tercero o personal de la salud. El autor Muñoz Conde adicionalmente señala que se debe tomar en cuenta cuando se analiza esta figura otros intereses tales como el derecho a la vida, salud, libertad o dignidad de la embarazada.

La ex Corte Suprema de Justicia al respecto nos ilustra al indicar que:

“Aborto es la interrupción violenta del proceso fisiológico del desarrollo del feto, por ello que proviene del latín abortus que significa de AB y ORTUS nacimiento. Hay aborto siempre que el producto de la concepción sea expelido del útero antes de la época establecida por la naturaleza. El aborto como acto típico y antijurídico es incriminado en todos los Códigos Penales y con raras excepciones, consiste en el uso voluntario y consciente de medios idóneos para producir un mal parto o la arriesgada anticipación de él, con el fin inmediato o mediato de que perezca el feto, o para

³⁶ Muñoz Conde Francisco, Derecho Penal, Parte Especial, 19ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp.75

³⁷ Muñoz Conde Francisco, op. cit., pp.75

producir su destrucción. Es la expulsión del feto antes de que sea viable. Puede ser ovular, embrionario o fetal según la época en que ocurra.³⁸

3.1.1 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE ABORTO.-

Como brevemente se enunció anteriormente los elementos constitutivos del delito de aborto de acuerdo al autor Arturo J. Donoso Castellón son a continuación los siguientes:³⁹

1.1.1.- **Núcleo del Tipo.-** El tratadista Donoso Castellón señala que el núcleo del tipo es la acción de abortar efectivamente, el autor señala que esto se define como la interrupción del proceso de la gestación con resultado de muerte del producto de la concepción. De tal forma que el bien jurídico protegido lesionado por esta acción típica es el concebido.

1.1.2.- **Elemento Objetivo.-** Este se constituye como el grupo de maniobras o acciones eficaces para lograr la interrupción de la gestación. El autor Donoso Castellón señala que en el Ecuador un alto porcentaje de los casos de aborto se produce por “autoinducción”, es decir la acción es efectuada por la propia madre.

El autor señala que el elemento objetivo se centra además en el aspecto de viabilidad vital, lo que quiere decir que luego de la fecundación, el ser en formación debe estar en posibilidad de desarrollarse hasta llegar al nacimiento, en el caso de que no exista el ser y esto fuese simplemente una acumulación desordenada de células como la llamada mola, no habría aborto pues se trataría de una acumulación celular sin principio vital. El autor además

³⁸Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 9, Quito, 30 de mayo de 1997, pp. 2331.

³⁹Donoso Castellón Arturo J, op. cit., pp.30-34.

considera importante el esclarecer que en ocasiones el organismo femenino puede tener expulsiones naturales sin ninguna intervención extrínseca en donde no existe relevancia penal. Adicionalmente, el autor hace una importante reflexión señalando que para que exista objetivamente aborto punible, la acción del infractor puede darse en dos alternativas; siendo la primera, cuando se busca la destrucción del producto de la concepción en cualquier estado de gestación mientras se encuentra en el vientre materno; y la segunda, cuando se logra la expulsión del concebido y se termina con su existencia en cualquier caso, siempre y cuando el concebido no pueda subsistir fuera del vientre materno, porque caso contrario esta muerte entraría dentro de alguna forma de homicidio, siendo posiblemente infanticidio la figura legal que le correspondería a este delito.

1.1.3.- **Elemento Subjetivo.-** De acuerdo al tratadista Donoso Castellón el elemento subjetivo se divide a su vez en sujeto activo y sujeto pasivo. El Sujeto Activo, el cuál puede ser cualquier ser humano incluida la propia madre, compañero, padres, hermanos o personal de la salud. El Sujeto Pasivo: Es el concebido siempre y cuando exista el principio vital durante el proceso de la gestación.

Formas Típicas del Aborto.-

- Aborto Intencional.- Esta figura es la genérica según el tratadista Donoso Castellón, de tal forma es la acción para provocar la interrupción de la gestación con resultado de muerte, con plena conciencia y voluntad, esta acción puede efectuarse con o sin consentimiento de la madre.
- Aborto Preterintencional.- Esta figura en cambio es la acción de provocar la interrupción de la gestación pero sin la intención de ocasionar el aborto.⁴⁰

⁴⁰Donoso Castellón Arturo J, op. cit., pp.33-34.

Del texto de compilación de autores dirigida por Mirentux Corcoy Bidasolo en el libro Derecho Penal, Parte Especial, Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados, Tomo I citado en la nota del pie de página⁴¹, se señala que las estructuras típicas del aborto tienen un *bien jurídico protegido* sobre el cual existe variadas opiniones de doctrina pero que en resumen son la vida humana en formación. Del mismo grupo de autores se desprende que existe un *conflicto de intereses* entre la protección de la vida humana en formación y otros bienes jurídicos dignos de protección como la vida, salud, libertad o dignidad de la embarazada.

El texto señala que sobre este tema existen posturas enfrentadas, con respecto a cuál es el interés preponderante; así tenemos que la Iglesia Católica por un lado entiende que prevalece siempre la vida humana en formación, por tanto defiende una penalización total del aborto provocado, mientras que para los movimientos feministas prevalece siempre el interés de la mujer embarazada, motivo por el cual estos movimientos abogan por una despenalización total del aborto con consentimiento de la mujer embarazada, la ley y la doctrina. Específicamente en el caso de la ley ecuatoriana existen las excepciones al aborto típico declaradas como no punibles y se tipifica el delito de aborto en los artículos 147 al 150 del Código Orgánico Integral Penal.

Así adicionalmente en el texto citado anteriormente se señala al *objeto material* del delito de aborto como al feto, según entendiéndose por esto a los embriones y al ser nacido. Del mismo texto doctrinario se desprende que los *elementos objetivos típicos esenciales* son por un lado la efectiva existencia de embarazo como presupuesto esencial y por otro la idoneidad de la

⁴¹ Corcoy Bidasolo Mirentxu, Manuales Derecho Penal, Parte Especial, Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados, Tomo I, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp.61-63

conducta abortiva para provocar la muerte del feto. Finalmente, de la doctrina citada anteriormente se señala que *la consumación* del delito de aborto se produce con la muerte del feto antes del nacimiento.⁴²

De lo expuesto por los autores anteriormente citados se concluye que los siguientes elementos normalmente se ven presentes en el delito de aborto, el sujeto activo que puede ser la madre si ella provoca el aborto o un tercero, el sujeto pasivo, que es el concebido quien es el titular del derecho subjetivo que se está violando, así tenemos al núcleo del tipo que es la acción de abortar y al elemento objetivo que es el conjunto de maniobras eficaces para lograr la interrupción de la gestación.

Cabe destacar que el autor del título de aborto en la compilación de tratadistas de Mirentxu Corcoy Bidasolo señala un elemento adicional denominado *conflicto de intereses*, elemento que no se ve diferenciado por lo general en algunos autores de doctrina del aborto. Así este autor señala que existe un conflicto de intereses entre la protección de la vida humana en formación y otros bienes jurídicos dignos de protección como la vida, salud, libertad o dignidad de la embarazada, de lo que se puede ver que hay diferentes posturas al respecto unas a favor y otras en contra, así los movimientos feministas abogan por la protección de los derechos jurídicos de la madre y la Iglesia en cambio aboga a favor del concebido.

3.1.2. CLASES DE ABORTO.-

A continuación me remitiré a la doctrina acerca de las clases de aborto, según algunos tratadistas con la finalidad de enriquecer esta investigación, y ampliar el conocimiento acerca

⁴² Corcoy Bidasolo Mirentxu, op. cit, pp. 63

del aborto y sus diferentes aspectos, para luego pasar a un análisis de las clases del mismo en la legislación ecuatoriana.

Según el autor Francisco Muñoz Conde se desprende que las modalidades del aborto se dividen en tres: el aborto doloso ocasionado por tercero con o sin conocimiento de la mujer, el aborto doloso ocasionado por la mujer embarazada misma y el aborto ocasionado imprudentemente por un tercero.⁴³

- Aborto doloso realizado por un tercero, el cual a su vez se divide en aborto sin consentimiento y con consentimiento. El autor señala en este caso que el consentimiento es el elemento que ayuda a determinar la pena que corresponde al tercero, mientras que el aborto doloso con consentimiento de la mujer embarazada impone una pena a ella también además de al tercero.
- Aborto doloso producido por la embarazada, tiene el mismo efecto en relación a la pena que el aborto doloso con consentimiento puesto que la mujer embarazada en este caso también es sancionada.
- Aborto ocasionado por imprudencia grave, en este caso el aborto puede ser consecuencia de una conducta no directamente dirigida a producirlo, pero realizada de una manera imprudente.⁴⁴

Del texto del tratadista Arturo Donoso se desprende que las formas típicas de aborto son el aborto intencional, la forma atenuada del aborto intencional, el aborto preterintencional y la forma especialmente agravada de aborto. El autor señala que la primera es la llamada figura genérica, es la acción para provocar la interrupción de la gestación con resultado de muerte,

⁴³ Muñoz Conde Francisco, Derecho Penal, Parte Especial, 19ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp.79-82

⁴⁴ Muñoz Conde Francisco, op. cit., pp.79-82

con plena conciencia y voluntad, si la madre consintió en ello, la figura no es agravada; si no hay consentimiento de la madre o de quienes deben prestarlo si ella no puede consentir, hay una agravación adicional del tipo si lo realiza en el caso de la legislación ecuatoriana, un profesional de la salud. La segunda es el llamado aborto honoris causa, que se da por ocultar la deshonra de la madre, sea que esta consienta en que se le produzca un aborto o ella misma la produzca. El tercero, es el aborto ocasionado sin la intención de ocasionar el aborto. Y el cuarto es el aborto con resultado de muerte de la mujer en que la pena se agrava porque se vuelve un tipo penal complejo esto es aborto con resultado de muerte de la madre, el autor señala en este caso que los sujetos pasivos son diferentes, razón por la cual este sería un delito compuesto pero por la interrelación estrecha se le considera como un delito complejo.

