

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

TESIS PARA LA OBTENCIÓN DEL DOCTORADO EN DERECHO

**“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN EL
ECUADOR EN CASOS DE VIOLACIÓN”**

DANIEL FRIEDMAN MATELUNA

QUITO, 2005

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1: EL ABORTO..... 1

1.1 Antecedentes histórico-doctrinarios.....	1
1.1.1 Algunas definiciones de aborto.....	8
Definiciones médicas.....	10
Definiciones jurídicas.....	12
1.2 La vida como bien jurídico protegido.....	14
1.3 Ubicación del aborto dentro de los delitos contra la vida.....	20
1.3.1 Análisis de los artículos 60 y 61 del Código Civil.....	24
1.3.2 Consideraciones adicionales.....	28
1.3.3 El feto en el Derecho Penal.....	29

CAPÍTULO 2: NATURALEZA DEL ABORTO..... 32

2.1 Conducta y resultado.....	32
2.2 Formas médicas de aborto.....	40
2.3 Clases de aborto según el Código Penal.....	50
2.3.1 Aborto sufrido.....	51
2.3.2 Aborto consentido.....	53
2.3.3 Aborto Procurado.....	55
2.3.4 Abortos honoris causa.....	56
2.3.5 Abortos agravados.....	57
2.3.6 Diferencias y semejanzas entre aborto consentido, procurado y sufrido.....	58
2.3.7 Abortos necesarios.....	59
2.3.8 La muerte de la mujer embarazada como consecuencia de actos abortivos...	61

CAPÍTULO 3: RELACIÓN DEL ABORTO CON EL INFANTICIDIO Y EL HOMICIDIO..... 64

3.1 El infanticidio, delito contra la vida calificado..... 64

3.2 Límite entre aborto, infanticidio y homicidio..... 70

3.3 Aborto de nacimiento parcial: Método abortivo, infanticidio o asesinato..... 75

CAPÍTULO 4: LA VIOLACIÓN Y EMBARAZO..... 79

4.1 La libertad sexual como derecho humano..... 79

4.1.1 Diversas concepciones jurídicas acerca de la libertad sexual..... 86

4.2 Conceptos de violación..... 89

4.3 La violación como vejación a la libertad sexual..... 98

4.4 El riesgo de embarazo en un acto sexual atentatorio a la libertad..... 101

4.5 Naturaleza de la violación..... 112

4.5.1 Sujeto activo..... 116

4.5.2 Sujeto Pasivo..... 118

4.5.2.1 Sujetos pasivos calificados..... 119

4.5.3 El hombre como sujeto pasivo de la violación..... 122

4.6 El examen pericial de la víctima de violación..... 125

CAPÍTULO 5: LA PRÁCTICA EN EL MANEJO DEL ABORTO Y LA VIOLACIÓN..... 133

5.1 Eficacia del aborto como tipo penal..... 133

5.1.1 Realidad sobre el tipo y su relación con los delitos contra la vida..... 138

5.1.2 El Tribunal de Honor del Colegio Médico de Pichincha frente al aborto.....	140
5.1.3 El antecedente del aborto eugenésico.....	144
5.2. La administración de la “PAE” a víctimas de violación en el Departamento Médico-Legal de la Policía Nacional.....	146
5.2.1 La PAE como método micro abortivo.....	147
5.3 La madre y el derecho para elegir sobre su cuerpo.....	149
CAPÍTULO 6: LEGISLACIÓN COMPARADA..... 153	
6.1 Chile.....	154
6.1.1 La existencia del tipo penal del aborto.....	155
6.1.2 Características del tipo.....	156
6.2 Uruguay.....	158
6.2.1 Pionero de la despenalización en Latinoamérica.....	159
6.2.2 La lucha social que vivió el parlamento para despenalizar el aborto.....	162
6.3 EE.UU.....	167
6.3.1 La comercialización del aborto.....	170
6.4 España.....	171
6.4.1 La despenalización del aborto para víctimas de violación.....	174
6.5 Holanda como referente de una cultura antiprohibicionista.....	176
6.6 El manejo del aborto en sistemas socialistas.- Caso específico de Cuba.....	182

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

GLOSARIO

INTRODUCCIÓN

Existen varios temas que en la sociedad generan discusión, debate y hasta confrontación. La religión, la política o el deporte por ejemplo apasionan tanto a la gente que son motivo incluso de luchas encarnizadas, que tienden a la defensa de principios relacionados con estos temas.

El aborto es una polémica que enciende pasiones adversas o conexas a nivel mundial, desde hace aproximadamente 57 años. Alrededor de este tema están las discusiones filosóficas, sociológicas, religiosas y jurídicas.

Muchas legislaciones han pasado del plano de la discusión, al de la realidad y en manifestaciones jurídicas que incluso pasaron a los anales de la historia, han despenalizado el aborto sea por algunas causas o en general. Estas legislaciones no solo son objeto de crítica, también lo son de admiración de gente que propone que el aborto debería ser despenalizado.

Por su parte otras legislaciones han manifestado su posición radical en contra del aborto, y al igual que las que lo han despenalizado no están al margen de las críticas.

El Ecuador ha tratado de mantener una posición ecléctica, y por ser Estado soberano ha hecho caso omiso de la influencia que pudiera tener otra legislación, aún así, sigue considerando que el aborto debe ser condenado como una práctica que atenta contra la vida de las personas, aunque existen causales por las que este delito es eximiente de la responsabilidad penal.

La tendiente alza en las estadísticas sobre los delitos sexuales en el Ecuador, ha llevado a mucha gente a analizar la conveniencia de despenalizar al aborto única y exclusivamente en casos de violación. El Derecho Penal, eminentemente público, debe enfocar esa situación, no solo desde el punto de la vindicta pública, sino desde el punto de vista social y psicológico de la víctima de violación que haya resultado embarazada.

Este trabajo tratará de despejar muchas dudas existentes sobre el tema e intentará comprobar la conveniencia o no de eximir de responsabilidad penal a las mujeres embarazadas víctimas de violación que por propia decisión se realizaren un aborto.

CAPÍTULO 1

EL ABORTO

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICO-DOCTRINARIOS.

Antecedentes Históricos.- En la humanidad, el concepto de aborto no es nuevo. Actualmente, las prácticas abortivas son condenadas por muchos, no sólo a nivel social, sino que muchas legislaciones la consideran como un hecho delictivo que merece sanción; al revisar la evolución de esta actividad a través de la historia, podemos advertir que, en muchos lugares, el aborto no tenía tal condición.

La historia jurídica se remonta a Roma, civilización importante, más aún para quienes nos dedicamos de una u otra forma al ejercicio del Derecho. Tal vez Roma sea el antecedente más próximo que sobre este delito tenemos. Pero podemos ir más atrás en el tiempo, y encontrarnos con que civilizaciones más antiguas ya conocían de esta práctica.

La correcta preservación de la especie humana, fue en un principio el factor precursor del aborto en la historia. Los Espartanos, aliados de los Atenienses, aproximadamente 500 años antes de nuestra era, tenían ya un ritual que pretendía la pureza de la especie y evitar taras que puedan mermar la cotidianidad de sus pobladores.

Esparta, que fue la capital del Peloponeso, se encontraba ubicada junto al río Evrótas en la actual Grecia, y cerca de ese lugar está el famoso monte Taigeto. Era de éste peñascoso accidente geográfico donde arrojaban al vacío a infantes que no reunían las aptitudes para vivir en una sociedad belicista y militarizada. Aunque en este caso no estamos hablando propiamente de aborto, es un antecedente del aborto eugenésico y que nos da una idea, de cuán antiguas son estas prácticas.

El consumo de bebidas, pócimas y otros compuestos puede provocar abortos, y esto era conocido por mujeres cientos de años atrás. Se dice que los egipcios utilizaban el excremento de cocodrilos, como método anticonceptivo, que más bien en ciertas circunstancias resultaban métodos micro abortivos, es decir que impedían la

implantación del huevo cigoto en el útero de la mujer, o mejor dicho el efecto provocado por la ingestión de estos compuestos, que por lo general eran sustancias naturales, era posterior a la engendración del óvulo por parte del espermatozoide.

Roma en un principio no consideró al aborto como un delito, ya que consideraban al feto como una parte más del cuerpo de la mujer embarazada, así que ésta podía disponer libremente del fruto que crecía en sus entrañas. Cabe mencionar que el uso de sustancias abortivas se penalizaba en cierta forma con las mismas sanciones existentes para el uso de venenos; cierto es que la mujer podía disponer de su cuerpo, pero en el caso del aborto, debía hacerlo de formas idóneas para evitar castigos. Posteriormente cambió en cierta forma la mentalidad del romano y en la época de Severo y de Antonio se empezó a considerar al aborto como una ofensa inferida al marido, si lo había, teniendo ciertas penas pecuniarias en algunos casos y personales en otros.¹ “...y en el aborto provocado por la mujer misma, no vieron sino un acto de libre dominio del propio cuerpo, no imputable políticamente; solo sometían a castigo a la mujer casada que en forma dolosa se hubiera procurado el aborto, cuando el esposo se quejaba de ello, pues en este caso consideraban como objeto del delito la lesión del derecho que tiene el esposo sobre la prole esperada.”²

Con la adopción del catolicismo en el imperio romano, se consideraron los pensamientos de Aristóteles filósofo griego y Plinio considerable patricio romano, dedicado a las letras, que señalaban, que el feto en un principio era inanimado (*corpus informatum*), y que, luego de ochenta días en el caso de las hembras y cuarenta días en el caso de los machos humanos (*corpus formatum*) ingresaba el alma al cuerpo, dándole vida. Es por esto que las mujeres que se procuraban un aborto antes de fijado este plazo, tenían una sanción menor a las que lo hacían después, cuando el feto ya era *corpus formatum*; en estos caso las sanciones eran similares a las de homicidio.³ Cabe señalar que por años la Iglesia Católica adoptó estas concepciones,

¹ **CUELLO CALÓN EUGENIO**, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 529.

² **CARRARA FRANCISCO**, Programa de Derecho Criminal, Ed.Temis, Bogotá, 1991, Tercera Edición, Tomo 3, página 334.

³ **CUELLO CALÓN EUGENIO**, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 529.

incluyéndolas en el Derecho Canónico. “*No habrá mujer que aborte, ni estéril en tu tierra; y yo completaré el número de tus días.*”⁴

Luego con el Fuero Juzgo, se adoptan sanciones muy fuertes para mujeres que se procuraban abortos, para quienes proveían sustancias abortivas y para quienes hirieran a mujeres embarazadas provocándoles la perdida del fruto de la concepción. Estas penas iban desde pecuniarias, hasta pena de muerte, pasando por la provocación de la ceguera y azotes. Así mismo ciertos Fueros locales imponían la pena capital para quien se procurara el aborto, la muerte era en la hoguera; pero hay que señalar que muchas mujeres no vivían después de la práctica del legrado, ya que los medios utilizados eran muy agresivos, iban desde la ingesta de brebajes mortales, hasta la introducción vía vaginal de objeto punzantes, que como es lógico causaban la muerte del feto y en no pocas ocasiones desgarres a nivel uterino que incitaban hemorragias graves, para las cuales no existía tratamiento oportuno.

En las Partidas de Alfonso X, aparecen nuevamente las distinciones de feto con alma y feto sin alma, propias de los inicios del Derecho Canónico, así se divide al aborto otra vez en delito grave y en delito de menor jerarquía. Es así, quien ocasionaba un aborto de un feto con alma, tenía una sanción equivalente a la de un delincuente de gran peligrosidad, la muerte. El destierro era muy común para quien ocasionaba la muerte de un feto sin alma.

Las sanciones eran fuertes, tal vez producto del retraso investigativo del Derecho Penal, ya que no debió hacerse una analogía entre homicidio y aborto para el caso de las penas, porque el feto no tiene aún la característica de persona, en todo caso éstas interrogantes serán despejadas a lo largo de la presente investigación.

Dentro de la familia de Derecho Continental o Romanista, Las Siete Partidas de Alfonso X, revolucionaron el quehacer jurídico medieval. Durante mucho tiempo se aplicaron sus postulados, pero desde la muerte de este monarca de Castilla acaecida en

⁴ **SANTA BIBLIA**, Éxodo 22 y siguientes. He evitado en esta fuente bibliográfica poner numeración de hojas, editorial y demás, debido a que existen muchas versiones y editoras de la Biblia. Éxodo es el segundo libro de Moisés, en el que se relata en primer lugar el nacimiento de éste personaje bíblico, para luego en los siguientes versículos de manera impositiva, presentar normas básicas de convivencia en sociedad. Estas normas son conocidas como Ley Mosaica.

el año de 1284, hasta después de la Revolución Francesa de 1789, los textos de Derecho Penal, sobre el tema del aborto no muestran ningún avance. Seguramente no lo hubo, y más bien siguieron aplicándose las mismas sanciones y los mismos métodos mesuradores sobre el delito.

El Código Penal español de 1822 hace una distinción muy acertada acerca del aborto, y en el artículo 639 conceptualiza al aborto consentido, en el siguiente artículo lo hace sobre el aborto procurado, es decir el causado por la propia mujer embarazada. Este Código tiene poca vigencia, pero en los siguientes Códigos españoles de 1848, 1870, 1928 y 1932, se siguen manteniendo estos preceptos.

Rusia, o mejor dicho la ex Unión Soviética en el año de 1936, toma la delantera en el tema y despenaliza al aborto, siempre y cuando no sea procurado o consentido con posterioridad a los tres primeros meses de concepción. Esto es lo que se llama actualmente aborto temprano, y basta en muchos casos la ingestión de sustancias abortivas, sin requerir en ciertos casos métodos quirúrgicos. Cabe señalar que la mujer que se practica un procedimiento abortivo requiere siempre de una profilaxis a nivel uterino, para no ser víctima de posteriores infecciones que le podría eventualmente causar la muerte. Poco tiempo después fue derogada por decreto del Soviet esta disposición que despenalizaba el aborto, pero nuevamente en el año de 1955, en la época en la que Nikita Kruschev fue Primer Secretario de Gobierno, se volvió a restablecer este derecho de la mujer embarazada, siempre y cuando lo hiciera en lugares debidamente constituidos como centros de salud.

Siguiendo las mismas consideraciones que en la ex Unión Soviética, Bulgaria, en el año de 1956, autoriza el aborto, siempre y cuando sea practicado en centros destinados para el efecto, que cuiden con suma prolijidad la vida de la mujer embarazada, que desea perder el fruto de la concepción.

En Italia a principios del Siglo XX, se consideró punible al aborto, por el Interés Social que generaba este delito, y en vez de ser considerado como un delito en contra de la vida, fue considerado entre los “*delitos contra la integridad de la estirpe.*”⁵ Merece

⁵ **CUELLO CALÓN EUGENIO**, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 529.

reflexión esta apreciación del derecho Penal Italiano, en virtud que al aborto no se lo consideraba como un delito contra la vida o contra las personas, ya que al feto no lo ubicaban como sujeto que merecía protección y tutela penal, más bien seguían considerando en cierto punto la apreciación del clásico Derecho Romano, en la que el aborto se consideraba una afrenta al marido, como miembro y en ocasiones cabeza de familia.

Francia y Alemania, en la primera mitad del siglo anterior consideraron al aborto como una plaga social, que merecía represión por parte del Estado, es así que en el país galo se adoptaron medidas para sancionar a las mujeres que se procuren abortos, y a los centros clandestinos que lo hicieren. Los germanos fueron más severos, ya que establecieron la pena capital, para quienes practicaren con frecuencia abortos, aunque es una disposición que no tuvo eficacia por el tiempo esperado.

Inglaterra fue un poco más benévolas, ya que ante la creciente alza de esta actividad criminal, formaron una comisión de investigación, para tomar las medidas preventivas y legislativas suficientes como para aplacar el alza en los índices de abortos.

La segunda mitad del siglo XX, fue crucial en lo que a la apreciación del aborto como actividad delictiva se refiere. Muchos países, entre los que destacan Holanda y ciertos estados de los Estados Unidos, despenalizaron al aborto. Los primeros lo hicieron sobre la base de una doctrina anti prohibicionista, en la que prima por sobre todas las cosas el libre albedrío y la voluntad humana, así sea esta despreciable y sin razones morales suficientes. Estados Unidos – algunos estados en un principio -, lo hizo supuestamente propugnando que es la nación de la libertad y que, por esa razón las mujeres embarazadas tenían la plena decisión de disponer sobre su cuerpo como a bien tuvieren. Como se podrá apreciar posteriormente en el VI Capítulo de este trabajo, Estados Unidos ha degenerado el concepto de libertad a libertinaje, ya que se comercia con el aborto como si se lo hiciera con un producto de primera necesidad.

El Reino Unido, hace pocos años aprobó en reñido debate la libre comercialización de la píldora abortiva, la cual debe ser usada dentro de los tres primeros meses de embarazo, para obtener los resultados.

Latinoamérica, en su más fiel tradición conservadora ha considerado por mucho tiempo al aborto como un acto delictivo.

Es necesario, en este breve análisis histórico, tomar a Uruguay como ejemplo. En su primigenia redacción del código penal, establecía que únicamente debe ser sancionada la mujer que consintiere en el aborto o que se lo procurare por propios medios. Luego se restableció la penalidad para el que lo practicare con o sin el consentimiento de la mujer embarazada, esto ocurrió en el año de 1938.⁶ Pero hay que distinguir que en el año 2002, Uruguay toma la posta de los países que han despenalizado el aborto, convirtiéndose en uno de los pocos estados latinoamericanos que lo han debatido de manera frontal. La despenalización casi llega, luego de varios años de discusión en los que intervinieron todos los estratos sociales, y la principal oposición de la iglesia; luego de encarnizados debates tanto el aborto procurado como el consentido no fueron derogados de la ley penal.

El Ecuador desde la promulgación del Código Penal, en el año de 1936, ha considerado al aborto como delito distinguiendo varias clases, que difieren unas de otras por el grado de responsabilidad de los sujetos activos, y por las características que en ellos se imprimen; con todo, ésto será objeto de análisis más adelante.

Antecedentes Doctrinarios.- La doctrina respecto a este delito se ha pronunciado en varias ocasiones, dando su aporte no solo al Derecho Penal, sino a otras ramas del Derecho.

Se debe ser claro, ya que los conceptos doctrinarios dependen de factores externos en muchos casos. No es lo mismo hablar del aborto en China, que en el Vaticano, porque obviamente los factores políticos, sociales, culturales y religiosos influyen en el pensamiento jurídico de los estudiosos del Derecho.

Sobre este delito, existen dos posturas, la primera de la que forma parte el Ecuador, que condena al aborto, y la segunda que lo aprueba. Los motivos por los que se aceptan o rechazan estas prácticas son diversos

⁶ Ídem.

Por ejemplo, la República Popular China, el país más poblado del mundo, en lugar de condenar al aborto, obliga a las mujeres embarazadas de su segundo hijo en la ciudad y del tercero en zonas rurales, a que se practiquen legrados, y en muchos casos sancionan al marido de ésta, por no tomar las medidas necesarias para evitar embarazos. Esta concepción ha nacido como una consecuencia de la explosión demográfica que vive la China, y para garantizar el normal acceso de la población a los recursos básicos naturales.

Es impresionante la sobre población que vive el pueblo chino, lo que ha repercutido en una constante lucha hombre vs. naturaleza, por conquistar lugares aptos para vivir y producir bienes de consumo.

Hay que aclarar que las políticas adoptadas por el Gobierno chino a través de la Asamblea Popular China, sobre el aborto, no tienen nada que ver con el sistema socialista en el que vive ese país, sino que responden a un afán demográfico.

En países de tradición religiosa como Israel, Italia, Polonia, –no me refiero únicamente a países con tradición cristiana-, entre otros, el aborto es condenado más bien, por conceptos sacados a la luz de la Biblia y otras fuentes de carácter religioso. En párrafos anteriores se analizó lo que el Éxodo señala en contra del aborto.

La doctrina como se puede apreciar varía, y en países como Estados Unidos y Holanda, en donde las libertades individuales tienen otra apreciación, el aborto no es considerado delito, por conceptos de que la mujer tiene la facultad de decidir sobre su cuerpo, considerando de paso al feto no como vida independiente o viable, sino como parte visceral de la futura madre.

Holanda siempre ha estado a la cabeza en la aprobación de normas un tanto revolucionarias, que para otros pueden no ser mas que la expresión más baja y ruin de la naturaleza humana. Tenemos normas como el consumo libre de drogas, el matrimonio homosexual, la eutanasia y el aborto que es lo que nos ocupa en el presente trabajo, normas que al considerarlas según ellos rayaría en libre albedrío y en la capacidad de discernimiento de sus asociados.

Otros países contradicen al aborto, para salvaguardar la vida de las madres, que no en muy pocos casos se ve en peligro por estas prácticas. También hay legislaciones que se han opuesto al delito en mención por un carácter paternalista hacia la familia como núcleo de la sociedad y consideran que puede afectarse, con la masificación de estas prácticas, a la estructura misma del conglomerado⁷ y de la familia.

Otros países como Inglaterra han aceptado prácticas abortivas, por la incapacidad legal y estatal de controlarlas, y han preferido su despenalización, antes que su ley se convierta en alcahuete de personas y centros que realizan legrados. Cabe señalar que el aborto como tal es un delito muy difícil de controlar, ya que personas o centros que se dedican a estas prácticas saben ocultar muy bien los vestigios y las pruebas que en su contra pueden haber. Es por esta razón que en el Ecuador son muy pocas las sentencias, sobre este delito en contra de la vida.

La complejidad doctrinaria, es tan variada, que es un poco difícil abarcarla en su conjunto, por esta razón, a lo largo de este capítulo se irán despejando dudas conceptuales que puedan surgir.

1.1.1 ALGUNAS DEFINICIONES DE ABORTO.

Referirse a la palabra aborto, no es únicamente hablar de delito, como tal aborto tiene varias acepciones.

Algunos estudiosos del Derecho, a más del término aborto utilizan la palabra feticidio, que en todo caso y en ciertas circunstancias que serán explicadas más adelante viene a ser sinónimo de la primera. También es muy común escuchar la palabra legrado, para referirnos al mismo tema.

El término aborto proviene del latín *abortus*, que a su vez viene de dos raíces latinas; de *ab* que quiere decir privación y *ortus* que significa nacimiento. Entonces literalmente, según la raíz del término, aborto es la privación del nacimiento.⁸ Es por

⁷ Con la palabra conglomerado se pretende hacer referencia a la sociedad.

⁸ CABANELAS GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1997, pág.13.

esto que, el término se ocupa también en misiones militares, para evitar su ejecución, y en general, cuando se quiere impedir algún hecho.

Aborto como verbo, y según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, es la acción de abortar; pero su significado real es “*Interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas...*”⁹. El mismo diccionario revela que el aborto, en ciertas ocasiones, como así sucede en muchas legislaciones puede constituir delito. En nuestro idioma también puede significar monstruo o engendro, siendo muchas veces utilizado en términos peyorativos, es decir, tratando de herir o causar enojo a la gente.

La enciclopedia Lexis 22, nos da un significado, en sentido figurativo, y señala: “*Aplícase también a los seres que al nacer no tienen forma perfecta, así como a las obras literarias o de arte mal concebidas o ejecutadas*”¹⁰. Claramente se puede advertir que el significado dado en este texto hace referencia al de monstruo o engendro, pero también se hace extensivo al hecho de producir una mala obra de arte.

En fin, se distingue que el término aborto como tal puede ser utilizado en muchas circunstancias, aunque las mejores definiciones en materia de nuestro interés es la que nos presentan Cabanellas y los estudiosos de la Real Academia Española.

Muchos autores como el maestro italiano Francesco Carrara utiliza al término Feticidio en reemplazo del ya mencionado aborto. Feticidio simplemente significa dar muerte al feto. Es un término muy bien empleado, para quienes consideran que el feto es una vida, aunque sea únicamente en el plano de la viabilidad. Quienes consideran al feto una víscera más de la mujer embarazada es poco probable que empleen este término. Analizándolo más detenidamente, la palabra feticidio, es un término forense por naturaleza, y que incluso lleva consigo un tinte de responsabilidad, no es conveniente usarlo en casos de abortos eugenésicos o terapéuticos, que son eximentes de responsabilidad penal.

⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, España, 2001, Tomo 1, pág. 7.

¹⁰ AA.VV., Enciclopedia Lexis 22, Ed. Círculo de Lectores, Barcelona, 1976. Pág. 38.

También existe otra palabra que es muy utilizada para referirse al aborto. Legrado es la acción o efecto de legrar, o de extraer mucosa del útero. Es una expresión poco precisa para asociarla al aborto, ya que hace referencia a una práctica médica común que no pretende la expulsión del fruto de la concepción. La legra, expresión que da su significado al verbo legrado es un instrumento corvo y afilado. La asociación de términos viene del hecho que para realizar o practicar abortos se ocupa comúnmente a la legra como instrumento; se podría decir que legrado es un tecnicismo práctico, que describe la acción o el hecho de abortar, y que es poco recomendable utilizarla para describir al tipo penal.

Definiciones Médicas de Aborto.- El aborto como tal, aparte de ser considerado como un delito, también debe considerarse como un procedimiento médico. Es más, el aborto terapéutico ha salvado la vida de muchas mujeres embarazadas con un alto riesgo de morir por hemorragias, infecciones a las vías urinarias, entre otras razones de carácter patológico.

El médico estadounidense Morris Fishbein, en una de sus obras nos brinda un concepto de aborto muy técnico y la vez muy fácil de comprender, además de que explica procedimiento y oportunidad de realizar prácticas abortivas. Así manifiesta sobre el aborto:

“Expulsión del feto desde el útero, generalmente durante los primeros tres meses de embarazo.

Puede ser espontáneo, cuando se produce como resultado de alguna anormalidad en el crecimiento del feto o por alguna interferencia externa involuntaria; y provocado, cuando se produce por inducción deliberada. El aborto espontáneo tiene lugar al desconectarse los tejidos que unen el embrión a la capa interna del útero. Esta clase de abortos se producen generalmente entre la séptima y duodécima semanas de gestación, en que el óvulo no se halla todavía firmemente adherido y cambia constantemente de estructura y circulación. Tal es la causa de expulsión del 10 al 18 por ciento de los embriones concebidos.

El aborto espontáneo obedece frecuentemente al ejercicio excesivo o algún percance eventual como una mala caída. A veces interrumpen la marcha del embarazo una enfermedad infecciosa o un trastorno de las glándulas pituitarias. Pueden inducir al aborto la intoxicación por plomo, mercurio o zinc; la avitamnosis, especialmente por carencia de vitaminas E y K; y la exposición excesiva a los rayos X o las radiaciones de radio. También pueden conducir al mismo resultado ciertas anomalidades de constitución o desarrollo del útero, así como la inflamación de sus tejidos de revestimiento. La sífilis, en fin, constituye una causa corriente de abortos; el embarazo en este caso se interrumpe generalmente después del quinto mes.

