

Quito, 15 de mayo de 2019

Señor Doctor:

Efrén Guerrero

DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA DE LA PUCE

En su despacho.-

De mi consideración:

Atento a la designación realizada, en mi calidad de director de la disertación intitulada ***"LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL A UNA MUJER LÚCIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO"***, elaborada por el señor David Quilachamin Quiroz, una vez que he analizado sus resultados, me permito presentar el informe respecto a esta disertación, en los siguientes términos:

Una de las discusiones de mas relevancia en el ámbito de los delitos contra la vida, a nivel latinoamericano, es el de la despenalización del aborto por violación. Tanto es así que, a la fecha se ha generado en la Asamblea Nacional un proyecto para segundo debate donde consta una posible despenalización del aborto por violación, incesto o inseminación no consentida.

Dentro de los temas a discutirse a propósito de esta posible reforma legislativa se encuentra la pregunta de: ¿Desde qué momento existe la protección jurídica a la vida?

Al respecto al dogmática penal, ha tenido que obligatoriamente acercarse a ciertos conceptos biológicos para tratar el tema, generándose categorías a partir del conocimiento de ellos como vida autónoma dependiente, vida dependiente y vida independiente.

Para abordar estos temas el disertante empieza en su primer capítulo por las consideraciones generales del aborto, entre las que se encuentran las normativas y dogmáticas, como la referida al bien jurídico protegido en este tipo de delitos.

En un segundo capítulo se desarrolla el delito de violación con las características del tipo penal objetivo, encontrando un aporte importante en la descripción de las consecuencias físicas, psicológicas y sociales que conlleva este tipo de delitos,

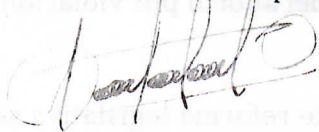
abordaje interdisciplinario útil para entender el por qué de su crítica y propuesta de reforma al aborto no punible conforme consta en el Código Orgánico Integral Penal. Es en su tercer capítulo donde se desarrolla el mejor y mayor aporte de la investigación, que es la despenalización del aborto por violación para cualquier mujer. Para esto el disertante analiza lo cronológico de la propuesta de despenalización, el camino recorrido en la Asamblea Nacional, pero sobre todo las razones médicas y jurídicas que lo respaldan.

En este último punto plantea cuál sería el mecanismo de dogmática penal que corresponda o sea el mas adecuado, a criterio del disertante, para compatibilizar esta despenalización en el Código Orgánico Integral Penal, sin alterar la estructura dogmática que contiene.

Todos estos elementos nos llevan a concluir que el trabajo de disertación presentado es completo en sus contenidos y cumple con los objetivos que el mismo se plantea, siguiendo para esto la metodología y formas requeridas por la Universidad para un trabajo de este tipo.

La calificación que consigno respecto a la disertación dirigida es de **9 puntos sobre 10**.

Particular que pongo en su conocimiento para los fines pertinentes.



Nicolás Salas Parra

Docente

Quito, 26 de junio de 2019

Doctor

Efrén Guerrero Salgado

DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Ciudad.-

Señor Decano:

En atención a la designación y requerimiento efectuados, en mi calidad de Profesor Informante de la disertación de abogacía titulada **“La despenalización del aborto en casos de violación sexual a una mujer lúcida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”** del estudiante **David Israel Quilachamín Quiroz**, cumplo con presentar el informe.

El trabajo cumple los requerimientos metodológicos exigidos por la Universidad y la Facultad.

- El estudiante ha realizado un trabajo relativamente bien estructurado, sin embargo ha recurrido a insuficientes fuentes jurídicas, escasa normativa y jurisprudencia comparadas. En el desarrollo del trabajo se pueden observar muchas referencias a notas de prensa, intervenciones de activistas en programas de televisión, que definitivamente no constituyen fuente del Derecho ni una fuente fiable.
- En el primer y segundo capítulos se ha realizado una reseña histórica de la tipificación del delito objeto de estudio, se han revisado los elementos del tipo penal, se han analizado las consecuencias físicas, psicológicas y sociales que sufren las víctimas de violación. En el tercer capítulo se ha abordado la problemática central relacionada con la despenalización del aborto en casos de violación sexual a una mujer lúcida.
- Habría sido interesante que el estudiante no circunscriba el análisis al ámbito penal y aborde la problemática desde un enfoque de derechos humanos. Que se analicen los derechos reproductivos y las políticas públicas que pueden ser formuladas para garantizarlos.
- El contenido desarrollado bajo la etiqueta de “análisis social” no se corresponde con su título.

- Demasiadas conclusiones y poca concreción al formularlas. La cuarta conclusión no está planteada como tal, la descripción de las dos circunstancias que permiten que el aborto no sea punible. La novena conclusión es importante, pues propone un marco de debate más amplio y profundo que no se reduzca a la valoración del inicio de la vida.
- La observación que me permito hacer al estudiante es reforzar la investigación y el análisis para la defensa de su tesis, profundizar en la solución al problema jurídico. El estudiante no profundiza si bastaría con reformular la definición jurídica penal del aborto y no ha realizado una diferenciación entre dos de las vías posibles: la legalización de la interrupción voluntaria del embarazo o la despenalización del aborto.
- Definitivamente la perspectiva de Derecho que no ha sido adecuadamente analizada en esta tesis es la constitucional y la legal. No se analiza la interpretación del artículo 45 de la Constitución ni las disposiciones reguladoras del Código de la Salud que podría abrir la posibilidad de una reforma al COIP. El análisis de la relación del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 66 (3) de la Constitución con el artículo 35 es más amplio, pero podía serlo más.

Es cuanto puedo informar. El estudiante continuará con los trámites que correspondan.

Por lo expuesto esta disertación merece una calificación de **ocho sobre diez puntos (8/10)**.

Atentamente,



Salim Zaidán
DOCENTE

Junio 10, 2019

Señor doctor
Efrén Ernesto Guerrero Salgado
Decano
Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Presente.-

De mi consideración:

Con oficio número 350-SJ-2019 de 29 de mayo del 2019, se me designó como profesor lector de la disertación previa a la obtención de título de abogacía elaborada por el **señor David Israel Quilachamin Quiroz**, intitulada **"LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL A UNA MUJER LÚCIDA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO"**.

Dentro del plazo otorgado y de conformidad con lo señalado en el artículo 89 del Reglamento General de Estudiantes, a continuación, encontrará el informe y calificación de la disertación mencionada en el acápite anterior.

El trabajo de titulación de grado presentado consiste en una propuesta teórica que contiene una investigación exploratoria respecto de los delitos de aborto tipificados en los artículos 147, 148 y 149; y, del delito de violación tipificado en el 171 del Código Orgánico Integral Penal.

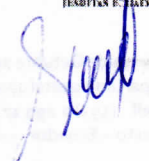
El eje principal de la disertación busca justificar desde un punto de vista social y jurídico la necesidad de despenalizar el aborto en casos de violencia sexual a una mujer en el ordenamiento ecuatoriano; **y para ello plantea, una reforma legal que sustituiría el numeral 2 del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal para que se establezca lo siguiente: "2. Si el embarazo es consecuencia de un hecho constitutivo de violación de conformidad con este código."**

Es de conocimiento público, que entre las reformas que se discuten en la Asamblea Nacional está obviamente inserta esta reforma.

Se debe considerar que de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo 11, 424 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador, la Constitución de la República del Ecuador es la norma jerárquicamente superior al Código Orgánico Integral Penal y su aplicación es obligatoria, inmediata y directa por y ante cualquier servidor público, administrativo y/o judicial.

10 JUN 2019

10 JUN 2019



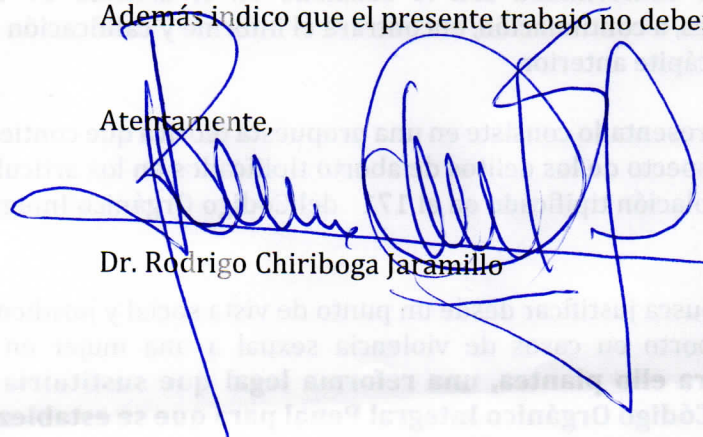
El inciso primero del artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador establece “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”.

Finalmente se debe considerar que la presunción de inocencia es una garantía básica del debido proceso (art. 76 numeral 2), que en concordancia con el literal k) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, establecen la necesidad de un proceso judicial que declare la existencia de una infracción y declare la responsabilidad mediante sentencia ejecutoriada.

Por lo expuesto, consigno la calificación de 8/10, a la disertación previa a la obtención de título de abogacía elaborada por el señor David Israel Quilachamin Quiroz, intitulada “LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL A UNA MUJER LÚCIDA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO”.

Además indico que el presente trabajo no debería ser objeto de publicación.

Atentamente,



Dr. Rodrigo Chiriboga Jaramillo

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO**

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO

**“LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL A UNA
MUJER LÚCIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO”**

DAVID ISRAEL QUILACHAMIN QUIROZ

DIRECTOR: NICOLÁS SALAS PARRA

QUITO, 2019

Resumen

La no punibilidad del aborto en casos de violación va mucho más allá de ideas personales, religiosas o políticas, pues no se puede ocultar la realidad actual que vive el país, la violencia sexual es un delito que año tras año se hace más presente y no parece existir respuesta oportuna al momento de proteger a las mujeres niñas y adolescentes. Actualmente una de las excepciones para permitir un aborto es cuando se produce un hecho constitutivo de violación sexual a una mujer con discapacidad mental, no obstante, esta excepción resulta incompleta y sobre todo discriminatoria puesto que deja de lado a un gran número de mujeres que han sido víctimas de este atroz delito. La no punibilidad del aborto permite no solo que una mujer no sea enviada a prisión tras haber tomado la decisión de abortar a un producto de un delito, sino que además no las expone a que arriesguen su salud y vida al acudir para practicarse un aborto clandestino, el Derecho es dinámico y actúa según la realidad de su sociedad, hoy en día es necesario que no castiguen más a una víctima que ha sufrido suficiente.

Abstract

The decriminalization of abortion in cases of rape goes far beyond personal, religious or political beliefs, we cannot hide the current reality of our country, sexual violence is a crime that year after year becomes more significant and there seems not to be an appropriate response when protection of women, girls and adolescents is needed. Currently one of the exceptions to allow an abortion is when there's a rape of a woman with mental disability, however, this exception is incomplete and especially discriminatory because it leaves a significant number of women who have been victims of this atrocious crime without protection. The non-punishability of abortion not only helps a woman to not be sent to prison after abortion, but also prevent them to expose their health and life by having a clandestine abortion, the Law is dynamic and acts according to the reality of their society, nowadays it is necessary to not punish a victim who has suffered enough.

ÍNDICE

Introducción.....	3
Capítulo I Antecedentes: Consideraciones para criminalizar el aborto	5
1.1 El aborto: tipificación del delito a lo largo de la historia, definición doctrinaria y legal. 5	
1.1.1 Definición Doctrinaria.....	10
1.1.2 Definición legal	20
1.2 Modalidades del aborto	21
1.3 Estudio de los artículos sobre el aborto en el COIP (Características y elementos del tipo penal).....	24
1.3.1 Elementos del tipo penal	25
1.3.1.1 Bien jurídico protegido del tipo penal aborto	25
1.3.1.2 Verbo rector del tipo penal aborto	28
1.3.1.3 Elemento objetivo del tipo penal aborto.....	29
1.3.1.4 Elemento subjetivo del tipo penal aborto.....	29
1.3.2 Aborto con muerte.....	31
1.3.3 Aborto no consentido.....	32
1.3.4 Aborto consentido	35
1.3.5 Aborto no punible en la legislación ecuatoriana.....	38
Capítulo II El delito de violación y el sistema jurídico ecuatoriano	38
2.1 Violación sexual: definición doctrinaria, legal y tipificación del delito.....	38
2.2 Elementos del tipo penal violación	54
2.2.1 Bien jurídico protegido.....	54
2.2.2 Verbo rector.....	55
2.2.3 Elemento objetivo	57
2.2.4 Elemento subjetivo.....	60
2.3 Consecuencias físicas, psicológicas y sociales que sufren las víctimas de violación...	62
2.3.1 Consecuencias físicas.....	62
2.3.2 Consecuencias psicológicas.....	65
2.3.3 Consecuencias sociales.....	70
2.4 Efectos y secuelas de mujeres embarazadas como producto de una violación sexual	73
Capítulo III Despenalización del aborto en casos de violación sexual a una mujer lúcida dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano	76

3.1 Análisis social y jurídico de la despenalización del aborto en casos de violación sexual a una mujer lúcida	76
3.1.1 Análisis social.....	77
3.1.2 Análisis jurídico	83
3.1.3 Análisis Reflexivo.....	96
3.1.4 Finalidad de la despenalización del aborto en casos de violación sexual.....	106
3.1.5 Despenalización del aborto: Modelo combinado de plazos e indicaciones.....	107
3.1.6 Causa de justificación o Excusa legal absolutoria	114
3.2 Procedimiento de aborto para una mujer lúcida que ha sido víctima de una violación sexual	115
3.2.1 Valoración médica	119
3.2.2 La importancia de la valoración psicológica	122
3.2.3 Decisión de la mujer que ha sido víctima de violación	123
3.3 Propuesta formal.....	125
Conclusiones	129
Bibliografía	132

Introducción

La práctica del aborto no es extraña a nuestra realidad, ha estado presente en el mundo desde épocas ancestrales, su evolución y concepción ha ido variando a lo largo del tiempo y todo depende de las circunstancias por las que está atravesando una sociedad, en términos actuales el aborto ha sido tachado como una conducta aberrante y atroz, no obstante siempre existe la contrapartida a este argumento que considera que en la actualidad esta penalización genera más efectos negativos que positivos.

Como denotamos en el párrafo anterior la legislación sobre la práctica del aborto es muy controversial y diversa, hay países que otorgan las mejores condiciones, servicios sanitarios y de salud y otros que por el otro extremo penalizan gravemente estas prácticas.

Tomamos por ejemplo a países como Canadá, Estados Unidos, Rusia, China y la mayoría de países europeos donde admiten el aborto y lo consideran legal a petición de la mujer durante cierto periodo de gestación, son países que han avanzado en su técnica jurídica y han dinamizado el derecho aplicándolo a realidades más concretas y actuales.

Según el COIP solo hay dos excepciones para practicarse un aborto, la primera es cuando la vida de la mujer esté en riesgo y no haya otro método para poder salvarla y la segunda cuando se ha producido un embarazo producto de una violación a una mujer con discapacidad mental. De esta manera queda evidenciado que existe una discriminación hacia un sector que se ha visto más perjudicado que las dos excepciones anteriores, el grupo de mujeres que han sido víctimas de una violación y que a raíz de eso han quedado embarazadas, lo cual causa graves efectos psicológicos que producen que la víctima no pueda desarrollarse libremente en un futuro.

De esta manera lo que el presente proyecto propone es una investigación concreta, explicando y analizando los elementos que se encuentran a favor de una despenalización en casos de violación, ya que se considera como materia urgente que debe ser resuelta cuanto antes.

En el primer capítulo se desarrollará una descripción del aborto, sobre todo indicando su evolución y tipificación a lo largo de la historia, esto nos ayuda a comprender de mejor manera cuáles fueron las principales razones para que esta práctica que resultaba común y hasta necesaria paulatinamente fue contemplada como un delito, de igual forma se conceptualizará

al aborto de manera legal y también doctrinaria, posteriormente, se establecerán las modalidades más comunes de practicar un aborto.

Por último, se realizará un estudio de los artículos que tratan del aborto dentro del Código Orgánico Integral Penal, de esta manera se nos permite analizar y desentrañar los elementos del tipo penal para una mayor comprensión de la conducta que el legislador ha señalado como delito.

En resumen, el primer capítulo propone una aproximación y aterrizaje del tema a discutir, sirve como un perfecto antecedente para que el desarrollo de la disertación tenga un origen que sustente la propuesta final.

En el segundo capítulo se analizará y desarrollará el tipo penal violación, este capítulo está encaminado a no solo describir y especificar a este delito a lo largo del tiempo, sino que de manera incisiva determinará y pondrá en evidencia las consecuencias físicas, psicológicas y sociales que sufren las mujeres, niñas y adolescentes que han sido víctimas de una violación sexual y cómo estas incrementan al producirse un embarazo.

Finalmente, en el tercer capítulo se realizará una crítica a la legislación actual y sobre todo se señalan argumentos que justifican la realización de esta disertación, de cierta forma es el núcleo duro que expone y reactiva el interés de cualquier persona para que exija un cambio y tenga argumentos jurídicos y sociales para sustentar su posición, que no solo sean dogmas y cuestiones políticas lo que envíe a una mujer lúcida, que ha sido víctima de violación, a prisión y en el peor de los casos, a su muerte.

En líneas posteriores se establecerá el procedimiento de aborto para una mujer, niña o adolescente, que ha sido víctima de una violación sexual, lo que queremos establecer es que independientemente de si la víctima tiene o no una discapacidad mental pueda tener un aborto legal y en las condiciones más seguras, lo que se pretende resaltar es que la decisión última de la mujer es la que se tomará en cuenta ya que fue a ella a quien se le vulneraron sus derechos y será ella quien decida su futuro y plan de vida.

Se concluye este capítulo con la redacción de una propuesta formal para la reforma del Art.150 del Código Orgánico Integral Penal y de la misma forma concluye el presente trabajo de disertación, sin más que decir, les presento mi trabajo de titulación para la obtención del título de Abogado de la República del Ecuador.

Capítulo I Antecedentes: Consideraciones para criminalizar el aborto

1.1 El aborto: tipificación del delito a lo largo de la historia, definición doctrinaria y legal

El aborto como tal se ha manifestado desde tiempos remotos, debido a su presencia universal se podría tornar complicado el tratar de describirlo de una manera cronológica perfecta, sin embargo, se realizará una enunciación que demuestre cómo este procedimiento fue desarrollado a lo largo del tiempo y a su vez relatar cuáles fueron los motivos para comenzar a criminalizarlo. Esto porque en los pueblos antiguos como Asiria, India, China, Persia, entre otros, no se consideraba al aborto como un delito (García, M., 1990).

Fue justamente el texto más antiguo del mundo, es el Código de Hammurabi (1728 a.C), que por primera vez se refiere al aborto como delito y lo describió de la siguiente manera:

“Si un hombre golpea a una hija de hombre y le causa la pérdida de (l fruto) de sus entrañas (aborto), pagará 10 siclos de plata por (el fruto de) sus entrañas” (1728, Talión, 3, 209).

En la Grecia antigua Platón (1988), sostuvo que, en una república ideal, los hombres y mujeres que superen una determinada edad, 55 para el hombre y 40 para la mujer, podrían tener relaciones sexuales con la única condición de no procrear (p. 460).

De este modo no es nada complicado concluir que, para no desestabilizar su ideal, cuando se producía un embarazo se realizaban prácticas abortivas.

Posteriormente, Aristóteles (1910) su discípulo, en un inicio se oponía a la permisión del aborto, en su “Política”, defendía a la eugenesia considerando el número adecuado de ciudadanos que podían estar vivos, así mismo para precautelar que los niños nazcan con alguna deformidad, por eso permitía el aborto antes de la animación del feto, es decir antes de que el feto tenga sensibilidad y vida (García, M., 1990).

De todas maneras, aprendiz y maestro coincidieron que el aborto era una medida totalmente justificada si con ello podían evitar la superpoblación y los efectos que esto conlleva, me refiero al tratar de usar recursos limitados para necesidades ilimitadas.

El aborto en la antigua Grecia se llevaba a cabo en su mayoría por las comadronas o las propias madres, ellas eran las confidentes y aliadas de mujeres que por una o varias razones se veían obligadas a abortar, esto nos convence que desde tiempos inmemoriales se trataba de un asunto entre mujeres y que rara vez un hombre se podía dar cuenta de lo acontecido,

eran justamente estas comadronas que tenían un amplio conocimiento con respecto a hierbas y drogas que provocaban la interrupción de un embarazo (Galeotti, G., 2004).

De lo señalado en el párrafo anterior hay que rescatar el hecho que si bien es verdad que se conoce sobre estas prácticas entre mujeres, no es menos cierto que las mismas son escasas y esto por cuanto los encargados de plasmar la historia en libros o apuntes eran historiadores hombres, mismos que poco o casi nada sabían de la realidad compartida exclusivamente de mujeres para mujeres, en todo caso sus datos recogidos resultaban incompletos e imperfectos, sin embargo esta realidad cambiaría radicalmente siglos después, donde ya la los textos eran fructíferos, con información más verídica.

Durante el siglo V a.C. las técnicas abortivas fueron evolucionando, las mismas desarrolladas por comadronas y gestantes, técnicas que van desde infusiones de hierbas y fármacos hasta instrumentos médicos tales como dilatadores cervicales, espéculos y pinzas.

También se realizaban violentos ejercicios que además de cumplir con su objetivo también provocaban riesgos para la mujer a la que se los practicaba, la situación era tan preocupante que hasta el propio Hipócrates veía como cruel e inhumano todo acto en contra de dañar una vida y más cuando se trataba de dos vidas en riesgo (Galeotti, G., 2004).

No obstante, fue el mismo Hipócrates quien reconoció que si una mujer quería abortar y solo estaba en su sexto día de preñez, podía hacerlo mediante ejercicios sumamente violentos para que de esta manera se pueda conseguir una expulsión embrionaria, esto demuestra claramente que esta circunstancia no era contraria a su ética profesional, inclusive fue precursor de otra técnica que consistía en la extracción de sangre de la mujer embarazada para que se debilite y que el feto carezca de nutrientes para sobrevivir (García, M., 1990).

Esto quiere decir que a pesar de que Hipócrates repudiaba el aborto, solo era una cuestión de tiempo el determinar si abortar era o no lo indicado, ya que según él la animación fetal se producía entre los 30 y 45 días si era macho y cinco días después si era hembra (García, M., 1990).

Por otro lado, el pensamiento estoico consideraba que la animación fetal ocurría al momento del alumbramiento, por lo tanto, a pesar de estar en contra de toda práctica abortiva, consideraban al feto como parte de la madre hasta que nazca, de esta manera no había que interrumpir el curso normal de la naturaleza (Da Costa, M., 2011).

Miguel Da Costa (2011), analizando el pensamiento estoico menciona lo siguiente: “El alma humana participa de la esencia de ese *pneuma*, por eso que el respirar del recién nacido marca el inicio de una vida humana” (p.99).

Haciendo un contraste entre las dos teorías, podemos concluir que solo es cuestión de dar un tiempo específico durante la gestación de una mujer para determinar si el feto tiene o no vida y que antes de ese tiempo el feto no es más que una parte del útero de la gestante, sugiriendo así, que la concepción que se tiene sobre el aborto sea condicionada y sobre todo ambivalente ya que dependerá de las fases de la gestación correspondiente al sexo del feto para que sea considerado lícito o ilícito.

En la antigua Roma, como es de conocimiento general, el *nasciturus* al igual que en la antigua Grecia, no era considerado como persona y solo era reconocido como una víscera de la madre que podía ser destinado a cualquier fin, solo bastaba la palabra del padre para disponer de la vida de esta criatura que estaba por nacer, puesto que, hasta el vientre de la madre era propiedad del hombre (Blázquez, J., 2005).

Analizando este enunciado es preciso aclarar que a pesar de que en la Ley de las XII Tablas (siglo V a.C.) indirectamente ya se había escrito algo con respecto al aborto, ya que se estableció que cualquier madre que se practicase un aborto, esta podía ser repudiada por el marido, el delito era direccionado a que la madre privaba a su marido de obtener descendencia, lesionando así su interés masculino, es decir, solo era delito si afectaba al hombre, caso contrario ni se lo tomaba en cuenta, de esta manera cobra sentido lo manifestado en el párrafo anterior.

Esta situación fue cambiando conforme Roma desarrollaba su historia, ya que podemos ver que en el siglo I a.C., a la jurisprudencia romana se introdujo la idea de que el feto carecía autonomía con respecto a su progenitora y se recuerda a Epicteto que mencionaba que es un error considerar al metal fundido una estatua, así como decir hombre a un feto (Galeotti, G., 2004).

El aborto no fue considerado como delito sino hasta el período clásico y una de las razones para empezar a criminalizarlo es debido a los abortos masivos que se dieron durante el año 214 a.C., año durante el cual las mujeres al darse cuenta del poder que tenía su capacidad procreativa decidieron utilizarla en contra de los hombres a favor de protesta, un ejemplo de

esto fue cuando lograron derogar la Ley Opia, misma que era una ley restrictiva para las mujeres (Galeotti, G., 2004).

Ya en el siglo II, cuando el emperador Septimio Severo reinaba Roma, se dio lo que Giulia Galeotti (2004) describe como “las primeras sanciones explícitas con respecto al aborto, el exilio temporario para las mujeres, trabajos forzosos y reclusión a una isla con parcial embargo de bienes para quien hubiese suministrado infusiones...” (p.25).

Con este precedente, el aborto ahora ya es considerado como una conducta ya penada por ley expresa, pero esta plasmación en la ley no consideró al feto como persona, solo consolidaba de mejor manera las decisiones del padre de familia que tenía sobre sus dependientes y que si de alguna forma esto era considerado como una afectación directa o indirecta sería él quien se encargaría de solicitar una sanción.

De igual forma durante ese siglo Soranos de Éfeso, el médico más famoso de Roma, sugería que, para abortar, la mujer debía realizar actividades exhaustivas y nada recomendables, como cargar grandes pesos y ejercicio riguroso, fue él quien introdujo la noción y el concepto de aborto terapéutico, lo que quiere decir que se debía practicar un aborto en casos de que la vida de la madre se encontrase en peligro (Rodríguez, F., 2016).

Por otras regiones de la humanidad, para ser exacto en territorio peruano precolombino condenaban al aborto si el embrión había cumplido los tres meses (Jiménez de la Espada, M., 1879).

Es necesario decir que el aborto en estas épocas era practicado de manera rudimentaria y no tan efectiva como los métodos actuales, pero es entendible ya que las técnicas médicas actuales no se comenzarían a desarrollar sino hasta dentro de miles de años posteriores a esta época antigua (Casini, C., 2004).

Como analizamos en estos últimos párrafos la tecnología era muy limitada por no decir nula, las técnicas eran totalmente absurdas, fatigantes y dolorosas ya que no solo ponían en riesgo la vida del embrión sino también la de la madre.

La mujer tuvo que soportar toda clase de experimentos y prácticas denigrantes que ponían en peligro su salud y vida.

En la actualidad las técnicas han mejorado sustancialmente, sin embargo, es por falta de control y regulación estricta por parte de un ente adecuado, que provoca que estas técnicas aumenten su riesgo y causen la muerte de miles de pacientes a lo largo del mundo, todo esto al seguir penalizando el aborto y no permitiendo que se lo practique de manera adecuada, cumpliendo todos los estándares de seguridad y salubridad.

En otro periodo de la historia, no muy distante del analizado anteriormente nos encontramos con la tradición hebraica, pueblo que bajo deseo de su Dios tienen la obligación de poblar la tierra para defender su supervivencia y agradecer la presencia divina que la fecundidad otorgaba; todo su actuar se veía respaldado por las Sagradas Escrituras que manifestaban que Dios promete una descendencia numerosa como signo de su benevolencia, por lo que al ser tan sagrado no le corresponde al hombre decidir sobre su suerte (Sacca, I., 2018).

Existe de igual forma, dentro de la tradición hebraica, lo que ahora es llamado aborto terapéutico ya que a pesar de que el aborto era prohibido en el caso de que la vida de la madre estuviese en peligro el aborto debía ser practicado necesariamente, por otro lado, a lo largo de la evolución del mundo hebreo y su historia han hecho varias interpretaciones de este delito, admitiéndolo en casos de embarazo de una unión prohibida o cuando existen casos de prole bastarda por ejemplo (Sacca, I., 2018).

Un ejemplo más acerca de cómo los rabinos permitían el aborto se dio durante la Segunda Guerra Mundial, ya que se había redactado un decreto nazi que sentenció a muerte a mujeres que se encontraban embarazadas en el guetto de Kovno, actual Lituania, por tal motivo y para salvar la vida de cientos de mujeres embarazadas se permitió que dichas mujeres se practiquen un aborto y así prevenir su muerte y como este hay más ejemplos ya que en casos específicos como una violación, malformaciones, incesto, etc., deberán ser analizados por una autoridad rabínica competente para decidir si cabe o no un aborto (Galeotti, G., 2004).

Continuando con nuestra evolución histórica desde la caída del imperio romano hasta comienzos del siglo XX se ha visto plagada y controlada por el cristianismo, religión que ha pregonado siempre que la concepción de la vida es un don de Dios y que la misma no debe ser alterada ni menoscabada por ninguna persona. ¿Acaso estamos hablando de los mismos cristianos que realizaron varias campañas en nombre de Dios para asesinar a quien pensase diferente a ellos? Un tanto hipócrita de su parte querer proteger la vida cuando fue por ellos mismo que la vida de muchas personas consideradas blasfemas se acabó.

Se trata de los mismos cristianos que nos retrasaron siglos por su absurda misión de censura y destrucción de todo arte, ciencia y técnica que no se ajuste a sus “divinos” preceptos, lo cual me parece un error intencional por defender una posición sin ningún argumento que no sea la creencia en algo “superior” a ellos.

Lo terrible es que la mayoría de los territorios siguió a esta absurda corriente y por varios años las legislaciones de todo el mundo prohibieron toda práctica de aborto y no fue hasta el siglo XX que el aborto se hizo más frecuente y seguro, y es así que la primera legalización se dio en la Unión Soviética en 1920, a raíz de esto muchas legislaciones han permitido el aborto, aunque aún se encuentran muy arraigadas las costumbres cristianas que obstaculizan esta liberación del aborto, en especial en la región latinoamericana que no ha sido capaz de quitarse por completo la concepción rigurosa y estricta que tiene el cristianismo y sus derivaciones con respecto al aborto (Cotidiano Mujer, 1989).

En Ecuador a pesar de no castigar el aborto en dos circunstancias excepcionales aún está lejos de despenalizarlo por completo o por lo menos hacerlo en casos de violación.

1.1.1 Definición Doctrinaria

Una vez que hemos descrito y señalado los rasgos más importantes de la historia del aborto de la manera más ordenada y cronológica posible, nos corresponde ahora iniciar la discusión con respecto a la conceptualización que los doctrinarios le han otorgado al aborto, de esta manera podremos categorizar de mejor manera a este delito y sobre todo podremos determinar cuál es el bien jurídico que se trata de proteger mediante este tipo penal.

Aborto, del “latín *abortus*, dicha palabra contiene el prefijo *ab* que significa privar y su terminación es *ortus* que quiere decir nacimiento, por lo que se concluye que en conjunto se entiende como privación del nacimiento” (Segura, 2004, 175).

Una vez analizada la etimología de este término podemos establecer que se considera al aborto como la interrupción del embarazo en cualquier época de la gestación ya sea causado de manera natural como el aborto espontáneo o que éste sea provocado por la utilización de medicamentos, intervención quirúrgica u otra técnica que provoque la expulsión del feto del vientre materno (Serrano, A. y Serrano, M., 2016).

Sin embargo, hay que tomar en cuenta que como dirían Serrano Gómez y Serrano Maíllo citando a Manzanares Samaniego (2005): “esta definición es incompleta, porque lo decisivo, es la muerte del feto, sea o no expulsado del claustro materno” (p.40).

Este concepto se alinea con el establecido por Cardona (1965) que lo define así: “cuando el producto de la concepción es expelido del útero antes de la época determinada por la naturaleza, ya sea porque se destruya y expulse o por la sola expulsión de este producto” (p.27).

Similar definición le ha otorgado el Dr. Pedro Carrillo Olmedo (2007), quien en resumidas palabras define al aborto como la interrupción del embarazo que provoca la muerte del feto y que se torna criminal cuando es provocado fuera de las excepciones legales.

Franz Von Listz traducido por Luis Jiménez de Asúa (2007) le da un concepto al aborto de la siguiente manera:

La expulsión prematura y violentamente provocada del producto de la concepción, independientemente del resultado mortal de la maniobra para conseguir que el feto sea expelido; y, con un criterio jurídico penal, aborto es el aniquilamiento del producto de la concepción en cualquiera de los momentos anteriores al término de la preñez, ya sea por la expulsión violenta del feto o por su destrucción en el vientre de la madre (p.510).

Conviene subrayar que como se mencionó anteriormente trataremos de desentrañar de la mejor manera posible otras conceptualizaciones que generarán debate y una discusión dogmática para que podamos identificar el bien jurídico que se trata de proteger con este tipo penal.

Con respecto al aborto, tipificado en legislaciones internacionales, podemos mencionar que son escasos los países que han decidido otorgarle una definición a este tipo lo que finalmente ha ocasionado que exista una confusión si es un delito de lesión, peligro o si es un delito de resultado cortado como elemento subjetivo del tipo (Politoff, Grisolia, Bustos, 1993).

Continuemos con lo manifestado por Pérez (1959), doctrinario colombiano que menciona que el aborto consiste en “la interrupción violenta, intencional e ilegítima del proceso natural de la gestación” (p.236).

Pérez, refiriéndose estrictamente a la legislación colombiana, aclara que el bien jurídico tutelado en su país es doble, esto por cuanto se trata de precautelar la vida que se está formando y por otro lado salvaguardar la salud de la madre (Pérez, 1959).

Esto quiere decir que ya desde finales de los años 50 en Colombia, el legislador ya no solo se enfocaba en proteger a cabalidad a la vida en formación, sino que también buscaba la manera de velar por los derechos de la madre lo que involucra un razonamiento que va más allá de lo habitual y de lo sencillo, ya que no optan por estancarse en defender la teoría de solo proteger la vida, argumento más que gastado por todos aquellos que se indignan y repudian esta conducta.

Del concepto otorgado por Pérez podemos determinar algunos elementos, en primer lugar, tenemos que debe existir una interrupción y esta debe ser del embarazo de modo que no requiere que sea expulsado el feto del claustro materno, sino que solo se requiere que éste sea destruido para que se produzca un aborto. Es requisito *sine qua non* que la mujer esté embarazada sino sería un delito imposible (Pérez, 1959).

Hecha esta salvedad hay que tomar en cuenta que el aborto puede producirse en cualquier etapa de la gestación lo que significa que ocurre desde que se está recién formando hasta cuando su desarrollo está por completarse, si existe su destrucción será considerado un aborto, como tercer punto para configurarse el aborto requiere que sea violento, es decir, contrario al aborto espontáneo ya que dependerá de medios externos para que se produzca (Pérez, 1959).

Para culminar, la conducta debe ser intencional e ilegítima, intencional debido a que no existe en Colombia el aborto culposo a diferencia de otros países como en México que, si lo han tipificado, por lo que supone una intención positiva de querer abortar, lo que produce que la acción sea dolosa y es ilegítima ya que debido a su tipificación el aborto es contrario a derecho (Pérez, 1959).

Continuando con doctrina colombiana analizaremos lo mencionado por Carlos Gómez y José Urbano (2011), que en simples palabras definen al aborto como “la interrupción el embarazo, ponerle fin a la gestación” (p.1057).

El bien jurídico que se protege es la vida dependiente del *nasciturus*, empero esta decisión ha sido pieza angular para establecer un debate ya que se menciona que a pesar de haberse

realizado importantes avances legislativos, cuando se habla del aborto la legislación es muy retardaría y sobre todo conservadora y esto tiene mucho que ver con la dependencia de las concepciones Católicas en el país, por eso estos autores sugieren que tanto la población como el Estado deben superar esta situación ya que se ha demostrado que el Derecho debe evolucionar dependiendo de las circunstancias y a las constantes evidencias que demuestran que el aborto es la segunda causa de mortalidad materna por lo que se requiere tratar al aborto como un problema de salud pública (Gómez, C. y Urbano, J., 2011).

Como solución han propuesto que además de denominar como bien jurídico la vida del *nasciturus*, también se denomine a la vida y salud de la mujer en gestación como bienes jurídicos protegidos y que para salvaguardarlos se establezcan causales específicas que permitan justificar y permitir la práctica de un aborto lícito, todo esto en armonía con la constitución, la ley y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Gómez, C. y Urbano, J., 2011).

Otro punto a tratar es que se ha mantenido un debate en cuanto al aborto y el feticidio, pues la doctrina y la bibliografía escrita a lo largo del tiempo ha tratado de diferenciarlos y equipararlos, ya que consideran que aborto quiere decir solo expulsión antes de tiempo mas no la muerte del feto, empero en el feticidio sí se da la muerte de este, aunque analizando dicha discusión hay que admitir que generalmente ambas vienen de la mano ya que si das muerte al feto deberás expulsarlo de alguna manera para no perjudicar la salud de la madre, por otro lado si lo expulsas antes de tiempo pueda que el feto no sea viable para sobrevivir por lo que de todas maneras perecerá (Del Río, 1935).

Raimundo Del Río (1935) sostiene que el aborto es “la expulsión o extracción del producto antes que la naturaleza lo realice, o sea el atentado contra su desarrollo intrauterino y no su muerte, aunque prácticamente, en la mayor parte de los casos, unos y otros hechos coinciden” (p.282).

Como podemos notar en la conceptualización otorgada por este autor podemos distinguir que él no se inclina específicamente a la muerte del feto, sino que enfatiza la idea de que se trata más de una expulsión que la muerte del feto en sí, sin embargo, hay que destacar que coincide en que habrá muerte al final de todo.

Por otro lado, el penalista chileno Labatut (1968), se mantiene más ecléctico al respecto ya que coincide y defiende la postura de Binding en Alemania sobre la tesis que se refiere a que

el aborto es un delito de resultado cortado y sobre lo mismo ratifica que el aborto es la “interrupción maliciosa del embarazo con el propósito de destruir una futura vida humana” (p.213).

Por lo visto este autor considera que el elemento objetivo no es la muerte del feto ya que bastaría que se interrumpa la gestación para que se configure este tipo penal, pero al pensar en su tesis sobre el elemento subjetivo, Labatut considera que existe dolo toda vez que se propone la destrucción de una vida futura, es así como corrige y aclara que no necesariamente por expulsar al feto antes de tiempo significa que sea un delito como lo planteaba Del Río, ya que han existido y de hecho existen casos en los que se realiza esta práctica para adelantar el parto por situaciones extremas que ponen en riesgo la vida de la gestante.

En Chile tras la sesión 159 de la Comisión Redactora del Código Penal chileno de 1847, se ha tomó como posición dominante de que el aborto es dar muerte al feto y así quedó redactado en su legislación ya que consideraron que necesariamente debe existir la destrucción del feto más que su expulsión, esto porque en su código civil han establecido que se protegerá la vida del que está por nacer y al establecerlo en ley se entiende que el bien jurídico que se protege será el de la vida ya que sería ridícula e ilusoria la protección penal en los casos de feticidio sin expulsión (Politoff, Grisolia, Bustos, 1993).

Es curioso que a pesar de que en Chile se haya decidido tutelar el bien jurídico vida incipiente con el tipo penal aborto, cuando se lee su Código Penal el aborto está dentro de los crímenes en contra del orden de las familias y contra la moralidad pública, cosa que pueda que sea el resultado de una simple categorización y orden sistemático pero si somos más metódicos y críticos el aborto no debería estar en cualquier lado sino como parte de los crímenes contra las personas, esto porque hace énfasis en que el bien protegido es la vida claramente. Sin embargo, esto nos ubica en perspectiva de que es justamente su código penal que, en concordancia con su ley civil y su constitución, no considera al feto como persona.

Es justamente Etcheberry (1976) quien coincide con mi pensamiento ya que considera que:

El aborto no ofende necesariamente el orden de las familias, ya que es igualmente punible el aborto de una mujer casada que el de una soltera; el de una menor de edad que el de una adulta. Tampoco atenta contra la moral sexual (p.88).