3.1.3. EL ABORTO PUNIBLE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.-

De conformidad con lo dispuesto en el Código Orgánico Integral Penal se desprende las siguientes clases de aborto punible detalladas a continuación:

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

“Artículo 148.- Aborto no consentido.- La persona que haga abortar a una mujer que no ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a

siete años. Si los medios empleados no han tenido efecto, se sancionará como tentativa”.

“Artículo 149.- Aborto consentido.- La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años”.⁴⁵

Del texto legal anteriormente citado se desprende que el nuevo Código Orgánico Integral Penal ha removido la tipificación de la figura del aborto preterintencional por un lado y la figura atenuada del aborto honoris causa por otro. Estas figuras legales eran originalmente tipificadas en los artículos 442 y 444 último inciso del antiguo Código Penal.

De la lectura de los artículos anteriores se desprende que todos estos artículos cuentan con elementos comunes del tipo de delito, así el núcleo del tipo en estas infracciones penales es la acción de abortar, el elemento objetivo, que es el conjunto de maniobras eficaces para lograr la interrupción de la gestación y el elemento subjetivo, que a su vez se divide en sujeto activo y sujeto pasivo. El sujeto activo que puede ser la propia madre o un tercero y el sujeto pasivo que es el concebido; sin embargo existe una distinción entre estos artículos en relación a las penas impuestas en los mismos, así tenemos que en el artículo 147 la pena va de siete a diez años si la madre ha consentido en el aborto y de trece a dieciséis años, si ella no lo ha consentido. El artículo 148, sanciona al sujeto activo del delito con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Y el artículo 149, sanciona al sujeto activo del delito con pena privativa

⁴⁵ Código Orgánico Integral Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 17 de Febrero del 2014.

de la libertad de uno a tres años y si el sujeto activo del delito es la propia mujer embarazada la pena privativa de libertad es de seis meses a dos años.

3.1.4. EL ABORTO NO PUNIBLE EN LA DOCTRINA Y LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.-

En el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 150 se contemplan las figuras del aborto no punibles, esto es, lo que la doctrina penal conoce como excusas legales absolutorias. Para que tales excusas procedan, el aborto debe ser practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, en dos casos:

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

Del Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados, compilación de Mirentxu Corcoy Bidasolo, la autora Silvia Fernández relata el supuesto de aborto despenalizado y señala que en la actualidad queda fuera del ámbito típico la interrupción voluntaria del embarazo por causas médicas, siempre que no superen las veintidós semanas y siempre que exista un grave riesgo para la vida o salud de la embarazada

y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital podrá prescindirse del dictamen, se establece como plazo máximo las veintidós semanas de gestación, esto de acuerdo a la Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva de la Interrupción del Embarazo de la ley española (LOIVE).⁴⁶

Del mismo texto doctrinario, en la parte de la autora Silvia Fernández, se señala que el plazo hay que computarlo desde la anidación (implantación del óvulo fecundado en el útero materno a los 14 días de la fecundación). El límite de las veintidós semanas obedece a criterios médicos, pues se entiende que a partir de ese estadio el feto podría tener cierta viabilidad extrauterina aunque con ayuda mecánica, además de los mayores riesgos que podría comportar para la gestante una interrupción del embarazo más allá de dicho plazo.⁴⁷

El autor por otro lado señala que los requisitos comunes para que exista este tipo de aborto son: que el aborto sea practicado por un médico especialista o bajo su dirección, que el aborto sea practicado en un centro o establecimiento sanitario, público o privado acreditado; con consentimiento expreso y por escrito previa información de la mujer embarazada o, en su caso, del representante legal, salvo en supuestos de riesgo vital e inconsciencia.

Adicionalmente a esto la LOIVE señala que la información para proceder legalmente a la interrupción del embarazo deberá proporcionarse por cualquier centro sanitario público o privado acreditado y será clara, objetiva y comprensible. La regulación legal de dicha información obliga a informar la mujer sobre distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción previstas en la ley, los centros públicos y

⁴⁶ Corcoy Bidasolo Mirentxu, op. cit. pp. 68-71

⁴⁷ Corcoy Bidasolo Mirentxu, op. cit. pp. 71

acreditados a los que se puede dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente; informa sobre las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto, entre otros. Esta ley señala que en los casos en que la interrupción del embarazo sea por causas médicas, que no se superen las veintidós semanas de gestación y exista riesgo grave de anomalías en el feto la mujer recibirá además información por escrito sobre derechos y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad. La doctrina española adicionalmente distingue varios supuestos en lo referente al consentimiento de la gestante en la interrupción del embarazo así tenemos: 1. El consentimiento en menores de 16 y 17 años según esta doctrina le corresponde a ellas el consentimiento de acuerdo al régimen aplicable a las mujeres mayores de edad, sin embargo al menos uno de los representantes legales deberá ser informado de la decisión de la mujer a menos que esto acarree un cierto peligro de violencia intrafamiliar. 2. En caso de riesgo vital e inconsciencia el facultativo podrá solicitar el consentimiento de un representante de la mujer. 3. Menores de 16 años e incapaces: Nada se dice acerca del consentimiento de estas mujeres así que se tendrá que acudir a las reglas generales del consentimiento por sustitución o representación.⁴⁸

De acuerdo al mismo texto doctrinario, el sistema de indicaciones es el cual permite que la interrupción del embarazo se derive de un diagnóstico médico que aconseja la no prosecución del embarazo por distintas circunstancias, según el autor en este presupuesto parecen recogerse, al menos en parte, las indicaciones terapéutica y eugenésica contempladas en el derecho como circunstancias excepcionales que permiten la práctica abortiva. Según este mismo texto se desprende que aquí debe existir un grave riesgo para la vida o salud de la

⁴⁸ Corcoy Bidasolo Mirentxu, op. cit. pp. 68-70

embarazada. Este peligro debe certificarse en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. El término grave peligro debe interpretarse como un peligro de disminución importante de la salud y con permanencia en el tiempo.⁴⁹

De la doctrina del autor Muñoz Conde se desprende que el presupuesto objetivo de carácter médico es la existencia de un grave riesgo para la vida o salud de la embarazada, que debe medirse en función de las circunstancias del caso concreto, no en abstracto. Así, es posible que una determinada enfermedad no haga recomendable el aborto en una mujer joven, pero si en una mayor de 40 años. También debe tenerse en cuenta el criterio de la mujer embarazada, tan decisivo en esto o más que el propio criterio médico según el autor⁵⁰.

El autor Muñoz Conde señala adicionalmente que la existencia de riesgo debe medirse en términos de probabilidad y no de seguridad absoluta. Decidir en casos de duda sobre la existencia del presupuesto objetivo de esta indicación la continuidad de un embarazo en contra de la voluntad de la mujer supone un acto de prepotencia médica. El peligro debe derivarse de algún tipo de enfermedad, somática o psíquica, que el embarazo pueda desencadenar o agravar en la mujer embarazada, no del riesgo inherente a todo embarazo y consecuentemente al parto. Resulta sin embargo, incomprensible y un retroceso respecto a la regulación anterior, la limitación temporal de que “no se superen las veintidós semanas de gestación”. Esta limitación es discutible porque el riesgo, sobre todo para la vida de la mujer, puede presentarse después de las veintidós semanas, incluso en cualquier momento antes del parto, y no hay ninguna razón que impida en caso necesario, también en el último período del

⁴⁹ Corcoy Bidasolo Mirentxu, op. cit. pp. 71

⁵⁰ Muñoz Conde Francisco, op. cit., pp. 89

embarazo, sacrificar la vida del feto para salvar la vida de la embarazada, algo que se ha admitido siempre, incluso antes del reconocimiento expreso de la indicación terapéutica.⁵¹

De lo que se puede ver la legislación ecuatoriana señala en su artículo 150 el aborto no punible definiéndolo en dos casos específicos así el caso del aborto terapéutico y el caso eugenésico. En relación al aborto terapéutico la legislación ecuatoriana señala que para que se considere este presupuesto, el aborto debe ser practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y siempre y cuando este peligro no pueda ser evitado por otros medios; sin embargo, este artículo no señala claramente un proceso para delinear estas conductas, los elementos de la conducta no punible están presentes pero no hay información en detalle como es en el caso de la legislación española, así en cambio tenemos que la ley española LOIVE claramente determina un proceso paso a paso para aplicar esta conducta no punible en un caso real. Así tenemos por ejemplo que el peligro grave a la salud o vida de la mujer embarazada debe certificarse en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto, por otro lado tenemos que el término grave peligro debe interpretarse como un peligro de disminución importante de la salud y con permanencia en el tiempo.

4. TIPIFICACIÓN DEL ABORTO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA DE AMÉRICA LATINA

A continuación las diferentes tipificaciones que tienen los Códigos Penales de otros países de América Latina acerca del aborto.

⁵¹ Muñoz Conde Francisco, op. cit., pp. 90

4.1. CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA.-

A continuación citare los artículos 85, 86, 87 y 88 que regulan este tema en el Código Penal de la República Argentina, con lo cual podremos clarificar la posición del mismo frente al tema.

El artículo 85 del mencionado cuerpo normativo señala que: “El que causare un aborto será reprimido:

1°. Con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer;

2°. Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximum de la pena se elevara a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.”

Así tenemos, el artículo 86 del mismo texto que dice: “Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

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

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

El artículo 87 del mismo Código Penal señala que: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que con violencia causare un aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, si el estado de embarazo de la paciente fuere notorio o le constare.” Y el artículo 88 menciona que: “Será reprimida con prisión de uno a cuatro años, la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare. La tentativa de la mujer no es punible.”⁵²

Del texto de este Código Penal se desprende que el aborto está tipificado como delito y por lo tanto sancionado con prisión o reclusión, así el que sin consentimiento lo causare será sancionado con tres a diez años y el que con consentimiento lo provoque con uno a cuatro años. Adicionalmente la ley señala una sanción adicional para los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo. La Legislación Argentina además sanciona a la mujer que causare un aborto o que consintiera en el mismo con prisión de uno a cuatro años.