Al producirse la expulsión del contenido uterino, la paciente deberá llamar inmediatamente al médico para que este compruebe si el feto y la placenta han sido del todo eliminados o no. Si el aborto ha sido completo tal vez no sea necesario ningún tratamiento ulterior. En cambio puede requerirse un raspado quirúrgico si queda algún resto de embarazo en el útero.”¹¹

Una definición médica legal es la que brinda el médico alemán Pietrusky, considerada por algunos tratadistas como moderna y amplia. Aborto “*Es toda interrupción artificial del embarazo, no ejecutada por indicación médica o por indicación eugénica.*”¹²

Esta definición es válida para legislaciones que consideran al aborto como un hecho típico, como es el caso de la ley penal ecuatoriana. Los países que han despenalizado el aborto no hacen una distinción entre el delito y las prácticas eugenésicas o terapéuticas.

Muchos confunden aborto con hecho delictivo, es necesario aclarar que no siempre un aborto constituye un hecho punible. La palabra aborto es general, se utiliza tanto en la obstetricia como en el derecho.

¹¹ **FISHBEIN MORRIS**, Enciclopedia Familiar de la Medicina y la Salud, Ed. H.S. Stuttman Co. Inc., Nueva York, 1967, Tomo I, Págs. 17 y 18.

¹² **PIETRUSKY SCHÜTT**, Handwörterbuch der Gerichtlichen Medizin, Ed. Neureiter, Berlin, 1940, Pág. 242.

Dos autores médicos legales ecuatorianos no hacen esa distinción y confunden al término aborto con hecho delictivo y señalan: “*El aborto es la interrupción provocada del embarazo, con muerte del feto, fuera de las excepciones legales. Esta definición está constituida por cuatro elementos:*

1. *Interrupción del embarazo*
2. *Acto provocado*
3. *Con muerte del feto, y*
4. *Fuera de las excepciones legales.*”¹³

Definiciones Jurídicas de Aborto.- Es necesario acudir a la doctrina como quinta fuente del derecho, puesto que la mayoría de legislaciones penales a pesar de tipificar al aborto como hecho punible, no brindan una definición del delito.

El artículo 441 del Código Penal ecuatoriano vigente únicamente utiliza la expresión hecho abortar, no hace ninguna caracterización del delito aunque sea para singularizarlo respecto de otros delitos contra la vida.

El Dr. José Cordero Acosta, ilustre penalista cuencano, en sus cátedras de Derecho Penal señalaba que aborto es: “*La eliminación del producto de la concepción en cualquier estado embrionario, desde la fecundación hasta antes del parto. Muerte inferida al feto o sujeto en proceso de gestación*”¹⁴

El Código Penal ruso presenta una definición de aborto bastante clara y simple, destacando que es uno de los pocos cuerpos normativos codificado que lo hace, así señala: “*Aborto es la interrupción del curso normal de la preñez por cualquier medio.*”¹⁵ Es importante señalar que Rusia a pesar de que despenalizó el aborto años atrás como se dejó sentado en el presente trabajo, todavía guarda una definición, ya que el aborto practicado en centros no autorizados para hacerlo es aún ilegal.

¹³ P. CARRILLO y A. VON RECKOW, Notas de Medicina Legal, Ed. Universidad Central del Ecuador, Quito, 1986, pág. 151

¹⁴ La definición anotada no proviene de texto alguno. Es copiada textualmente de acetatos que el Dr. José Cordero utilizaba como ayudas de cátedra, cabe aclarar que no son hojas numeradas.

¹⁵ Código Penal Russo. Artículo 482.

Los conceptos que el común de la gente tiene sobre el Aborto, son bastante cercanos a la realidad, aunque se limitan a la mera expulsión del feto del claustro materno, es por esta razón que se habla de conceptos restringidos.

Para Cuello Calón el aborto consiste “...en la expulsión prematura y violentamente provocada del feto o en su destrucción en el vientre materno. Hay, pues, aborto en sentido legal, y así lo declara la jurisprudencia cuando se causa la destrucción o aniquilamiento del fruto de la concepción. Es indiferente que se trate de preñez intrauterina o extrauterina, en este caso el aborto es igualmente punible.”¹⁶

El aborto es punible en todo momento de la gestación, desde la concepción hasta el comienzo de la expulsión del feto; en este sentido se inspira nuestra jurisprudencia. No importa que el feto sea o no viable.

Entre el aborto producido y los medios empleados para realizarlo debe existir una relación de causalidad plenamente probada.”¹⁶

El autor habla de embarazo extrauterino, esta modalidad de preñez también llamada ectópica supone la incorrecta implantación del huevo cigoto en el útero de la madre. En muchas ocasiones el embrión se asienta en las trompas de Falopio, lo que constituye gran peligro para la madre y para el embrión; en definitiva es un feto implantado patológicamente que por lo general no tiende a crecer por más de tres meses.

Es discutible, la posición del autor en el sentido que considera indiferente al aborto practicado en un embarazo normal y en un embarazo extrauterino. Uno de los pilares del aborto terapéutico es evitar el riesgo de muerte que sufre la madre en ciertos embarazos, la práctica de un aborto en estos casos es necesaria y por consiguiente exime de responsabilidad penal a quien lo realice.

El maestro de la escuela clásica penal, Francesco Carrara, que consideraba al delito en general como un ente jurídico¹⁷, define al feticidio – como llama él al aborto – de dos

¹⁶ **CUELLO CALÓN EUGENIO**, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 531.

formas; la primera de la siguiente manera: “...*la muerte dolosa del feto dentro del útero.*”¹⁸ El autor agrega aquí elemento nuevo, respecto a las otras definiciones, el dolo, la intención de causar el daño o ejecutar maniobras para conseguir un objetivo determinado que en este caso es la eliminación del fruto de la concepción; en esta definición sencilla excluye las formas no dolosas de aborto, la eugenésica y la terapéutica. La otra definición es un poco más simple y general, diría que es más popular y un poco alejada de la doctrina jurídica, ya que solo considera al aborto como la “*violenta expulsión del vientre materno, de la que se sigue la muerte del feto.*”¹⁹ Cabe mencionar que el carácter de violento que pueda tener un aborto, no solo se remite a que fue inducido o provocado, pueden existir abortos abruptos causados naturalmente como en el caso del ya explicado embarazo extrauterino.

1.2 LA VIDA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Muchos han sido quienes han tratado e definir a la vida, algunos lo han hecho de manera más acertada que otros. Es que no hay un tema que cargue con tanta subjetividad como la vida, hasta ahora, juristas, filósofos, teólogos y biólogos no encuentran un concierto para unificar sus conceptos.

Si se tratara únicamente de la constante y mecánica ejecución de funciones biológicas como la respiración, sería más fácil hallar unanimidad de criterios. Pero la vida es más que alimentarse y respirar.

Para entender como la Ley protege este preciado bien jurídico, es necesario definir a la vida desde varios puntos de vista. El más sencillo de los criterios, nos brinda la lengua, castellana, la Real Academia Española señala “*Fuerza o actividad interna sustancial, mediante la que obra el ser que la posee.*”²⁰

En este criterio existe inmerso un ápice de alma, que los autores consideran como el motor de la vida, es decir que esa fuerza o actividad es generada por esa esencia que

¹⁷ MOUCHET CARLOS y ZORRAQUÍN RICARDO, Introducción al Derecho, Ed. Perrot, Décima Edición, Buenos Aires, 1978, pág 369.

¹⁸ CARRARA FRANCISCO, Programa de Derecho Criminal, Ed. Temis, Bogotá, 1991, Tercera Edición, Tomo 3, página 340.

¹⁹ Ídem.

nos lleva a realizar las cosas deseadas. Esa misteriosa fuerza ha tratado de ser descubierta por muchos, a través de los siglos, sin que hasta ahora se pueda a ciencia cierta revelarla, solo especulaciones existen sobre el tema, unos piensan que ese “motor” es una parte de un todo supremo.

“...Luego Dios dijo: Producza la tierra seres vivientes según su género, bestias y serpientes y animales dela tierra según su especie. Y fue así.

E hizo Dios animales de la tierra según su género, y ganado según su género, y todo animal que se arrastra sobre la tierra según su especie. Y vio Dios que era bueno.

Entonces dijo Dios: Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza; y señoree en los peces del mar, en las aves de los cielos, en las bestias, en toda la tierra, y en todo animal que se arrastra sobre la tierra.

Y creó al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó; varón y hembra los creó...”²¹

Imagen y semejanza del Ser Supremo es como la Biblia describe al hombre, es por esto que muchos dirán que muestra conciencia y alma están hechas de igual manera. Larrea Holguín, clérigo ante todo y abogado, señala que: “*Existe vida desde que el principio vital anima a un cuerpo, es decir, desde el momento en que se unen alma y cuerpo para formar una sustancia compuesta que es el hombre.*

Termina la vida con la separación de los dos elementos constitutivos del hombre : el cuerpo pasa a ser cadáver y el alma separada del cuerpo al que está destinada espera la resurrección. Ni el alma ni el cuerpo, en este estado de separación, son propiamente persona.”²²

En el tema del aborto si nos apegamos a la concepción del autor, tendríamos que saber el momento exacto en la que el alma entra al cuerpo, a lo mejor los 40 días para los

²⁰ **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, España, 2001, Tomo 10, pág. 1560.

²¹ **SANTA BIBLIA**, Génesis 1. Génesis es el Libro Primero de Moisés, en el que se relata de forma teológica la creación.

²² **LARREA JUAN**, Derecho Civil del Ecuador, Tomo I Parte General y Personas, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quinta Edición, Quito, 1991, pág. 393.

varones y los 80 días para las hembras, que proponía el viejo Derecho Canónico. Se hace esta apreciación porque si el aborto es considerado como un delito en contra de la vida debe existir un punto en el que el feto también tiene vida, siendo más objetivo se podría hacer la siguiente pregunta: ¿la vida empieza en el momento de la fecundación?

Contraria a las apreciaciones de la iglesia están las de los científicos, quienes creen que la vida humana proviene de una evolución celular, cuyo principio fue la gran explosión que originó el universo. Muchos científicos reniegan la existencia de un Ser Supremo y creen que la conciencia y voluntad han sido fruto también de dicha evolución. Personalmente también suelen considerar que la vida empieza con el proceso de regeneración, es decir el momento en que se unen óvulo y esperma, formando el huevo cigoto que es una célula cargada con los cromosomas y que posteriormente se transforma en otra célula, y así sucesivamente hasta ir estructurando los órganos vitales como cerebro, corazón, etc.

Los médicos consideran que la vida es el periodo que inicia con la activación de la actividad cerebral y fenece cuando las neuronas dejan de transmitir electricidad, es decir con la cesación del impulso neurológico.

El colombiano Benigno Mantilla, filósofo del derecho, señala que “*La vida es inconceptuable; se la experimenta, no se la define.*”²³

En realidad el autor recién citado tiene razón, cada uno tiene su propia concepción, que por sobre todas las cosas es y tiene que ser respetada, por muy novedosa, revolucionaria, o anticuada que sea.

Es importante señalar que para la mayoría de legislaciones, son irrelevantes hasta cierto punto las concepciones que se tengan sobre la vida, lo importante es que es un bien excepcional, para el cual el Estado debe prestar todas las atenciones, evitando en lo posible intromisiones, permitiendo y garantizando su correcto desenvolvimiento.

²³ **MANTILLA BENIGNO**, Filosofía del Derecho, Ed. Temis, Bogotá, 1996, pág. 295.

Después de la defensa de los más altos y supremos intereses del Estado, como el fortalecimiento de la unidad nacional, éste como superestructura en la que se desarrolla la sociedad, tiene el deber y la obligación en segundo término de proteger la vida de sus asociados²⁴, brindando todas las facilidades y los medios de protección debidos.

La Constitución Política del Ecuador en su artículo 3 numeral segundo señala que son deberes primordiales del Estado: “*Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social.*”²⁵ Como es obvio el respeto a la vida es el primer derecho humano consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, ambos instrumento internacionales aplicables en el Ecuador, ya que somos país ratificador y depositante.

Pero es el artículo 23 de la Ley Suprema del Estado, el que de forma más precisa defiende a la vida. No se debe olvidar que el artículo en mención se encuentra dentro del Título III que otorga las garantías y derechos a los ciudadanos, así como establece deberes a cumplir. “*Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:*

*1.- La inviolabilidad de la vida. No Hay pena de muerte...”*²⁶

En los Estados de derecho, el respeto a la vida es una de las más primarias y básicas preocupaciones. La vida en sí es relevante para el Estado, es el motor en el que se apoya para su desarrollo. Sin respeto este bien jurídico, esta superestructura sería acéfala.

No solo la Constitución garantiza la vida de quienes formamos parte del Estado ecuatoriano, ésta más bien forma un sistema de legalidad, que en conjunto con otras leyes apuntalan la defensa de la integridad humana en todas sus formas.

²⁴ Entiéndase por asociados a, todos aquellos que forman parte de un Estado constituido y aceptado así por la Comunidad Internacional

²⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, R.O. 1, 11 Agosto 1998.

²⁶ Ídem.

Incluso el Ecuador como Estado, que considera al ser humano el principal motor de la sociedad, ha abolido la pena de muerte, demostrando cierta madurez, que muchos otros no la han podido manifestar, pese a que se jactan de ser naciones que respetan las libertades humanas en su conjunto, sin embargo otros son los problemas que nos aquejan, por tener una legislación penal hasta cierto punto benéfica. El auge de la delincuencia en ciudades principales tal vez han sido el producto de la falta de severidad al momento de establecer penas. Ciento es que ese es un tema que sale del marco del presente trabajo, pero siempre merece un momento de reflexión y análisis, por parte de quienes conformamos este conglomerado social, llamémonos nacionales o extranjeros.

El Dr. José Cordero, señalaba en su cátedra de Derecho Penal que: “*La vida humana relevante para el individuo, Sociedad, Estado, solo sacrificable ante fines supremos....*”²⁷

Tal vez muchos coincidan con el criterio de que el feto no es vida, y que en el presente trabajo estamos redundando en un tema que no nos compete. Bueno, existe en materia jurídica, hablando más generalizadamente, un concepto llamado de la viabilidad, que es la esperanza de vida, es decir que, el Estado tiene la obligación de proteger la vida del no nacido por que es un ser en potencia, una vida que puede trascender los límites de la conciencia y voluntad humana con sus actos. Al Estado le interesa proteger la vida de esos pequeños seres, porque se anticipa de cierta forma a los hechos, de que pueden ser en un momento dado personas de gran tamaño, que puedan incluso cambiar los destinos del país, de la ciencia o de los deportes. Un poco complejo pero a la vez práctico.

El Estado ve en ellos no a los fetos que a lo mejor no tengan formados todos sus órganos, ve a los futuros ciudadanos de nuestra nación, que como todos tienen derecho a desarrollarse, a crecer en un ambiente sano, a estudiar y a la vez, ve entes sujetos a obligaciones, a las mismas que nos pesan a todos.

²⁷ Al igual que en páginas anteriores es conveniente hacer la aclaración que la presente cita no proviene de texto alguno, simplemente de las ayudas de cátedra que el Dr. Cordero utilizaba.

Según la viabilidad, el primer derecho que tiene el feto es a nacer, después la Ley le confiere otros, que quedarán suspensos hasta el momento de su nacimiento, como por ejemplo a suceder.²⁸

Como se anotó en páginas anteriores, el autor ecuatoriano Larrea Holguín en su obra de Derecho Civil del Ecuador habla de un principio vital –alma-, que anima al cuerpo pero entran ciertas contradicciones con párrafos anteriores de su misma obra, cuando señala que: “*La existencia humana, al menos para los efectos jurídicos, supone vida. Es persona todo individuo de la especie humana, pero con la condición de que viva. Si todavía no ha llegado la vida, no es más que una posibilidad, si ha muerto, ha dejado de ser persona jurídicamente hablando.*”²⁹

El feto es vida, más no persona, entonces es contradictorio señalar que para que existan derechos y obligaciones jurídicamente hablando se necesita como principio sin condición la existencia física humana, como tal. Antes se mencionó que el feto tiene un derecho primordial, básico, a nacer. El resto de sus derechos se suspenden hasta la fecha de nacimiento. Incluso morfológicamente hablando el feto aproximadamente a los tres meses de gestación contados a partir de la fecha de concepción tiene figura humana.

Bueno, dejando de lado cuestiones hasta cierto punto filosóficas, el Estado tiene la obligación de resguardar la vida de los ciudadanos, incluso antes de que hayan nacido.

Como señala Cordero, la vida es solo sacrificable por fines supremos, es decir, cuando los más caros intereses del Estado estén en juego. En caso de invasiones de nación extranjera a territorio nacional, que constituyan una total vejación a nuestros principios soberanos, el Estado debe contar con un contingente humano que limite o anule cualquier intento expansionista de la nación invasora; en esos casos las vidas de muchos nacionales se verán sacrificadas, para defender a nuestra Patria. Ese es un claro ejemplo de sacrificar vidas por fines supremos.

²⁸ CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, R.O-S 104, 20 de Noviembre de 1970, Séptima Edición Codificada, art. 63.

²⁹ LARREA JUAN, Derecho Civil del Ecuador, Tomo I Parte General y Personas, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quinta Edición, Quito, 1991, pág. 393.

Internacionalmente hablando un Estado es responsable ante los organismos competentes por violaciones a los básicos o fundamentales derechos de las personas. Son repudiados muchos Estados por la Comunidad Internacional por no velar por la correcta aplicación de los Derechos Humanos; es más, cuando la vida de las personas está en juego por actitudes negligentes o despóticas, la censura que los Estados transgresores reciben, es mucho más considerable. Muchos países, incluso, han sido objeto de la toma de medidas coercitivas, que no implican el uso de la fuerza³⁰, para aplacar los constantes vejámenes contra la vida, es el caso del bloqueo que sufrió Irak en la década de 1990, o el que sufrió Libia por parte de los Estados Unidos, justamente por no respetar la integridad de sus ciudadanos por una parte, y por otra por los constantes desacatos a la normativa Universal sobre Derechos Humanos y en general a la normativa Internacional.

1.3 UBICACIÓN DEL ABORTO DENTRO DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA

Después de haber descubierto a lo largo del presente trabajo que el feto a pesar de no ser una persona física aún, ya que en ese sentido es una mera expectativa; algunos criterios concluyen que si posee vida, a pesar de que existen varios conceptos contrarios, especialmente en la doctrina jurídica.

El aborto como tal y como es de conocimiento general, se encuentra en la Legislación ecuatoriana penalizado y el marco típico referencial se encuentra entre los artículos 441 al 447 del Código Penal vigente.

De la aclaración hecha en los anteriores párrafos, sobre la discusión de que el aborto es o no un delito contra la vida, se puede advertir que el legislador ecuatoriano lo ha considerado de esa manera. Es necesario señalar que dentro de la organización del Código Penal, los delitos en contra de la vida se encuentran tipificados en el Capítulo I, correspondiente al Título VI, que hace referencia a los delitos en contra de las personas.

³⁰ **TERÁN MAURO**, Derecho Internacional Público Contemporáneo, Ed. UTPL, Loja, 1999, Segunda Edición, Pág. 82.

Es un tanto imprecisa la inclusión del aborto dentro del Título de los delitos en contra de las personas, ya que como se ha aclarado en constantes ocasiones, el sujeto afectado por este delito -el feto-, aún no puede ser considerado como una persona en estricto sentido. A lo mejor el legislador, conociendo de este particular y no encontrando algún tipo de delito afín al aborto, decidió por lógica y deducción incluirlo en el Título antes señalado.

Evitándose confusiones al respecto, la doctrina española hace una aclaración con bastante fundamento lógico. Habla de ésta clase de delitos, distinguiendo los cometidos hacia vida humana dependiente y vida humana independiente.³¹ Dicho esto el aborto se consideraría como un atentado a la vida humana dependiente, ya que el feto no puede subsistir fuera del claustro materno, al menos cuando tiene poco tiempo de gestación.

Respecto a la denominación de delitos contra las personas, Bacigalupo señala: “...*La designación de este título es por demás imprecisa, y por ello inadecuada para una exposición científica de estos delitos. Delitos contra las personas son en verdad todos los delitos contra bienes jurídicos individuales, en un sentido amplio. En realidad, la Ley quiere referirse solo al delito de homicidio (con sus variedades), al de aborto y a las lesiones.*

La clasificación gana en claridad si se distinguen los delitos contra la vida, por un lado, es decir el homicidio y el aborto, y los delitos contra la integridad y el bienestar corporal, por otro, esto es, los delitos de lesiones corporales. Ello no significa que las lesiones carezcan de todo contacto con los delitos contra la vida. Por el contrario, la protección que estos tipos penales dispensan a la integridad y el bienestar corporal se relaciona con el carácter de soporte de la vida que tiene el cuerpo de las personas. De allí se ha extraído la consecuencia de que los delitos contra la integridad y el bienestar corporal deben tratarse al comienzo de una exposición científico-sistemática, porque “todos los delitos de homicidio han comenzado siendo delitos de lesiones”.”³²

³¹ BACIGALUPO ENRIQUE, Los Delitos de Homicidio, Ed. Temis, Bogotá, 1999, Pág. 6.

³² Ídem. Pág. 4.

A pesar que el autor citado no es ecuatoriano, su criterio se adapta muy bien, para aplicarlo como comentario a la legislación penal ecuatoriana.

Luego de haber descifrado lo imprecisa de la clasificación penal ecuatoriana, y de haber descubierto también lo poco conveniente de considerar al aborto como un delito en contra de las personas, es fundamental mencionar los delitos que acompañan al aborto dentro del Título VI del Código Penal vigente.

A más del aborto en general es decir, en sus diversas variantes típicas, se encuentran incluidos dentro del Título de los delitos contra las personas los siguientes delitos: homicidio simple, con sus variantes; asesinato, similar al homicidio pero con agravantes constitutivas de la infracción, y sus variantes; parricidio; infanticidio; inducción al suicidio; lesiones que provoquen o no la muerte culposa del sujeto pasivo; abandono de personas; duelos; y, abuso de armas.

Se puede advertir que los que más relación tienen con el aborto como delito, son en primer lugar el infanticidio, y posteriormente el homicidio y el asesinato. Otros como la inducción al suicidio o las mismas lesiones, tienen un carácter más apartado con la esencia verdadera del delito en estudio.

La gravedad de los delitos contra de la vida se mide dependiendo no solo de lo despreciable que estos sean, existen criterios mesuradores, como por ejemplo el grado de parentesco entre sujetos activo y pasivo, el uso de medios idóneos para su consumación, el aprovechamiento de circunstancias para hacerlo, la peligrosidad y la alarma social que estos generen, en fin.

Pese a la relación del aborto con los demás delitos contra la vida, éste, al ser comparado con los otros, demuestra que es un tipo de delito muy distinto del común denominador de los de que están contenidos en el delito tipo.

Carrara, diferencia el aborto del homicidio, respecto a su gravedad en su obra de Derecho Penal; así señala: “*Mas este delito, por odioso y vituperable que sea, nunca puede equipararse en gravedad con el homicidio, pues la vida que en el se extingue no puede considerarse todavía como definitivamente adquirida; es más una esperanza*

que una certeza; y entre el estado del feto y el de hombre hay tanto intervalo y se interponen tantos obstáculos y peligros, que siempre puede quedar duda si, aun sin la expulsión violenta, esa vida esperada hubiera podido llegar a convertirse en una realidad. Consiguientemente, el delito de feticidio, por una justa consideración de proporciones, debe considerarse mucho menos grave que el homicidio, aun por el solo aspecto primario de la cantidad natural. El daño inmediato es, respecto al ser que se extingue, tanto menor cuanto eran mayores las probabilidades de que ese ser no hubiera logrado nunca la vida extrauterina, y también es menor en cuanto a la sociedad y a la familia.”³³

Y en realidad es así, no se puede juzgar al aborto con la misma balanza que se juzga al asesinato u al homicidio. Incluso existen factores psicológicos y hasta a veces hormonales que llevan a las mujeres embarazadas a cometer actos que provocan la expulsión del feto. Con todo, estas apreciaciones se analizarán más adelante.

Incluso la Biblia, considera al aborto como una acción que merece una pena, que en todo caso será mucho más benévola que del homicidio. Mientras que, para quien quitaba la vida de otro individuo, la pena era pagar con la vida misma (Ley del talión: “Ojo por ojo, diente por diente”³⁴), en el caso del aborto existía ya una especie de tasación del delito. “ *Si algunos riñeren, e hirieren a mujer embarazada, y ésta abortare, pero sin haber muerte, serán penados conforme a lo que les impusiere el marido de la mujer y juzgaren los jueces.*”³⁵

Actualmente en el Ecuador la pena se maneja desde los seis meses de prisión hasta los dieciséis años de reclusión mayor, en caso de que este haya sido provocado dolosamente por un profesional de la salud, llámese médico, tocólogo, etc. Obviamente que no existe relación entre las penas de homicidio simple, que de acuerdo al artículo 449 del Código Penal van desde ocho hasta los doce años de reclusión mayor.

No hay que alarmarse sobre la razón por la cual el aborto puede llegar hasta los dieciséis años de reclusión mayor, el principal y único motivo es que es practicado por

³³ CARRARA FRANCISCO, Programa de Derecho Criminal, Ed. Temis, Bogotá, 1991, Tercera Edición, Tomo 3, página 336 y 337.

³⁴ SANTA BIBLIA, Éxodo, Capítulo 21, Versículo 22.

³⁵ Ídem, Versículo 24.

una persona que debería salvar vidas, no terminar dolosamente con ellas, a parte que la Ley implícitamente supone que estas personas tienen el conocimiento y la educación suficiente para distinguir lo lícito de lo ilícito. Esto es lo que la doctrina llama abortos agravados; no está por demás señalar que este tema será ampliado en los próximos capítulos de ésta investigación.

1.3.1 ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS 60 Y 61 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ECUADOR.

Análisis del artículo 60.- El Título II del Código Civil, en donde se encuentran ubicados los artículos 60 y 61, hace referencia al principio y fin de la existencia de las personas. No está por demás subrayar, que estos preceptos legales hacen referencia a las personas físicas o naturales, no a las personas jurídicas, que como sabemos son ficticias.

El artículo 60 reza: “*El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre.*

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

*Se presume que la criatura nace con vida; quien alegue lo contrario para fundamentar un derecho, deberá probarlo*³⁶

Hasta el año de 1989, antes de la reforma de este artículo, la Ley utilizaba términos menos técnicos, y si se quiere hasta cierto punto ambiguos. Si la criatura sobrevivía por más de veinticuatro horas luego de ser separada de su madre, se reputaba viva; por esta razón existía una pugna entre este artículo y las disposiciones que sancionan al aborto, debido a que, la vida era asociada con la supervivencia fuera del claustro materno, por lo que según la lógica se hacía innecesario penalizar o sancionar a mujeres que se procuraban o consentían prácticas abortivas, ya que como se pudo advertir el aborto es un delito contra la vida.

³⁶ **CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO**, R.O-S 104, 20 de Noviembre de 1970, Séptima Edición Codificada, art. 60.

A decir de Larrea Holguín, incluso el anterior texto del artículo 60, contenía una visión errónea del principio de viabilidad, pero creaba un nuevo principio de vitalidad. Para el autor era arbitraria la aplicación de la viabilidad, ya que no se puede tener suspensos los derechos de un recién nacido hasta después de veinticuatro horas, tiene el mismo derecho de considerársele viva a la criatura dice el que sobreviviese aunque sea cinco minutos.