Etcheberry (1976), de igual forma sostiene que el feto no es persona y señala que:

En el ordenamiento constitucional en vigencia encontramos igual tratamiento, pues el mandato dado al legislador para proteger la vida de quien está por nacer se encuentra junto a la consagración del derecho a la vida de quien está por nacer se encuentra junto a la consagración del derecho a la vida y la integridad, como comienzo de las garantías y derechos de que trata el artículo 19 de aquel ordenamiento. Es de hacer notar, sin embargo, que dicho artículo asegura esos derechos a las personas, pero al no nacido no lo llama con este término, sino “el que está por nacer”, y anuncia la garantía como un deber del legislador. En realidad, se trata del simple traslado literal del artículo 75 del C. Civil al texto constitucional (p.88).

Con este enunciado podemos apreciar que a pesar de que se coincide que el bien jurídico es la vida, no es lo mismo decir que el feto es persona ya que ni en la Constitución ni en el Código Civil chileno se lo toma como tal, ahora bien, no trato de entrar en el debate sobre cuándo es el inicio de la vida humana puesto que dicha discusión trascendental para este trabajo se desarrollará en los siguientes capítulos, no obstante, no está nada mal dar nociones básicas para que posteriormente se entienda el propósito de esta disertación.

Prosiguiendo con Sudamérica estudiaremos al jurista peruano Alonso Peña, (2013) quien ha denominado al aborto como “la acción u omisión lesiva que recae sobre la vida humana en formación, generando su eliminación, sea por vías físicas, psíquicas, mecánicas y artificiales, propiciando en todo caso la interrupción de la gestación, la muerte del feto” (pp.161-162).

Peña comparte la idea de que el aborto se trata de un delito de resultado ya que se requiere estrictamente la muerte del feto para que sea un aborto y debe ser antes del parto pues este es el umbral límite entre la vida dependiente y la vida independiente además que se desecha de toda responsabilidad penal al aborto espontáneo o producido por una negligencia de la madre a la hora de tomar fármacos que tienen contraindicaciones para una mujer embarazada ya que el aborto en Perú no es condenado en su vertiente culposa (Peña, 2013).

El bien jurídico protegido en casos de aborto en la legislación peruana es la vida del feto y al igual que otros autores considera que al tener un sistema de penalización de indicaciones hay que son objeto de tutela los intereses de la madre, empero este autor considera que dichos intereses de la madre son subsidiarios y no pueden superponerse a los intereses del *nasciturus* (Peña, 2013).

Continuando con Perú tenemos a los autores Gálvez y Rojas (2012) quienes manifiestan que la definición otorgada por Peña Cabrera no se adapta a los avances actuales de la medicina ya que al existir técnicas de fecundación in vitro para lograr una concepción también es una suerte el que estos embriones sean viables por lo que es una técnica de prueba y error que

involucra la destrucción de estos óvulos fecundados por lo que proponen la siguiente definición:

La acción comisiva u omisiva, tipificada en la ley penal, de eliminar la vida del producto de la concepción anidado en el claustro materno, realizada dentro del claustro materno o fuera de este al haber provocado su expulsión prematura, antijurídica y culpablemente (p.567).

Debo decir que estos son los primeros autores que he tenido la oportunidad de estudiar que proponen incluir a los óvulos fecundados in vitro como sujetos pasivos del delito penal aborto, situación que es bastante interesante y novedosa que abre otra puerta para que se genere un debate, aunque hoy por hoy no han sido considerados como sujetos pasivos de dicho delito es un aporte más a esta disertación.

Otro aporte de estos autores es la diferencia que resaltan entre otra discusión referente al aborto y el parto prematuro ya que consideran que el aborto es la expulsión provocada del producto de la concepción antes de que sea viable y que de acuerdo a los avances médicos esto es antes de los cinco primeros meses mientras que el parto prematuro se refiere a la expulsión del feto producido después de esos cinco meses, no obstante, dicha diferencia no resulta pertinente ya que en la legislación actual no se toma en cuenta el periodo de tiempo que tiene el feto puesto que como se analizó previamente en el ámbito jurídico solo interesa que se produzca la destrucción del feto mediante la interrupción de la gestación en cualquiera de sus etapas para que sea considerado aborto (Gálvez y Rojas, 2012).

El bien jurídico protegido para estos autores es la vida dependiente del feto y al igual que su colega Peña también consideran que a este bien jurídico protegido se le anexan bienes secundarios como la salud y la autodeterminación de la embarazada, sin embargo añaden que en el caso de que el feto sea declarado como inviable y que perecerá una vez que nazca, son los intereses y derechos de la madre que prevalecen sobre los del *nasciturus* ya que consideran que el someter a una mujer a un embarazo y a la pérdida del ser que está gestando debido a su inviabilidad es un trato inhumano, degradante y que afecta a su dignidad incluyendo la afectación de su salud física y mental (Gálvez y Rojas, 2012).

Es cierto que hemos ya definido algunos conceptos de doctrinarios peruanos, pero es momento de ubicar este delito dentro de su código penal, el aborto se encuentra dentro del Capítulo II del título de Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud junto con otros delitos tales

como el homicidio y las lesiones a diferencia del Código Penal chileno quién no lo tomaba en cuenta como delito contra la vida (Castillo, 2008).

José Castillo (2008) además de definir al aborto como sus colegas añade que:

La muerte del concebido configura el delito al margen de si hay o no expulsión o si esta se produce fuera o dentro del vientre de la madre. Solo así se logra comprender de manera satisfactoria la consideración del aborto como delito contra la vida (p.959).

Para Castillo es imperativo señalar y resaltar que no importa cuándo ni dónde se produzca la destrucción del feto y tampoco interesa si existió o no la expulsión del mismo ya que los restos pueden ser asimilados o absorbidos por la madre sin que haya precisamente una expulsión, otra contribución rescatable es que a pesar de que en término médicos existe una diferencia entre feto y embrión (embrión antes de los tres meses y feto después de este término), para el Derecho Penal y para efectos jurídicos en específico no es importante realizar esta distinción ya que feto y embrión serán utilizados como sinónimos cuando se practica un aborto (Castillo, 2008).

El bien jurídico protegido es la vida humana dependiente prenatal, es decir, Castillo tampoco considera acertada la idea de que el feto es persona ya que decir que es persona se tendría una afirmación inexacta, incompleta e imprecisa en la medida que en el homicidio también se protege la vida pero es la vida de una persona, es decir, vida postnatal, añadido a esta postura nos encontramos frente una postura que señala que mientras la tutela penal es mucho más severa, amplia y rígida en el homicidio, en el aborto la tutela y protección es más flexible ya que su bien protegido cede en tanto y en cuantos otros intereses o derechos tenga su gestante sin olvidar de que existen situaciones conflictivas y de riesgo que justifican que se practiquen abortos no punibles (Castillo, 2008).

No podíamos dejar de estudiar a doctrinarios sudamericanos sin considerar autores argentinos, por lo que continuando con doctrina argentina tenemos al jurista Jorge Marín que analizando el código penal de su país también concluye que forman parte de la estadística de que el código penal carece de una conceptualización de la conducta aborto y puntualiza que la misma queda en manos de la jurisprudencia y de la doctrina (Marín, 2014).

En Argentina también se mantuvo la postura de que es la vida dependiente del feto lo que se trata de proteger y de igual manera se hace énfasis en señalar que forma parte de los delitos contra la vida, pero se diferencia sustancialmente de delitos como el homicidio o el asesinato

ya que estos delitos fueron tipificados para proteger la vida posterior al nacimiento, ergo para proteger la vida de los seres considerados como personas (Marín, 2014).

Esta posición también es adoptada por Terragni (2013) quien postula que “En caso de que la muerte se provocase durante el nacimiento, por acción independiente a la abortiva, el hecho sería propio de homicidio, parricidio o infanticidio, según el caso” (p.284). Por este argumento es que el aborto va dirigido especialmente a proteger una vida en formación, una expectativa mas no a una persona como tal ya que dicha protección será otorgada en mayor medida y con penas aún más graves después del parto y que el feto ahora sí cumpla con la condición de ser persona.

Estas ideas se ven consolidadas por Donna (2008) que explica al aborto como “la muerte provocada del feto, con o sin expulsión del seno materno. Su esencia reside, desde que el sujeto pasivo es un feto, en la interrupción prematura del proceso de la gestación mediante la muerte del fruto” (p.165).

De esta conceptualización podemos reafirmar la posición argentina en cuanto al aborto ya que sostienen que se protege la vida del que está por nacer y al igual que sus colegas sudamericanos coinciden que no es la vida de una persona sino del *nasctirus*, sin embargo, señalan que esta vida a pesar de ser desarrollada por la madre merece una protección independiente de la vida de la madre mas no de su salud.

Donna también resalta que si bien es verdad que esta posición ha sido tomada por la mayoría de países que sancionan al aborto, no es menos cierto que existen otros países que han desarrollado doctrina en base de que el bien jurídico protegido es el valor sociocultural de “esperanza de vida”, adicional a esto también señala que de igual forma hay doctrina que apunta a que se protegen aún más bienes como el interés demográfico del Estado, la vida y la integridad física y mental de la mujer así como su derechos reproductivos y sexuales que son esenciales para su autodeterminación (Donna, 2008).

Por lo tanto, el autor concluye que se protege la vida desde la concepción hasta la muerte, empero lo que cambia es el nivel de protección a esa vida, puesto que será mucho mayor desde el nacimiento hasta la muerte y menor desde la concepción hasta el nacimiento (Donna, 2008).

Ahora bien, me parece necesario estudiar algunas definiciones otorgadas por doctrinarios ecuatorianos para determinar cómo se ha ido desarrollando doctrina en cuanto al aborto en el país.

El doctor Arturo Donoso (2007), menciona que el aborto penalmente sancionado es “la acción para provocar la interrupción de la gestación con resultado de muerte, con plena conciencia y voluntad” (p.27). Esta definición es similar a las ya estudiadas sin embargo lo importante de la misma es el énfasis que el Dr. Donoso hace en cuanto a la voluntad y conciencia, puesto que los que hemos recibido cátedra con él podemos darnos cuenta que el doctor siempre resalta que únicamente cuando tenemos conciencia y voluntad somos libres y cuando somos libres decidimos, unos decidirán hacer el bien y otros el mal, esta última con graves consecuencias penales pues la responsabilidad recae sobre quien ha decidido, con conciencia y voluntad cometer un delito. (Donoso, 2015).

Donoso lo tiene bastante claro, el bien jurídico protegido es la vida dependiente del feto, él coincide con la teoría de que el tipo penal existe para salvaguardar esa vida en desarrollo y también considera que el feto no es persona aún puesto que requiere de la condición de nacer vivo para ser considerado como tal y de acuerdo a la ley civil ecuatoriana y como ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia, también está consciente de que existen excepciones a la penalización.

Él describe a estas figuras no punibles como excusas legales absolutorias y para que las mismas procedan deben cumplirse los requisitos legales que estén establecidos en los cuerpos penales correspondientes, es decir, cuando existe una circunstancia necesaria acorde a la realidad actual la no punibilidad del aborto debe verse reflejada dentro del ordenamiento jurídico de un país.

Por otro lado, Yávar (2015) explica al aborto de la siguiente manera:

Es la muerte del no nacido en cualquier momento del embarazo. Para conceptualizar en nuestro medio al aborto, debemos partir que proviene del vocablo *abortus* significa “sin nacimiento” es decir, impedir el nacimiento de un ser humano, de allí, tenemos que diferenciar entre el punto de vista médico y el punto de vista legal; el primero, refiere al aspecto biológico y natural, el otro, para truncar en forma antinatural un proceso de gestación... (p.363).

Con esta definición podemos destacar que el autor sí considera persona al que está por nacer y esto por cuanto menciona que se frustra el nacimiento de un ser humano, él no habla de feto, no habla de embrión, ni siquiera del que está por nacer, simplemente lo denota como la

privación de un ser humano de nacer, no obstante hay que considerar que el autor es sumamente católico y al redactar esta definición podemos distinguir que contiene cargas religiosas personales que como buen católico trata de exponer refiriéndose el aborto como una conducta que va en contra el orden natural.

Para evidenciar lo manifestado citaré la siguiente afirmación expresada por Yávar (2015):

Al abortar estamos cometiendo un delito, ya que el niño desde el momento en que se forma, se lo considera uno más de nuestra sociedad, debido a eso, debemos pensar bien antes de realizar cualquier clase de escapatoria a un problema como este (p.366).

Para él, el bien jurídico es la vida humana y es así porque está convencido que, desde la fecundación, existe una persona digna y beneficiaria de tutela jurídica para que no le priven de la vida que se le ha otorgado.

1.1.2 Definición legal

En Ecuador actualmente existen tres tipos de aborto que son criminalizados y que tienen su sanción penal, no obstante, existen dos ocasiones en las que el aborto no será punible, primero cuando la salud de la madre esté en peligro y segundo, cuando se ha producido la violación de una mujer con discapacidad mental.

Ahora bien, si revisamos los tres tipos de aborto que son delito tenemos al aborto consentido, al no consentido y al aborto con muerte y se establecen en el Código Orgánico Integral Penal (2014) de esta manera:

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Los tres tipos penales no tienen una definición como tal ya que solo menciona genéricamente que la persona que haga abortar a una mujer, por lo tanto no nos están otorgando una

conceptualización sino que hace inferir que al momento de redactar este tipo penal dentro del Código Orgánico Integral Penal no consideró oportuno o importante el dar una definición de qué significa abortar y esta característica es compartida, como lo hemos estudiado previamente, por la mayoría de legislaciones sudamericanas.

Sin embargo y a pesar de que el legislador no dio una definición clara del tipo penal aborto gracias a la doctrina revisada podemos llegar a la conclusión que se trata de una interrupción de un embarazo.

1.2 Modalidades del aborto

Para comenzar este segundo subcapítulo nos referiremos a lo mencionado por Ramiro Cardona González que al citar a Guillermo Uribe Cualla (1965), ha dividido al aborto en tres clases: el criminal, el obstetrical y el espontáneo (p.25).

Señala también que el aborto criminal es la expulsión temprana del embrión de manera provocada y justamente buscando ese objetivo independientemente de circunstancias de edad, viabilidad o de salud, la modalidad obstetrical es la interrupción del embarazo antes del término inferior de viabilidad, dicho término es antes de que el embrión cumpla los 180 días, por último, el espontáneo se da por causas naturales y ajenas a la decisión de la madre.

De igual manera el médico Alejandro Basile (1990), señala modalidades de aborto y ha coincidido en el aborto espontáneo y en el obstetrical con Cardona, Basile señala que su visión de obstetrical se incluye dentro de una modalidad que él ha denominado como aborto accidental, el mismo que se basa en que ocurre por etiología tóxica, traumática o infecciosa y esta no depende de la madre ni de terceros, es decir de actuaciones médicas que desconociendo que la mujer estaba embarazada hayan provocado la eliminación del embrión, esto no está sancionado por la ley penal.

De igual manera ambos autores coinciden en que el aborto espontáneo es causado por la naturaleza y por tal razón salen de la esfera jurídica ya que no son penados.

Basile anota como otra modalidad a la denominada como aborto por prescripción médica y esta se encuentra dividida en aborto terapéutico, profiláctico, eugenésico y por estado de necesidad.

a) Al aborto terapéutico, se lo define como una maniobra que de alguna manera ayuda a la salud de la mujer, que si bien no cura la enfermedad de la mujer embarazada impide que la misma se agrave o derive en un peligro para la salud o la vida de la gestante (Basile, A., 1990).

Para que se ejecute esta modalidad de aborto se requiere que la enfermedad sea actual y grave de tal manera que no exista otra alternativa para salvar la vida de la madre que no sea la práctica del aborto y así encaminarse a salvar y sanar la enfermedad que se hubiese agravado si se continuaba con el embarazo (Basile, A., 1990).

b) El aborto profiláctico es parecido al anterior, aunque es considerado como una medida conveniente mas no necesaria para evitar un peligro para la madre, es decir, no le causará la muerte o afectará su salud de forma grave con una posible afectación de su salud de manera potencial mas no actual ni determinante, es por esta razón que no sería un eximente legal (Basile, A., 1990).

c) El aborto eugenésico se trata de una práctica actualmente poco utilizada en los que se evita a que los concebidos nazcan si tienen el riesgo de tener alguna malformación, que desarrollen una discapacidad o que nazcan con enfermedades incurables, en algunos países está bien visto y en otros no, la mayoría recurre a esta práctica en el caso de que el concebido nazca con alguna enfermedad incurable que le causará una extrema agonía y dolor, lo cual no le permitirá tener la dignidad requerida para desarrollarse por completo (Basile, A., 1990).

Recordamos que en Ecuador está permitido este tipo de aborto, aunque erróneamente se cree que la criatura por nacer tendrá la misma enfermedad que su madre.

Si bien es verdad que en el COIP no señala que se trata de aborto eugenésico no es correcto denominarlo así por los doctrinarios o por los académicos ya que percibo que esta excepción establecida por el legislador es para proteger de manera especial a esta persona discapacitada mentalmente, ya que ve como aberrante que alguien se aproveche de esta situación de vulnerabilidad y que esa persona que no puede cuidarse a sí misma tenga que cuidar de alguien más, tarea para la cual no es apta.

Han existido una serie innumerable de debates que han coincidido que la despenalización del aborto en casos de violación también resulta aberrante y merece igual protección que las mujeres mentalmente discapacitadas, además hay que reiterar que el término debe ser

analizado de manera amplia ya que la depresión postraumática y demás trastornos causados por la violación también deberían ser considerados como enfermedades mentales provocadas.

Y si de todas maneras se excluyen todos los efectos psicológicos causados por una violación como enfermedades mentales se tendría que considerar como otra excepción de aborto no punible ya que se trata de una circunstancia grave que requiere de un tratamiento especial para ayudar a la víctima a superar sus traumas.

De cualquier manera, ya no se hablaría de un aborto eugenésico debido a que ya no tendría que ver nada con el concepto de eugenesia.

d) Aborto por estado de necesidad, se trata de un aborto de carácter terapéutico que de igual manera busca evitar que se produzca una lesión o una afectación a la salud de la madre.

Como vemos hay varias modalidades de aborto, las mismas que considero poco útiles en el mundo actual pero no se puede no analizarlas ya que se han ido promulgando y estudiando por la doctrina por varios años.

Para mí las principales modalidades serían las del aborto espontáneo y el provocado, éste último pensado únicamente para proteger los derechos reproductivos y sexuales de la madre.

Tengo que mencionar que personalmente creo el aborto debería despenalizarse por completo, sin embargo en la sociedad ecuatoriana actual no se puede promulgar este tipo de reformas ya que causaría una gran conmoción social y un conflicto enorme entre los entes que defienden cada posición, es por esta razón que propongo un cambio no a gran escala ni tan desequilibrante, se trata de considerar que el embarazo causado por una violación es una situación excepcional y por lo tanto debe ser declarado como un eximente de toda punibilidad.

Esto sin duda establecerá un precedente que irá cambiando la perspectiva de todos los ecuatorianos que se irán adaptando paulatinamente a esta nueva forma de pensar y permitirá que se llegue a adoptar una normativa que permita el aborto de manera legal, segura y confiable.

No es posible que el legislador discrimine y atropelle voluntariamente los derechos constitucionales de la mujer, y más aún cuando ha sido previamente un desadaptado vulneró por completo sus derechos al violarla, la mujer que ha sido víctima de violación ya tiene mucho

con qué lidiar y esta situación se agrava cuando ahora lleva en su vientre al fruto de un delito sexual, no comprendo por qué existe este tipo de discriminación a este grupo de mujeres.

Lo crucial es tratar de comprender por qué el legislador no las incluyó en el grupo donde el aborto no es punible, cuando de manera científica y médica se ha determinado que son tan o más vulnerables que las mujeres que se encuentran en las dos excepciones que establece el art. 150 del COIP al momento de redactarlo.

Dónde queda la dignidad de la mujer, la misma que supuestamente deber brindar la mayor seguridad, autonomía y libertad que debería ser respetada no solo por el Estado, sino que también por todos nosotros.

Es una persona a la que se le están vulnerando más derechos que a ninguna y todo por un acto que ella jamás consintió, de cierta manera hasta la hacen responsable y en el caso de insinuar que quiere practicarse un aborto ya es considerada como una criminal, situación que no debería ser así puesto que si recordamos los derechos reproductivos una persona no puede ser discriminada por ningún concepto en cuanto ella puede decidir sobre su propio cuerpo y más cuando la han violentado previamente.

1.3 Estudio de los artículos sobre el aborto en el COIP (Características y elementos del tipo penal)

En Ecuador existen 3 tipos penales que sancionan el aborto y se encuentran en los artículos 147, 148 y 149 del Código Orgánico Integral Penal (2014), mismo que se enuncian de la siguiente forma:

Art. 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. (COIP, 2014, art.147)

Art. 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 (COIP, 2014, art.148).

Art. 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 (COIP, 2014, art.149).

1.3.1 Elementos del tipo penal

Corresponde una vez más desentrañar este tipo penal para determinar cada uno de los elementos que lo componen. Como se mencionó anteriormente en Ecuador existen tres modalidades de aborto que son sancionadas y es por esta razón que nos referiremos a delimitar los elementos de manera general, pero los diferenciaremos cuando se realice el análisis de los tres tipos punibles del país.

Como bien lo señala Rodríguez (2014):

Todo tipo penal debe ser atomizado para poderlo analizar, desarticulándolo y estudiando cada una de sus partes. Esto no sólo nos permite comprenderlo integralmente, sino incluso verificar que si al ser armado por el legislador, fueron consideradas cada una de sus partes o, por el contrario, si fue creado de forma incompleta y por lo mismo, si debe o no existir como tipo penal (p.48).

Los elementos del tipo penal son el bien jurídico que se quiere proteger, el verbo rector, el elemento objetivo y el elemento subjetivo, estas cuatro categorías deben coexistir simultáneamente para que el tipo penal exista y no sea simbólico lo cual produciría que sea inaplicable (Rodríguez, 2016).

Por lo tanto, se requiere indiscutiblemente que los cuatro elementos existan dentro de un tipo penal caso contrario sería inexistente el delito que carezca de los mismos.

1.3.1.1 Bien jurídico protegido del tipo penal aborto

En primer lugar, cabe conceptualizar lo que bien jurídico protegido significa, puesto que tanto hemos hablado ya del término empero no lo hemos definido como tal, situación que resulta importante puesto que de esta manera se comprenderá por qué deben existir estos bienes, cuáles son y sobre todo por qué protegerlos.

En palabras sencillas se ha establecido que bien jurídico es un valor de la vida humana que merece ser protegido por el Derecho y como lo dice Rodríguez (2014) “La convivencia y la autorrealización humana necesitan de presupuestos que además de ser de utilidad para el hombre, se denominan “bienes” y, concretamente en tanto son objeto de protección por el Derecho, se llaman “bienes jurídicos” (p.5).

Por lo tanto podemos concluir que al ser un valor que merece protección estatal no puede ser lesionado ni mancillado por cualquier otra persona, por lo que si no hay lesión al bien jurídico no habría delito alguno y los tipos penales serían innecesarios, otra singularidad del bien jurídico es que en materia penal no todo bien es tutelado ya que el Derecho Penal opera únicamente cuando las demás ramas del Derecho han sido incapaces de solucionar un conflicto y se requiere el ejercicio del *ius puniendi* para sancionar a quien vulnere dichos bienes (Rodríguez, 2016).

Bien jurídico penal es conceptualizado de mejor manera por Balmaceda (2011) quien lo establece como:

Bien jurídico penal será la cosa justa abstracta atribuida a un sujeto (individual o colectivo), que no puede, o no podría, ser defendida por otras ramas del Derecho (*última ratio*) de los ataques graves (*fragmentariedad*) que está recibiendo o podría recibir – ataques descritos en el tipo – y que, por tanto, el legislador, respetando las defensas previas existentes y ya regladas por las otras ramas de sistema jurídico, por *política-criminal* ha optado, en un tiempo y circunstancias concretas por positivarlo o hacerlo positivo, y subsumirlo en un tipo penal del Código penal, para brindarle las protecciones especiales que esta rama prevé: los que tienen *necesidad de protección penal* (p.45).

Una vez estudiada esta definición podemos distinguir que corresponde al legislador ubicar y positivar un bien jurídico en un código penal, sin embargo los mismos deben estar previamente establecidos en la Constitución del país puesto que todo se subsume a la Norma Suprema de un Estado que establecerá los mismos como derechos constitucionales cuyos titulares son todos y cada uno de los ciudadanos de ese Estado, por lo que no le corresponde al legislador crear o inventar un bien jurídico omitiendo lo anteriormente explicado.

Como se analizó previamente en el primer punto de este capítulo el bien jurídico protegido aceptado por las legislaciones estudiadas es el de la vida dependiente del feto, han existido discrepancias con respecto a su ubicación en el cuerpo penal correspondiente como en Chile que se encuentra dentro de los delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, sin embargo, el bien jurídico sigue siendo el mismo.

No obstante hay que considerar que existen casos en la historia que consideraban a otros bienes como objeto de protección por los Estados, es el caso de la legislación italiana de 1932 que establecía que el aborto lesionaba bienes relacionados con la integridad y sanidad de la estirpe, esto para precautelar su herencia genética y que italianos no destruyesen a su propio pueblo, otro caso muy similar ocurría en la Alemania del nacionalsocialismo, época que se caracterizó por un sentimiento nacionalista extremo cuyo propósito era demostrar que no había

mejor nación y estirpe que ellos por eso al igual que Italia condenaba a prisión a todo aquel que ose atentar contra la raza y la herencia, cabe resaltar que ambos son ejemplos de Estados autoritarios (Donna, 2008).

Siguiendo con esta corriente tenemos al bien protegido interés demográfico del Estado, esta teoría señala que el Estado tiene la facultad de controlar el crecimiento de su población en base de las situaciones que está atravesando mismas que pueden ocurrir en casos de superpoblación, hecho que provoca que sus recursos sean muy limitados y no puedan satisfacer necesidades ilimitadas, otros son para favorecer el índice de natalidad cuando su población ha envejecido drásticamente (Castillo, 2008).

Obedeciendo esta teoría tendríamos en cuenta que se omitirían por completo los debates con respecto a los intereses del feto y los intereses de la gestante ya que el Estado suprimiría dicho conflicto y resolvería a su antojo dependiendo de si necesita prohibirlo cuando existe un crecimiento exponencial de su población o permitirlo cuando ocurre un descenso de la misma (Castillo, 2008).

A pesar que suena descabellada una teoría así, actualmente estamos frente a una realidad en la que debemos tomar muy en serio ya que en un futuro no tan lejano podríamos afrontar un mundo en el que no haya los recursos necesarios para todos lo que causaría un grave problema para la humanidad, por lo que quedamos a la espera de averiguar si a largo plazo esta teoría comenzará a plasmarse en los ordenamientos jurídicos mundiales como una posible solución a esta incertidumbre (Bohemia, 2017).

Por último, tenemos al bien jurídico como la esperanza de vida, postura que se basa en que el producto de una concepción aún no constituye vida humana y que por lo tanto carece de dicha forma al no tener órganos desarrollados y peor aún actividad cerebral (Castillo, 2008).

Por mucho tiempo se ha entendido erróneamente, desde la óptica del derecho, que el bien jurídico que se protege es el derecho a la vida, no obstante, no es de esta manera ya que esta defensa supondría para el Estado la obligación de una protección efectiva, sin embargo, esta no podrá ser nunca absoluta debido a que siempre estará sujeta a varias condiciones y limitaciones como por ejemplo la protección de los derechos de la mujer y las circunstancias que puedan suscitarse durante su embarazo.

Con este párrafo llegamos a la conclusión que la protección que se le brinda al *nasciturus*, o al ser que está por nacer, es bastante diferente a la protección que se le brinda a un niño ya nacido reconocido por el derecho civil como persona.

De igual manera existen otras consideraciones que desmienten que el derecho a la vida es el bien jurídico protegido en este delito, primero se ocasionan problemas de delimitación, se ha señalado que la vida del *nasciturus* es dependiente de su madre, Serrano Gómez y Serrano Maíllo (2016) han señalado que justamente que la vida humana es independiente y por lo tanto tiene su límite máximo es cuando se produce el nacimiento del nuevo ser (p.41).

Por lo tanto, la doctrina actual y la jurisprudencia han coincidido que el bien jurídico protegido no debería ser la vida, ya que este es un derecho que se le reconoce a una persona que ya ha nacido desde la perspectiva del derecho, por lo tanto, han concluido que el bien jurídico sería el derecho a existir y se protegerá la expectativa de tener vida.

La Constitución ecuatoriana y los Tratados Internacionales, si bien es cierto mencionan que van a proteger el derecho a la vida del que nacerá, en realidad no están diciendo que el *nasciturus* tiene vida, sino que tendrá derecho a tener vida por lo tanto cuando se estableció que se prohíbe la pena de muerte y se garantizará la vida de todas las personas, se refiere a que el derecho lo tienen las personas y como ya se indicó previamente el código civil ha definido claramente quien es considerado como tal.

1.3.1.2 Verbo rector del tipo penal aborto

Pasamos ahora al verbo rector, que en este delito es abortar y consultando en el diccionario de Cabanellas (2012), el autor lo conceptualiza como provocar el parto antes de que sea viable el feto.

Abortar también se ha definido como la acción de interrumpir, de forma natural provocada, el desarrollo del feto durante el embarazo. (Real Academia Española, 2001, 22º ed.).

Ambos conceptos apuntan a la interrupción del embarazo o el periodo de gestación de una madre, hay que aclarar que además de la interrupción se debe producir la muerte del feto.

Esto nos direcciona a pensar que si no existe tal interrupción no existirá aborto alguno y como señalamos antes sin la ejecución del verbo rector no se configura ningún delito.

1.3.1.3 Elemento objetivo del tipo penal aborto

El elemento objetivo de este delito es la manera de cómo se llevará a cabo esta interrupción. Existen varios procedimientos para abortar unos más simples que otros y se aplican dependiendo del tiempo de gestación de la madre.

Hasta las doce semanas se realiza la técnica de aspiración y mediante el fármaco RU-486, si el periodo de gestación este entre las doce y veinticuatro semanas se pueden aplicar el método de dilatación y evacuación, el aborto farmacológico tardío o inducción y el método de la inyección intraamniótica. Ya cuando la gestación supera las 25 semanas se realiza una histerotomía (Ginecenter, 2018).

Como vemos existen varias técnicas que se pueden realizar para la interrupción de un aborto y aquí se configura el elemento objetivo del cómo se desarrolla el verbo rector y cómo se ejecuta este delito. La salud post operación de la madre dependerá de cómo se llevó a cabo la intervención quirúrgica, y si el médico procuró hacer bien su trabajo de acuerdo a estándares de higiene, técnica, experiencia y *lex artis* (Merlyn, 2014).

1.3.1.4 Elemento subjetivo del tipo penal aborto

El elemento subjetivo puede ser dolo o culpa, sin embargo, es crucial determinar que, si bien existe la culpa en este tipo, en Ecuador no se encuentra tipificado el aborto culposo.

En primer lugar, tenemos al aborto con muerte, ya habíamos mencionado antes que se trata de un paratipo penal de homicidio por lo tanto puede ser considerado como culposo en cuanto nunca buscó causarle la muerte a la mujer embarazada, fue el resultado de hechos accidentales, fortuitos o involuntarios los que causaron esa muerte, y dolo en cuanto justamente la finalidad era conseguir la muerte de la mujer embarazada al momento de terminar con la gestación.

En el segundo tipo, es decir, el aborto no consentido no contempla en ningún lado la posibilidad de culpa, se ha determinado que siempre será doloso ya que está buscando inequívocamente el resultado y se tiene la intención de hacerlo como lo ha determinado García Marín (1980) ya que supone que esa voluntariedad y el ánimo de hacerlo ha sido calificado como *animus occidendi*, es decir el máximo grado de intencionalidad.

Es en este punto que resulta un tanto complicado defender la postura de que también puede efectuarse un caso en el que un tercero puede hacer abortar a una mujer sin darse cuenta de que lo va a hacer, un ejemplo claro es que un doctor recete algún medicamento que sin darse cuenta provoque el aborto de la mujer, en este caso no existió dolo ya que el médico no tenía ninguna intención de provocar el aborto, pero igual ocurrió.

Otro ejemplo puede ser que un tercero entre juegos, empuje a la mujer embarazada tan fuerte que le provoque un golpe que la hace abortar, claramente habría cometido un aborto sin consentimiento de la mujer, pero no fue doloso fue meramente culposo.

En otros países esta circunstancia si está determinada en sus normativas penales, pero en Ecuador no existe ningún tipo de solución ante un caso semejante, ante esta situación no hay respuesta lo cual supone que siempre se actuará con dolo a pesar de que por error provoques un embarazo. Sin duda son casos que pueden darse y de hecho se han dado, y en el caso de querer denunciarlos no habría posibilidad de defenderse alegando culpabilidad para eximirse de responsabilidad penal, ya que será sancionado como una actuación dolosa.

Hablando de manera práctica, este tipo de casos no han sido llevados a tribunales, relativamente no se toman acciones penales y esta actuación no es denunciada para buscar una sanción, bastaría la culpa natural para pagar por lo cometido, aunque esto no subsana esta laguna jurídica que no se ha normado por completo.

Por último tenemos el aborto consentido, en el cual la madre acepta someterse de manera libre y consciente a un aborto, en este caso el COIP sancionará a la persona que haga abortar a una mujer y a la mujer que cause su aborto, es decir ha definido que cualquier modalidad será considerara como actuación dolosa y no culposa, tomando en cuenta que es justamente la madre la que tiene que asegurarse de que su hijo nazca y crezca sano, el legislador ha visto como reprochable la actuación de la madre que teniendo ese deber recurra a practicarse un aborto.

El legislador ha recurrido al deber ser del derecho, a buscar ese mundo “ideal” y “perfecto” ignorando toda la realidad actual del mundo en el que vive, es por esto que la mayoría de países han logrado liberalizar el aborto específicamente y argumentando que es decisión de la madre si desea o no abortar.

1.3.2 Aborto con muerte

Art. 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. (COIP, 2014, art.147)

Como mencionamos al inicio de este capítulo existen tres tipos de aborto punibles en el Ecuador y comenzaremos su estudio con el aborto que produce o termina produciendo la muerte de la gestante.

Hay que recalcar que esta conducta ha sido plasmada como delito en la legislación ecuatoriana como un tipo penal autónomo ya que en otras legislaciones le dan un tratamiento de una conducta agravada del aborto, es decir, no se lo trata autónomamente sino que se lo conoce como aborto agravado, solo en Ecuador se han encargado de tipificarlo como un delito independiente logrando así demostrar la supuesta calidad del legislador ecuatoriano a la hora de tipificar conductas, esto por cuanto se ha tomado a esta conducta como un paratipo penal de homicidio, mismo que dependiendo si fue o no consentido será agravado.

El bien jurídico protegido como se mencionó anteriormente tendría que ser la vida del feto, sin embargo, al ser un delito direccionado a salvaguardar y proteger la vida de la madre gestante, el tipo penal ahora se encarga de proteger la vida de la madre y lo determina como bien jurídico protegido.

De esta manera lo que se puede concluir es que en estos casos los derechos de la madre están por encima de los del feto dejándolos básicamente sin protección alguna.

El verbo rector sería causarle la muerte a la madre ya que pasan a un segundo plano las acciones para lograr interrumpir un aborto para concentrarse meramente al hecho de que por querer practicar un aborto se produjo la muerte de una persona que en estos casos es la mujer embarazada.

El elemento objetivo podría variar ya que al ser técnicas arriesgadas y sobre todo invasivas porque no se las practican de manera sanitaria y cuidadosa por lo que pueden devenir en infecciones o causar hemorragias que le causen la muerte a la mujer, lo primordial es que se cause su muerte. Lastimosamente todo dependerá de la experiencia de la persona que lo esté ejecutando y debido a que no existen cursos “legales” que preparen al médico de la mejor forma posible para realizar este tipo de intervenciones y peor aún no hay una ley que regule

por completo el tema, no se podrá de ninguna forma garantizar que la madre tras salir del quirófano siga viva.

El elemento subjetivo solo en este tipo penal podría variar dependiendo de las circunstancias en las que actúe la persona que practicó el aborto y causó la muerte de la mujer embarazada, esto por cuanto si fue por negligencia o mala práctica médica, el elemento subjetivo sería la culpa.

Por otro lado, si la persona que causare la muerte de la gestante con toda la intención y voluntad de hacerlo el elemento subjetivo sería el dolo, como se mencionó previamente el tipo penal no va encaminado a castigar a un profesional de la salud que practique un aborto sino a cualquier persona que lo ejecute sea profesional o no.

Los sujetos intervinientes serán los siguientes:

Como sujeto activo sería cualquier persona que mientras estaba practicando el aborto causó la muerte de la madre, esto porque el tipo penal es claro cuando menciona que debido a los medios utilizados para provocar el aborto cause la muerte de la gestante, por lo que el tipo penal se configuraría de esa manera.

Como sujeto pasivo ya no sería el feto ya que durante la intervención produjo directamente la muerte de la madre por lo que ahora es esta la llamada a ser sujeto pasivo de esta acción, el feto como se señaló ya no interesaría como sujeto pasivo.

1.3.3 Aborto no consentido

Art. 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 (COIP, 2014, art.148).

Continuando con nuestro estudio tenemos al aborto provocado a una mujer que no consintió en hacerlo, el tipo es claro, cuando una mujer no permitió que le practiquen un aborto no está brindando su conocimiento, ergo el tipo penal se configura.

A diferencia del tipo anterior este se encuentra tipificado en la mayoría de legislaciones internacionales al igual que el aborto consentido, mismo que trataremos posteriormente.

El bien jurídico a proteger que ha determinado el legislador es la vida intrauterina del feto, la vida dependiente del que está por nacer y que a pesar de no ser considerado como persona le han brindado esta “protección”.

Sería una conducta agravada de cierta forma ya que como menciona Castillo (2008) “No solo es atentar contra la vida humana antes del nacimiento, sino que se conculca otro bien jurídico: la libertad y la autodeterminación de la madre” (p.1007).

A la figura inicial de aborto se le está añadiendo un elemento a la antijuridicidad ya que no se cuenta con la aceptación de la madre para que se le practique un aborto, se destruye al feto y se vulnera el derecho de la madre sobre la libertad que tiene sobre decidir sobre su cuerpo. En conclusión, estarían dos bienes jurídicos involucrados, la vida del feto y la libertad de la gestante, ambos en el mismo nivel.

El verbo rector es abortar o más concretamente provocar un aborto, esto concuerda con la conceptualización del aborto que ya hemos establecido, ya que logra su cometido de interrumpir la gestación provocando la muerte del feto.

El elemento objetivo que más interesa en este tipo penal es el referente a que la gestante no haya prestado su consentimiento para que le realicen este tipo de intervención en el cual ella no ha logrado consentir si continúa o no con su embarazo, situación que como vimos vulnera su derecho de libertad al no tomar en cuenta su voluntad (Castillo, 2008).

Cabe señalar que el tipo penal va encaminado a sancionar dos tipos de obrar sin el consentimiento de la gestante, el primero cuando la persona que lo practica lo hace en contra de la decisión de no abortar, mientras que en el segundo caso ocurre cuando la mujer no tiene idea de que le están ejerciendo prácticas y maniobras abortivas, ya sean estas por engaño, porque estuvo inconsciente o porque es incapaz de discernir su propia decisión.

Por lo que podemos concluir que una de estas teorías tendrá mayor reproche jurídico, claramente sería aquella en la que el sujeto activo actúa totalmente en contra de la voluntad de la gestante, mientras que el no tomar en cuenta la voluntad de la mujer sería la menos reprochable (Castillo, 2008).

Otra situación que puede darse, es que la gestante esté decidida a dar su consentimiento pero en el último momento decide no abortar, esta decisión lo cambia todo por lo que el sujeto activo

debería tomar en cuenta ese cambio de pensamiento y desistir el aborto, caso contrario incurre en el delito “aborto sin consentimiento”, de igual forma ocurre que una mujer debe manifestar exteriormente que ha decidido abortar, esto demuestra claramente su consentimiento, sin embargo si ella no lo exterioriza de igual forma se incurre en este tipo de delito ya que al derecho no le importa ni juzga el fuero interno de una persona (Castillo, 2008).

