

Análisis jurídico del delito de aborto en el Ecuador ¿problema jurídico-político o problema de sanidad?

Santiago Muñoz Bravo²⁵

Resumen

El debate jurídico del aborto se ha venido desarrollando en las últimas décadas con mucha intensidad y en cada vez mayor cantidad de espacios, se va la necesidad de hacer un análisis a porque el legislador tomó y sigue manteniendo la decisión de proteger la vida desde la concepción a través de la penalización de conductas como el aborto que se encuentra regulado en el actual Código Orgánico Integral Penal que dará cuenta de la protección penal y su ámbito de aplicación al delito del aborto en nuestro país, la otra cara del debate es en el ámbito metafísico en el cual se hará reflexiones de autores y comentarios personales sobre la reprochabilidad social y moral de esta conducta, y además de eso se hará una revisión en cifras del INEC si es que el aborto responde a una clase de crisis sanitaria o si por el contrario su legalización trae atrás los anhelos de un lobby político de actualidad y las razones por las cuales no debería legalizarse el aborto en nuestro país.

Palabras clave: aborto, legalización, crisis sanitaria, protección, derecho a la vida.

Abstract

The legal debate on abortion has been developing in the last decades with great intensity and in an increasing amount of spaces, there is a need to make an analysis of why the legislator took and continues to maintain the decision to protect life from conception Through the criminalization of behaviors such as abortion that is regulated in the current Comprehensive Organic Criminal Code that will account for criminal protection and its scope of application to the crime of abortion in our country, the other side of the debate is in the field metaphysical in which reflections of authors and personal comments on the social and moral reprehensibility of this behavior will be made, and in addition to that a revision in figures of the INEC will be made if the abortion responds to a kind of health crisis or if by On the contrary, its legalization brings back the desires of a current political lobby and the reasons why abortion should not be legalized in Ecuador.

Keywords: abortion, legalization, health crisis protection, derecho a la vida, right to life

Introducción

El debate jurídico-político sobre el aborto es un tema que se ha venido ventilando en las plazas, calles, parques y corazones de las naciones desde mediados del siglo XX hasta la actualidad, unos dicen que responde a los intereses de un Lobby político y otros dicen que responde más bien a intereses de los Estados para refrenar la ola de sobrepoblación, la cuestión en este presente ensayo será la de averiguar qué fue lo que motivo al legislador ecuatoriano a tipificar el aborto como un delito, a garantizar la vida desde la concepción en la Carta Magna de la república y hacer un análisis jurídico respecto de este tema para poder establecer entre otras cosas si es que el aborto constituye en la actualidad una crisis sanitaria o únicamente responde a pretensiones de un Lobby político de actualidad, para ello será preciso analizar datos estadísticos sobre el aborto según cifras oficiales, existen veces en las cuales la explicación o los términos normativos no son suficientes para explicar el porqué de las normas entonces como manda el art 18 del Código Civil se necesita una interpretación histórica, teleológica y sistemática para averiguar el sentido de las normas y su verdadero espíritu y razón de ser.

²⁵. Estudiante de Derecho de la Universidad del Azuay



Análisis legal y doctrinario

Se hace casi obligatorio para efectos de este trabajo desarrollar un concepto de aborto para referirnos a él a lo largo de la exposición. Así que vamos a dar la definición desarrollada por un gran jurista en derecho penal; dice Donna: “el concepto legal de aborto, como delito contra la vida, atiende, en su materialidad, a 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.” (Donna, 2000, pág. 63)

Médicamente, desde el punto de vista puramente ginecológico, el aborto atiende a la expulsión del producto de la concepción provocada antes del tiempo previsto.

