

Sabina Lorena Gamboa-Vargas; Wilson Orlando Verdezoto Toaza

<http://dx.doi.org/10.35381/racji.v6i11.1383>

La despenalización del aborto desde el enfoque de género
The decriminalization of abortion from a gender perspective

Sabina Lorena Gamboa-Vargas
sabinagamboa@uti.edu.ec
Universidad Tecnológica Indoamérica, Quito
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0003-2591-4071>

Wilson Orlando Verdezoto-Toaza
vwilsonorlando@yahoo.com
Universidad Tecnológica Indoamérica, Quito
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0002-8324-6799>

Recepción: 01 de abril 2021
Revisado: 31 de mayo 2021
Aprobación: 15 de junio 2021
Publicación: 01 de Julio 2021

RESUMEN

El objetivo del artículo es analizar la despenalización del aborto en Ecuador una normativa legal discriminatoria que vulnera los derechos humanos de las mujeres y el derecho a la vida. A nivel metodológico, la investigación se genera desde un análisis documental – jurídico. La aprobación de esta sentencia en Ecuador, basada en el *ius* resulta un avance importante en la despenalización del aborto, pero este avance resulta insuficiente porque todavía queda camino por recorrer, pues la circunstancia de violación no debería de ocurrir para tener derecho a abortar, es decir, el aborto no debería ser penado bajo ninguna circunstancia.

Descriptor: Derecho constitucional; derechos humanos; derechos de la mujer. (Palabras tomadas del Tesoro UNESCO).

ABSTRACT

The objective of the article is to analyze the decriminalization of abortion in Ecuador, a discriminatory legal regulation that violates the human rights of women and the right to life. At a methodological level, the research is generated from a documentary-legal analysis. The approval of this sentence in Ecuador, based on *ius*, is an important advance in the decriminalization of abortion, but this progress is insufficient because there is still a long way to go, since the circumstance of rape should not occur to have the right to abort, it is In other words, abortion should not be penalized under any circumstances.

Descriptors: Constitutional law; human rights; womens rights. (Words taken from the UNESCO Thesaurus).

INTRODUCCIÓN

El reciente proceso de despenalización del aborto en Ecuador por motivo de violación ha generado una argumentación interesante a nivel doctrinal. El objetivo general de esta investigación es analizar la despenalización del aborto en el Ecuador desde el enfoque de género. Desde el punto de vista legal esta práctica había sido penalizada, con el argumento que la Constitución protege lo que denomina vida humana, desde el momento de la concepción, a nivel metodológico, la investigación se genera desde un análisis documental – jurídico.

Ante la situación descrita surge la pregunta de investigación, ¿Será la despenalización del aborto en Ecuador una normativa legal discriminatoria que vulnera los derechos humanos de las mujeres y el derecho a la vida? Con el objetivo de analizar la despenalización del aborto en Ecuador una normativa legal discriminatoria que vulnera los derechos humanos de las mujeres y el derecho a la vida.

Igualdad

En un primer contexto con respecto a la igualdad autores como Navarro *et al.* (2017) indican que “la igualdad es una categoría que hace referencia a la existencia en dos o más personas o cosas de un mismo rasgo o elemento desde el cual se establece la comparación entre ellas (el llamado *tertium comparationis*)” (p.40). El principio de igualdad tiene también dos (2) tipos: la igualdad formal y material. A propósito de la primera, (Garzón Fernández, 2018), establece que se trata de una consagración normativa para que todos los grupos de una sociedad, tengan las mismas condiciones favorables dentro del modelo social, mientras que, la segunda implica la materialización de esas condiciones favorables en la esfera práctica de aplicación de la norma, a través de la prohibición de las conductas discriminatorias por lo que el principio de igualdad se estudia siempre de la mano del principio de no discriminación.

Por su parte la discriminación es definida por la RAE, como aquel trato “desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de

condición física o mental, etc.”, otros autores definen la discriminación como “un trato diferenciado basado en razones diversas; se trata de la selección o señalamiento a una determinada persona con ciertas características, adjudicándole una condición o sentido de inferioridad” (Nuvaez, 2018, p.1). Es decir, cualquier acción desventajosa que se extiende a las esferas sociales y se materializa violentando los derechos y libertades fundamentales de esas personas. Pese a los cambios jurídicos experimentados basados en los principios de la igualdad y no discriminación contemplados en la Constitución. Al entender de (Llorente, 2020), las mujeres siguen formando parte de los colectivos vulnerables dentro de la sociedad, como se evidencia en la revisión documental realizada a las investigaciones que se relacionan con la temática de la despenalización del aborto desde el enfoque de género.

Por su parte la despenalización del aborto es un tema polémico a nivel global pues en muchas sociedades existe un conflicto entre los que abogan por los derechos de la mujer a interrumpir un embarazo no deseado y los que argumentan que se debe proteger la vida en todas sus etapas. De acuerdo con (Lavanda, 2020), la práctica del aborto es un fenómeno que, legalmente o no, forma parte de la sociedad ecuatoriana y es un recurso que utiliza la mujer para interrumpir un embarazo no deseado, especialmente en caso de violación. Sin embargo, la legislación tradicionalmente ha penalizado el aborto, con el argumento que la Constitución protege lo que denomina vida humana, desde el momento de la concepción.