Puede darse que también una mujer haya decidido practicarse un aborto, pero luego de haber cumplido cuatro semanas de gestación, sin embargo, si es practicada antes de dicho límite expresado se comete un aborto sin consentimiento, lo que nos señala que también es necesario establecer cuándo practicarse el aborto y bajo qué términos (Castillo, 2008).

Otra situación interesante ocurre cuando se revoca el consentimiento después del procedimiento ya que el consentimiento seguirá siendo eficaz a pesar de haberse arrepentido después, caso contrario al que ocurre cuando a pesar de no contar con el consentimiento se realiza el procedimiento y durante o después del mismo la mujer perdona el hecho aún se estaría dentro del tipo penal tratado (Castillo, 2008)

Con respecto a mujeres que no tienen una capacidad natural de juicio, Castillo (2008) menciona “Si la mujer embarazada no tiene una capacidad natural de juicio y discernimiento y, pese a ello, aprueba la realización de la práctica abortiva sin ser consciente del acto que autoriza, la calificación del comportamiento será la de aborto no consentido” (p.1014).

No obstante el autor también resalta que no porque la mujer no tenga dieciocho años significa que el aborto necesariamente fue o será practicado sin su consentimiento ya que muchas veces ocurre que son justamente estas menores de edad que se someten a prácticas abortivas totalmente convencidas de que así evitarán un problema, lo que sugiere el autor es que debe hacerse un análisis en cada caso en específico para que de esta manera se logre determinar si existió o no un verdadero consentimiento, y culmina con la siguiente frase “ni los menores de dieciocho años están privados de una capacidad natural de juicio, ni los mayores de dieciocho tiene siempre dicha capacidad” (Castillo, 2008, p.1014).

De esta manera claramente podemos evidenciar que a pesar de que no existe norma expresa que establezca cuál es la edad que debe tener una embarazada para emitir su consentimiento en la práctica se debería tomar en cuenta la realidad de cada caso en concreto ya que todas no razonan ni piensan de la misma manera independientemente de su edad.

La última situación por describir es la que tiene que ver con el consentimiento dado por una persona que padece de una anomalía psíquica, ya que a pesar de que sus niveles con respecto a la percepción de la realidad puede que sean distintos al resto, no quiere decir que no puedan ser capaces de tomar una decisión como esta, empero habría que de igual forma realizar un estudio de cada caso en particular ya que dependerá de la anomalía que padezca para así corroborar si su juicio no le permite brindar su consentimiento de manera que no se encuentre viciado por ningún aspecto (Castillo, 2008).

Terminamos este tipo penal con el elemento subjetivo del mismo y es sencillo establecerlo ya que se ha tipificado de tal manera que no acepta bajo ningún termino otro que no sea el dolo, esto por el principio de legalidad, ya que se tiene que tomar en cuenta que pese al no consentimiento de la gestante el sujeto activo de igual forma practica un aborto, tiene la plena intención de provocarlo.

No obstante, hay que explicar que debido a que existen casos en los que el sujeto activo creyó por error que la gestante brindó su consentimiento y provoca el aborto, si esto ocurre deberá demostrarse efectivamente que existió dicho error y debido a que ni en Ecuador ni en el resto del mundo se encuentra tipificado el aborto consentido culposo y debería excluirse la responsabilidad por aborto no consentido.

Los sujetos intervinientes en este delito serían:

Como sujeto activo, sería cualquier persona que provoque un aborto sin haber recibido el consentimiento de la gestante.

Como sujeto pasivo tendríamos que entender que debido a que existen bienes jurídicos vulnerados, tanto de la gestante como el del feto, deben ser estos los llamados a ser los que reciben el daño de este hecho.

1.3.4 Aborto consentido

Art. 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 (COIP, 2014, art.149).

El aborto consentido es el último de los tres tipos de aborto penados en la legislación ecuatoriana y en cuanto al mismo hay que determinar sus elementos ya que como podremos dilucidar a continuación se diferencian en su mayoría con los dos primeros tipos.

Como primer punto explicaremos que el bien jurídico protegido es la vida humana dependiente del feto, esto quiere decir que se trata de salvaguardar su existencia, el legislador ha considerado que tipificando este delito prevendrá que las mujeres aborten, situación para nada cerca de la realidad ya que recordemos que el Derecho Penal no protege nada, solo castiga conductas. A diferencia del aborto no consentido aquí no se vulneran los derechos de la gestante, únicamente se vela por los intereses del feto.

El verbo rector continúa siendo abortar y de esta manera se consolida el objetivo del aborto que es interrumpir y destruir el producto de la concepción, así que no ha cambiado en nada con respecto al tipo anterior.

Continuamos con el elemento objetivo, mismo que se caracteriza debido a que el sujeto activo provoca el aborto de una mujer embarazada con el consentimiento de la misma y tal cual lo mencionan Gálvez y Rojas (2012):

Debe comprobarse la existencia de una relación de causalidad entre las maniobras abortivas y la destrucción del producto de la concepción, resultado que además debe ser objetivamente imputable a la conducta del tercero, es decir que el riesgo creado permita explicar la destrucción o muerte del embrión o feto (p.593).

De igual manera hay que comprender que el consentimiento no requiere de una formalidad ya que bastará que la madre lo manifieste de manera verbal de modo que se entienda que de manera libre, voluntaria y sobre todo consciente ha decidido dar fin a su embarazo, en ningún punto de la ley penal se establece que deba existir consentimiento por escritos o que se requiera testigos para que el consentimiento sea válido, esto de ninguna manera quiere decir que se equipara al consentimiento tácito o presunto ya que ninguna de estas será tomada en cuenta como válido y se incurrirá en un aborto sin consentimiento.

De igual manera como se explicó en el aborto no consentido, la mujer gestante puede tomar esta decisión independientemente de su edad ya que “el consentimiento relevante para el Derecho penal no se rige por las reglas de validez del acto jurídico” (Cevallos, 2008, p.990). Esto quiere decir que no importa si civilmente un menor de dieciocho años no puede prestar su consentimiento ya que en materia penal es irrelevante, la decisión de abortar dependerá

estrictamente de la mujer embarazada y no puede ser desvirtuada por sus representantes legales, en todo caso se debe analizar el caso para determinar si la capacidad natural de juicio de la menor para tomar estas decisiones.

Lo mismo ocurre con las personas que padecen una anomalía psíquica ya que como se manifestó anteriormente si esta no es grave no debe darse por nulo el consentimiento otorgado por esta persona a menos de que su condición sea lo suficientemente grave para que su juicio se vea comprometido y le impida tomar decisiones de esta magnitud (Cevallos, 2008).

El elemento subjetivo será de igual manera el dolo, ya que se requiere que el autor material del aborto tenga conocimiento que sus acciones están encaminadas a conseguir que la gestante aborte y además de esto debe tomarse en cuenta que ella ha manifestado su pleno consentimiento para que proceda en dicha intervención, caso contrario el tipo cambia y sería aborto sin consentimiento.

El error de tipo como tal no existe en este tipo debido a que hay que destacar que deben suceder circunstancias sumamente especiales para que esto ocurra porque tendría que existir una confusión o un desconocimiento pleno de que hubo consentimiento cuando en realidad no existió uno.

El hecho de que exista objetivamente la aprobación de la mujer para que se practique el aborto no basta para aplicar la figura penal del aborto consentido; ello se debe a que la ley exige de manera necesaria que el conocimiento deba proyectarse también sobre el consentimiento de la mujer embarazada. El desconocimiento del autor (de la autorización para abortar) determina que el tipo aplicable sea el aborto no consentido (Cevallos, 2008, p.998).

Por lo señalado no podría alegarse ya que la figura cambiaría de aborto consentido a aborto no consentido, lo que significa que en lugar de atenuar su situación se agravaría (Cevallos, 2008).

Finalmente, como sujetos del delito tendríamos:

Como sujeto activo tenemos que establecer que debido a la redacción del segundo inciso del art. 149 no solo el tercero que cause el aborto será responsable por este delito, sino que también la madre que lo consienta será penalmente responsable y a pesar de que su pena es menor a la del tercero que lo provoca no quita el hecho de que existirían dos sujetos activos en este delito.

El sujeto pasivo sería solamente el feto, producto de la concepción quien es el que recibe totalmente la acción por parte del autor material apoyado por el consentimiento de su gestante.

1.3.5 Aborto no punible en la legislación ecuatoriana

En Ecuador tras la aprobación del Código Orgánico Integral Penal (2014) se ha realizado una despenalización parcial del delito de aborto, el mismo consta en el artículo 150 del texto normativo mencionado que establece lo siguiente:

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

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.
2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental. (COIP, 2014, art.150)

Al primero se lo conoce en la medicina como un aborto terapéutico, el cual se practica para salvar la vida de la madre a como dé lugar, erróneamente se ha dicho que se trata de una excusa legal absolutoria ya que se habla de estado de necesidad lo cual constituye en el ámbito penal como una causa de justificación ya que eliminan la antijuridicidad del acto.

El segundo escenario se denomina en la doctrina como el aborto eugenésico, concepto por completo erróneo ya que no se tiene ninguna seguridad de que el concebido tenga la misma discapacidad de la madre, en este caso cabe decir que se trata de una excusa legal absolutoria ya que eliminan la punibilidad del acto que no es jurídico, pero te excusan y te eliminan la pena.

Es aquí donde se debería añadir la excepción que estamos proponiendo, la no punibilidad para el aborto cuando es causado por una violación, postura que defenderemos en el último capítulo de este proyecto.

Capítulo II El delito de violación y el sistema jurídico ecuatoriano

2.1 Violación sexual: definición doctrinaria, legal y tipificación del delito

El delito de violación es considerado como el más tradicional de los delitos, inclusive el de mayor ancestro entre los delitos sexuales, como el más típico delito sexual, por cuanto se ha entendido que representa el acceso carnal logrado contra la voluntad de la víctima (Levene, 1978).

Con esta pequeña introducción nos corresponde ahora adentrarnos en su historia para establecer cuáles han sido los elementos encontrados para criminalizar a la violación y cómo esta conducta se ha convertido en la mayor de las ofensas sexuales a nivel mundial.

La violación como tal ha sufrido varios cambios en su historia como delito, dependía del lugar y de la cultura de cada pueblo que determinaban cómo sancionarlo, esto porque se han producido diferentes cambios en su concepción, esto de acuerdo a la conjunta evolución y desarrollo que ha sufrido el derecho penal conforme los años han pasado.

Una vez más debemos recurrir a la más antigua compilación de leyes del mundo, es decir, el Código de Hammurabi del año 1760 A.C., en dicho cuerpo normativo a pesar de aún no reconocer independencia de las mujeres, la violación era sancionada y algo curioso es que existía una clasificación entre mujeres casadas y mujeres vírgenes pero prometidas para que se proceda con las sanciones respectivas, por lo que se concluye que a la mujer que no estaba comprometida o casada no se la tomaba en cuenta bajo este régimen y si se daba esta agresión el perpetrador no tenía sanción alguna (Peña, 1992).

Según el Código de Hammurabi en su Ley 130 si un hombre violaba a una mujer virgen pero casada era castigado con la pena de muerte y ella no tenía castigo alguno, sin embargo en la Ley 129 hace alusión a que si la esposa era encontrada en la cama con otro ambos debían compartir la pena y debían ser ahogados en el río, claramente esta norma está incompleta y carece de precisión ya que no se toman en cuenta ninguna de las circunstancias para considerar si la mujer prestó o no su consentimiento, la ley y los juzgadores simplemente determinaban que hubo adulterio porque la mujer fue hallada con otro hombre empero no les importaba si se trataba o no de una violación sexual.

Lamentablemente en este periodo de la historia la técnica jurídica carecía de precisión y al momento de redactar leyes no consideraban todos los aspectos que podían darse en su sociedad y al no tomar en cuenta ciertas conductas se las asimilaba a otras que se alejaban por completo de la realidad, los juzgadores eran meros aplicadores de las normas y se negaban a interpretar las leyes y peor aún estudiar el caso en específico.

Por último, hay que precisar que son debido a estos vacíos legales que en la antigua Babilonia si se era hombre, infante, mujer virgen pero no casada, o mujer no virgen pero soltera que resultaban ser víctimas de una violación no se los tomaba en cuenta como sujetos de protección de la ley y el agresor no tenía sanción alguna.

En la Grecia antigua la violación era sancionada con la obligación al violador para que contraiga matrimonio con su víctima, situación que hoy suena totalmente descabellada puesto que es una revictimización de la mujer a niveles totalmente desgarradores, sin embargo, si la mujer rechazaba el contraer nupcias con su violador, este era condenado a muerte.

En el periodo de la monarquía de Roma se consideró a la violación como un delito y fue tipificado como tal en la Ley de las XII tablas. El castigo para dicha conducta era la pena de muerte aunque existían ocasiones en las que bastaba con el exilio del agresor y la confiscación de todos los bienes que hubiese poseído en Roma, el bien jurídico se determinaba de acuerdo a las circunstancias de la víctima, siendo así la castidad de la mujer, el honor de su padre si esta era virgen y el honor del esposo si ya era casada, a diferencia de nuestra legislación actual la libertad sexual no podía ser considerada como bien jurídico porque la libertad de las mujeres en esa época era limitada (Rodríguez, 1997).

Por otro lado, la sexualidad en Roma, una vez terminada la monarquía se vivió de diferente manera, esto por cuanto estalló un libertinaje sexual que fue bastante aceptado para el ciudadano romano, ya que se le permitía mantener relaciones sexuales con hombres y mujeres siempre y cuando sea este quien someta a la otra persona (Veyne, 1984).

A pesar de que luego existieron ciertas normas que rechazaban ciertas prácticas sexuales, existían individuos que no eran considerados como seres humanos, este es el caso de los esclavos, sean hombres o mujeres, quienes debían obedecer a su amo y ser sometidos, por lo que no había ningún tipo de respeto hacia los sometidos e inclusive se llegó a decir que el obligado a mantener coito obtenía placer y si se era mujer era considerado como algo natural (Veyne, 1984).

Como estudiamos, tanto en Grecia como en Roma este delito era aún ambiguo al momento de considerar a una víctima como tal, esto debido a que no todas las personas eran consideradas como tales y su protección jurídica no era importante, situación que hoy en día es totalmente diferente, claramente el derecho es una ciencia que día con día evoluciona y trata de brindar protección a quienes antes no eran tomados en cuenta por la ley.

En Asia, en la cultura de los hebreos mencionaban el delito de violación, que además era castigado con pena de muerte, se encontraba descrito en el versículo 25 y 26, capítulo 22 del Deuteronomio, mismo que aun forma parte de la Biblia, en dichos versículos se establece que al hombre se le quitará la vida y a la mujer no se le hará nada, no obstante hay que aclarar

que la mujer debía estar casada, de lo contrario no era considerado como un delito, en este aspecto el bien tutelado era honor del marido de la mujer y no su integridad física o moral, en este caso tanto el sujeto activo como el pasivo eran lapidados.

En la Edad Media, los distintos gobernantes de los pueblos europeos implantaron severas leyes penales para aquellos que se atreviesen a dilapidar la sexualidad de las personas, las penas eran tan graves que generalmente se sancionaban con pena de muerte, como ejemplos de estas leyes debemos señalar al Fuero Juzgo, el Fuero Viejo de Castilla y las Siete Partidas del Rey Alfonso X (Peña, 1992).

Aquí ya hubo un cambio en cuanto al bien jurídico tutelado, ahora era la honor de la mujer, sin embargo, este honor solo era otorgado a mujeres de una clase social privilegiada, lo que ocasionaba que mujeres amancebadas, prostitutas o criadas al carecer de este bien jurídico sean blanco fácil de este delito porque no contaban con la protección conferida por la ley de ese tiempo, de hecho se tornó una práctica común que hombres de clases sociales altas violen a mujeres de clases sociales bajas, inclusive se llegó a instaurar una figura jurídica en la que el señor feudal podía mantener relaciones sexuales con cualquier mujer que se encontrase viviendo en su feudo.

Las penas no eran constantes ya que variaban de acuerdo al cometimiento del delito y según se hubiesen presentado al momento de haber realizado la violación, como un ejemplo de estas penas se dictaba que el autor del crimen debía contraer matrimonio con su víctima, lo que involucraba que su “nueva” esposa adquiriera derechos como su cónyuge, por otra parte, si se negaran rotundamente a casarse con sus victimarios, serían estos los encargados de conseguirles marido a sus víctimas (Terragni, 2013).

Penas algo absurdas por cuanto solo obedecen a obtener algún “beneficio” a cambio, pero tal beneficio nunca podría subsanar ni siquiera de lejos lo sufrido por la víctima hoy en día, no obstante que durante esa época resultó atinado su proceder.

Ya en la Alta Edad Media el delito permaneció tipificado, pero obligaba a la mujer a realizar un proceso que en mi opinión resulta humillante e irrespetuoso, se le obligaba a arañarse el rostro en señal de sufrimiento, esto como requisito antes de presentar la denuncia ante los Tribunales de Justicia de aquella época, todo esto con un límite de 3 días para hacerlo caso contrario se le negaba la posibilidad de ser revisada por las parteras o matronas quienes realizaban una especie de peritaje para comprobar su caso (Machuca, 2011).

Está demás por decir que hoy en día, a pesar de que estas denuncias ya no implican una lesión a su rostro y que además resultan bastante simples, procedimentalmente hablando, para una víctima de violación le es muy difícil hablar al respecto, por lo general se siente deprimida, atacada y vulnerable, es por esta razón que deciden no acercarse a la Fiscalía para hacerlo, es por eso que en mi opinión en esa época medieval las denuncias no se presentaban por montón. Es decir, si ni actualmente se hacen tantas denuncias, peor durante esa época donde era todo más complicado.

Para finalizar este periodo de la historia cabe decir que el Derecho Canónico solo consideraba como delito si la mujer al momento de la violación perdía su virginidad, no obstante, si ya no era virgen no era considerado como delito. Criterios poco razonables y bastante paupérrimos a la hora de considerar una conducta como un delito, no comprendo por qué en esa época se les complicaba tanto preocuparse por la seguridad de todos en conjunto, me parece absurdo no contemplar todos los escenarios posibles en los cuales se puede suscitar este tipo de ataques.

Encontramos que ya en el siglo XIX, a la violación se la separa en forma total de otros delitos como el rapto, además encontramos en este siglo que la técnica jurídica se torna benevolente y como efecto de aquellos las penas son más benignas, esto gracias a la influencia de los principios revolucionarios franceses, las nuevas corrientes filosóficas y jurídicas que fueron ya asentándose y afianzándose en la sociedad y en el mundo jurídico (Gálvez y Rojas, 2012).

Así llegamos a los actuales momentos, en donde existen las tradicionales legislaciones que tienen una tendencia a darle mayor flexibilidad sancionadora para estos delitos donde encontramos que las penas se han disminuido considerablemente, ejemplo de esto tenemos al Código Penal francés y al español que establecían severas sanciones actualmente se remiten únicamente a detenciones prolongadas en centro penitenciarios, la experiencia judicial se desarrolló de mejor manera, tipificando conductas que afectaban a todo el bienestar social en general y sobre todo trataron de considerar más circunstancias posibles a la hora de agredir a una persona sexualmente (Gálvez y Rojas, 2012).

En América, la tradición aún subsiste, la estructura social y educacional de los pueblos del “nuevo mundo” trae como consecuencia que este delito sea reprimido con fuertes sanciones ya que, se considera que la concepción de acceso carnal violento se traduce en hechos delictuosos y terroríficos, que, a diario, llenan las páginas de la prensa nacional e internacional que conmueven los sentimientos de los diferentes órdenes y estratos sociales (Yávar, 2015).

Esto ha llevado a que las legislaciones latinoamericanas sancionen de forma drástica los casos de violación. Se ha configurado al delito violación dentro de los delitos sexuales, es decir los que atentan contra el derecho de libertad e indemnidad sexual que poseen todos y cada uno de los seres humanos.

Hay que rescatar que, durante ese tiempo, en los códigos penales de los distintos países de Latinoamérica, se llegó a clasificar en dos grupos, el primero que consideraba como víctima a cualquier persona, sea hombre o mujer, mientras que el segundo grupo solo la mujer era considerada como víctima tales como el código penal de la República Federal Alemana (Kvitko, 1998).

Como sabemos hay varios delitos que atentan contra este derecho inherente de cada persona, se han establecido los delitos como, el acoso sexual, el abuso sexual, turismo sexual, la prostitución forzada, entre otros. Sin embargo, se ha considerado que la violación es el tipo penal más grave de todos los delitos sexuales.

No es descabellado mencionar que dicha aseveración es verídica, todo lo que implica este delito causa serias secuelas en la víctima, tanto físicas, psicológicas e incluso sociales, no siempre se puede superar el trauma generado de la mejor manera, e incluso hay casos en los que el sujeto pasivo decide terminar con su vida ya que no puede tolerar más vivir después de que fue víctima de un delito serio como la violación (Castillo, 2002).

Existe una gran variedad de conceptos, pero cada uno de ellos expresan la parte fundamental en relación con esta breve explicación del delito, para comenzar se entiende a esta conducta como “la imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido por medio de la coacción física o la intimidación moral” (Uribe, G., 1952, p140).

Esto ha provocado que tanto en la historia de las instituciones penales, como en la doctrina y en las legislaciones contemporáneas, constituir la esencia del verdadero delito sexual de violación.

El bien jurídico objeto de la tutela penal en este delito atañe primordialmente a la libertad sexual, contra lo que el ayuntamiento impuesto por la violencia constituye el máximo de los ultrajes, ya que como se mencionó anteriormente, la persona que realiza la fornicación, sea por medio de la fuerza material en el cuerpo del ofendido anulando así su resistencia, o bien por el empleo del constreñimiento psíquico o por medio de amenazas de males graves que, por la intimidación que producen para evitar otros daños le impiden resistir (Bacigalupo, 1994).

Tanto la violencia física como en la psicológica, la víctima sufre en su cuerpo el acto sexual que realmente no ha querido y peor aún buscado, ofendiéndose así el derecho personal a la libre determinación de su conducta en materia sexual que además ha sido consagrado como un derecho fundamental ya sea plasmado en instrumentos internacionales o constitucionalizado a nivel nacional.

Estos ataques se manifiestan en formas de amenaza, intimidación, golpes, privación de la libertad física, etc. sin embargo la peor de todas es que este ataque culmine con la muerte de la víctima después de realizar el acto carnal.

Luis Abarca (2008) describe que la violación consiste en:

Introducir, que en relación al acto impúdico asimilado al acceso carnal significa meter y por lo cual, este acto lo cometen tanto el varón como la mujer cuando meten un objeto en la vagina o en el ano del sujeto pasivo, que también puede ser un varón o una mujer (p.88).

Sin embargo, la doctrina no siempre opinó de la misma manera ya que culminando la década de los 70, Alfredo Achaval (1979), consideraba que:

Ni el *fellatio* ni la sodomía asumen el acceso carnal, y la honestidad de la soltería seguía demostrándose con el himen intacto, y de la casada se salvaguardaba con el cinturón de castidad que protegía la vagina del intruso, pero no el ano ni la boca y es que acceder a la carne de la mujer es acceder al útero, donde el hijo es carne de su carne. Nada tiene que ver la “carne” recto o la “carne” orofaríngea; carecen de relevancia del mandato “creced y multiplicaos” (p.181).

Como podemos distinguir para este autor argentino la concepción del delito de violación solo va encaminada a la conducta en la que estrictamente se debe considerar como delito cuando se produce la penetración en la vagina y deja de lado por completo la boca y el ano como accesos vulnerables, es decir, él no considera que si un agresor sexual obliga a que le practiquen sexo oral o que este tenga sexo anal con sus víctimas no sea considerado como violación, entonces la pregunta sería, qué delito es entonces.

Por otro lado, solo ha tomado en cuenta que la única posible víctima de violación es la mujer ya que esto da a entender cuando se refiere a que el pene debe ingresar por el conducto vaginal hacia el útero, al parecer deja de lado que el hombre pueda ser violado y que el ingreso de otros órganos u objetos en esas cavidades tampoco debe ser considerado como violación.

El pensamiento de Achaval (1979), es tan exagerado y cerrado al mismo tiempo y esto se comprueba ya que menciona que “si la imaginación la hubieran llevado a más extremas posibilidades de represión, incluirían el mirar al pene, ya que “la imagen va hacia dentro”, esto

quiere decir que considera que al considerar al ano y la boca como accesos carnales es una exageración

Del mismo modo, la legislación argentina, basada en los estudios del médico francés Víctor Balthazard, mantuvo una errónea concepción del delito de violación ya que consideraba a la introducción del pene en el ano como un atentado contra el pudor mas no contra la libertad sexual, de manera que se interpretaba erróneamente que era menos grave que la introducción del pene en la vagina, este pensamiento además de equivocado es incompleto y se refleja en lo manifestado por Balthazard (1929) cuando menciona que “no puede definirse como violación el hecho de que un individuo practique un coito anal a un niño, hasta practicada en una mujer o una niña, la sodomía será siempre un atentado al pudor, puesto que no expone al embarazo” (p.402).

Mi intención, no es atacar al médico francés ya que en la antigüedad se desarrollaron posturas incompletas con respecto a las realidades posibles, inclusive llegando solo a considerar como sujeto activo del delito al hombre porque este es el único que tiene pene, desconociendo totalmente que la violación puede realizarla una mujer con algún objeto u órgano diferente al pene, la idea de que una mujer también podía ser sujeto activo del delito fue desarrollada por Carrara, Eusebio Gómez, Fontán Balestra Molinario y Juan Ramos posteriormente.

Años después la conceptualización sobre el delito de violación cambiaría sustancialmente, esto en la medida en que se desarrolló doctrina más acorde a las nuevas realidades sociales, es así que ahora Donna (2008) da un significado más completo y que no se encasilla a determinar al hombre como único sujeto activo y menciona lo siguiente:

Es el acceso carnal logrado en los casos en que medie fuerza o intimidación para vencer la resistencia u oposición del sujeto pasivo, o con persona que se encuentre físicamente imposibilitada para expresar su disenso o resistirse, o con quien, por ser menor de 13 años o carecer de discernimiento para ello, no posee la capacidad jurídica necesaria para consentir la relación sexual (p.564).

Es así como justamente los elementos del tipo penal violación se tornan más completos que antes y fue una tendencia totalmente aceptada dentro de las legislaciones latinoamericanas, ya no importaba si era hombre o mujer quien perpetrara el acto sexual, los hombres también fueron considerados como víctimas de violación y no se diga de los niños y niñas, ahora la introducción podía ser en la vagina, boca o ano.

Se puede decir entonces que por más definiciones que aportemos a este trabajo, siempre se tomará en cuenta los aspectos necesarios para definir a este delito que son el acceso carnal, total o parcial del miembro viril por vía oral, anal o vaginal o en su defecto de la introducción de objetos u órgano no viril dentro del ano o vagina del sujeto pasivo, esto siempre que el sujeto pasivo no ha autorizado dicha acción y que se la haya realizado usando fuerza física o intimidación moral a la víctima, es decir que no ha consentido dicha acción.

La violación es una figura delictiva, regulada por el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal (2014) este hecho punible surge como una desviación de la libido, fruto del desequilibrio y anormalidad sexual del individuo, que careciendo de conocimientos jurídicos que armonicen con las ciencias psíquicas y médicas modernas, no ha podido encausar la actividad sexual, poniendo en grave peligro la integridad moral y material de la sociedad (Rodríguez, F., 2016).

El artículo del COIP anteriormente citado define a la violación como:

Artículo 171.- Violación. - Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse.
2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.
3. Cuando la víctima sea menor de catorce años (COIP, 2014, art.171).

Este artículo es bien claro y preciso al explicar el tipo penal tipificado en la legislación ecuatoriana que además de definirla, nos señala tres circunstancias esenciales que determinan y diferencian a la violación de otros delitos sexuales, y nos señala posteriormente seis agravantes que son condición necesaria para castigar al agresor con el máximo de la pena, por lo que procederemos a analizar cada numeral con el ánimo de establecer los parámetros necesarios para cada circunstancia.

1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse (COIP, 2014, art.171).

La primera situación ocurre cuando el agresor se aprovecha de una situación o realiza todas las actividades necesarias para poner a su víctima en estado de inconsciencia, por lo general los victimarios utilizan sustancias psicotrópicas para conseguir este objetivo, las mismas pueden ser aplicadas de manera directa o indirecta a la víctima quien lastimosamente

desconoce de las intenciones del agresor y posteriormente es drogada lo que la priva de razón o del sentido.

Es justamente debido a la ayuda de ciertos fármacos o sustancias alcohólicas en las que el agresor puede aprovecharse de su víctima, esto ocurre en la mayoría de veces en espacios privados donde el agresor puede manejar y controlar mejor la situación, no obstante, puede ocurrir que la acción comience en espacios públicos y una vez que la víctima está privada de la razón o del sentido la puede llevar a un sitio de su elección para perpetrar el acto sexual, lastimosamente la víctima poco o nada puede hacer en ese estado.

La segunda parte de este numeral contempla la posibilidad de que la víctima no pueda resistir estos actos debido a una enfermedad o una discapacidad, recordemos que este colectivo de personas se encuentra bajo una especial protección al ser personas en situación de vulnerabilidad y es debido a esta garantía constitucional que el legislador ha decidido establecerlos como sujeto pasivo de no solo este delito sino también dentro de esta agravante (Yávar, 2015).

Justamente son estas personas que resultan ser víctimas fácilmente y esto por cuanto están más indefensas que cualquier otra persona, ya sea porque tienen una inmovilidad parcial o total de su cuerpo o porque simplemente debido a su enfermedad no pueden defenderse como ellas quisiesen, claro está que la enfermedad o discapacidad puede ser también mental.

2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación (COIP, 2014, art.171).

En esta circunstancia se establecen los factores de violencia, amenaza e intimidación puesto que se puede doblegar la voluntad y conciencia de una persona si existen estos factores.

La violencia se produce mediante el uso de fuerza en contra del sujeto pasivo donde existe un sinnúmero de posibilidades que causan que este pierda por completo su voluntad y ceda ante su agresor, mientras que la amenaza está dirigida a perturbar la sique del amenazado, esta puede realizarse mediante un arma blanca o un arma de fuego, basta que solo la enseñe para que la víctima no intente resistirse temiendo, obviamente, por su vida.

En la intimidación interviene de igual forma factor psicológico ejercido sobre el sujeto pasivo, puesto que se necesita que este crea por completo que su agresor cumplirá lo que manifiesta que hará si no accede a mantener relaciones sexuales, es decir, que el agresor tenga control

total sobre voluntad de la persona que va a violar mediante engaños o posibles acciones que estaría dispuesto a hacer sino se cede a sus exigencias.

3. Cuando la víctima sea menor de catorce años (COIP, 2014, art.171).

El tercer numeral está dirigido principalmente a la protección de otro grupo de atención prioritaria pues se menciona que cualquier ataque sexual que se realice a una víctima menor de catorce años, sin excepción alguna, será considerado como violación.

Es en esta circunstancia en la que se trata de evidenciar que de nueva cuenta el agresor puede vulnerar fácilmente la voluntad de su víctima, puesto que media una situación de superioridad sobre la inferioridad que tienen estos menores de edad, el legislador ha considerado que esta acción es tan execrable para la sociedad que merece ser castigada, sin embargo, no lo toma como un agravante puesto que para que lo sea la víctima deberá ser menor de diez años como se mencionará posteriormente.

Ahora bien, nos corresponde a tomar en cuenta las agravantes establecidas para este tipo penal que serán sancionadas con el máximo de la pena del tipo penal, es decir, con veintidós años de prisión.

1.La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente (COIP, 2014, art.171).

La primera agravante tiene lugar cuando la víctima sufre una consecuencia que le genera un daño a su integridad física o mental de manera permanente, es producto de la violencia ejercida sobre la víctima ya que el agresor al intentar consumir su acción no le importará lo que tenga que hacer para lograrlo, un ejemplo claro es cuando el agresor utiliza un arma blanca para producir un corte sin embargo este corte que le dejará una herida permanente o en su defecto usar un arma de fuego que al ser disparada en un tendón le ocasione posteriormente un daño permanente a la hora de caminar o peor aún que le cause invalidez.

Lo mismo ocurre con los daños psicológicos, ya que la víctima puede sufrir una grave conmoción o descompensación neuronal que provoca a largo plazo un estado mental alterado lo que provocaría que su vida jamás vuelva a ser la misma al ser estas secuelas permanentes.

2. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal (COIP, 2014, art.171).

La segunda agravante tiene que ver con la transmisión de enfermedades venéreas (hepatitis B, sífilis, herpes genital, sida, etc.) a la víctima, sin embargo, a diferencia de otras legislaciones como la argentina y peruana, en Ecuador no se ha tomado en consideración el hecho de que el agresor sexual tenga o no conocimiento de ser portador de una de esas enfermedades, para el legislador ecuatoriano no existe diferencia alguna si el victimario conocía o desconocía de su enfermedad, si existe un contagio existe la agravante.

Peña Cabrera y Donna han coincidido que esta agravante es un supuesto de peligro y como tal solo basta que se ponga en riesgo la salud de la víctima para que la agravante se configure y señalan además que de esta manera no solo vulnera el bien jurídico de libertad sexual, sino que también el de salud.

Por otro lado, Gálvez y Delgado (2012) discrepan de esta idea argumentando que:

Es necesario que se afecte realmente a la salud o integridad de la víctima, a fin de que el reproche se acentúe más allá del correspondiente al tipo y básico, de lo contrario no se estarían respetando los criterios de proporcionalidad y necesidad de pena e incurriéndose en excesos de punición (p.417).

Debido a que se trata siempre de limitar el poder punitivo por parte del Estado no está demás decir que comparto lo manifestado por estos autores que en virtud de diferenciar cuándo realmente afecta al bien jurídico, considero que debe realmente existir una vulneración a la salud de la víctima para configurar esta agravante, además que la ley es clara al manifestar que debe contraer una enfermedad grave o mortal para considerarla como agravante mas no menciona en ninguna parte las palabras “ponga en peligro su salud” o “pueda contagiar”.

3. La víctima es menor de diez años (COIP, 2014, art.171).

Como se mencionó en párrafos anteriores, con respecto a que la víctima sea inclusive menor a la ya establecida previamente, es decir, catorce años para que sea considerado como violación, ahora la agravante es si se produce una violación a un menor de diez años.

Con respecto a esta agravante cabe señalar que el legislador la ha establecido por cuanto a la gran conmoción y alarma social, pues le resulta sumamente reprochable esta conducta por todo lo que aquello significa, de hecho, esta agravante ha sido objeto de discusión porque merecen una pena aún mayor como ejemplo tenemos autores como Yávar (2015) que señala

“se quedaron cortos, en cuanto a la pena, pensamos que estos seres victimarios que violan a una niña o niño menor de diez años, deben purgar, por lo menos 30 años” (p.531).

Es así que se considera que para tan horrenda conducta el violador merece más pena que la máxima establecida en el tipo, pues resulta para todos abominable que se cometan estas conductas en contra de los más débiles y vulnerables que son los menores de diez años.

4. La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima (COIP, 2014, art.171).

Esta agravante advierte que el sentenciado merece la pena máxima de este delito si mantenía a la víctima bajo su cuidado, al parecer al legislador le parece el colmo que teniendo el victimario que proteger y cuidar a la persona a su cargo se aproveche de ella y la viole ya que existe una confianza vulnerada de por medio.

Dentro de esta circunstancia se encuentra toda persona que de manera habitual custodie a la víctima incumple con su deber de velar por la seguridad de la persona a su cargo, lamentablemente existen estos delitos dentro de casa o alrededor de ella, y no se diga de los que han ocurrido en instituciones educativas o religiosas como se han evidenciado últimamente en el país, el tipo penal es claro, sin embargo, por más tipificado que esté no dejará de ocurrir.

5. La o el agresor es ascendiente o descendente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (COIP, 2014, art.171).

Ocurre lo mismo que en la agravante antes analizada, puesto que existe esa vulneración de la confianza que se tenía con los familiares de la víctima y resulta aún pero que se tome ventaja y conocimiento de la víctima para perpetrar estos crímenes, la diferencia con la circunstancia anterior es que trata de especificar de mejor manera que los ascendientes, descendientes y colaterales de la víctima pueden ser los victimarios, se deja de lado a las personas cercanas al núcleo familiar para enfatizar en las que lo conforman y no solo ellos sino que también a los colaterales hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Si teníamos en cuenta que la anterior circunstancia era aberrante, esta pasa a ser mórbida y hasta terrorífica, ya que la víctima confió a su familiar toda su seguridad e integridad, no es nada justo que se vulnere y destroce la misma para cumplir con sus urgencias sexuales.

6. La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo (COIP, 2014, art.171).

Esta agravante no hace más que de nuevo especificar a un violador que escapa de las esferas ya antes establecidas en las circunstancias anteriores, el legislador ha optado por integrar a más posibles perpetradores dentro del tipo penal para que nadie se excuse a la hora de haber delinquido.

Esta circunstancia está dirigida a todo aquel que de manera meramente ocasional o imprevista debía cuidar a la víctima, es decir, que no eran custodios permanentes como la cuarta agravante y como un ejemplo puede ser que durante una visita a un centro penitenciario la persona sea violada por el guardia que debía velar por la seguridad de esta persona dentro del centro mas no hizo más que incumplir de manera desmedida con su deber y terminó realizando un crimen.

Por último, el tipo penal concluye con la máxima agravante y al hacerlo incurre en lo que la doctrina ha denominado como paratipo penal, ya que se menciona que, si se produce la muerte de la víctima, se sancionará con una pena que va de veintidós a veintiséis años, decimos que es un paratipo penal por cuanto se manifiesta que es violación, pero se sanciona como el delito de asesinato y se lo puede corroborar si se lee el art.140 del COIP que nos demuestra que la pena para el asesinato coincide con la de la violación con resultado de muerte.

Solicitando información en la Dirección de Política Criminal en el mes de agosto de 2018, con respecto al número de denuncias realizadas de manera formal ante fiscalía desde agosto de 2014 hasta julio de 2018 hemos obtenido datos bastante preocupantes ya que demuestran cómo se ha incrementado el número de denuncias por este delito, obviamente debemos considerar que muchas de estas denuncias no han procedido debido a que fueron hechas de forma maliciosa o temeraria, no obstante hay que tomar en cuenta de igual forma que las cifras son y serán grises ya que muchas veces por situaciones de cada víctima, muchas violaciones sexuales no son denunciadas por lo que el delito y su responsable quedan impunes.

Las cifras son las siguientes:

Cuadro N° 1

Art. 171.- Violación

PROVINCIA	Desde Agosto 2014	Año 2015	Año 2016	Año 2017	Hasta julio 2018
AZUAY	145	347	304	338	260
BOLIVAR	24	69	53	84	44
CANAR	40	95	87	114	78
CARCHI	15	40	49	49	23
CHIMBORAZO	57	128	139	165	123
COTOPAXI	53	121	111	131	82
EL ORO	128	345	284	317	172
ESMERALDAS	108	223	222	212	132
GALAPAGOS	2	8	12	17	11
GUAYAS	442	1114	999	1015	628
IMBABURA	60	153	138	175	126
LOJA	101	199	178	164	116
LOS RIOS	124	300	264	268	158
MANABI	157	381	347	422	287
MORONA SANTIAGO	67	166	207	229	160
NAPO	35	94	91	86	58
ORELLANA	40	113	84	101	70

PASTAZA	19	65	51	47	50
PICHINCHA	428	1079	904	938	579
SANTA ELENA	31	85	85	89	65
SANTO D. T.	71	200	201	241	137
SUCUMBIOS	52	158	130	157	103
TUNGURAHUA	58	130	102	132	89
ZAMORA CHINCHIPE	23	58	62	48	36
Total general	2280	5671	5104	5540	3588

Fuente: SIAF

Elaboración: Dirección de Política Criminal

Recuperado: David Quilachamin

Desde agosto del 2014 hasta su culminación tenemos un total de 2280 denuncias realizadas a nivel nacional, siendo Guayas y Pichincha las provincias donde se han efectuado la mayor cantidad de denuncias formales.

En el año 2015 hubo un total de 5671 denuncias a nivel nacional y se repite la situación de Guayas y Pichincha con las cifras predominantes, teniendo más de mil denuncias hechas durante el año.

En el año 2016 la cifra bajó, empero su decrecimiento no fue considerable ya que se cerró en 5104 denuncias, situación que no mejoraría en el siguiente año, puesto que en el 2017 se llegó a un total de 5540 denuncias, situación totalmente desgarradora y perturbadora.