“La doctrina de vitalidad sostiene que para que el nacimiento constituya principio de existencia legal se requiere que una criatura humana nazca viva. Si nace viva es propiamente hombre, y comienza a ser sujeto de derecho y obligaciones; persona ante la Ley.”³⁷

Como se anotó páginas atrás, la viabilidad no es más que una especie de pronóstico de vida. *“Por otra parte, el sistema de la viabilidad exige que nazca una criatura “viable”, es decir con aptitud para continuar viviendo...”³⁸*

Actualmente el artículo 60 ya lleva implícito un contenido más forense, ya no se habla de la necesidad de que la criatura viva cierto lapso para que se marque su principio de existencia legal. El principio de existencia legal se da el momento en que este nuevo individuo es separado completamente de su madre, es decir, desde que es separado del claustro materno, y del desprendimiento de ese vínculo madre-hijo, que es el cordón umbilical.

La criatura que muere en el vientre materno o que nace muerto, se reputa como que nunca hubiese existido. Es obvia esta observación en virtud del principio de viabilidad, ya que no se puede anticipar a la vida de quien está muerto.

La Ley presume de derecho que la criatura nace viva, ya que se admite prueba en contrario, para quien fundamente un derecho.

El Código Sánchez de Bustamante de Derecho Internacional Privado, al respecto señala que en este caso, se aplicará la ley personal, es decir, la ley del lugar donde nace

³⁷ LARREA JUAN, Derecho Civil del Ecuador, Tomo I Parte General y Personas, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quinta Edición, Quito, 1991, pág 396.

³⁸ Ídem, págs. 396, 397.

la criatura.³⁹ Por ejemplo si un niño nace en Ecuador, aunque sea hijo de padres extranjeros, se aplicará para su caso la Ley ecuatoriana, y así se manejaba incluso con el texto antiguo del artículo 60.

Análisis del artículo 61 del Código Civil.- Este artículo en particular tiene gran relación con la legislación existente del aborto. “*La Ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra.*

Toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento.”⁴⁰

El legislador en este caso ha tomado una decisión acertada, al incluir este texto dentro del Código Civil. En definitiva está protegiendo a fetos, es decir, seres que aún no nacen, por cualquier acto provocado por su madre u otras personas, o que se teme que pueda provocarse en desmedro o atentando contra la vida del no nacido.

Se puede asociar las decisiones judiciales tomadas, con la de las providencias preventivas, contenidas en el Código de Procedimiento Civil. Estas medidas, al igual que las señaladas en el artículo 61 del Código Civil, tienden a evitar un daño o la inoperancia de sujetos que tienen una responsabilidad respecto de otro.

Estas providencias pueden ser solicitadas a petición de parte, aunque también el juez puede dictarlas de oficio cuando crea que la vida de una criatura que se encuentra en el claustro materno peligre. “...el juez puede disponer *cualquiera otra que le parezca conveniente. Tales podrían ser, a modo de ejemplo. Internamiento de la mujer en una clínica u hospital, el señalamiento de una pensión alimenticia suficiente para que la mujer mantenga su salud y la de la criatura, etc.*”⁴¹

³⁹ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE ANTONIO, Código de Derecho Internacional Privado, art. 28.

⁴⁰ CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, R.O-S 104, 20 de Noviembre de 1970, Séptima Edición Codificada, art. 61.

⁴¹ LARREA JUAN, Derecho Civil del Ecuador, Tomo I Parte General y Personas, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quinta Edición, Quito, 1991, pág 401.

El anterior Código de Menores, vigente en el Ecuador hasta Julio del 2003, que fue reemplazado por el nuevo código de la niñez y la adolescencia, en su artículo 198 señalaba textualmente: “*El marido, presunto padre o tercero interesado podrán solicitar al Tribunal de Menores se prohíba la salida del país de una mujer embarazada, siempre que se justifiquen los motivos de la solicitud.*”⁴²

Es muy riesgoso en ciertos casos permitir la salida del país de una mujer embarazada, ya que puede viajar a un país que no penalice el aborto, y realizárselo en ese lugar, sin que nadie se responsabilice por ese hecho, y tal vez ante la poca posibilidad de probar, ese delito en particular quedaría en la impunidad. Por ese lado el ya derogado Código de Menores, muestra una norma acertada.

El principio de existencia legal de una persona, no significa que la Ley toma medidas protectoras desde el momento del nacimiento, sino que esa protección legal se retrotrae a la fecha de concepción, es decir que el feto está protegido por la Ley desde el momento en que fue concebido, aunque sea que solo se sospeche su existencia.

El artículo 47 de la Constitución Política del Estado, en referencia a los grupos vulnerables, señala que las mujeres embarazadas, al igual que otras personas con vulnerabilidad como incapacitados, ancianos, etc., merece una atención prioritaria, preferente y especializada.⁴³ Esta protección se da en virtud de que la vida que se encuentra dentro del vientre materno, debe también ser protegida por el Estado, y este debe brindar todas las facilidades para que esa pequeña vida crezca y se desarrolle sin taras que puedan afectarle en el futuro. Igualmente según los médicos cuando la madre se encuentra en perfecto estado de salud, la criatura que lleva en sus entrañas también lo está.

Para los casos de aborto eugenésico y terapéutico, la disposición del artículo 61 del Código Civil quedaría sin efecto, en el primer caso para tener una especie humana sin taras, y en el segundo evitando un mal mayor, cuando la vida de la mujer embarazada está en inminente peligro, como consecuencia de un mal estado de gravidez, como puede ser un embarazo extrauterino.

⁴² CÓDIGO DE MENORES, R.O.-S 995, 7 de agosto de 1992, art. 198.

⁴³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, R.O. 1, 11 Agosto 1998. art. 47.

En todo caso la protección al no nacido, no solo parte del Código Civil, sino que se forma una estructura legal que parte de la Constitución, y se va desmembrando en diferentes cuerpos normativos, que lo enfocan de diversas maneras. El Código Penal por su parte sanciona a quienes hayan vulnerado estos principios y hayan caído en la ilegalidad.

1.3.2 CONSIDERACIONES ADICIONALES.

Indiscutiblemente la doctrina de la vitalidad y el principio de viabilidad constituyen las más marcadas consideraciones doctrinales respecto de los artículos 60 y 61 del Código Civil. Las dos consideraciones ya fueron explicadas; pero, la existencia legal de las personas puede ser explicada desde varios puntos de vista jurídicos, y aunque en este punto también se entra en una eterna elucubración, es interesante más que necesario anotar como los pueblos antiguos consideraban el momento en que una vida entra de lleno a ser sujeto de derechos y obligaciones. Para este punto será necesario tomar como referencia una breve redacción que hace Larrea Holguín⁴⁴.

Los romanos fueron, como sabemos los, que lograron un derecho de características excepcionales, a tal punto que en nuestro país, y otros de la Familia Romanista o Continental, se han aferrado a ciertas instituciones del clásico Derecho de Roma.

En el Imperio, no existían los métodos científicos que hoy tenemos para revelar si una criatura nace o no con vida, más bien eran empíricos los métodos utilizados para afirmar el momento en el cual un recién nacido se convertía en sujeto de derecho.

Los sabinianos señalaban que la criatura podía ser considerada como persona desde que daba su primer grito de vida, es decir, desde el momento en que lloraba. No todos los bebés lloran al nacer, así que en estos días se debería descartar esta posibilidad.

Los proculeyanos en cambio no exigían el primer llanto del bebé, sino que eran más prácticos hasta cierto punto y consideraban una persona al neonato que daba

⁴⁴ LARREA JUAN, Derecho Civil del Ecuador, Tomo I Parte General y Personas, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quinta Edición, Quito, 1991, pág 396 y 397.

simplemente señales de vida, se conformaban con un simple movimiento, para afirmar que ese pequeño ser ya era sujeto de derechos y obligaciones.

Antes, como ya fue anotado, nuestro derecho exigía pruebas de vida por el transcurso de veinticuatro horas, norma que fue derogada por la inclusión del nuevo texto del artículo 60 del Código Civil, y que manifestaba pugna entre los textos de este cuerpo normativo con los establecidos en el Código Penal, respecto al aborto.

Hoy en día con el avance de la ciencia médica ya se puede de forma más exacta revelar si una criatura ha llegado o no a tener ese principio de existencia legal. Incluso a infantes recién nacidos, que hayan muerto, se les puede practicar un examen que revela con exactitud si han tenido algún hábito de vida o no. Este examen es de práctica obligatoria para neonatos fallecidos, y su objetivo es revelar si la criatura ha muerto o no tuvo en ningún momento vida, y más bien se trataría en ciertos casos de un caso de aborto tardío, es decir, el inducido, sufrido o provocado después de los tres meses de gestación hasta los nueve meses. Dicho examen supone que en el momento de la autopsia médica legal practicada al infante, se sumerge uno de los pulmones en un recipiente lleno de agua, si se presenta la expulsión de burbujas, significa que la criatura ha respirado y tuvo vida, caso contrario se manifiesta que careció de esta el momento que fue separado del vientre materno o que su nacimiento fue producto de un aborto tardío.

1.3.3 EL FETO SEGÚN EL DERECHO PENAL.

El Derecho Penal ecuatoriano, al incluir al aborto dentro de los delitos contra la vida, está implícitamente aceptando que el feto es un ser viviente, y por tanto se debe sancionar a quienes trunquen o tengan la intención de truncar la vida de estas criaturas, ya que existe también la figura de la tentativa para este tipo de delito.

Muchos países que condenan las prácticas tendientes a la expulsión del feto del claustro materno con intenciones dolosas, tienen la misma concepción que ha tenido el legislador ecuatoriano, es decir, el feto es un ser vivo, y su vida debe ser respetada a cualquier precio.

Rudolph von Ihering, defensor de las libertades individuales, de la justicia y autor de la célebre obra “*La Lucha por el Derecho*”, conjuntamente con Adolfo Merkel y Franz von Liszt, en sus teorías del interés demográfico, señalaban que el feto o lo que ellos nombraban como embrión no es otra cosa que una víscera más de la madre, una simple esperanza de vida.

Esto ha dado como fruto varias teorías en las que la futura madre o mujer embarazada, puede decidir sobre lo que hará con el feto, ya que si es una víscera más de su cuerpo, se le da el libre albedrío para decidir qué hace. Holanda se aferró a esta idea y fue la primera legislación en despenalizar al aborto, respetando, según ellos, la libertad de las futuras madres, lo que posteriormente devino como el “*prohibido prohibir*”. Esta es una definición sobre el derecho accesorio del feto, es decir que lo secundario sigue la suerte de lo principal, en este caso la decisión de la madre es la única que prima.

Para Ambrosoli, el aborto no debería ser considerado como un delito que atente contra la vida de las personas, ya que según él, feto carece de vida independiente. Para él, el aborto es un delito que atenta a la estructura familiar, a ese seno base de una sociedad y afirmaba que en Italia, de donde procedía este tratadista, debería –el aborto- ser incluido dentro de los delitos contra el orden familiar.

A pesar de los años que tenga la obra sobre Derecho Penal de Carrara, ésta es inmortal, ya que nos muestra de manera muy clara y contemporánea los delitos en general. Este autor en forma determinante afirma que el feto es un ser viviente, y así se manifiesta: “...fisiológicamente puede discutirse si es una vida distinta de la de la madre⁴⁵ , y dejamos que los médicos discutan e este respecto; a nosotros nos basta que haya una vida merecedora de ser respetada y protegida únicamente con relación a sí misma, sin tener en cuenta ninguna consideración acerca de la familia; y esa vida (llámese vegetativa o animal, como se quiera) no puede ser incierta. Nadie duda que el feto (si es verdadero feto) sea un ser viviente, y desafío a negar esto, siendo así que a diario se le ve crecer y vegetar. ¿Qué importa, pues, definir fisiológicamente esta vida? Podrá ser, si se quiere, una vida accesoria, agregada a otra vida de la que se apartará un día para vivir vida propia; pero no puede negarse que sea un ser vivo (si es verdadero feto); y de esta manera, en esa vitalidad presente, acompañada de la

⁴⁵ El autor se está refiriendo al feto.

probabilidad de una vida futura, independiente y autónoma, se encuentra de modo suficiente el objeto del delito de quien perversamente la extingue.”⁴⁶

“Para nosotros pues, el feto vive dentro del útero, y no nos interesa definir fisiológicamente qué vida sea esa...”⁴⁷

No interesan en realidad las diversas concepciones, de que si el feto es una vida accesoria o agregada, es una posibilidad de vida independiente⁴⁸, eso se manifiesta según la teoría de la viabilidad. Se han superado varios criterios de penalistas y para nuestra legislación el aborto es un delito contra las personas, esto es un hecho ineludible.

Tantos son los criterios como personas hay en el mundo, otros países han tomado las teorías de von Ihering o de Ambrosoli como válidas, son respetables por cierto, pero eso no lo convierte a uno en consentidor de ellas. Uno decide cual es la correcta de acuerdo a sus convicciones y creencias. En ningún momento se trata de imponer criterios, se trata de presentar un cuadro de éstos, para que el lector decida. Lo que si es inexorable es el cumplimiento de los preceptos legales vigentes en nuestro país. Pensemos lo que pensemos al respecto, en el Ecuador el aborto es ilegal, así que debemos respetar la normativa.

⁴⁶ CARRARA FRANCISCO, Programa de Derecho Criminal, Ed. Temis, Bogotá, 1991, Tercera Edición, Tomo 3, página 340, 341.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Ayuda de cátedra utilizada por el Dr. José Cordero Acosta.

CAPÍTULO 2

NATURALEZA DEL ABORTO

El Derecho Penal positivo, al referirse al delito maneja tres conceptos básicos, sin que ninguno sea eludible, porque siendo así no existiría la figura típica. Se habla de delito y pena, como los antecedentes más importantes dentro de la estructura penal del Estado. El primero es el encuadramiento típico, es decir establecer la conducta en la Ley; el segundo, la pena, que no es otra cosa que la sanción impuesta a quien violenta la Ley sea por acción u omisión, siguiendo el ya muy conocido principio del “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*”. Pero sin la presencia del delincuente como sujeto activo de la infracción, sería también imposible, la existencia de delito, ya que no se podría configurar su materialización.

Recordando el concepto de delito como acto o hecho típico, antijurídico y culpable cometido sea por acción u omisión del sujeto activo, que genera una pena. Se puede desprender en relación a lo señalado en el párrafo anterior que están inmersas las tres características principales.

Luego de ésta pequeña introducción recordatoria sobre los antecedentes primarios del Derecho Penal, se puede señalar que la naturaleza del delito es la individualización de éste respecto de otros, de lo que se desprenden sus características, formas e incluso la sanción para cada tipo penal, en virtud de que la codificación presenta al mundo jurídico un sin número de normas diversas, las cuales deben ser singularizadas para su mejor aplicación y comprensión no sólo para las personas involucradas con el Derecho, si no para el común de los asociados a un Estado

2.1 CONDUCTA Y RESULTADO

El aborto como delito, puede presentarse por acción, es decir que el sujeto activo debe hacer algo, y en casos excepcionales por omisión. Las ideas, pensamientos o dilucidaciones no son penadas, debe mediar para la configuración de este delito la planeación y materialización del mismo, incluyéndose siempre la presencia del dolo.

El Código Penal vigente en nuestra legislación, utiliza como verbos rectores de este delito las palabras “hacer abortar”, “hecho abortar”, “causare el aborto”, etc. Estos términos no constituyen en ningún caso definiciones de la conducta como tal, y es por este tipo de razones que nuestra Ley Penal en ocasiones redunda en lo impreciso.

Como se señaló en líneas anteriores el aborto es producto de una acción u omisión que cause como resultado la expulsión total o parcial del feto del claustro materno. El Dr. José Cordero Acosta considera a la expulsión como un mal parto, es decir, una inducción forzada al alumbramiento que provoca un nacimiento prematuro, y que en ciertas ocasiones evita la formación completa del feto, como en el caso de los abortos realizados en la fase embrionaria (hasta la octava semana de gestación), que también son penados, por considerarse abortos tempranos, siendo éstos la mayoría.

Para la configuración del delito, debe darse la existencia de varios factores, que el maestro Carrara los señaló en su obra de Derecho Criminal. Estos factores o elementos del aborto son:

1. La Preñez.- El Diccionario de Lengua española de la Real Academia, define a preñez como “*Embarazo de la mujer o de la hembra de cualquier especie. Tiempo que dura el embarazo.*”⁴⁹

La preñez constituye el primer elemento, dentro de la conducta del aborto, es un elemento material inexorable, es decir, no eludible. La mujer no embarazada no puede provocarse, consentir o sufrir un aborto, por razones lógicas. El aborto como expulsión del feto o embrión del claustro materno no puede en ningún caso configurarse sin la existencia del fruto de la concepción. Ni siquiera podrá darse el caso de la tentativa.

Mittermaier, consideraba en su obra *Del Tentato Aborto*, delito el hecho de pensar en aborto, hecho que refuta Carrara en su obra señalando: “*En verdad este es un castigo a la sola intención, es un castigo a un delito concretamente imposible, y que equivale, por consiguiente, a convertir el código penal en un*

⁴⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, España, 2001, Tomo 8, pág. 1238.

reglamento monástico, que a esto lleva la noción equivocada de la tentativa. Si se admite una vez el principio falsísimo de que la imposibilidad concreta del resultado no basta para eliminar la punibilidad de la tentativa, el fruto que se recoge estará necesariamente de acuerdo con esa simiente viciada. Aquella joven al creerse en cinta, realizó actos externos dirigidos al fin de abortar; pero como no estaba preñada el feto a quien quería dar muerte no existía sino en las imágenes de su fantasía exaltada; sin embargo, como con la mala intención concurrieron actos ejecutivos, se la declaró reo de aborto intentado.”⁵⁰

El caso descrito arriba ocurrió en 1852 en la región de Sajonia, se castigó a la joven a seis meses de prisión pese a haberse probado reiteradamente la inexistencia del embarazo. Se debe reiterar la falta de sujeto pasivo en este caso para el aborto provocado. Este caso que obviamente constituyó una arbitrariedad, desconoció principios que a comienzos de este capítulo se señalaron, en el sentido de que los pensamientos e ideas no constituyen delitos, la falta de materialidad para el hecho o inexistencia del sujeto pasivo se equipara en este caso.

Obviamente, que el embarazo es el punto que delimita al aborto de la actividad no delictiva. Bacigalupo, prefiere hablar de vida humana dependiente, ya que no posee de los medios necesarios para vivir.⁵¹ “*Las concepciones biológicas modernas permiten a los juristas hablar de vida humana tanto durante el embarazo como después del nacimiento. Sin embargo, los derechos positivos, en general, diferencian la intensidad de la protección, según que se trate de la vida en germe o de una persona después del nacimiento. La distinta intensidad de la respuesta penal se justifica, sobre todo por la diferente energía criminal que se supone en el autor de un ataque a la vida antes y después del nacimiento, y por el diverso grado de merecimiento de protección de los distintos objetos de la acción en la concepción de los legisladores.”⁵²*

⁵⁰ CARRARA FRANCISCO, Programa de Derecho Criminal, Ed. Temis, Bogotá, 1991, Tercera Edición, Tomo 3, página 343.

⁵¹ BACIGALUPO ENRIQUE, De los Delitos de Homicidio, Ed. Temis, Bogotá, 1999, página 6.

⁵² Ídem.

Lo anotado en líneas anteriores supone que para que exista quebrantamiento del bien jurídico tutelado, se requiere previa la existencia de embarazo, las sanciones que por obvias razones varían del tipo de delito cometido, pero en todo caso, el legislador ha equiparado la gravedad de la sanción dependiendo de la clase de delito cometido, siendo en este caso el más benévolos el aborto.

*“El delito de feticidio encuentra elementos idóneos desde el primer instante en que la preñez resulta cierta.”*⁵³ Esto nos hace suponer que no existen abortos que tengan penas más severas en relación al tiempo de gestación que llevaba la madre al momento de haberse practicado las maniobras abortivas; el aborto, al menos en la legislación ecuatoriana se hace esa distinción, aunque existen legislaciones que lo hacen como la estadounidense que clasifica el aborto en temprano y tardío, que es penalizado.

Cuello Calón por su parte habla únicamente de la expulsión del feto del claustro materno, no delimita más los elementos mínimos para la materialización del aborto. Aunque analizando más detenidamente, la expulsión del feto del claustro implica ineludiblemente el hecho que la mujer haya estado previamente embarazada.

2. El Dolo.- Dentro del Derecho Penal, uno de los conceptos más importantes es el del dolo, ya que constituye un límite entre la actividad delictiva ocasionada con intención de causar daño y la culposa, que da como fruto al delito inintencional o culposo, producto de la negligencia, falta de previsión o cuidado.

Dolo en Derecho Penal se define como “...La resolución libre y consciente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por la Ley.”⁵⁴

⁵³ CARRARA FRANCISCO, Programa de Derecho Criminal, Ed. Temis, Bogotá, 1991, Tercera Edición, Tomo 3, página 344.

⁵⁴ CABANELAS GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1997, pág. 135.

Por lo general en los delitos contra la vida, en los que se incluye el aborto el dolo eventual es suficiente para configurar el hecho y encuadrarlo en el ordenamiento típico. “*El autor debe haber tenido conocimiento de que su acción produciría la muerte de otro y haber querido que la produzca.*”⁵⁵

En la teoría general del delito, se habla de la preterintencionalidad, es decir causar un daño mayor al esperado, lo que implica siempre la intermediación del dolo, es decir preexiste el dolo, pero el resultado es superior al que en un principio se esperaba.

Mucho se discrepa en el sentido de que exista preterintencionalidad en el tipo del aborto consentido y procurado, ya que la mujer embarazada al momento de realizarse o asentir algún tipo de maniobra abortiva, esta buscando el resultado de la muerte del feto. No ocurre esto en el aborto sufrido, en el cual la mujer embarazada no conciente ninguna práctica abortiva. En el supuesto caso de que una persona quiera producir lesiones a una mujer, sin saber que esta se halla en estado de gravidez, y le propicia un golpe en su abdomen, a la altura de la matriz o útero y como consecuencia de ese golpe la mujer pierde el feto, se habla obviamente de preterintencionalidad, ya que el resultado causado estaba fuera de los límites del dolo de la persona que quería causar daño.

La culpa es también admisible en el aborto, ésta cabe en los tres tipos esenciales del delito. En clínica penal siempre se habla del ejemplo de la mujer a la que el médico le prescribía reposo absoluto o la prohibición de la ingesta de cierto alimento, y la mujer embarazada hacía caso omiso en virtud de que no sentía ningún síntoma y por necedad o ignorancia provocaba la muerte del feto. En casos de aborto la diferencia entre culpa y no responsabilidad penal es muy sutil y requiere de exhaustivos análisis. Es por esto que tratadistas como Carmignani, excluyen de toda responsabilidad a la mujer que por actuar negligente ha perdido al feto.

“*Algunos han vacilado en dejar impune en ella (mujer que provoca o consiente el aborto) el aborto culposo, por sospechar que bajo el pretexto de*

⁵⁵ **BACIGALUPO ENRIQUE**, Los Delitos de Homicidio, Ed. Temis, Bogotá, 1999, Pág. 20.

inadvertencia se escondiera el dolo; mas si esta sospecha puede llevar a esmeradas investigaciones con el fin de probar que la mujer es culpable de aborto intencional, no puede bastar imputarle como delito punible el título de aborto culposo, cuando en realidad resulta que este se efectuó por mera imprudencia. Esta, al menos, es la opinión más comúnmente aceptada y que me parece más cierta.”⁵⁶

Para Carrara y para otros tratadistas italianos como Ambrosoli, el aborto culposo debe ser excluido de las legislaciones penales, haciendo del dolo una principal característica del tipo penal analizado. Refutan vehementemente a quienes reconocen la existencia del aborto culposo. La legislación ecuatoriana, por su parte, no menciona nada acerca de la culpa en el tipo, por lo que se sobreentiende la inexistencia del aborto culposo per se.

El médico por su actuar imprudente, y que ha causado un aborto, sin la previa intención de provocarlo, responde por negligencia médica, más no por aborto culposo. Otro ejemplo, en el cual un individuo hace abortar a una mujer por descuido, sin saber que se hallaba embarazada, es penalmente responsable por el delito de lesiones es decir, que causan incapacidad superior a los 3 días.

Hablando un poco de la tentativa, categóricamente se puede señalar que es admisible en el delito, siempre que medie el dolo. En los casos de preterintencionalidad es discutible la existencia de la tentativa de causar aborto, ya que la intención es causar un daño menor al ocasionado, nunca en este caso llegar a hacer expulsar del vientre materno al fruto de la concepción.

Cuello Calón por su parte también reconoce al dolo como fundamental en el aborto, aunque ocupa sus propias palabras para singularizarlo, él habla de voluntad criminal y señala: “*El elemento interno de este delito está constituido por el conocimiento o la creencia de que la mujer se halla encinta y por el propósito de causar la muerte del feto. Es indiferente el móvil del delito.*”⁵⁷

⁵⁶ CARRARA FRANCISCO, Programa de Derecho Criminal, Ed. Temis, Bogotá, 1991, Tercera Edición, Tomo 3, página 349.

⁵⁷ CUELLO CALÓN EUGENIO, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 532.

Si se analiza detenidamente las palabras de Cuello Calón, resalta que en este elemento se incluye al anterior, el que ya fue explicado, es decir, la preñez, gestación, embarazo o como se quiera llamarlo. “*Es evidente que el segundo elemento (el dolo) presupone la existencia del primero (la preñez)...*”⁵⁸ Aunque en líneas anteriores ya se habló de este nexo ineludible entre los dos primeros elementos del aborto criminal, es necesario recalcar en el tema, puesto que el lazo existente entre estos dos es de suma importancia.

Los medios en todo caso no son tan importantes, lo único que interesa en realidad es el resultado: la expulsión del feto del vientre de su madre. Esta aclaración es hecha para evitar confusiones con delitos en los que los medios si son importantes, caso típico el asesinato, en ciertas causales.

3. Medios Violentos.- Carrara hace esta distinción, señala que los abortos se dividen en dos, dependiendo de los medios empleados para su consecución; estos son: morales, que por lo general ocasionan los abortos *honoris causa*, es decir en el cual se emplean medios de presión psicológica lo suficientemente fuertes como para hacer que una mujer voluntariamente doblegue en su decisión de tener un hijo; los otros medios son físicos o mecánicos es decir los utilizados en la práctica para realizar abortos y que serán analizados posteriormente.

En realidad, el aborto es un delito de acción–resultado en el cual los medios no son un pilar para la configuración del tipo y el encuadramiento penal, es por eso que, es poco conveniente detenerse en este punto, aunque es relevante explicarlo de forma somera. Es importante señalar que en la aplicación de penas pueden si, ser relevantes los medios empleados.

4. Muerte del Feto.- Es la suma de los tres anteriores elementos, y a criterio de muchos el elemento más importante del aborto. Es el resultado final de la

⁵⁸CARRARA FRANCISCO, Programa de Derecho Criminal, Ed. Temis, Bogotá, 1991, Tercera Edición, Tomo 3, página 349.

actividad delictiva, sin el cual no se configura el tipo penal, es decir la consumación del delito.