Específicamente, el Ecuador tiene altas tasas de violencia de género, se estima que 1 de cada 4 mujeres sufre violencia sexual en algún momento de su vida (Human Rights Watch, 2019). Adicionalmente, según informa el Ministerio de Salud Pública (2017) el “15.6% de las muertes maternas en Ecuador se deben a abortos realizados en condiciones no seguras”, es decir, se realizaron en clandestinidad (Plan V, 2019). Desde la perspectiva de género, se defiende el derecho de la mujer a ejercer el poder de decisión que tiene sobre su cuerpo, y a la no intervención del poder punitivo del Estado sobre éste. Adicionalmente, las relaciones sexuales están consideradas como derecho

humano, lo que permite a la mujer elegir o decidir con quien, como, cuando, donde tenerlas e incluye elegir cuántos y en qué momento tener hijos. (Sucuzhañay, et.al, 2020) El género, en un sentido amplio, se refiere según el Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales (2017), a “el conjunto de creencias, rasgos personales, actitudes, sentimientos, valores, conductas y actividades que diferencian a hombres y a mujeres a través de un proceso de construcción social que tiene varias características” (p.13). Este concepto hace énfasis a la gama de roles, relaciones, características de la personalidad, actitudes, comportamientos, valores, poder relativo e influencia, socialmente construidos, que la sociedad asigna a ambos sexos de manera diferenciada.

El género como perspectiva de estudio de acuerdo con la Comisión Interamericana de Mujeres (2017), es vista “como herramienta explicativa de la realidad social, sobre todo mediante sus ejes de análisis: público-privado y productivo-reproductivo” (p.10), es decir, se ha convertido en una herramienta analítica que permite distinguir el impacto diferenciado entre hombres y mujeres. Ante la situación descrita surge la pregunta de investigación ¿Será la despenalización del aborto en Ecuador una normativa legal discriminatoria que vulnera de los Derechos Humanos de las mujeres y el derecho a la vida?

En este orden de ideas aparece también la idea del *mainstreaming* de género o a la transversalidad, un vocablo a que se hizo referencia por primera vez en el seno del Consejo de Europa en 1999 en donde se indicó que se trataba de “la organización (la reorganización), la mejora, el desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que una perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en la adopción de estas medidas”.

Estas medidas, en criterio de Conde *et al.* (2009) son “el conjunto de decisiones, objetivos y políticas adoptadas por las instituciones públicas con relación al fomento de la igualdad entre hombres y mujeres y a la mejora de la situación socioeconómica, política y social de la mujer” (p. 16). En tal contexto se trata de medidas referentes a los

poderes públicos en los que pueden implementar mecanismos que permitan la consecución de la igualdad de género para todas las personas a los fines de hacer frente a las desigualdades sociales, latentes en el seno de las colectividades. Esta disciplina transversal ha sido atendida por la doctrina y por los Estados a través de criterios y normas jurídicas que permitan la implementación de parámetros que incluyan y promuevan la igualdad de género.

El aborto en el contexto jurídico internacional y nacional: una realidad compleja

En el contexto internacional, la preocupación de las grandes organizaciones internacionales como la Organización de Naciones Unidas (ONU, 2015a y ONU, 2015b) sobre la igualdad de género termina enfocándose en dos grandes proyectos internacionales denominados los Objetivos del Desarrollo del Milenio (ODM) y los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS). Los ODM se constituyeron como un proyecto inicial de la Organización de las Naciones Unidas que se planteó desde el 2000 hasta el 2015 como los grandes propósitos de los Estados miembros.

Al respecto, el objetivo 3 se refiere a “Promover la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer”, cuyos resultados puntualizados en el informe final del evento hacen notar que para el 2015, eran muchas más las niñas que iban a la escuela que antes. Este factor, si bien parece aislado, es fundamental ya que la educación de las mujeres permite que sean mucho más competitivas en el mercado laboral y por ende que puedan tener acceso a mejores puestos de trabajo.

En este sentido, el informe final sobre estos objetivos recoge algunas estadísticas y demás datos que se constituyen de especial interés dentro del desarrollo de las políticas de género que fueron adoptadas por la ONU. Por lo menos, en esa oportunidad, se determinó que para el 2015 eran muchas más niñas las que iban a las escuelas que antes y que la meta seguía siendo que para el 2030 se eliminaran las disparidades de género en todos los niveles y criterios sociales.

Dicho documento contenía también otras menciones importantes sobre logros obtenidos en otras materias, como la parlamentaria, en donde las mujeres habían alcanzado una representación en casi el 90%, en los últimos 20 años, para un total de 174 países por lo que se duplicó su proporción de participación para aquél entonces (ONU, 2015). Sin embargo, a pesar de aquello el informe, *in comento*, contenía un apartado en donde se indicaba que “Deben rectificarse las causas fundamentales de desigualdad entre hombres y mujeres” (ONU, 2015, p. 31), por lo que aún en ese momento se presentaban sensibles fallas en las esferas de aplicación de las políticas establecidas para tales fines. Lo interesante de este documento es que resaltaba la necesidad de profundizar en políticas que contengan criterios que se desarrollen con respecto a otras áreas que se consideran también fundamentales al respecto, como es el caso de la violencia contra las mujeres y las desigualdades de oportunidades entre ambos sexos, el control limitado de las mujeres sobre los bienes y la propiedad, y la participación desigual de la mujer en la toma de decisiones tanto a nivel público como privado y los derechos de reproducción sexual de las mujeres. Por lo que para el 2015, ya había políticas que a nivel internacional, intentaban regular estas sensibles realidades que tratadas en este estudio, por lo menos, el aborto.