Por último, hasta julio de 2018 se han registrado un total de 3588 y aún se estima que dicha cifra podría llegar a igualar o inclusive superar el número de denuncias de años anteriores, las estadísticas en su totalidad nos reflejan el resultado de 22.183 denuncias hasta la actualidad.

De esta cifra tenemos que tomar en cuenta que se deben diferenciar las denuncias que pertenecen solamente a las niñas, adolescentes y mujeres, según la Fiscalía General del Estado ha presentado cifras que indican que en los desde el 2014 hasta el 2017 13.969 mujeres fueron violadas, lo que refleja un promedio de 11 violaciones por día, 17 mujeres

murieron tras una violación, 449 mujeres, niñas y adolescentes fueron violadas por hombres que pertenecían a su núcleo familiar, representantes legales, ministros de culto y profesionales de la salud.

La cifra sin duda ha crecido ya que según la investigación de María Belén Arroyo para la revista Vistazo en el 2019, evidenció que la cifra aumentó a 21.451 denuncias y la Fiscalía ha pronosticado que la estadística incrementará cada año (Arroyo, 2019).

2.2 Elementos del tipo penal violación

Una vez más nos corresponder desentrañar los elementos de un tipo penal, en este caso la deconstrucción será realizada al delito de violación para lo cual estructuraremos todos sus elementos de manera que exista una esquematización lógica que permita comprender su tipificación.

2.2.1 Bien jurídico protegido

Como se mencionó en el capítulo anterior, el bien jurídico es el valor que merece ser protegido por el derecho, en este caso el bien que será protegido será el de la libertad sexual.

La libertad sexual es el derecho que los seres humanos tienen para poder tomar decisiones libres y voluntarias relacionadas con el ámbito sexual ya que estas decisiones son un requisito indispensable para la autorrealización de la persona humana, no obstante, hay que señalar que además de proteger las decisiones de disponer de su cuerpo y de elegir el objeto de su actividad sexual, se protege también a todas aquellas personas que han elegido abstenerse de realizar cualquier actividad de índole sexual (Peña, 2013).

Este pensamiento es compartido por Gálvez y Delgado (2012), quienes mencionan que el bien jurídico protegido es “la libertad sexual, entendida como la libre autodeterminación de la persona en el ámbito sexual, esto es, la determinación de cuándo, cómo, dónde y con quién desarrolla su actividad sexual; asimismo, como facultad de repeler agresiones sexuales de otro” (p.390).

Lo descrito por estos autores se configura de manera acertada con la teoría de que la libertad sexual tiene dos vertientes, una conocida como positiva o dinámica que manifiesta que el sujeto tiene la facultad de comportarse como este desee en el escenario sexual acorde a sus deseos ya sea para consigo mismo como para compartirlo con alguien más, por otro lado

tenemos la vertiente conocida como estática o pasiva que versa todo lo contrario, es decir, mantenerse al margen de todo contacto sexual o negarse a practicarla de cualquier forma (Carmona y Cobo, 2000).

La violación sexual puede ocurrirle a cualquier persona, empero como hemos analizado previamente, existen agravantes que se aplican cuando la víctima es un menor de edad o un discapacitado, es por esta razón que en la doctrina se han desarrollado argumentos para justificar este tipo de agravantes.

La doctrina señala que la libertad sexual no resulta suficiente al momento de entender el objeto de tutela para los delitos en los que los agraviados son menores o discapacitados, quienes son incapaces tanto física como mentalmente para decidir libremente sobre su sexualidad afectando de manera directa sobre su autodeterminación como seres humanos, es justamente debido a este motivo que la doctrina contempla a la indemnidad sexual como bien jurídico a proteger cuando se trata de estas personas (Gálvez y Delgado, 2012).

Se trata pues de brindar una especial protección a quienes no pueden expresar su voluntad libre de cualquier vicio de consentimiento así como aquellos que por sus características no pueden rechazar o defenderse al momento de ser objeto de estas personas que solo buscan saciar sus necesidades carnales, el ser humano no puede ni debe ser instrumentalizado y peor si son objetos sexuales de terceros, por eso y para proteger la dignidad humana de estas personas se toma en cuenta que se protegerá la libertad y la indemnidad sexual (Gálvez y Delgado, 2012).

En lo personal considero que el bien jurídico protegido en el Ecuador es y seguirá siendo la libertad sexual, no obstante, cabe señalar que debido al análisis relacionado con los menores y discapacitados me parece que el derecho penal desempeñando una labor tuitiva cuando trata de brindar una mayor y especial protección a este grupo de personas lo cual se evidencia cuando leemos los agravantes del delito, en conclusión, es correcto mencionar que la indemnidad sexual también es el bien jurídico protegido en los casos de violación sexual a menores y discapacitados, junto con el de la libertad sexual.

2.2.2 Verbo rector

En este delito, de acuerdo a la manera en la que se encuentra redactado, se establece que el verbo que indicaría su acción sería el de introducir, esto por cuanto señala que debe

introducirse el miembro viril o introducirse objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, es decir, que el delito se configura cuando el verbo introducir se ejecute.

Ahora bien, si bien es verdad que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española nos señala nueve diferentes significados para el verbo introducir, debemos escoger el que más se alinea con el delito estudiado, es decir, el que establece que introducir es meter o hacer entrar algo en otra cosa (Real Academia Española, 2001, 22^o ed.).

Así pues, ese “algo” en el delito de violación sería el pene, dedos, órganos diferentes al viril u objetos de una persona y pues cuando menciona “en otra cosa” sería en la vagina, la boca o el ano de otra persona.

Justamente es debido al verbo rector introducir que se han desarrollado teorías con respecto a su consumación y si cabe o no tentativa en el delito de violación, en cuanto a su consumación existieron dos posiciones que tratan de justificar cuál es el momento de consumación del delito, por un lado, están los que consideran que basta el más mínimo roce o acoplamiento con las superficies antes mencionadas y por otra parte los que sostienen que debe existir el máximo de los acoplamientos entre ambas partes para que sea considerado como delito, no obstante, actualmente se ha considerado que esta última postura es incorrecta puesto que consideran que el mínimo roce ya está lesionando el bien jurídico (Gálvez y Delgado, 2012).

Marín (2014), lo tiene claro pues menciona que “se consuma con el acceso carnal, esto es, con la penetración, siendo indiferente que se alcance su perfección fisiológica o que la penetración sea completa” (p.232). Esto quiere decir que basta que exista el mínimo roce para que la conducta se encuentre catalogada como violación.

En cuanto a si cabe o no tentativa debemos resaltar que existe un debate y para evidenciarlo podríamos recurrir a lo que manifiesta Marín (2014) cuando destaca que:

Se admite tentativa, si bien en la práctica resulta dificultoso distinguir la tentativa de esta figura del abuso sexual simple, porque, objetivamente, la conducta desplegada por el sujeto activo puede ser igual (p.232).

Por lo resaltado por el autor cabe mencionar que existe una extraña manera de que la tentativa ocurra en casos de violación y esto ocurre debido a que sería muy difícil probarlo como tentativa ya que a lo mejor otro delito, como el abuso sexual, puede configurarse fácilmente y de mejor manera que una tentativa.

En Ecuador dentro del COIP existe la tentativa de un delito y según el art.39 que en resumen menciona que la tentativa es toda ejecución que por circunstancias ajenas del sujeto activo no logran consumarse y que de ser este el caso la persona que no consumó el delito será responsable por tentativa y tendrá que purgar una pena de uno a dos tercios de la pena correspondiente del delito que no logró consumarse.

Debido a esta razón habría que estudiar las circunstancias en las que ocurre esta violación sexual y para esto debemos recurrir a la teoría subjetiva de la tentativa, misma que señala que para justificar una penalidad se necesita inexorablemente que se compruebe una voluntad en contra del derecho, esto significa que a pesar de que no se logró consumar la acción típica lo ocurrido no se ha separado diametralmente de ella, tendría que comprobarse que el sujeto activo tenía la voluntad de mantener un acceso carnal con el sujeto pasivo y no solo un simple manoseo o desahogo sexual.

Es justamente esta comprobación de voluntad lo que se hace difícil desarrollar en juicio para encajar esta conducta como una tentativa de violación, puesto que si el sujeto activo se limitó a actos de naturaleza sexual pero que no logró mantener coito se calificaría como un abuso sexual y no tanto como una tentativa de violación. Tendrían que ocurrir circunstancias bastante peculiares para que proceda calificarlo como tentativa de violación.

2.2.3 Elemento objetivo

Para analizar el elemento objetivo de este delito cabe mencionar que debemos desarrollar la conducta típica del mismo, el cómo se lleva a cabo y qué circunstancias ocurren al momento de incurrir en esta conducta, de igual manera hay que señalar que el verbo rector es el que debe ejecutarse para que le dé sentido al elemento objetivo y como lo hemos descrito anteriormente se requiere que el sujeto activo ejecute la acción de introducir, ya sea de manera parcial o total.

Recordemos que el verbo rector, si bien es cierto que en la doctrina se lo considera como un cuarto elemento fundamental a la hora de desentrañar un tipo penal, hay que considerar también que tanto el verbo rector como el elemento objetivo se encuentran estrechamente vinculados ya que no puede existir el uno sin el otro y es por esta razón que existe otro sector de la doctrina que manifiesta que el verbo rector forma parte del elemento objeto o también

llamado tipo objetivo pues este se manifiesta toda vez que se describe a la acción típica del delito.

Como hemos revisado, el sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona, ya sea hombre o mujer, esto porque ambos pueden perfectamente incurrir en este delito salvo en ciertas circunstancias agravantes en las que sí se necesita ser sujeto activo calificado, sin embargo, la premisa está clara, todos pueden serlo.

De igual forma se señaló que el sujeto pasivo también puede ser cualquier persona independientemente de su sexo o edad, inclusive se ha discutido el hecho de que dentro del matrimonio también pueden existir violaciones sexuales toda vez que no existe un consentimiento para mantener relaciones sexuales, lastimosamente en estos casos se presentan dificultades a la hora de probarlo en juicio y por esto que la mayoría de veces no hay justicia para estas personas, la violación se da incluso si el sujeto pasivo se dedica a la prostitución y esto ocurre debido a que no se analiza la moralidad de las conductas del sujeto pasivo, no importan sus preferencias sexuales o si lleva una vida promiscua ya que como señalamos el bien jurídico a proteger es la libertad sexual, por ende si este resulta lesionado, hay delito.

Una vez determinado tanto el sujeto activo como el pasivo de este delito nos corresponderá analizar los múltiples supuestos en los que ocurre este delito.

Primero, si el sujeto activo resulta ser un hombre y viola a una mujer el delito se consumará cuando introduzca su miembro viril en la vagina, ano o boca de la mujer, o cuando introduzca algún objeto, dedos, lengua u otros órganos diferentes al viril dentro de la cavidad vaginal o anal, puesto que la inserción de objetos u órganos no sexuales dentro del boca no significa que todas las veces podría ser considerada como una violación propiamente dicha ya que nadie puede alegar ser violado si por ejemplo le han insertado un dedo en la boca.

Por otro lado, si un hombre viola a otro hombre el delito se configurará cuando el sujeto activo introduzca su miembro viril en el ano o boca del otro hombre o cuando introduzca algún otro órgano diferente al viril u objetos dentro de la cavidad anal.

Cuando la mujer es el sujeto activo de una violación y un hombre es sujeto pasivo el delito se consumará cuando esta introduzca objetos o partes de su cuerpo dentro de la cavidad anal

del hombre y lo mismo si ocurre con una mujer salvo que con ella la cavidad vaginal también se incluiría.

En la doctrina se ha desarrollado el tema de la violación inversa que ocurre cuando la mujer, como sujeto activo del delito, se hace introducir el pene del sujeto pasivo dentro de su boca, vagina o ano, sin que el hombre tenga la voluntad de hacerlo, inclusive también se ha determinado que un hombre también puede ser sujeto activo de esta violación inversa, a pesar de que en varias legislaciones penales internacionales se ha tipificado esta conducta en Ecuador no se ha considerado a la violación inversa como delito.

Una vez determinados los posibles escenarios que pueden ocurrir en una violación sexual ahora podremos revisar los factores que forman parte de este tipo penal.

El acceso carnal es necesario para configurar el delito y esto se da cuando existe una unión de naturaleza sexual entre dos personas, esto mediante la introducción del pene dentro del ano, vagina o boca según sea el caso, se habla solo de pene ya que es el único órgano de penetración sexual, sin embargo, como hemos mencionado previamente el cometimiento de actos análogos también será considerado como violación ya que mantiene semejanzas con el acceso carnal e inclusive se ha determinado que es más grave toda vez que estos objetos pueden causar lesiones a la víctima (Gálvez y Delgado, 2012).

Al referirnos a objetos tenemos que establecer que los mismos serán usados como sustituto del pene y que sobre todo tengan una significación sexual, por lo que no necesariamente quiere decir que estos objetos deban tener forma fálica, lo mismo ocurre con otras partes del cuerpo que puedan ser introducidas fácilmente como los dedos, la mano, la lengua, muñones, etc.

La conducta para ser cometida requiere que se produzca mediante la fuerza, violencia o amenaza es decir, se obliga a la víctima a mantener relaciones sexuales doblegando su voluntad y conciencia lo que claramente afecta a la libertad sexual, la víctima puede oponerse de manera expresa o tácita inclusive si previamente existía un coqueteo o un jugueteo sexual, si la víctima no quiere ir más allá no puede ser obligada a tener sexo, es increíble pensar que años atrás en los tribunales se exigía que la víctima antes de ser violada realice cualquier acto de defensa y que el mismo debía ser arduo y enérgico, menos mal que actualmente no se

requiere de tales ridiculeces para encajar la conducta como violación por lo que la resistencia de la víctima ha dejado de ser considerado como parte del elemento objetivo del delito.

De esta manera queda claro que deben mediar estas circunstancias para que el delito se cometa, claro que en Ecuador cabe señalar que si el sujeto pasivo es menor de catorce años siempre será considerado como violación sin importar que no se hayan cumplido las circunstancias previamente analizadas.

2.2.4 Elemento subjetivo

En los delitos sexuales no cabe otro elemento subjetivo más que el dolo y esto porque simple y sencillamente no hay delito sexual culposo, es decir, no existe violación culposa porque necesariamente el sujeto activo actúa con la intención positiva de hacerlo, tiene conocimiento y voluntad por lo que tiene la libertad para elegir realizar el tipo objetivo.

Este elemento está constituido con la intención positiva de mantener relaciones o ayuntamiento carnal de manera violenta, es de vital importancia debido a que nos permitirá establecer cuándo los actos de ejecución de la conducta se encuentran encaminados o no a un acceso carnal con la víctima aprovechándose de la situación de la misma e inclusive usando métodos agresivos para doblegar la voluntad.

Según Donna (2008) “se exige el dolo directo, ya que, sea por el abuso de situación, sea por violencia o las amenazas, es incompatible cualquier otra clase de dolo, como el indirecto o el eventual” (p.586).

Pues resulta claro en verdad ya que todos los delitos son dolosos a menos que se establezca que pueden ser culposos, empero, ahora hay que exponer un debate que se ha ido gestando en la doctrina referente a si se requiere un particular elemento subjetivo en los delitos sexuales, esto ya que se ha puesto sobre la mesa que se requiere que el sujeto activo del delito tenga un ánimo libidinoso o lúbrico y que este ánimo debe concurrir para afirmar la existencia de este delito sexual (Buompadre, 2017).

Martínez-Buján (2013) señala que:

La opinión tradicionalmente dominante en la doctrina y en la jurisprudencia españolas ha venido resolviendo casos dudosos, en los que se observa equivocidad en el comportamiento del agente, a través de la acreditación del ánimo lúbrico, lascivo o libidinoso que guiaba al sujeto activo en el momento de realizar la conducta (p.47).

Por lo que podemos concluir que esta posición surge a raíz de que existen ciertos casos en concreto en los que existen dudas para resolverlos, un ejemplo de estos es el propuesto por la doctrina española en la que un ginecólogo hace tocamientos en el cuerpo de una muchacha, para determinar si hubo o no dicho ánimo lúbrico, además se deberá analizar si esos tocamientos se realizaron de acuerdo a la *lex artis* de lo contrario estaríamos frente a un delito sexual.

Otro supuesto puede darse cuando el ginecólogo procede a realizar algún tipo de tocamiento cuando su paciente se encuentra inconsciente y lo realiza a sabiendas de que para su paciente esto significa una lesión a su libertad sexual y que de todas maneras estando consiente tampoco habría dado su consentimiento, es en estos casos a pesar de que pudo no haber existido un ánimo lúbrico se incurre en un delito sexual, eso sí, a menos que estas prácticas se justifiquen debido a que son médicamente indicadas o urgentes (Martínez-Buján, 2013).

Sin embargo, todavía persiste un gran número de penalistas que consideran que todos aquellos casos dudosos deberían resolverse con una interpretación del sentido externo de la conducta realizada por el sujeto activo y por tal motivo no habría necesidad alguna de acudir a una constatación del elemento anímico del que tanto se habla (Guardiola, 2001 y Orts, 2009).

El problema con la teoría que defiende la existencia de este tipo especial de dolo se presenta toda vez que en los casos que no exista este ánimo libidinoso en el agente o sujeto activo al realizar la conducta sexual esta situación genera atipicidad, aunque el autor del delito hubiese actuado con el dolo propio del delito.

Con este problema señalado, Buompadre, catedrático argentino, sostiene que esta tesis es insostenible porque “ninguna fórmula legal referida a los delitos sexuales en el Código penal, se exige como elemento del tipo subjetivo la presencia de un elemento subjetivo del injusto en la conducta del agente” (p.106).

Otra razón por la que se la considera insostenible es debido a que si el sistema judicial exigiese que efectivamente debe concurrir ese elemento subjetivo específico (ánimo lúbrico) para que el delito se configure, se dejaría de lado otras formas de ánimo como serían los impulsos, intención lúdica, menosprecio, venganza, ánimo jocosos, entre otras, quedarían excluidas de toda sanción a pesar de haberse hecho de manera dolosa, es decir, quedarían fuera de toda previsión penal (Polaino, 2000).

Por último, hay que añadir que al producirse una violación sexual ya se está lacerando el bien jurídico protegido del sujeto pasivo, es decir, la libertad sexual que queda totalmente soslayada independientemente de que el atacante tenga o no un ánimo lúbrico o libidinoso.

2.3 Consecuencias físicas, psicológicas y sociales que sufren las víctimas de violación

Como lo establecimos anteriormente, el delito de violación es el más grave de los delitos sexuales y no es para menos ya que ninguna persona podría recuperarse fácilmente después de un acto tan perturbador que genera consecuencias físicas, psicológicas y sociales a las víctimas.

Es necesario decir que si bien es verdad que cualquier persona, ya sea hombre o mujer, niño o niña sufrirán consecuencias similares, para este trabajo nos enfocaremos primordialmente en los efectos producidos a una persona de sexo femenino, es decir mujeres, adolescentes y niñas, no por tomar una posición patriarcal o por brindarle un tratamiento especial, sino que el estudio debe hacerse de esta manera ya que es justamente las personas de sexo femenino quienes pueden quedar embarazadas, no hay que darle más vueltas a este tema por cuanto nos interesa saber el por qué una mujer llega a considerar que terminando con su embarazo aliviará su sufrimiento.

A continuación, se expondrán las posibles consecuencias que se han tornado frecuentes a la hora de diagnosticar a las víctimas de violación.

2.3.1 Consecuencias físicas

Todo contacto violento y forzado tiene consecuencias físicas evidentes, los mismos surgen toda vez que el agresor intenta realizar cualquier tipo de maniobra para someter a su víctima quien lógicamente tratará de protegerse y sobre todo negarse a mantener un contacto sexual y menos si se intenta practicar coito.

De primera mano se pueden notar hematomas o sangrado en la víctima, no es nada extraño que la víctima al oponerse firmemente resulte con golpes o laceraciones en su rostro o partes del cuerpo, sin embargo, hematomas y sangrados también se presentarán indudablemente en el área vaginal o anal.

Además del dolor producido durante la relación sexual la víctima puede desarrollar o adquirir infecciones y hasta enfermedades de transmisión sexual como, por ejemplo, sífilis, clamidia,

condiloma acuminata, herpes genital, gonorrea, virus del papiloma humano, hepatitis B o C, SIDA, entre otras (Woods, 2003).

Dejando de lado las enfermedades de transmisión sexual tenemos consecuencias como la inflamación vaginal, científicamente conocida como vaginitis o la dispareunia lo que ocasiona que las relaciones sexuales se tornen siempre dolorosas.

Por otro lado, también se sufre de vaginismo, afección que inhibe a una mujer para que pueda mantener relaciones sexuales debido a que se la vagina sufre un espasmo muscular que provoca que cualquier tipo de penetración sea totalmente doloroso y casi imposible, esto le impide de igual forma de poder insertarse un tampón o una copa menstrual (Lahaine, Boyer, Amsel, Khalifé y Binik, 2010).

Hay que destacar que el agresor en ocasiones usa algún tipo de arma punzocortante, es debido a esto que pueden ocurrir cortes a lo largo de su cuerpo, incluyendo la zona genital de la mujer, lo que la vuelve más vulnerable a una infección, de hecho existen ocasiones en las que el victimario rasga y corta en el interior de los labios vaginales lo que provoca que existan lesiones permanentes que pueden degenerar en que la víctima sea estéril o que su líquido desaparezca ocasionándole un trastorno grave a su salud sexual.

Otras consecuencias comunes son el dolor en la zona pélvica, síndrome de intestino irritable, infección a las vías urinarias y en casos de que la víctima sea una mujer en estado de gestación la víctima tiene riesgo de aborto debido a las posibles hemorragias vaginales, así como la muerte fetal o un parto prematuro (Pardo, 2017).

Por último, pero no menos importante tenemos como consecuencia física un embarazo, puesto que en la mayoría de ocasiones el agresor no está pendiente de cuidarse o cuidar a su víctima y como resultado se potencian las probabilidades de embarazo y es justamente esta la consecuencia más importante a tratar.

Sobre si la víctima puede quedar embarazada se ha generado un debate en el que se pone en tela de duda si la mujer violada puede o no quedarse embarazada suponiendo que debido al estrés y la falta de lubricación de la misma haría difícil que se produzca un embarazo, lo lamentable es que estas dudas se germinan en la función legislativa donde supuestamente debería analizarse de mejor manera cómo científicamente pueden o no sustentar su argumento, pero sucede todo lo contrario ya que debido a falsos conceptos e ideas fuera de

lugar se han hecho declaraciones como las del congresista Juan Eguren de Perú quien en 2015 afirmaba que una mujer violada al estar con un alto nivel de estrés haría casi imposible que quedase embarazada (El comercio, 2015).

Otro caso en el que se mencionó algo parecido sucedió en Argentina, pero esta vez fue de la mano del sacerdote Carlos Musa quien declaró que una mujer violada no queda embarazada debido a que se encuentra en estado de shock (Redacción, 2018). Esta afirmación es totalmente insostenible, meramente pasional y sobre todo sin base científica alguna, afortunadamente existen justificaciones médicas y científicas que redarguyen a estas personas.

Si bien es cierto que el embarazo requiere de ciertas condiciones anatómicas para que se produzca también hay que mencionar que las mismas se dan sin mayor dificultad, por ejemplo, se necesita obviamente la unión entre un hombre y una mujer cuyos genitales externos e internos sean normales, que exista una producción normal de espermatozoides y de óvulos y que ambos tengan un balance glandular y hormonal adecuados (Huerta, 2015).

Una vez señalados las condiciones necesarias hay que mencionar que el encuentro sexual debe darse cuando la mujer se encuentra ovulando, situación que de igual manera puede darse sin ningún problema y al unirse el espermatozoide con el óvulo se produce la fecundación y el embarazo se produce independientemente que el coito se haya dado de manera consentida o no, ahora bien, con respecto al estrés no existe ningún estudio científico que compruebe que una víctima de violación no pueda quedar embarazada, estas son solo pésimas excusas que se llegan a expresar para intentar evitar que las mujeres ejerzan sus derechos reproductivos y sexuales (Huerta, 2015).

El último argumento se basaba en que una mujer al no estar lubricada no podría gestar un embarazo, situación alejada por completo de la realidad ya que si bien es verdad que la mujer al excitarse sus genitales se lubrican justamente para recibir al pene y que la penetración no genere rozamientos, pero no es menos cierto que la misma no es necesaria para que se produzca un embarazo, de hecho es el moco cervical que se necesita para que se favorezca el movimiento de los espermatozoides dentro del útero de la mujer y este se genera involuntariamente (Huerta, 2015).

Estos argumentos cobraron fuerza a raíz de un estudio realizado por el Departamento de Obstetricia y Ginecología en colaboración con el Centro Nacional de Investigación y Tratamiento de Víctimas del Delito, Departamento de Psiquiatría y Ciencias de la Conducta y de la Universidad de Carolina del sur, este estudio publicó sus resultados en el año de 1996, pero los datos obtenidos fueron muy útiles para la posteridad y además establecieron un gran precedente para que se tome en cuenta que los embarazos como consecuencia de una violación sexual pueden darse.

Dicha investigación arrojó resultados alarmantes ya que se estimó que la tasa nacional de embarazos como producto de una violación sexual es del 5% de mujeres que se encuentran en una edad reproductiva, es decir, de 12 a 45 años de edad, ese 5% equivale a 32101 embarazos anuales, de estas mujeres solo el 11.7% recibió atención médica y el 47.1% no recibió atención alguna; Otro dato fue que el 32.4% de las víctimas no se dieron cuenta que estaban embarazadas sino hasta cumplir los 6 meses de gestación; El 32.2% decidió proseguir con su embarazo y quedarse con su bebé mientras que el 50% de las mujeres optaron por practicarse un aborto, tan solo el 5.9% dieron en adopción a la recién nacido y una tasa del 11.8% tuvo un aborto espontáneo (Holmes, Resnick, Kilpatrick y Best, 1996).

Como corolario podemos manifestar que se ha demostrado que más de una mujer resulta embarazada producto de una violación y mencionar que es casi imposible que ocurra es una barbaridad completa y no es más que una aseveración retorcida y ridícula, no debería tomarse en cuenta simplemente la opinión política o religiosa del asunto, sino que se debería tomar como prioridad los estudios y los testimonios de mujeres que han sido víctimas de violación y que merecen ejercer sus derechos fundamentales en torno a su plan de vida.

2.3.2 Consecuencias psicológicas

Hemos hablado y expuesto las consecuencias físicas que se producen tras una violación y descubrimos que algunas heridas físicas en el mejor de los casos pueda que no sean permanentes y que el tejido o los moretones puedan sanarse y regenerarse, pero ¿qué hay del otro aspecto?, efectivamente el estado mental de una persona, su daño interior es el que producirá heridas y dolor que sin ayuda perdurarán para siempre.

El estudio sistemático de los efectos psicológicos de agresiones sexuales ha sido reciente, esto debido a que como analizamos anteriormente, la violencia sexual era considerada como algo trivial, lastimosamente una violación sexual involucra e integra más aspectos que el solo

mantener relaciones sexuales sin consentimiento de la víctima ya que como analizaremos en este subcapítulo existen determinadas conductas y efectos que denotan claramente un daño psicológico en la víctima que en la mayoría de los casos suele ser irreversible.

No ha sido fácil realizar estos estudios ya que al ser un fenómeno bastante degradante y cruel las víctimas han optado por silenciar su pena y dolor para evitar cualquier tipo de rechazo, al parecer lidiar con la carga de manera solitaria les ha resultado más sencillo que buscar ayuda psicológica y no es para menos ya que existe una cantidad considerable de mujeres que se echan la culpa de lo acontecido y sostienen fervientemente que ellas son las únicas responsables de tan aberrante acto (Echeburúa, Corral y Sarasua, 2007 y Feiring, Taska y Lewis, 1998).

Según varios autores tales como Vásquez, 1995; De Corral, 1997; Intevi, 1998, entre otros, se han determinado específicamente tres razones principales por la cual las mujeres han obviado pedir ayuda médica y psicológica, estas son las siguientes:

- Desconocimiento o falta de información, por lo general la mujer se siente vulnerable y desconfía del Estado, mismo que les ha fallado al momento de protegerlas, temen ir a la Fiscalía o a la policía porque creen que harán el ridículo, la ira y la vergüenza pueden acrecentar ya que revivir el momento del trauma les resulta peor.
- Miedo a posibles represalias, por lo general esto ocurre cuando la víctima conoce a su atacante y este le amenaza con lo que le puede llegar a pasar si decide hablar o delatar lo sucedido, temen constantemente por lo que les pueda pasar o lo que pueda ocurrirle a sus allegados.
- Por último, está el temor y la confusión, al estar en estado de shock las víctimas no controlan estrictamente sus acciones y suelen reprimir lo acontecido para ocultarlo y así pretender que jamás ocurrió.

Son justamente estos motivos por los cuales no se ha logrado con exactitud ayudar a quienes más lo necesitan, las mujeres no pueden desahogarse y peor aún sobrellevar las secuelas de lo que acaban de vivir, la violación sexual de la que fueron víctimas las obliga a encerrarse en su propio mundo y lidiar con su sufrimiento a solas, afectando a su salud mental, con ese obstáculo los psicólogos y los trabajadores sociales se han visto en la necesidad de recurrir a otras técnicas de investigación como entrevistas o grupos de apoyo para lograr determinar qué sucedió y cómo poder ayudarlas (Echeburúa, Corral y Sarasua, 2007).

Al tener una rutina de vida común y corriente por lo general no se toma en cuenta lo que puede variar de la misma si se produce una alteración y es justamente este desequilibrio causado por una violación sexual que genera estrés y que la víctima se siente mucho más vulnerable, lógicamente esto se potencia aún más cuando la mujer no tiene ayuda para enfrentar su realidad lo que provoca que su recuperación sea muy complicada de alcanzar (Ruch, Chandler y Harter, 1980).

Cabe señalar de igual forma que un factor que genera más dificultad a la hora de superar esta agresión es el grado de conocimiento o familiaridad que tengan la víctima y su agresor, esto ocasiona que los efectos psicológicos sean mayores debido a la carga emocional que representa puesto que se ha vulnerado esa confianza y hasta cierto cariño que la víctima tenía antes de su agresión (Dowdeswell, 1986).

Ahora bien, los efectos producidos dependerán de las características de cada mujer tales como la edad, su trasfondo emocional, apoyo social y familiar, autoestima y personalidad por lo que hay que señalar que es errónea la idea que sugiere que todas las víctimas de violación experimentan los mismos efectos ya que los mismos varían de persona a persona, incrementan, disminuyen e incluso pueden no presentarse en su totalidad pero cada una merece un tratamiento específico para ayudar a enfrentar su situación.

La premisa señalada en el anterior párrafo es cierta, sin embargo, hay que recordar que debido a varios estudios científicos se ha logrado establecer que existen ligeras pautas a seguir cuando ocurre una violación sexual a una mujer, inclusive se han determinado tres fases por las que atraviesan estas víctimas, la fase aguda, la de pseudoadaptación y la de integración y resolución mismas que se han catalogado dentro de los síntomas a corto plazo (Echeburúa, Corral y Sarasua, 2007).

En la fase aguda ocurre justamente después de que la mujer fue violada y la característica principal de esta fase es toda la desorganización del estilo de vida de la víctima, el miedo y sobre todo la ansiedad de que pueda ocurrir de nuevo se apoderan de la mujer ocasionando que no actúe de forma habitual, tiene actitudes incoherentes y confusas, no logra entender por qué le sucedió a ella (Horno, Santos y Molino, 2001).

También es común que ocurran trastornos psicossomáticos como la fatiga generalizada, alteraciones del sueño y del apetito, problemas gastrointestinales, reacciones de sobresalto al menor incidente y disfunciones sexuales (Echeburúa, Corral y Sarasua, 2007, 59).

La fase de pseudoadaptación aparece dentro de dos o tres semanas luego de que la agresión se dio y su principal característica es la supuesta superación del hecho por parte de la víctima, por lo general la mujer vuelve a su rutina habitual pero no es capaz de controlar lo que sucede con su subconsciente ya que al intentar ocultar y suprimir que fue violada su mente queda sesgada con secuelas imposibles de controlar como pesadillas, ira, sobresaltos, incomodidad a la hora de estar con un hombre a solas, rehuir del contacto con desconocidos, etc., la mujer erróneamente cree que está recuperándose cuando en la realidad no es así sino que su estado de ánimo se agrava todavía más al estar en negación (Echeburúa, Corral y Sarasua, 2007).

Para terminar con las fases tenemos a la de integración y resolución, en este momento la víctima ya no puede más con su realidad, ha tratado de enfrentarla sola sin encontrarse con resultados positivos, un cuadro de depresión y de indefensión se hacen presentes en su diario vivir que se ha tornado en su nueva rutina en la que hasta llega a temer por su vida, justamente tras sentirse derrotada busca desahogarse y buscar ayuda para enfrentar su miedo y tratar de superarlo (Echeburúa, Corral y Sarasua, 2007).

La adaptación social y sexual también se ven afectadas puesto que la mujer desconfía de su entorno y se siente insegura estando en él, no puede actuar de manera estable cuando conoce a nuevas personas, siente miedo de estar sola caminando por la calle o salir por la noche, tomar el transporte público se vuelve un martirio, en resumen el lidiar con la sociedad le resulta incómodo y frustrante sobre todo cuando la mujer era extrovertida y sociable ya que no concibe pensar que no es como solía ser.

Por otro lado, si ha logrado lidiar con su adaptación social y existe una mínima posibilidad de que quiera mantener relaciones sexuales, ya sea porque antes de la violación era activa sexualmente, quiera enfrentar su miedo manteniendo relaciones sexuales consensuales, o cualquier otra razón, la mujer experimenta disminución en la satisfacción sexual, padecen de anorgasmia y pérdida del deseo sexual, se sienten vulnerables y lo peor de todo es que esto suele agravar su situación ya que se sienten responsables y culpables de que hayan sido violadas.

La sintomatología estudiada a largo plazo ha sido determinante al momento de concluir que los síntomas descritos anteriormente se agravan constantemente, en especial la ansiedad, miedo, depresión y disfunciones sexuales, sin embargo, la esperanza no se ha perdido ya que existen terapias psicológicas que han logrado ayudar a buena parte de las mujeres víctimas de una agresión sexual de este tipo y por más duro que haya resultado ser si se cuenta con

ayuda especializada podrán enfrentarlo de mejor manera, sino es superado por lo menos sobrellevarlo para continuar con su vida.

Para consolidar la información recopilada por estos autores acudí con el Dr. Diego Arboleda en la Fiscalía Provincial de Pichincha, quien es psicólogo clínico y perito acreditado por el Consejo de la Judicatura, mi reunión con el doctor era justamente para contrastar la literatura obtenida con la experiencia de un perito experto en la materia de psicología.

El Dr. Arboleda resalta que los síntomas que percibe al momento de realizar el peritaje cognitivo-conductivo son el miedo, ansiedad, depresión, baja autoestima, inseguridad, desconfianza y angustia, esta primera sintomatología es evidente al tener el primer acercamiento con las mujeres víctimas de violación y coincide con la información encontrada en la literatura, sin embargo, él añade que las víctimas también sienten una gran falta de apoyo, tanto de sus familiares como del Estado, adicionalmente menciona que hay un ligero porcentaje de mujeres, niñas y adolescentes que tras haber sido víctimas de violación tienen ideas suicidas ya que no toleran el seguir viviendo luego de este ataque sexual, consideran que jamás podrán sentirse bien consigo mismas y peor aún tener una vida normal de nuevo.

Él destaca que en un porcentaje del 80% las mujeres víctimas de violación son mujeres menores de edad, de bajos recursos económicos y sin empleo quienes se sienten sin apoyo y además culpables de lo que les pasó, al igual que lo investigado el Dr. Arboleda menciona que no denuncian este delito por temor a represalias ya que en su mayoría suelen ser violadas por una persona que forma parte de su familia o por alguna persona cercana a su entorno familiar.

Según un estudio realizado por la Organización Mundial de la Salud en Liberia, África a cargo de la profesora Marie Clarie Omanyondo en el que se seleccionó a 1216 mujeres que habían sido víctimas de una violación sexual y de muchos resultados arrojados luego de una extensa terapia se llegó a la conclusión que como consecuencias psicológicas más reiterativas estaban el miedo (79.6%), la confusión y vergüenza (68.7%), sentimiento de humillación (63.1%), insomnio (63.7%) y sentimiento de culpa (50.7%), como se puede denotar son efectos que coinciden con los anteriormente descritos y no es para menos ya que son los principales detonantes para que una mujer no logre llevar una vida normal después de la agresión (OMS, 2005).

Hay que señalar que estos estudios realizados fueron hechos a mujeres que además de ser víctimas de violación también fueron torturadas y esclavizadas, las obligaron a mantener

relaciones sexuales incestuosas y degradantes, la situación en Liberia fue por mucho tiempo un territorio en conflicto donde los grupos disidentes tomaron control de localidades para “ganar poder” y que sus demandas sean cumplidas, lastimosamente muchas de ellas nunca se recuperaron y otras tantas murieron.

En otro artículo postado por el Estudio Jurídico Edwards Pottinger de los Estados Unidos, al momento de precisar los varios efectos psicológicos causados se enfocan principalmente en el Síndrome de Estrés Postraumático, cuya principal característica es la víctima de violación en específico reviva el evento una y otra vez es su mente lo que da como resultado que experimenten ataques de pánico, ansiedad severa, hipertensión y dificultad para vivir, lo que causa que no se pueda llevar una vida tranquila (Epadmin, 2017).

Para terminar este subcapítulo me referiré a una investigación realizada en el Perú en el año 2017 realizada por el Centro de Atención Psicosocial en el cual además de referirse a las consecuencias comunes resaltan a los denominados como indicadores de alteraciones cognitivas, esto quiere decir que las mujeres al realizar funciones cognitivas tales como el pensamiento, la memoria y la concentración, tienen problemas para ejecutarlas incluso hay deterioro en cómo lo hacen, por lo general se olvidan de hacer cosas tan básicas como apagar la estufa, de igual forma sus recuerdos se tornan difusos e inclusive se dieron resultados en los que las víctimas incluso olvidaron como leer y de cómo realizar las cuatro operaciones básicas de la aritmética, sus memorias ahora se encuentran plagadas de escenas violentas que vivieron cuando las violaron e incluso al momento de querer olvidar dicho recuerdo provoca que su afectación a otros contenidos de su memoria también se complique (Pérez, Lloret y Dianderas, 2017).

Como hemos analizado y estudiado a lo largo de este subcapítulo podemos establecer que estos efectos psicológicos pueden lacerar de peor manera a una mujer que los efectos físicos, la mayoría al no recurrir a terapia y ayuda profesional se inundan de pensamientos y sensaciones negativas que alteran su salud mental, situaciones que se agravarán o atenuarán dependiendo de su edad, condición social o personalidad pero que sin duda estará presente en cada una de ellas.

2.3.3 Consecuencias sociales

Finalmente nos corresponde determinar cuáles son las consecuencias sociales que se generan a raíz de una violación sexual, para iniciar con estos efectos nos guiaremos con la

ayuda de las respuestas obtenidas de la Lcda. Myriam Aguas, quien es perito de la Fiscalía Provincial de Pichincha, ella como trabajadora social al recibir a una niña, adolescente o mujer víctima de violación lo primero que nota es que se sienten aisladas, no quieren hablar con nadie, rehúyen al tema y no quieren colaborar al momento de realizar el peritaje, mismo que trata de dilucidar la situación antes, durante y después del evento, analizar su entorno social y determinar si la afectación podría degenerarse en secuelas negativas al momento de rehabilitarse.

Las consecuencias más comunes en su experiencia son el aislamiento social, es decir, alejarse por completo de amigos o compañeros de clase o trabajo que por lo general antes del suceso mantenía una buena relación; miedo al sexo opuesto, lógicamente la mujer, niña o adolescente al haber mantenido coito sin consentimiento con un hombre se sienten vulnerables al momento de estar con alguien del sexo opuesto pues temen que les vuelva a pasar lo mismo; bajo rendimiento estudiantil o laboral, al no poder concentrarse y mantener una actitud depresiva no logran enfocarse en las actividades que realizaban con cotidianidad lo que causa que en un futuro tengan problemas en esas instituciones.