“El feticidio es un delito material, como veremos en breve, y no se consuma mediante una acción, sino mediante el resultado obtenido. Más para que haya este delito no basta que concurran materialmente estos cuatro elementos de la gravidez, el dolo, los medios empleados y la muerte efectuada del feto, si aquellos tres no tienen con el último ninguna relación de causa y efecto, pues puede suceder que al querer abortar una mujer encinta, use medios no idóneos para ese fin, y aborte después por causas naturales completamente independientes de los medios que había empleado; por esto es forzoso que la acusación justifique que la muerte se efectúo a consecuencia de los medios empleados; por lo menos, esta es la doctrina italiana.”⁵⁹

Respetable es por cierto la doctrina italiana, pero por su parte la doctrina aplicada al Código Penal ecuatoriano, excluye los medios utilizados en realizar abortos, pero considera, como elemento más importante la muerte del feto, sólo en ese caso se incurre en falta penal.

El Código Penal vigente en el Ecuador, en los artículos que van del 441 al 447, y que hacen referencia específicamente al aborto utilizan como verbos rectores: hacer abortar, haga abortar, hecho abortar, a lo que implícitamente se entiende que es el resultado el que interesa, se numeran los medios o las características secundarias de la infracción, más no interesan tanto éstas.

José Cordero señalaba que no es aborto el que no provenga de acciones letales, o de acciones inferidas en un feto ya sin vida, es claro que en este caso el resultado de la infracción debe inexorablemente ser la muerte del fruto de la concepción, y por ello también es indiferente si esta se produce dentro o fuera del claustro materno, pese a que por este motivo, como se analizará más adelante pueda confundirse al aborto con el infanticidio.⁶⁰

⁵⁹ CARRARA FRANCISCO, Programa de Derecho Criminal, Ed. Temis, Bogotá, 1991, Tercera Edición, Tomo 3, página 352.

⁶⁰ Apuntes de cátedra.

Existe un vínculo entre la muerte del feto, y la expulsión prematura de éste del vientre materno. Como ya se anotó el feto es vida humana dependiente, es decir, que requiere encontrarse dentro del vientre de su madre para poder sobrevivir, solo no lo podría hacer, excepto que se encuentre en altos niveles de gestación, es decir sobre los 6 meses, y siempre que las maniobras abortivas no produzcan daños severos en su organismo. Es por esto que en los abortos tempranos, o sea los practicados en mujeres de hasta 12 semanas de gestación, la muerte del feto es en todos los casos inevitable. Es así que, en ciertas ocasiones, pueda darse la confusión que el aborto se agota por la expulsión del feto del claustro materno, más no por la muerte es éste, es claro que se requiere la muerte, ya que como se expresó líneas arriba, ésta es un elemento esencial en la configuración del delito, antes solo se hablaría de maniobras o incluso ideas, que mientras no lleguen a ese resultado, no son penadas.

2.2 FORMAS MÉDICAS DE ABORTO

Pese a que anteriormente se habló, de la relativa importancia que tienen los medios empleados, para la configuración del tipo, es necesario de una manera simple y comprensible explicar como la ciencia médica divide y considera al aborto. Es importante analizar esta información, para advertir en la clase de terreno en que se encuentra esta actividad delictiva y de una u otra forma ayuda también a formar una idea pro o contra aborto.

La ciencia médica divide en primer lugar, en dos grupos a los abortos, éstos son los espontáneos y los provocados o inducidos, los cuales serán analizados a continuación:

Abortos Espontáneos.- Son abortos que no producen responsabilidad penal, en virtud que no son producto de ninguna práctica abortiva, peor aún de alguna maniobra que tienda la expulsión del feto del claustro materno. Son originados por la indisposición de la mujer embarazada a tener un ciclo normal de gravidez, sea por enfermedades crónicas, deficiencia de tejido placentario, malformaciones embrionarias, etc. La expulsión del feto en algunos casos es inminente, y requieren de posterior limpieza del sector uterino interno para evitar posteriores complicaciones.

“Se calcula que el 25% de todos los embarazos humanos finalizan en aborto espontáneo, y tres cuartas partes de los abortos suceden en los tres primeros meses de embarazo. Algunas mujeres tienen cierta predisposición a tener abortos y con cada aborto sucesivo disminuyen las posibilidades de que el embarazo llegue a término.

Las causas del aborto espontáneo no se conocen con exactitud, en la mitad de los casos, hay alteración del desarrollo del embrión o del tejido placentario, que puede ser consecuencia de trastornos de las propias células germinales o de una alteración de la implantación del óvulo en desarrollo. También puede ser consecuencia de alteraciones en el entorno materno. Se sabe que algunas carencias vitamínicas graves pueden ser causa de abortos en animales de experimentación. Algunas mujeres que han tenido abortos repetidos padecen alteraciones hormonales. Otros abortos espontáneos pueden ser consecuencia de situaciones maternas anormales, como enfermedades infecciosas agudas, enfermedades sistémicas como nefritis⁶¹, diabetes o traumatismos graves.

Las malformaciones y los tumores uterinos también pueden ser la causa; la ansiedad extrema y otras alteraciones psíquicas pueden contribuir a la expulsión prematura del feto.

El síntoma más común de una amenaza de aborto es el sangrado vaginal, acompañado o no de dolor intermitente, sin embargo, una cuarta parte de las mujeres gestantes tienen pequeñas pérdidas de sangre durante las fases precoces del embarazo y, de éstas, el 50% llevan el embarazo a término. El tratamiento para una situación de riesgo de aborto consiste en llevar reposo en cama. En mujeres con varios abortos puede ser necesario el reposo en cama durante todo el embarazo. El tratamiento con vitaminas y hormonas también puede ser eficaz. En ocasiones, deben corregirse quirúrgicamente las anomalías uterinas si son causa de los abortos de repetición.

En un aborto espontáneo, el contenido del útero puede ser expulsado del todo o en parte; sin embargo, en ocasiones, el embrión muerto puede permanecer en el interior del útero durante semanas o meses: es el llamado aborto digerido. La mayor parte de

⁶¹ Inflamación de los riñones.

los médicos recomiendan la excisión⁶² quirúrgica de todo el resto embrionario o placentario para eliminar las posibilidades de infección.”⁶³

Abortos Inducidos o Provocados.- Son aquellos en los que interviene la mano del hombre, sea de la misma mujer embarazada, que realiza maniobras abortivas, o de terceras personas. No necesariamente tienen vinculaciones penales, pero es del tipo de abortos que pueden encuadrarse como atentatorios al mandato legal, en los casos en que confluyan los elementos analizados anteriormente, en especial el dolo y la muerte del feto como resultado.

Se debe tener mucho tino para tratarlos, en virtud que en este grupo entran los abortos terapéuticos y eugenésicos, que no constituyen infracción ya que en el un caso se realizan para precautelar la vida de una mujer embarazada, que peligra por el mismo estado de gravidez y en el otro para la preservación de la especie humana como tal.

Los abortos inducidos o provocados son la interrupción del embarazo “...antes de que el feto sea viable, es decir, antes de serle posible sobrevivir fuera del claustro materno.”⁶⁴, o extracción del feto de la cavidad uterina.

Para algunos médicos como Schwarcz, los abortos provocados se dividen en tres grupos: el primero que hace referencia a los abortos terapéuticos, es decir, para salvaguardar la vida de la mujer embarazada en peligro; el segundo llamados abortos profilácticos, practicados con el fin de evitar el aparecimiento o agravamiento enfermedades degenerativas o generales importantes; y, el tercero, objeto del presente trabajo que tiene consecuencias legales, por constituir delito en la mayoría de legislaciones a nivel mundial.⁶⁵

Luego de analizados, los dos grandes grupos de aborto según la ciencia médica, es menester seguir ahondando en el tema, puesto que, a pesar de que estos dos grupos

⁶² El término hace referencia a la destrucción de todo vestigio del feto, para su futura expulsión u evacuación de la cavidad uterina. Así se evita posibles infecciones que repercutirían en la salud de la mujer que abortó y que incluso pueden llevarla a perder su matriz o en el peor de los casos ocasionarle la muerte.

⁶³ www.monografias.com/abortometodosyconsecuencias.htm

⁶⁴ SCHWARCZ RICARDO, Obstetricia, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1974, Tercera Edición, Pág. 490.

⁶⁵ Ídem.

abarcen a los abortos conocidos, no nos familiarizan con las técnicas existentes, que son los procedimientos abortivos. En este sentido, la medicina divide en dos grandes grupos las técnicas abortivas. Existen técnicas químicas y quirúrgicas, sin que sean totalmente independientes las dos; pueden emplearse conjunta o simultáneamente. A continuación, se analizará las técnicas por separado, distinguiendo sus características más importantes y formas en las que se pueden presentar:

1) Técnicas Químicas de Aborto.- Como su nombre lo indica, estas clases de técnicas emplean sustancias químicas o farmacológicas, que inducen a labores abortivas en la mujer embarazada. Por lo general se emplean en las primeras semanas de gestación, por la facilidad que brinda el organismo para la interrupción del crecimiento y expulsión del feto de la cavidad uterina.

Históricamente, como se analizó en páginas anteriores en este trabajo, se utilizaban las más diversas pócimas y preparados con el fin de evitar embarazos o interrumpir los ya existentes, lo que hace pensar en lo antiguas que son las prácticas abortivas, y que sin lugar a dudas han servido para el actual desarrollo de los más diversos medicamentos abortivos. Estas técnicas por más ambiguas que parezcan son el antecedente de la investigación científica en el tema.

Dentro de las formas químicas de aborto más comunes y utilizadas tenemos:

- a. Píldora RU 486.- Es un método muy moderno de aborto en casa, que se vende con receta médica como única restricción en los mercados holandeses, británicos y en ciertos estados de los Estados Unidos, principalmente. Está compuesta por mifepristona, un esteroide sintetizado en laboratorio, que bloquea directamente la producción de progesterona, una hormona creada por mujeres embarazadas y que es esencial para mantener el embarazo. Apareció a principios de la década de los ochenta, y como muchos otros productos farmacológicos fue probado inicialmente en animales de laboratorio; luego de 17 meses de su aparición inicial, se hicieron pruebas con mujeres embarazadas, el resultado fue el esperado, el 99% de las mujeres que hicieron la prueba lograron interrumpir su embarazo.

Al señalarse que es un método abortivo en casa, no se está haciendo ningún tipo de metáfora, ya que este método es recetado por un facultativo, se toma el fármaco como se indica, que por lo general son dosis divididas a tres días, y se espera de un día a dos para que empiece a hacer efecto. En ciertos casos es necesario prostaglandin, que es otro fármaco que incentiva las contracciones uterinas, para facilitar la expulsión del feto del vientre materno. La medicina por evidencias ha señalado que en ciertos casos es necesaria una evacuación uterina, es decir, una limpieza, para evitar que queden vestigios fetales u otros como coágulos, que posteriormente pueden provocar complicaciones. Es necesaria la supervisión médica luego de una semana.

Pueden presentarse complicaciones posteriores como hemorragias vaginales, diarreas fuertes, entre otras. Las pacientes renales, epilépticas, con problemas gastrointestinales deben abstenerse del uso de este producto, ya que puede traer consigo su muerte. Se dice que un 1% de mujeres que abortan por este método deben ser hospitalizadas de urgencia, por complicaciones.

A pesar de su aprobación por FDA (Food and Drug Administration, siglas en inglés que significan Administración Federal de Drogas y Alimentos) de los Estados Unidos, muchos grupos anti aborto, siguen manifestando que este es uno de los métodos abortivos más peligrosos para la mujer que desea abortar.

“El Vaticano ha condenado la aprobación de este pesticida antihumano no sólo porque destruye la vida de los bebés por nacer y la salud de las mujeres, sino también porque la considera parte de una campaña de los países ricos para controlar y dominar la población de los países en desarrollo. Gino Concetti, teólogo moralista de la Santa Sede, expresó: "La reducción radical de la población en el Hemisferio Sur aseguraría la supremacía política,

industrial y comercial de los países industrializados del Norte. Es un plan de una perversidad nunca antes imaginada." ¿Serán también dentro de poco los bebés por nacer del tercer mundo, junto con sus mamás, las próximas víctimas de los pesticidas antihumanos que promueven el Population Council y la Federación Internacional de Planificación de la Familia (IPPF)??"⁶⁶

Cabe aclarar que este método solo puede ser utilizado en la fase embrionaria, de desarrollo fetal, es decir, hasta la octava semana de gestación⁶⁷, caso contrario el riesgo para la mujer es inminente. Aunque suene absurdo se debe evitar su consumo si solo se sospecha de embarazo, lo que implica que para su ingestión se requiere seguridad en el estado de gravidez.

- b. Prostaglandinas.- Es una sustancia, que produce dilatación uterina, e incita partos. Se inyecta a través del abdomen a la altura de la región uterina. Lastimosamente cuando se la ocupa en las primeras semanas de embarazo, dilata el útero de tal manera que el feto se encuentra en un ambiente hostil, y empieza a forcejear para evacuar la cavidad donde se halla alojado. En embarazos avanzados, puede provocar la expulsión del feto vivo, para lo cual se utilizan otras medicinas para provocar su muerte. Entre las complicaciones que presenta para la mujer que aborta están: ruptura del útero, hemorragias, vómitos excesivos, sepsis⁶⁸, embolia cerebral y complicaciones renales agudas.

- c. Solución Salina.- Método muy discutido mundialmente, por el riesgo que implica para la mujer embarazada, e ilegal en muchas legislaciones excepto en la estadounidense. Es usado luego de las 16 semanas de gestación, es decir, cuando el feto es ya demasiado grande. Consiste en la introducción de una inyección grande, a

⁶⁶ www.vidahumana.org/vidafam/aborto.htm

⁶⁷ MOORE KEITH, Emбриología Clínica, Ed. Interamericana – Mc Graw Hill, México, 1993, Quinta edición, Pág 5.

⁶⁸ Bacteriemia o intoxicación sanguínea.

través del abdomen de la mujer embarazada, con una solución muy fuerte de sal. Al mezclarse esta solución con la placenta, envenena al feto. Luego de un día de inyectada, el feto muere y debe de ser expulsado. Las complicaciones que presenta este método para la mujer embarazada son varias, van desde la ruptura del útero hasta la presencia de coágulos en el torrente sanguíneo, capaz de provocar una embolia cerebral.

- d. Método Mifepristona-Misoprostol.- “*Mifepristona fue aprobado como un método abortivo por el FDA el 28 de septiembre del año 2000. Una mujer ingiere una dosis de mifepristona bajo la dirección de su médico o proveedor de salud. Pocos días después usa el segundo medicamento, misoprostol. Generalmente, el embarazo termina aproximadamente cuatro horas después de haber tomado el misoprostol. El pre-embrión o el embrión y los demás productos de la concepción que se desarrollan durante el embarazo son expulsados a través de la vagina. De las mujeres usando este método, 96 por ciento tendrán un aborto completo.*”⁶⁹
- e. Método Metotrexato-Misoprostol.- “*Otro procedimiento que incluye muchas visitas al médico. En la primera visita, una mujer recibe una inyección intramuscular de metotrexato, una droga poderosa que es usado para luchar el cáncer. Ataca las células que crecen rápidamente en el trophoblast, el tejido alrededor del embrión que es la placenta. Durante la descomposición del trophoblast, no recibe el bebé la comida, oxígeno, y fluidos necesarios y por eso se muere. Tres a siete días más tarde, recibe la madre un suppositorio vaginal de prostaglandina para expulsar el bebé del útero. A veces una segunda dosificación es necesario. Las que todavía están embarazadas (por lo menos 1 de 25) reciben abortos quirúrgicos.*”⁷⁰

⁶⁹ www.plannedparenthood.org/español/comoseobtieneunaborto.htm

⁷⁰ www.monografias.com/abortometodosyconsecuencias.htm

2) Técnicas Quirúrgicas de Aborto.- Estas técnicas implican, la manipulación por parte de un persona calificada o capacitada, con instrumentos quirúrgicos o mecánicos, a nivel abdominal a la altura de la cavidad uterina, o por medio de la vagina, para provocar la expulsión y muerte del feto.

Las técnicas quirúrgicas, son medios más agresivos para lograr abortos, y para el feto son más mortíferos, pero representan menor riesgo para la mujer embarazada, que ciertos métodos químicos como la píldora RU486 o la solución salina.

Los métodos quirúrgicos más conocidos son:

- a. Succión y Curetaje.- Este es un método físico, ya que emplea a la neumática, es decir la fuerza del aire comprimido, para efectuarlo. Es sencillo, pero resulta muy sanguinario, se lo puede comparar con un trabajo de carnicería por lo despiadado que resulta.

El primer paso es el lavado vaginal con sustancias antisépticas, se procede a anestesiar al paciente, sea con anestesia local, inyectada a la altura del útero o con anestesia general, que en todo caso resulta menos traumático para la paciente. Posteriormente se distiende el útero con una serie de dilatadores, que van desde los más finos hasta los más gruesos. Estos dilatadores a más de distender el útero tienen la función de asepsia, es decir limpian la cavidad vaginal. La distensión de la matriz puede durar pocos minutos o un día dependiendo de la paciente.

Una vez dilatado el útero empieza el proceso de succión, que consiste en la introducción vía vaginal de una “*aspiradora*”, que tiene en su punta un tubo puntiagudo. Entra hasta donde está alojado el feto y empieza el proceso de vaciado. La succión es tan fuerte que despedaza al feto. Este proceso dura 10 minutos. Para asegurar el resultado del aborto se introduce una cureta⁷¹, un instrumento que se utiliza para limpiar las paredes del útero.

⁷¹ Gancho Metálico, en forma de navaja.

Cabe aclarar que es un método de aborto temprano, es decir, solo puede practicarse desde la sexta semana de gestación hasta la decimocuarta semana como mucho.

Existe una técnica muy parecida, que consiste en la succión manual del feto, con una jeringa, luego de haberse dilatado el útero. Es recomendado como mucho hasta la décima semana de gestación.

Pueden presentarse complicaciones como: trauma de cérvix, peritonitis, laceración uterina, inflamación pélvica, e infecciones por uso de instrumento no desinfectados.

- b. Inducción.- *“Es muy raro que se haga el procedimiento de inducción. Para hacer una inducción, el doctor puede introducir el medicamento llamado prostaglandina en la vagina o dar el medicamento en forma de una inyección, para comenzar las contracciones que expulsarán el feto. O también se puede inyectar una solución de urea o sal en el útero, para iniciar las contracciones y causar el parto de un feto muerto. La incomodidad de las contracciones, que generalmente duran de seis a 24 horas, se puede aliviar con medicamentos orales. La inducción generalmente se hace en un hospital y requiere que la paciente pase la noche, o más tiempo, en el hospital.”*⁷²
- c. Dilatación y Evacuación (D y E).- Es un tipo de aborto idóneo para realizarse desde la decimocuarta semana en adelante. Se efectúa en dos etapas, la primera consiste en limpiar con desinfectantes la vagina, para luego proceder a colocar dilatadores a nivel del cuello uterino. Son dilatadores absorbentes que permanecen varias horas dentro del cuello uterino, y que pueden ser ayudados en su misión por misoprostol, facilitando así la dilatación completa del útero.

⁷² www.plannedparenthood.org/español/como_seobtieneunabordo.htm

La segunda fase consiste en anestesiar a la mujer con anestesia local cerca del cuello del útero, la anestesia general también es empleada en ciertos casos. Se retiran los dilatadores para luego, con instrumentos quirúrgicos succionar en casos más difíciles, o permitir la evacuación del feto que se da normalmente como impulso. Es un procedimiento que toma 10 minutos, desde que el anestésico empieza su efecto.

- d. Aborto por Cesárea.- Es uno de los métodos más seguros, que existen para la práctica de aborto, al menos para la madre, aunque para el feto resulta despiadado y mortífero.

Consiste en la realización de una cirugía similar a la que se practica en los partos no normales. Su técnica no difiere en nada, primero se procede a anestesiar a la paciente con anestesia local raquídea colocada en la parte inferior de la espalda, que literalmente duerme a la paciente del cuello hasta la cintura. Posteriormente se hace una incisión abdominal a la altura de la cavidad uterina, donde se aloja el feto, se desprende el fruto de la concepción totalmente, es decir líquido amniótico, tejido placentario, para proseguir con la sutura del tejido cortado.

Este es un método de aborto tardío, se recomienda su práctica pasados los 6 meses de gestación. La pregunta es que pasa con el feto, bueno en el mejor de los casos se le inyecta una solución a nivel de la primera cervical, que le ocasiona inmediatamente la muerte, y en el peor de los casos, se le deja morir.

- e. Aborto por Nacimiento Parcial.- Es un método de aborto tardío. Primero se dilata el cuello del útero con dilatadores, una vez expandido el canal, se procede a desinfectar la zona vía vaginal y anestesiar, para introducir unos fórceps, que son unos ganchos quirúrgicos, por medio de éstos se agarra alguna extremidad del feto, y se empieza a sacar al feto hacia fuera; el médico por lo general se guía por ecografía. Es preferible asirlo de una extremidad inferior, para que primero salgan las piernas, así se saca a todo el feto, es importante señalar que el feto sale completo. A

momento en que solo la cabeza se encuentra dentro del canal vaginal, el médico clava sus tijeras o bisturí en la región occipital, hasta hacer una perforación lo suficientemente grande para introducir un catéter con el propósito de succionar el cerebro del feto y ocasionarle así la muerte.

Grupos contrarios a las prácticas abortivas confunden esta técnica con infanticidio, posteriormente a lo largo de éste trabajo se despejaran estas dudas.

2.3 CLASES DE ABORTO SEGÚN EL CÓDIGO PENAL

El Código Penal vigente en el Ecuador, no solo es un cuerpo legal que en forma ordenada y sistemática presenta una serie de actividades consideradas como antijurídicas y que deben ser penadas por el órgano estatal, también es un regulador de la conducta humana en sociedad. Es por esto que, ineludiblemente requiere un análisis sociológico previo, que apuntala su validez. Ciertas actividades encuadradas en su texto han dejado de ser delitos, por ser ineficaces como por ejemplo la falsificación de monedas de oro. Mientras tanto otros muy vituperables por la sociedad siguen considerándose como delitos. El aborto, un tema controversial, sigue causando pasiones encontradas, por lo que el legislador ha desestimado su derogación de la Ley.

El Código Penal, dentro del Capítulo I, Título VI, De los Delitos Contra la Vida, ha reservado siete artículos para describir al aborto en todas sus formas (Artículos 441 al 447 del Código Penal). Es un poco complicado desentrañarlas, debido al desorden con el que la Ley los describe, es por esto necesario recurrir a ayudas, y apuntes en la materia, para hacer más fácil su desmembramiento, ajustándose como debe ser, al espíritu de la legislación vigente.

Los abortos penados por la Ley son básicamente tres: el aborto sufrido, el consentido y el provocado; por otro lado tenemos la prácticas abortivas que no implican responsabilidad penal sobre los involucrados, como lo son el terapéutico y el eugenésico. Cada uno será analizado individualmente, sin que sea necesario hacerlo en el orden que plantea la Ley en los respectivos artículos, obviamente si se hará mención de éstos, para que, con Ley en mano se pueda ubicarlos y diferenciarlos.

2.3.1 ABORTO SUFRIDO

Constituye una trasgresión a la libertad de decisión de la mujer embarazada. También es llamado aborto no consentido, Cuello Calón prefiere llamarlo como “*aborto sin consentimiento de la abortada*”⁷³, esa en todo caso es su característica principal.

El artículo 441 del Código Penal señala: “*El que por alimentos, bebidas, medicamentos, violencias o cualquier otro medio hubiere, intencionalmente, hecho abortar a una mujer que no ha consentido en ello, será reprimido con tres a seis años de reclusión menor.*

*Si los medios empleados no han tenido efecto, se reprimirá como tentativa.”*⁷⁴

En este aborto la mujer no consiente su práctica, es así que el “*Sujeto activo de este delito puede ser cualquiera con excepción de la misma mujer.*”⁷⁵, refiriéndose a la embarazada. Constituye una de las formas más bajas de interrumpir la gestación, y causan en la mujer que lo sufre un grave resentimiento en contra del agresor. Es por esto que la mujer es sujeto pasivo de este tipo de delito, y no solo el feto como ocurre en los otros tipos de abortos criminales.

Este es un aborto en el que no solo se lesionla la vida del feto como bien jurídico tutelado, también se impide que la mujer haga prevalecer su derecho a la maternidad, analógicamente considerado derecho humano y consagrado por la Constitución como Garantía, a más de la inclusión de mujeres embarazadas dentro de los Grupos Vulnerables de la sociedad⁷⁶.

Este es un aborto eminentemente doloso ya que la misma Ley emplea el término intencional, y admite por esta razón, también la tentativa. Se requiere que el sujeto actúe directamente en la consecución de medios ilícitos para realizar el aborto. El

⁷³ **CUELLO CALÓN EUGENIO**, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 533.

⁷⁴ **CÓDIGO PENAL**, R.O-S 147, 22 de Enero de 1971, art.441.

⁷⁵ **CUELLO CALÓN EUGENIO**, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 533.

mismo Código Penal señala que estos medios deben materializarse en violencias, la administración de medicamentos, bebidas o cualquier otra sustancia que provoque el aborto, y que obviamente deben ir asociados con la intención de dar muerte al feto.

Según Cuello Calón “...si la violencia empleada constituyera por si un hecho delictivo, podría originarse una concurrencia de delitos...”⁷⁷, a pesar de que Cuello Calón analiza fundamentalmente la Ley Penal Española, esta apreciación podría hacerse extensiva a nuestra legislación, aplicándose en este caso el delito de mayor gravedad, para el juzgamiento del sujeto activo.

Se habla de que un medio empleado para provocar un aborto en una mujer pueden ser: la intimidación, la fuerza psicológica y las amenazas, situación que requiere mucho tino en su tratamiento, puesto que a criterio de otros autores se requiere de materialización efectiva en el medio empleado, es decir, actuación directa del sujeto activo de la infracción. Sería muy difícil, ya en el plano adjetivo, probar la existencia de fuerza o temor irresistible que llevan a la mujer a tomar la decisión del aborto. Nuevas corrientes psicológicas señalan, que un embarazo puede terminarse prematuramente por coerción moral, lo que apuntalaría la versión de algunos tratadistas en el sentido de que la intimidación puede considerarse como medio para lograr un aborto. Debido a la sutilidad de estas formas de violencia, el aborto sufrido es en muchos casos impune, ya que la presión se vuelve casi imperceptible.

La forma típica del aborto sufrido, se materializa por violencias físicas en su mayoría, es decir, las que dejan secuelas o rastros. El marido que le propicia golpes a su cónyuge en estado de gestación, o que le obliga a ingerir sustancias abortivas, o la madre que obliga a su hija embarazada a practicarse un aborto, son los ejemplos más comunes de esta clase de aborto.

Como se anotó en líneas anteriores, la penalidad del aborto sufrido es de tres a seis años de reclusión menor. Dentro de ese margen, la sanción puede ser más drástica, en el caso de que los medios empleados fuesen más agresivos y deplorables. De lograrse

⁷⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, R.O. 1, 11 Agosto 1998, Arts. 23 y 47.

⁷⁷ CUELLO CALÓN EUGENIO, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 533

probar tentativa, es decir cuando se realizan actos conducentes al cometimiento de la infracción, pero ésta no se consuma, la sanción será aplicable según lo dispuesto en el artículo 16 del Código Penal.