La ONU analizaba ya en el 2015, las razones por las cuales transcurrían las desigualdades entre hombres y mujeres, por tal motivo, en dicho informe final se instó a los Estados a seguir regulando en esta materia para garantizar políticas públicas más efectivas. Asimismo, la ONU planteaba la importancia de luchar contra la violencia sexista, el poco control que tienen las mujeres sobre su propio empoderamiento económico, sus dificultades para formar parte de las esferas de poder y las desigualdades de oportunidades en el trabajo, entre las cuales destacan que se ocupan en el sector turístico de servicios.

A partir de entonces, se plantea la Agenda 2030 para el Desarrollo sostenible, un plan de acción constituido a favor de las personas, el planeta y la prosperidad. Este documento, contiene 17 objetivos y 169 metas que los complementan y que deben

cumplirse hasta el año 2030. El preámbulo de la Agenda indica que “también se pretende hacer realidad los derechos humanos de todas las personas y alcanzar la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas”. Este último criterio se ve reforzado dentro de la declaración introductoria del documento que en su disposición número 8 se establece que existe la necesidad de vivir en un mundo en donde tanto las mujeres como las niñas tengan y gocen de plena igualdad eliminándose todos los obstáculos que impiden su empoderamiento.

Específicamente, en el apartado 8, se trata la necesidad de contar con un mundo donde todas las mujeres y las niñas gocen de plena igualdad, cuestión que sólo podrá lograrse eliminando los obstáculos que impiden su empoderamiento. En este sentido, la norma resalta nuevamente la importancia de cumplir con la igualdad de género, legislando en las esferas de participación de la mujer a los fines de que alcancen las mismas condiciones que los hombres en el plano mundial, regional y nacional. Un criterio que parece importante antes de tratar el tema de los nuevos ODS o los Objetivos de Desarrollo Sostenible es que este documento indica que existe el problema de las desigualdades de género y que es una cuestión que debe tomarse en cuenta para la consecución de todos los objetivos.

La erradicación de estas desigualdades implicará además que se contribuya de forma decisiva al progreso de todos los objetivos y metas por lo que no puede hablarse del cumplimiento de los ODS si se niegan las mismas oportunidades a más de la mitad de la humanidad. En tal sentido, la Agenda 2030 indica la importancia de crear normas jurídicas que permitan legislar dentro de las esferas de participación de la mujer dentro de la sociedad y esto podría lograrse si se aumentan de forma significativa las inversiones y los presupuestos de los Estados que sean destinadas a la consecución de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer.

Por su parte, los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) son aquellas grandes metas que se proponen las Naciones Unidas hasta por lo menos el 2030 y su finalidad es potenciar el crecimiento económico de cada país así como atender las grandes

necesidades sociales y económicas del mundo desde una perspectiva abierta para tales fines y con el apoyo de los demás países miembros de la naciones unidas por lo que en el desarrollo de medidas sociales de progreso, como las que se describen en esta investigación, es esencial hacer mención a ellos.

Como antecedente en este contexto, dentro de los principios de la Carta de las Naciones Unidas de 1945 podría decirse que se hizo hincapié en la necesidad establecer mejores condiciones para las personas, este documento si bien no es jurídicamente de obligatorio cumplimiento, tal y como lo indica el literal número 7 supone si un compromiso responsable de los Estados miembros a los fines de la consecución de esos propósitos, por lo que en ningún contexto puede desmerecerse su importancia ya que en su momento permitió la reafirmación de la confianza en los derechos fundamentales de las personas, en la condición humana que tenemos todos, sin distinción de sexo y en la necesidad ulterior de garantizar y en la misma condición humana para garantizar además la igualdad en todos los sentidos y la promoción y desarrollo de la sociedad y de la calidad de vida.

Por otra parte, también es importante hacer mención a otros antecedentes que interesan en este estudio, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en adelante DUDH, que data del 10 de diciembre de 1948 (Suscrita por Ecuador en esa misma fecha y es una norma de ratificación *ius cogens* por lo que no admite pacto en contrario), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Suscrito el 16 de diciembre de 1946 y ratificado por Ecuador el 6 de marzo de 1969) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Suscrito por el Ecuador el 16 de diciembre de 1946 y ratificado el 6 de marzo de 1969).

En primer lugar, la DUDH establece cuales son los Derechos Humanos de las personas y al respecto de ella, Barzotto (2020), indica que “El significado más inmediato es que el Estado de Derecho debe efectivizar el catálogo de derechos de la Declaración. Pero la frase puede ser invertida: los Derechos Humanos solo serán efectivos en un Estado de Derecho” (p.5). Establece en su preámbulo, que debe tomarse en consideración la

libertad justicia y paz en el mundo, así como el reconocimiento de la dignidad intrínseca de los derechos de los seres humanos “Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres” (s/p). Por lo que este documento también se considera una norma legal inicial sobre la que se establecen los cimientos de lo que debe ser la consideración de la dignidad humana de todas las personas, entre ellas las mujeres.

En otro sentido, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en adelante PIDESC, hace referencia a la prohibición de las formas de discriminación y en el artículo 26 indica que “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación” (p.10). En tal sentido, este antecedente normativo, permite también promover las ideas que se desarrollan en el tema objeto de este estudio toda vez que ya existían con anterioridad las bases internacionales para la consecución de la igualdad de género, factor esencial en nuestro tema de estudios.

En ese mismo contexto, se puede hacer mención a los ODS que recogen las necesidades de esos 193 Estados miembros perteneciente a la ONU y crean lo que se conoce como un consenso emergente multilateral entre distintos miembros de gobiernos, actores y representantes de la sociedad civil organizada, así como del sector empresarial, institucional y académico (ONU, 2019; Educo, 2020). Entre estos objetivos el más importante sería el número 5, que es promover la consecución de la igualdad de género, y por ende, el empoderamiento de la mujer y la niña.