De igual manera se presenta la hostilidad, es decir, al contrario de sentirse vulnerables están siempre a la defensiva, no se quieren mostrar como una potencial víctima de nuevo por lo que el odio es su herramienta predilecta para enfrentar cualquier situación, por último tenemos a falta de comunicación, se ha establecido que cuando se trata de agresiones sexuales las mujeres por lo general callan ya sea por temor a su atacante o el rechazo de su familia y la sociedad, prefieren vivir solas con su dolor que hablarlo con alguien, no quieren ser juzgadas.

Para exponer otras consecuencias recurriremos al mismo estudio realizado por la Organización Mundial de la Salud en la población de Liberia analizado anteriormente del cual se reportaron problemas de estigmatización de la comunidad hacia la víctima (62.8%), el segundo problema es la constante humillación pública y la vergüenza por parte de sus familiares y amigos (34.3%), adicionalmente sufren de astenia, dificultad o cansancio que se presenta a la hora de hacer actividades rutinarias que se hacía con facilidad.

Cabe exponer, que estas consecuencias pueden agravarse toda vez que la víctima es violada en reiteradas ocasiones, especialmente cuando su atacante es un familiar o alguien cercano a su hogar ya que tiene contacto con el sujeto pasivo en varias ocasiones y por tal motivo le es fácil violar a su víctima lo que provoca que exista un predictor de menor asertividad para

rechazar contactos sexuales no consentidos, es decir, a menor asertividad mayor riesgo de revictimización por parte de su agresor, inclusive se llega a normalizar tanto esta conducta que hay casos en los que la agredida siente que ha hecho algo mal si no la han violado (Livingston, Testa y VanZile-Tamsen, 2007 y Sepúlveda, 2002).

Esta estigmatización por parte de la sociedad hacia la víctima se da toda vez que la agresión sexual le ha ocurrido a una mujer, niña o adolescente en países donde su cultura consta de tabúes con respecto a la sexualidad, de igual forma sucede cuando la sociedad culpa o responsabiliza a la víctima de lo ocurrido, consideran que la víctima debió ser coqueta, que usó ropa provocativa o que simplemente lleva una vida de libertinaje y que por eso le ocurrió, hechos que no tienen nada que ver con una violación, no se puede ir juzgando a quienes viven su manera de manera distinta a la nuestra, por la forma en la que viven o su forma de tratar con los demás, el hecho es que nadie merece ser culpado por ser una víctima de violación (The Canadian Resource Centre for Victims of Crime, 2009 y Fox y Cook, 2011).

Para concluir con este subcapítulo me gustaría abordar un último tema relacionado con el problema institucional que existe actualmente y que merece estar encajado dentro de este tipo de consecuencias sociales ya que lastimosamente nuestro sistema no siempre resulta perfecto al momento de brindar una ayuda y servicio integral de apoyo a una víctima que ha sido violada, al tema que me quiero referir es la revictimización institucional.

Muchas veces ha pasado que las víctimas de una violación deciden no hablarlo con nadie más, como se lo detallo en el subcapítulo anterior las víctimas se sienten desamparadas e inseguras para confiar en alguien, pero en estos casos quiero resaltar otra razón por la cual no se acercan a la fiscalía para denunciar estos ataques, la desconfianza en la institución y en el sistema judicial, misma que resulta aumenta cuando se trata de niños, niñas y adolescentes.

En la entrevista que realicé a las peritos de trabajo social además de las consecuencias sociales me relataron situaciones que se presentan al momento de tomar un expediente y analizar el caso en concreto, esto debido a que no siempre se cuenta con una atención correcta e integral a las víctimas que acuden a la fiscalía, debido a falta de personal y excesivo número de casos no pueden con esa carga laboral lo que concluye en una atención menos personalizada y a menudo inconclusa.

La revictimización institucional se refiere a toda falta o carencia ligada a la atención recibida por parte de entes o instituciones que deberían dedicarse a la protección de la víctima, ya sea adulta o menor de edad (Dupret y Unda, 2013).

Esta carencia se ve expuesta en la dificultad de articulación y remisión entre varias instituciones a cargo del bienestar y protección de las personas agredidas, esto provoca que nadie se haga cargo o se apersona realmente de la víctima que mientras se ve en situaciones así se ve como una carga y sola, el trámite se torna engorroso y su respuesta además de la negativa viene siempre acompañada de una “falta de competencia” para aceptar el caso y lo derivan a otra institución en la espera de que alguien pueda ayudar (Dupret y Unda, 2013).

Ahora, si bien es cierto que tras una denuncia la investigación debe comenzar, es lo que en Derecho Procesal Penal se conoce como la fase pre procesal, la misma que tiene como objetivo indagar sobre la noticia del delito y llegar a encontrar todo lo relacionado al caso entre estas diligencias se encuentran las entrevistas, exámenes periciales, interrogatorios y demás pruebas que son necesarias para dilucidar qué ocurrió, sobre estas diligencias no hay problema alguno, deben realizarse para esclarecer los hechos y de ser el caso continuar con un proceso penal, sin embargo, el grave problema es que estas prácticas son realizadas muy a menudo con una falta de profesionalidad y de empatía, lo que ocasiona que la víctima se sienta como algo desechable, siente que su subjetividad pierde valor y su singularidad desaparece. (Dupret y Unda, 2013).

Lo que se desarrollará en el tercer capítulo de este trabajo es una exposición de argumentos cuyo propósito es demostrar que si bien deben realizarse diligencias necesarias para descubrir qué pasó, las mismas deben realizarse con más profesionalismo, empatía, consideración y dignidad, esto para que la víctima sienta que tiene en quien confiar y de esta manera sentirse segura, si bien el Estado le falló al no protegerla antes del delito, que la proteja de la mejor manera posible y se responsabilice para que su tratamiento le ayude a afrontar y superar lo ocurrido.

2.4 Efectos y secuelas de mujeres embarazadas como producto de una violación sexual

Estos efectos se presentan en víctimas de toda violación y hay pequeñas excepciones en que las víctimas no presentan ninguno de estos síntomas y se recuperan fácilmente, el camino es arduo y dependerá de cada mujer para superar este trauma y retomar su vida. Estos efectos

son bastante perturbadores por sí solos, ahora hay que imaginar cómo deberá sentirse una mujer, adolescente o niña que como producto de una violación han quedado embarazadas, sin duda estos síntomas y traumas se potencian aún más ya que la mayoría no puede lidiar con la idea de guardar en su vientre al fruto de un delito y de un progenitor que les resulta aberrante.

Según una investigación realizada por el diario Expreso en el año 2015, en el Ecuador se han producido aproximadamente 2.000 embarazos a niñas menores de 14 años, este dato se obtuvo gracias al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC). Estos datos son alarmantes para cualquiera que los vea y las menores se sienten desesperanzadas y en muchas ocasiones sin apoyo de sus familiares, totalmente desprotegidas ahora deben lidiar con un embarazo que no buscaron totalmente solas.

Ahora bien, si deben ya lidiar con sus cambios de personalidad, depresión, estrés y demás ahora deben estar conscientes de que pasarán por cambios corporales, hormonales y fisiológicos. Para una mujer que ha planeado, consentido y querido ser madre, no existe cosa más maravillosa que enterarse que su sueño está por cumplirse, obviamente será muy diferente la reacción por parte de una mujer, adolescente o niña que ahora se encuentra obligada a ser madre es totalmente un impacto adicional que se terminará extendiendo a lo largo de su vida que afectará inclusive a su descendencia (Pérez, Lloret y Dianderas, 2017).

Lastimosamente el embarazo genera sentimiento de estigmatización social, asco y vergüenza, simplemente no quieren llevar en su vientre al producto de una violación y la situación es todavía más difícil cuando la embarazada resulta ser una niña o una adolescente que ni siquiera tiene nociones de lo que quiere en un futuro, ahora ellas deben ser madre cuando tenían que ser solo hijas (Velázquez, 2003, y Fernández, 2010).

Al tener a una criatura en gestación la madre víctima de una violación no añora la llegada de su vástago y su deseo por ser madre le resulta agotador, llega al límite de odiarlo y rechazarlo, todo esto antes de que nazca pues le recuerda a su atacante y cómo este le genera un vínculo con él (Velázquez, 2003).

En el año 2000 se publicó un estudio realizado en la ciudad de Cali, Colombia se dirigió por la sexóloga María Ladi Londoño quien consideraba que el embarazo por violación era un fenómeno poco documentado decidió recopilar la mayor cantidad de datos y así evidenciar que la violencia contra las mujeres es un hecho que se repite constantemente en la civilización,

fue gracias a sus colaboradores que en dieciocho meses logró determinar que la maternidad obligada acarrea un sinnúmero de consecuencias que surgen al momento de tomar decisiones difíciles, ya sea si la madre decide quedarse con la criatura, la da en adopción o si interrumpe su gestación la madre será juzgada, estigmatizada y hasta sancionada (Londoño, 2000).

Se tomó como muestra a 121 mujeres que resultaron embarazadas, en su mayoría eran mujeres humildes, de las cuales el 63% decidieron abortar, el 18% decidieron conservar a su hijo/a y el 7% lo entregaron en adopción, además existe el porcentaje del 34.7% que nunca habían mantenido relaciones sexuales, hay que mencionar que a pesar de que los resultados a pesar de no haberse hecho a tantas mujeres como se quería de manera significativa logran ilustrar cómo se llegan a tomar decisiones que cambian vidas para siempre (Londoño, 2000).

Recordemos pues que un efecto de ser violada causa síndrome de estrés postraumático y este se agrava cuando se produce un embarazo a raíz de la agresión, de hecho, existen estudios que afirman que este trastorno genera alteraciones en la hormona liberadora de la corticotropina que se produce en momentos de tensión y que al invadir al útero genera efectos sumamente nocivos para el feto por otro lado al estar presentes tendencias suicidas ha existido un número significativo de mujeres que opta por concretarlo (Pérez, Lloret y Dianderas, 2017).

Con respecto a la salud física de las víctimas embarazadas existen investigaciones que demuestran que hay la posibilidad de que sean embarazos de alto riesgo y más cuando las madres son adolescentes o niñas quienes aún no han desarrollado su cuerpo por completo, además de la complicación del embarazo también se han presentado abortos espontáneos, problemas de nutrición del feto, partos prematuros e incluso suelen contagiarse alguna enfermedad de transmisión sexual lo que igual afectaría al feto (Pérez, Lloret y Dianderas, 2017).

En palabras sencillas, las lesiones físicas, mentales y sociales que sufre la víctima se reflejan en una pérdida de identidad un duro golpe ya que su plan de vida, así como el desarrollo de su personalidad se ve frustrado, tal es este impacto que muchas víctimas han decidido, como ya se mencionó, interrumpir el embarazo. Según estudio de la OMS (2010) en el Ecuador ocurren unos 125 mil abortos al año y en medidas paupérrimas y poco higiénicas, lastimosamente este es irreal ya que no se sabe la cifra exacta puesto que las mujeres prefieren no hablar al respecto (Arana, 2013).

Otras víctimas sucumben ante la presión social o familiar que les exige no mancillar su cuerpo y tener a la criatura engendrada independientemente de su salud mental y de todo trastorno que posea, inclusive hay casos en los que las víctimas hubiese preferido contraer cualquier tipo de enfermedad de transmisión sexual que concebir una criatura, es cruda esta realidad pero en la mayoría de los casos las víctimas no están en las condiciones físicas ni mentales para ser madres obligadas y peor aún para cuidar, proteger y amar al fruto de esa violación (Jarquín, 2014).

Es por todas estas estadísticas, estos efectos y tramas que en varias ocasiones se ha pedido a la Asamblea que reconsidere su posición al respecto de una despenalización del aborto en casos de violación.

El Estado permite el aborto si la víctima embarazada es discapacitada mental, pero, ¿por qué no se le permite esta acción a la víctima que posterior a la violación su salud mental quedó gravemente afectada? ¿Por qué la discriminación?

¿No sería más lógico también proteger la salud mental después de que se generó ese trauma? Estas víctimas también han sufrido un trastorno en su salud mental, sin embargo, el legislador desacertadamente ha determinado que la discapacidad debe ser anterior a la violación y no como efecto de la misma. Algo absurdo por cuanto se está dejando de lado un problema generado por una conducta que se castiga en el sistema penal ecuatoriano, además debemos recordar que discapacitado mental no se refiere a un concepto restrictivo, ya que una persona que ha sufrido graves trastornos psicológicos puede también ser considerado como discapacitado mental.

Capítulo III Despenalización del aborto en casos de violación sexual a una mujer lúcida dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano

3.1 Análisis social y jurídico de la despenalización del aborto en casos de violación sexual a una mujer lúcida

A lo largo de esta investigación se han estudiado dos conductas penadas por la normativa ecuatoriana, el aborto y la violación, no obstante, ahora nos corresponde entrar en materia con respecto al eje principal de esta disertación, la despenalización del aborto en casos de una violación sexual a una mujer que no padece una discapacidad mental, es decir, cómo incluir

esta figura dentro de las excepciones del art. 150 del COIP y que su punibilidad no persiga a mujeres que han sido víctimas de una violación.

En este capítulo final se expondrán argumentos necesarios para sostener y afianzar esta propuesta y cómo la misma resulta aplicable en el ordenamiento jurídico de nuestro país. La despenalización no es nueva en el mundo, esta se ha llevado a cabo en varias ocasiones, justamente cuando la sociedad avanza y redefine sus prioridades y estándares de acuerdo con su diario vivir, el derecho es una ciencia dinámica, su objetivo es subsanar y actuar cuando exista necesidad y dejar de hacerlo cuando no se lo requiere, la despenalización de ciertas conductas es un ejemplo de esto último.

3.1.1 Análisis social

En Ecuador tenemos algunos ejemplos de delitos que dejaron de ser considerados como tales debido a que se consideraron obsoletos y hasta inaplicables, esto porque se los encuentra irracionales o porque simplemente dejaron de ajustarse a la época actual.

La homosexualidad hace 21 años era considerada como una conducta contraria a derecho y que por lo tanto debía ser tipificada como delito dentro del Código Penal, supuestamente contemplaba y reunía todos los elementos para ser considerado como un delito, sin embargo, si lo analizamos técnicamente nos encontramos con la interrogante, ¿cuál es el bien jurídico que se pretendía proteger con la tipificación de la homosexualidad?, al parecer en el siglo pasado se tomaban muy en serio a la “moral” y a la familia como para manifestar de forma inequívoca que ser homosexual atentaba contra las buenas costumbres familiares y la moral, bienes y valores considerados como supremos e importantes de manera que atacar contra ellos siendo homosexual laceraba de manera directa a lo que tanto querían proteger.

No obstante, hay que recalcar que fue debido al acertado análisis del extinto Tribunal Constitucional que el 25 de noviembre de 1997 declaró como inconstitucional lo manifestado por el Código Penal, de ese entonces, en relación al delito de homosexualidad que lo sancionaba con pena privativa de libertad de 4 a 8 años (Benalcázar, 2017).

Como la despenalización de esta conducta existen otros ejemplos como las asonadas contra los cultos, incitación o provocación al duelo, la mendicidad, la vagancia y la instigación al suicidio, delitos que si bien es verdad intentaron proteger bienes jurídicos en su tiempo, y

bienes totalmente cuestionables, hoy en día su aplicación no tiene justificación alguna (El Universo, 2014).

Estas conductas fueron retiradas del catálogo de delitos cuando se redactó el nuevo código penal, es decir, el Código Orgánico Integral Penal y al entrar en vigencia el 10 de agosto del 2014 esas conductas anteriormente penadas por la ley dejaron de serlo, por lo que la despenalización en el Ecuador no es novedosa, se puede aplicar con los razonamientos y justificaciones adecuadas y es justamente eso lo que haremos al momento de proponer la despenalización del aborto en casos de una violación a una mujer lúcida.

Sin ir más lejos, como se estableció en los primeros párrafos, la despenalización del aborto existe actualmente en el país, es decir, a lo mejor no se la concibe como tal, empero, al establecer que el aborto no será punible bajo dos circunstancias lo que el código trata de manifestar es que el aborto no será ilegal siempre y cuando la situación ajuste sus hechos y circunstancias a las requeridas por el art.150.

Podemos entonces concluir que hay una despenalización parcial, misma que ya existía en el código penal anterior, es decir, el de 1970 que fue vigente hasta que el COIP lo reemplazó, y este señalaba las mismas excepciones que tenemos hoy en día, pero en su art.447 por lo que el legislador desde hace varios años no ha criminalizado al aborto en su totalidad.

No obstante, en Ecuador han existido momentos de oportunidad en los cuales varios movimientos feministas han impulsado campañas a lo largo y ancho del país para que el legislador tome en cuenta la posible despenalización del aborto, la lucha comenzó hace más de 20 años, pero es desde el año 2006 que el conglomerado feminista consolidó su presencia en el debate legislativo y político también.

Se comienzan a generar argumentos más fuertes por la despenalización del aborto, existió en primer lugar un proceso de defensa de la anticoncepción oral de emergencia por parte de organizaciones de mujeres y jóvenes, tiempo cumbre en el que los movimientos sociales iniciaron gestiones para la defensa de los derechos reproductivos y sexuales, se empezó de igual forma con la publicación de libros que plasmaban la realidad del Ecuador de manera explícita, el tema del aborto ya no era más un tabú.

Se evidenciaron testimonios de mujeres que habían abortado y cómo habían afrontado esa decisión, estos testimonios promulgaban un mensaje de apoyo y de comprensión a toda la

comunidad de mujeres que se habían practicado o tengan planes de practicarse un aborto, el año cerró con la formación de la Coalición por la Despenalización del Aborto y la fundación de su espacio físico denominado como “La casa de Rosa”, el objetivo era claro, visibilizar el aborto como una decisión autónoma y legítima de las mujeres (Maldonado, 2018).

En el año 2008, cuando se estaba redactando la actual Constitución, estos colectivos también se hicieron presentes, sin embargo, la respuesta por parte de la Asamblea fue que no era el “momento político” para despenalizar el aborto y que si se lo planteaba atentaría contra el proyecto político naciente (Maldonado, 2018).

Cabe señalar que no todo fue negativo, al menos algo habían ganado, hubo un mayor enfoque y reconocimiento a la salud integral de las mujeres y también la protección de sus derechos sexuales y reproductivos mismos que están señalados en el art. 66, numerales 9 y 10 de la Constitución de la República del Ecuador.

En ese mismo año se crearon servicios de información sobre aborto seguro con medicamentos impulsados por la coordinadora política juvenil, junto con estos servicios también se contó con la instalación de la línea de aborto seguro en conjunto con la colectiva “Salud Mujeres” que fue además la primera línea de información en Latinoamérica, posteriormente la necesidad de contar con un servicio virtual se hizo presente y de igual forma se creó un portal denominado “Jóvenes por la despenalización del aborto”, un espacio que permitía a todo el mundo pero en especial a mujeres a tener un acceso a información segura y verificada sobre aborto con medicamentos (Maldonado, 2018).

Del 2009 al 2010 se crearon más líneas de apoyo a nivel regional, en países como Chile, Argentina, Perú, México y Venezuela, además de la generación de un calendario conocido como “Articulación Esporádica” que permitió evidenciar los impactos de la penalización del aborto en la vida y salud de las mujeres.

Un año después, con la Estrategia Nacional Intersectorial de Planificación Familiar y Prevención del Embarazo en Adolescentes (ENIPLA), se logró llegar al sistema educativo para abordar temas relacionados a los derechos sexuales y reproductivos de manera que puedan ser entendidos y plenamente reconocidos por los adolescentes en plena edad reproductiva, no cabe duda que la educación es una herramienta adecuada para prevenir un embarazo no deseado durante esa edad, todo esta estrategia forma parte de una política pública que

permitía a los jóvenes tener información adecuada con respecto a su salud sexual (Maldonado, 2018).

Se crea también el Frente Ecuatoriano por la Defensa de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, un espacio articulador de varias organizaciones e iniciativas que proveían servicios de aborto en el país y se repotenció la propagación del número de contacto de la línea de ayuda en cada provincia, con excepción de Galápagos, para que más mujeres puedan encontrar un apoyo que antes desconocían, por último se entregó materiales con información relacionada al aborto en la mayoría de las bibliotecas del país (Maldonado, 2018).

Como corolario, podríamos mencionar que el objetivo hasta este punto era difundir todo tipo de información relacionada con la despenalización del aborto, cualquier pronunciamiento permitió a estos colectivos reunir y socavar datos relacionados con mujeres que habían decidido abortar y no se quedaron con esas cifras, sino que fueron más allá, decidieron anexar a su investigación datos y testimonios de mujeres que habían sido víctimas de delitos sexuales, de manera que se logró evidenciar claramente que en Ecuador las mujeres son violadas a diario.

Ahora bien, estos colectivos no solo se dedicaron a promover una despenalización en la ley penal, sino que también crearon iniciativas para despenalizar el aborto socialmente ya que al ser Ecuador una sociedad tradicional y conservadora no ve como algo bueno que una mujer decida abortar y para esto en el año 2013 se inició el proyecto llamado “Cuarto De Información Sobre El Aborto Seguro”, un espacio en el que ocurrían encuentros cara a cara con personas que han abortado para conocer sus historias y de esa manera involucrarse y entender cuáles fueron los motivos por los cuales decidieron abortar.

El 10 de octubre de 2013, las asambleístas Paola Pabón y Gina Godoy presentaron una moción para que se ponga a consideración de la Asamblea Nacional la despenalización del aborto en casos de violación, esto durante el segundo debate del nuevo código penal, dicha moción contó con el apoyo de 19 asambleístas incluyendo a la vicepresidenta de la Asamblea de ese entonces Rosana Alvarado en total fueron 21 asambleístas que habían apoyado la moción, sin embargo, el presidente Rafael Correa fue intolerante y catalogó de “traidores” a las personas que habían contemplado esa idea y no conforme con sugerir que se les apliquen sanciones disciplinarias, también amenazó con renunciar a su cargo como presidente si la Asamblea daba paso a esta moción (El Universo, 2013).

Es lamentable saber que el país en esos años vivió un constante entorpecimiento entre los poderes del Estado, en este caso un claro ejemplo de cómo la función ejecutiva se inmiscuyó en las funciones de la función legislativa, Correa prácticamente obligó a la asambleísta Pabón a retirar su moción y de esta manera se perdió de nueva cuenta la oportunidad para despenalizar el aborto en casos de violación, desechando toda la labor realizada por estos movimientos y colectivos, los asambleístas temieron por su trabajo y por sanciones disciplinarias y justamente por ese miedo se dejó de lado la oportunidad de haber hecho historia en el país.

A pesar de haber perdido esta oportunidad, los movimientos no desistieron en su lucha y al notar que mujeres eran sometidas a procesos judiciales por haberse practicado un aborto, se fundó SURKUNA en el 2014, una organización no gubernamental que lucha por los derechos humanos con especial atención a los derechos reproductivos y sexuales que justamente busca representar, acompañar y defender a mujeres que están siendo judicializadas por el Estado, fue sin duda una necesidad que debía ser cubierta cuanto antes ya que fue este año en el que la criminalización de mujeres por aborto tuvo un crecimiento exponencial (Vera, 2018).

Se realizó una encuesta nacional a cargo de SENDAS Ecuador en colaboración con CEDATOS que reveló que un 65% de la población nacional está de acuerdo con la despenalización del aborto en casos de violación, de esta manera se evidenció que hay aprobación por parte del conglomerado social para que el aborto bajo circunstancia de violación no sea punible y gracias a esta encuesta surge el movimiento YOSOY65, una iniciativa formada por hombre y mujeres que están en contra de un país que envía a mujeres que abortaron a prisión.

Ya en el año 2015 el expresidente Correa decidió eliminar el ENIPLA, esto por cuanto él consideraba que dicha estrategia promulgaba el aborto, situación que se alejaba por completo de la realidad y de los objetivos que ENIPLA tenía contemplado en sus metas, Correa denotó una vez más sus valores totalmente extremistas y conservadores, su discurso lleno de preceptos católicos consideraban que se debía postergar la sexualidad como solución ya que los anticonceptivos no entraban a discusión y menos eran la respuesta al incremento del índice de embarazos en la comunidad estudiantil y mediante el Decreto 491 eliminó el ENIPLA para dar paso al “Plan Familia”

ENIPLA dentro de sus campañas promovía la diversidad sexual y de género, mientras que Plan Familia solo velaba por los intereses de la familia tradicional, se sobrepuso valor personas y particulares por encima de derechos ciudadanos y según Virginia Gómez De la Torre dicho plan nunca resultó eficaz ya que los índices de embarazo adolescente siguieron aumentando y considera que haber suprimido al ENIPLA fue un retroceso en cuanto a la salud reproductiva y planificación familiar (Gómez, 2018).

Ventajosamente tras la posesión del presidente Lenín Moreno el 24 de mayo de 2017, se redactó el decreto 4 que eliminó de una vez por todas el Plan Familia de Correa, Moreno resaltó que la educación sexual debe ser parte del desarrollo de cada persona y el tratar de esconderla no es la solución, aunque tratar de eliminar la criminalización del aborto tras el discurso permanente de Correa durante una década puede resultar vertiginoso y complejo, no queda duda que hay un mejor mañana para continuar con el proceso de despenalización (Rodríguez, Laura, 2017).

Continuando con nuestra línea temporal con respecto al proceso de despenalización del aborto en causal violación, en el año 2016 se realizó la primera marcha de “Vivas nos queremos” misma que tenía el objetivo de sensibilizar a la sociedad ecuatoriana con respecto a la violencia de género y cómo esta había cobrado varias vidas y cómo había afectado de manera directa e indirecta a mujeres a lo largo y ancho del país.

De igual forma en el 2017 se realizó la marcha “Niñas, no madres” cuyo mensaje principal era exponer argumentos importantes para continuar con la lucha por el aborto por violación, esto a raíz del movimiento “DESAFÍO” que había realizado una investigación relacionada con el índice de niñas y adolescentes que habían resultado embarazadas tras haber sido violadas, también en este año se comenzó a concesionar un indulto a 184 mujeres que habían sido sentenciadas por el delito de aborto, demostrando así, que la Asamblea no considera que estas mujeres que decidieron abortar son criminales, esta iniciativa fue promovida por el expresidente de la Asamblea Nacional José Serrano quien recalcó que la criminalización por abortar tiene su naturaleza en una mirada machista e irremediabilmente denigrante para la mujer (El Telégrafo, 2017).

Por su parte el ex Defensor Público General, el Dr. Ernesto Pazmiño durante su desempeño como funcionario público presentó un proyecto de ley que incluía la reforma del artículo 150 del COIP para que se incorpore como parte de las causales para el aborto no punible a la

violación cometida a cualquier mujer sea discapacitada mental o no, la propuesta comenzó en el año 2016 y se consolidó en el 2017.

El camino nos lleva hacia el año actual en donde no se han detenido los seminarios, charlas, marchas y publicaciones que van encaminadas a no solo despenalizar el aborto por violación en la ley, sino también de su despenalización en la sociedad, la última marcha fue el 28 de septiembre en el Día por la Despenalización y Legalización del Aborto, actualmente la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional tiene tres temas centrales que se debate en torno a las reformas del COIP entre ellos la despenalización del aborto, dicha comisión prepara el borrador final del primer informe (La Hora, 2018).

3.1.2 Análisis jurídico

Una vez que ya hemos determinado cómo ha sido este proceso de lucha por la despenalización del aborto, ahora nos corresponde explicar todos y cada uno de los argumentos que servirán de sustento para asentar y consolidar la propuesta final que permitirá que la decisión sea tomada por todas aquellas mujeres, niñas y adolescentes que sufrieron violencia sexual y como consecuencia se produjo un embarazo.

Como hemos explicado en el segundo capítulo de esta disertación, el delito de violación es el delito sexual más cruel y violento que se comete en contra cualquier persona, sin embargo, son las mujeres, niñas y adolescentes quienes resultan ser el grupo más afectado, esta conducta se desprende de la violencia de género y afecta sus derechos de manera directa, derechos tales como dignidad humana, libre desarrollo de su personalidad, derecho a no ser violentadas, derecho a la integridad personal, el derecho de tomar decisiones sobre sus derechos sexuales y reproductivos, además, cabe añadir que en muchos casos también su derecho a la vida se pone en riesgo.

En definitiva, es un problema que no ha encontrado solución y que está presente en todo el mundo, en nuestro país se han revelado datos y estadísticas alarmantes que demuestran que nuestras mujeres se sienten desprotegidas y en situación de vulnerabilidad, según la Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres realizada en el 2011 por el INEC que reflejó que el 60.6% de todas las encuestadas había sufrido algún tipo de violencia de género, es decir que, 6 de cada 10 mujeres fueron violentadas (INEC, 2011).

Ahora, dentro de este estudio se reflejaron resultados correspondientes a violencia sexual que demostró que una de cada cuatro mujeres la ha sufrido lo que refleja que alrededor de 379.098 mujeres de 15 años o más manifestaron que fueron violadas sexualmente (INEC, 2011).

Hay que recordar las cifras que se señalaron en el segundo capítulo con respecto a la cantidad de denuncias que se presentaron en fiscalías a nivel nacional, estas cifras revelaron que este delito tiene una tendencia a incrementarse por cada año que transcurre, por otro lado, no podemos avanzar sin antes recordar que estas cifras no reflejan la cantidad real puesto que muchas de estas violaciones no son denunciadas, no obstante, hay que rescatar la gran valentía que reflejan las mujeres que se han cansado de estar en silencio y que han hecho que su voz se escuche, esta es la razón por la cual más y más mujeres se han acercado a denunciar estos reprochables actos, lo importante aquí es que la violencia sexual y la violación como tal es un grave problema en el Ecuador.

Human Rights Watch también ha realizado investigaciones en nuestro país relacionadas con el aborto, en el año 2013 se realizó un estudio a ocho provincias en las que se buscó entrevistar a médicos, mujeres con antecedentes de violencia de género y expertos en derechos de la mujer y las conclusiones a las que llegaron fueron claras, en Ecuador la criminalización del aborto tras una violación sexual tiene cuatro consecuencias generales, restringe la posibilidad de detectar y prevenir la violencia sexual y de género, propaga la morbilidad y la mortalidad materna, se generan obstáculos para que mujeres, niñas y adolescentes accedan a los centros de atención médica de manera oportuna y promueve la desigualdad de mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad (Human Rights Watch, 2013).

Otro dato que también resulta importante es que Human Rights Watch ha realizado seis informes sobre países latinoamericanos y caribeños en el que se analizó el impacto que han generado distintas leyes penales y políticas que restringen el aborto y con esto el ejercicio de derechos reproductivos que tienen las mujeres, además señalan que de todas las publicaciones rescataron que los marcos jurídicos que no despenalizan los abortos en casos de violencia sexual provocan un entorno en el que las mujeres ponen en riesgo sus vidas al practicarse un aborto en un establecimiento clandestino (Human Rights Watch, 2013).

La experiencia de los países desarrollados que se muestran a favor de brindar servicios para terminar un embarazo de manera legal y de acceso abierto evidencian que han reducido la

mortalidad materna en relación con el aborto y sus complicaciones (Ortiz, E., Simbaña, K., Gómez, L., Stewart, A., Scott, L. y Cevallos, G., 2017).

No hay que olvidar también que Ecuador es signatario de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), por ende, está constitucional y legalmente obligado a cumplir sus previsiones, la que más resalta para la presente disertación es la recomendación hecha por el Comité de la CEDAW (2015), párrafo 33, literal c, donde se manifiesta que se “Despenalice el aborto en casos de violación, incesto y malformaciones graves del feto, de conformidad con la recomendación general número 24 (1999) del Comité, sobre la mujer y la salud” (p.13).

Esta recomendación cobró aún más fuerza ya que dos años después el Comité de la CEDAW instó al Ecuador a que debe despenalizar el aborto en las mismas circunstancias descritas anteriormente, esto sirvió de insumo para el Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal presentado por la Defensoría Pública y que actualmente se encuentra en debate y análisis.

Revisamos ya le encuesta realizada por SENDAS y CEDATOS en la que se evidenció que el 65% de la sociedad ecuatoriana está a favor de la no criminalización del aborto cuando existió previamente una violación sexual, sin embargo, hay que resaltar que de aquella encuesta también se desprenden otros datos que requieren igual atención, el primero que indica que el 76% de las personas consideran que se revise la ley sobre aborto y se opone de igual forma que las mujeres que abortaron pierdan su libertad, otro dato es el 98% de personas que considera que la decisión de abortar no depende ni del Estado ni de la iglesia, sino que depende totalmente de la mujer para que decida libre y voluntariamente si quiere continuar o no con el embarazo producto de una violación (Defensoría Pública, 2017).

Ahora bien, en el segundo capítulo se señaló que la violación es un problema evidentemente terrible en el país ya que se determinó que existieron un total de 22.183 denuncias desde el 2014 hasta la mitad del año 2018, sin embargo, hay que resaltar que la mayoría de estas denuncias han sido presentadas por mujeres, niñas y adolescentes.

Según la Fiscalía, hasta el 2017 13.969 mujeres, niñas y adolescentes fueron violadas, lo que significa que existe un promedio de 11 violaciones al día, 17 mujeres murieron tras la agresión, a 449 mujeres las violó un familiar, curadores, ministro de culto, profesores o personal de

salud, 718 víctimas tenían menos de 10 años, 40 se contagiaron de una enfermedad mortal y 128 víctimas sufren de una lesión física y/o psicológica permanente, no dudo que hoy en día dicha cifra se incrementó (Fiscalía General del Estado, 2017 y Fundación Desafío, 2017).

La violación tipificada en el COIP menciona que siempre que el acto se perpetre sobre una persona que es menor de 14 años será considerada como violación, por lo que las 20.052 niñas que dieron a luz entre 2008 y 2018 fueron víctimas de este delito y al verse impedidas de acceder a un aborto seguro para que no afecte su plan de vida, la respuesta del sistema de salud fue que debían concebir mas no fueron derivadas al sistema de justicia, sin embargo, existe otra gran mayoría de casos que no se denuncian, la mayoría elige no dar a conocer el hecho, a otras no les creyeron y otro tanto no lo hizo porque les pidieron que no digan nada de lo ocurrido.

Esto no ha permitido que se visibilice la situación real de niñas que sufren de violencia sexual, niñas a quienes les destruyeron su infancia y proyecto de vida despojándolas de una vida digna y sin violencia, de hecho el Comité de los Derechos del Niño en su observación general N°4 de 2003 se ha pronunciado al respecto y destaca que las niñas y adolescentes que fueron víctimas de violencia y explotación sexual tienen derecho a su recuperación física y psicológica, además de su reinserción social sin discriminación y que garantice su salud, respeto de sí mismo y dignidad y exhorta a las naciones a despenalizar el aborto en casos de peligro para la vida, salud y violencia sexual de niñas y adolescentes.

Otros datos a tomar en cuenta en relación al aborto, fueron obtenidos gracias a una investigación liderada por Esteban Ortiz, en la que se realizó un estudio de diez años, entre 2004 y 2014, para demostrar que efectivamente el aborto es un problema de salud pública en el Ecuador ya que se reveló que un total de 431.614 mujeres habían abortado y que el 85% de ellas lo habían realizado en la clandestinidad o mediante autoinducción (Ortiz, 2017 y Frente Ecuatoriano de Defensa de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, la Coalición Nacional de Mujeres del Ecuador, Mujeres con Voz y la Fundación Desafío, 2018).

También se llegó a la conclusión que las mujeres que más abortan resultan ser de entre 16 a 25 años, otros factores que se reiteran son la escasa educación formal y la escases de recursos económicos, es decir, es un problema que afecta en mayor porcentaje a las mujeres más pobres ya que si tomamos en cuenta que de todas las mujeres en edad fértil, el 50.4% son pobres y que una de cada cuatro ha sido violadas, llegamos a la conclusión que este grupo

de mujeres, niñas y adolescentes se exponen a un mayor riesgo al acudir a practicarse un aborto clandestino (Ministerio de Salud Pública del Ecuador, Instituto de Investigaciones Cuantitativas para el Desarrollo Económico y Social, s.f. y Frente Ecuatoriano de Defensa de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, la Coalición Nacional de Mujeres del Ecuador, Mujeres con Voz y la Fundación Desafío, 2018).

Sin embargo, en cifras generales se ha revelado que más de 45 de cada 100 mil mujeres mueran cada año por haberse practicado un aborto en el país, hay que resaltar de nuevo que, por más aproximación que exista sobre estas cifras, se imposibilita diferenciar cuándo un aborto fue auto inducido (mediante la ingesta de medicamentos) y cuándo fue practicado en la clandestinidad (Ortiz, 2016).

Esto se debe a que ambos tipos de aborto acarrearán tres posibles consecuencias, en la primera de ellas, la mujer se practica un aborto sin complicaciones y sin acudir al médico, debido a esto no hay un registro oficial, en la segunda, la paciente aborta de manera completa o incompleta, debido a esto se complica su situación y acude al hospital para que egrese como un aborto espontáneo, médicamente justificado, u otro tipo de aborto, por ende, existe un registro y en la última consecuencia la paciente aborta pero su situación se complica, ya sea que acuda o no al médico muere y se lo cataloga como mortalidad materna y se registra, para Ortiz hay un vacío para identificar los abortos clandestinos pero reconoce que están ahí desde siempre (Ortiz, 2016).

Para determinar la cantidad de denuncias hechas por el delito de aborto en el país acudí a la Dirección de Política Criminal de la Fiscalía General del Estado, al solicitar información con respecto a la cantidad de denuncias hechas por este delito se me remitieron tres gráficos, recordemos pues que existen tres tipos penales sobre el aborto en Ecuador, al aborto con muerte, el aborto no consentido y el aborto consentido, justamente es este último tipo penal que ha criminalizado mujeres por haber tomado la decisión de practicarse un aborto.

De dicha investigación puedo resaltar lo siguiente, desde el año 2015 hasta junio de 2018 han existido 23 denuncias de aborto con muerte a nivel nacional, 243 denuncias por aborto no consentido y 246 por aborto consentido. Lo que me resulta extraño es que justamente el tipo de aborto en el que la mujer ha consentido en someterse y que además en su mayoría es practicado en la clandestinidad, donde no hay registros y supuestamente nadie quiere acusarte

tiene más denuncias que los otros tipos en los que se ha asesinado a la paciente o que aun queriendo ser madre la obligaron a abortar.

Lo que resolvió esta duda fue un informe realizado por el Frente Ecuatoriano de Defensa de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, dicho informe expresa que la confidencialidad no siempre está presente en el proceso de atención médica a las mujeres que se acercan para solicitar esta atención por un aborto en curso, diferido o incompleto son los propios médicos o personal de la casa de salud que decide denunciar a estas mujeres ignorando por completo el art. 154 del Código Orgánico de la Salud que menciona que estos abortos serán considerados como emergencias obstétricas, por lo tanto, los profesionales de la salud deben garantizar su atención inmediata y eficaz respetando la confidencialidad, el secreto profesional y los derechos que las mujeres tienen en estas emergencias médicas (Código Orgánico de la Salud, 2016).

Aunado a esta falta de confidencialidad, existen varios testimonios de mujeres a las cuales no les hicieron saber que iban a ser procesadas, que fueron esposadas a su camilla de hospital tras un aborto y que fueron abordadas por miembros de la policía para hacerles preguntas sin que ellas entiendan qué sucedía, así el derecho al debido proceso y a la defensa se ven totalmente vulnerados ya que este interrogatorio ha sido realizado sin presencia de un abogado y en un recinto no autorizado, además, cuando la paciente aún se encuentra delicada de salud (Plan V, 2015).

En lo correspondiente a disposiciones constitucionales hay que analizar el art.45 que establece la obligación estatal de reconocer y garantizar la vida desde la concepción, es justamente esta parte del articulado constitucional del que muchos opositores de la despenalización del aborto se aferran para defender su postura, ellos creen firmemente que el feto es una vida que merece protección, sobre todo porque no ha sido culpable de ningún delito y ya se lo está condenando a morir sin defensa alguna (Gaibor, 2018).

Sobre esto la Daniela Salazar considera que el mencionado artículo, no lleva consigo ningún tipo de obligación de sancionar con cárcel, ni mucho menos menciona que para garantizar esta protección se ejercerá el poder punitivo, ella está convencida que esta protección desde la concepción se puede lograr a través de políticas públicas compatibles con los demás derechos constitucionales que permitan cumplir esta disposición y sobre todo que no contravengan con otros derechos reconocidos para las mujeres (Salazar, 2018).