“Cuando el Aborto ha sido causado por violencias hechas voluntariamente, pero sin intención de causarlo el culpado será reprimido con prisión de seis meses a dos años.”⁷⁸

El artículo descrito arriba, hace referencia a la preterintencionalidad en el aborto sufrido. El primer inciso del artículo 442, viene a ser una subespecie del artículo 441 del Código Penal. Existe dolo en el accionar, pero no en el resultado, que es más grave de lo previsto, o simplemente no es el resultado querido. Implícitamente la Ley en este inciso hace creer que el sujeto activo de la infracción desconoce que la mujer se halla en estado de gravidez.

Existe también preterintencionalidad en el inciso segundo del mismo artículo, pero la pena es más drástica debido a que se conoce el estado de embarazo en la mujer. *“Si las violencias han sido cometidas con premeditación o con conocimiento del estado de la mujer, la prisión será de uno a cinco años.”⁷⁹*

La preterintencionalidad del primer inciso del Artículo 442, difiere de la del segundo inciso por el simple conocimiento del estado de embarazo en la mujer, por parte del sujeto activo de la infracción, convirtiéndolo en aborto preterintencional agravado, *“...puesto que el conocimiento de la gravidez se asocia inexorablemente con el de la posibilidad del aborto...”⁸⁰*

2.3.2 ABORTO CONSENTIDO

El aborto consentido, es el causado por un tercero, pero querido por la mujer embarazada. Se encuentra tipificado en el artículo 443 del Código Penal, este artículo consta de un solo inciso y define de manera confusa la configuración de este tipo de

⁷⁸ CÓDIGO PENAL, R.O-S 147, 22 de Enero de 1971, art.442, primer inciso.

⁷⁹ Ídem, segundo inciso.

⁸⁰ CORDERO JOSÉ, Apuntes de Cátedra, sin numeración.

delito, es necesaria la lectura de la primera parte del siguiente artículo para comprender de mejor manera el espíritu de la Ley.

“El que por alimentos, bebidas, medicamentos o cualquier otro medio hubiere hecho abortar a una mujer que ha consentido en ello, será reprimido con prisión de dos a cinco años.”⁸¹

En el aborto consentido la mujer deja de ser sujeto pasivo de la infracción y se convierte al igual que las personas que le causan el aborto en sujeto activo. En este caso el único sujeto pasivo que existe es el feto. El consentimiento, es decir la predisposición a delinquir hacen que este aborto se constituya en un caso de coautoría necesaria, o sea que, las persona que causan el aborto son imprescindibles para la configuración del tipo. *“La mujer que quiere y consiente que se la haga abortar no es víctima o sujeto pasivo de este delito sino su sujeto activo...”⁸²*

Es necesario anotar que el consentimiento obtenido por fuerza o engaño constituye aborto sufrido, lo que hace a la carga probatoria más complicada.

El consentimiento requiere como antecedente previo e ineludible la existencia del embarazo, caso contrario no se configuraría este delito.

La mujer puede consentir expresa o tácitamente en la realización de un aborto. Es expreso cuando ella señala libremente y a viva voz su voluntad de interrumpir el embarazo; en cambio, es tácito cuando a pesar de no haber manifestado su voluntad, accede a prácticas abortivas sin ninguna oposición, conociendo y deseando el resultado final, que es la muerte del fruto de la concepción. Para consentir la mujer debe ser capaz, *“La mujer menor, la privada de razón, la enajenada, la imbécil, la mujer ebria, como se ha dicho, tampoco pueden consentir. En estos últimos casos, para excluir el consentimiento, no creo precisa una absoluta anulación de la conciencia, sería bastante su perturbación más o menos intensa, a juicio del tribunal. Así mismo no*

⁸¹ CÓDIGO PENAL, R.O-S 147, 22 de Enero de 1971, art.443.

⁸² CUELLO CALÓN EUGENIO, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 534.

puede consentir la mujer víctima de un desvanecimiento, de un síncope, la mujer privada de sentido por cualquier causa.”⁸³

La primera parte del artículo 444 señala “*La mujer que voluntariamente hubiere consentido que se le haga abortar, [...], será reprimida con prisión de uno a cinco años.*”⁸⁴

Se habló en líneas anteriores de la coautoría necesaria, pero la Ley al parecer desconoce el hecho de que la mujer embarazada y las personas que le realizan el aborto, con consentimiento de la primera, deban tener el mismo trato en relación a la pena. Debería considerarse la misma pena, tanto para la mujer que consiente como para los que le realizan el aborto.

2.3.3 ABORTO PROCURADO

Se encuentra tipificado en la segunda parte del artículo 444. “*...o causare por sí misma el aborto, será reprimida con prisión de uno a cinco años.*”⁸⁵

En el caso del aborto procurado, no hablamos ni de coautoría, ni de participación de terceros. Es la mujer embarazada que desea abortar, la que se practica los actos conducentes que provocan la muerte del feto; es decir, es el sujeto activo de la infracción.

Esta clase de aborto es muy peligroso, y fácilmente puede conducir a la muerte del sujeto activo. En ciertos casos es muy difícil probarlo, ya que se realiza de manera furtiva y secreta y por lo general entre los primeros meses de gestación.

Es del tipo doloso, y éste radica en el conocimiento pleno y absoluto de la preñez y en la intención de causar la muerte del feto.

Existe un caso de coautoría en este tipo de abortos. El cónyuge o conviviente de la mujer embarazada que conoce la intención de abortar, de ésta, y no hace nada para

⁸³ Idem.

⁸⁴ CÓDIGO PENAL, R.O-S 147, 22 de Enero de 1971, art.444.

⁸⁵ Idem.

impedirlo, por omisión, estaría incurriendo en el delito. Es un poco difícil entender esta situación, pero se aclara cuando se analiza la estructura familiar y se coloca al marido o al conviviente en unión de hecho como el garantista o responsable de éste núcleo.

La tentativa es admisible, también el delito frustrado en casos de abortos en los que el feto sobreviviere a toda maniobra abortiva, siendo éstos muy especiales y raros.

2.3.4 ABORTOS HONORIS CAUSA

Honoris Causa, es una frase latina, que textualmente significa por causa de honor. Al ser el Código Penal ecuatoriano un texto legal de mediana antigüedad, considera al honor como una causa suficiente para que el delito sea punible en un menor grado y por consiguiente tenga un tratamiento más benévolos.

La figura del honor entra tanto en el aborto procurado, como en el consentido, ya que requiere previo a su consecución, del consentimiento de la mujer embarazada.

Actualmente el honor familiar o individual en relación al embarazo es muy discutido, y ya no se aplica como en antaño. Constituye un atributo social, que requiere la posesión del mismo, es decir buena fama o reputación.

La Ley habla ahora de igualdad de todos los ciudadanos ante ésta⁸⁶, por lo que en estos días sería imposible clasificar a las personas pertenecientes al Ecuador como ciudadanos de primera o segunda categoría, es por esto que el honor es ineficaz y muy subjetivo en su aplicación, ya que no se puede medirlo o cuantificarlo en el plano personal.

Ya en el siglo XXI, sería más prudente hablar de temor como elemento subjetivo, que se materializaría como temor al rechazo socio-familiar, al tratar de ocultar un embarazo como consecuencia del fruto de una relación adultera, a la falta de recursos

⁸⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, R.O. 1, 11 Agosto 1998, Arts. 6 y 13.

económicos, entre otros, aunque Cuello Calón excluye a ésta última de la aplicación de éste precepto.⁸⁷

Se encuentra tipificado en el artículo 444, segundo inciso, que reza: “*Si consintiere en que se le haga abortar o causare por si misma el aborto, para ocultar su deshonra, será reprimida con seis meses a dos años de prisión*”⁸⁸

Se nota, que es una especie de aborto atenuado, pero cabe aclarar que la mujer embarazada que aborta por honor o para ocultar la deshonra es la única beneficiaria de esta característica del artículo 444. En el aborto consentido, en el cual existe participación de terceros, éstos como autores materiales del hecho no se benefician de esta pena más benévolas. Otras legislaciones como la española, hacen extensiva esta prerrogativa a los padres de la mujer embarazada que incentivan a la realización del aborto de su hija y ella consiente en ello.

Es necesario ya en la práctica, un análisis psicológico exhaustivo de la mujer que aborta, que también resulta ser el sujeto activo de la infracción, para delimitar de cierta forma este elemento subjetivo del honor o la deshonra.

2.3.5 ABORTOS AGRAVADOS

“*En los casos previstos por los artículos 441, 443 y 445, si el culpado es médico, tocólogo, obstetriz, practicante o farmacéutico, la pena de prisión será reemplazada con reclusión de tres a seis años; la de reclusión menor con reclusión mayor de cuatro a ocho años; y la de reclusión mayor ordinaria con la extraordinaria de doce a diecisésis años.*”⁸⁹

El sujeto activo de la infracción, al ser profesional de la salud, y al tener la obligación legal y moral de velar por la vida humana, debe alejarse de las prácticas abortivas. Es por esto que la Ley ha adoptado estas agravantes modificatorias de la infracción, por

⁸⁷ **CUELLO CALÓN EUGENIO**, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 538.

⁸⁸ **CÓDIGO PENAL**, R.O-S 147, 22 de Enero de 1971, art.444.

⁸⁹ Ídem, art. 446.

que además, de su conocimiento de la ciencia médica, se sobreentiende su conocimiento de la ilegalidad de éstas prácticas abortivas.

Lastimosamente, en países donde el aborto es una práctica penalizada por la Ley, como en el caso ecuatoriano, constituyen los abortos furtivos e ilegales un negocio muy jugoso, en los que la vida del feto y de la madre son muy poco considerados; es por esta razón también que se justifica que el aborto en estos casos tenga un tratamiento especial, más severo. Faltan eso sí normas paralelas, como por ejemplo el retiro de la matrícula profesional del médico que realiza por propia conveniencia y de manera ilegal abortos.

El farmacéutico, que recomienda el uso de ciertos medicamentos, para lograr que una mujer aborte, es también responsable en virtud de este artículo.

Se aplica esta normativa en casos de abortos sufridos, procurados y consentidos. Puede darse el caso de que la mujer que se procure un aborto sea profesional de la salud, también se ajusta su conducta al encuadramiento típico del artículo 446 del Código Penal.

2.3.6 DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS ENTRE ABORTO CONSENTIDO, PROCURADO Y SUFRIDO.

Diferencias:

- En el aborto sufrido la mujer embarazada no consiente en la práctica de maniobras abortivas y constituye sujeto pasivo de la infracción, mientras que en los abortos consentidos y procurados la mujer consiente la práctica de maniobras y en el resultado de la infracción, convirtiéndola en sujeto activo de ésta.
- En el aborto consentido se configura la coautoría, al igual que en el procurado en casos excepcionales como el del cónyuge, mientras que en el sufrido, la mujer embarazada carece de toda responsabilidad penal.

- Las penas para el aborto sufrido van de tres a seis años, mientras que el aborto consentido y el procurado tienen penas que van desde uno a cinco años.
- El aborto sufrido admite la preterintencionalidad, el consentido y el procurado no.
- El aborto sufrido no admite la figura del honor o deshonra, el procurado y el consentido pueden ser honoris causa.

Semejanzas:

- Tanto el aborto sufrido, como el procurado, y el consentido se encuentran incluidos dentro de los delitos contra la vida, y buscan como resultado la muerte del feto.
- Se requiere ineludiblemente, para los tres tipos, la existencia del embarazo.
- En los tres tipos, los medios empleados no tienen mayor importancia, siempre que se produzca el resultado final de la infracción.
- Los tres constituyen delito y por esta razón son penados.
- Tanto en el aborto sufrido, consentido y procurado el sujeto pasivo de la infracción es el feto.
- La práctica del aborto realizada por un profesional de la salud implica una agravante modificatoria del tipo, en los tres casos.

2.3.7 ABORTOS NECESARIOS

Como su nombre lo indica constituyen casos de necesidad insoslayable, producidos por fuerza mayor, y son por esta razón eximentes de responsabilidad penal. Son únicamente dos y se encuentran tipificados en artículo 447 del Código Penal.

Requieren del consentimiento expreso o tácito de la mujer embarazada, del cónyuge, un familiar cercano o su representante legal en caso de imposibilidad de prestar el consentimiento por su parte. El consentimiento tácito se da por lo general en casos de extrema urgencia, es decir, cuando el aborto es inminente.

Los abortos necesarios son:

Aborto Terapéutico.- Se encuentra tipificado en el numeral primero del artículo 447, se lo practica con el objeto de evitar un mal mayor, en el que la vida de la madre se encuentre en peligro inminente, es decir actual, es de emergencia, y no tiene que existir la posibilidad de evitar este peligro por otros medios ajenos al aborto.

Implícitamente se tasa lo más importante, la vida de la madre frente a la del feto que en definitiva es un ser vivo dependiente totalmente. En este caso la viabilidad queda en segundo plano.

Aborto Eugenésico.- La palabra eugenésico viene del griego y es la aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana⁹⁰. El aborto eugenésico tiene por objeto evitar taras en la especie humana.

El antecedente previo para configuración de este tipo de aborto, es el embarazo de una mujer que no está consciente de sus atributos físico-mentales, o como la Ley señala, el embarazo de una mujer idiota o demente.⁹¹ Es claro que una mujer con su capacidad mermada por un problema mental, tiene viciado el consentimiento, es por esto que no puede acceder a tener relaciones sexuales, por lo que su embarazo debe ser ocasionado por relaciones ilícitas, como la violación (fuerza o intimidación), o el estupro (engaño). El consentimiento para la práctica del aborto lo brinda el representante legal de la víctima.

⁹⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, España, 2001, Tomo 5, pág. 684.

⁹¹ CÓDIGO PENAL, R.O-S 147, 22 de Enero de 1971, art.447, numeral segundo.

En el caso de los abortos eugenésicos y terapéuticos, la Ley ordena taxativamente que estos deben ser realizados por un médico⁹², previo es el diagnóstico y examen médico exhaustivo.

2.3.8 LA MUERTE DE MUJER EMBARAZADA COMO CONSECUENCIA DE ACTOS ABORTIVOS.

El aborto en si es un procedimiento peligroso, en el que la muerte para la mujer embarazada es latente. La casuística es variada, mujeres que mueren en quirófanos, por procesos infecciosos degenerativos, entre otros.

El artículo 445 del Código Penal reza: “*Cuando los medios empleados con el fin de hacer abortar a una mujer hubieren causado la muerte de ésta, el que los hubiere aplicado o indicado con dicho fin será reprimido con tres a seis años de reclusión menor, si la mujer ha consentido en el aborto; y con reclusión mayor de ocho a doce años, si la mujer no ha consentido.*”⁹³

Se requiere en primer lugar la existencia de mujer embarazada, es decir, la existencia del objeto material del delito, que es el feto, caso contrario se podría configurar otro delito como homicidio o asesinato, dependiendo el caso.

La mujer que se procura el aborto y muere como consecuencia de sus prácticas, evita la intromisión de la Ley Penal, debido a la inexistencia de sujeto activo. Por otro lado las maniobras conducentes a hacer abortar una mujer, y esta muere, más no el feto, configuran este delito también, y resulta un caso excepcional en el que el resultado final del aborto no es el esperado, muta, es decir, si muere la madre y el feto sobrevive, es aplicable este artículo por la preexistencia del accionar doloso, tendiente a un fin, entre el aborto y la muerte de la mujer debe existir un nexo de causalidad, es indiferente que la muerte se produzca tiempo después de practicadas las maniobras abortivas.

⁹² Ídem.

⁹³ Ídem, art. 445.

Eminentemente que el accionar es doloso, pero no existe dolo de homicidio, es decir, no se busca la muerte de la mujer, pero las maniobras conducen a ese resultado, es decir que implican necesariamente lesiones letales. Se puede afirmar categóricamente que el dolo es de aborto, pero hay culpa en resultado, o sea la muerte de la mujer que pretende abortar. En definitiva este es un caso de homicidio preterintencional, ya que no se encuentra incluido el *ánimus necandi*.

Cuando un médico que realiza un aborto ilegal, y como fruto de las maniobras practicadas causa la muerte de la mujer embarazada tendrá de cuatro a ocho años de reclusión mayor en el caso de que la mujer haya previamente consentido en el aborto y que se haya probado su autoría en las maniobras abortivas. Si la mujer no ha consentido en abortar, y un médico le causa la muerte por maniobras abortivas, éste tendrá una pena de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, la misma pena que para el asesinato.

En definitiva se requiere un accionar doloso, es decir, prácticas conducentes a lograr un aborto, con o sin el consentimiento de la mujer encinta.

“Es también indiferente el grado de impericia o de imprudencia del agente en la ejecución de las maniobras o en el empleo de los medios abortivos, pues éste es un delito doloso. No es posible la estimación de la atenuante de preterintencionalidad.

La muerte no puede ser imputada a imprudencia, pues ésta según la constante jurisprudencia, requiere que el acto inicial sea lícito, y nada más ilícito que destruir o intentar destruir el fruto de la concepción.

El elemento psíquico de este delito es el dolo genérico de causar el aborto independientemente de sus consecuencias. No creo debe verse en él, como se ha declarado alguna vez, un dolo eventual, pues la infracción penada en este artículo es un delito cualificado por el resultado.

El precepto de este artículo es aplicable a todos los que causaren el aborto o cooperaren a él o a las prácticas abortivas... ”⁹⁴

⁹⁴**CUELLO CALÓN EUGENIO**, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 536 y 537.

CAPÍTULO 3

RELACIÓN DEL ABORTO CON EL INFANTICIDIO Y EL HOMICIDIO

3.1 EL INFANTICIDIO, DELITO CONTRA LA VIDA CALIFICADO.

El infanticidio es uno de los delitos en contra de la vida, que más similitudes tiene con el aborto y hasta cierto punto puede presentar confusiones por el parecido que ostentan los sujetos pasivos como tales.

Infanticidio, es un término que proviene del latín y para la Real Academia Española es: “*Muerte dada violentamente a un niño de corta edad.*”⁹⁵ Esta definición muestra de manera clara lo que éste delito constituye, incluso los lingüistas han acertado de mejor manera que algunos juristas. Cabanellas, de una manera imprecisa brinda una definición, en la que claramente confunde al infanticidio con el aborto y señala: “*En sentido amplio, toda muerte dada a un niño o infante, al menor de siete años; y más especial, si es recién nacido o está por nacer.*”⁹⁶

El infanticidio es un delito contra la vida de un infante, es decir, de un niño de muy corta edad, razón por la que la última cita resulta imprecisa, cuando señala que puede considerarse infanticidio la muerte de un niño de hasta siete años de edad.

El artículo 453 del Código Penal ecuatoriano, señala taxativamente, que constituye infanticidio la muerte de un recién nacido.

Es una figura penal muy especial, en el sentido que, constituye un delito contra la vida calificado, no sólo por la característica *sine qua non* que debe reunir el sujeto pasivo de la infracción, sino también, por las características de los sujetos activos y de la infracción misma. En virtud de esta aclaración, categóricamente se puede señalar que, únicamente pueden ser sujetos activos de éste antijurídico la madre del infante y extensivamente, según el caso, los abuelos maternos de la criatura.

⁹⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, España, 2001, Tomo 6, pág. 861.

⁹⁶ CABANELAS GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1997, pág. 204.

“La madre que por ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido, será reprimida con la pena de reclusión menor de tres a seis años.

Igual pena se impondrá a los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito.”⁹⁷

Otro aspecto importante en la cualificación de este delito, es el móvil; este es un delito que se perpetra con un propósito, el ocultar la deshonra de la madre o de su familia, característica que será analizada más adelante. Además se puede distinguir que respecto a otros delitos contra la vida, excluyendo al aborto honoris causa, este tiene una pena más benévolas.

Las prácticas infanticidas son muy antiguas, recordemos lo señalado en las primeras hojas de este trabajo, cuando se explicó que los atenienses arrojaban de un monte a los infantes con problemas físicos o mentales que se suponía no podrían resistir las exigencias de su sociedad. Roma en sus inicios, también aniquilaba a los menores con deficiencias en la roca Tarpeya. Aunque la razón de este actuar en esa época era de carácter eugenésico, no deja de ser un antecedente digno de analizarse de este delito contra la vida, el infanticidio.

El viejo Derecho Romano daba la facultad a los *Pater Familias*, de disponer libremente sobre la vida de sus hijos y descendientes, normas que no se extendían hacia las madres, ya que las infanticidas eran castigadas. Justiniano suprime este derecho de “disposición” y empiezan a considerarse penas muy drásticas para quien lo practicaba. Posteriormente el infanticidio fue considerado delito en Roma.

Por su parte, el Fuero Juzgo normalizó esta práctica delictiva y penalizaba a las madres que ocasionaban la muerte de sus hijos tiernos con la ceguera o con la muerte. Se señala que en leyes posteriores como en las Partidas, no se encuentre disposición alguna acerca del infanticidio, pero a decir de Cuello Calón se penaba seguramente muerte de la madre infanticida.⁹⁸

⁹⁷ CÓDIGO PENAL, R.O-S 147, 22 de Enero de 1971, art.453.

⁹⁸ CUELLO CALÓN EUGENIO, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 522.

Europa fue muy drástica en la consideración del infanticidio como delito contra la vida, a tal punto de llegarlo a comparar con el parricidio. Existía la pena del saco de cuero o *culleum*, que era una verdadera atrocidad contra el infanticida, y que en nuestros tiempos pondría los pelos de punta de todas las organizaciones que velan por los Derechos Humanos. Consistía inicialmente en unos azotes, luego al supuesto sujeto activo de la infracción se lo introducía en un saco de cuero junto con un perro, una serpiente, un gallo y un mono, y de esa manera se lo arrojaba al mar⁹⁹; era una pena de muerte sobre segura. Se señala que eran supuestos sujetos activos, porque muchas veces no se podía probar su culpabilidad cabal, por la inexistencia de medios técnico-jurídicos para hacerlo

Cesare Beccaria, constantemente refutó el trato totalmente inhumano que tenía la madre infanticida, en toda Europa y “...puso de manifiesto la angustiosa situación de la madre que, para evitar la infamia, mataba al hijo que acababa de nacer.”¹⁰⁰

Ya para el siglo XX, cuando el Derecho Penal empieza a ser objeto de análisis investigativo, muchas legislaciones con Alemania a la cabeza, atenuaron la pena impuesta para el infanticidio, y comienza la consideración de circunstancias constitutivas de la infracción, dándole así un trato muy distinto a este delito, respecto de los otros delitos contra la vida humana.

Este es un delito en el que interviene el honor principalmente, el ocultamiento de la deshonra. Para los españoles esta es la única circunstancia válida para la configuración del tipo, en cambio para legislaciones como la Suiza existen otros factores que pueden desencadenar en un delito como éste, por ejemplo el puerperio¹⁰¹, un estado físico-

⁹⁹ CARRARA FRANCISCO, Programa de Derecho Criminal, Ed. Temis, Bogotá, 1991, Tercera Edición, Tomo 3, página 264.

¹⁰⁰ CUELLO CALÓN EUGENIO, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 523.

¹⁰¹ “Después del parto, eliminada la placenta con su gran poder hormonal, debe llegarse a un nuevo equilibrio, para que la madre logre recuperar el estado normal que le corresponde a su organismo con posterioridad al embarazo y al parto. Este periodo de trasformaciones progresivas de orden anatómico y funcional (inverso a la hipertrofia) que hace regresar paulatinamente todas las modificaciones gravídicas y que se opera por un proceso de involución, para casi restituirlas a su estado primitivo se denomina puerperio. Solo la glándula mamarias hace excepción a lo expresado alcanzando un gran desarrollo y actividad.” (SCHWARCZ RICARDO, Obstetricia, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1974, Tercera Edición, Pág. 299).

Es menester aclarar que el puerperio no solo es un estado físico-hormonal de la mujer que da a luz, el desfase de estrógenos, produce en algunas mujeres un grave problema psicológico-emocional que puede revelarse en la mayoría de casos con fuertes depresiones, que llevan a la mujer parturienta a cometer

hormonal-emocional, que sufre la madre durante aproximadamente 10 días después del alumbramiento, aunque las madres señalan que este estado puede durar mucho tiempo más que el que los médicos aseguran.

Este es un delito considerado *homicidium exceptum*, es decir, una forma excepcional o privilegiada de homicidio, en el sentido de su tratamiento y pena. La legislación ecuatoriana se acoge a los mismos términos de la española en consideración de este delito, en el sentido que sus móviles están encaminados a ocultar la deshonra, que se obtiene como consecuencia de una concepción “ilegítima”¹⁰².

Es de mucha importancia aclarar que la Ley penal ecuatoriana, cuando alude a la palabra honra o deshonra, no en pocas ocasiones hace relación al sexo, no es muy difícil advertir la inexactitud de Ley al referirse a términos o palabras muy propias del quehacer humano. Es justificable este hecho en virtud de la antigüedad del Código Penal, ya que antes era moralmente muy discutido el decir palabras relacionadas con sexo, peor aún hacer referencia de ellas en un cuerpo legal.

*“Cualquier otro motivo extraño al propósito de ocultar la deshonra de la madre elimina la calificación de infanticidio; si la madre angustiada por su estado de miseria, temerosa de no poder alimentar al hijo y atemorizada ante el oscuro porvenir, le da muerte, no responderá de infanticidio, sino de parricidio, aún cuando podría serle concedida una atenuante. Tampoco puede, en nuestro derecho reputarse como infanticidio la muerte dada al recién nacido, no por móvil de honor, sino a causa de la excitación psíquica o de la perturbación de la conciencia determinadas por el parto, este hecho constituirá un parricidio con una posible atenuante.”*¹⁰³

actos ajenos a su conducta normal, como matar a su hijo recién nacido por ejemplo. El puerperio propiamente dicho puede comprender hasta los días primeros días luego de que ha finalizado el parto, en este sentido se justificaría que para el delito de infanticidio se considere como sujeto pasivo de la infracción al infante de hasta 10 días de nacido. El estado de la mujer puede normalizarse incluso hasta 45 días del alumbramiento, lo que se conoce como puerperio alejado, que no es tan significativo para la mujer que ha alumbrado y es casi imperceptible, constituye más una recuperación enteramente física.

¹⁰² Es de esta manera como algunos autores justifican el ocultamiento de la deshonra. Al parecer se hace mención a la violación, pero puede interpretarse por ejemplo, que la concepción haya sido hecha por una persona perteneciente a una clase social más baja que la de la familia de la mujer o los abuelos infanticidas, cosa que para algunos miembros de nuestra sociedad es aún justificable; tal vez no ser madre soltera puede justificar el delito a pesar de la existencia en la actualidad de protección legal e instituciones de ayuda a éstas.

Es claro notar en el párrafo anterior la disputa entre el sistema español y el suizo en la consideración de móviles para la consecución del delito; tanto el sistema penal español, como el ecuatoriano, consideran como único propósito para el cometimiento de este acto típico, el ocultamiento de la deshonra, que constituye un elemento subjetivo del tipo penal.

Sujetos activos de infanticidio son únicamente, la madre de la criatura y los abuelos maternos de ésta, no se hace extensivo a ninguna otra persona. El hombre quien mata a su hijo o que ordena su muerte no estará sujeto a lo contemplado en este delito y más bien responderá por parricidio, tipificado en el artículo 452 del Código Penal vigente. Terceras personas ajenas a la familia de la madre responderán por asesinato, ya que la muerte de un recién nacido siempre traerá como causal implícita a la alevosía.