Dentro de esos ODS puede hacerse mención también a sus 169 metas que abarcan distintas esferas de interés para la sociedad en todos los ámbitos. Ahora bien más allá de contemplarse normativamente, como hemos visto, la Asamblea General de las Naciones Unidas y sus Estados miembros dentro del contexto del proceso que llevó a su consecución establecieron además mecanismos de acción que permitirán el cumplimiento de dichos ODS que también son el resultado de más de 40 congresos y

conferencias de la ONU, así como de la implementación de los antiguos Objetivos de Desarrollo del Milenio (Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL], 2020).

Concretamente, sobre el objetivo 5 de los ODS “alcanzar la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de la mujer y la niña”, la ONU (2020), establece que, dentro de las metas de la organización para cumplir con esta finalidad, están las de poner fin a las formas de discriminación contra las mujeres y eliminar las formas de violencia. Interesa en este apartado, el tema de las mujeres que se desempeñan en el sector de servicios, al respecto la ONU (2015a, 2015b), analiza la necesidad de atender el trabajo doméstico no remunerado, así como la desigual distribución de las cargas en el hogar y la familia. En dicho objetivo se resalta la necesidad de que la perspectiva de género se incluya en las políticas de seguimiento para velar por dichos objetivos.

Ahora bien, en Ecuador la concepción del Estado contenido en la Constitución de Ecuador en (2008) que en su artículo 424 establece que esta es la norma suprema, además señala que “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. El texto constitucional señala específicamente en su artículo 11 numeral 2 que “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades (...) 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” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En el mismo texto constitucional también hace referencia a otro concepto que en la doctrina se estudia de la mano de la igualdad que es: la prohibición de discriminación que se refleja en la legislación nacional, específicamente en el Art. 66 numeral 4 que reconoce el derecho a las personas a no ser discriminadas. En concreto, establece el artículo que “se reconoce y garantiza a las personas: 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Esto viene a complementarse con la disposición constitucional del artículo 393 que establece que el Estado “garantizará la seguridad humana (...) para asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación (...)” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En referencia a la igualdad de género al señalar en su Art. 70 la obligación que tiene el Estado de formular y ejecutar políticas para alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres y de incorporar el enfoque de género en todos los planes y programas de gobierno, así como brindar la asistencia que se requiera para su aplicación. La igualdad se estudia desde tres (3) distintas dimensiones, según el modelo planteado por Rocca (2012), la liberal, la social y la democrática.

En su dimensión liberal, la igualdad responde a la necesidad de ser aplicada en el plano jurídico por lo que su concepción como principio debe estar plasmada también en las normas jurídicas que no deben incluir diferenciaciones normativas de trato a menos que estén suficientemente justificadas. En su dimensión social, busca eliminar las profundas desigualdades de hecho, a los fines de que los grupos desaventajados en la sociedad puedan tener las mismas oportunidades que los demás. Por último, en su dimensión democrática, se trata de un derecho de los ciudadanos a participar en las mismas condiciones en el ejercicio y distribución de los poderes públicos.

Por otra parte, el 30 de julio de 2019, Miriam Elizabeth Ernest Tejada, Olga Virginia Rosalía Gómez de la Torre Bermúdez y Katherine Alexandra Obando Velásquez, por sus propios y personales derechos y como parte de la Coalición Nacional de Mujeres del Ecuador, la Fundación Desafío y del Frente Ecuatoriano por la Defensa de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, respectivamente, interpusieron la solicitud de una acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal (“COIP”). La causa fue identificada con el No. 34-19-IN. Posteriormente, otras personas y organizaciones interpusieron las acciones número 105-20 IN; 109-20 IN; 115-20 IN; 23-21 IN; 25-21IN; 23-21IN.

Sabina Lorena Gamboa-Vargas; Wilson Orlando Verdezoto Toaza

Estas solicitudes de revisión de la constitucionalidad que se acumularon a la inicial y que representaron iniciativas de organización de la sociedad civil donde participaron otras mujeres en nombre de sus propios y personales derechos, así como representante de otras organizaciones y colectivos de mujeres organizadas. Adicionalmente, otros órganos del Estado como la Presidencia, la Asamblea Nacional presentaron argumentos sobre la modificación legislativa. Las normas analizadas e impugnadas son los artículos 149 y 150 del COIP que establecen lo siguiente:

Art. 149.- 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. Art. 150.- El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos: 1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.

El 28 de abril de 2021, la Corte Constitucional de Ecuador en su sesión ordinaria aprobó la sentencia No. 34-19-IN/21 y su acumulado. La Corte Constitucional como máximo intérprete de la ley en el país, analizó la constitucionalidad de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal relativos a la penalización del aborto consentido en casos de mujeres víctimas de violación y declara la inconstitucionalidad por el fondo de la frase “en una mujer que padezca de una discapacidad mental” contenida en el artículo 150 numeral 2 del COIP.

Luego de la evaluación de la Corte Constitucional establece que el Estado tiene la posibilidad del *ius puniendi*, es decir, una facultad de establecer los delitos y la proporcionalidad de la pena de esos delitos. Este trasfondo de proporcionalidad viene determinado por el principio de igualdad y no discriminación, lo que significa que a pesar de que todos somos iguales ante la ley, no todos somos idénticos, es decir, tenemos diferencias sustanciales.

Sabina Lorena Gamboa-Vargas; Wilson Orlando Verdezoto Toaza

En este caso, existe una carga muy importante a la víctima de este tipo de delitos como violación que están constantemente en revisión de los criterios legales. Entonces, cuando la consecuencia de la violación es un embarazo, esta circunstancia se considera una revictimización, es decir, volver a la condición de víctimas, al existir un hijo. En base a esta circunstancia y considerando los principios de igualdad y no discriminación se buscó despenalizar la norma quedo desactualizada en el tiempo.