El Código Penal Argentino, con respecto al aborto terapéutico, hace una distinción entre el mismo y el aborto por violación o atentado al pudor cometido sobre una mujer demente o idiota, en nuestro antiguo Código Penal la semejanza entre nuestro artículo 447 hoy en día artículo 150 era evidente. La redacción del nuevo artículo 150 cambió un poco, pues antes este artículo se refería a la mujer con discapacidad como una mujer demente o idiota tal cual señala el artículo argentino, sin embargo este texto ofensivo fue reemplazado por

⁵² Código Penal de la República de Argentina, Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado), Acceso: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

discapacidad mental manteniéndose el espíritu normativo del Código Penal original pues la conducta punible y no punible es la misma.

4.2. CÓDIGO PENAL FEDERAL MEXICANO.-

El Código Penal Federal Mexicano, señala en los artículos 329, 330, 331, 332, 333 y 334 la tipificación que tiene el aborto en ese país.

El artículo 329 dice: “Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.”

El artículo 330 señala que: “Al que hiciere abortar a una mujer, se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años y si mediare violencia física o moral se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión.”

El artículo 331 cita: “Si el aborto lo causare un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las sanciones que le correspondan conforme al anterior artículo, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión.”

Además el artículo 332 dice que: “Se impondrán de seis meses a un año de prisión, a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias:

I.- Que no tenga mala fama;

II.- Que haya logrado ocultar su embarazo, y

III.- Que éste sea fruto de una unión ilegítima.

Faltando alguna de las circunstancias mencionadas, se le aplicarán de uno a cinco años de prisión.”

El artículo 333 dice que: “No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.” De tal manera que este artículo encasilla a este tipo de aborto como no punible ni terapéutico.

Y el artículo 334 señala que: “No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora.”⁵³

Como se ha podido observar en el texto penal Mexicano, lo que se hace es sancionar el delito de aborto de manera general a quien se lo practique y quien lo practique, es decir se sanciona a la madre, médico, cirujano, comadrón o partera o cualquier otra persona que hiciera abortar a la mujer. El aborto que sea provocado sin culpa de la madre o cuando el embarazo sea resultado de una violación no será punible.

⁵³ Código Penal Federal Mexicano; Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931, entró en vigencia a partir del 17 de Septiembre de 1931.
Acceso: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s>

Así, el Código Penal Federal Mexicano, en su normativa vigente, estipula como exención el caso de un aborto terapéutico, pero aquí se aclara, que la excepción se da única y exclusivamente en caso de que corra peligro de muerte la mujer embarazada o el concebido, a quien este Código lo denomina como producto. Además de lo cual se establece que debe existir un dictamen de otro médico que corrobore el hecho, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora. De lo expuesto parecería ser que existe una contradicción en este artículo ya que se dice que se produzca el aborto terapéutico cuando la madre o el concebido corran peligro de muerte, pero si se está efectuado un aborto no se está acabando con la vida del concebido? Queda aquí la interrogante de cuál fue el espíritu de esta norma cuando el legislador la creó.

4.3. CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA.-

A continuación detallaré el Código Penal de Colombia, que tipifica el delito de aborto en los artículos 122 y 123 y a partir del artículo 125 y 126 inserta algo totalmente innovador para nuestra legislación, pues señala en estos dos artículos las lesiones del feto.

Así el artículo 122 señala que: “La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior.”

La excepción al artículo ciento veintidós (122) del Código Penal Colombiano fue considerada por la Corte Constitucional quien condicionó la exequibilidad de este artículo como se desprende del texto detallado a continuación: “*La Corte Constitucional CONDICIONÓ la EXEQUIBILIDAD del siguiente artículo bajo el entendido “no se incurre en el delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya un peligro para la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) cuando exista grave mal formación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”*”.⁵⁴

El artículo 123 señala: “*Aborto sin consentimiento*. El que causare el aborto sin consentimiento de la mujer, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses.”

A continuación en el artículo 125 y 126 del Código Penal Colombiano, se tipifica las lesiones del feto. Así el artículo 125 dice: *Lesiones al feto*. “El que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses.

⁵⁴ Sentencia C-355, 10 de Mayo del 2006 de la Corte Constitucional, pp. 139. Acceso: www.cepal.org/oig/doc/.../Colombia/2000_Codigopenal_Colombia.pdf

Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.”

Y el artículo 126 del mismo Código Penal, que dice: *Lesiones culposas al feto*. “Si la conducta descrita en el Artículo anterior se realizare por culpa, la pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

Si fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término.”⁵⁵

Como se puede apreciar en este Código Penal, el aborto es punible, sin embargo de conformidad con la sentencia emitida el 10 de Mayo del 2006 por la Corte Constitucional se desprende que hoy en día se reconoce al aborto no punible en la Corte Constitucional Colombiana, hecho que no existía hasta el año 2005.

Cabe destacar que la misma sentencia C-355 que reconoció las conductas no punibles del aborto, declaró el texto del artículo 124 del mismo Código Penal como inexecutable, esto debido a que el texto de ese artículo mencionaba que la pena se disminuiría en sus tres cuartas partes del tiempo, en el caso de producirse el aborto por circunstancias tales como: que el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas y esto hoy en día está recogido por el fallo emitido por la Corte Constitucional de Colombia respecto al artículo 122 como una conducta no punible razón por la cual se decretó la inexecutable del artículo 124.

⁵⁵Código Penal de Colombia; Ley 599 del 2000, 20 de Julio del 2001; pp. 139-140. Acceso: www.cepal.org/oig/doc/.../Colombia/2000_Codigopenal_Colombia.pdf

Con este razonamiento de la Corte Constitucional hoy en día existe también una conducta no punible en caso de peligro de salud a la madre, sin embargo no se menciona nada en relación al peligro de vida, adicionalmente a esto sentencia abarca el aborto en caso de graves malformaciones fetales que hagan inviable su vida y en el caso de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento.

Debido a este fallo emitido por la Corte Constitucional el artículo 125 & 126 respecto a las lesiones del feto se vería limitado por las tres causales de exención mencionadas en la sentencia de la Corte Constitucional citada anteriormente.

4.4. CODIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE.-

Con respecto al Código Penal de la República de Chile, se ha podido ver que tipifica el delito de aborto a partir del artículo 342 del mencionado Código el cual señala lo siguiente:

“El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

1. Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.
2. Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.
3. Con la de presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.”

El artículo 343 dice: “Será castigado con presidio menor en sus grados mínimo a medio, el que con violencias ocasionare un aborto, aun cuando no haya tenido propósito de causarlo, con tal que el estado de embarazo de la mujer sea notorio o le constare al hechor.”

El artículo 344 señala: “La mujer que causare su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con presidio menor en su grado máximo.

Si lo hiciere por ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de presidio menor en su grado medio.”

Finalmente, el artículo 345 cita: “El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado.”⁵⁶

En este Código Penal se establece el delito de aborto y se pena al mismo sin excepción, sin embargo se señala en este Código una disminución de la pena en caso de que el aborto se lo haga para ocultar la deshonra de la mujer embarazada. Pero de manera general no se permite el practicarse el mismo en esta legislación, ya que cualquier tipo de aborto es punible.

4.5 CÓDIGO PENAL DEL PERÚ.-

El Código Penal del Perú, tipifica el delito de aborto a partir del artículo 114 hasta el 120, a continuación el texto del Código Penal Peruano.⁵⁷

El artículo 114 dice al respecto: *Autoaborto*. “La mujer que causa su aborto, o consiente que otro le practique, será reprimida con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.”

El artículo 115 señala: *Aborto consentido*. “El que causa el aborto con el consentimiento de la

⁵⁶ Código Penal de la República de Chile, Ley 12927, Art. 1° No 4, D.O. 14.01.2014. Acceso: http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/CL/codigo_penal.pdf

⁵⁷ Código Penal del Perú, Decreto Legislativo No 365, promulgado el 3 de Abril de 1991, publicado el 8 de Abril de 1991. Acceso: <http://spij.minjus.gob.pe>

gestante, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años.”

El artículo 116 dice: *Aborto sin consentimiento*. “El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años.”

El artículo 117.- *Agravación de la pena por la calidad del sujeto*. “El médico, obstetra, farmacéutico, o cualquier profesional sanitario, que abusa de su ciencia o arte para causar el aborto, será reprimido con la pena de los artículos 115° y 116° e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 4 y 8.”

El artículo 118.- *Aborto preterintencional*. “El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.”

El artículo 119 dice: *Aborto terapéutico*. “No es punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente.”

Finalmente, el artículo 120 señala: *Aborto sentimental y eugenésico*.

“El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o

2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.”⁵⁸

De lo que se puede ver, en este Código al igual que en los otros Códigos analizados, se mantiene el elemento objetivo que es la acción de abortar en sí, los elementos subjetivo que a su vez se dividen en sujeto pasivo siendo este siempre el concebido, y sujeto activo siendo este la madre o un tercero que practique el aborto, y en caso de que la conducta sea punible se establecen penas privativas de la libertad y en el caso de exención en el aborto no punible no existe pena.

Además se puede observar, que no existe exención en caso de realizarse un aborto sentimental o eugenésico, no siendo este el caso del aborto terapéutico pues este si es exento. Como se ha podido ver en el Código Penal del Perú, se tipifica al aborto como delito; sin embargo existe una exención al mismo, cuando se trata de salvar la vida o la salud de la madre cuando se quiere evitar un mal grave y permanente, de lo expuesto se denota que existe una eximente legal para el aborto terapéutico; sin embargo existen ciertos requisitos

⁵⁸ Código Penal del Perú, op. cit.

que deben cumplirse para que este aborto no sea punible. En el caso de que exista un aborto sentimental o eugenésico, no existiría eximente legal, únicamente disminución de la pena.