Cabe destacar que Daniela Salazar, desde inicios del 2019, funge ahora como Juez de la Corte Constitucional del Ecuador, cargo que le permitirá obrar de la mejor manera posible para proteger los derechos constitucionales de los ecuatorianos, incluidos los de la mujer.

De igual forma, la asambleísta Silvia Buendía afirma que no hay contradicción con el artículo 45 de la Constitución ya que con dicho artículo el aborto ya es legal y permitido en dos excepciones, además señala que debemos prestar atención al artículo 43.3 de la misma Constitución que resalta de manera expresa que el Estado debe garantizar a las mujeres embarazadas el derecho a su protección prioritaria y cuidado de su salud integral, aquí la asambleísta resalta la palabra “prioritaria” aludiendo a que la vida de la madre es prioritaria con respecto al embrión que se estaría gestando (Buendía, 2018).

Hay que recordar también que la propia Constitución también establece en su art.66, numeral 10 que determina que el Estado tiene la obligación de garantizar y reconocer el derecho de las personas a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva, decidiendo cuándo y cuántos hijos tener, de igual forma el art.46, numeral 4 ordena al Estado para que adopte medidas necesarias para asegurar a las niñas, niños y adolescentes su protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o cualquier índole, o contra cualquier negligencia que cause estas situaciones (CRE, 2008, art. 46 y Comisión Permanente de Justicia y Estructura del Estado, 2018).

En el mismo orden de ideas también quiero exponer de nuevo el art.66 de la Constitución que en su numeral 3, literales a, b y c, con respecto al derecho a la integridad personal y resaltar que esta se compone de la integridad física, psíquica, moral y sexual, además reconoce y garantiza el derecho a una vida libre de violencia de toda índole y obliga al Estado a tomar acciones necesarias para la prevención, eliminación y sanción de todo tipo de violencia, prestado especial atención a los grupos de atención prioritaria que según el art. 35 de la Constitución incluye a las mujeres embarazadas, niñas y adolescentes, lo más importante es que esta atención prioritaria se extenderá a las víctimas de violencia sexual, en todo caso el Estado deberá prestar especial protección a las personas que tienen doble vulnerabilidad, por lo que mujeres, niñas y adolescentes que resulten embarazadas tras ser víctimas de una violencia sexual reúnen y hasta pueden sobrepasar la condición de doble vulnerabilidad, este es el momento en el que el Estado debe cumplir con su obligación y brindarles esta protección

prioritaria y así evitar tratos crueles, inhumanos o degradantes (CRE, 2008, art.35 y 66 y Comisión Permanente de Justicia y Estructura del Estado, 2018).

¿Acaso el obligar a una mujer, niña o adolescente a continuar con el embarazo producto de una violación no es un trato cruel y degradante?, ellas ya han sufrido violencia y por más que el Estado ha tenido en varias ocasiones la oportunidad de ejercer acciones para protegerlas las ha desperdiciado. Con esta premisa no quiero por ningún motivo volcar mi disertación a una batalla entre el feminismo y el machismo, puesto que siempre he creído que todo extremo es peligroso, por tal motivo expreso todas estas ideas con el fin de demostrar que un equilibrio puede existir.

Finalmente debemos prestar atención al artículo 78 de la Constitución que garantiza el derecho a cualquier persona que ha sido víctima de una infracción penal a no ser revictimizada y me atrevo a decir que judicializar a una mujer por haber decidido abortar al producto de una violación simboliza todo lo contrario a lo que el Estado ha tratado de garantizar a las mujeres, niñas y adolescentes, esto ocurre toda vez que estas víctimas son cuestionadas, vulneradas y revictimizadas.

También es importante destacar que la y Comisión Permanente de Justicia y Estructura del Estado tiene razón toda vez que, en su Borrador del Informe para primer debate del Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal, opina lo siguiente con respecto al conflicto de derechos y su ponderación:

Esto es lo que ocurre cuando se analiza las disposiciones constitucionales descritas en los párrafos anteriores, por cuanto se garantiza el derecho a la vida desde la concepción, pero al mismo tiempo se garantiza el derecho a no ser revictimizado, a la integridad personal y al interés superior de niñas, niños y adolescentes, siendo necesario pensar en una legislación que cumpla los objetivos y las garantías previstas en el bloque de constitucionalidad que permita dar una respuesta clara y objetiva a los dos grupos de protección.(p.39)

Es momento de recurrir a Instrumentos Internacionales ratificados por el Ecuador, de esta manera podremos analizar y argumentar que la despenalización del aborto no es contraria a los derechos humanos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido usada también por los movimientos en contra del aborto para manifestar que el artículo 4.1 señala que se protegerá la vida por ley desde la concepción y que por tal motivo el Estado está obligado a penalizar el

aborto, cosa que no es cierta ya que ningún Instrumento Internacional de Derechos Humanos y ninguna jurisprudencia internacional se ha manifestado a favor de esta penalización.

Lo que se les olvida a estos movimientos es la lectura completa del artículo 4.1 mismo que versa lo siguiente: “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” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art.4.1).

De este articulado podemos destacar que se ha establecido las palabras “en general” antes de la frase “a partir del momento de la concepción”, lo que sugiere que dicha protección admite excepciones y una de esas excepciones puede y debería ser el aborto, si es general significa que no es en todos los casos ya que como se ha determinado a lo largo de mi formación académica ningún derecho es absoluto.

Esta interpretación sobre el art.4.1 no es incorrecta ni mucho menos hecha al azar, la misma ha sido expresada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien es por supuesto, el órgano que tiene la facultad de interpretar todo lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte en el año 2012, al resolver el caso “Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica”, realizó una interpretación del art. 4.1 y concluyó en su párrafo 263 que el objeto de esa cláusula “en general” es permitir un balance entre derechos e intereses en conflicto y por tal motivo no puede alegarse que exista una protección absoluta desconociendo otros derechos (CIDH, Serie C N°257, párrafo 263).

Como conclusión en el párrafo 264 la Corte expresa que ha realizado varios métodos de interpretación y todos ellos han generado resultados iguales, en el sentido de que un embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 y que la protección del derecho a la vida no es absoluta, sino más bien gradual e incrementa según su desarrollo, por ende, no es un deber absoluto e incondicional, implica entender las excepciones a la regla (CIDH, Serie C N°257, párrafo 264).

Esta interpretación fue nuevamente ratificada en el 2018 cuando la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó que existe compatibilidad los proyectos de despenalización del aborto con la Convención Americana, por su parte Luz Patricia Mejía, relatora de dicha

comisión había declarado en el 2011 que no puede alegarse que la legalización del aborto es contraria a la Convención ya que cuando esta señala que el derecho a la vida será protegido a partir de la concepción, se estaba aclarando que sería “en general” y aclaró que se había redactado de esa manera para que los estados parte que al momento de la sanción de la Convención ya tenían el aborto legalizado puedan formar parte (Chaher, 2011).

Como se manifestó ya, la Corte ha señalado que el embrión no es equiparable a ser persona, para ellos manifiesta que desde el proyecto de la Convención sobre Derechos Humanos y demás trabajos preparatorios se utiliza el término “persona” y “ser humano” como sinónimos y debido a que dicha expresión es utilizada en varios artículos de la Convención Americana y de la Declaración Americana no es posible sostener que un embrión pueda ser titular y ejerza derechos consagrados en estos instrumentos, añaden también que debido a que la concepción ocurre dentro del cuerpo de la mujer consideran que el objetivo directo del art.4.1 de la Convención es principalmente la mujer embarazada (CIDH, Serie C N°257, párrafo 222).

Podemos resaltar que la conclusión a la que llegó la Corte es debido a que la protección y defensa del que está por nacer se debe realizar estrictamente a través de la protección de la mujer, es debido a una interpretación histórica y sistemática de los antecedentes del Sistema Interamericano que se confirma que el embrión no puede tener el estatus de persona, lo mismo ocurre en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya que por más que se trató de incorporar la frase “desde la concepción” en los trabajos preparatorios, los Estados al final establecieron que no deben tratar al no nacido como una persona y tampoco otorgarle la misma protección que a una persona nacida.

No obstante, hay que señalar además que el Sistema Interamericano no ha sido el único que pretender sostener que el embrión no es persona, esto por cuanto en el Sistema Europeo de Derechos Humanos se ha defendido la misma postura, tenemos el ejemplo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) que en ninguna parte de su articulado ha establecido que se protegerá la vida desde la concepción, solo señala que el derecho de toda persona a la vida estará protegido por la ley, lo que supone que el que está por nacer no está incluido, de igual forma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos coincide en que el alcance de protección de la vida prenatal deba ser absoluto sobre todo cuando se debe practicar un aborto o se practique algún tratamiento médico relacionado con fecundación in vitro.

Estas decisiones han sido confirmadas en varias ocasiones, jurisprudencias tales como las de Paton vs. Reino Unido, RH vs. Noruega, Bosso vs. Italia, entre otras han demostrado que efectivamente el embrión no es persona dentro del Sistema Europeo de Derechos Humanos.

Retornando una vez más a nuestro sistema regional de Derechos Humanos debemos analizar la interpretación expuesta en el año 2018 por el Comité de Derechos Humanos sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con la protección de la vida desde la concepción.

La Recomendación General N°36 sobre el art. 6 del Pacto antes mencionado se empezó a redactar desde el 2015 junto con la colaboración de miembros del Grupo de Trabajo de Litigio Estratégico de la Red-DESC y con la guía de Social Rights Advocacy Centre (SRAC), mismos que apoyaron esta iniciativa con el envío de documentos, participaciones en debates ante las Naciones Unidas y demás acciones que fueron llevadas a cabo gracias a otras organizaciones socias que contribuyeron a la elaboración y presentación final de esta recomendación el 30 de octubre de 2018 (Red-DESC, 2018).

En el párrafo 9 de esta recomendación se destaca que a pesar de que los Estados pueden adoptar medidas predestinadas a reglamentar la interrupción del embarazo, estas medidas no pueden de ninguna forma vulnerar el derecho a la vida de la mujer embarazada o de otros derechos reconocidos en virtud del Pacto, además prohíbe cualquier trato o pena cruel, inhumana o degradante (Comité de Derechos Humanos, 2018, párr. 9).

Así mismo señala que es imperante que los Estados parte al momento de establecer restricciones que limiten la práctica de abortos no deben poner en peligro a la vida de las mujeres embarazadas o exponerlas a un dolor o sufrimiento físico o psicológicos ya que esto sería una arbitrariedad y una vulneración del art.7 del Pacto (Comité de Derechos Humanos, 2018, párr. 9).

Por último, el Comité señala que los Estados deben facilitar el acceso seguro al aborto para proteger la vida y salud de las mujeres que están embarazadas, sin embargo, también establece que este acceso también debe permitirse en situaciones que el embarazo cause a la mujer sufrimiento, resaltando como claro ejemplo los casos de violación o incesto y en casos de la malformación del feto, los Estados deben regular el embarazo y aborto de manera que

no orille a las mujeres, niñas y adolescentes a practicarse un aborto clandestino y peligroso (Comité de Derechos Humanos, 2018, párr. 9).

Esta recomendación se ajusta con el criterio expuesto por el Relator Especial sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, es decir, Juan E. Méndez quien en el 2016 manifestó que tanto los obstáculos de derecho como de hecho para lograr el acceso a una interrupción voluntaria del embarazo con causal de violación sexual afectan a la salud de las mujeres y al negar este acceso puede ser considerada como una tortura o trato cruel, inhumano y degradante, esto a la luz del derecho internacional en relación con los derechos humanos (Méndez, 2016).

Además, en sus recomendaciones señala, entre otras, que los Estados despenalicen el aborto en casos de violación, incesto y deficiencia fetal grave o mortal, y no solo eso, sino que al mismo tiempo se garantice el acceso al mismo de manera legal y segura, por lo que podemos rescatar de estas recomendaciones es que sin lugar a dudas no se pide algo inconstitucional o contrario a derecho, se recomienda que imperativamente se permita la excepción de despenalizar el aborto con causal violación por todo lo que conlleva este delito sobre la víctima, más adelante se explicará de manera técnica por medio de figuras que en derecho penal se conocen como excusas legales absolutorias o causas de justificación, adicionalmente se considerará cuál de ellas es la que mejor se adecúa al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Otro criterio que podemos evidenciar en el presente trabajo es el expuesto por el Comité de los Derechos del Niño que en al año 2017 al realizar las observaciones finales sobre los informes periódicos del Ecuador en relación con la observación general realizada en el 2003 el Comité recomienda de nueva cuenta al Ecuador que vele por la salud y el desarrollo de las niñas y adolescentes para que las mismas tengan acceso sin restricciones a servicios de salud reproductiva y sexual, además sostiene que se debe estudiar la posibilidad de despenalizar el aborto en casos de incesto o violencia sexual (Comité de los Derechos del Niño, 2017, párr. 35, lite. C).

Una vez expuestas estas recomendaciones me parece interesante estudiar la opinión del abogado y periodista Miguel Molina Díaz que muy sagazmente critica la inmadurez democrática del Ecuador, él sostiene que para hablar de la despenalización del aborto en casos de violación sexual se lo debe tomar en cuenta como un asunto de salud pública.

Para Molina el forzar a una mujer embarazada, víctima de violación, a tener al producto del delito perpetrado por su agresor significaría un incremento desproporcionado de la violencia que ya recibió, de igual forma expone cifras escalofriantes que demuestran una vez más que las mujeres, niñas y adolescentes son violadas efectivamente violadas en el país y que en muchos casos para evitar ir a la cárcel fueron forzadas a una maternidad , señala también que en esto últimos 10 años, alrededor de 20 mil niñas fueron parte de la estadística que reflejó que además de ser obligadas a ser madres siendo tan jóvenes que alrededor del 80% de estos casos se relacionan con violaciones sexuales dentro de su hogar (Molina Díaz, 2019).

Otro gran acierto que hace Molina es relacionar a esta despenalización del aborto con la preservación de la vida en su más amplio sentido ya que la tercera causa de mortalidad materna que existe en el país es el aborto inseguro y peligroso, afirma también que su criterio no prolifera una cultura de muerte, sino que más bien conserva una visión de leyes, laicismo y protección de los derechos humanos (Molina Díaz, 2019).

Por último, Molina señala que toda esta discusión sobre la despenalización o la no despenalización no debe enfrascarse en debates sobre el comienzo real de la vida, sino con los derechos que tienen las mujeres, niñas y adolescentes para decidir cuándo ser madres y que esta maternidad al ser una de las mejores experiencias sea aceptada por ellas sin que el Estado se las imponga (Molina Díaz, 2019).

Criterios así hay muchos, tenemos otro ejemplo como el del Dr. Manuel Ignacio Gómez que además de compartir con el criterio expuesto en el párrafo anterior menciona que se debe ser pragmático, alude a que lastimosamente no vivimos un mundo ideal y perfecto donde nadie deba tomar la dura de decisión de abortar ya que todos serían embarazados de relaciones consensuales, por lo que se debe afrontar la realidad y la realidad es que los abortos están ocurriendo y lo seguirán haciendo independientemente exista una legislación que lo permita o lo avale (Gómez, 2019).

Para Gómez el debate debe centrarse en si una mujer, niña o adolescente que resultó embarazada tras una violación ir a la cárcel porque decidió interrumpir su embarazo, sin lugar a dudas la respuesta para la mayoría sería que no y tengo que señalar a criterio personal que el brindar atención médica especializada, controlada y bajo normas de seguridad hará que estas mujeres, niñas y adolescentes no pongan más en riesgo su vida.

Lastimosamente debo manifestar que los grupos pro-vida malentienden el debate propuesto y sostienen fervientemente que son incapaces de mancillar una vida y no comprenden que esta despenalización del aborto con causal violación no trata ni por lejos promover prácticas abortivas u obligar a mujeres a practicarse uno, lo que promueve es que la mujer pueda decidir libre y voluntariamente si aborta o no, empero, si decide hacerlo no se verá castigada por el poder punitivo del Estado por hacerlo y además que pueda tener atención segura y confiable para su intervención médica.

La Defensoría del Pueblo también se hizo presente a mediados de diciembre de 2018, Gina Benavides a través de un comunicado exhortó a la Asamblea Nacional que incorpore y atienda lo manifestado en los artículos 66 y 11 numeral 2 de la Constitución del Ecuador y de igual forma las recomendaciones realizadas por los diversos órganos internacionales que se ha pronunciado con respecto a la despenalización del aborto por causal violación, adicionalmente toma las palabras de los comités de Naciones Unidas considerando que forzar a una mujer violada a tener un niño producto de dicho delito es una forma de tortura, trato cruel y degradante, se trata de una situación de reivindicar el derecho de la mujer para que decida mas no que se le imponga su maternidad, para ello se le brindará toda la información de manera clara y precisa para que ella considere lo mejor para su situación (Benavides, 2018).

3.1.3 Análisis Reflexivo

Retomando la cuestión del aborto como un tema de salud pública considero importante exponer las palabras del genetista ecuatoriano César Paz y Miño, quien considera que al existir un embarazo no deseado y al querer buscar una interrupción del mismo, el país no te otorga las facilidades para que ocurra y es ahí cuando se recurre a un aborto clandestino, pasa a ser un embarazo con potencial muerte para la madre, se ha dicho innumerables veces que el sistema de salud debe ser efectivo, de buen nivel y oportuno, sin embargo, al momento de orillar a una mujer a que se practique un aborto clandestino se le está negando todas esas garantías (Paz y Miño, s.f.)

El genetista también explica esta situación a través de un ejemplo real, él menciona que una niña de 13 años tiene una pelvis muy estrecha, lo que la imposibilita tener un parto normal, al tener un útero no desarrollado el embrión se gestará hasta un límite y existen altas probabilidades de que el niño, al nacer, tenga problemas de crecimiento y de desarrollo cerebral normal, esta situación se la conoce como crecimientos inter uterinos retardados, el

porcentaje es de un 18% a 20% lo que implica un problema de salud pública también (Paz y Miño, s.f.).

Una niña también carece que glándulas mamarias totalmente formadas, lo que significa que su cuerpo no es apto para dar de lactar, tanto la prolactina como los estrógenos son esenciales para que una mujer esté lista para concebir y criar a un niño y al tenerlas limitadas provoca una deficiencia que afectaría a la madre y al niño que nazca, el que la mujer produzca óvulos y sea fértil no significa que pueda ser madre a tan temprana edad.

Dejando de lado los aspectos gineco-obstetras, la mujer también necesita una formación social y psicológica para ser madre, el obligarla a una maternidad forzada no provoca que esta preparación aparezca de repente y menos si ese embarazo fue resultado de un hecho violento en contra de su libertad sexual.

También el genetista habla con respecto de las violaciones sexuales intrafamiliares, lo que se conoce como incesto y sostiene que en estas violaciones y al quedar la mujer embarazada se produce un cruce de genes que al ser de un parentesco de consanguinidad duplica la posibilidad de que se unan genes alterados y provoquen así problemas malformativos, es decir, el riesgo se aumenta en un 25%, el incremento es alarmante ya que si se considera que los altos riesgos son del 11%, de igual forma si dentro de los antecedentes familiares existe un historial de enfermedades genéticas, mismas que se traspasarán al feto (Paz y Miño,2018).

Entre mayores genes compartidos se incrementa la posibilidad de que el feto sufra de enfermedades tales como la fisura labio-palatina, luxación de cadera, pie varo, polidictalia, microtia con o sin sordera, hidrocefalia, espina bífida, hipospadias, enfermedades de la piel, cardiopatías, retardo mental, malformaciones de órganos internos, síndrome de Down, esquizofrenia, bipolaridad, tendencias suicidas, entre otras (Paz y Miño,2018).

Como vemos, la lista de enfermedades es bastante amplia y considerando que el índice de violaciones intrafamiliares es bastante alto los problemas de salud también incrementarán, no lo digo yo, lo dice la ciencia.

Como sabemos, el aborto por violación superó el primer obstáculo legislativo el 19 de diciembre de 2018, ya que la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional aprobó el informe para el primer debate del proyecto para reformar el COIP, posteriormente, el 3 de enero de 2019 para ser exactos, se discutió en el Pleno de la Asamblea, situación que movilizó a grupos

pro aborto y pro vida al exterior de la Asamblea Nacional para clamar su posición, subsecuentemente el tema tuvo su auge durante todo el mes de enero, donde todo el Ecuador se encontraba expectante para dilucidar cuál sería la decisión tras el primer debate que concluyó el 5 de febrero de 2019 (Aguilar, 2019).

Lo sorprendente es que, dentro de un Estado laico, los principales argumentos de algunos asambleístas en contra de esta despenalización son meramente religiosos, resulta un tanto pobre su fundamentación a la hora de ponerlo sobre la mesa para discutirlo a fondo y la situación no mejora con los grupos pro vida ya que, en ningún lado, ya sea por redes sociales o por espacios de opinión en la televisión han demostrado que su argumentación sea sólida.

Asambleístas como Noralma Zambrano, quien ha citado al Deuteronomio para fijar su postura han sido ejemplos de cómo la discusión se enfrasca en posturas religiosas más que en realidades palpables, otro caso es el del asambleísta indígena Pedro Curichumbi, quien erróneamente puso a Dios como argumento e incluso se atrevió a catalogar al aborto como un deporte o un pasatiempo, puesto que una reforma de tales magnitudes provocaría un disparo de casos en los que las mujeres abortarán sin control (Aguilar, 2019).

Al respecto considero que el asambleísta se equivoca al insinuar que las mujeres harán del aborto un deporte y le sugiero que se informe y lea más al respecto, es insensato defender su postura mediante argumentos insostenibles y sobre todo justificarse solo en la religión.

Lamentablemente buena parte de nuestros asambleístas se dejan llevar por situaciones totalmente personales y pierden objetividad con respecto a las funciones que deben desempeñar, han sido elegidos para representar a un pueblo, para tomar decisiones a favor de su pueblo, empero han optado por aprovechar de ese falso ideal de poder para hacer lo que según sus convicciones personales está bien ignorando por completo las necesidades de sus mandantes.

Marcela Aguiñaga ha tomado una postura totalmente imparcial al respecto y aseguró que a pesar de no estar a favor del aborto no puede trasladar al debate posturas o creencias religiosas e individuales, me parece que a pesar de todo la presidente de la Comisión de Justicia pone el ejemplo a todos los legisladores y hace valer la realidad por la que está atravesando el país, en el Pleno mencionó que el 15,6% de las muertes maternas están

relacionadas con abortos inseguros, hecho que no puede darse por sentado, definitivamente hay que actuar al respecto (Ecuador Chequea, 2019).

Otro ejemplo que ha surgido dentro del debate en el Pleno fue el de María Mercedes Cuesta, quien impactó a todo un país tras su testimonio de cómo fue víctima de violación, ella en lo personal está en contra del aborto, pero sostiene que el debate debe sobrepasar su esfera personal, declaró que tras ver cifras y escuchar el testimonio de mujeres que atravesaron lo mismo la hizo reflexionar y le abrieron los ojos para que visualice una dura y cruda realidad por la que atraviesa el país, en una entrevista para Vistazo aseguró que tras su declaración recibió muestras de apoyo y comprensión de todos lados, sin embargo, lo que ella quiere dejar en claro es que el tema “su violación” no es solo suyo es tema de millones de mujeres ecuatorianas (Cuesta, 2019).

Continuando con los argumentos a favor procedemos a exponer lo manifestado por Silvia Buendía en el programa Veraz con Carlos Vera a mediados del mes de enero de 2019, donde manifestó que el Estado que no pudo de ninguna manera precautelar y proteger la integridad física y sexual de una mujer o una niña no puede victimizarla de nuevo al enviarla a prisión por abortar y la reforma trata justamente de que eso no ocurra, que la mujer, niña o adolescente no vaya a prisión por abortar tras una violación y además señaló que el decir que en la reforma se está promocionando al aborto como un método anticonceptivo es totalmente falso y totalmente irresponsable decirlo (Buendía, 2019).

También Buendía alude que el aborto ya es “legal” en dos situaciones, cuestiona el por qué esa excepción de no punibilidad en casos de violación sexual a una mujer con discapacidad mental no puede extenderse a todas las mujeres, niñas o adolescentes que también fueron víctimas de una violación sexual, por mi parte estoy de acuerdo ya que deberían incluirse en esta excepción a todas las víctimas de violación y no solo sectorizar a las mujeres con discapacidad sexual.

Carlos Vera por su parte realizó preguntas que fueron encaminando y aclarando el tema, una de ellas fue el cómo determinar que hubo una violación sexual y así permitir que el aborto no sea punible, para esto Buendía respondió que en casos de que la víctima sea menor de 14 años ya existe una determinación estatutaria de que indica que es una violación sexual, siempre y cuando su agresor sea mayor de edad, esto porque la menor no tiene capacidad sexual de consentir legalmente, misma que el Estado otorga jurídicamente.

Por otro lado, en casos de que el delito se produzca a una mujer mayor de 14 años Buendía sostiene que para prevenir que dichas denuncias sean falsas se debe realizar una denuncia, sin embargo, también sostiene que debe realizarse un informe médico para corroborar que efectivamente la violación se produjo.

Otra pregunta fue la relacionada al posible incremento de abortos por pretender que hubo una violación de por medio, es decir, que una mujer mientras que fue violada para practicarse un aborto no punible, para esto Buendía se afianzó en que dicha cifra no ascendería drásticamente y para ellos presentó un reportaje de Uruguay en el que señala que a pesar de que en su legislación el aborto no es punible en ningún caso las cifras han decrecido (Buendía, 2019).

Analizando dicho reportaje presentado podemos destacar que, tras cinco años del aborto legal en Uruguay mediante la aplicación de la Ley de Interrupción Voluntaria del embarazo (2013), los expertos durante el XVIII Congreso Uruguayo de Ginecología y Obstetricia en Montevideo presentaron un balance que refleja resultados positivos, Uruguay es el segundo país con la menor mortalidad materna en América, solo por detrás de Canadá (El Espectador, 2018).

También se dieron a conocer los resultados de un estudio realizado por el Departamento de Economía de Ciencias Sociales de Uruguay, el embarazo no planeado disminuyó en un 8%, otras conclusiones obtenidas por Iniciativas Sanitarias, una organización uruguaya que se dedica a investigar temas de salud, sostuvo que solo el 5,6% de las mujeres que se había practicado un aborto volvió a hacerlo (El Espectador, 2018).

Me parece interesante se gestó el tema en Uruguay ya que a pesar de tener una baja mortalidad materna fue justamente durante la crisis económica del 2002 que hizo que dicha estadística se dispare y tras esa alarma Uruguay en el 2012 decidió responder y precautelar la salud y vida de sus nacionales, incorporando dentro de sus políticas públicas especial atención a la salud sexual y reproductiva y qué decir después de la promulgación de la ley del 2013 cuando efectivamente las estrategias de reducción de riesgos y daños dieron resultados, en cinco años de muerte materna, ninguna fue a raíz de un aborto (El Espectador, 2018).

Sobre la desmitificación del aborto también se redactó un reportaje por Patricia Estupiñan para Vistazo en el que se da respuesta a esa falsa estadística de que el aborto no punible provoca que el número de abortos aumente, sobre esto se hace referencia a las estadísticas obtenidas

en julio del año 2016 por la revista del Reino Unido Lancet, que publicó un estudio detallado sobre abortos inducidos y que los mismos han ido disminuyendo de manera amplia en países donde el acceso a esta práctica es libre y permitida, por otro lado esta realidad aumenta en países donde las leyes resultan ser muy restrictivas (Estupiñán, 2019).

Los datos obtenidos reflejaron que de 184 países el aborto en países desarrollados se redujo de 46 por cada mil mujeres en 1990 a 27 por cada mil en el periodo de 2010 a 2014, en la otra orilla se encuentra la realidad de países en vías de desarrollo que lamentablemente la estadística incrementó de 40 a 44 abortos por cada mil mujeres en Latinoamérica, las razones para que esto ocurra es la pobre inversión en planificación familiar, sexual y reproductiva y sobre todo en las inflexibles y restrictivas leyes penales sobre el aborto (Sedgh, Bearak, Singh, Bankole, Popinchalk y Ganatra, 2016).

Sobre esto tengo que manifestar mi preocupación ya que no es posible que coincidan las estadísticas con los países desarrollados y los que están en vías de desarrollo, entiendo que estos términos pueden resultar ofensivos para algunas personas, empero no puede ser que además de nuestra clara falta de desarrollo como país también se incluya una falta de técnica jurídica, vivimos en un mundo donde el conocimiento no cuesta nada obtenerlo por lo que deberíamos evolucionar nuestra técnica jurídica y adecuarla a las realidades actuales, no veo justificación para ser “subdesarrollados” en el Derecho.

El programa Veraz, el 19 de enero de 2019, tuvo su segundo debate en torno a la despenalización del aborto en casos de violación, en el cual destaco la participación del Dr. Ramiro García Falconí, quien menciona que el penalizar el aborto cometido por una persona que fue víctima de violación es ilegítimo desde todos los puntos de vista jurídicos, desde el ámbito de los Derechos Humanos constituye una doble victimización, desde el Derecho Constitucional implica mantener un tipo penal que solo puede ser cometido por un sujeto específico, es decir, la mujer y desde el ámbito penal sostiene que la culpabilidad penal requiere la exigibilidad de otra conducta, lo que genera dos preguntas ¿puede exigirse a una mujer, víctima de violación, el mantener a ese producto de violación? y la segunda ¿puede penalizarse y encarcelarse a una víctima de violación que decidió abortar? (García, 2019).

Otro aporte que realiza fue a manera de sugerencia para la correcta discusión y análisis del tema, García Falconí considera que deben retirar el componente sentimental y religioso que se evidentemente está presente en los grupos denominados pro vida, hay que recurrir a

argumentos más sólidos y para eso toma en consideración a la doctrina de los umbrales de protección de acuerdo a las etapas de formación de la vida humana, no se puede confundir la palabra cigoto y homologarla a persona, el objetivo es darle racionalidad al debate y brindarle la atención prioritaria que merece la víctima de violación que ha quedado embarazada, por último, ponderar si la vida del cigoto puede tener mayor valor que el la integridad y salud de la mujer aunados con su proyecto de vida (García, 2019).

Por último, se realiza una precisión ya que muchas personas creen que esta reforma al COIP involucraría que ya no se persiga al violador, sin embargo, es un error ya que la despenalización del aborto no exime de responsabilidad al perpetrador del delito sexual ya que la violación se perseguirá de manera independiente, también es necesario indicar que la despenalización del aborto en casos de violación obliga a la mujer a abortar de manera deliberada, sino todo lo contrario, lo que se busca es que esa mujer tenga la posibilidad de decidir qué hacer con su embarazo y tener amplias opciones que no afecten su plan de vida y que sin importar su decisión el Estado no la judicialice por la misma (García, 2019).

En el mismo programa también participó Wilma Andrade quien evidenció cifras obtenidas del INEC y de la Fiscalía donde se reflejaron que ciento treinta mil niñas y adolescentes tuvieron partos producto de una violación y recalcó que todos esos partos fueron complicados y generaron efectos negativos a sus progenitoras, de igual forma mencionó que trecientas ochenta y dos mujeres han sido judicializadas y condenadas a prisión, situación totalmente desgarradora que precisan soluciones a través de estas excepciones a la penalidad del aborto, es decir, una ampliación de derechos que antes estaban solo otorgados a un grupo minoritario de mujeres (Andrade, 2019).

Es cierto que las niñas y adolescentes menores de edad no van a la cárcel como tal, sin embargo, no podemos ignorar la realidad que aqueja a las niñas y adolescentes hasta los quince años que si bien no van a la cárcel son obligadas a una maternidad que nunca fue aceptada ni buscada, pues entonces perfecto que no vayan a la cárcel por su edad, empero se las orilla a buscar clínicas donde les practiquen un aborto inseguro e insalubre, caso contrario sería que el Estado brinde su protección mediante esta despenalización para que aquellas menores accedan a un servicio médico que sea controlado y regulado para brindar la mejor de las atenciones.

Para finalizar este subcapítulo me gustaría exponer una serie de entrevistas realizadas por Mariana Carbajal para su libro *El Aborto en Debate*, aportes para una discusión pendiente, mismo que se publicó en el 2009, en total son 8 increíbles y sagaces entrevistas que evidencian que nuestra tesis tiene fundamento y razón de ser.

Primero desarrollaremos la entrevista a Carmen Barroso, socióloga brasileña, quien consideró que uno de los argumentos para la despenalización del aborto es por una razón de salud pública, sostuvo que es inconcebible cómo mujeres aún siguen muriendo el siglo XXI, es totalmente inaceptable, otra razón es una cuestión de justicia social debido a que son las mujeres más pobres quienes no pueden acceder a servicios especializados y ponen en más riesgo su vida, esto porque mujeres con posibilidades económicas solo les basta tomar un avión, llegar a un país donde el aborto sí es legal y practicarse uno, la mujer pobre no tiene estas posibilidades y en tercer lugar menciona que es un derecho humano fundamental para las mujeres el tener asegurada su integridad, vida y privacidad (Barroso, 2009).

Para lograr esta despenalización Barroso considera que existen varias vías para lograrlo, sin embargo, cree que la más efectiva es la modificación de las leyes penal para que las mismas sean más flexibles y amplíen casusas de no punibilidad, situación que el Ecuador está tratando de realizar en el 2019 (Barroso, 2009).

Para la Iglesia y para los motivos religiosos Barroso argumenta que la Iglesia ha ido cambiando su posición desde que se asentó en el mundo, San Agustín o Tomás de Aquino consideraban que el ser humano empezaba a los cuarenta días de embarazo y no antes, sin embargo, actualmente los religiosos consideran que es al momento de unirse los gametos, no podemos permitir bajo ninguna circunstancia que estos argumentos basados en la religión obstruyan el camino al cambio que se pretende, la prohibición de la Iglesia no evita que los abortos se practiquen (Barroso, 2009).

En cuestión a los dogmas podríamos decir que la Iglesia es la primera que funge como promotora del aborto ya que la misma se opone a la educación sexual y reproductiva, a los anticonceptivos y al acceso a la información que hoy en día resulta necesaria para que los jóvenes no queden en la ignorancia y tengan todas las herramientas para no tener un embarazo no deseado que podría ser abortado, la educación y el conocimiento son dos útiles herramientas para prevenir que esto suceda, es hora que la Iglesia deje de intervenir en un Estado laico.

Ahora, procederemos a analizar la entrevista realizada a dos juezas argentinas de esa época, la primera se llama Aída Kemelmajer, quien es fiel creyente de la despenalización del aborto y así lo demostró en la entrevista del 2009 y en su exposición en el Plenario del Senado argentino en el 2018, Kemelmajer al igual que muchos argumenta que una mujer debería acceder a un aborto seguro sin que su salud corra peligro, la penalización no es más que cerrarle los ojos a la realidad y creer que ninguna mujer lo hará porque está prohibido, sobre los grupos pro vida, considera que los mismos están para defender intereses colectivos, empero en estos casos, son intereses totalmente personales, individuales e inherentes a cada mujer (Kemelmajer, 2009 y 2018).

Kemelmajer cree firmemente que penalizar el aborto es inconstitucional porque cuando se pretende penalizar algo, no se puede prohibir cualquier cosa, en países democráticos el Derecho Penal es el derecho de última ratio, es la respuesta del Estado frente a conductas graves que vulneran derechos, para que la criminalización sea constitucional, no puede darse en el ejercicio de otro derecho, si una mujer es obligada a tener un hijo que no quiere y en los primeros meses de embarazo se la está privando de su derecho a la autonomía, integridad y privacidad, adicionalmente se la está instrumentalizando como un objeto para la reproducción y gestación, si el Estado no puede decirle a una que es un instrumento, peor los colectivos pro vida (Kemelmajer, 2018).

Ahora, en respuesta a los derechos del que está por nacer, la jurista también tiene una respuesta adecuada, ella manifiesta que los derechos de la mujer no son absolutos, ya que tiene que haber una gradualidad con el derecho del que va a nacer, es decir, a mayor desarrollo del feto, se disminuye la autonomía de la mujer, semejante a la teoría de los umbrales de protección de la que habló García Falconí, por lo que se pretende hacer es una ponderación de derechos de acuerdo a la proporcionalidad de los mismos, determinar el núcleo duro y concluir cuál o cuáles son los que han sido más afectados.

Este criterio no solo ha sido tomado no solo por la mayoría de países democráticos y desarrollados, sino que también por la Corte europea y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La segunda juez es Hilda Kogan quien específicamente sobre la no punibilidad en casos de mujeres violadas menciona que esta no punibilidad debe involucrar a todas las mujeres, niñas y adolescentes, esto debido a que no solo las discapacitadas mentales mereces esa

protección, así mismo sigue a Zaffaroni cuando sostiene que toda violación atenta contra la salud de la mujer, por lo que en esos casos se tratará de un aborto terapéutico (Kogan, 2009).

Otro criterio recogido por estas entrevistas es el del ex Vicepresidente segundo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Víctor Abramovich, quien en el año 2009 sostuvo que la criminalización del aborto conlleva una relación directa con la mortalidad materna ya que afecta su vida, su salud y sus derechos, les pone obstáculos al momento de acceder a servicios de salud y vulnera su integridad, también mencionó que el aborto debería ser excluido del ámbito penal y en todo caso reglamentarlo de manera independiente (Abramovich, 2009).

Continuando con las entrevistas tenemos una realizada a Nelly Minyersky, ella sitúa sus argumentos en la misma línea que las juezas argentinas, sin embargo, añade un análisis hecho por el Constitucionalista argentino Germán Bidart Campos sobre el Pacto de San José con respecto al artículo 3, inciso primero, con respecto a la protección de la vida y que su protección será en general a partir del momento de la concepción, Bidart está convencido que la frase “en general” significa “no siempre” y alude a que la protección debe ser a la mujer embarazada que quiso estarlo y que el mismo se configura con su proyecto y plan de vida, si se la protege a ella se está protegiendo al ser que va a alegrar a su madre cuando nazca (Minyersky, 2009).

Como hemos evidenciado, los argumentos coinciden con los expuestos a lo largo de este subcapítulo y son criterios planteados desde el 2009, eso sin tomar en cuenta que la lucha por la despenalización viene desde muchos años atrás, muchos países lo han logrado y han prevenido la muerte de millones de mujeres, niñas y adolescentes que decidieron practicarse un aborto, los países adaptaron sus legislaciones, evolucionaron en su técnica jurídica, ¿por qué Ecuador se ha estancado?

El Consejo de la Judicatura el 21 de diciembre de 2018 a través de Karina Peralta señaló que el Ecuador avanza en la prevención de toda forma de violencia de género y que estos cambios han sido producto del trabajo interinstitucional coordinado, aludieron también que Ecuador es el primer país con un mecanismo de seguimiento de recomendaciones de la CEDAW (Consejo de la Judicatura, 2018).

Con respecto al párrafo anterior, me resulta un tanto tautológico manifestar que Ecuador es pionero en el seguimiento de las recomendaciones realizadas por la CEDAW ya que fue justamente este organismo que años atrás había ya recomendado que el Ecuador despenalice

el aborto en casos de violación, es decir, se jactan de seguir sugerencias de la CEDAW y no han podido todavía impulsar la más importante de todas, me resulta una noticia radicalmente falaz y absurda, si van a tomarse el crédito que sea porque de verdad lo cumplen y no por quedar bien ante el país.

Otro aspecto que es importante señalar es que desde el 05 de febrero de 2018 entró en vigencia la Ley para la Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, normativa que demuestra el interés de proteger a todas las mujeres ecuatorianas, siguiendo este sendero la Asamblea debería considerar esta no penalización del aborto en casos de violación sexual, ya que como sabemos dicha ley en su art. 10 una violación sexual es un tipo de violencia contra la mujer y por tal motivo merece especial protección.

3.1.4 Finalidad de la despenalización del aborto en casos de violación sexual

Como hemos descrito previamente, la violación sexual es el delito al que las mujeres más temen, esto debido a las consecuencias que se perciben fácilmente a corto, mediano y largo plazo. No solo su vida es puesta en riesgo, sino que su integridad, de toda índole, es vulnerada.