El aborto en el contexto de la doctrina y las distintas posturas al respecto

A nivel doctrinal, existen posiciones contrarias en torno a la despenalización del aborto. Una primera aproximación podría ser la planteada por Monzón (2021), quien, desde la perspectiva de género y los estudios feministas, comparó los textos normativos de la ley vigente de legalización del aborto inducido en la República Oriental del Uruguay desde el año 2012 y el fallido proyecto legislativo en la República Argentina en 2018.

Se consideró fundamental dilucidar las concepciones presentes del aborto desde una perspectiva de derechos humanos reproductivos y sexuales, autonomía corporal, los roles estatales, las distintas formas de objeción de conciencia y la relación con el sistema de salud entre ambos textos, así como el modelo específico de interrupción voluntaria del embarazo contemplado en cada normativa, para así conocer las similitudes y diferencias de la perspectiva de género en dos de los países más avanzados de América Latina en materia de salud sexual y reproductiva, a la par de Cuba, Guyana, ciertos Estados de México y los casos de Puerto Rico y Guayana Francesa, territorios legales de Estados Unidos y Francia, respectivamente, y en consecuencia, parte de sus jurisprudencias y no de las latinoamericanas.

En esta misma línea, Umaña (2017) valora la importancia de la despenalización del aborto voluntario en España y en otros países del mundo, no sólo para lograr la salvaguardia de los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas que puedan resultar vulnerados en torno a la prohibición del aborto, y garantizar el respeto de su dignidad como persona y al libre desarrollo de su personalidad, sino también la tutela

Sabina Lorena Gamboa-Vargas; Wilson Orlando Verdezoto Toaza

efectiva de la vida humana anterior al nacimiento. Para ello, examina la realidad política, social y religiosa de los distintos países, determinando los problemas del aborto en cada sistema, ofreciendo algunas recomendaciones y concluyendo qué modelo despenalizador sería el más adecuado a las necesidades de cada país.

Así entonces, se menciona como antecedente de este estudio, la tesis de maestría presentada en la Universidad Central de Ecuador, realizada por Lema Alvarado, (2020), quien realizó un trabajo de investigación socio - jurídico, donde trató los problemas que enfrentan las mujeres que han decidido interrumpir un embarazo producto de una violación, por el irrespeto y desconocimiento de la sociedad y el Estado a sus derechos consagrados en la Constitución.

Luego del trabajo de campo, que consistió en el análisis de trabajos de investigación y entrevistas realizadas a personas conocedoras sobre el tema, se demostró la necesidad de reformar el Art. 150 del COIP a fin de despenalizar el aborto por la causal de violación, con el fin de que las mujeres puedan tomar decisiones libres sobre su cuerpo, elegir la cantidad de hijos que desea tener, disminuyendo los casos de abortos clandestinos, en vista que en la actual legislación la penalización del aborto atenta varios derechos de la mujer demostrando el ius puniendi del Estado. Este trabajo se consideró antecedente del actual, pues ambos estudios guardan relación parcial en lo teórico y lo metodológico al realizar una revisión documental y un posterior análisis jurídico de la variable despenalización del aborto en Ecuador.

Mientras que (Maruri & Palma, 2021), abordan de manera crítica la influencia que ha ejercido el feminismo a lo largo de la historia en la lucha de los derechos de las mujeres, analizando cómo el feminismo ha contribuido a consolidar el ejercicio de los derechos de las mujeres y alcanzar la igualdad. Realizando un estudio de caso y el método histórico – lógico desde el enfoque cualitativo. Donde analizan los planteamientos legales que se han dado históricamente en Ecuador para despenalizar el aborto y que han sido infructuosos.

Los autores dentro de sus hallazgos concluyen que la penalización del aborto consentido no se ajusta a la realidad que vive la sociedad ecuatoriana, lo que propicia es su práctica en la clandestinidad, y constituye un problema para las mujeres de estatus socio-económico bajo, quienes exponen sus vidas físicamente y psicológicamente en la práctica de un método abortivo que no sea efectivo y bajo supervisión sanitaria, lo que nos lleva a que la tipificación de la conducta no protege el bien jurídico tutelado la vida humana. Razones por las cuales, el trabajo incluye una propuesta de ley para despenalizar el aborto en los casos de violación. Este trabajo se considera un antecedente del actual en lo teórico porque contribuye a la construcción del basamento legal del trabajo actual y en lo metodológico ambos estudios guardan relación sobre el enfoque cualitativo asumido, así como el método histórico – lógico aplicado.

Por su parte (Andrade, 2020), considera que la legislación penal ecuatoriana debe adecuarse a los estándares internacionales en materia de aborto, caso contrario, el Ecuador podría comprometer su responsabilidad internacional por violar Derechos Humanos. En su investigación se centró en el análisis de los estándares internacionales en materia de aborto que han sido emitidos por entes jurisdiccionales y que deben ser considerados como fuente de obligaciones para el Ecuador que, como Estado, debe ser garante en la medida que estos protegen de mejor manera los derechos de las mujeres que desean interrumpir su embarazo. A nivel jurídico, este estudio fue una fuente de información relevante para el análisis de las recomendaciones realizadas al Estado ecuatoriano con relación a la despenalización del aborto en casos de violación, incesto y malformaciones genéticas.