CAPITULO III

5. SITUACIÓN LEGAL DEL SUJETO ACTIVO EN EL ABORTO TERAPÉUTICO.-

5.1. SITUACIÓN JURÍDICA DEL MÉDICO QUE REALIZA EL ABORTO TERAPÉUTICO.-

Para analizar esta parte necesito remitirme a la Bioética y su influencia en el ámbito legal en los casos que exista conflicto de derechos como es en el caso del aborto terapéutico. A pesar de los avances médicos y tecnológicos, hoy en día, todavía existen situaciones en las que al médico se le presentan casos reales de pacientes en los cuales el mismo se ve en la obligación de hacer un juicio de valor acerca de la afectación de salud del paciente, y recomendar el tratamiento más idóneo para él mismo, asegurando de esta manera la salud y vida de la persona tratada.

El aborto terapéutico puede surgir en los siguientes presupuestos médicos, sin excluir otras posibles causas que no se mencionan en esta lista, así tenemos:

1. Embarazos ectópicos (Fuera del útero).-

Es un embarazo que ocurre por fuera de la matriz (útero). Es una afección potencialmente mortal para la madre.⁵⁹

⁵⁹ Medline plus, Embarazo Ectópico, Internet. Acceso: www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000895.htm

2. Embarazos molares (Tumoraciones de la placenta algunas malignas).-

Es una masa o tumor poco común que se forma en el interior del útero al comienzo de un embarazo y es un tipo de enfermedad trofoblástica gestacional. Un embarazo molar resulta de la sobreproducción de tejido que se supone se transforma en la placenta, la cual le brinda alimento al feto durante el embarazo.⁶⁰

3. Embarazos complicados con cáncer.-

Esto refiere a embarazos que se compliquen con casos de cáncer.

4. Anemias congénitas (Anemia aplásica).-

Es un trastorno sanguíneo poco común pero grave, en donde la médula o sea no produce suficientes células sanguíneas nuevas.⁶¹

5. Preeclampsia (Hipertensiones severas).-

Se presenta cuando una mujer en embarazo desarrolla hipertensión arterial y proteína en la orina después de la semana 20 de gestación⁶².

6. Eclampsia.-⁶³

⁶⁰ Medline plus, Mola Hidatiforme, Internet. Acceso: www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000909.htm

⁶¹ Medline plus, Anemia aplásica, Internet. Acceso: <http://vsearch.nlm.nih.gov>

⁶² Medline plus, Preeclampsia, Internet. Acceso: www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000898.htm

⁶³ Fundación Desafío, Aborto Terapéutico para salvar la vida de las mujeres, Global FundforWomen, Quito, 2008. Acceso: http://www.fundaciondesafio-ec.org/pdf/desafiando/7_Desafiando_abortoterapeutico.pdf

Es la presencia de la crisis epilépticas (convulsiones) en una mujer embarazada.⁶⁴

Del texto del autor Marco R. García C. se desprende que:

“Bioética es el estudio sistemático del comportamiento humano en el campo de las ciencias de la vida y de la salud, cuando este comportamiento es examinado a la luz de valores y principios morales”⁶⁵

Del texto del mismo autor se desprende que los principios bioéticos en salud son el principio de beneficencia, el principio de no-maleficencia, principio de autonomía y principio de justicia.

Por otro lado el autor García R. señala que las definiciones de los mismos de acuerdo a Ciccone son:

1. Principio de Beneficencia: Manda hacer el bien.
2. Principio de No-maleficencia: Se basa en el principio hipocrático de *premiun non nocere*, es decir, “ante todo, no hacer daño”.
3. Principio de Autonomía: Este se refiere a la capacidad que tiene el enfermo para decidir, en uso de su autonomía, lo mejor que considere en su beneficio, luego de recibir las explicaciones adecuadas.

⁶⁴ Medline plus, Eclampsia, Internet. Acceso: www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000899.htm

⁶⁵ García C. Marco R., La Responsabilidad Civil del Médico en el Ecuador, pp. 9 Acceso: www.bioetica.org.ec/articulo_responsabilidad_civil.pdf

4. Principio de Justicia: Este principio se basa en dos hechos según Ciccone, el primero que dice que todas las personas, por el mero hecho de serlo, tienen la misma dignidad, independiente de cualquier circunstancia y por lo tanto son merecedoras de igual consideración y respeto. Y el segundo que dice que hay que luchar por una distribución justa y equitativa de los siempre limitados recursos sanitarios para conseguir el máximo beneficio en la comunidad, evitando desigualdades en la asistencia sanitaria.⁶⁶

Continuando con mi análisis, el médico por la naturaleza de su profesión se encontrará en ocasiones ante una situación jurídica que pudiera estar prevista en la ley, como una conducta típica y antijurídica pero que bajo ciertas circunstancias no sería imputable al sujeto activo de esta acción que en este supuesto sería el médico, ya que la ley elimina la culpabilidad de las excusas legales absolutorias, siendo este el caso del aborto terapéutico.

Del texto doctrinario de la autora Patricia Laurenzo Copello se desprende que:

“Las excusas absolutorias describen una situación en la que a pesar de concurrir un hecho antijurídico y culpable, se excluye la punibilidad”.⁶⁷

De lo expuesto se desprende que el médico por su profesión se ve en la posición de tomar una decisión con respecto al tratamiento del paciente, cuando este se vea afectado, especialmente si este está afectado gravemente, el COIP le otorga a este médico la potestad de ejercer una acción antijurídica y típica pero eximiéndole la culpabilidad, debido a que de

⁶⁶García C. Marco R., La Responsabilidad Civil del Médico en el Ecuador, pp. 10 Acceso: www.bioetica.org.ec/articulo_responsabilidad_civil.pdf

⁶⁷ Laurenzo Copello Patricia, El Aborto no punible, editorial Bosch, Año 1990, pp. 167

no aplicarse el tratamiento al paciente ella moriría o su derecho a la salud se vería gravemente afectado.

En la ley española LOIVE se tipifica claramente los pasos a seguir para practicar un aborto terapéutico, aquí se señala que el médico debe informar plenamente a la paciente, pues el no pudiera actuar de oficio y practicar este aborto terapéutico sin el consentimiento de la paciente. Esta ley señala que adicionalmente al consentimiento de la paciente, debe informársele plenamente de la situación de salud en la que se encuentra y explicar el tratamiento que el médico recomienda dadas estas circunstancias. En esta ley española se señala adicionalmente que la paciente tiene que ser informada de cuáles son los centros médicos que podrían prestar este servicio, así como cuáles son las condiciones para su cobertura por el servicio público.

En el Ecuador no existe ninguna normativa en cuanto al proceso para efectuar el aborto terapéutico, la ley no enmarca específicos puntos a seguir, la única legislación actual acerca de este tema es el artículo 150 del COIP, sin embargo, del caso real de una mujer que tuvo que realizarse un aborto terapéutico en el Hospital Metropolitano el 3 de Noviembre de 1993, debido a que esta paciente tuvo un embarazo ectópico y de seguir con el proceso normal de la gestación, esto hubiera acarreado la muerte de ella y el concebido tampoco hubiera podido sobrevivir; el médico recomendó la interrupción del embarazo a las 4 semanas de gestación.

La paciente cuenta que al amanecer el día 2 de Noviembre de 1993, ella se despierta con un intenso dolor en el estómago, al día siguiente el dolor era más intenso y su esposo decide llevarla al Hospital Metropolitano el 3 de Noviembre, donde le realizan un eco transvaginal y ven que el vientre estaba lleno de líquido, es decir la paciente tenía una hemorragia interna,

por lo que el médico le indica al esposo que tiene que intervenir urgentemente ya que la paciente ha sido diagnosticada con un embarazo ectópico de 4 semanas, y el embrión estaba ubicado en una de las trompas de falopio y como no tenía espacio para crecer, la trompa había estallado causando una hemorragia interna que podía ocasionar la muerte de la paciente.

Dadas estas circunstancias el esposo de la paciente llena el formulario autorizando al médico a realizar el aborto terapéutico debido al grave riesgo de vida y salud de la paciente, de tal manera que se efectúa la interrupción del embarazo mediante cirugía de alto riesgo, en la que el médico le tuvo que cortar la trompa de falopio a la paciente, sacarle los intestinos que estaban llenos de sangre para lavarlos y volverlos a ubicar. Una vez que el grave peligro de vida pasó y después de estar unos días en el hospital la paciente fue dada de alta.

Este procedimiento si fue reconocido por el seguro médico de la paciente, y el seguro médico y reembolsó a la paciente el valor pagado por este procedimiento por ser inminentemente necesario para salvar la vida y salud de la paciente.⁶⁸

De lo expuesto se puede ver que a pesar de que no existe una normativa específica en el Ecuador en el proceso para la realización de un aborto terapéutico, como es en el caso de la ley española, en nuestro país se sigue un proceso donde el médico informa a la paciente o familiares íntimos, en caso de que ella no esté en capacidad de decidir, de la situación en la que se encuentra la paciente, recomienda el tratamiento a seguir y actúa una vez que el esposo, en este caso específico ha consentido en ello en el mismo Hospital donde ella fue atendida.

⁶⁸ Entrevista a la Sra. Jane Puyol, paciente del Hospital Metropolitano, Caso de Embarazo Ectópico del 3 de Noviembre de 1993, testimonio tomado el 27 de Octubre del 2013.

La ley en relación al consentimiento es bastante clara pues señala que este viene de la mujer embarazada y que en caso de que ella no lo pueda prestar, esta potestad recae sobre su esposo o pareja, sus parientes íntimos o su representante legal cuando ella no esté en la posibilidad de prestarlo.

Como expuesto en el caso anterior esta conducta antijurídica y típica pero no punible se ve estipulada en el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal cuando señala el caso del aborto terapéutico en el cual se estipula que se dará esta excusa legal absolutoria al sujeto activo de esta conducta antijurídica pero no punible, cuando el aborto sea practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, en el caso de que ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

Otra reflexión acerca de este tema es que a pesar de que no existe una norma jurídica que específica en detalle el proceso a seguir en caso de aborto terapéutico existen fuentes casuísticas que permiten determinar los lineamientos que el médico debe seguir cuando se enfrente a un caso de este tipo.

6. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL PELIGRO EN LA VIDA O SALUD DE LA MADRE EN LA FIGURA DEL ABORTO TERAPÉUTICO.-

Sobre este tema, el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 150 señala que el aborto procede:

“si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios”.

El COIP señala que esta circunstancia que le remueve la culpabilidad del aborto será siempre determinada por el médico o un personal capacitado de la salud, ya que nadie más podría emitir un juicio de valor sobre un posible tratamiento en caso de que se presente por ejemplo un embarazo ectópico. De tal forma que la ley mal podría taxativamente determinar este juicio valorativo acerca de posibles estados de peligro en el embarazo que afecten a la vida o salud de una mujer.

De esta manera la ley adecuadamente deja esto en manos de un médico o una persona capacitada en la salud, con conocimientos del tema que emita este juicio de valor acerca de las circunstancias que rodean a la paciente embarazada que presenta alguna situación que podría afectar gravemente su vida o salud y dictaminar el tratamiento adecuado que la misma debería tener.

En caso de que este tratamiento implique la interrupción del embarazo, ésta situación siendo una circunstancia antijurídica pero no punible siempre será dictaminada por un personal de la salud capacitado para identificar estos casos, sin embargo el tratamiento médico recomendado por el médico o profesional de la salud capacitado solo podrá ser llevado a cabo si es que existe el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal cuando ella no lo pudiera prestar.

El juicio de valor final sobre la peligrosidad de un embarazo, es totalmente dependiente del médico tratante o personal capacitado que esté tratando a la paciente, siendo adecuadamente esto tipificado en el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal.

Como ya veremos más adelante el aborto terapéutico se puede dar en casos muy variados, así tenemos solo por mencionar algunos, los embarazos ectópicos, preeclampsia, eclampsia, entre otros.

De la información tomada del Registro Administrativo de Nacimientos y Defunciones del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos se desprende que las causas de muerte materna en el año 2013 han ascendido a 158 muertes incluyendo las muertes tardías (post parto) en el Ecuador. Así de esto se desprende la siguiente información:⁶⁹

Causas de muertes maternas considerando a las muertes maternas que ocurrieron en el período del embarazo, parto o postparto en el Año 2013	
Causas de muerte materna	Número
*Total de muertes maternas	155
Causas obstétricas directas (O00-O94)	121
O14 Hipertensión gestacional [inducida por el embarazo] con proteinuria significativa	25
O72 Hemorragia postparto	21
O15 Eclampsia	16
O85 Sepsis puerperal	8
O02 Otros productos anormales de la concepción	6
O45 Desprendimiento prematuro de la placenta [Abruptio placentae]	5
O00 Embarazo ectópico	4
O62 Anormalidades de la dinámica del trabajo de parto	4
O06 Aborto no especificado	3
O10 Hipertensión preexistente que complica el embarazo, el parto y el puerperio	2
O71 Otro trauma obstétrico	3
O73 Retención de la placenta o de las membranas, sin hemorragia	3
O90 Complicaciones del puerperio, no clasificadas en otra parte	3
O24 Diabetes mellitus en el embarazo	2
O36 Atención materna por otros problemas fetales conocidos o presuntos	2
Resto de causas obstétricas directas	14
Causas obstétricas indirectas (O98-O99)	28
O98 Enfermedades maternas infecciosas y parasitarias clasificables en otra parte, pero que complican el embarazo, el parto y el puerperio	3
O99 Otras enfermedades maternas clasificables en otra parte, pero que complican el embarazo, el parto y el puerperio	25
Causas no especificadas (O95)	6
O95 Muerte obstétrica de causa no especificada	6
Causas de muerte materna después de 42 días del parto (O96 - O97)	3
O96 Muerte materna debido a cualquier causa obstétrica que ocurre desdespués de 42 días pero antes de un año del parto	3
Total de muertes maternas incluidas tardías	158

⁶⁹ Registros Administrativos de nacimientos y defunciones 2013, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, Quito.

De la tabla de muertes materna del año 2013 se desprende que en este año hubo 158 casos de muertes de mujeres embarazadas en el Ecuador.

Entre algunos de estos casos se encuentran por ejemplo *al embarazo ectópico* con 4 muertes, *a la muerte de la mujer embarazada por eclampsia* con 16 muertes, *a la hipertensión existente que complica el embarazo, el parto y el puerperio* con 2 muertes, *a la sepsis puerperal* con 8 muertes (esta causa de muerte no necesariamente tiene relación con el aborto, ya que esto se puede dar en el parto), *a la diabetes mellitus en el embarazo* con 2 muertes, entre otros, todos estos potenciales casos de aborto terapéutico que posiblemente pudieron ser evitados si se hubiera practicado uno, por supuesto estas son simplemente conjeturas más pues para conocer por qué no se practicó un aborto terapéutico en estos casos, habría que analizar cada uno de ellos específicamente y estudiar la historia clínica de cada paciente y ver el tratamiento recomendado por el médico al tiempo. Lo cierto es que las estadísticas de muertes de mujeres embarazadas tomadas del Registro Administrativo de nacimientos y defunciones son cifras reales recopiladas en el año 2013 por el Instituto de Estadísticas y Censos (INEC).

De la hipótesis de que si estas mujeres embarazadas se hubieran salvado en caso de que un aborto no punible se hubiera efectuado, no podemos tener certeza de que hubiera sido este efectivamente el caso, pero posiblemente se puede reflexionar acerca de esto en el sentido de que la norma del aborto no punible, específicamente en el caso de aborto terapéutico, cumple un papel importante en la regulación de las conductas médicas, ya que estos 158 casos en el Ecuador en el año 2013 son los casos en los que desafortunadamente se perdió la vida de la mujer embarazada, sin embargo estas cifras de muertes maternas pudieron ser mayores en caso de que el médico no tuviera la opción de realizar abortos terapéuticos al amparo de la

ley como es por ejemplo en el caso de el Salvador, el cual se analizará más adelante, donde no existe la figura del aborto no punible y el cual se puede ver el riesgo que corre la vida y salud de la mujer embarazada que no puede acceder a practicarse un aborto terapéutico en su país.

7. LA EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA CUANDO ESTÁ NO EXISTE EN LA LEGISLACIÓN DEL PAÍS, ANÁLISIS DE UN CASO EN EL SALVADOR.-

Creo pertinente resaltar que la excusa legal absolutoria no existe en todos los países del mundo así por ejemplo tenemos el caso del Salvador, donde todos los abortos están penalizados inclusive el aborto terapéutico.

De conformidad con lo señalado en un caso de el Salvador, de marzo del año 2013 donde una mujer de 22 años que sufría de lupus eritematoso discoide agravado con nefritis lúpica y a la que en su segunda gestación le fue diagnosticado un embarazo de feto encefálico, por el cual el Jefe de la Unidad Jurídica del hospital señaló que era necesario realizarle un procedimiento médico por una fuerte probabilidad de muerte materna por lo que se solicitó a la autoridad competente autorización para realizar el procedimiento recomendado. La paciente manifestó la voluntad de interrumpir la gestación.

Dadas estas circunstancias se presenta un recurso de amparo a fin de salvaguardar la vida de la paciente el 11 de abril del 2013, sin que exista una respuesta, el 18 de abril se solicitan medidas cautelares a la Comisión de Derechos Humanos, sin una respuesta la CIDH eleva al Estado la petición de medidas provisionales, el Estado da su pronunciamiento el 28 de mayo del 2013 a petición de la CIDH, aquí el Estado se pronuncia señalando no ha lugar el recurso

de amparo ya que las autoridades demandadas continuaran monitoreado el estado de salud de la paciente.

Aquí el Estado señala la necesidad de proteger el binomio madre-hijo y la Sala señala que las autoridades le brindaron asistencia médica adecuada pues lograron estabilizar su condición de salud por consiguiente no existe vulneración de derechos fundamentales alegada.

A continuación la Sala señala que el hecho que la paciente se encuentre estable en ese momento no significa que el riesgo grave y excepcional haya desaparecido, de tal manera que obligó a las autoridades a monitorear el estado de salud de la peticionaria y a brindarle el tratamiento que sea necesario. Adicionalmente a esto esta instancia señalo que los derechos de la madre no pueden privilegiarse sobre los del nasciturus ni viceversa y que existe un impedimento absoluto para practicar el aborto ya que esto va en contra de la Constitución que protege el derecho a la vida del concebido desde la concepción. El 29 de mayo la Corte Interamericana concedió medidas provisionales y los primeros días de junio se practicó una cesárea luego de que se iniciaran las contracciones, pero no se produjo una interrupción del embarazo.⁷⁰

De lo expuesto se desprende que en legislaciones como la del Salvador donde no existe la excusa legal absoluta del aborto terapéutico se dejó a la paciente proseguir con su embarazo a pesar de las recomendaciones del médico tratante que aconsejaba el tratamiento adecuado para la paciente, dadas las circunstancias de salud de la paciente el médico recomendó como el tratamiento la interrupción del embarazo de la misma, afortunadamente hubo otros medios que ayudaron a la paciente a sobrellevar este embarazo de tal manera que

⁷⁰ Ramirez Huarto, Beatriz, “Práctica Constitucional, actualidad constitucional, Heroínas forzadas: reflexiones sobre el aborto terapéutico”, Gaceta Constitucional No. 67 pp. 333 – 336. Acceso: http://www.academia.edu/4184600/Beatriz_Ramirez_-_Heroinas_forzadas._Reflexiones_sobre_aborto_terapeutico

se protegió el binomio madre-hijo hasta el final. Sin embargo, en el caso de que la paciente no hubiera corrido con la misma suerte esto hubiera resultado en la muerte de ella y del concebido inevitablemente.