Las mujeres víctimas de violación que deciden abortar han sido judicializadas, esto por cuanto la excepción de no punibilidad no las incluye para que puedan hacerlo de manera ilegal, el legislador ha olvidado por completo que en el país menos del uno por ciento de mujeres que atraviesa su edad fértil sufre de discapacidad mental, esta situación, si bien es cierto que protege a este grupo en situación de vulnerabilidad, también discrimina y desconoce a las demás mujeres que no sufre de discapacidad mental alguna, también se deja de lado a mujeres que a pesar de ser discapacitadas, no lo son mentalmente pues se trata de mujeres que a lo mejor están en una silla de ruedas o que padecen otra discapacidad física que las pone en situación de riesgo y vulnerabilidad, para ellas tampoco la excepción es permitida.

La Defensoría Pública considera que la excepción actual que consta en el COIP no es adecuada ni suficiente ya que genera desigualdades entre las mujeres tan solo por su condición de salud por lo que el Estado ecuatoriano está obligado a generar respuestas legales e integrales que se adecúen a la realidad social actual de las mujeres, porque como se ha demostrado la violencia de género se ha potenciado en los últimos años y no se han ideado ni consolidado estrategias que las puedan proteger, lo menos que se puede hacer por ahora es la restitución de sus derechos (Defensoría Pública, 2017).

Son justamente las mujeres las que tendrán que soportar todo el embarazo y el parto, las normas prohibitivas afectan esencialmente sus derechos en desproporción con los varones, por eso el dejar de lado a las demás mujeres víctimas de violación sexual expresa la violencia estructural e institucional que las mujeres deben soportar hoy por hoy en el Ecuador (Defensoría Pública, 2017).

La Human Rights Watch también comparte el criterio expuesto por la Defensoría Pública del Ecuador, pero además considera que las leyes penales ecuatorianas sobre el aborto continúan estereotipando negativamente a las mujeres y jóvenes con discapacidad, ya que al tratar de protegerlas también sugiere que esas mujeres no son “aptas” para ser madres y por tal motivo han reunido los requisitos para practicarse un aborto legal si han sido violadas, por su parte los médicos entrevistados por Human Rights Watch mencionaron que escasamente y excepcionalmente ha practicado un aborto a una mujer con discapacidad mental, además consideran al término ambiguo ya que es difícil para ellos evaluar la legalidad del aborto en casos de mujeres con discapacidad que fueron víctimas de violación ya que no existe diagnóstico médico moderno que sea preciso a la hora de determinar si la mujer, joven o niña tiene dicha discapacidad (Human Rights Watch, 2013).

Es justamente por todos estos argumentos que se ha evidenciado que el sistema penal ecuatoriano debe dejar de criminalizar a mujeres que fueron violadas y que decidieron terminar con su embarazo, la finalidad de la despenalización es no revictimizar a una mujer por su decisión para luego enviarla a la cárcel vulnerando y atropellando todos sus derechos, que dichos abortos se practiquen de manera segura y que así se evite que más mujeres, niñas y adolescentes mueran o queden gravemente lesionadas, situación que además de protegerlas resuelve de manera integral los problemas de salud pública generados por un aborto inseguro.

3.1.5 Despenalización del aborto: Modelo combinado de plazos e indicaciones

A lo largo y ancho de este mundo se han ido manifestando y desarrollando modelos relacionados a determinar cuándo o bajo qué circunstancias debe practicarse un aborto.

Como sabemos, el aborto fue criminalizado y totalmente prohibido durante varios años, al menos hasta el ocaso del siglo XX, a raíz de varios movimientos sociales y políticos se comenzaron a gestar alrededor del mundo varias reformas a las leyes penales que tenían que ver exclusivamente con la no punibilidad del aborto bajo ciertas circunstancias legales, lo que se conoce en la doctrina como indicaciones.

Estas indicaciones son las excepciones que se han ido manifestando en la mayoría de legislaciones, se reconoció la posibilidad de que puedan surgir puntuales circunstancias en las que se debe dar preferencia a los intereses y derechos de la mujer por sobre la vida del feto, estas circunstancias variaban de país en país pero las que se presentaban generalmente eran tres: a) Para evitar un grave peligro para la vida de la mujer o su salud; b) Cuando el embarazo fue consecuencia de una violación sexual y c) Cuando se presume que el feto habrá de nacer con graves enfermedades físicas o psíquicas (Laurenzo, 2012).

Si bien pareció que el modelo de indicaciones había sido la solución para los grupos pro vida, como para los grupos “pro choice”, al pasar el tiempo se fueron evidenciando algunos defectos que tenía dicho modelo, principalmente los de inseguridad jurídica y lo que se conoció como una inconformidad de que dicho modelo había sido construido a espaldas de las mujeres.

Con respecto a la inseguridad jurídica, Patricia Laurenzo considera que a pesar de que exista el cumplimiento, tanto formal como material, de las indicaciones para practicarse un aborto no punible, de ninguna manera logra alejar de forma estable el riesgo de investigaciones policiales y judiciales por un posible aborto ilegal, esto porque se puede falsear la verdad y pretender cumplir una de estas indicaciones y así acceder a un aborto legal (Laurenzo, 2012).

El modelo de indicaciones funciona bajo el método de regla-excepción, que de cierta forma mantiene como principio el carácter delictivo del aborto voluntario durante todas las fases de gestación salvo que se den circunstancias que encajen en las excepciones legales, mismas que al estar en una ley autorizan la interrupción de un embarazo.

Resulta pues, consustancial al sistema el posible control judicial posterior a la práctica de un aborto cuando previamente se había alegado alguna indicación legal que permitió dicho aborto, es contradictorio que se limite la justificación del aborto bajo ciertos parámetros y que al mismo tiempo se les impida a los jueces comprobar si dicha indicación se produjo o no, en este caso existe una inseguridad jurídica para la mujer que a pesar de haber incurrido en una de estas excepciones posteriormente tenga que rendir cuentas y comprobar una vez más que su aborto fue practicado dentro del marco legal (Laurenzo, 2012).

Esta situación ocurre ya que existen denuncias tras haberse practicado un aborto, pues puede ocurrir que alguien no esté de acuerdo con la interrupción voluntaria de un embarazo por lo que deciden denunciar que el aborto fue ilegal y fuera del marco legal, es aquí que todo el

aparataje judicial se pone en marcha para nuevamente discutir e investigar si el aborto fue legal o no, por lo que si termina siendo catalogado como ilegal no le quedará más a la mujer que enfrentar un proceso judicial por haber cometido un delito, para buena o mala suerte en el modelo de indicaciones se les ha otorgado la posibilidad de que terceros puedan denunciar la práctica de un aborto fuera de las excepciones legales por lo que el sistema judicial penal deberá investigar y poner a prueba la veracidad o falsedad de la mujer que ahora está bajo la lupa.

Es verdad, pueda que en algunos casos la mujer haya decidido abortar sin cumplir con ninguna de las indicaciones, pero existen muchas más que si lo estuvieron e independientemente de que se determine que el aborto fue legal o no, la mujer ha sido sometida a una investigación, de nuevo ha sido víctima de un sistema que permitió que se inicie un proceso judicial que a pesar de culminar en una absolución no evita los efectos y carga negativa puestos sobre los hombros de las mujeres al investigar esta posible actividad delictiva (Laurenzo, 2012).

El segundo defecto que se ha encontrado en este modelo de indicaciones es que este modelo se ha fundamentado en que la decisión de la mujer importa poco, el papel de la mujer embarazada es de peticionaria y que la decisión final es de terceros, ya sean jueces o médicos, no obstante, hay que tomar en cuenta que este modelo fue implementado en los años setenta y ochenta de acuerdo a la realidad de esa época, así se vivió en España, en Alemania, en Portugal, entre otros países que despenalizaron el aborto en el siglo XX, pero ahora es momento de tomar ese modelo y adecuarlo a las necesidades del siglo XXI, otorgando la palabra final sobre su condición a la verdadera protagonista: la mujer.

Alemania, quien sostengo sin lugar a dudas, ha sido un verdadero ejemplo en lo que a técnica jurídica en materia penal se refiere, puesto que han adecuado sus leyes penales a la realidad de su población y en casos de aborto ellos han ido más allá de las indicaciones, han sido excedentes además de excelentes pues han incluido a sus sistema penal un modelo de asesoramiento en la decisión última de la mujer junto al establecimiento de plazos para que la mujer pueda abortar sin cuestionamiento alguno y así como Alemania han sido varios países que se han ido por esa línea (Laurenzo, 2012).

Países en vías de desarrollo aún no han visto esta posibilidad, no conocen o simplemente no han querido tomar en cuenta este nuevo modelo que permite a sus ciudadanas tomar la mejor decisión para ellas, Ecuador es parte de estos países que no han logrado despenalizar el

aborto, y no me refiero a hacerlo en una ley sino despenalizarlo en la mente de sus ciudadanos, lamentablemente el aborto sigue siendo un estigma y una acción abominable para muchos, situación que en su mayoría se debe a la implacable e imponente presencia de factores religiosos que bajo ninguna circunstancia permiten que se acabe con una vida, es por esta razón que pequeños pasos como la despenalización del aborto en casos de violación son tan necesarios para que avancemos, no solo en la técnica jurídica, sino también como sociedad, pues como reflejan las encuestas, la mayoría de ecuatorianos está a favor de que exista esta despenalización, al menos en causal violación.

Una vez explicado qué es y cómo funciona el modelo de indicaciones, quiero mencionar que fue un buen modelo que sentó un precedente y estableció bases para toda esta liberación del aborto a nivel mundial, fue una gran modalidad que pudo responder y sobretodo ser un parteaguas cuando el aborto era criminalizado, sin duda consiguió el objetivo principal que era la despenalización del aborto, sin embargo, a pesar de su efectividad, mientras se iba desarrollando se encontraron algunas falencias que debieron ser corregidas, por eso creo que adoptar un modelo combinado entre plazos e indicaciones en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es la solución más efectiva para desarrollar una despenalización del aborto cuando existió una violación sexual.

Una vez más quiero reafirmar la postura que bajo ningún término o circunstancia que el aborto no punible en casos de violación es un método anticonceptivo o de planificación familiar, se busca que una mujer no vaya a la cárcel si decidió abortar al producto de una violación, que tenga una intervención que cumpla con estándares médicos que no pongan en riesgo su vida y su salud.

Si se pretende reducir los embarazos no deseados se debe dejar como última opción a derecho penal, se debe avanzar en políticas públicas, encarar la situación con medidas serias y responsables que desarrollen los derechos sexuales y reproductivos, pues si se promueve la educación e información sexual y reproductiva; se brinda un acceso a prácticas de planificación reproductiva; se incorporan anticonceptivos de última generación; y se establezcan programas de salud sexual y reproductiva en el sistema de salud pública, el número de embarazos no deseados y de abortos se reducirá (Laurenzo, 2012).

Ahora bien, tenemos que responder la siguiente pregunta ¿cuál es el plazo máximo para que se produzca un aborto?, es decir, hasta qué semana se puede practicar un aborto.

Hemos encontrado que hay países que han establecido un plazo máximo de 24 semanas como por ejemplo el Reino Unido, otros inclusive han establecido que no existe límite como es el caso de Canadá, sin embargo, la mayoría de países como Uruguay, Alemania, España, entre otros, han fijado el plazo máximo de hasta 12 semanas y si se cumplen estrictas circunstancias este plazo podría ser modificado hasta la semana veinticuatro.

Resulta curioso, es decir, 12 semanas ¿por qué doce? ¿por qué no once o trece?, en un primer momento se me hizo confuso, sin embargo, encontré en varias fuentes de información que el plazo de doce semanas tiene varias razones de su establecimiento.

En primer lugar, tenemos la opinión de la OMS que considera que se ha fijado este plazo debido a que hasta el primer trimestre del embarazo el riesgo de sufrir alguna consecuencia grave de salud para la mujer es casi inexistente por no decir nulo, de un estudio realizado por esta organización a 100.000 mujeres se ha demostrado que la tasa de letalidad de un aborto producido hasta las doce semanas es del 0.4/100 000 casos, lo que significa que es un plazo razonable para que se tome una decisión sin que exista un riesgo significativo para la mujer embarazada (OMS, 2012).

Otra razón ha sido la de adaptar un modelo probado eficaz, es decir, adoptar los plazos que han sido aplicados en otros países que han mejorado sus marcos normativos y que sobre todo han demostrado que funciona en base a la experiencia que se ha desarrollado desde que lo aplicaron, por lo que establecer doce semanas también ha sido en base a la previa aplicación en otros países (Iglesias, 2018).

Para Mario Sebastiani, médico y obstetra argentino, las complicaciones para la mujer por aborto son bajas hasta que culmina el primer trimestre de embarazo y esa es la razón por la cual muchos países han tomado dicho plazo para plasmarlo en sus leyes, se trata de establecer una protección gradual ya que no es lo mismo decir persona que feto (Sebastiani, 2018).

Otro criterio considerado es el médico-científico y para explicarlo usaremos la tesis de Ricardo Tapia, médico, bioquímico y científico mexicano que se ha especializado en la neurociencia para sostener que el embrión de doce semanas carece de corteza cerebral y que por lo tanto no es persona (Tapia, 2009).

Antes semejante afirmación Tapia afirma que no existe nada no biológico, sobrenatural o espiritual en el genoma humano y justamente es por eso no existen fundamentos científicos para considerar que un cigoto, un blastocito o inclusive un embrión de 12 semanas tenga dignidad humana y sea una persona por lo que la idea de que la vida surge desde la concepción carece de base científica (Tapia, 2009).

Se ha demostrado fácilmente que una célula puede mantenerse viva fuera del organismo del que es parte, ejemplos de esto son la reproducción sexual mediante el coito, el trasplante de órganos, fertilización in vitro, etc., esto quiere decir que todas las células tienen el genoma humano completo y no por ello podemos afirmar que dichas células son seres humanos, las células durante su desarrollo ontogénico forman tejido, órganos, músculos, etc., pero bajo ninguna circunstancia se podría afirmar que cada uno de ellos es persona, de lo contrario al extirparse un órgano o cualquier tipo de tumor significaría que se está matando a millones de personas dentro de otras millones de personas (Tapia, 2011).

Si establecemos un ejemplo, mismo que ha sido aceptado por casi todas las legislaciones y hasta por religiones, se habla de la muerte cerebral, esto a raíz de que se puede desconectar a cualquier persona que la sufrió en virtud de que ya falleció, ahora si realizamos una analogía y trasladamos este criterio a un feto que todavía no ha desarrollado corteza cerebral, situación semejante a la persona que tuvo muerte cerebral, ergo no puede afirmarse que existe vida humana puesto que sin corteza cerebral no existe sistema nervioso central, característica que nos hace humanos (Carpizo, 2008).

Los conocimientos que ofrece la biología de la reproducción, información genética y la inviabilidad del feto hace posible que el plazo establecido de doce semanas resulte efectivo (Carpizo, 2008).

Por último, quiero hacer mención que la OMS sostiene que dentro de estas doce semanas el aborto puede realizarse con un método poco invasivo para la mujer, se trata del aborto mediante el uso del fármaco misoprostol, medicamento que no requiere dilatación uterina, se trata pues de un fármaco que produce la hiper estimulación del útero y así provoca el aborto, igualmente se ha demostrado que existe un bajo índice de mortalidad, es de fácil acceso si se presenta la receta médica, es fácil de administrar y su costo es menor.

El medicamento es administrado por vía oral o vaginal y la mujer deberá esperar media hora para que se deshaga por completo, la dosis varía de mujer a mujer y sobre todo del estado de gestación que se tenga, al administrarse el misoprostol el cuello uterino se agranda y se dilata lo que provoca el aborto, cabe aclarar que este procedimiento a pesar de ser sencillo de administrar requiere de un control adecuado, consultas posteriores y estar a cargo de un profesional especializado para que todo el procedimiento abortivo sea realizado con éxito y de manera segura (Miguel, 2018 y OMS, 2014).

Una vez expuesta la razón de las doce semanas, podemos señalar que con este plazo podemos asegurar que la mujer que ha sido víctima de una violación sexual pueda practicarse un aborto sin el temor de la inseguridad jurídica de la que hablábamos en párrafos precedentes, es decir, de los defectos del modelo de indicaciones, esto debido a que al existir una indicación que sería la violación existe además el plazo máximo para un aborto de hasta la semana 12, de esta manera se realizan todas las gestiones necesarias para que la mujer sea debidamente informada de todos los mecanismos necesarios para tomar la mejor decisión, tanto si aborta como si decide no hacerlo.

Pareciera entonces que esta modalidad combinada no afecta en nada al tradicional modelo de indicaciones, sin embargo, hay que señalar que además de la indicación como argumento para permitir un aborto legal también existe este tiempo adecuado en el cual la mujer podrá decidir libremente sobre su embarazo y sin querer queriendo también se apacigua a esos grupos pro vida ya que a la mujer se le dará todo el asesoramiento necesario para que tome su decisión, además que su salud no peligrará bajo ninguna circunstancia ya que dentro de esas doce semanas el aborto será totalmente seguro para la mujer.

Para concluir, podemos señalar que, si bien no se puede garantizar que las denuncias y las investigaciones, por haber pretendido ser violada para acceder a un aborto legal, se realicen; lo que sí se puede garantizar con el modelo combinado de indicaciones y plazos es que la vida y la salud de la mujer no se ponga en riesgo porque el índice de complicaciones durante el primer trimestre es bajísimo, al mismo tiempo se le ofrecerá todo el asesoramiento e información relacionada con la práctica de un aborto y también si decide continuar con su embarazo, es aquí donde también intervienen las opciones de ayuda del gobierno, adopción, etc., al final la última palabra será la de la mujer, considero que esta es la mejor manera de conciliar ambas posturas, tanto las pro vida como las pro choice.

3.1.6 Causa de justificación o Excusa legal absolutoria

Para dar continuidad al tema de esta disertación debemos discutir sobre una disyuntiva que se ha desarrollado en cuanto al tema del aborto permitido y el modelo de permisos que se practican, en la mayoría de países se ha debatido cual es la mejor opción en cuanto a las reglas de excepción para permitir un aborto, unos se apegan a la causa de justificación, es decir, aborto con eximente de responsabilidad y otros optan por considerarlo como excusa absolutoria o eximente de pena o castigo.

Esta relación de tratos diferenciados a los abortos realizados bajo ciertas circunstancias es de suma importancia porque si identificamos la causal violación como causa de justificación esto implicaría que el aborto no se configura como un delito para la mujer, profesionales de la salud o quien intervenga en el mismo ya se elimina la asignación de responsabilidad, por otro lado, si el permiso de aborto es como excusa absolutoria significaría que delito de aborto se configura pero el sistema judicial no sancionaría ni a la mujer que decidió abortar, ni a los partícipes que la ayudaron a abortar, es decir, serían responsables del delito pero no tendrían pena alguna (Bergallo y Gonzáles, 2012).

Como corolario podríamos manifestar que, desde un punto de vista técnico del derecho penal, una causa de justificación es una previsión legal que autoriza la consumación de un delito por lo tanto el autor de dicho delito no tendría responsabilidad alguna, mientras que la excusa absolutoria es una previsión legal para eximir de sanción penal a quien cometa una conducta delictiva (Bergallo y Gonzáles, 2012).

En cuanto a cómo considerar a la no penalización del aborto en casos de una violación sexual a una mujer lúcida podríamos encasillar esta excepción como una excusa legal absolutoria, esto en razón de que el aborto sigue siendo un delito tipificado en nuestra ley penal y además se está lesionando el bien jurídico protegido ya que se configura la acción típica y además la antijurídica, no obstante, debido a que la violación sexual a una mujer resulta ser una conducta sumamente particular es necesario que se excluya la pena a la conducta en un ámbito intermedio entre la antijuricidad y la culpabilidad en sentido estricto (Osio, 2010).

Es totalmente razonable que en nuestro ordenamiento jurídico se aplique esta no punibilidad al aborto en casos de una violación sexual y se lo considere como una excusa legal absolutoria, me parece que debido al tratamiento legislativo que se le pretende dar, este

modelo de permisos se adaptaría de mejor manera al Ecuador y sobretodo no sería contraria a la Constitución.

3.2 Procedimiento de aborto para una mujer lúcida que ha sido víctima de una violación sexual

Como hemos señalado a lo largo de esta investigación, uno de nuestras metas es contemplar a la mujer, sea adulta, niña o adolescente, como la verdadera protagonista de esta disyuntiva de pensamientos, solo ella tendrá la última decisión de qué hacer con el feto que se desarrolla en su vientre y en el caso puntual que estamos revisando, solo a ella le pertenece la decisión de abortar o no al fruto de una relación carnal no consentida.

Es por este motivo que el presente trabajo llama a la reflexión de la sociedad, se pretende proteger y hacer cumplir los derechos que tienen todas aquellas mujeres que fueron violentadas, que no fue un capricho suyo resultar embarazadas y sobre todo dejar de culparlas por lo sucedido.

Como hemos visto las mujeres seguirán abortando, independientemente si se aprueba o no esta reforma al COIP, lo menos que se puede hacer como sociedad es permitirles elegir, y más que nada no perseguirlas penalmente por su decisión, lo interesante de esta no penalización del aborto en casos de violación es un desencadenante ya que haciendo esa “pequeña” reforma se abre paso a que las clínicas y hospitales del país, ya sean públicos o privados, ofrezcan este servicio de manera adecuada y segura, con esto las mujeres, niñas y adolescentes no arriesgarán su salud y su vida en clínicas improvisadas.

El Código Orgánico Integral Penal, hoy por hoy ha discriminado a más del 90% de mujeres que no padecen de una discapacidad mental y las está obligando a ser madres tras una violación sexual, es decir, no ha considerado de ninguna manera que existe un porcentaje más alto de mujeres que no padecen de discapacidad mental y lo que es peor también ha desconocido que mujeres con discapacidades físicas también han sido desplazadas por esa excepción concedida a un pequeño grupo de mujeres.

Ahora, no estamos discutiendo ni regañando la protección y la excepción conferida a mujeres con discapacidad mental, pues ellas también son parte de las personas de atención prioritaria y al igual que las demás merecen respeto, consideración y apoyo, lo que sí se está criticando

es la manera de excluir a las demás mujeres de la excepción conferida en casos de violación ya que el legislador no ha considerado oportuno velar por los intereses del otro grupo.

Al ser necesario e imperativo que se despenalice el aborto en casos de violación a una mujer lúcida se debe implementar la práctica y ciertas diligencias que deban realizarse antes de practicarse un aborto bajo esta causal.

Uno de los mayores temores de la sociedad ecuatoriana es que se haga el mal uso de esta excepción y que se utilice esta causal para acceder a un aborto legal cuando nunca fue víctima de una violación sexual y el temor puede ser entendido de cierta manera, no obstante, hay que recalcar que no podemos generalizar que las mujeres engañarán al sistema judicial por “librarse” de un embarazo no deseado, pues como hemos descrito a lo largo de esta investigación las secuelas y las consecuencias de este delito sexual repercuten e influyen de manera negativa en una víctima por lo que me parece que las mujeres no harían mal uso de esta excepción para acceder a un aborto legal.

Por otro lado, debe existir un filtro puesto que para prevenir que existan denuncias falsas se precisa que se realicen los respectivos exámenes y análisis médico legales y psicológicos para diagnosticar a una víctima pues estos mecanismos son necesarios para comprobar la presencia de un delito anterior a la decisión de abortar y conjuntamente con el apoyo de la Fiscalía y sus peritos encontrar esta circunstancia que se encasille dentro de la excusa legal absoluta.

Entiendo que en otros países no se contempla ningún tipo de diligencias o peritajes para determinar que existió una violación, como es el caso de Argentina que claramente en su Protocolo para la Atención Integral de Víctimas de Violaciones Sexuales (2015), ha establecido que solo se necesita una declaración jurada de la mujer para acceder a un aborto y de la misma forma lo ratifica en su Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo publicado en el año 2016.

A pesar del párrafo anterior, no podemos dejar de lado que se aprueba el uso mas no el abuso de esta excepción para llevar a cabo un aborto legal, entiendo la difícil situación que rodea a las víctimas, pero es aceptable realizar estas pericias para evitar a toda costa que luego exista un tercero que no estuvo de acuerdo con la decisión de la mujer y que no se conforme solo con una declaración jurada, lastimosamente en el país, por lo general, no se les cree a las

mujeres y es desgarrador cómo por pocas mujeres que podrían mentir en estas circunstancias, el resto sea condenada a que no se les crea.

Por eso es necesario que exista una decisión judicial que avale consigo las conclusiones de los facultativos y que de esta manera se efectivice la materialización de un delito para que la víctima proceda a realizarse un aborto legal.

También hay que aclarar que esta decisión judicial de ninguna manera suplirá a la que tenga que hacer con el delito de violación, pues el proceso de investigación y de juicio continuará de forma paralela con el objetivo de atribuir responsabilidad y pena al infractor en una sentencia motivada, la decisión del juez con respecto a la víctima de violación cumple con la formalidad de que efectivamente se le permita a la mujer violada a realizarse un aborto legal ya que se encuentra dentro del marco de la excepción del COIP y la misma solo será hecha para dar continuidad con lo previamente concluido por los facultativos y las pericias realizadas.

En primer lugar, se debe realizar la respectiva denuncia ante la Fiscalía, pues esto hará que el sistema judicial se active y que el Estado tenga conocimiento que una mujer ha sido víctima de un delito de violación, además que se le explicará a la mujer de la pena que podría tener en caso de que la denuncia fuese maliciosa o temeraria.

Como es obvio la mujer puede hacer esta denuncia a pocos minutos de ser violada o cuando efectivamente conozca que resultó embarazada producto de esa violación además de estar dentro de las doce semanas de gestación, de esta manera se ubicaría dentro de la excepción planteada luego de la reforma a la ley penal.

Actualmente en la Fiscalía se está proveyendo de la pastilla de emergencia a víctimas de una violación que han presentado su denuncia durante las primeras 72 horas después del ataque, pues esta píldora tiene eficacia durante ese rango de tiempo, así la mujer accede a este anticonceptivo de emergencia y no correrá el riesgo de quedar embarazada, sin embargo, si no lo hace inmediatamente puede esperar a saber que está embarazada pues esta denuncia es para alertar al Estado que la mujer fue una posible víctima de un delito.

Continuando con el procedimiento, la mujer deberá hacerse una prueba de embarazo dentro de un laboratorio aprobado para que de esta manera tenga una certificación médica que compruebe que efectivamente está en estado de gestación.

Posterior a la prueba de embarazo la mujer será asistida por un médico legal que se encargará de realizar un chequeo físico de la víctima, con el fin de determinar huellas, arañños, golpes, lesiones, heridas, desgarros vaginales, laceraciones en su aparato reproductor y cualquier otro vestigio que se encontrare y que demuestre que hubo una violación.

En casos en los que la violación haya sido reciente se puede realizar un frotis vaginal para establecer a qué persona corresponde el material genético encontrado en el esperma que ha dejado el atacante dentro de la víctima.

Ahora bien, debemos considerar que, de acuerdo a la experiencia de la Fiscalía, muchas mujeres, niñas o adolescentes no acuden a realizar la denuncia formal de este hecho y prefieren dejar pasar el tiempo, justamente por este paso del tiempo muchas de las pruebas físicas pueden disiparse, lo que hace difícil la tarea del médico legal para encontrar los vestigios descritos anteriormente.

Sin embargo, existen consecuencias que no se borran tan fácil y estas son las secuelas psicológicas que dejan estos ataques sexuales y es aquí cuando la intervención de un peritaje psicológico adquiere mayor relevancia dentro de este procedimiento, ya que pueda que las evidencias físicas se hayan ido sin dejar rastro, pero las evidencias psicológicas aún se encuentran en la mente de la víctima.

Todos estos elementos de convicción deberán ser recogidos en un límite de tiempo no mayor a 96 horas posteriores a la denuncia ya que todos estos elementos serán usados por el Fiscal para que solicite inmediatamente fecha y hora a un Juez de Garantías Penales para que se lleve a cabo la Audiencia Única que tendrá como único fin de que mediante orden judicial se designe que se practique un aborto en un aborto seguro y legal en una clínica que cumpla con los estándares de salubridad e higiene, la audiencia solo es una formalidad y la decisión del juez se realiza solo para ratificar lo concluido por Fiscalía y los peritos que han reconocido que la mujer fue víctima de violación y por lo tanto se encuadra dentro de las excepciones para la no punibilidad del aborto.

Por último, es importante señalar que los profesionales encargados de reunir estas evidencias a través de los peritajes deben estar totalmente capacitados y brindar un trato amable, considerado, respetuoso y cuidadoso, esto en razón de que resulta imperativo y necesario que la mujer no sienta que es revictimizada por la Fiscalía y no se sienta insegura y desconfiada.

A lo mejor existe opiniones que indican que someter a una mujer a esta serie de exámenes igualmente revictimiza a la mujer, sin embargo, es necesario realizarlas, tanto para un tratamiento temprano de rehabilitación, ya sea física o mental, o también para el diagnóstico de una posible enfermedad sexual transmitida a la mujer por su agresor, es decir, se interviene de la mejor manera posible y siempre precautelando los derechos de la mujer para que en todo caso no exista una revictimización ya que se está cumpliendo con un protocolo que no solo beneficiará al sistema judicial sino que también beneficiará a la mujer, quien es prioridad en estos casos.

3.2.1 Valoración médica

Como es de costumbre se debe contar con el consentimiento de la víctima para poder realizar esta valoración médica, misma que deberá ser con la mayor consideración y gentileza posible, los médicos legales deben ser cuidadosos y sobre todo jamás tratar a la víctima como la culpable del delito, deben ser respetuosos y tratarlas con humanidad, de esta manera la víctima podrá confiar en ellos y en el sistema penal.

Una vez que se ha obtenido el conocimiento pleno por parte de la víctima directamente o a través de sus representantes legales y si no los tiene por medio de un curador, tutor o mediante orden judicial cuando la víctima fuere menor de edad.

La decisión de la mujer por examinar será tomada muy en serio en estos exámenes por lo que se requiere que ella elija si el facultativo que realizará dichas prácticas será hombre o mujer, también si desea contar con la presencia de alguien de su confianza al momento de iniciar la exploración, todo en virtud de que ella se sienta cómoda, segura y apoyada en todo momento (Kvitko, 1998).

Adicionalmente se contará con la ayuda de una enfermera o enfermero, eso lo decidirá igualmente la mujer, para que el médico también cuente con la colaboración de una persona instruida en estas prácticas, esta medida también fungiría para evitar cualquier tipo de malentendidos durante estos exámenes y desvirtúa cualquier situación engorrosa ulterior (Kvitko, 1998).

Estos estudios consisten en exámenes ginecológicos, anorrectales, colposcópicos, fotocolposcópico, toma de muestras, etc., sin embargo, también se puede iniciar con el análisis de la ropa de la víctima para encontrar algunos vestigios como rasgaduras o manchas de ADN

que no corresponden a la víctima, en fin, vestigios que se encontrarán claramente si la violación fue perpetrada hace poco, caso contrario no se realizará este análisis, tan importante resulta este análisis que existe vasta literatura escrita por especialistas como Vargas Alvarado, Almeida Junio, Costa Júnior, Keith Simpson, entre otros, quienes afirman que es de gran utilidad hacer estos estudios previos (Kvitko, 1998).

Pasando ahora a la exploración física se podrá observar la actitud de la mujer al momento de ser examinada, sus hábitos, su talla, desarrollo muscular, etc., todo con el fin de buscar elementos indiciarios de posibilidad de resistencia, además se inspeccionarán signos macroscópicos de violaciones externas para esto los médicos han distribuido al cuerpo de la mujer en tres zonas: a) Zona genital, que incluye los genitales externos, periné y área anorrectal; b) Zona paragenital que comprende la zona abdominal infraumbilical, monte de Venus, raíz de los muslos y zona de los glúteos; y c) la Zona extragenital que incluye el resto de las regiones topográficas tales como la cabeza, mamas, piernas y brazos (Kvitko, 1998).

La mayoría de médicos considera que el examen debe iniciarse en la zona extragenital para luego pasar a la paragenital y concluir en la zona vaginal, se hace de esta manera para evitar cualquier tipo de incomodidad a la mujer, además el médico en un inicio no debe obligar a la mujer a estar completamente desnuda ya que se debe considerar que la víctima ya ha sido vulnerada y que no desea que nadie más la toque, por lo que el médico debe demostrarle que pueden confiar en él para que el examen sea realizado con efectividad y en el menor tiempo posible (Kvitko, 1998).

Luis Alber Kvitko (1998) realiza la siguiente reflexión:

Es de buen criterio no tener a la examinada, en ningún momento, completamente desnuda. Inicialmente, se debe examinar el hemicuerpo superior; luego, una vez cubierto, se hará lo propio con el hemicuerpo inferior; y finalmente, el estudio anorrectal estando la persona en posición ginecológica, para realizar el examen ginecológico y, a posteriori, en posición de plegaria mahometana. (p.40)

Según Bonnet (1980) las lesiones encontradas en un delito de violación son las siguientes:

Extragenitales: a) Contusiones del cuero cabelludo; b) Hematomas del rostro (bucales, peribucales, etc.); c) Hematomas del cuello; d) Excoriaciones ungueales en rostro, cuello, tórax y mamas; e) Contusiones por mordeduras en el rostro, labios, mamas o pezones; f) Hematomas en el nivel de la pared abdominal, muslos, rodillas o piernas; g) Signos de estrangulamiento manual o con lazo; y h) Signos de compresión toracoabdominal. (p.40)

Paragenitales: a) Contusiones o desgarros perineales; b) Contusiones o desgarros vesicales; c) Hematomas pubianos; d) Hematomas de la cara interna de los muslos; y e) Nosotros agregamos

lesiones diversas en las zonas glúteas (hematomas, excoriaciones, mordeduras, quemaduras, etc.) (...). (p.41)

Genitales: a) Contusiones o desgarros de la vulva, horquilla y fosa navicular; b) Desgarros del himen; c) Contusiones o desgarros de la vagina; d) Contusiones o desgarros de los fondos d saco uterovaginales; e) Contusiones o desgarros anales; y f) Nosotros agregamos equimosis himeneales. (p.41)

No obstante, hay que señalar que pueda que existan otras lesiones tales como lesiones provocadas por cortes de un objeto filoso, señales de quemaduras ya sean por fuego o por corriente eléctrica, punciones de algún tipo de agujas o inyecciones u otro tipo de lesiones relacionadas con uso de fuerza sobre la víctima, además que toda muestra de fluido o rastro de ADN deberá ser enviada al laboratorio para su respectivo análisis.

Los demás exámenes para identificar vestigios serán aplicados mediante el uso de técnicas tales como el uso del colposcopio, una especie de telescopio utilizado para observar con vista aumentada cualquier tipo de lesión en el cuello uterino de la víctima y así determinar a detalle cualquier lesión que no pudo ser distinguida por el ojo humano, también se empleará la luz de Wood con el objetivo de dilucidar un diagnóstico diferencial entre escotadura y laceración himeneal, esta luz es una ración ultravioleta a través de un filtro de óxido de níquel que permite la observación en la oscuridad de manera nítida y clara la zona vaginal (Kvitko, 1998).

En todo caso para la elaboración de su informe médico legal, el facultativo deberá apuntar los siguientes datos con respecto a cada lesión encontrada: a) determinación precisa de la región donde fue encontrada la lesión; b) tipo de lesión encontrada; c) dimensión de la lesión; d) Estado evolutivo de la lesión; e) Mecanismo de producción; f) Tiempo de curación de la lesión provocada; y g) Existencia o no de incapacidad (Kvitko, 1998).

El facultativo deberá además dejar de lado lesiones comunes cuando la mujer sea sexualmente activa y que por tales motivos sus lesiones son mínimas a comparación de las realizadas con violencia.

Como se mencionó previamente, estos exámenes deben realizar con sumo cuidado y consideración, puesto que la mujer fue víctima de un delito y por lo tanto se encuentra sensible, se recomienda que los médicos legales sean capacitados de la mejor forma posible para que brinden el máximo de los cuidados a las víctimas y permitan esclarecer los hechos lo más pronto posible.

3.2.2 La importancia de la valoración psicológica

La experiencia de otros países se torna vital al momento de realizar estas diligencias y peritajes médicos y psicológicos a las víctimas de una posible violación y si bien los exámenes médicos son una útil herramienta para coadyuvar a que se llegue a un diagnóstico acertado, no es menos cierto que necesita de otro examen para consolidar la decisión tomada puesto que resulta comprensible que en la sexología actual se encuentren personas que tengan lesiones, pero la existencia de las mismas no debe ser entendida como sinónimo de violación y la ausencia de lesiones tampoco descarta la existencia de un delito, es debido a esta disyuntiva que se justifica la presencia y aplicación de una valoración psicológica.

Ya mencionamos en el capítulo anterior que una violación que produce un embarazo no deseado afecta significativamente a una mujer y además la obliga a cumplir una función biológica que no ha sido planificada, buscada o decidida con conciencia y libertad, por lo que este cambio súbito del plan de vida provoca que la mujer genere secuelas que ventajosamente pueden ser detectadas a tiempo mediante la aplicación de pruebas objetivas que exigen que se completen ciertas preguntas cuidadosamente seleccionadas o también mediante métodos de actuación e interpretación que promueven una detección temprana de posibles síntomas o consecuencias se generan a raíz de una violación sexual.

Gabriela Paladines, psicóloga que trabaja en el Fiscalía, afirma que existen varias pruebas que pueden aplicarse a una supuesta víctima de violación tales como los test proyectivos (HTP), el test de ZUNG, cuestionarios especializados para detectar estrés postraumático, otros que permiten medir el nivel de ansiedad y depresión, es decir, hoy por hoy hay técnicas que permiten evidenciar de manera temprana los rasgos y consecuencias de una violación a una mujer.

Estas técnicas se aplican a mujeres adultas y adolescentes a partir de los 15 años, se podrían aplicar a niñas también, como es el caso del test HTP, sin embargo, para niñas existen otros exámenes especializados como las técnicas de juego, la aplicación de muñecos sexuados, el test de ansiedad de SPENCE y una entrevista específica que permite hacer preguntas en su vocabulario y de esa manera obtener información crucial para llegar a una acertada conclusión (Paladines, 2019).

Ahora, sabemos que algunos conglomerados sociales sienten “temor” de que muchas mujeres, niñas y adolescentes mientan y finjan haber sido violadas para acceder a un aborto legal, sin embargo, la psicóloga Paladines y autores como Echeburrúa, Amor, Corral, Zubizarreta, entre otros, han coincidido que falsear un test psicológico, y sobre todo mentir y fingir síntomas de una mujer violada, es bastante difícil, ya que, en todos los casos mediante la aplicación y análisis del lenguaje no verbal, expresiones y gestos que no se pueden controlar a conciencia, se llega a conocer quién está engañando y quién está diciendo la verdad.

Afortunadamente, para todos esos incrédulos, mediante la aplicación de estos test y entrevistas, se puede detectar de manera temprana rasgos e indicios que solo una víctima de violación sufre y el tiempo de 96 horas sería suficiente para evidenciar estos efectos.

El psicólogo de igual forma puede apoyarse en un test psicométrico de personalidad en la que se podría medir el ajuste social y emocional de una mujer, esta técnica permite de igual forma identificar la necesidad de ayuda psicológica en virtud de que se descubren sentimiento, actitudes y comportamientos que generalmente coinciden en víctimas de una violación sexual, un ejemplo de estos sentimientos es la depresión que define un rasgo de personalidad determinado que dibuja un perfil de personalidad de la mujer, niña o adolescente (Caiza, 2015).

3.2.3 Decisión de la mujer que ha sido víctima de violación

A lo largo de esta investigación se ha puesto a la mujer como la verdadera protagonista de la decisión que debe tomar y por más exámenes que se les realice, ninguno de ellos atenta contra su libertad ni mucho menos afecta su poder de decisión.

Sin embargo, cabe aclarar que muchas personas pueden afirmar que la aplicación de los test o del examen médico revictimiza a la mujer y que mengua sus derechos, que en todo caso se debería creerle a la mujer y punto, pero hay que ver a esta despenalización como un conjunto de ayuda y cooperación, tanto por parte del Estado, como de la sociedad y principalmente de la mujer que ha sido víctima de violación.

Si se brinda una atención institucional de primera mano, con un trato humano, con sensibilidad y sobre todo con profesionales capacitados en espacios adecuados, no habría por qué pensar que estos exámenes afectan y revictimizan a la mujer, al contrario hay que considerarlos como herramientas necesarias para que la mujer sea informada, tratada y apoyada, de esta manera ella podrá elegir su futuro de acuerdo a lo que ella considera oportuno y mejor para superar su

situación, esto incluye el derecho de disponer de su persona y de rechazar la maternidad que se le ha impuesto.