Por su parte los autores, (Montiel & Ruiz, 2020), consideran que una reforma al COIP que la viabilice la despenalización del aborto por violación, para ello, entrevistaron expertos en el tema quienes exponen sus posturas en favor de la interrupción de la gestación y la continuidad del embarazo, aunado a la inviolabilidad de la vida, dicho contraste ha servido como un punto de partida para la elaboración de una propuesta a la

Sabina Lorena Gamboa-Vargas; Wilson Orlando Verdezoto Toaza

Asamblea Nacional para ampliar el artículo 150, sobre todo en casos de violación y más aún cuando las víctimas son menores de 18 años.

Los autores (Andrade & Correa, 2019), se basaron en los pensamientos de separación del derecho y la moral de Hobbes y Locke, así como el pensamiento liberal de Bentham, Beccaria y Mill para tener como fundamento histórico que determine que una conducta determinada inmoral por la sociedad como lo es el aborto, no es justificación suficiente para seguirla manteniendo como un delito. Luego con un análisis detallado de los principales principios protegidos por la Constitución de la República del 2008 y por los Tratados Internacionales de los cuales el Ecuador es signatario, argumentaron como la punibilidad del aborto violenta dichos principios a la mujer ecuatoriana. Se detalla también la normativa nacional y presentan estadísticas de mujeres que en los últimos años fueron judicializadas por abortar en Ecuador. Este trabajo es un antecedente del actual porque ambas investigaciones tienen en común la perspectiva de derechos humanos reproductivos y sexuales, autonomía corporal, a los que debería tener derecho la mujer ecuatoriana.

En otro orden de ideas, (Quevedo, 2019) plantea que prohibir y criminalizar el aborto en Ecuador por parte del Estado, genera consecuencias para las mujeres en diferentes aspectos de su vida:

Se pueden resumir de la siguiente manera: (i); La dimensión personal; que se relaciona con la impotencia que experimenta la mujer para decidir sobre su propio cuerpo, su sexualidad y su desarrollo en libertad, (ii); la dimensión de la salud, que expone a la mujer a situaciones de mortalidad y morbilidad (iii); la dimensión económica, que comprende una dinámica compleja, pues aumenta la vulnerabilidad, la marginación y que, en general, plantea mayores desventajas sociales que vienen con la pobreza y la condición de ser mujer.(p.41)

Coincidiendo con los planteamientos de (Guerra, 2018), al considerar que la penalización del aborto es ineficaz y anacrónico, porque genera graves violaciones a los derechos de las mujeres y adicionalmente incrementa los índices de morbimortalidad femenina teniendo repercusiones a tres niveles familiar, social y a nivel del Estado. Adicionalmente,

Sabina Lorena Gamboa-Vargas; Wilson Orlando Verdezoto Toaza

la prohibición del aborto puede ser visto por algunos grupos como un dispositivo de control del cuerpo femenino y de exigencia de la observancia de un contrato reproductivo impuesto por el sistema patriarcal.

Consideraciones de los investigadores

El aborto es un fenómeno donde convergen varios Derechos Humanos, como pueden mencionarse: el derecho del niño no nacido, el derecho de la mujer, derecho a la salud y atención médica, el derecho a la privacidad, el derecho a la no discriminación y la igualdad, derecho a la seguridad personal, derecho a la información, derecho a no ser sometido al trato cruel e inhumano y degradante, derecho a decidir el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos, derecho a la libertad religiosa y de conciencia, entre otros (Toscano, 2020). Sin embargo, como se ha visto, corresponde a un tema que en la actualidad sigue siendo controvertido.

Por una parte, como pudo observarse existen posturas muy tradicionales al respecto del aborto las cuales responden también a la contextualización socialmente enraizada sobre algunos temas que se relacionan con las mujeres. Este contexto social que parece ser aislado tiene una influencia significativamente determinante en la legislación de cada país, toda vez que las normas requieren de una validación social tanto para su aplicación como para su cumplimiento.

En el Ecuador, la evolución de la despenalización del aborto no solamente ha sido lenta sino también continúa en discusión con respecto a su despenalización total. Como pudo observarse del desarrollo de la investigación la sentencia No.- 34-19 IN/21 de la Corte Constitucional solo valida la despenalización del aborto por la causal de violación, cuestión que en criterio del autor de esta investigación, genera posturas sensiblemente discutibles.

La primera de ellas es que la Constitución ecuatoriana, como se ha visto establece en su artículo 424, que los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución

prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público cuestión que indica que, en Ecuador estas normas tienen supremacía constitucional.

Como se puede observar el Ecuador ha suscrito algunos tratados y convenios internacionales que promueven y protegen los derechos de las mujeres por lo que la norma abre una brecha importante a los fines de actualizar los criterios constitucionales que se manejaban en la Constitución de Montecristi que como se sabe es del año 2008. Al respecto, actualmente no se habla del derecho a la vida sino al de la calidad de vida de las personas que en contextos económicos y sociales como los del Ecuador se ven sensiblemente comprometidos para los niños.

Por otra parte, en el caso de las mujeres como se indica, los criterios internacionales han equiparado sus derechos reproductivos entre los que existe su derecho al aborto, sin necesidad de que exista un motivo para llevarlo a cabo. En tal sentido, la legislación ecuatoriana, a pesar de las modificaciones que aquí se comentan, sigue siendo arcaica con respecto a estos preceptos, toda vez que se requiere de la utilización de medidas más concisas para promover los derechos humanos de las mujeres y proteger el derecho a la calidad de vida de las personas, legalizando el aborto en todos los aspectos y causales posibles.