Pero por qué un recién nacido es el sujeto pasivo de este delito. Si se trata de ocultar la deshonra, sería ilógico pensar que se lo haga después de siete años como propone Cabanellas, o cuando la criatura ya sea conocida por el entorno social en el que se desenvuelve la familia materna del niño. En muchas ocasiones las madres o los abuelos infanticidas tratan a toda costa de esconder el embarazo, como un anticipo o *iter criminis* del actuar delictuoso, y para ocultar la deshonra mucho tiempo antes de que principien las labores de parto. Cuando el embarazo es notorio, y la madre o los abuelos maternos de la criatura, le dan muerte al infante apenas nacido, responderán por parricidio, ya que, previo al nacimiento, no realizaron actos conducentes al ocultamiento de la deshonra en época de gestación, en este sentido constituye según Cuello Calón, un requisito del tipo, el ocultamiento de la deshonra previo al nacimiento de la criatura que se convertirá en sujeto pasivo de una infracción penal.¹⁰⁴

Es un delito doloso, por naturaleza sólo basta el dolo directo de primer grado. No operan agravantes por lo general. Como otros delitos puede cometerse por acción como por ejemplo asfixiar a la criatura con una almohada, o por omisión como el caso de las madres que matan a sus hijos por inanición, es decir, que los matan literalmente del hambre. En todo caso al ser este un delito de resultado, no importan los medios empleados, basta la muerte del infante.

¹⁰³ **CUELLO CALÓN EUGENIO**, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 526.

¹⁰⁴ Ídem.

La Ley es clara al hablar de recién nacido, pero no hace ninguna delimitación respecto del tiempo en el que se considera a un neonato como tal. Bélgica, Noruega, Alemania, Colombia, entre otros países, a más de considerar al infanticidio como un homicidio honoris causa, ponen a consideración en el texto legal, la edad que debe tener el neonato, para la configuración de este delito. En todo caso no sobrepasa de los ocho días de nacido. Puede hacerse extensiva la apreciación a nuestra Ley penal, en el sentido de que el bebé no debe sobrepasar de los diez días de nacido para que pueda configurarse el tipo. Para José Cordero el plazo para cometer este delito, sería el lapso en que la madre, luego del parto, se encuentra en un estado emotivo, propicio para dar muerte a su hijo tierno, obviamente que se está haciendo referencia al puerperio¹⁰⁵, y aunque éste en nuestra legislación no interesa para la realización del tipo, es un plazo razonable, a más de la apreciación de la vulnerabilidad de la madre a cometer actos que en sano juicio los evitaría.

La pena tanto para la madre, como para los abuelos maternos, según el Código Penal es de reclusión menor de tres a seis años, siempre y cuando el delito haya sido cometido por medios idóneos, que le impidan su configuración como parricidio, que tiene una pena reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años.

“Pero sea cual fuere su origen, lo cierto es que en los últimos siglos muchos autores y legisladores (entre los cuales ocupan el primer puesto los de Francia) le dieron figura especial al infanticidio, por el rigor inexorable con que querían castigarlo; más las condiciones de este título han ido variando con el progreso de la ciencia, y hoy se sigue teniéndolo, en la familia de los homicidios, como una figura distinta, por especial benignidad hacia él y para castigarlo con penas menos severas. ¿Cómo aconteció esto y cuales fueron las causas de tan singular metamorfosis? Estas fueron: la fuerza suprema de la lógica, ante la cual ceden, tarde o temprano, las falsas doctrinas, y la falta total de un sólido principio jurídico, que sirviera de base a la odiosidad o rigor que se quería establecer. Si analizamos los fundamentos sobre los cuales se pretendía apoyar el odio a dicha figura, ya no tendremos por qué maravillarnos de que la benignidad haya venido a reemplazar el odio contra ese delito.”¹⁰⁶

¹⁰⁵ CORDERO ACOSTA JOSÉ, Apuntes de cátedra.

¹⁰⁶ CARRARA FRANCISCO, Programa de Derecho Criminal, Ed. Temis, Bogotá, 1991, Tercera Edición, Tomo 3, página 265.

3.2 LÍMITE ENTRE ABORTO, INFANTICIDIO Y HOMICIDIO.

Tanto el aborto, como el infanticidio y el homicidio son antijurídicos pertenecientes al mismo delito tipo, De los Delitos Contra la Vida ubicados en el Capítulo Primero del Título VI del Código Penal vigente.

Pero es necesario ir un poco más allá, para desentrañar de una manera más objetiva la naturaleza del aborto, como un delito contra la vida. En sí, es importante estudiar al homicidio y relacionarlo con el aborto y el infanticidio, ya que éste –el homicidio– resulta una suerte de especie, de conjunto, del que se derivan todos los delitos que atentan contra el bien protegido vida.

Es por esta razón fundamental que se analizará de una manera somera al homicidio.

El Homicidio. - A criterio de muchos, el homicidio simple es el más importante delito contra la vida humana, de éste se desprende el resto, como el infanticidio, el parricidio, el asesinato y en último lugar el aborto, ya que el sujeto pasivo, en este caso carece de las características de persona, establecidas en el artículo 60 del Código Civil, no obstante que la acción y el resultado deriven en lo mismo. El homicidio es la figura básica de los delitos contra la vida y dándole una característica osada, se podría decir, que lleva una suerte de delito tipo inmersa, no de tipo de delito.

Homicidio es “... *la acción de matar y el resultado de muerte de otra persona, que deben estar ligados por una relación de imputación objetiva.*”¹⁰⁷

La acción de matar está directamente “*dirigida a acortar la vida*”¹⁰⁸ del sujeto pasivo, por causas en las que interviene principalmente el sujeto activo de la infracción; este hecho no implica que el homicidio deba necesariamente ser un delito de acción, la omisión es válida al igual que para el resto de delitos.

Magiore señalaba que en el suicidio la, víctima, o sea el que se causaba por sus propios medios la muerte, era el sujeto activo de homicidio. Según la lógica puede resultar de

¹⁰⁷ BACIGALUPO ENRIQUE, Los Delitos de Homicidio, Ed. Temis, Bogotá, 1999, Pág. 12.

¹⁰⁸ Ídem.

esta forma, pero jurídicamente es muy discutible esta afirmación, ya que se requiere una fuerza externa, ajena a la voluntad del victimado para que se configure el homicidio. “*En este caso la no punibilidad del suicidio se basaría en la exclusión de la culpabilidad: el suicida estaría en una situación similar a la del estado de necesidad disculpante. La cuestión tiene importancia respecto de la punibilidad de los partícipes en un suicidio, del homicidio cometido por omisión y del significado de la acción de impedir a otro el suicidio libremente decidido respecto del delito de coacciones.*”¹⁰⁹

El dolo es importante al hablar de homicidio, basta el dolo eventual, es decir, el que lleva a actuar voluntariamente, conociendo de antemano el resultado que se va a provocar y queriéndolo. Pero por ejemplo el dolo de consecuencias necesarias configuraría al homicidio en asesinato, al menos eso sucede en el Ecuador, así que sutilmente debemos distinguir las características del iter criminis hasta el agotamiento del delito para poder separar las distintas actividades delictivas que nacen del homicidio.

Pueblos ancestrales, consideraban que la muerte de una persona, provocada por otra, debía ser sancionada. Obviamente que la evolución del derecho, por su estado precario, consideraba las más duras sanciones contra el homicida.

Pero tal vez el antecedente más conocido sobre la existencia de una norma que condenare al homicidio, es la Ley Mosaica. Dentro de los Diez Mandamientos, que primero consideran normas básicas de comportamiento humano frente a Dios y a la familia, de una manera taxativa digámoslo así, se señala: “*No matarás.*”¹¹⁰

El sexto mandamiento, nace de una suerte de necesidad del pueblo de Israel, de detener la actividad homicida, y para evitar la impunidad. Se aplicaba eso si, en el juzgamiento del homicida la Ley del Talión, es así, que el que le causaba la muerte a una persona, merecía la muerte.

¹⁰⁹ Ídem, pág. 13.

¹¹⁰ **SANTA BIBLIA**, Exodo. Exodo, es el Libro Segundo de Moisés, en el que de forma obligatoria se relatan normas de conducta frente a Dios, familia y sociedad.

“En los tiempos primitivos la retribución penal asume formas mágicas y religiosas (el tabú).

Las primeras reacciones contra el que infringe las formas de convivencia social son colectivas (p. ej., la lapidación). Aparecen luego otras formas de sanción, como la privación de la paz (expulsión de la tribu de que se forma parte) y la venganza de sangre (venganza colectiva de un clan o tribu contra otra).”¹¹¹

Roma por su parte distinguía la forma de aplicación de la ley dependiendo del tipo de delito cometido. La publicidad en el caso del parricidio era norma común al igual que la muerte del parricida, pero en otro tipo de homicidios la venganza privada era aplicable y válida, incluso se la determinaba en la Ley de las XII Tablas. La VII Tabla, especificaba los delitos con sus respectivas sanciones; existían penas pecuniarias para delitos menores, pero para delitos como el homicidio, las penas eran drásticas, iban incluso hasta el ya analizado culleum.

El Derecho Penal romano, no fue tan importante y desarrollado como el derecho Civil, es por esto que, aunque Roma es el padre del sistema Continental, el estudio en esta materia no es tan ávido; no obstante, existió cierto desarrollo en materia penal, uno de ellos fue una consideración más benévolas de las penas. Ya por el siglo I a.C., en las Quaestiones, se suprime la venganza privada, la pena de muerte y los castigos públicos. La provocatio y el exilio voluntario las reemplazaron. Pero este antecedente se constituyó también en una gran reforma del Derecho Penal, su estatización, es decir considerarlo como un asunto de tal importancia que necesitaba la directa intervención del Estado, lo que supuso también el nacimiento de los sistemas penales inquisitivos.

Con el derecho germánico, reaparecen las figuras de la ordalía y la venganza privada, para la comprobación de la existencia del delito y para el combate del mismo, y aunque estos métodos carecían de fundamentos forenses, la pena capital era el castigo más común a los homicidas.

¹¹¹ MOUCHET CARLOS y ZORRAQUÍN RICARDO, Introducción al Derecho, Ed. Perrot, Décima Edición, Buenos Aires, 1978, pág. 364.

El derecho canónico, motor de la actividad jurídica en la edad media, combate de manera frontal la ordalía y la venganza privada, que rigieron en la comunidad bárbara. La inclusión del cristianismo en la sociedad significó un período de benevolencia en el Derecho Penal.

Con el pasar del tiempo y con la constante investigación en la materia, el derecho Penal evoluciona, y empieza a conocerse de principios con un carácter técnico jurídico, contrarios hasta cierto punto a los considerados en épocas ancestrales. La proporcionalidad entre pena y delito, el principio de legalidad, la presunción de inocencia, y el debido proceso, entre otros, son algunos principios que nacieron incluso en la Escuela Clásica del Derecho Penal y que se mantienen hasta la fecha, y que constituyen en cierta forma, pilar fundamental respecto de la creación, vigilancia y aplicación de la Ley.

Centrándonos de nuevo en el homicidio, es importante señalar que cada legislación ve la proporción entre el hecho y la pena aplicada.

El artículo 449 del Código Penal vigente reza: “*El homicidio cometido con intención de dar muerte, pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente, es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años.*”¹¹²

El asesinato, contenido en el artículo 450 del Código Penal, en esencia es el mismo delito del 449, con la diferencia que operan circunstancias modificatorias de la infracción, que lo convierten en un delito apreciado con mayor severidad. No obstante la acción (dar muerte a un similar) y el resultado sean los mismos. La apreciación distinta radica muchas veces en la condición de víctima, o en su caso de victimario; en los medios utilizados, entre otras circunstancias.

Pero no todas la legislaciones consideran distintos el homicidio del asesinato. La legislación estadounidense por ejemplo, en uno de los casos más conocidos, por la difusión de su cultura, en especial en América Latina. En este caso específico la legislación estadounidense concibe al homicidio como el único delito tipo, respecto de

¹¹² CÓDIGO PENAL, R.O-S 147, 22 de Enero de 1971, art.449.

los delitos contra la vida de las personas, pero lo clasifica en diferentes grados dependiendo de la gravedad, atenuantes, agravantes, condiciones de víctima o victimarios, etc., dándole así diferentes tratamientos dependiendo de su grado.

Es por esto que, aunque nuestra legislación clasifique de una correcta forma a los delitos contra la vida, al igual que Bacigalupo¹¹³, podríamos decir que delitos de homicidio son: por obvias razones el homicidio simple, el asesinato, el parricidio y el infanticidio. El aborto no, ya que la víctima, como ya se explicó, no reúne aún los requisitos de persona establecidos en la Ley, y es por esta razón que sus penas en la mayoría de casos son más benévolas que en las del homicidio simple y demás delitos contra la vida; se señala en la mayoría, ya que el aborto calificado del artículo 446 del Código Penal, establece una pena similar a la del asesinato en virtud de la calidad profesional del abortista o sujeto activo de la infracción.

Volviendo al tema principal de este punto, el límite entre aborto, infanticidio y homicidio, una vez aclarado el tema del homicidio, se puede señalar, que el límite radica principalmente en la calidad de la víctima, en sus cualidades como sujeto de derecho, aunque pudieran existir consideraciones sobre el sujeto activo del delito.

Como se ha revisado a lo largo de éste trabajo, el que quitaré la vida a una criatura aún no nacida o feto, será responsable por delito de aborto, y pese a que el Código Civil da la debida protección al no nacido, éste no tiene aún las características de una persona, o sujeto de derecho. La Ley al brindar esta protección, lo hace también en un sentido social, de cuidados a la mujer embarazada, a la familia más que todo y al entorno social en el que ésta se desenvuelve, y asegura a la vez la salud sexual y reproductiva de cierto sector de la población. No obstante de lo desplorable que sean las prácticas, las penas son menores, ya que como se ha explicado en constantes ocasiones, el feto es vida aún dependiente, y sus derechos están suspensos hasta el día en que deje de ser viable y pase a ser sujeto, es decir el momento en el que es separado del vientre de su madre.

El infanticidio por su lado, ya es un delito de homicidio, ya que se produce la muerte de una criatura recién nacida, es decir que ha tenido su hábito de vida, ha respirado. Es

¹¹³ BACIGALUPO ENRIQUE, Los Delitos de Homicidio, Ed. Temis, Bogotá, 1999.

importante que para que opere este tipo de delito, la condición de los sujetos activos es importante. Es un delito de sujetos activos calificados, únicamente madre y abuelos maternos, además que existe un tiempo límite no establecido en la legislación ecuatoriana, pero que por lógica no debe pasar de los primeros días de nacimiento de la criatura. Este delito tiene una característica esencial dentro de la legislación, el ocultamiento de la deshonra. Cualquier otra circunstancia en lo que se refiere a los sujetos activos, edad del menor, y un móvil ajeno al ocultamiento de la deshora convierte a este delito en asesinato, ya que la muerte ocasionada a un infante es siempre alevosa, causal primera del artículo 450 del Código Penal, que sanciona al asesinato.

Por último, el homicidio simple es dar muerte a una persona, con dolo, pero sin ninguna causal constitutiva de la infracción que lo convierta en asesinato.

3.3 ABORTO DE NACIMIENTO PARCIAL: MÉTODO ABORTIVO, INFANTICIDIO O ASESINATO.

Recordemos un poco lo anotado en las páginas 19 y 50, sobre el método abortivo quirúrgico del aborto por nacimiento parcial. Este método consiste en la suministración de hormonas como la prostaglandinas, para la dilatación del canal vaginal y cuello uterino, a más de dilatadores metálicos, en la misma zona; una vez dilatados los canales, se introduce vía vaginal unos fórceps para asir al feto y extraerlo, ya extraído se le inyecta a nivel cervical una sustancia salina que envenena al feto y le ocasiona su muerte, en ciertos casos inmediata, en otros no.

Muchos grupos contrarios al aborto han señalado que este es uno de los métodos abortivos más inhumanos, y lo han llegado a comparar con el infanticidio y el asesinato. La intención en este punto del presente trabajo es despejar esa duda, analizando las circunstancias que puedan presentarse.

Si bien es cierto que este método abortivo puede ser practicado en fases tardías de la gestación, es decir después de los tres primeros meses, es importante analizar, la posibilidad de vida del feto en condiciones extrauterinas.

“Los obstetras suelen dividir los nueve meses de gestación (etapas del desarrollo intrauterino) en tres trimestres. Durante el primer trimestre ocurren los sucesos más críticos del desarrollo.”¹¹⁴ En virtud de esta consideración hay que señalar que las posibilidades extrauterinas de vida de un embrión en el primer trimestre son nulas, además que sería ilógico someter a una mujer embarazada a un aborto de nacimiento parcial durante este período.

Durante el último mes del segundo período de gestación el feto puede sobrevivir fuera del útero de su madre, en estos caso aunque contados, se necesita de incubadoras hasta que el bebé en este caso obtenga el tamaño y el peso necesario para poder sobrevivir en un ambiente hostil, que sería el mundo exterior. En el tercer período, es decir, del séptimo al noveno mes de gestación el feto tiene mejores condiciones de supervivencia fuera del útero, no obstante que necesite de ciertas condiciones aptas hasta que logre una idoneidad fisiológica para adaptarse al un nuevo mundo.

Entonces podría confundirse al este método abortivo con infanticidio o asesinato, únicamente después de los seis primeros meses de gestación, es decir, cuando el feto tiene posibilidades de supervivencia extrauterina.

Pero esa no es la única consideración que debe hacerse. Como ya analizamos infanticidio es un delito contra la vida calificado, tanto en el sujeto pasivo, como en el o los sujetos activos. Al ser el aborto por nacimiento parcial un método quirúrgico, debe ser por obvias razones practicado por un especialista, es muy improbable que la misma mujer se produzca un aborto, en este caso nos queda una sola alternativa, los abuelos maternos, que en para este efecto deben ser especialistas, lo que acorta las posibilidades. La otra posibilidad, que es mayor, es que el feto nazca muerto, por la manipulación, ejercida por los abortistas o sujetos activos, lo que deja casi nula la posibilidad de que el aborto por nacimiento parcial pueda convertirse en infanticidio. Además es muy difícil que una mujer decida abortar luego de los tres primeros meses de gestación, ya que durante y pasado este lapso se crea un vínculo de amor madre – hijo, que ayuda a impedir estas prácticas.

¹¹⁴ KEITH MOORE y T. PERSAUD, Embriología Clínica, Ed. McGraw–Hill, México, 1995, Quinta Edición, pág 7.

La otra aseveración de grupos antiaborto es que el aborto por nacimiento parcial es asesinato. Es otra situación digna de análisis. Como se señaló en líneas anteriores la muerte ocasionada a un niño, de cualquier edad es asesinato por el carácter alevoso del actuar criminal, pero la línea entre asesinato y aborto causado en este caso es muy frágil, y depende de la supervivencia de la criatura fuera del claustro materno.

Para establecer, tanto la existencia de infanticidio o asesinato, luego de haberse practicado un aborto por nacimiento parcial, es necesaria la ayuda de una ciencia vinculada al Derecho Penal: la tanatología médico legal, que no es más que la ciencia encargada de “...el estudio de todo aquello que tiene relación con la muerte y el cadáver en el contexto médico legal.”¹¹⁵

Existen pruebas para establecer si la criatura tuvo o no el primer hábito de vida, y nos ayudan a comprobar la existencia de un delito ajeno al aborto, en este caso, infanticidio o asesinato. Estas pruebas son denominadas docimacia, en este caso respiratoria hidrostática, ya que existen pruebas similares a nivel histológico y de aparato digestivo.

La docimacia hidrostática “Conocida desde la época de galeno, empleada por Schreyer- 1681; la hidrostática consta de cuatro tiempos o pruebas que son necesarios realizarlas con precaución para que satisfagan; hablan de la seriedad de los médicos legistas. El primer tiempo consiste en extraer el segmento traqueo bronquial pulmonar, ponerlo en un recipiente con agua y observar si flota o se hunde. El aire respirado por los pulmones determina la disminución de peso específico y el aumento de volumen, por lo que rebosa en el recipiente con agua. Si no ha respirado no hay aire y se hunde. El segundo tiempo, hacemos a un pulmón varios pedazos y observamos al ponerlos en el recipiente, si flotan todos o sólo algunos. El tercer tiempo consiste en tomar un trozo de pulmón que haya flotado, tomándolo por la superficie de sección y apretarlo dentro del agua, nos damos cuenta si salen o no burbujas homogéneas abundantes pequeñas que se dirigen a la superficie. El cuarto tiempo lo hacemos tomando un pedazo de pulmón que hay flotando, lo comprimimos contra el recipiente fuertemente y lo soltamos para ver si flota o se hunde.

¹¹⁵ OVIEDO STALIN, Medicina Legal, Ed. UTPL, Loja, 1999, pág. 99.

La prueba será positiva, es decir, prueba de que se ha respirado, cuando en el 1, 2 y 4 tiempo flotan francamente y en el tercero salen pequeñas y abundantes burbujas homogéneas, que forman como espuma en la superficie del líquido.”¹¹⁶

Se puede decir que el aborto por nacimiento parcial puede convertirse en infanticidio o asesinato, dependiendo el caso, aunque analizando situaciones de carácter fisiológico del feto es muy poco probable. El aborto por cesárea también puede convertirse en otro delito contra la vida.

Es digno también analizar aspectos subjetivos del sujeto activo de la infracción, por que fuera del rompecabezas que representa la adopción del tipo aborto respecto de la consideración de otro delito como puede ser el infanticidio, asesinato o parricidio, se debe tomar como referencia que el dolo de aborto esta encaminado únicamente a terminar o interrumpir de forma intempestiva el embarazo, y en casos de abortos tardíos, no está inmersa la consideración de que el feto sobreviva o no a las maniobras abortivas, y aunque pueda darse el caso, éste será fortuito.

Es por estas aseveraciones, que se puede señalar que el método abortivo de nacimiento parcial o el de cesárea en su caso específico, no corresponden a actividades criminales infanticidas u homicidas, son métodos que de por sí y en un principio buscan únicamente la interrupción por factores físicos del embarazo. En caso de que se llegará a comprobar en un proceso judicial, la supervivencia del feto fuera de la cavidad uterina por un tiempo determinado y de una forma cabal, estaríamos en presencia de un dilema jurídico, y en este caso se analizarán los factores subjetivos de los sujetos activos para su juzgamiento.

¹¹⁶ P. CARRILLO y A. VON RECKOW, Notas de Medicina Legal, Ed. Universidad Central del Ecuador, Quito, 1986, pág. 160.

CAPÍTULO 4

VIOLACIÓN Y EMBARAZO

4.1 LA LIBERTAD SEXUAL COMO DERECHO HUMANO.

Los sistemas o Estados de Derecho, como el Ecuador, tienen la obligación de respetar sobre todas las cosas las libertades individuales de sus asociados, sin injerencia o presión alguna, capaz de vulnerarlas o reducirlas a formas ífimas o irrelevantes.

Es cierto que, aunque exista esa obligación implícita del Estado de darle a cada quien el espacio que le corresponde, siempre que esa libertad debe ser también devengada con obligaciones, convirtiendo así la vida en sociedad en una especie de juego de “*toma y daca*”¹¹⁷.

Sin embargo el control a nivel estatal, al ser muy complejo, no puede llegar a todos, cometiéndose así arbitrariedades y violaciones a libertades diariamente, por sujetos vinculados a la publicidad del Estado o por personas que no forman parte del aparato estatal.

Casos recientes como el de “*Fybeca*”, en el cual murieron dos personas inocentes y una desapareció a manos de la Policía Nacional; o como los constantes raptos y plagios que sufren las personas inocentes a manos de delincuentes comunes, ponen evidencia que el control en Derechos Fundamentales nunca es suficiente en la vida de una sociedad.

Es por esto que, en los Estados de Derecho, se arman bloques de legalidad, que no son más que grupos de normas nacionales e internacionales, que tienen como misión fundamental precautelar la vigencia y el respeto de las libertades de las personas pertenecientes a un conglomerado organizado.

¹¹⁷ Daca, palabra castiza; se encuentra su significado en el Diccionario de la Real Academia de la lengua; contracción de da.

El Ecuador, suscriptor, ratificante y depositario de normas internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y normas afines, tiene la obligación de respetar las libertades individuales y colectivas de todos quienes somos habitantes de este país. Además como compromiso de respeto a los derechos humanos la Constitución Política de la República, establece los derechos y obligaciones que tenemos los ciudadanos.

“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantiza esta Constitución.”¹¹⁸

Parte de la democracia, tan nombrada y tan poco practicada, es el respeto a cada una de las individualidades de cada ciudadano. Es imposible crear una legislación que abarque las necesidades individuales de la población; pero el Estado, al tener como objetivo básico la consecución del bien común, toma en consideración normas que tratan de precautelar los derechos y las necesidades de todo el conglomerado en general; al menos, esos son los objetivos de los bloques de legalidad, y de sus principios.

“El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos.”¹¹⁹

El artículo 17 de la Constitución habla de habitantes, en virtud que todas las personas, así sean transeúntes temporales en el País, merecen de una protección amplia y efectiva en relación a Derechos Humanos. Se puede apreciar con facilidad, la importancia que la Constitución le da a los Tratados, convenios y en general a instrumentos internacionales; es necesario recordar la pirámide de Kelsen, que clasifica según su tipo a las normas jurídicas, y que en su cúspide, coloca en igualdad de condiciones e importancia a la Constitución y a los tratados internacionales.

¹¹⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, R.O. 1, 11 Agosto 1998, artículo 16.

¹¹⁹ Ídem, art. 17.

En una parte del preámbulo de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 1969) se manifiesta: “*Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos...*”¹²⁰

Las garantías, derechos humanos o fundamentales, a lo largo de su práctica han sido clasificadas, para una mejor aplicación e incluso para hacer de su estudio más sencillo; así tenemos entonces los derechos civiles; los derechos políticos, también considerados fundamentales, en especial la capacidad de escoger y ser escogido; otro grupo de derechos fundamentales son los económicos, sociales y culturales, muy de moda en estos tiempos, y relativamente nuevos. En todo caso todos estos derechos se encuentran garantizados en la parte dogmática de nuestra Constitución, específicamente en el Título III.

Pero lo que realmente nos ocupa en este punto, es un análisis de los Derechos Civiles, o Derechos Humanos de primera generación. Se denominan así, debido a su grado de importancia; dentro de la escala de derechos fundamentales, se podría decir que estos son fundamentalísimos. No hay que confundirlos con Derecho Civil, ya que estos no constituyen una rama del derecho, más bien esta clase de derechos, tienen su antecedente primigenio en el derecho natural, ya que son inherentes a la naturaleza humana, insoslayables y son todos aquellos que permiten una vida en comunidad, de respeto a las individualidades personales. Un ejemplo típico de derecho civil es el respeto a la integridad personal, lo que revela el grado de importancia de estos derechos. Es importante mencionar que el individuo no adquiere estos derechos, no son conquistas; uno nace con estos derechos.

Cabanellas señala que los derechos civiles son: “*Los naturales o esenciales de los cuales goza todo individuo jurídicamente capaz.*”¹²¹ Es muy discutible esta definición, en virtud que el sordo mudo que no puede darse a entender por escrito,

¹²⁰ CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, San José, Costa Rica, 22 Noviembre de 1969.