De esto se desprende la importancia de la excusa legal absolutoria del aborto terapéutico en casos que no pueden ser evitados por otros medios, si bien es cierto existe un conflicto de derechos entre la vida y salud de la madre y la vida del concebido y la Constitución del Salvador como se señala aquí protege la vida del concebido desde la concepción, pero por otro lado también consagra el derecho a la vida y salud así como el acceso a la salud de todas las personas.

Aquí se cuestiona si es que la legislación Salvadoreña ha desarrollado el tema del aborto de acuerdo a la realidad del tiempo, con los desarrollos tecnológicos médicos, hoy en día se permite identificar posibles problemas con el embarazo tempranamente con la finalidad de salvaguardar la vida de la mujer embarazada así como la del concebido de tal manera que estos puedan ser tratados mucho antes de que exista la urgencia de hacerlo evitando de esta manera situaciones de salud peligrosas para los pacientes.

En relación a los casos expuestos anteriormente se puede ver que el médico actuó dando su juicio de valoración y señalando el tratamiento que creyó más adecuado para la paciente, aquí se ve que hubo consentimiento de la mujer embarazada para la interrupción del embarazo debido a estas circunstancias extraordinarias que amenazaban su vida y salud.

En el primer caso estudiado de la paciente en el Ecuador se procedió al aborto y el acceso a la salud fue inmediato, claro que este se presentó como un caso de urgencia al tiempo, en el

cuál la atención tuvo que ser inmediata pues de otra manera la paciente no hubiera sobrevivido; en cambio en el segundo caso, específicamente refiriéndome al caso en el Salvador, este acceso fue demorado empeorando la situación de salud de la paciente, finalmente esto se resolvió con una cesaría que afortunadamente no terminó con la vida de la paciente, pero este no hubiera podido ser el caso.

De lo expuesto anteriormente se desprende que en la actualidad existen posiciones contrarias en referencia a este tema, por un lado existen países que consienten en el aborto terapéutico en casos de peligro grave a la vida o salud de la madre y si esto no puede ser evitado por otros medios y otras legislaciones en cambio, en las que predomina la protección a la vida del concebido en un sentido absoluto sin permitir excepciones.

De lo visto en las Estadísticas tomadas con el INEC se puede ver que hoy en día todavía existen casos de muertes maternas que posiblemente pudieron ser evitados con un aborto terapéutico, de haberse practicado uno, de lo estudiado se ve que existen casos como el embarazo ectópico que inevitablemente es una condición mortal para la madre de proseguir con la gestación, adicionalmente el concebido tampoco podría sobrevivir ya que no podría seguir su procesos normal de crecimiento en el vientre materno, pues en este caso específico sería inevitable la muerte de uno de estos sujetos o de los dos si no se actuara a tiempo.

Considero que la investigación hecha en relación a las estadísticas de muertes maternas en el Ecuador en el año 2013 ha agregado mucho valor objetivo a esta investigación permitiendo entender más a fondo cuales son los preceptos de los cuales parte la norma del artículo 150 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal referente al aborto terapéutico y el por qué la existencia de la misma en la legislación ecuatoriana.

8. PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS VINCULADOS EN LA EXCUSA LEGAL DEL ABORTO TERAPÉUTICO.-

De lo expuesto en los capítulos anteriores la normativa que se desenvuelve en torno al tema de los derechos de la vida y salud de la madre, así como los derechos de la vida y existencia del concebido en la cual se ha visto que existen normas y argumentos válidos que defienden la vida del uno y del otro, no solo en la legislación nacional sino también en la legislación internacional creo necesario hacer un estudio de la ponderación de los derechos vinculados con el objetivo de entender más a fondo las implicaciones que esto trae en la aplicación de la ley cuando estos casos conflictivos se han visto expuestos en esta disyuntiva.

Del autor Muñoz Conde se desprende que la protección jurídico-penal de la vida humana en su fase dependiente ofrece particularidades que la distinguen necesariamente de la protección jurídico-penal que se brinda a la vida ya independizada. En primer lugar, la vinculación orgánica que existe durante el embarazo entre el feto y la embarazada determina una especial relación de dependencia de aquél respecto a ésta que condiciona la protección jurídico-penal que, en principio, merece la vida humana dependiente.

Como señala el autor nada habría que objetar a una protección absoluta de la vida dependiente si la continuación de un embarazo no afectara también a otros bienes jurídicos dignos de protección, como la vida, la salud, la libertad o la dignidad de la embarazada.

El autor también señala que muchas veces el embarazo afecta seriamente a otros bienes jurídicos, planteándose un conflicto de intereses que debe resolverse conforme al principio general de salvaguarda del interés preponderante.⁷¹

Una reflexión acerca de esto es que como se ha podido ver a lo largo de este trabajo, la ley ecuatoriana ampara los derechos de ambos sujetos en este conflicto de intereses, por un lado concede la protección de la vida del que está por nacer desde la concepción, reconociéndole la existencia jurídica desde el nacimiento, una vez que el producto de esa unión ha sido completamente separado de su madre y no haya perecido en el vientre materno, como lo señala el Código Civil en su artículo 60.

Y por otro lado a la madre se le otorgan derechos de vida y salud, adicionalmente de otros derechos consagrados en la Constitución todos efectivos al tiempo, ya que es un sujeto independiente que tiene existencia legal reconocida por el Código Civil dada con el nacimiento.

Curiosamente, la mujer embarazada está reconocida en el acápite de la Constitución de los grupos de atención prioritaria antes denominados vulnerables, pero el no nacido no está considerado dentro de este grupo, pues no existe un artículo que hable de él específicamente como es en el caso de la mujer embarazada.

Cabe destacar que los derechos que le correspondan al no nacido estarán suspensos hasta que se efectúe el nacimiento, y si el nacimiento constituye un principio de existencia, el recién

⁷¹ Muñoz Conde Francisco, op. cit., pp.73-74

nacido entrará en goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron, esto de acuerdo al artículo 63 del Código Civil.

Así, el artículo 35 de la Constitución señala que la mujer embarazada recibirá atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. Y el artículo 43, que señala que el Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en período de lactancia los derechos a: 2. La gratuidad de los servicios de salud materna. 3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y postparto.⁷²

De tal forma que se establece a la mujer embarazada como parte de los grupos de atención prioritaria, no siendo este el caso del concebido.

Del autor Arturo J. Donoso Castellón, en su libro Derecho Penal Parte Especial, se desprende que la Constitución Ecuatoriana garantiza la existencia del ser humano desde su concepción, lo cual determina el rango más alto de la pirámide Kelseniana, que conglobando la tipicidad, en la Teoría de Eugenio Raúl Zaffaroni, el bien jurídico a proteger es el derecho a la existencia de quien tiene principio vital humano por la concepción, pero aún no ha nacido. En consecuencia para el derecho Penal habrá que diferenciar este bien jurídico; el derecho del que está por nacer, del derecho de quien ha nacido, otra vez, conglobando la tipicidad, esto es imprescindible jurídicamente, porque el derecho de la existencia de la persona humana, por el Derecho Civil se establece desde el momento del nacimiento, esto es desde que el ser humano tiene autonomía e independencia una vez separado del vientre materno.⁷³

El autor Donoso en su texto rectifica la reflexión antes expresada señalando la distinción entre la existencia jurídica del no nacido y de la mujer embarazada quien ya tiene reconocida

⁷² Constitución de la República del Ecuador, op. cit., pp.10, 13

⁷³ Donoso Castellón Arturo J, "Guía para Estudio Derecho Penal Parte Especial Delitos contra las Personas", Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2007, pp. 28.

su existencia jurídica otorgada con el nacimiento de acuerdo al Código Civil, sin embargo el autor señala que en el ámbito penal es necesario diferenciar entre el bien jurídico del que está por nacer y del que ya ha nacido, esta diferenciación por ejemplo se puede ver en el delito del aborto, ya que claramente se identifica que el bien jurídico protegido es la vida del no nacido, en cambio cuando se tipifica el aborto terapéutico en este caso el bien protegido es la vida y salud de la mujer embarazada.

De conformidad con lo expuesto en previos capítulos se desprende que en relación a la ponderación de derechos existen diferentes posturas que se desenvuelven alrededor de este tema, así por ejemplo tenemos la postura de la Iglesia que aboga por el derecho a la vida del concebido por sobre el derecho a la vida de la madre y por otro lado tenemos los movimientos feministas que abogan por la protección al derecho a la vida y salud de la madre por sobre la vida del concebido.

Según el autor Robert Alexy que señala:

“Ley de ponderación se trata de la relación entre dos principios en colisión, ella sólo puede depender de los efectos que la omisión o la no ejecución de la medida de intervención tenga en la satisfacción del principio contrario”.⁷⁴

De lo expuesto se desprende que en el aborto terapéutico efectivamente existe una colisión de dos principios que están protegidos por la misma jerarquía legal, así está por un lado el derecho a la vida y salud de la madre y por el otro el derecho a la vida del no nacido. El efecto de la omisión de esta protección tiene graves efectos en este conflicto de intereses, de

⁷⁴ Alexy Robert, El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Imprenta V&M Gráficas, Primera Edición, Quito, Diciembre del 2008, pp. 25

esta manera en el supuesto que se deje de velar por la salud y vida de la madre, ella podría morir y caso contrario si prevalece el derecho a la vida y salud de ésta, el no nacido no podría culminar su proceso normal de desarrollo en el vientre materno. Sin embargo, los dos derechos son igualmente dignos de protección y consagrados en las leyes de tal forma que la omisión de uno u otro puede acarrear graves consecuencias al sujeto al cual se le está violando el derecho. Referente a esto existen opiniones diferentes entre cual es el derecho predominante en este conflicto de intereses, de tal forma que no existe un criterio unánime que resuelve este conflicto.

Cabe mencionar que sería que la ley protege ambos derechos, así cuando se pena el aborto el derecho a la vida del concebido está protegido por sobre el derecho a la libertad de la madre si fuere el sujeto activo del aborto, pero por otro lado en el aborto terapéutico el derecho a la vida del no nacido pasa a segundo plano, pues se remueve la culpabilidad en la conducta típica y antijurídica como es el aborto.