CONCLUSIONES

El tema de la despenalización del aborto resulta una realidad compleja, como se evidenció en la revisión documental que se realizó en este estudio, al valorar el aborto en el contexto jurídico internacional y nacional, se puede inferir que este es un problema multidimensional que no solo tiene implicaciones a nivel jurídico- legal, sino que también es un problema de salud pública con connotaciones ideológicas, éticas, morales, religiosas, económicas y culturales.

Como consecuencia, en los países donde se penaliza el aborto los datos muestran que a las mujeres se les violentan distintos Derechos Humanos, entre los que se pueden mencionar: derecho a la salud y atención médica, el derecho a la privacidad, el derecho

Sabina Lorena Gamboa-Vargas; Wilson Orlando Verdezoto Toaza

a la no discriminación y la igualdad, derecho a la seguridad personal, derecho a la información, derecho a no ser sometido al trato cruel e inhumano y degradante, derecho a decidir el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos, derecho a la libertad religiosa y de conciencia, entre otros.

También dentro del trabajo se analizó la reciente aprobación de la sentencia de la Corte Constitucional en Ecuador No.- 34-19 IN/21 y sus acumulados. La Corte Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución y de la ley. Esta sentencia es relevante porque representa una revisión de la constitucionalidad sobre los artículos 149 y 150 del COIP, acción que fue interpuesta principalmente por Miriam Ernest, Olga Gómez y Katherine Obando, quienes en nombre de sus propios y personales derechos y como parte de la Coalición Nacional de Mujeres del Ecuador, la Fundación Desafío y del Frente Ecuatoriano por la Defensa de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos.

Luego de esto se sumaron otras mujeres y además organizaciones que defienden los derechos humanos de las mujeres en Ecuador. Esta solicitud de revisión de constitucionalidad mostró como distintos grupos de interés solicitaron pronunciación sobre la constitucionalidad de la legislación, es decir, las organizaciones de personas y otros grupos pertenecientes la sociedad civil se unieron en pro de la defensa de sus derechos, adicionalmente otros órganos del Estado presentaron argumentos sobre la modificación legislativa, demostrando que la pronta acción de la Corte Constitucional resolvería una necesidad sentida en los distintos sectores de la sociedad ecuatoriana.

La aprobación de esta sentencia en Ecuador, basada en el *ius* resulta un avance importante en la despenalización del aborto, pero este avance resulta insuficiente porque todavía queda camino por recorrer, pues la circunstancia de violación no debería de ocurrir para tener derecho a abortar, es decir, el aborto no debería ser penado bajo ninguna circunstancia.

Porque en el fondo la penalización del aborto es un reflejo de la culturización y valoraciones sociales arraigados en la sociedad ecuatoriana. Sin embargo, en esta decisión de la Corte Constitucional de Ecuador, continúa habiendo una deuda, es decir,

Sabina Lorena Gamboa-Vargas; Wilson Orlando Verdezoto Toaza

continúa habiendo un trasfondo legislativo que se debe modificar para adecuar la normativa nacional sobre el aborto a los tratados internacionales que ha suscrito y ratificado Ecuador. En este sentido, la normativa internacional establece la despenalización del aborto, es decir, establecer que la decisión de abortar debe ser un criterio de la mujer, no un criterio legislativo que no responde a las concepciones actuales sobre el derecho a la vida. La actual concepción del derecho a la vida se refiere al derecho a la calidad de vida. En síntesis, Ecuador no ha logrado la adecuación del marco legal a los estándares internacionales y así cumplir con los compromisos en materia legal, acuerdos suscritos sobre Derechos Humanos, igualdad y no discriminación, entre otros.

FINANCIAMIENTO

No monetario.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Tecnológica Indoamérica; por motivar el desarrollo de la investigación.

REFERENCIAS CONSULTADAS

- Andrade Figueroa, M. S., & Correa Figueroa, M. P. (2019). La despenalización del aborto y su impacto en los derechos fundamentales de las mujeres en el Ecuador [The decriminalization of abortion and its impact on the fundamental rights of women in Ecuador]. [Tesis de Licenciatura, Universidad de Guayaquil Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas]. <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/reduq/43181>
- Andrade Poveda, M. G. (2020). La despenalización del aborto en el Ecuador aplicando estándares internacionales desde un enfoque garantista penal [The decriminalization of abortion in Ecuador applying international standards from a criminal guarantee approach]. [Tesis de Licenciatura, Quito]. <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/9186>

Asamblea General de la ONU (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. <https://n9.cl/fvqgd>

Barzotto L. (2020). “El estado de derecho en la Declaración Universal de los Derechos Humanos”. *Revista Prudentia Iuris*, 0, 213-221. <https://doi.org/https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.213-221>

Código Orgánico Integral Penal. (2014). Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014. <https://n9.cl/nqokq>

Comisión Interamericana de Mujeres. (2017). Lineamientos Interamericanos por la Igualdad de Género como Bien de la Humanidad. Organización de Estados Americanos. <https://n9.cl/mh0rx>

Conde Alvarez E, Figueruelo Burrieza A., Nuñez Gomez L. (2009). Estudios interdisciplinarios sobre igualdad [Interdisciplinary Studies on Equality]. Edit. Iustel, Madrid, p. 16.

Constitución de la República del Ecuador (2008). <https://n9.cl/rhlqw>

Corte Constitucional de Ecuador. (2021). Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados.