Desde el punto de vista jurídico el aborto es inconstitucional a primera vista pues nuestra constitución es clara indicando que el Estado protegerá la vida desde el momento de la concepción, sin embargo, el Código Orgánico Integral Penal admite que puedan existir causas de justificación muy restringidas sobre el aborto, así pues nuestra constitución del 2008 nos garantiza en su art. 45 que los niños y niñas tendrán los derechos concernientes a su edad, y que el estado garantizará la protección de la vida desde la concepción, a este acaso deberíamos preguntarnos qué se entiende por concepción? pues no es un elemento descriptivo de la norma sino uno normativo, es decir que se tendrá que darle un significado que responda a lo que se entienda por concepción para la sociedad y las ciencias de ese momento, por lo que la simple lectura de la constitución es insuficiente para determinar el significado de concepción, algunos autores como Donna diría que empieza desde la anidación del óvulo en las paredes intrauterinas, aproximadamente desde la semana 2 desde la fecundación (Donna, 2000, pág. 67), aunque El premio Nobel de Medicina y Fisiología François Jacob asegura que, en la cuestión del aborto, “la mayoría de los argumentos biológicos solo sirven para camuflar argumentos metafísicos contra él”. (Magdalena, 1983) es decir se utiliza la ciencia para reforzar argumentos filosóficos contra el aborto. Pasando al análisis puramente legal nos encontramos con que el Ecuador ha tipificado en su legislación al aborto como un delito en diferentes circunstancias dentro del Código Orgánico Integral Penal, e inicia haciéndolo desde el aborto con muerte que es un resultado del principio de consunción, en el cual su pena es de siete diez años y sin se ha hecho sin su consentimiento y se provoca la muerte sería de trece a dieciséis años, el elemento de la voluntad del sujeto pasivo (mujer) es fundamental pues de esto se infiere que ha habido más desvalor de acto en el hecho criminoso como dice el Dr. Juan Carlos Salazar. (Salazar, 2016), el código en su art 148 nos establece el aborto no consentido y prevé que en caso de que las técnicas utilizadas por la persona que induce al aborto no hayan tenido eficacia se sancionará como tentativa lo cual nos redirige al art 39 que define a la tentativa como la ejecución que no llega a consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse de un hecho criminoso por circunstancias ajenas a la voluntad del autor y se penará con los dos tercios que corresponderían a la pena prevista en cada tipo penal en el cual quepa la tentativa; el art 149 nos define el aborto consentido que cabe recalcar es el único que establece pena para la mujer que se practique el aborto voluntariamente que será de 6 meses a 2 años máximo, lo que según lo que hemos visto debe merecer una sanción penal de esa naturaleza pues afecta a él Bien Jurídico “vida”; como dice Llambías, explicando la norma, “que se adapta el derecho a la realidad biológica. Pues desde que ha comenzado a existir el nuevo ser, por la fecundación del óvulo materno, es innegable que se está en presencia de un individuo de especie humana que existe antes del nacimiento ya que este hecho solo cambia el medio en que se desarrolla la vida del nuevo ser” (Llanvías, 1969). Es decir, no se puede pretender penar a una persona que acude a abortar con la misma pena que tendría una persona que asesina a otra, pues si bien el Bien Jurídico es el mismo las circunstancias que lo envuelven son diferentes por lo tanto según la dosimetría penal estaría acorde la pena al hecho criminoso.

¿Todos los abortos son punibles en la legislación ecuatoriana?

Pues veremos que el hecho de abortar no siempre se encuentra dentro de las figuras delictuales descritas dentro de los delitos contra la vida en el Código Orgánico Integral Penal, hay dos excepciones previstas en el art 150 y son el aborto terapéutico y el eugenésico. Ahora el aborto terapéutico es el cual se realiza por personal médico autorizado por la extrema necesidad de la madre de hacerlo para conservar su propia vida, el médico en estos casos está obligado a realizar el aborto por necesidad de salvar a la madre; el aborto eugenésico es el cual se aplica en pos de evitar enfermedades mentales que se transmiten por taras hereditarias como el síndrome de Down, autismo, entre otras y además que sea producto de una violación, ahora en este sentido toda relación sexual con personas que padezcan enfermedades mentales que disminuyan o menoscaben considerablemente su capacidad cognitiva, volitiva, etc. Se deberá entender que no hay consentimiento pues no hay voluntad como tal por la falta de capacidad cognitiva que estas enfermedades implican entonces deviene claramente en una violación, claro previo establecer el nivel de disminución de estas capacidades previamente por un profesional de la salud. (Donna, 2000, pág. 89)

De lo que no hay duda, en principio, para nuestro ordenamiento legal, es de que la vida se protege desde la concepción hasta la muerte, pero lo que cambia es la fuerza de la protección. Será mayor desde el nacimiento hasta la muerte, y menor desde la concepción hasta el nacimiento, es decir que la vida existe desde la concepción y se protege desde ese tiempo, lo único que cambian son las circunstancias que rodean al desarrollo de la vida como tal.

Dentro de esta postura podríamos incluir al Tribunal Constitucional alemán, quien manifestó en su sentencia del 11-4-85 que

“la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido, por efectos del tiempo, a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital.” (Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, 2008)

Con la concepción, la vida surgida de la fecundación queda definitivamente individualizada. Esa primera e importante transformación biológica marca el punto de arranque de su tutela jurídica, porque a partir de ese momento estamos en presencia de “un nuevo ser humano” único y plenamente identificable, inclusive tiene rasgos biológicos básicos distintos a los de su madre como por ejemplo el ADN.

Valoraciones éticas sobre el aborto

Es menester realizar dos tipos de valoraciones éticas con respecto a diferentes personas que actúan dentro de un proceso abortivo: los facultativos médicos y las mujeres, para así saber que poder exigir a cada uno desde una perspectiva legal y metafísica.