Las estadísticas no engañan y debido a ellas se le debe proporcionar a la mujer, niña o adolescente las herramientas necesarias para que tome la decisión de tener o no un hijo, por lo que el Estado debe brindarle toda la información relacionada al procedimiento que se llevará a cabo de acuerdo a su situación, las indicaciones pre y post operatorias, así como los cuidados que se deben tener tras esta intervención, también se le señalarán las opciones y ayuda que se le brindaría en caso de no abortar, brindándole otras opciones como la adopción del niño que está por nacer.

En casos de que la víctima sea una adolescente se debe tomar en cuenta de existe una Resolución de la Corte Constitucional que indica que en virtud del Art. 4 del Código de la Niñez y Adolescencia, un adolescente es una personas de ambos sexos que está entre los doce y los dieciocho años de edad, y que le corresponde únicamente al adolescente tomar decisiones sobre su vida u salud sexual reproductiva, siempre y cuando se fundamenten dichas decisiones en las herramientas otorgadas por su familia y el Estado y además señala lo siguiente:

La autoridad tuitiva de los padres, madres o de cualquier persona encargada del cuidado de niñas, niños y adolescentes, cesa el momento en el que el ejercicio de la obligación de cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, vulnera su derecho a la información, a la educación y a la salud sexual y reproductiva, transgrediendo los principios constitucionales de su interés superior, su derecho a ser consultados en los asuntos que les afecten, y su calidad de sujetos de derechos, activando la intervención del Estado como un “salvador externo” que imponga medida que operen a favor del efectivo ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes. (R-003-18-PJO-CC, 2018)

De este razonamiento podemos entender claramente que la Corte entiende que los adolescentes también han dejado de ser considerados como objeto de protección y se los ha determinado como sujetos de derechos, brindándoles así las facultad plena de decidir sobre su salud sexual y reproductiva, siempre y cuando estas decisiones sean fundadas en base a la experiencia y conocimiento de quienes están a cargo de ellos, de esta manera podríamos establecer que las adolescentes también tienen la facultad de decidir qué hacer en casos de que hayan sido víctimas de violación y piensen en abortar.

Por último, en casos de que la víctima sea una niña, es decir, menor de 12 años, serán los padres, tutores, curadores, o quien esté a cargo de su protección velar por los intereses de la niña y en estos casos, les corresponderá a ellos decidir por la niña que ha sido vulnerada y

que ha resultado embarazada, sin embargo, esto no evita que quienes estén a cargo de la niña no sean bien informados para que tomen su decisión.

3.3 Propuesta formal

La decisión de abortar se ha visto cuestionada en la sociedad ecuatoriana a lo largo de los años, citando a Felipe Rodríguez (2013) "...el aborto es delito por una simple y llana razón: el poder de la Iglesia y la falsa moral que ésta ha creado nos obliga a "proteger la vida". (p.35)

Justamente ha sido esa influencia religiosa por lo que el aborto sigue siendo una conducta tipificada ya que obliga a la sociedad a considerarlo como un acto imperdonable y constantemente censura a quienes tratan de luchar por su despenalización, es increíble como un Estado, que afirma ser laico, utilice estos argumentos escuetos para defender su postura y ser totalmente indolentes e indiferentes ante una realidad tormentosa, sin embargo, la sociedad ecuatoriana ha luchado en contra de estas ideas, varias organizaciones se han unido en un solo frente para luchar y que el aborto ya no sea considerado como un delito, en especial cuando el embarazo se ha producido como consecuencia de una violación sexual.

Las mujeres, niñas y adolescentes al verse impedidas de acceder a un aborto legal y seguro, son orilladas a clínicas clandestinas donde arriesgan su salud y hasta su vida, y si por alguna razón no bastase con lo mencionado, son perseguidas y judicializadas por su decisión, el Estado lastimosamente además de obligar a una mujer a tener a un hijo producto de un delito, vulnera sus derechos sexuales y reproductivos, erróneamente el legislador ha optado por "proteger" un bien jurídico por sobre varios bienes jurídicos protegidos.

CONSIDERANDO:

QUE, la República del Ecuador según el Art.1 de su Constitución es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.

QUE, según el Art.11, numeral 2 ibídem, que regula los principios por los que se regirá el ejercicio de los derechos, señala que:

Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

QUE, en el segundo inciso del Art.32 de la Constitución de la República del Ecuador que el Estado garantizará el derecho de la salud mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente y oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.

QUE, el numeral 3, del Art.43 de la Constitución de la República del Ecuador indica que el Estado garantizará a las mujeres embarazadas los derechos a la protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y postparto.

QUE, el numeral 3, literal a), del Art.66 de la Constitución de la República del Ecuador señala que el derecho a la integridad personal incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual y que su literal b) Obliga al Estado a tomar medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

QUE, el numeral 10 ibídem garantiza y reconoce el derecho de tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.

QUE, las mujeres, niñas y adolescentes que han sido víctimas de una violación sexual sufren consecuencias físicas, psicológicas y sociales que generan efectos negativos a su vida y salud, se agravan cuando resultan embarazadas luego de la comisión de dicho delito.

QUE, el literal c) de la Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres define a la violencia sexual como toda acción que implique la vulneración o restricción del derecho a la integridad sexual y decidir voluntariamente sobre su vida sexual y reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza e intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares y de parentesco, exista o no convivencia, la transmisión intencional de infecciones de transmisión sexual (ITS), así como la prostitución forzada, la trata con fines de explotación sexual, el abuso o acoso sexual, la esterilización forzada y otras prácticas análogas.

QUE, el literal k) del Art.26 ibídem establece que, se debe garantizar el acceso libre y gratuito, la atención integral, confidencial y sin discriminación a las mujeres con aborto en curso.

QUE, el Art. 150 del Código Orgánico Integral Penal sí establece casos en los que el aborto no es punible, es decir, si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios y si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.

QUE, en el Ecuador menos del uno por ciento de mujeres en edad fértil tiene una discapacidad mental y el resto de mujeres que no padecen de ella son el grupo más afectado por este delito.

Se expide:

Sustitúyase el numeral 2 del Art.150 del Código Orgánico Integral Penal para que en su lugar establezca:

“2. Si el embarazo es consecuencia de un hecho constitutivo de violación de conformidad con este código”.

Crease el Protocolo para el aborto practicado por mujeres que han sido víctimas de violación, mismo que establecerá lo siguiente:

Artículo 1.- Ámbito de aplicación

La República del Ecuador garantiza el derecho de las mujeres, niñas y adolescentes que han sido violadas, ya sea que tengan una discapacidad mental o no, para que tomen decisiones libres, informadas, conscientes y responsables sobre su salud sexual y salud reproductiva en

concordancia con su plan de vida, sobre todo cuando se produjere un embarazo a raíz de dicho delito.

Artículo 2.- No punibilidad

La mujer, niña o adolescente, independientemente que tenga o no una discapacidad mental, que decida interrumpir su embarazo producto de una violación no se le impondrá una pena privativa de libertad, siempre y cuando se cumplan los requisitos que se describirán en los artículos posteriores y sobre todo que se realicen duran las primeras doce semanas de gestación para prevenir cualquier tipo riesgo a su salud y vida.

Artículo 3.- Tiempo límite para practicarse un aborto

El aborto debe ser practicado dentro de las 12 primeras semanas de gestación, todo en aras de causar el menor impacto posible sobre la salud de la mujer, niña o adolescente que ha decidido interrumpir su embarazo tras una violación.

No obstante, si la víctima es menor de edad se establecerá una excepción que le permita tener un aborto seguro.

Artículo 4.- Requisitos para practicarse un aborto legal

Se requerirá que:

1. La mujer, niña o adolescente se acerque a Fiscalía a realizar la denuncia formal del ilícito.
2. Realizarse una prueba de embarazo en un laboratorio certificado por Fiscalía.
3. Examen médico legal realizado por un especialista y su asistente, así como con la presencia de una familiar o persona de confianza de la supuesta víctima.
4. Examen y pruebas psicológicas que serán aplicadas por un especialista en salud mental.

Artículo 5.- Aborto en menores de edad

Para efectos de esta ley se considerará la Resolución de la Corte Constitucional 3, por lo que únicamente si las niñas son menores de 12 años se necesitará el consentimiento y aprobación de sus padres, tutores, curadores o persona que represente a la menor.

Como única excepción se establece que, si la menor de edad ha sobrepasado las 12 semanas de gestación y el embarazo pone en riesgo su salud y vida, se le practicará un aborto utilizando las técnicas necesarias para que la intervención sea lo más segura posible.

Artículo 6.- Audiencia

Una vez que exista la denuncia por violación y que a raíz de este ilícito haya la posibilidad de que la mujer, niña o adolescente quede embarazada o que efectivamente ya se encuentre en estado de gestación, que tras haber sido informada sobre su situación y que sobre todo haya decidido abortar, el Fiscal que esté a cargo del caso, respaldado por las conclusiones y resultados recabados por los facultativos solicitará al Juez de Garantías Penales, hora y fecha para que se lleve a cabo la Audiencia Única, en la que nada se juzgará, sino que será una mera formalidad para que el Juez ratifique las gestiones realizadas por Fiscalía y se permita abortar a la mujer, niña o adolescente.

Es importante mencionar que, para garantizar la obligación que tiene el Estado con respecto a la no revictimización consagrada en el Art.78 de la Constitución de la República del Ecuador, la mujeres, niñas o adolescentes víctimas de una violación no serán obligadas a asistir a ningún tipo de audiencia, pues será el Fiscal quien defenderá sus derechos e intereses en la misma, conforme lo establece el artículo antes mencionado.

Conclusiones

1. Tratar de delimitar un tiempo en la historia para la aparición del aborto como una técnica abortiva es sumamente difícil, puesto que se ha visto presente en la humanidad desde tiempos remotos, no obstante, hay que considerar que, aunque se lo practicaba de manera rudimentaria, dicha práctica fue llevada a cabo por mujeres.
2. A lo largo de la historia la postura ante el aborto ha sido condicionada y sobre todo ambivalente ya que depende, o bien de las fases de gestación, o también de las circunstancias que llevan a practicarse uno, hemos encontrado que en algunas culturas el aborto fue permitido por determinadas situaciones, mientras que, en otras civilizaciones donde la religión predominaba, fue visto como un acto imperdonable que merecía un castigo. Sea como fuere, estas posturas han sido trasladadas al debate en nuestros tiempos y que difícilmente será concluido.

3. El bien jurídico que se trata de proteger también ha variado en el transcurso del tiempo, pues en un inicio fue sancionado por vulnerar los intereses del hombre de tener una vasta descendencia, posteriormente pasó a proteger la integridad y sanidad de la estirpe de un pueblo determinado, subsecuentemente también se trataba de proteger el interés demográfico de cada nación. No fue hasta años después que se acogió la postura que el bien jurídico que protege el delito de aborto es la vida dependiente, sin embargo, por problemas de delimitación al determinar cuándo existe vida, la doctrina y la jurisprudencia han coincidido que el bien jurídico protegido no debería ser la vida, ya que este es un derecho que se le reconoce a una persona que ya ha nacido desde la perspectiva del derecho, por lo tanto, han concluido que el bien jurídico sería el derecho a existir y se protegerá la expectativa de tener vida.
4. Actualmente en el Código Orgánico Integral Penal existen dos circunstancias que permiten que el aborto no sea punible, por lo que resultaría lógico que se extienda la excepción establecida en el numeral 2 del artículo 150, a todas las mujeres, independientemente de su salud mental, esto, tomando en cuenta que las mujeres con discapacidad mental en estado fértil dentro del Ecuador representan el 1% de todas las mujeres que biológicamente pueden procrear, se está dejando de lado al 99% de mujeres que no padecen de una discapacidad mental que potencialmente son víctimas de una violación y que pueden quedar embarazadas como consecuencia de dicho delito.
5. Según los datos obtenidos durante esta disertación, desde agosto de 2014 hasta julio de 2018, la Fiscalía ha recibido un total de 21.451 denuncias por violación sexual a mujeres, niñas y adolescentes, se comprueba que en Ecuador se violan a las mujeres y que además la cifra de víctimas y denuncias irás incrementando año con año, sin embargo, hay que resaltar que las estadísticas son incompletas ya que un considerable porcentaje de víctimas no realiza una denuncia ante el Ministerio Público, por lo que deben existir más mujeres, niñas y adolescentes que han sido violadas.
6. Las consecuencias de una violación sexual causan un grave impacto a la salud y a la vida de las mujeres que han sido víctimas y si bien una lesión física podría sanar, son

las secuelas mentales como la depresión, síndrome de estrés postraumático, alteraciones de personalidad, entre otras, las que afectan en mayor medida al desarrollo de su plan de vida.

7. Ecuador no solo ha recibido recomendaciones de movimientos sociales locales, sino que también las ha recibido de cinco convenciones vinculantes de Naciones Unidas que le exhortan a realizar esta despenalización al menos en causal violación, actualmente en la Asamblea ya realizó el primer debate para la Reforma al Código Orgánico Integral Penal y a pesar de las observaciones y críticas de un sector que está en contra, el Legislativo está cerca de tratar estas reformas en el último debate.
8. Permitiendo un aborto en casos de violación sexual no provoca u obliga a la mujer a practicarse uno, lo que se pretende es darle a la mujer, niña o adolescente la información necesaria y alternativas para que pueda tomar una decisión sin ser discriminada después, una vez más se reafirma que esta elección no depende ni ideas religiosas o políticas, depende únicamente de la mujer.
9. La discusión actual sobre la despenalización del aborto en casos de violación no debe enfrascarse ni limitarse a resolver la inquietud sobre el inicio de la vida, lo que debe analizarse a profundidad es si una mujer, niña o adolescente debe ser sancionada por una pena privativa de libertad luego de haber tomado la decisión de abortar, es justamente este temor a ser sancionadas lo que las orilla a practicarse un aborto clandestino que pone en riesgo su salud y sus vidas.
10. A diferencia de lo que mucha gente piensa, la no penalización del aborto no genera que las mujeres abusen de esta excepción para abortar indiscriminadamente, hay evidencia que indica que sucede todo lo contrario y más si se aplican políticas públicas que promuevan la salud sexual y reproductiva, ya que una excelente educación previene que la ignorancia siga presente al momento de tomar decisiones, lo que se requiere es brindar las herramientas adecuadas para que nuestros derechos sean ejercidos de la mejor manera posible, de esta manera se obtendrá un cambio en este paradigma e iniciará una “despenalización del aborto” en nuestra cultura colectiva, lo que afianza y respalda lo manifestado por una ley.

Bibliografía

Achabal, A. (1979). *Delito de violación. Estudio sexológico, medicolegal y jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Perrot

Acosta, A. y Ayala, E. (s.f.) El aborto es un tema de salud pública. Lo explica un genetista. Entrevista al Doctor César Paz y Miño. Recuperado de <https://wambra.ec/aborto-tema-salud-publica/>

Aguilar, R. (6 de febrero de 2019). Aborto: se definen posiciones. Diario Expreso. Recuperado de <https://www.expreso.ec/actualidad/aborto-violacion-ley-asamblea-nacional-JB2614182>

Aristóteles. (1910). P. Abril. Ed. *La Política*. Madrid, España: Nuestra Raza

Arroyo, M. (31 de enero de 2019). Vivas nos queremos. *Vistazo (Vol. 1234)*, p.23.

Balmaceda, J. (2011). IUS. *Bien Jurídico "Penal" contenido procedimental y nuevo contenido material*, volumen 1, número 1, 1-45. Recuperado de <http://publicaciones.usat.edu.pe/index.php/ius/article/view/53/50>

Balthazard, V. (1929). *Medicina Legal*. 2da edición española, traducida y anotada de la tercera edición francesa. Barcelona, España: Salvat Editores

Benalcázar, P. (14 de noviembre de 2017). Noviembre, 20 años de despenalización de la homosexualidad en Ecuador (Parte I). *El Telégrafo*. Recuperado de <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/punto/1/noviembre-20-anos-de-despenalizacion-de-la-homosexualidad-en-el-ecuador-parte-i>

Benavides, G. (13 de diciembre de 2018). Defensora del Pueblo propone abrir un debate sobre la despenalización del aborto. *Redacción Médica*. Recuperado de <https://www.redaccionmedica.ec/secciones/salud-publica/defensora-del-pueblo-propone-abrir-un-debate-nacional-sobre-la-despenalizacion-del-aborto--93335>

Bergallo, P. y Gonzáles A. (2012). Interrupción legal del embarazo por la causal violación: enfoques de salud y jurídico. Recuperado de <https://docs.google.com/viewer?url=https%3A%2F%2Fwww.safeabortionwomensright>

[.org%2Fwp-content%2Fuploads%2F2016%2F04%2FCausal-Violacion_salud_juridico.pdf&pdf=true](http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:59851/bmc5x2n0)

Blázquez, J. (2005). Los anticonceptivos en la Antigüedad Clásica. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:59851/bmc5x2n0>

Bohemia (2017). *Sobrepoblación, ¿el problema más importante para la humanidad?* Recuperado de <http://bohemia.cu/medio-ambiente/2017/12/sobrepoblacion-el-problema-mas-importante-para-la-humanidad/>

Boix, J. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen I. La protección penal de los intereses jurídico personales*. Madrid, España: Iustel

Buompadre, J. (2017). El delito de violación. Análisis dogmático de los elementos típicos (tras la reforma de la Ley 27.352). Buenos Aires, Argentina: Contexto

Bonnet, E. (1980). *Medicina Legal*, 2da ed. Tomo II. Buenos Aires, Argentina: López Libreros Editores

Buendía, S. (12 de enero de 2019). Cárcel a la mujer violada que aborta. Entrevista por Carlos Vera. Programa Veraz. Guayaquil: Canal UNO

Carbajal, M. (2009). El aborto en debate. Aportes para una discusión pendiente. Entrevistas a Carmen Barroso, Aída Kemelmajer, Hilda Kogan, Víctor Abramovich, Nelly Minyersky, Aníbal Faundes, Reva Siegel, Ricardo Fescina y Luisa Cabral Buenos Aires, Argentina: Paidós

The Canadian Resource Centre for Victims of Crime (2009). *Victim Blaming*. Recuperado de https://crcvc.ca/docs/victim_blaming.pdf

Cardona, R. (1965). *El delito de aborto y sus consecuencias*. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana

Carmona, C. y Cobo, M. (2000). *Compendio de Derecho Penal Español*. Madrid, España: Marcial Pons

- Carpizo, J. (2008). La interrupción del embarazo antes de las doce semanas. Recuperado de <https://docs.google.com/viewer?url=https%3A%2F%2Farchivos.juridicas.unam.mx%2Fwww%2Fbjv%2Flibros%2F6%2F2841%2F4.pdf&pdf=true>
- Carrillo, P. (2007). *Medicina Legal*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones
- Casini, C. (2004). Interrupción voluntaria del embarazo. En Consejo Pontificio para la Familia (Ed.), *Lexicón: Término ambiguos y discutidos sobre familia, vida y cuestiones éticas* (643-352). Madrid, España: Palabra
- Castillo, J. (2008). *Derecho Penal. Parte Especial I*. Lima, Perú: Grijley
- CEDAW (2015). Observaciones finales sobre los informes periódicos octavo y noveno combinados del Ecuador. Serie C, ECU, CO,8-9, párr. 33, literal C. Recuperado de <https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fdocstore.ohchr.org%2FSelfServices%2FFilesHandler.ashx%3Fenc%3D6QkG1d%252FPPRiCAqhKb7yhssmw5jHDQuNBd%252BTWAIG8TIE%252BppoLdXJkL6FnJxOEZSiIXeTNzszs9WIWVfAUAdZczlz b6eAlThgu%252F7bBissZuSLtJjTCtfHvtkYTEf7tNLcRs&fname=N1506657.pdf&pdf=true>
- Chaher, S. (20 de septiembre de 2011). Embarrar la cancha en el debate sobre el aborto. *Diario Tiempo*. Recuperado de <https://web.archive.org/web/20140407091632/http://tiempo.infonews.com/notas/embarrar-cancha-debate-sobre-aborto>
- Comité de los Derechos del Niño (2017). Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador. Serie C, ECU, CO,5-6, párr. 35, literal C. Recuperado de <https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fobservatoriointernacional.com%2Fwp-content%2Fuploads%2F2018%2F01%2F2017-Ecuador-Observaciones-Comit%25C3%25A9-Derechos-del-Ni%25C3%25B1o.pdf&pdf=true>
- Consejo de la Judicatura (2018). Ecuador, primer país con un mecanismo de seguimiento de recomendaciones de la CEDAW. Recuperado de http://www.funcionjudicial-napo.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=631:ecuador-primer-

[pais-con-un-mecanismo-de-seguimiento-de-recomendaciones-de-la-cedaw&catid=39:noticias-home](#)

Consejo de Derechos Humanos (2016). Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Juan E. Méndez. 31er periodo de sesiones, tema 3 de la agenda. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10361.pdf>

Corte Constitucional del Ecuador. (27 de junio de 2018). Sentencia N° 003-18-PJO-CC. RO. Edición Constitucional 56.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (28 de noviembre de 2012). Sentencia al Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") vs. Costa Rica. García Diego, Presidente del Tribunal. Recuperado de https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.corteidh.or.cr%2Fdocs%2Fcasos%2Farticulos%2Fseriec_257_esp.pdf&pdf=true

Cotidiano Mujer (1989). *Yo aborto, tú abortas, todos callamos*. Montevideo, Uruguay: Ediciones Cotidiano Mujer

Cuello, E. (1975). *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II*. 14ta. Edición. Barcelona, España: Bosch

Cuesta, M. (31 de enero de 2019). Viví pensando qué hice yo para provocar a mi violador. Entrevista por María Ampuero. *Vistazo (Vol. 1234)*, p.28-30.

Da Costa Leiva, M. (2011). Bioética. *El problema del aborto y el infanticidio en los filósofos griegos*. Volumen 11, número 1, 90-101. DOI: 10.18359/rlbi.1048 Recuperado de <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rlbi/article/view/1048/776>

Del Río, R. (1935). *Derecho Penal. Tercer Tomo. Legislación Penal-Delitos Especiales*. Santiago, Chile: Nascimento

De Corral, P, Echeburúa, E. y Amor, P. (1997). *Consecuencias psicológicas en las víctimas adultas de agresiones sexuales*. Orense, España: Tórculo

Defensoría Pública (2017). El aborto no punible en casos de violación. *Revista Defensa y Justicia*. 27, 17-19. Recuperado de

<http://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/1903/1/REVISTA%20DEFENSA%20Y%20JUSTICIA%20No.%2027.pdf>.

- Donna, E. (2008). *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I*. 3ra. Edición. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni
- Donoso, A. (2007). *Derecho Penal: parte especial, delitos contra las personas*. Quito, Ecuador: Cevallos
- Donoso, A. (2015). *Teoría del delito*. Cátedra de Instituciones de Derecho Penal: Delito y pena. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, Ecuador
- Dowdeswell, J. (1986). *La violación: hablan las mujeres*. Barcelona, España: Grijalbo
- Ecuador Chequea (2019). Aguiñaga: “El 15,6% de todas las muertes maternas están relacionadas con abortos en condiciones no seguras”. Recuperado de www.ecuadrochequea.com/2019/01/08/marcelaaguinaga-aborto-ecuador-mortalidad-mujeres/
- El Espectador. (8 de mayo de 2018). Las lecciones de Uruguay tras cinco años de aborto legal. *El Espectador*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/salud/las-lecciones-de-uruguay-tras-cinco-anos-de-aborto-legal-articulo-754578>
- Epadmin. (2017). *What are the psychological and physical effects on rape?* Recuperado de <https://www.epllc.com/what-are-the-psychological-and-physical-effects-of-rape/>
- Estupiñan, P. (10 de enero de 2019). El Debate del Aborto. Recuperado de <https://www.vistazo.com/seccion/pais/actualidad-nacional/el-debate-del-aborto>
- Etcheberry, A. (1976). *Derecho Penal*. 2da. Edición. Santiago de Chile, Chile: Editora Nacional Gabriela Mistral
- Frente Ecuatoriano de Defensa de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, la Coalición Nacional de Mujeres del Ecuador, Mujeres con Voz y la Fundación Desafío. (2018). Por qué Despenalizar el Aborto en Caso de Violación en el Ecuador. Quito, Ecuador*

- Feiring, C., Taska, L. y Lewis, M. (1996). A process model for understanding adaptation to sexual abuse: the role of shame in defending stigmatization. *Child Abuse & Neglect*, 20(8), 767-782. Recuperado de <https://docs.google.com/viewer?url=https%3A%2F%2Fpdfs.semanticscholar.org%2F63e2%2F7a61c18090efa2eec893f876287512135cb1.pdf&pdf=true>
- Fernández, A. (2010). *Autopercepción y relaciones interpersonales en un grupo de mujeres víctimas de violación sexual a través del Psicodiagnóstico de Rorschach*. Tesis para obtener el título de Licenciada en Psicología. Lima: PUCP
- Fox, K. y Cook, C. (2011). Is Knowledge Power? The Effects of a Victimology Course on Victim Blaming. *Journal of Interpersonal Violence*. 26:3407-3427. Doi:10.1177/0886260511403752
- Galeotti, G. (2004). *Historia del aborto: los muchos protagonistas e intereses de una larga vicisitud*. Buenos Aires, Argentina: Nueva Visión
- Gálvez, T., y Rojas, R. (2012). Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Lima, Perú: Jurista editores
- García, R. y Andrade, W. (19 de enero de 2019). Cárcel a la mujer violada que aborta 2da parte. Entrevista por Carlos Vera. Programa Veraz. Guayaquil: Canal UNO
- García, M. y Basille, A. (1990). Aborto e infanticidio: aspectos jurídicos y médico-legales. Buenos Aires, Argentina: Universidad
- Gómez, A. y Urbano, J. (2011). Delitos contra la vida y la integridad personal. En U. Externado de Colombia (Ed.) *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. 2da. Edición. (pp. 931-1080). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Gluck, S. (2016). *Effects of Rape: Psychological and Physical Effects of Rape*. Recuperado de <https://www.healthyplace.com/abuse/rape/effects-of-rape-psychological-and-physical-effects-of-rape>
- Guardiola, J. (2001). Especiales elementos subjetivos del tipo en derecho penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general y proceso penal. *Revista de Derecho*. N°6, p.39-101. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=234451>

- Holmes, M., Resnick, H., Kilpatrick Dean y Best, C. (1996). Rape-related pregnancy: Estimates and descriptive characteristics from a national sample of women. *American Journal of Obstetrics & Gynecology*. 175(2), 320-325. DOI:10.1016/S0002-9378(96)70141-2
- Horno, P., Santos, A. y Molino, C. (2001). *Abuso Sexual Infantil: Manual de formación para profesionales*. Madrid, España: Save The Children España
- La Hora. (20 de noviembre de 2018). Tres temas centrales se debaten para reformar al COIP. *La Hora*. P. A7
- Huerta, E. (15 de junio de 2015). El embarazo después de una violación. *El comercio*. Recuperado de <https://elcomercio.pe/blog/cuidatusalud/2015/06/el-embarazo-despues-de-una-violacion>
- Human Rightst Watch (2013). Criminalización de las víctimas de violación sexual. El aborto ilegal luego de una violación en Ecuador. Recuperado de <https://www.hrw.org/es/report/2013/08/23/criminalizacion-de-las-victimas-de-violacion-sexual/el-aborto-ilegal-luego-de-una>
- Iglesias, M. (24 de febrero de 2018). A favor y en contra. *El Clarín*. Recuperado de https://www.clarin.com/sociedad/ley-aborto-debate-bioetico-limite-semana-14_0_SJTsXBkuz.html
- INEC (2011). Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres. Recuperado de https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.ecuadorencifras.gob.ec%2Fdocumentos%2Fweb-inec%2FEstadisticas_Sociales%2Fsitio_violencia%2Fpresentacion.pdf&pdf=true
- Intevi, I. (1998). *Abuso sexual infantil. En las mejores familias*. Barcelona, España: Granica S.A.
- Jiménez, M. (1879). M. Tello. Ed. *Tres relaciones de antigüedades peruanas*. Recuperado de <https://archive.org/details/tresrelacionesd00fomegoog>
- Kemelmajer, A. (13 de junio de 2018). Entrevista por Julian D' Imperio. *Perfil*. Recuperado de <https://www.perfil.com/noticias/sociedad/aida-kemelmajer-penalizar-el-aborto-es-inconstitucional.phtml>

- Kvitko, L. (1998). *La violación. Peritación medicolegal en las presuntas víctimas del delito*. México D.F., México: Trillas
- Labatut, G. (1968). *Derecho Penal, Vol. 1*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile
- Lahaie, M., Boyer, S., Amsel, R., Khalifé, S. y Binik, Y. (2010). Vaginismus: a review of the literature on the classification/diagnosis, etiology and treatment. *Women`s health*.6(5): 705-19.DOI:10.2217/whe.10.46
- Laurenzo, P. (2012). *Dogmática y política criminal del aborto*. Valencia, España: Tirant lo blanch
- Livingston, J., Testa, M. y VanZile-Tamsen, C. (2007). The Reciprocal Relationship Between Sexual Victimization and Sexual Assertiveness. *Violence Against Women*, 13(3), 298-313. DOI:10.1177/1077801206297339
- Londoño, M. (2000). *Embarazo por violación. La crisis múltiple*. Recuperado de <https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fbdigital.unal.edu.co%2F47076%2F1%2F9583320730.pdf&fname=9583320730.pdf&pdf=true>
- Luzón, D., Díaz, M. y De Vicente, J. (2010). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. [Traducido al español de Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre.2]. Madrid, España: Civitas
- Marín, J. (2014). *Derecho penal. Parte especial*. 2da. Edición. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi
- Martínez-Buján, C. (2013). Los elementos subjetivos del tipo de acción: Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción. *Revista Justiça e Sistema Criminal*. Recuperado de <https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/view/2/2>
- Miguel, L. (2018). Misoprostol, el fármaco recomendado por la OMS para abortos médicos. Recuperado de <https://nacionfarma.com/misoprostol-farmaco-oms-abortos-medicos/>
- Merlyn, S. (2014). *Nasciturus como sujeto de derecho*. Cátedra de Sujetos del Derecho. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, Ecuador

Muñoz, F. (2009). *Derecho Penal. Parte Especial*. 17ma. Edición. Valencia, España: Tirant Lo Blanch

Núñez, R. (1988). *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Córdoba, Argentina: Lerner

OMS. (2005). *Sexual Gender-Based Violence and Health Facility Needs Assessment by Prof. Marie Claire Omanyondo*. Recuperado de https://www.who.int/hac/crises/lbr/Liberia_RESULTS_AND_DISCUSSIONS13.pdf

Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Organización Mundial de la Salud (2012). Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud. Recuperado de https://docs.google.com/viewer?url=https%3A%2F%2Fapps.who.int%2Firis%2Fbitstream%2Fhandle%2F10665%2F77079%2F9789243548432_spa.pdf%3Fsequence%3D1&pdf=true

Organización Mundial de la Salud (2014). Manual de práctica clínica para un Aborto seguro. Recuperado de https://docs.google.com/viewer?url=https%3A%2F%2Fapps.who.int%2Firis%2Fbitstream%2Fhandle%2F10665%2F134747%2F9789243548715_spa.pdf%3Bjsessionid%3DB4B45A267E0216D3DDD357AA66529653%3Fsequence%3D1&pdf=true

Orts, E. (2009). Consideraciones sobre los elementos subjetivos de algunos tipos de acción. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3114506>

Ortiz, E. (2016). Las escalofriantes cifras del aborto en Ecuador me convirtieron en pro-choice. ¿Es un problema legal, moral o de Salud Pública?. Recuperado de <https://gk.city/2016/08/15/las-escalofriantes-cifras-del-aborto-ecuador-me-convirtieron-pro-choice/>

Ortiz, E., Simbaña, K., Gómez, L., Stewart, A., Scott, L. y Cevallos, G. (2017). Abortion, an increasing public health concern in Ecuador, a 10-year population-based analysis. *Pragmatic and Observational Research*, 8:129-135. DOI: 10.2147/POR.S129464

- Osio, A. (2010). "Atipicidad del aborto en los casos del Art.86 inc. 2º del Código Pneal. Como conclusión necesaria desde una dogmática acotante del poder punitivo" (Tesis, Universidad Nacional de La Pampa). Recuperado de https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.biblioteca.unlpam.edu.ar%2Fdata%2Ftespo%2Fe_osiati775.pdf&pdf=true
- Pardo, C. (25 de noviembre de 2017). Consecuencias físicas y psicológicas de los abusos sexuales. Recuperado de <https://www.bekiapareja.com/salud/consecuencias-fisicas-y-psicologicas-de-los-abusos-sexuales/>
- Paz y Miño, C. (2018). Problemas genéticos asociados a una violación. Recuperado de <https://www.cesarpazymino.com/single-post/2018/10/31/Problemas-geneticos-asociados-a-una-violación>
- Peña, A. (2013). Curso Elemental de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. 4ta. Edición. Lima, Perú: Legales
- Pérez, L. (1959). Derecho Penal Colombiano, parte especial, volumen II. Bogotá, Colombia: Temis
- Pérez, Y., Lloret, J. y Dianderas, K. (2017). Llover sobre mojado. Secuelas psicosociales del embarazo por violación sexual. Lima, Perú: CAPS
- Plan V (2015). Ecuador: las mujeres perseguidas por aborto. Recuperado de <http://www.planv.com.ec/historias/sociedad/ecuador-mujeres-perseguidas-aborto>
- Platón. (1988). C. Eggers. Ed. *La República IV*. Madrid, España: Gredos
- Polaino, M. (2000). El injusto típico en la teoría del delito. Corrientes, Argentina: Mave
- Politoff, S., Grisolfá, F. y Bustos, J. (1993). *Derecho Penal Chileno. Parte especial: delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*. 2da. Edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile
- Red-Desc (2018). La ONU adopta una interpretación progresiva del derecho a la vida. Recuperado de <https://www.escr-net.org/es/noticias/2018/onu-adopta-una-interpretacion-progresiva-del-derecho-vida>

- Rodríguez, F. (2016). *El aborto*. Cátedra de Instituciones de Derecho Penal: Delitos en particular. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, Ecuador
- Rodríguez, L. (2017). Criminalización del aborto en Ecuador. Recuperado de <http://lacajanegra.com.ec/criminalizacion-del-aborto-en-ecuador/>
- Romero, D. (19 de diciembre de 2018). Aborto por violación supera primer obstáculo legislativo. *Vistazo*. Recuperado de <https://www.vistazo.com/seccion/pais/actualidad-nacional/aborto-por-violacion-supera-primer-obstaculo-legislativo>
- Ruch, L., Chandler, S., y Harter, R. (1980). Life Change and Rape Impact. *Journal of Health and Social Behavior*. 21: 248-258. Recuperado de <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/7410801>
- Sacca, I. (2018). *El aborto en la ley hebrea*. Recuperado de <https://www.infobae.com/opinion/2018/02/27/el-aborto-en-la-ley-hebrea/>
- Sarasúa, B., Echeburúa, E. y de Corral, P. (2007). El impacto psicológico en las víctimas de violación. Departamento de Personalidad, Evaluación y Tratamientos psicológicos Universidad del País Vasco. 55-63. Recuperado de <https://www.ehu.es/documents/1736829/2028519/08+-+Impacto+psicologico.pdf>
- Sedgh, G., Bearak, J., Singh S., Bankole, A., Popinchalk A. y Ganatra, B. (2016). Abortion incidence between 1990 and 2014: global, regional, and subregional levels and trends. *The Lancet*, 388 (10041), 258-267. DOI:[https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(16\)30380-4](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(16)30380-4)
- Segura, S. (2004). *Diccionario etimológico de medicina*. Bilbao, España: Universidad de Deusto
- Sepúlveda, A., Millán, S., Sepúlveda, P., Nevado, C. y Solís, E. (2002). *La Violencia Sexual: Un problema cercano, una solución posible*. Sevilla, España: Diputaci
- Tapia, R. (2011). La formación de la persona durante el desarrollo intrauterino, desde el punto de vista de la neurobiología. Recuperado de https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.inb.unam.mx%2Fbioetica%2Flecturas%2Ftapia_ab_neuro_355apersona.pdf&pdf=true

- Terragni, M. (2013). *Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial I*. Buenos Aires, Argentina: La Ley
- El Telégrafo. (22 de noviembre de 2017). Enjuiciadas por abortos recibirían indultos. El Telégrafo. Recuperado de <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/1/enjuiciadas-por-abortos-recibirian-indultos>
- El Universo. (23 de octubre de 2013). Postura de aborto lleva a dos oficialistas a la comisión ética. El Universo. Recuperado de <https://www.eluniverso.com/noticias/2013/10/23/nota/1620666/postura-aborto-lleva-dos-oficialistas-comision-etica>
- El Universo. (13 de agosto de 2014). Código eliminó delitos catalogados “absurdos”. El Universo. Recuperado de <https://www.eluniverso.com/noticias/2014/08/13/nota/3395286/codigo-elimino-delitos-catalogados-absurdos>
- El Universo. (6 de enero de 2019). Los cuerpos que abortan. El Universo. Recuperado de <https://www.eluniverso.com/opinion/2019/01/06/nota/7122555/cuerpos-que-abortan>
- Vásquez, C., Serrano, A. y Serrano A. (2016). *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*. 3ra. Edición. Madrid, España: Dykinson
- Vásquez, B. (1995). *Agresión Sexual. Evaluación y tratamiento en menores*. Madrid, España: Siglo XXI
- Velázquez, S. (2003). *Violencias cotidianas, violencia de género. Escuchar, comprender, ayudar*. Buenos Aire, Argentina, Paidós
- Von Listz, F. (2007). *Tratado de Derecho Penal*. Traducido al español por Luis Jiménez de Asúa. Madrid, España: Reus
- Woods, S. (2003). *Todo lo que necesitas saber sobre las enfermedades de transmisión sexual*. New York, Estados Unidos: The Rosen Publishing Group
- Yávar, F. (2015). *Orientaciones al COIP. Código Orgánico Integral Penal. Tomo I*. Quito, Ecuador: Feryanú

PARA TÍTULOS PROFESIONALES DE TERCER NIVEL (INGENIEROS, ABOGADOS, MÉDICOS, ETC)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

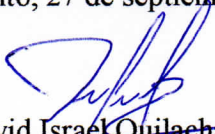
DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, **DAVID ISRAEL QUILACHAMIN QUIROZ**, portador de la cédula de ciudadanía N° **172320379-8** autor del trabajo de graduación intitulado: **“LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL A UNA MUJER LÚCIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO”**, previa a la obtención del título profesional de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 27 de septiembre de 2019


David Israel Quilachamin Quiroz
C.C.172320379-8

REPÚBLICA DEL ECUADOR
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA No. **172320379-8**

APELLIDOS Y NOMBRES
QUILACHAMIN QUIROZ DAVID ISRAEL

LUGAR DE NACIMIENTO
PICHINCHA QUITO CHIMBACALLE

FECHA DE NACIMIENTO 1994-04-03

NACIONALIDAD ECUATORIANA

SEXO M

ESTADO CIVIL SOLTERO





INSTRUCCIÓN BACHILLERATO **PROFESIÓN / OCUPACIÓN** ESTUDIANTE **V3343V4444**

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
QUILACHAMIN GRANDA HENRY DAVID

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
QUIROZ LOPEZ TANIA LENA


LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO 2012-06-04

FECHA DE EXPIRACIÓN
2022-06-04

000957168

DIRECTOR GENERAL **FIRMA DEL CEDULADO**







CERTIFICADO DE VOTACIÓN
24 - MARZO - 2019

0010 M **0010 - 197** **1723203798**
JUNTA No. CERTIFICADO No. CEDULA No.

QUILACHAMIN QUIROZ DAVID ISRAEL
APELLIDOS Y NOMBRES

PROVINCIA: PICHINCHA

CANTÓN: QUITO

CIRCUNSCRIPCIÓN:
PARROQUIA: NAYON

ZONA:

1723203798
04-06-2012





ELECCIONES SECCIONALES Y CPCCS

2019

CIUDADANA/O:

ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED SUFRAGÓ EN EL PROCESO ELECTORAL 2019

F. PRESIDENTA/E DE LA JRV