¹²¹ CABANELAS GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1997, pág. 124.

también goza de estos derechos, y la vigilancia sobre su aplicación debe ser más estricta en estos casos.

“El hombre sin derecho, se rebaja al nivel del bruto; así los romanos no hacían más que sacar una lógica consecuencia de esta idea, cuando colocaban a los esclavos, considerados desde el punto de vista del derecho abstracto a nivel del animal. Tenemos, pues, el deber de defender nuestro derecho, porque nuestra existencia moral es directa y esencialmente atacada en su conservación...”¹²²

“Pero mi deber es, en los demás casos, combatir por todos los medios de que disponga, toda violación al derecho de mi personalidad; sufrirlo sería consentir y soportar un momento de injusticia en mi vida y esto nunca puede ser permitido.”¹²³

A pesar de lo antiguas que son las enseñanzas de von Ihering (1812-1892), y del sistema socio económico que vivía por ese entonces el mundo, se pueden considerar como un antecedente para la evolución de los derechos humanos las palabras anotadas anteriormente. Es así, la individualidad debe sobreponerse cuando sus básicos derechos se ven vulnerados, es en definitiva el título del texto “*La Lucha por el Derecho*”.

La libertad es sin lugar a dudas un derecho civil, primario. Los hombres somos libres, tenemos conciencia, voluntad, libre albedrío; sin embargo, nuestra libertad tiene un límite que es la Ley y, nace como un medio de contención social, tendiente a evitar el caos, el desorden, en definitiva la incivilización. Hasta cierto punto el orden constituido es un limitante a la libertad, pero no implica que sea dañino, más bien, al contrario impide el libertinaje que es perjudicial. No obstante esa limitación, la libertad es una verdad fáctica entre seres humanos, el poder de decisión, de obrar de acuerdo a los mandatos de conciencia, sin afectar al resto.

La libertad física, es sacrificable únicamente por fines supremos, que atienden al bien común general; por ejemplo, el delincuente que hace caso omiso no sólo a las leyes establecidas por un Estado, sino también a las leyes naturales y mata a un similar, debe

¹²² VON IHERING RUDOLPH, La Lucha por el Derecho, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1977, pág. 80.

¹²³ Ídem, pág. 81.

ser aprehendido, en éste, su libertad física se ve reducida a prisión, para precautelar el orden y la seguridad de la población. Pero en este mismo caso, el del delincuente que mata, aunque su cuerpo este prisionero su conciencia y pensamiento seguirán siendo libres, y aunque esté en el encierro todavía su voz será escuchada.

A lo que se pretende llegar es, a que la libertad de pensamiento, esa libertad de escoger, elegir, pensar lo que a bien tenga uno, es insoslayable, inalienable.

No es tan antiguo el hecho de asociar a la libertad con sexo, nace como una necesidad imperante en la sexta década del siglo pasado, con los movimientos “antiprohibicionistas” y “hippies”, una necesidad que se revela convencionalmente al orden y proponía una apertura en el sentido que todos podemos elegir nuestras inclinaciones y preferencias sexuales. La concepción sobre el sexo empieza a transformarse, de tabú en actividad biológica normal, propia del ser humano, al igual que otras especies.

Luego de este virtual destape que tuvo la actividad sexual en el mundo y en especial en los países desarrollados, uno de los más paradójicos cambios que tuvo la concepción de la sexualidad, en su camino de aceptación de las distintas tendencias, fueron los movimientos lésbicos y de homosexuales.

La homosexualidad tanto masculina como femenina (llamada lesbianismo) fue oculta, personas con estas tendencias distintas a las del común denominador de la sociedad, tenían que permanecer escondidos, por miedo a represalias de grupos conservadores de la sociedad. Pero con la apertura de conciencia en lo que al sexo se refiere, estos grupos empezaron a surgir, y empezaron a formar “colonias” homosexuales, que luego se transformaron en capitales de estos movimientos; San Francisco en California, es considerada la capital homosexual del mundo, así como Ámsterdam en Europa y Sao Paulo en América Latina son también ciudades importantes en lo que a conquista de derechos de estas minorías se refiere.

Los movimientos homosexuales en el mundo, ayudaron a la consideración de la libertad sexual, como un Derecho Humano de primera generación. El derecho a escoger pareja, tendencias sexuales e incluso frecuencia de relaciones sexuales, forman

la conciencia humana, y desarrollan un principio, que nadie puede vulnerar o intervenir en la sexualidad del prójimo. Es más, el Estado debe precautelar no sólo la salud reproductiva de los asociados, sino que tiene el deber de velar también por la salud sexual, no solo desde el aspecto fisiológico, sino también en el sentido educativo y psicológico.

El caso ecuatoriano en lo que a derechos y libertades sexuales se refiere, es digno de análisis. Las tendencias sexuales no fueron respetadas por mucho tiempo, incluso el inciso primero del artículo 516 del Código Penal, consideraba delito al homosexualismo, así rezaba su texto: “*En los casos de homosexualismo, que no constituyan violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años.*”¹²⁴ La pena era muy drástica para personas con tendencias o preferencias sexuales distintas.

No se podía pedir mucho en virtud que la Constitución de 1979, vigente hasta agosto de 1998, no consideraba a los grupos homosexuales como pertenecientes a la sociedad ecuatoriana, y las únicas libertades sexuales que consagraba eran: el derecho a la intimidad personal y la prohibición de discriminación referida únicamente al sexo, es decir, discriminación de grupos masculinos hacia femeninos y viceversa.

Pero gracias a la presión de grupos homosexuales y lésbicos, con ayuda de organismos internacionales, como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se logró incluir en la Constitución de 1998, una norma, que aceptaba, de manera general, la existencia de estas minorías en el Ecuador. Así, el numeral tercero del artículo 23 señala: “*La igualdad ante la Ley. Todas las personas serán consideradas iguales y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin discriminación de razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma; religión, filiación política, posición económica, orientación sexual; estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole.*”¹²⁵

¹²⁴ **CÓDIGO PENAL, R.O-S 147**, 22 de Enero de 1971, art. 516. El primer inciso del artículo 516 fue declarado inconstitucional por resolución del Tribunal Constitucional (Rs TC 106-1-97), publicada en el Suplemento del Registro Oficial 203 del 27 de Noviembre de 1997.

¹²⁵ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, R.O. 1**, 11 Agosto 1998, artículo 16, numeral 3.

Es muy importante agregar que nuestro país el Ecuador, “... *fue la segunda nación del mundo que incluyó la no discriminación por orientación sexual en su Constitución*”¹²⁶

Afortunadamente, por el bienestar y la vigencia de los Derechos Humanos en el país, el primer inciso del artículo 516 del Código Penal quedó tácitamente derogado. Aunque aún existen abusos contra las minorías sexuales en el país, el referente de legislación que existía antes, quedó derogado, por lo que no por mucho tiempo más existirán abusos.

Se puede apreciar la influencia que tuvieron los movimientos homosexuales en el mundo y en el Ecuador para la adopción del concepto de libertad sexual.

Pero la Norma Fundamental del Estado también hace referencia a la libertad, como concepto general, y señala en el numeral cuarto del artículo 23: “*La libertad. Todas las personas nacen libres. Se prohíben la esclavitud, la servidumbre y el tráfico de seres humanos en todas sus formas. Ninguna persona podrá sufrir prisión por deudas, costas, impuestos, multas ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. Nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la Ley.*”¹²⁷

Se puede apreciar que este numeral del artículo 23 de la Constitución no hace referencia únicamente a la libertad física, sino que, también pone énfasis en la libertad de pensamiento y conciencia.

En definitiva la libertad sexual es un derecho humano, aunque no sea antiguo, nació en parte, gracias a la injerencia social que tuvieron grupos con tendencias sexuales distintas, y que reflejaron en la gente una necesidad imperante de considerar al sexo como algo natural, no como pecado o delito. No obstante estas palabras, existen todavía abusos contra la libertad sexual y contra otras libertades, y los seguirán habiendo; sin embargo, existe un compromiso por velar por ellas y evitar abusos. “*La sexualidad se construye a través de la interacción entre el individuo y las estructuras sociales. El desarrollo pleno de la sexualidad es esencial para el bienestar individual,*

¹²⁶ www.elcomercio.com

¹²⁷ Ídem, art. 23, numeral 4.

interpersonal y social. Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad para todos los seres humanos.”¹²⁸

“Pero la sexualidad requiere mucha libertad responsable para ser vivida plenamente. Por eso se necesita conocerla perfectamente, saber las limitaciones con que contamos, lo que nos impone nuestra herencia, nuestra educación, lo que decidimos nosotros mismos.”¹²⁹

La cadena de noticias CNN, entrevistó el 16 de febrero de este año al abogado constitucionalista argentino Gregorio Badeni, sobre el tema de los derechos libertades sexuales, para definir sus límites y consecuencias dentro del ámbito de matrimonios en minorías con tendencias sexuales distintas, y ante la pregunta de que si la libertad sexual es un derecho civil, éste contestó: “*Sí, es un derecho civil. Como todo derecho no es absoluto porque está sujeto a su reglamentación. Ni siquiera la vida es un derecho absoluto porque puede ser cercenada en la hipótesis de legítima defensa. En un sistema democrático todos los derechos son relativos.*”¹³⁰

4.1.1 DIVERSAS CONCEPCIONES ACERCA DE LA LIBERTAD SEXUAL.

Muchos han hablado sobre la libertad sexual; abogados, activistas de los derechos humanos, entre otros, incluso gente común y corriente, sin vínculos gremiales o profesionales, hablan constantemente sobre esta realidad humana, que compete no solo individualmente, sino que también compromete a la comunidad.

No son nuevas las concepciones que existen sobre libertad en general, y en realidad, todos estos conceptos pueden ser conciliados con la libertad sexual, ya que guardan relación. Justiniano, uno de los más grandes e insignes emperadores romanos definía a la libertad como “*La facultad natural de hacer cada uno lo que quiere, salvo*

¹²⁸ www.sexovida.com.declaracion.htm

¹²⁹ www.espectacular.webcindario.com/3VIVIR LALIBERTAD.HTM

¹³⁰ www.cnnenespañol.com

impedírselo la fuerza o el Derecho.”¹³¹ Y es así, analógicamente, la libertad sexual es una facultad natural de hacer y escoger libremente nuestra sexualidad.

Para Eugenio Cuello Calón la libertada sexual es “...la libertad del individuo de disponer sexualmente de su cuerpo...”¹³²

Organizaciones que velan por los derechos sexuales, han emitido criterios sobre la libertad sexual. En el Congreso Mundial de Sexología, realizado en Hong Kong, en el año de 1999, salió a la luz publica una Declaración sobre derechos sexuales, que aunque no es un instrumento ratificado por estados, constituye un referente de criterios sobre libertad sexual. En esta declaración, la libertad sexual tiene varios puntos que se encuentran incluidos y deben tomarse en cuenta. Así se señala que la libertad sexual está constituida por los derechos a: libertad sexual propiamente dicha; autonomía, integridad, seguridad y privacidad sexual; equidad sexual; educación y salud sexual; libre asociación sexual respecto al matrimonio y divorcio; entre otros.

“La libertad sexual abarca la posibilidad de las personas a expresar su sexualidad y excluye todas las formas de coerción sexual, explotación y abuso en cualquier periodo y situación de la vida.”¹³³

A pesar que el concepto anotado arriba es sobre la libertad sexual propiamente dicha, dentro de esta declaración de derechos sexuales existe otro concepto, que a simple vista es más amplio. *“Incluye la capacidad de tomar decisiones autónomas sobre la vida sexual dentro de un contexto de la propia ética personal y social. También incluye el control y disfrute de nuestros cuerpos, libres de tortura, mutilación y violencia de cualquier tipo. Derecho a expresar las preferencias sexuales en la intimidad siempre que estas conductas no interfieran en los derechos sexuales de otros.”¹³⁴*

¹³¹ CABANELAS GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1997, pág. 236.

¹³² CUELLO CALÓN EUGENIO, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 582.

¹³³ www.sexovida.com/declaracion.htm

¹³⁴ Ídem.

Volviendo en el tiempo, uno de los primeros aforismos que se aprenden en la escuela de derecho, es el “*derecho de uno termina donde empieza en el derecho ajeno*”; es así, mientras uno ejerza los derechos como a bien tenga, sin interrumpir o interferir en el derecho del otro, estamos ejerciendo nuestras libertades de una manera pura. Cuando entramos en el ámbito ajeno, existen problemas. Rudolph von Ihering hace una analogía respecto del símbolo de la justicia, en el que se puede notar que la mujer con los ojos vendados, a más de llevar la balanza, lleva consigo una espada. “*El derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza; he ahí por qué la justicia, que sostiene en una mano la balanza donde pesa el derecho, sostiene en la otra la espada que sirve para hacerle efectivo. La espada, sin la balanza, es la fuerza bruta, y la balanza sin la espada, es el derecho en su impotencia; se complementan recíprocamente: y el derecho no reina verdaderamente, más que en el caso en que la fuerza desplegada por la justicia para sostener la espada, iguale a la habilidad que emplea en manejar la balanza.*”¹³⁵

Una de las expresiones de la libertad sexual no conceptualizadas, más importantes del mundo, es el día del “orgullo gay”, que simboliza la no discriminación sexual y en este punto se debe considerar que se hace extensivo a grupos heterosexuales, como una forma de apaliar la intromisión de cualquier tipo en la identidad sexual de las personas.

Respecto de este tema la ONU ha señalado: “*Los derechos sexuales y reproductivos se encuentran protegidos por la legislación internacional referente a derechos humanos y otros documentos de las Naciones Unidas; entre los principales instrumentos legales internacionales que los apoyan se tienen los siguientes : Declaración Universal de los Derechos Humanos (1.948); Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (1.976); Pacto de Derechos Económicos y Sociales (1.976); Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1.981) ; Convención sobre los Derechos del Niño (1.990), declaración y Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Viena (1.993), Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, El Cairo (1.994), Programa de Acción de la Conferencia Mundial de la Mujer, Beijin (1.995).*”¹³⁶

¹³⁵ VON IHERING RUDOLPH, La Lucha por el Derecho, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1977, pág. 58.

¹³⁶ www.onusida.org.co/der_rep.htm.

En conclusión, se podría decir que la libertad sexual a más de ser un Derecho Humano, es una forma y un estilo de vida, que debe ser respetado sin intromisión alguna no sólo de parte del estado, sino de cualquier otro organismo público o privado, y de las demás personas que conforman la sociedad. Aunque los grupos que más avocan y velan por los derechos y libertades sexuales, son los grupos con una tendencia sexual distinta, esto no denota una relegación de grupos heterosexuales en lo que a libertades en este tema se refiere. Es necesario anotar que en gran parte las libertades sexuales que tenemos hoy en día se deben en parte a las conquistas que los grupos con tendencias distintas tuvieron a finales del siglo pasado, no debemos olvidar que la presión ejercida por hippies en un principio, y posteriormente por lesbianas y gays en la década de 1980, llevaron la una adopción de conceptos más amplios y abiertos en lo que a sexualidad se trata.

Aunque el Ecuador, como se anotó en líneas anteriores, sea pionero en la adopción de normas que aceptan la existencia de tendencias sexuales distintas, y que procuran una libertad sexual amplia, es de menester señalar que aún existe mucha tela por cortar en el sentido que aún se siguen violando normas expresas en este tema. En audiencias de Habeas Corpus, aún puede advertirse la existencia de personas que han sido arrestadas injusta e ilegalmente por tener una inclinación sexual distinta; de esta misma manera, en ciudades como Guayaquil, se impide transitar a homosexuales por ciertos sectores de la ciudad, como el Malecón 2000. Estos actos de personas vinculadas con la administración estatal, constituyen claras agresiones contra los principios de la libertad sexual y deben existir otras peores que no salen a la luz pública, sin embargo, también hay que darle su merecimiento a otros organismos dispuestos a lograr cambios para bien en esta materia, que serían en todo caso saludables para el bienestar colectivo.

4.2 CONCEPTOS DE VIOLACIÓN

El término violación, jurídicamente hablando no es únicamente empleado en delitos sexuales, también se lo emplea en hechos como la violación de domicilio, de correspondencia, de privacidad o intimidad, de secretos, etc., lo que no lleva al significado real de violación, que es la “*Infracción, quebrantamiento o trasgresión de*

*ley o mandato. Incumplimiento de convenio.”*¹³⁷ Es por esta razón que, se la debe singularizar, ya que por lo general todas las violaciones (de domicilio, correspondencia, etc.) constituyen delito.

Para evitar posibles confusiones en el presente trabajo cuando se haga referencia a la violación como delito, se la estará haciendo como delito sexual únicamente, ese al menos es el objetivo.

Antes de analizar los conceptos de violación, es necesario ubicar a este delito dentro del marco legal. La violación, es un delito sexual; y aunque los delitos sexuales a criterio de muchos, son delitos contra las personas, el legislador ecuatoriano ha preferido ubicarlo, de manera independiente, dentro del Código Penal. Es de esta manera que el Título VIII se ocupa de los delitos sexuales, desde el artículo 503 suprimido hasta el artículo 532, que se refiere al rapto.

Sin lugar a dudas el delito más grave de este Título es para muchos la violación, se encuentra tipificada en los artículos que van del 512 al 516 del Código Penal, los mismos que serán analizados más adelante.

La violación en sí es conocida también por otras formas, es normal asociarla con ultraje, violencia carnal, entre otras. Así mismo los delitos sexuales son conocidos también como delitos contra la honestidad, contra la honra, cayendo así en aseveraciones imprecisas, producto de la consideración “*pecaminosa*” del sexo.

El Diccionario de la Real Academia define a violación como la “*acción o efecto de violar.*”¹³⁸ Debemos considerar que el verbo violación proviene del latín *violatio* término con el que también se definía a la violencia en sus formas primarias.

Pero el mismo diccionario nos brinda otra definición, que a pesar de no ser jurídica, es muy amplia aunque no muy precisa de lo que es la violación como delito sexual. Dice de violar: “*Tener acceso carnal con alguien en contra de su voluntad o cuando se*

¹³⁷ CABANELAS GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1997, pág. 409 y 410.

¹³⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, España, 2001, Tomo 10, pág. 1565.

halla privado de sentido o discernimiento.”¹³⁹ No es tan precisa la definición que nos brinda la Real Academia Española, en virtud que no siempre constituye violación el acceso carnal, ya que este término hace únicamente relación a la carne, impropriamente utilizado para hacer referencia a el acceso con miembro viril en orificios de otra persona de cualquier sexo; este tema se lo aclarará más adelante en el presente capítulo.

Cabanellas, rayando en la imprecisión señala respecto de violación: “ *Tener acceso carnal con mujer privada de sentido, empleando fuerza o grave intimidación o, en todo caso, si es menor de 12 años, en que carece de discernimiento para consentir un acto de tal trascendencia para ella. Delito contra la honestidad y contra la libertad que se comete yaciendo carnalmente con mujer contra su voluntad expresa, por emplear fuerza grave o intimidación; contra su voluntad presunta, por encontrarse privada temporal o permanentemente de sentido, por enajenación mental, anestesia, desmayo o sueño; o por faltarle madurez a su voluntad para consentir en acto tan fundamental para su concepto público y privado, para la ulterior formación de su familia y por la prole eventual que pueda tener.*”¹⁴⁰

Como ya se señaló líneas atrás, no es necesario ser de uno u otro sexo para sufrir una violación, el requisito fundamental es la ausencia de consentimiento en la realización de un acto sexual. Otro punto digno de analizar es el de la honestidad, que se la relaciona no sólo con el sexo, sino muchas veces y de manera ilógica con la virginidad. La honestidad es un tema muy subjetivo y para muchos tiene que ver únicamente con realizar ciertos actos amparados en Ley, sin hacer daño a nada y nadie; tener relaciones sexuales no contraviene ninguna Ley expresa, al menos en el Ecuador , es por esta razón que mezclar sexo con honestidad resulta ilógico. La Real Real Academia Española dice de honra: “ *Estima y respeto de la dignidad propia. Buena opinión y fama adquirida por la virtud y el mérito. Pudor, honestidad y recato de las mujeres...*”¹⁴¹ Según esa definición brindada por la Real Academia Española, se podría decir que los conceptos arriba anotados son precisos; pero hay que preguntarse si únicamente los seres humanos del sexo femenino tienen honra, algunos creen que no y

¹³⁹ Ídem.

¹⁴⁰ Ídem, pág. 410.

¹⁴¹ **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, España, 2001, Tomo 6, pág. 831.

que la honra y dignidad es un atributo del ser humano como tal, es por esto que es válido el refutar los conceptos que consideran a la violación como un acto en contra de la honra de la mujer.

Luego de haber considerado que el empleo de la palabra honestidad no es muy técnico, en lo que a términos forenses se refiere, existe otro uso de palabras similares, que son asociadas con la violación o en general con los delitos sexuales y que aún están presentes en algunas legislaciones, es por esto que el legislador ecuatoriano debe ser reconocido , ya que ha denominado esta clase de delitos por su nombre y apellido, situación muy digna de aplaudir, ya que es muy difícil encontrar normas precisas en el Código Penal.

El Código Penal francés denominaba a los delitos sexuales como “*atentados contra las buenas costumbres*”¹⁴², y aunque no es muy buena costumbre cometer delitos sexuales no solo legalmente, sino que moralmente, es una definición imprecisa. El Código Penal chileno conceptualiza a la violación de una manera muy técnica y jurídica a la vez que simple, pero la ubica dentro de los “*Crímenes y Simples Delitos Contra el Orden de las Familias y contra la Moralidad Pública.*”¹⁴³ Aunque este trato dado a delitos sexuales, resulta de la antigüedad del Código Penal chileno (Aprobado por el parlamento el 12 de septiembre de 1874), se mezcla a la violación con delitos como el aborto que es un delito contra la vida, con la calumnia, con el duelo, en fin, se hace una confusión de delitos de diferentes tipos y a pesar de que han existido numerosas reformas, el legislador chileno no ha considerado conveniente separar a la violación, para colocarla en un delito tipo, que abarque a todos los de su especie; también es necesario aclarar que el Código Penal vigente en Chile, omite ciertos detalles relativos a la violación.

“La palabra honestidad se emplea aquí como equivalente a moralidad sexual. Son, pues, los delitos contenidos bajo este título, hechos que infringen la moralidad sexual. Pero no todos los actos que constituyen una violación de la moral sexual hoy reconocida están reprimidos por el código penal, no, el derecho penal tiene un campo mucho menos vasto que el de la moral y en esta esfera peculiar de la vida sexual no

¹⁴² CUELLO CALÓN EUGENIO, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 583.

¹⁴³ CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Edición Oficial.

puede aspirar a imponer la observancia de todos los deberes proclamados por la ética sexual, sino tan solo el de aquellos cuyo cumplimiento repute necesario para la ordenada convivencia social. En el campo sexual no puede el derecho penal, ni es su misión tender a la moralización del individuo, apartarle del vicio de la sensualidad su actuación se reduce al castigo de aquellos hechos que lesionan gravemente bienes jurídicos individuales o colectivos, y ponen en peligro la vida social.”¹⁴⁴

Volviendo a la violación es necesario anotar un poco de historia, respecto a su consideración como hecho delictivo. “*En el derecho romano, la unión sexual violenta con cualquier persona fue castigada por la Lex Julia de vi publica con la pena de muerte... ”¹⁴⁵*

“El derecho canónico consideró es stuprum violentum tan solo en la desfloración de una mujer contra o sin su voluntad, en mujer ya desflorad no podía cometerse este delito; en cuanto a las penalidades canónicas eran las prescritas para la fornicatio, no se sintió la necesidad de su aplicación por reprimirse la violación por los tribunales laicos con la pena de muerte.”¹⁴⁶

“En los fueros municipales y en el Fuero Viejo, se castigó generalmente con la muerte o con la declaración de enemistad que permitía a los parientes de la víctima dar la muerte al ofensor. El Fuero Real y las Partidas, siguiendo las corrientes de la severidad, señalaron para estos delitos la pena capital. Los códigos penales a partir de 1822, abandonaron tan severas penalidades castigándolos con privación de la libertad.”¹⁴⁷

Existen otras definiciones de violación, como las que nos brinda la Enciclopedia Jurídica Omeba, que señala: “*La violación es un delito realizado con violencia real o presunta y que importa un acto de unión sexual, de conjunción carnal que involucra a su vez, una penetración carnal normal o anormal en persona de uno u otro sexo.”¹⁴⁸*

¹⁴⁴ **CUELLO CALÓN EUGENIO**, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 583.

¹⁴⁵ Ídem.

¹⁴⁶ Ídem.

¹⁴⁷ Ídem.

¹⁴⁸ **OVIEDO STALIN**, Medicina Legal, Ed. UTPL, Loja, 1999, pág. 230.

La definición arriba anotada, es muy imprecisa, por la consideración de que violación es la penetración carnal con violencia, hecho que ya se ha discrepado constantemente, en virtud de que no sólo la introducción del miembro viril o pene constituye violación, sino la introducción no consentida de cualquier objeto vía vaginal, oral, o anal constituye un acto lesivo a la libertad sexual. Es necesario aclarar que no toda la definición es imprecisa ya que nos brinda un nuevo elemento, el de la violencia real o presunta; es violencia real, la violencia física o palpable, capaz de anular el consentimiento de la víctima, o capaz de hacerla ceder, puede constituir violencia real golpes, amenazas, incluso infundir un miedo irresistible en la víctima, que la lleve a doblegar su voluntad. Pero hablar de una violencia presunta, es hablar de una ficción jurídica, que se explica únicamente en actos o hechos que anulen la voluntad de la víctima de una manera *sui generis*; la violación es un acto sexual sin consentimiento en el cual por lo general se aplica la violencia, pero en casos en que la víctima se hallare privada de razón como por ejemplo ebria, o bajo el efecto de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, y tiene relaciones sexuales puede constituir violación, aunque para ello brinde incluso su consentimiento viciado por la acción de estas sustancias que de una u otra manera han anulado su voluntad.

Es muy conocido en estos tiempos del éxtasis, una droga introducida de países europeos, muy común entre los jóvenes y que está siendo utilizada por muchachos ecuatorianos, de una manera ya muy común. Esta sustancia química, procesada en laboratorios y que guarda cierta relación con las anfetaminas, es un estimulante y desinhibidor muy fuerte y de fácil acceso en el mercado negro. Es también muy conocido como la droga del amor. Entre sus efectos más comunes se encuentran una excesiva deshidratación, exaltación y una desinhibición sexual, producida por que la droga llega a afectar directamente las zonas del lóbulo frontal, que se encargan del comportamiento sexual y funciones ejecutivas que son las capacidades de planificación, organización y ejecución de los actos. En virtud de lo expresado, esta droga, lleva a las personas que la han consumido a un deseo constante de tener relaciones sexuales, e incluso los lleva a ser más sensuales, con el fin de satisfacer los deseos causados por el estupefaciente.

En el caso que, de manera dolosa, con el fin de obtener contactos sexuales con una persona de cualquier sexo, se le provea sin su consentimiento de drogas tales como el

éxtasis, escapolamina, burundanga, yohimbinas (utilizadas para excitar ganado, con el fin de cruzarlo), entre otras, se estará anulando o viciando el consentimiento de esa persona, y más aún, si es que la persona que proveyó tal sustancia tiene relaciones sexuales con el sujeto que sin saberlo las consumió, en este caso, el proveedor estará incurriendo en delito de violación.