En cuanto a los profesionales que practican abortos pertenecen al sector de la salud y por ende deben respetar el juramento hipocrático que realizaron antes de la efectiva puesta en marcha de su profesión y nos encontramos en una situación en la cual la profesión de una facultad científica impone obligaciones de moralidad, es decir que ya no son solamente obligaciones morales como una práctica altruista sino ya se juridifican pues imponen obligaciones ligadas a la posición de garante de un profesional de la salud que no tienen los simples particulares. En estos casos hay mayor irreprochabilidad de aquel que

actúa desatendiendo deberes que personalmente incumben al facultativo, por esta razón es que hay mayor pena para los profesionales de la salud que practican abortos. “De allí que la agravante no se comunica a los partícipes no facultativos, es decir personas que no están en el deber jurídico de propender a salvar vidas y tienen un papel de garantes con respecto al bien jurídico vida.” (Donna, 2000)

En cuanto a las mujeres que acuden a realizarse un aborto, podríamos decir que tienen una posición de garante con respecto al producto de la concepción que llevan en su vientre para protegerlo y propender su existencia por todos los medios posibles, como dice el ínclito principio de responsabilidad que nos legó Hans Jonas (1994): “Obra de manera que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida auténticamente humana sobre la tierra” (Guerrero, 2012). Otros autores como Savater hacen una reflexión sobre la pretendida sociedad del conocimiento, en la sociedad en la que se dispone de más información y posibilidades comunicativas que nunca, en la sociedad en la que los espacios y tiempos de aprendizaje se han multiplicado como nunca se hubiese soñado, el miedo a la libertad y a la consecuente responsabilidad se ha agudizado hasta este punto (Savater, 2004). Lo que verdaderamente preocupa es que se mire al aborto únicamente como un asunto egoísta y de mera conveniencia es por eso que se necesita del ente coercitivo por excelencia que es el Estado la protección de quien ni siquiera puede defenderse por sí mismo justifica la intervención del Estado pues es el único ente que puede proveer principios morales objetivos un ejemplo muy claro es el Código Orgánico Integral Penal que prevé el delito de aborto. Una cosa es que la ley justifique el aborto y lo permita; y otra muy distinta es que exista una causa de exculpación, que puede existir en la propia ley como excepción a la regla por situaciones en las cuales ya no se puede exigir otra conducta.

¿El aborto es la única alternativa?

Así como nuestra constitución consagra los derechos de libertad sexual y planificación familiar, debe entenderse como una capacidad de determinación positiva y no negativa es decir textualmente en su art 66. Numerales 9 y 10

El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.” (Constitución de la república del Ecuador, 2008).

Es decir se determina que las personas puedan decidir cuantos hijos e hijas tener, no cuantos no tener, por eso se permiten las píldoras anticonceptivas en nuestro medio y demás aparatos tendientes a evitar embarazos no deseados pues ellos no se considerarán persé abortivos como el DIU. Siempre se considera la adopción como método alternativo de proveerle de una familia para su desarrollo integral según el código de la niñez y adolescencia.

El aborto ¿un problema de sanidad?

Este tema tenemos que verlo con respecto a las 2 víctimas del aborto, tanto mujeres gestantes como los productos de la concepción. En el año 2017 el Ecuador registró alrededor de 1872 defunciones fetales, un 4,6% más que en el 2016 de los datos que constan en el INEC.

En cuanto a las mujeres las complicaciones durante el embarazo ocupan el noveno lugar de causas de muerte en mujeres con un 2,2% del total de defunciones es decir alrededor de 690 defunciones de las cuales no se especifica si todas ellas fueron por abortos clandestinos o por poner en riesgo a la madre y no aplicar un aborto terapéutico. La tasa de mortalidad más alta en mujeres gestantes se dio en la provincia de Pastaza con 111,2 muertes por 100.000 nacidos vivos. Lo que suele ser su aborto, legalización, crisis sanitaria, protección, derecho a la vida. Con estos datos emitidos por autoridades gubernamentales es que ocultan datos de aborto clandestino con causas como la hemorragia y desprendimiento de placenta que suelen ser las consecuencias de los abortos clandestinos la tasa de mortalidad materna por esta causa en el INEC es del 5,4%. (INEC, 2017)

En nuestro medio, es notoria la ausencia en el sistema educativo de una orientación temprana y seria en el dominio sexual, en general, y en el campo de los medios contraceptivos, en particular. El uso oportuno y adecuado de estos impide los embarazos no queridos y permite a muchas mujeres desarrollar una actividad sexual normal y sin angustias, a la cual tienen también derecho. Una política racional en este dominio tiene el efecto positivo de evitar o restringir el número de embarazos no deseados y, por ende, impedir la futura realización de abortos clandestinos.