Declaración Universal de los Derechos humanos del 10 de diciembre de 1948 adoptada mediante resolución 217 A (III)

Garzón Fernández, M. (2018). Equidad de género para las mujeres en Colombia [Gender equity for women in Colombia]. <https://hdl.handle.net/10983/17741>

Guerra Rodríguez, E. (2018). Implicaciones de la criminalización del aborto en Ecuador [Implications of the criminalization of abortion in Ecuador]. *Foro, Revista De Derecho*, (29), 117-134. <https://doi.org/10.32719/26312484.2018.29.6>

Human Rights Watch. (2019). Submission to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on Ecuador [Submission to the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on Ecuador]. <https://n9.cl/4zds>

- Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales. (2017). Pautas para la integración de la perspectiva de género en la prevención de riesgos laborales [Guidelines for the integration of the gender perspective in the prevention of occupational hazards]. [página web]. <https://n9.cl/9sc0o>
- Lavanda Cevallos, A. A. (2020). Despenalización del aborto en caso de violación y estupro hasta antes de la concepción en el Ecuador [Decriminalization of abortion in case of rape and rape even before conception in Ecuador]. [Trabajo de Licenciatura, Universidad de Guayaquil Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas]. <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/reduq/50548>
- Lema Alvarado, L. E. (2020). La despenalización del aborto por la causal de violación en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador [The decriminalization of abortion on the grounds of rape in the Comprehensive Organic Penal Code of Ecuador]. [Tesis de Master, Universidad Central de Ecuador]. <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/23607>
- Llorente Heras, R. (2020). Impacto del COVID-19 en el mercado de trabajo: un análisis de los colectivos vulnerables [Impact of COVID-19 on the labor market: an analysis of vulnerable groups]. <http://hdl.handle.net/10486/691084>
- Maruri Vecilla, A. F., y Palma Carranza, N. R. (2021). Influencia del Feminismo del siglo XXI en el aborto y su legalización dentro de las leyes ecuatorianas [Influence of Feminism of the XXI century on abortion and its legalization within Ecuadorian laws]. [Trabajo de Licenciatura, Universidad de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas]. <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/reduq/53332>
- Ministerio de Salud Pública del Ecuador. Plan Nacional de Salud Sexual y Salud Reproductiva: Viceministerio de Gobernanza de la Salud Pública. Marzo, 2017. Quito, Ecuador.
- Montiel Fares, Y. M., y Ruiz Sabando, A. E. (2020). Despenalización del aborto por violación en el Ecuador [Decriminalization of abortion for rape in Ecuador] [Trabajo de Licenciatura, Universidad de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales y Políticas]. <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/reduq/50453>
- Monzón Battilana, Á. P. (2021). El aborto y la perspectiva de género en América Latina: comparación entre textos normativos de la IVE en Uruguay y en Argentina [Abortion and the gender perspective in Latin America: comparison between normative texts of the IVE in Uruguay and Argentina]. <http://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/2680>

- Navarro, M., Piñas, L. F., y Serpa Serpa, G. (2017). Nuevas perspectivas de los derechos humanos en el ámbito educativo: el rol de la mujer [New perspectives on human rights in education: the role of women]. <https://n9.cl/wdq8>
- Nuvaez, J. (2019). Alcance sociocultural de la discriminación laboral en razón del género y la edad [Sociocultural scope of employment discrimination based on gender and age]. *IUSTITIA SOCIALIS*, 4(6), 4-27. <http://dx.doi.org/10.35381/racii.v4i6.286>
- Organización de las Naciones Unidas (2020). Expertas de la ONU esperan que la legalización del aborto en Argentina sea un modelo para América Latina [UN experts hope that the legalization of abortion in Argentina will be a model for Latin America]. <https://news.un.org/es/story/2020/12/1486122>
- Organización de las Naciones Unidas. (2015a). Objetivos del Desarrollo Sostenible [Sustainable Development Goals]. [página web]. <https://n9.cl/ybgd>
- Organización de las Naciones Unidas. (2015b). Objetivos del Desarrollo Sostenible [Sustainable Development Goals]. [página web]. <https://n9.cl/ybgd>
- Plan V. (2019). Ecuador: 15% de las muertes maternas se deben a abortos clandestinos [Ecuador: 15% of maternal deaths are due to clandestine abortions]. [artículo de opinión]. <https://n9.cl/8kt4>
- Quevedo Ortega, T. A. (2019). Crítica iusfeminista a la ilegalidad del aborto en el Ecuador [Iusfeminist criticism of the illegality of abortion in Ecuador]. [Tesis de Licenciatura, Quito]. <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/8333>
- Real Academia Española. (2021). Discriminación [Discrimination]. <https://dle.rae.es/discriminacion>
- Rocca, E. (2012). Derechos sociales y Tutela antidiscriminatoria [Social rights and anti-discrimination protection]. Editorial Aranzadi. Madrid
- Suczhañay-Uyaguari, M. M., Narváez-Zurita, I., Trelles Vicuña, D., y Erazo Álvarez, J. C. E. (2020). Despenalización del aborto en el Ecuador para víctimas de violencia sexual [Decriminalization of abortion in Ecuador for victims of sexual violence]. *Iustitia Socialis: Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas y Criminalísticas*, 5(8), 430-445.

Sabina Lorena Gamboa-Vargas; Wilson Orlando Verdezoto Toaza

Toscano Miranda, D. M. (2020). Los derechos constitucionales vulnerados en la prohibición de aborto en caso de violación [Constitutional rights violated in the prohibition of abortion in case of rape]. [Trabajo de titulación, Universidad Católica Santiago de Guayaquil]. <http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/14619>

Umaña Alvarado, T. R. (2017). La necesaria despenalización del aborto voluntario [The necessary decriminalization of voluntary abortion]. [Tesis Doctoral, Universidad de Alcalá]. <https://n9.cl/vqkv>

2021 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).