Del texto doctrinario del autor Muñoz Conde el cual nos enseña:

“La fundamentación de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo es, de este modo, doble, como consecuencia del entendimiento de que hay que adecuar la protección penal a la realidad biológica de la vida en formación: la protección jurídica de la vida en formación deberá ser, pues, progresiva: si la vida en formación vale más cuanto más se acerca al nacimiento, al principio de la gestación se puede dar mayor prioridad al interés de la embarazada; después, el interés prioritario será, por el contrario, el del nasciturus. Así, en las primeras 14 semanas de gestación

los intereses de la embarazada van a ser considerados preferentes, de forma que la interrupción voluntaria del embarazo en ese periodo que cumpla los requisitos legales será una conducta atípica. Una vez superado este periodo, cambia la valoración de los intereses en juego, adquiriendo preeminencia la vida en formación y por tanto rigiendo una prohibición general de la interrupción voluntaria del embarazo que solamente puede ceder en supuestos específicos que, sin afectar a la tipicidad, excluirían la antijuricidad de la conducta”.⁷⁵

De este precepto doctrinario señalado por el autor Muñoz Conde se desprende un pensamiento interesante, la legislación penal española otorga una valoración gradual a la vida del concebido, mientras se va acercando más el concebido a la época del nacimiento esta valoración de la vida se va incrementando, como señala el autor dentro de las 14 semanas de gestación el interés preponderante es la vida de la madre, mientras la gestación sigue su proceso evolutivo, los intereses en juego cambian adquiriendo preeminencia la vida del concebido penando a la interrupción voluntaria del embarazo en general. Cabe destacar que en la ley española si existe la figura del aborto terapéutico, está señalada en el artículo 15 de la LO 2/2010, que textualmente dice:

“Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurran alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o

⁷⁵ Muñoz Conde Francisco, op. cit., pp. 84

médica especialista distinto del que le practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen”.

Haciendo una reflexión acerca de este artículo de la LO 2/2010 (LOIVE) se puede ver que el aborto terapéutico tiene una limitación temporal en esta legislación debido a la valoración de derechos que se hace al inicio de la gestación en relación al concebido, derechos que se ven incrementados paulatinamente conforme el periodo de gestación sigue avanzando; en nuestra legislación no se puede ver esta figura de limitación temporal en el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal, ya que el texto en nuestra legislación señala a la figura de aborto terapéutico sin especificar una limitación temporal para efectuar esta interrupción del embarazo, de tal manera que en nuestra legislación en el embarazo no existe esta valoración progresiva de la vida del concebido en la cual se puede ver una clara ponderación de derechos pasada cierta época en el período de gestación.

CONCLUSIONES

De lo visto a lo largo de mi investigación se puede ver que existen interesantes teorías, doctrina, leyes nacionales e internacionales que aportan conceptos para la interrupción del embarazo por causas terapéuticas. Así tenemos las siguientes conclusiones a continuación:

1. Análisis de la Constitución, Código Orgánico Integral Penal, Código Civil y Código de la Niñez y Adolescencia.-

De estos cuerpos normativos se desprenden los siguientes preceptos jurídicos importantes, así tenemos en primer lugar que la Constitución consagra el derecho a la vida, así como el derecho a la salud de todo ser humano, del Código Orgánico Integral Penal se desprende que la ley tipifica al aborto como delito así tenemos el aborto punible, adicionalmente la ley reconoce el aborto no punible, en casos específicos, siendo el tema de mi tesis el señalado en el artículo 150 numeral 1 que habla del aborto terapéutico. Por otro lado el Código Civil señala la existencia legal del ser humano desde el nacimiento siempre y cuando la criatura sea completamente separadamente de su madre y nazca viva. Finalmente el Código de la Niñez y Adolescencia señala la protección a los niños, niñas y adolescentes desde la concepción.

2. La legislación Nacional y Extranjera en el Aborto Terapéutico.-

Gracias al análisis de la legislación de otros países, se puede ver que existe el aborto terapéutico en algunos de ellos, en los que existe el aborto terapéutico tal como es el caso de Argentina, México y Perú se puede ver que la figura de aborto existe y los elementos son muy parecidos a los elementos que hay en nuestra legislación que constituyen la figura del aborto, siendo estos el grave peligro de vida y salud que no puede ser evitado por otros medios, que la interrupción del embarazo sea hecha por un médico o algún personal capacitado de salud, y que exista el consentimiento de la madre, parientes íntimos o representante legal en caso de que ella no lo pueda dar.

De la legislación que no contempla el aborto terapéutico en la ley está Colombia y Chile, sin embargo la ley Colombiana mediante sentencia del Tribunal Constitucional de ese país ha adoptado la figura de aborto terapéutico, siendo utilizada la casuística para la aplicación de esta figura, a pesar de que esto no está expresamente tipificado en su Código Penal.

Referente a Chile, este país definitivamente no contempla la figura de aborto terapéutico de tal manera que todo aborto está penado, siendo simplemente una atenuante de la pena en caso de que se practique el aborto para salvaguardar la honra.

3. La Legislación Internacional en la ley española en cuanto al proceso para la aplicación de un aborto terapéutico.-

De lo expuesto en mi investigación se puede ver que la ley española ha desarrollado una ley solo para tratar la salud sexual y reproductiva, así como la interrupción del embarazo, en mi trabajo se hace mención a este tema en el capítulo II, en el que se puede ver que este país tiene un claro proceso dirigido a la interrupción del embarazo, cuando señala por ejemplo que se necesita la recomendación de un segundo médico para que se pueda realizar la interrupción del embarazo y que solo si es que es un caso de urgencia se puede prescindir de este; esta ley española por otro lado también señala que a la mujer se le entregará la información pertinente a los centros médicos donde puede acceder a este procedimiento, el hecho de que inclusive mencionan que este procedimiento será reconocido por el seguro médico, eso sí se limita este procedimiento como aceptable solamente hasta las 22 semanas. En cambio en nuestro Código Orgánico Integral Penal, al momento no existe ningún detalle de procedimiento en cuanto a la interrupción del embarazo específicamente, sin embargo de los casos estudiados se ha podido ver que los médicos no obstante tienen su propio procedimiento interno dentro del hospital y que los pacientes son atendidos con la urgencia requerida en caso de emergencia como en el caso de la Sra. Jane Puyol. De tal manera que las mujeres ecuatorianas en el Ecuador pueden tener la certeza de que serán atendidas con la debida urgencia en los centros médicos en caso de que se presenten con algún caso de aborto terapéutico.

4. Aplicación legal del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal sobre el aborto terapéutico.-

De la investigación hecha se puede ver que a pesar de que el Código Penal fue reformado, el espíritu del artículo 150 se ha mantenido en el nuevo Código Orgánico Integral Penal, pues esta conducta típica todavía se mantiene en el COIP como no punible. Así se ve que los elementos constitutivos de esta figura jurídica han prevalecido, de tal manera que se mantiene en este artículo, el consentimiento, el grave peligro a la vida y salud de la mujer y que este no pueda ser evitado por otros medios. No existe una limitación temporal en esta figura de tal manera que esta interrupción del embarazo se puede dar en cualquier etapa de la gestación.

5. Consideraciones de limitación en el tiempo en la valoración de derechos.-

De lo estudiado se puede ver por ejemplo que la ley española tiene 3 tipos de valoración de derechos en conflicto, de acuerdo a la doctrina española estos se dividen de acuerdo a la limitación en el tiempo, así por ejemplo tenemos que hasta las 14 semanas la ley española deja fuera del ámbito del derecho penal el aborto realizado con el consentimiento de la mujer, desde las 14 a las 22 semanas se puede realizar un aborto terapéutico y a partir de las 22 semanas solo se admite el aborto si es que se detectan anomalías graves fetales incompatibles con la vida, estando este no relacionado con el caso de aborto terapéutico. De tal manera que se ha podido ver en la legislación española que existe una delimitación temporal para poder realizar el aborto terapéutico, esto no ocurre en la legislación ecuatoriana.

6. Estudio de Campo, Causas de Muerte Materna en el Ecuador en el año 2013, Estadísticas tomadas del INEC.-

De lo visto en mi investigación se puede ver que en el año 2013 hubo 158 muertes maternas, estas estadísticas consideran el período del embarazo, parto y postparto también, sin embargo se pudo ver que hubo potenciales casos de embarazos terapéuticos en los cuales la embarazada no sobrevivió.

7. Casuística aplicada al Aborto Terapéutico.-

De los casos analizados en mi trabajo, se menciona el caso ecuatoriano de la paciente que tuvo embarazo ectópico de emergencia y el caso de El Salvador donde no existe el aborto terapéutico; de estos dos casos se desprende cual es el proceso que existen en un país y otros y como se trata a las pacientes con estos casos en los hospitales. De esto se puede ver que en el caso de la mujer ecuatoriana el médico actuó a tiempo recomendando el tratamiento de emergencia y este lo realizó una vez que el marido de la paciente le dio el consentimiento, ya que ella no pudo prestarlo al momento, y todo se resolvió positivamente para la paciente, debido a la urgencia con la que fue tratada en el Hospital. Del caso del Salvador por otro lado se ve, toda la complejidad de acceso a obtener el tratamiento adecuado para salvar su vida y salud de acuerdo a la recomendación médica donde el Estado no permitió a la paciente acceder al tratamiento recomendado por el médico, mediante el cual la vida y salud de la paciente corrió grave peligro durante todo el embarazo, afortunadamente la madre sobrevivió este embarazo de alto riesgo. Pero este caso ayuda a entender el difícil acceso a obtener el tratamiento adecuado de salud en el Salvador, en el caso de que este sea una interrupción del embarazo terapéutica.