En todo caso, no se debe olvidar que, por las peculiares condiciones imperantes en los países subdesarrollados, como el nuestro, el aborto se ha transformado en “un problema mayor de salud” y ha llegado a constituirse en “un medio de control de natalidad”. Si nos basamos estrictamente a lo que dicen los medios oficiales e instituciones del sistema público del Ecuador vamos a encontrar una gran deficiencia en lo que respecta a muertes por abortos pues en las estadísticas del INEC ni siquiera se contempla el aborto como una causa de muerte fetal ni materna, lo maquillan con otras causas de muerte que en realidad son consecuencia de practicarse un aborto clandestino como hemorragias y desprendimientos de placenta. (Pozo, 2006)

Si nos basamos en los datos que maneja el INEC las muertes por embarazo ocupan un lugar pequeño respecto a la totalidad de muertes femeninas y muertes por aborto ocupa un lugar menos visible y hasta invisible pues el INEC no se refiere como ya vimos al número de muertes por abortos clandestinos como tal sino a las causas de la muerte, aun así estadísticamente hablando una emergencia de sanidad sería enfermedades como la diabetes que es la segunda causa de muerte de mujeres en Ecuador con 2606 muertes de mujeres por año según datos de INEC, es decir sería apresurado decir que existe una emergencia sanitaria y sacar estadísticas de cualquier lugar que no sean los medios oficiales de registro de estadísticas y censos, en todo caso la principal causa de muerte son enfermedades del corazón y no hay ningún lobby pidiendo que se dedique más tiempo al ejercicio o que se aumenten aranceles a las comidas con alto contenido calórico o pidiendo que se destinen recursos para tratar las enfermedades del corazón, esto hace pensar que es una pretensión política para ganar terreno dentro de la coyuntura actual.

Conclusiones

En conclusión, podemos observar que mediante un análisis jurídico del aborto este acto es una conducta punible por el derecho penal, por el derecho constitucional y por la ética imperante en la sociedad ecuatoriana, es un actuar que, si bien busca fines loables, es inadecuado en virtud de los bienes jurídicos que se lesionan, se puede lograr los mismos o parecidos resultados aplicando modos más humanistas y en pro del ser humano como son la adopción y la educación sexual integral, el uso de métodos anticonceptivos para evitar embarazos no deseados.

En pocas palabras defendiendo el derecho a la vida pues es el derecho que tiene toda persona como base para el ejercicio de los demás derechos. El derecho a la vida es el más elemental de los derechos del ser humano ya que este preside y se antepone a la realización de los demás derechos. Si se priva de este derecho, también se nos estará privando de todos los demás derechos que poseemos, ya que para ser sujeto de derecho debemos de estar vivos. En palabras de García Vilaedell: "La innegable trascendencia de este, ha llevado a algunos autores a sostener incluso su carácter de derecho absoluto, de tal modo que todos los demás derechos deberían subordinarse a él y ceder ante un conflicto con el mismo" (ARÉSTEGUI, 2015)

Podemos observar también que se trata de estrategias políticas para satisfacer las pretensiones de un grupo de interés y en realidad no hay una "emergencia sanitaria" como se demostró con cifras exactas, finalmente quiero hacer un llamado a la comunidad a defender la vida y saber que lo legal no siempre es ético, a no tomar la cuestión del aborto como una cuestión de mera conveniencia sino saber que el resultado de un embarazo debería ser la vida y no la muerte.

Referencias

- Arestegui, C. C. (11 de septiembre de 2015). *Libertad Religiosa vs Derecho a la vida: ¿Conflicto entre derechos?* Obtenido de repositorio de la universidad Católica San Pablo: <http://ucsp.edu.pe/investigacion/derecho/wp-content/uploads/2015/09/Articulo-CFD-Carolina.pdf>
- Censos, I. E. (2017). *Nacimientos y defunciones*. Quito-Ecuador.
- Donna, A. E. (2000). *Derecho Penal Especial parte II*. Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni.
- Guerrero, A. B. (2012). *Educación en la libertad y la responsabilidad.. EDETANIA*, 75-90.
- Icaza, J. C. (5 de septiembre de 2016). Derecho Penal General I. Cuenca, Azuay, Ecuador.
- Jurisprudencia del Tribunal, 11-4-85 (Tribunal Constitucional Alemán 19 de Octubre de 2008).
- Llanvías, J. (marzo de 1969). *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: Perrot.
- Magdalena, E. M. (5 de mayo de 1983). *El País*. Obtenido de https://elpais.com/diario/1983/05/25/espana/422661601_850215.html
- Pozo, J. H. (2006). *Manual de Derecho Penal Parte Especial 2*. Lima: Edita.
- Constitución de la República del Ecuador. Suplemento Nro. 449 Registro Oficial. 2008. Asamblea nacional Constituyente. Quito-Ecuador.
- Código Orgánico Integral Penal. suplemento Nro.180 Registro Oficial. 2014. Asamblea Nacional. Quito-Ecuador.