8. Determinación de la Peligrosidad en la vida o salud de la madre y como está se determina en la figura del aborto terapéutico.-

De lo estudiado se puede ver que esta recomendación de tratamiento de la interrupción del embarazo solo puede ser recomendada por el médico tratante, ya que el legislador no puede determinar taxativamente en la ley cuales son los casos específicos para determinar un peligro grave de salud y vida, ya que para recomendar el tratamiento el único autorizado y con el conocimiento para determinarlo es el médico o personal de la salud autorizado y por otro existen muchas variables médicas que tienen que ser analizadas una por una, de tal manera que el legislador mal podría especificar estos casos en la ley, de esta manera esto muy apropiadamente se deja en manos de los médicos o personal de la salud capacitado.

9. Ponderación de derechos vinculados, criterios en favor y contra del aborto terapéutico.-

De lo expuesto en mi trabajo se nota que existen criterios contrarios unos a favor del aborto terapéutico y otros en contra, de esta manera la posición de la Iglesia es clara en su postura, señalando que para ella, el derecho que predomina es el del concebido, lo que en cambio para los movimientos feministas el derecho que predomina es el de la madre. A mi criterio, los dos derechos tanto el de la madre como el del concebido están legítimamente protegidos por la ley y doctrina, las dos posturas tienen sus partidarios, ambos dando argumentos válidos que requieren consideración. De tal manera que se presenta la necesidad de que exista una norma que regule esta figura jurídica, la cual ya existe en el COIP, la cual da preferencia al derecho de vida y salud de la madre sobre el derecho a la vida del concebido como se desprende del artículo 150 numeral 1; sin embargo en la doctrina y en la legislación internacional no se puede decir que existe un criterio unánime que determine cual derecho es el que predomina en este caso.

10. Aplicabilidad de la figura del Aborto Terapéutico en la actualidad.-

De lo visto se desprende que esta figura jurídica se aplica actualmente y que entra dentro del margen de aplicación en las conductas sociales en la interrupción del embarazo, si bien es cierto no existe en la ley un proceso para la aplicación de esta ley, los médicos manejan procesos internos de hospitales que permiten a las mujeres embarazadas que tengan que optar por este tratamiento el fácil acceso a la salud.

RECOMENDACIONES

1. Reglas Procedimentales de la práctica del Aborto Terapéutico.-

Sería interesante notar de lo estudiado en las legislaciones internacionales, especialmente en la legislación española, se puede ver que esta legislación tiene un proceso bastante claro y determinado en cuanto al procedimiento en relación al aborto terapéutico, si bien es cierto las mujeres ecuatorianas embarazadas que se vean en esta situación podrán acceder al mismo sin problemas, creo que sería beneficioso si es que se pudiera establecer en la ley un proceso claro acerca del procedimiento a llevarse a cabo una vez que el médico ha recomendado este tratamiento, por ejemplo, dando a la mujer toda la información de los centros de salud que practican este procedimiento, dándole información que ayude a esclarecer cualquier duda, inclusive en términos de seguridad social, ayuda psicológica en caso de ser necesitada, entre otras cosas.

2. Delimitación Temporal de derechos en la figura del Aborto Terapéutico.-

Por otra lado sería interesante que el legislador le dé un límite temporal al derecho protegido en este artículo, es decir delimitando ciertos parámetros para entender si es que ésta práctica se puede llevar a cabo sin limitación temporal como parece ser el caso de la legislación hoy en día o si es que, como se estudió en la investigación en el Tema de la Ponderación de derechos, existe un derecho progresivo, mientras más cercano al nacimiento se está, el derecho de vida de concebido tiene más fuerza y el derecho de la madre a realizarse un aborto va perdiendo fuerza.

3. Fácil Acceso a Datos Estadísticos de Abortos Terapéuticos.-

Debido a la naturaleza de este procedimiento existe mucha confidencialidad alrededor de este tema en hospitales y centros de salud, de tal manera que no es fácil acceder a esta información, sería interesante el que exista un registro de estos procedimientos anuales en datos estadísticos, pues lo que actualmente hay son los casos en los que el procedimiento falló y la mujer y el concebido perecieron y los datos estadísticos son en base a la causa de muerte como se vio en mi investigación, pero no existe un registro de los casos exitosos en los hospitales del Ecuador señalando específicamente cuál fue la práctica hecha debido a la recomendación médica, es decir que se señale cuál fue la causa que determinó la práctica de un aborto terapéutico. Pienso que esto sería una fuente importante de casuística de esta figura legal en el Ecuador.

BIBLIOGRAFIA

- Cabanellas de Torres Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Argentina, 2001.
- Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 del 20 de Octubre del 2008.
- Constitución Política de la República del Ecuador, Registro Oficial 1, del 11 de Agosto de 1998.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley No. 23.054 del 22 de Noviembre de 1969, Publicada en el Boletín Oficial del 27 de Marzo de 1984.
- Salgado Pesantes Hernán, “Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana”, Corporación Editora Nacional, Quito, 2004.
- Simon Campaña Farith, Derechos de la Niñez y Adolescencia, De la Convención sobre los derechos del Niño a las Legislaciones Integrales, Tomo II, Editorial Cevallos, año 2008.
- Declaración Universal de Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948, Acceso: <http://www.humanrights.com/es/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html>
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá -Colombia, 1948 Acceso: https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf
- Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 16 de Diciembre de 1966, Acceso: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Acceso: <http://www.cidh.org/Basicos/Basicos2.htm>
- Espinoza Espinoza Juan, “Derecho de las Personas”, Editorial Huallaga, Lima.
- Simon Campaña Farith, Copiados del “Análisis del Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador”, Quito, 2004.
- Código de la Niñez y Adolescencia, Codificación No. 2002-100, RO 737, 3 de Enero del 2013.

- Figueroa Yáñez Gonzalo, Derecho Civil de La Persona del Genoma al Nacimiento, Editorial Jurídica de Chile, Santiago - Chile, 2001.
- García Marín José María, “El Aborto Criminal en la Legislación y La Doctrina”, Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho reunidas S.A., Madrid, 1980.
- Código Civil (RO-S 104: 20-NOV-70), Corporación de Estudios y Publicaciones, 2001.
- Valdivieso Ortega Gabriela, La Protección Jurídica del Non Nato en el Ecuador, Ius Humani, Revista de Derecho, Vol. I (2008/2009), enero 2008, págs., 51-81. ISSN: 1390-440X – eISSN:1390-7794. Acceso: <http://www.uhemisferios.edu.ec/revistadederecho/index.php/iushumani/article/view/3>
- Ley General de Registro Civil, Identificación y Cedulación. Decreto Supremo No 278. Registro Oficial 70 de 21 de abril de 1976.
- Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No 180, publicado el 10 de Febrero del 2014. (Oficio No. SAN – 2014 – 0138, del 3 de Febrero del 2014)
- Código Penal, RO-S 147, 22 de enero de 1971.
- Donoso Castellón Arturo J, Guía para Estudio Derecho Penal Parte Especial Delitos contra las Personas, Segunda Edición Actualizada, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2007.
- Muñoz Conde Francisco, Derecho Penal, Parte Especial, 19ª edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 9, Quito, 30 de mayo de 1997, pp. 2331.
- Corcoy Bidasolo Mirentxu, Manuales Derecho Penal, Parte Especial, Doctrina y Jurisprudencia con casos solucionados, Tomo I, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- Código Penal de la República de Argentina, Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado), Acceso: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>
- Código Penal Federal Mexicano, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931, entró en vigencia a partir del 17 de Septiembre de 1931. Acceso: <http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s>
- Sentencia C-355, 10 de Mayo del 2006 de la Corte Constitucional, pp. 139. Acceso: www.cepal.org/oig/doc/.../Colombia/2000_Codigopenal_Colombia.pdf

- Código Penal de Colombia; Ley 599 del 2000, 20 de Julio del 2001; pp. 139-140.
Acceso: www.cepal.org/oig/doc/.../Colombia/2000_Códigopenal_Colombia.pdf
- Código Penal de la República de Chile, Ley 12927, Art. 1º No 4, D.O. 14.01.2014.
Acceso:
http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/CL/codigo_penal.pdf
- Código Penal del Perú, Decreto Legislativo No 365, promulgado el 3 de Abril de 1991, publicado el 8 de Abril de 1991. Acceso: <http://spij.minjus.gob.pe>
- Medline plus, Embarazo Ectópico, Internet. Acceso:
www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000895.htm
- Medline plus, Mola Hidatiforme, Internet. Acceso:
www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000909.htm
- Medline plus, Anemia aplásica, Internet. Acceso: <http://vsearch.nlm.nih.gov>
- Medline plus, Preeclamsia, Internet. Acceso:
www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000898.htm
- Fundación Desafío, Aborto Terapéutico para salvar la vida de las mujeres, Global FundforWomen, Quito, 2008. Acceso: http://www.fundaciondesafio-ec.org/pdf/desafiando/7_Desafiando_abortoterapeutico.pdf
- Medline plus, Eclampsia, Internet. Acceso:
www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000899.htm
- García C. Marco R., La Responsabilidad Civil del Médico en el Ecuador. Acceso:
www.bioetica.org.ec/articulo_responsabilidad_civil.pdf
- Lorenzo Copello Patricia, El Aborto no punible, editorial Bosch, Año 1990.
- Entrevista a la Sra. Jane Puyol, paciente del Hospital Metropolitano, Caso de Embarazo Ectópico del 3 de Noviembre de 1993, testimonio tomado el 27 de Octubre del 2013.
- Registros Administrativos de nacimientos y defunciones 2013, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, Quito.
- Ramírez Huarto, Beatriz, Práctica Constitucional, actualidad constitucional; Heroínas forzadas: reflexiones sobre el aborto terapéutico, Gaceta Constitucional No. 67
Acceso: http://www.academia.edu/4184600/Beatriz_Ramirez_-_Heroinas_forzadas._Reflexiones_sobre_aborto_terapeutico

- Alexy Robert, El Principio de Proporcionalidad y la Interpretación Constitucional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Imprenta V&M Gráficas, Primera Edición, Quito, Diciembre del 2008.