La violencia presunta, o anular la voluntad, con el fin de acceder a una relación sexual, constituye en todo caso violación.

Para el maestro Carrara, una de las características del delito de violación que él lo llamaba estupro violento, era el hecho de que la víctima fuese únicamente mujer, y el agresor debía ser únicamente hombre, cosa que ya se ha discutido y refutado y que se ahondará en páginas posteriores en este capítulo, pero aún así, pone en evidencia una cosa importante, respecto de la violencia presunta, en la víctima ebria o dormida, y señala:

“Pero con respecto a la mujer ebria o dormida, deben hacerse dos observaciones:

1º) El sueño o la ebriedad de la mujer no agotan por si solos la materialidad de la violencia, que exige siempre una voluntad contraria, subyugada por cualquier especie de fuerza; no constituyen, pues, sino una mera presunción de violencia que debe ser completada con el fin de agravar el estupro, con la prueba directa de esa voluntad contraria.

De modo que el abuso cometido sobre mujer ebria o dormida solo podrá constituir estupro violento cuando se demuestre, merced a la prueba positiva de las negativas precedentes de la mujer, o merced a sus posteriores afirmaciones juramentadas, que si ella hubiera sido, en la plenitud de su entendimiento, libre dueña de sí misma, no habría consentido de ninguna manera. Así, pues, cuando la mujer llegara a declarar francamente que estando en la plenitud de sus sentidos habría consentido de buena gana, la violencia necesariamente desaparece, aún cuando el hombre creyera estar obrando contra la voluntad de aquella. Esto puede presuponer, una violencia puramente subjetiva; mas para tener completa su esencia jurídica, le falta la

existencia objetiva. Un pecado puede ser putativo, ya que puede agotar todas sus condiciones en el ánimo; pero un delito putativo es un imposible jurídico.

2º) La segunda observación es que debiera siempre distinguirse, en la imputación y en la pena, el caso en que la embriaguez y el sueño de la víctima hayan sido maliciosamente procurados por el hombre con el fin torpe, y el caso en que se hubiera aprovechado de una ocasión meramente accidental, que suscitó en él la mala intención por impulso instantáneo. En el primer caso hay sobreabundancia de dolo, a causa de la insidia premeditada y hay mayor dificultad para la defensa privada por parte de la víctima. Si la premeditación y la insidia, por justos y fuertes motivos deben apreciarse como agravantes en ciertos delitos, no veo por qué no deben apreciarse así también en otros, en que la discriminación de los casos es igualmente posible y en que ocurren los mismos motivos. El primero de esos delincuentes obró por frío cálculo, y atrajo a sus redes a la víctima; el segundo cedió a un impulso momentáneo, y aprovechó condiciones no preparadas por él, pero quizás hijas de la imprudencia de la víctima misma, que se embriagó o se entregó al sueño en lugar accesible.”¹⁴⁹

Volviendo a los conceptos de violación uno de los más completos, acertados, y que guarda estrecha relación con la esencia del delito, es el que nos brinda increíblemente el Código Penal Ecuatoriano.

El artículo 512 en su texto completo que fue reformado en julio de 1998, señala:

“Violación es el acceso carnal, con introducción parcial o total del miembro viril, por vía vaginal, anal, o bucal, con personas de uno u otro sexo, en los siguientes casos:

1. *Cuando la víctima fuere menor de catorce años;*

2. *Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y,*

¹⁴⁹ CARRARA FRANCISCO, Programa de Derecho Criminal, Ed. Temis, Bogotá, 1991, Tercera Edición, Tomo 4, páginas 241 – 246.

*3. Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación.*¹⁵⁰

A continuación del artículo 512, se agregó un artículo innumerado, que, por fines didácticos se lo considera en las versiones codificadas del Código Penal como artículo 512.1. Este artículo, agrega al artículo 512 un elemento importantísimo en relación a la violación y nos brinda un concepto de agresión sexual, con objetos que son distintos al miembro viril, que clásicamente, según la doctrina y ciertas legislaciones es vital para la consideración del tipo. Este artículo muestra el avance de la legislación ecuatoriana en la consideración de la violación, y de esta manera señala: “*Se aplicaran las mismas penas del artículo siguiente, en caso de agresión sexual consistente en la introducción de objetos distintos al miembro viril por vía vaginal o anal, realizado en las mismas circunstancias del artículo 512.*”¹⁵¹ Las penas, como lo establece el mismo artículo 512.1, se encuentran en el artículo 513, que en todo caso serán analizadas más adelante.

Como se puede apreciar, el Código Penal no deja cabos sueltos, respecto de este delito y considera todas las alternativas posibles, como son, que la violación pueda ser cometida por personas de cualquier sexo, que las víctimas o sujetos pasivos sean así mismo y valga la redundancia, personas de cualquier sexo, y que el acto atentatorio a la libertad sexual pueda ser realizado en cualquiera de las cavidades externas del cuerpo humano, antes señaladas en la cita textual del artículo 512.

La concepción del legislador sobre este tema es una analogía referencial del vigente Código Penal español, por lo que no resulta raro, en este caso, que el legislador ecuatoriano haya encontrado la manera precisa de incluir a la violación dentro del cuerpo normativo.

Ojalá que esta variedad de conceptos y definiciones anotadas, sirva al lector de este trabajo para formarse una idea clara y concisa de lo que realmente constituye la violación, y sirva de ayuda para obtener un concepto amplio.

¹⁵⁰ **CÓDIGO PENAL**, R.O-S 147, 22 de Enero de 1971, art. 512, reformado por la Ley 106-PCL, publicada en el Registro Oficial 365 del 21 de Julio de 1998.

¹⁵¹ **CÓDIGO PENAL**, R.O-S 147, 22 de Enero de 1971, art. 512.1, innumerado agregado al texto original del artículo 512, por la Ley 106-PCL, publicada en el Registro Oficial 365 del 21 de Julio de 1998, y que ha sido reformado por la Ley 2001-47, publicada en el R.O. 422 del 28 de septiembre de 2001.

Las penas de violación, establecidas en el artículo 513 del Código Penal, están dadas bajo ciertas circunstancias que hacen referencia al tipo establecido en el 512 del mismo cuerpo legal y a hechos de la misma infracción.

En los casos del numeral primero del artículo 512 del Código Penal, es decir, cuando la víctima fuere menor de catorce años, el sujeto activo de la violación será reprimido con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años. Los otros dos casos, los de los numerales segundo y tercero, tendrán una sanción de reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años.¹⁵²

4.3 LA VIOLACIÓN COMO VEJACIÓN A LA LIBERTAD SEXUAL.

Hablando en sentido amplio, es decir haciendo referencia a la violación en general y no solo como delito sexual, se puede advertir que casi en todos los casos constituyen una intromisión dolosa sobre un derecho o libertad. Por ejemplo, la violación de domicilio constituye un irrespeto al derecho a la privacidad y a la propiedad privada, consagrados ambos en la Constitución de la República como garantías o derechos de primera generación.

Aunque no es tema del presente trabajo, merece un corto análisis, el hecho que las intromisiones perjudiciales a derechos, garantías o libertades, no provienen únicamente de actos o hechos aislados o ajenos al derecho. Existen vulneraciones que hasta cierto punto la misma Ley las autoriza, como por ejemplo el estado de emergencia. En el momento que el Presidente de la República decreta un estado de emergencia, haciendo uso de las reducidas facultades legislativas que para este caso le concede la Constitución, se suprime ipso facto ciertas garantías ciudadanas desde el momento de su publicación en el Registro Oficial. Derechos como el de libre movilización en el territorio de la República, o el de propiedad privada, entre otros se ven vulnerados. Es por esta razón que el Ecuador es uno de los pocos países de la región, que se da el lujo de tener varios estados de emergencia por año, es muy delicado el hecho de decretar estados de emergencia a dedo y sin las suficientes razones que lo justifiquen; en

¹⁵² CÓDIGO PENAL, R.O-S 147, 22 de Enero de 1971, art. 513, reformado por la Ley 2001-47, publicada en el R.O. 422 del 28 de septiembre de 2001.

Colombia por ejemplo, un país sumido en la violencia los estados de emergencia son muy escasos y responden a factores de grave peligro para la estabilidad y la seguridad interna y externa, en todo caso como debería ser.

Pero volviendo al tema que nos compete, el de la violación como delito sexual, en primer lugar debemos definir la palabra vejación, para poder continuar con este punto específico. Cabanellas define a vejación como “*Acción o efecto de vejar. Maltrato de hecho. Ofensa verbal. Padecimiento injusto que se impone a otro.*”¹⁵³

Por otro lado el diccionario de la Real Academia Española señala: “*Maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicarle o hacerle padecer*”¹⁵⁴

Y es así, toda vejación es resultado de la intromisión a las libertades y derechos de las personas, y por obvias razones, infieren daño y perjuicio a veces no a un solo bien jurídico protegido, sino a varios. Por ésto, en líneas anteriores se exemplificó con el estado de emergencia, para ver a que punto la interrupción del Estado en las actividades de los particulares vejan las mínimas garantías.

La libertad sexual, esa facultad humana de decidir sobre la sexualidad en general, se ve sumamente vejada cuando existe de por medio una violación. El agresor sexual no pregunta ni piensa siquiera los efectos que pueden tener sus actos; y, con relación a la víctima, ésta no da a conocer cual es su verdadera decisión sobre el acto sexual atentatorio, y en el caso de que lo hiciera, esta determinada a los factores que marcan el camino de la agresión sexual.

Existen cuatro posibilidades por las que una relación sexual pueda convertirse en delito de violación, la primera posibilidad que resulta de un análisis al artículo 512 del Código Penal, es la que da como resultado de una agresión sexual contra una persona que no tiene el consentimiento suficiente para actuar por si misma, es el caso de los menores impúberes y de los que padecen trastornos mentales y no tienen conciencia de sus actos. Los otros tres casos hacen referencia en primer lugar al uso de la violencia, la amenaza y la intimidación, hechos que de por si constituyen violaciones no sólo a la

¹⁵³ CABANELAS GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1997, pág. 405.

¹⁵⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, España, 2001, Tomo 10, pág. 1545.

libertad sexual, sino a otros derechos consagrados por las Leyes de la República como lo son a la integridad personal, a la intimidad, etc.

En sí, la libertad sexual, no sólo es el hecho de consentir o no sobre si tenemos relaciones sexuales, con quien, donde y cuando las tenemos, sino que se trata de un proceso e maduración que empieza en la pubertad, y continúa por toda nuestra vida. Es por esta razón que la Ley trata de precautelar la inocencia del menor impúber, y condena a las personas que de manera degenerada intentan tener relaciones sexuales con ellos. En el caso de alienados mentales o de personas que se hallaren privados de razón o sentido, que no tienen la facultad de obrar por si mismos, la misma Ley considera y de manera razonable, que el sexo, no es un aliciente para su condición, más bien resultaría perjudicial y peligroso para la especie humana en el supuesto caso que una mujer alienada mentalmente resultase embarazada. Si bien es cierto, muchos enfermos mentales no tienen percepción de libertad, y es en estos casos que la Ley trata de velar por su salud y por el bienestar del entorno en el que se desenvuelven estas personas.

Las personas que se hallan bajo el efecto de sustancias psicotrópicas o estupefacientes, no tienen, por obvias razones, sus facultades volitivas y cognoscitivas completas, dependiendo del tipo de sustancia, puede llegar a desinhibir a una persona, haciéndola susceptible de caer en las garras de violadores sin escrúpulos, también constituye una vejación a la libertad sexual, ya que la persona afectada por el consumo de ciertas sustancias, a lo mejor no hubiese accedido a tener contacto sexual con otra persona en el caso que hubiese estado en su sano juicio.

Una pregunta muy interesante, que la gente relacionada con el derecho se hace muy a menudo, al menos en materia penal, es que si la prostituta o mujer que desempeña oficios sexuales puede ser violada, y si tiene libertad sexual. Pues si, la prostituta, puede ser violada y tiene libertad sexual cabal y completa; no por la posición u oficio que desempeña, deja de tener derechos básicos, que son inalienables para las personas; incluso si a cambio de dinero ofrece tener relaciones sexuales normales es decir vía vaginal, y algún individuo de forma violenta y sin su consentimiento le introduce el miembro viril por otra cavidad que puede ser anal o bucal, éste estará infringiendo en delito de violación, pese de haber tenido cierto trato previo con la afectada.

La mujer casada puede ser violada por su marido, y es uno de los casos de violencia familiar más comunes y que se mantienen por lo general, en absoluta reserva dentro del mismo núcleo de la familia.

Todos estos antecedentes, nos llevan a considerar que la libertad sexual, derecho humano que todos tenemos, es un delgada franja, que puede ser fácilmente vejada, y en la mayoría de casos por vicios en el consentimiento, es decir por factores externos que hacen doblegar, hasta cierto punto, la facultad de obrar y decidir, como lo son: la fuerza, la intimidación, la administración de sustancias, la falta de capacidad para obrar por voluntad propia, etc.

4.4 EL RIESGO DE EMBARAZO EN UN ACTO ATENTATORIO A LA LIBERTAD SEXUAL.

Cuando el sujeto pasivo de la violación es mujer, en edad fértil, es decir, entre la pubertad y el climaterio, existe latente un peligro en caso de que ésta sea cometida por la introducción parcial o total del miembro viril o pene en la vagina de la mujer; en estos casos, al igual que en relaciones sexuales normales o consentidas, puede darse el caso de que la víctima de violación resulte embarazada.

Condiciones esenciales para la constitución de un embarazo son la existencia de un espermatozoide normal y la de un óvulo capaz de ser fecundado.

1. Espermatozoide.- “*Los espermatozoides representan las células sexuales o gametos masculinos. Se generan en los tubos contorneados de los testículos y son eyaculados con el esperma o semen (de 2-5 centímetros cúbicos por eyaculación) a través del canal deferente. Su número se calcula de 75 a 200 millones por centímetro cúbico. Todo recuento que arroje cifras inferiores a éstas (oligospermia) indica una depresión del poder fecundante, que puede llevar a la ausencia total del zoospermo (azoospermia). Para que el semen sea fecundante Macker asegura que se requiere que contenga por lo menos 60 millones de espermatozoides, con una supervivencia de más de ocho horas después de eyaculados.*

Originados en los epitelios de los túbulos seminíferos, pasan sucesivamente por los estados de espermatogonios, espermatocitos y espermátides, hasta llegar a la etapa final de la formación de los espermatozoides.

La producción de los espermatozoides comienza en la pubertad y se mantiene más o menos disminuida hasta la vejez.

La espermatogénesis y la secreción de testosterona (hormona sexual masculina) se hayan bajo la influencia de la secreción gonadotropa de la anterohipófisis.

El espermatozoide humano, ya maduro, mide de 51-52 micrones de longitud. Se diferencian en él: cabeza, segmento cervical y cola. La cabeza es plana de forma oval o de pera, estirada hacia el segmento caudal, que contiene la cromatina, sustancia fundamental del núcleo de las células; en cambio, el protoplasma está repartido en la cola. Sus dos tercios anteriores constan de la caperuza, y forman el borde cortante o perforador. La cabeza tiene 4,2 micrones de longitud, 3,1 micrones de ancho y 2 micrones de espesor. En su extremo inferior se halla el segmento cervical, con los nudillos cervicales anterior y posterior; continúa con la porción caudal, de 46,4 micrones de longitud, que se divide en una pieza intermedia, otra principal y otra terminal.

Los espermatozoides, después de su migración a través de los canales seminíferos, conducto deferente y la uretra masculina salen al exterior mediante la eyaculación. Están dotados de movimientos ondulatorios a expensas de su cola, que les permite trasladarse a razón de unos 3,5 milímetros por minuto. Se introduce de esta manera en la cavidad uterina antes de dos horas, para ascender después a las trompas uterinas, en cuya porción ampular se encuentran, en general, con el óvulo para su fecundación.

Un espermograma considerado normal contiene alrededor del 70% de espermatozoides francamente móviles, un 15% de escasa motividad y el resto inmóviles.

Los espermatozoides del eyaculado que se depositan en la vagina, debido al medio ácido desfavorable de ésta mantienen su vitalidad alrededor de dos horas¹⁵⁵, mientras que los que logran ascender hasta el canal cervical (medio alcalino) duran más de cuarenta y ocho horas.

Sólo alrededor de doscientos espermatozoides llegan al sitio de fecundación. Casi todos los demás se degeneran y son reabsorbidos en el aparato genital femenino.”¹⁵⁶

Analizando el riesgo de embarazo en una violación se deben tomar en cuenta, que en el caso de penetración del pene en la vagina del sujeto pasivo, existen factores que inciden directamente en las consecuencias que podría tener este acto, que no deja de ser sexual. Por ejemplo si el agresor padece oligospermia o esterilidad masculina, sería imposible hablar de un embarazo posviolación. Otra razón digna a tomarse en cuenta es que con la edad del hombre baja considerablemente el nivel de producción de espermatozoides en la vejez, lo que hace más difícil que espermatozoides idóneos lleguen a fecundar un óvulo. El Ph. o acidez elevada de ciertas vaginas dificultan la viabilidad del espermatozoide, es decir, el tiempo que puede sobrevivir el gameto masculino dentro del canal vaginal en su trayecto al sitio de fecundación. Esas y otras circunstancias merecen ser estudiadas, ya que las probabilidades de que el agresor provoque un embarazo en el sujeto pasivo de una violación son las mismas que en relaciones sexuales normales.

Es muy improbable que el sujeto activo de la violación utilice preservativo o cualquier otro medio que evite la concepción, ya que por lo general son actos furtivos, es por esta razón también, que el riesgo de contagio de enfermedades venéreas o de trasmisión sexual es latente.

Estas consideraciones son hechas desde el punto de vista fisiológico del agresor. A continuación se analizará las circunstancias que inciden en que una mujer quede embarazada, desde el punto de vista de la fisiología del sujeto pasivo o víctima.

¹⁵⁵ Existen autores como Moore en su obra de Embriología Clínica, que aseguran después de realizado un experimento, que el espermatozoide requiere de cuarenta y cinco minutos para completar el trayecto hasta el sitio de fecundación. (**KEITH MOORE y T. PERSAUD**, Embriología Clínica, Ed. McGraw-Hill, México, 1995, Quinta Edición, pág 30.)

¹⁵⁶ **SCHWARCZ RICARDO**, Obstetricia, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1974, Tercera Edición, Pág. 14.

2. Óvulo-Oogénesis.- “El término oogénesis (ovogénesis) se refiere a toda la secuencia de fenómenos por los cuales las células germinativas primitivas que se llaman oogonias, se transforman en oocitos maduros (óvulos). Este proceso de maduración se inicia antes del nacimiento y termina después que se llega a la madurez sexual, durante la pubertad.

- *Maduración prenatal de oocitos.- Durante la vida fetal temprana, proliferan las oogonias por división mitótica. Todas las oogonias crecen para formar oocitos primarios antes del nacimiento. A medida que se forma un oocito primario, es rodeado por células de tejido conjuntivo que forman una capa de células epiteliales aplanadas, foliculares.*

El oocito primario encerrado por esta capa de células constituye un folículo primordial. A medida que el oocito primario crece durante la pubertad, las células epiteliales aplanadas, foliculares toman forma cuboidea y después cilíndrica, por lo que constituyen un folículo primario. En forma rápida el oocito primario se recubre de un material gluco-proteico amorfo, acelular que se llama zona pelúcida. Cuando en folículo primario tiene más de una capa de células foliculares cuboideas, se denomina folículo secundario o en crecimiento.

Los oocitos primarios inician la primera división mediática antes del nacimiento, pero la pro fase no termina hasta la adolescencia. Los oocitos primarios permanecen en pro fase suspendida (dictioteno) durante varios años hasta que se inicia la maduración sexual y los ciclos de reproducción, durante la pubertad.(...)

- (...) *Maduración Posnatal de los Oocitos.- Al inicio de la pubertad, suele madurar un folículo cada mes y ocurrir la ovulación, excepto cuando se utilizan anticonceptivos orales (píldoras para control de la natalidad). La prolongada duración meiótica (hasta 45 años), tal vez explica en parte la frecuencia relativamente alta de errores meióticos, como la no disyunción (falta de separación de cromátides impares), que ocurre con el aumento de*

edad materna. Los oocitos primarios en profase I suspendida (dictioteno) son vulnerables a agentes ambientales (por ejemplo: radiación). Después del nacimiento no se forman oocitos primarios en mujeres, en contraste con la producción constante de espermatocitos primarios en varones después de la pubertad.

Como ya se mencionó, los oocitos primarios permanecen latentes en los folículos ováricos hasta la pubertad. A medida que madura un folículo, el oocito primario aumenta de tamaño. Poco antes de la ovulación, el oocito primario termina la primera división meiótica. Sin embargo, a diferencia de la etapa correspondiente de la espermatogénesis, la división del citoplasma no es igual. El oocito secundario recibe casi la totalidad del citoplasma y el primer cuerpo polar prácticamente nada. Este último es una célula pequeña, afuncional, que pronto se degenera. En la ovulación, el núcleo del oocito secundario inicia la segunda división meiótica, pero solo progresiona hasta la metafase, en la que se detiene. Si es penetrado por el espermatozoo concluye la segunda división meiótica y de nuevo una célula, el oocito conserva la mayor parte del citoplasma. La otra célula el segundo cuerpo polar, es una célula pequeña, afuncional, que se degenera pronto. En cuanto sale el segundo cuerpo polar la maduración del oocito se completa. El oocito maduro suele denominarse huevo.

En los ovarios de una niña recién nacida hay alrededor de dos millones de oocitos primarios, pero muchos involucionan durante la niñez, de manera que hacia la adolescencia no quedan más de cuarenta mil. De ellos, sólo cuatrocientos se convierten en oocitos secundarios y se expulsan durante la ovulación, durante el período de reproducción, pocos de estos oocitos, si acaso alguno, madura. De manera notable, el número de oocitos que se ovula se reproducen en mujeres que toman anticonceptivos, debido a que las hormonas que contienen evitan la ovulación(...)

(...)3. Ciclos femeninos de la reproducción.- Las mujeres tienen ciclos mensuales reproductivos (ciclos sexuales) que incluyen actividades del hipotálamo, hipófisis, ovario, útero, trompas uterinas, vagina y glándulas mamarias, desde el inicio de la

pubertad y de manera normal continúan todos los años de la reproducción. Estos ciclos preparan el aparato de la reproductor para el embarazo. Las células neurosecretoras en el hipotálamo sintetizan la hormona liberadora de la gonadotropina (GnRH) que es llevado por el sistema portal hipofisiario hacia el lóbulo anterior de la hipófisis. La GnRH controla la secreción de las dos hormonas ováricas que produce esta glándula. Como se comentara, la hormona estimulante del folículo (FSH) estimula el desarrollo de los folículos ováricos y la hormona luteinizante (LH) sirve como “desencadenante” de la ovulación. También, estas hormonas estimulan el crecimiento del endometrio.

- *Ciclo Ovárico.- Las gonadotropinas (FSH y LH) producen cambios cíclicos en los ovarios (desarrollo de folículos, ovulación y formación de un cuerpo amarillo) que se conoce como ciclo ovárico. Durante cada ciclo, FSH promueve el crecimiento de folículos primarios; sin embargo por lo general solo uno de ellos se desarrolla hasta un folículo maduro y se rompe a través de la superficie del ovario, por lo que expulsa su oocito. En consecuencia, cada vez se degeneran varios folículos... ”¹⁵⁷*
- *“Ovulación.- Aproximadamente la mitad del ciclo (14 días en un ciclo “promedio” de 28 días) y por influencia de FSH y LH, el folículo ovárico sufre un brote de crecimiento súbito que produce tumefacción o abultamiento quístico en la superficie del ovario.*

En esta tumefacción aparece pronto una pequeña mancha avascular, oval, el estigma. Antes de las ovulación, el oocito secundario y algunas células del cúmulo o ooforo se desprenden del interior del folículo distendido.

Durante la ovulación es mucho más importante la influencia de LH que de hormona estimulante del folículo.

¹⁵⁷ KEITH MOORE y T. PERSAUD, Embriología Clínica, Ed. McGraw-Hill, México, 1995, Quinta Edición, pág 19 – 24.

La ovulación se desencadena por un aumento súbito de la producción de LH. La ovulación suele presentarse en números de 12 a 24 horas después del nivel circulante máximo de LH. El aumento súbito de LH que se estimula por concentración alta de estrógeno en sangre, al parecer causan aglobamiento del estigma formándose una vesícula. A continuación, se rompe el estigma y se expulsa el oocito secundario con el líquido folicular. La expulsión del oocito resulta de la presión intrafolicular y probablemente a la contracción del músculo liso de la teca externa debida a estimulación por prostaglandinas.(...)

- (...) Ciclo menstrual.- Las hormonas secretadas en folículos ováricos y cuerpo amarillo (estrógeno y progesterona) producen cambios cíclicos en el endometrio uterino que constituyen el ciclo endometrial; también suele llamársele ciclo menstrual o período porque un fenómeno obvio es la menstruación (flujo de sangre del útero). El endometrio normal es un reflejo del ciclo ovárico porque responde a las concentraciones fluctuantes de las hormonas del ovario en forma constante. Los ciclos menstruales “promedios” suelen considerarse de 28 días, pero el tiempo puede variar en mujeres normales. El 90% de mujeres sanas, los ciclos oscilan entre 23 y 35 días. Casi todas estas variaciones obedecen a las alteraciones en la fase proliferativa del ciclo.

Los ciclos comunes de reproducción no siempre se realizan debido a que el ovario no produce un folículo maduro y en consecuencia no ocurre la ovulación. En ciclos anovulatorios, los cambios en el endometrio son mínimos; el endometrio proliferativo se desarrolla en la forma usual, pero como no hay ovulación ni se forma cuerpo amarillo, no progresá hacia la fase secretoria. Permanece en la fase proliferativa hasta que se inicia la menstruación. Los ciclos anovulatorios pueden deberse a la hipofunción ovárica pero suelen depender de la administración de hormonas sexuales.

El estrógeno con progesterona o sin ella, de las píldoras para el control de la natalidad, actúa sobre hipotálamo e hipófisis, e inhibe la

secreción de GnRh y hormonas gonadotrópicas (FSH y LH) que son necesarias para que ocurra la ovulación. La supresión de la ovulación es la base del éxito de las píldoras anticonceptivas en el control de la natalidad. En casi todos los casos, cuando no se utiliza otro método de anticoncepción, el intervalo entre supresión de anticoncepción oral y embarazo es de doce meses. (...)

- (...) *Fases del ciclo menstrual.- Las hormonas del ovario causan cambios cíclicos en la estructura del aparato de la reproducción, en especial el endometrio. Aunque con fines descriptivos, el ciclo menstrual se divide en tres fases; se debe insistir que el ciclo menstrual es un proceso continuo, cada fase pasa en forma gradual hacia la siguiente.*

Fase menstrual.- El primer día de la menstruación es el inicio del ciclo menstrual. La capa funcional de la pared uterina se desfacela y elimina con el flujo menstrual que suele durar cuatro a cinco días. El flujo consiste en pequeñas cantidades de sangre que se combina con piezas pequeñas de tejido endometrial.

Fase proliferativa.- Esta fase (estrogénica, folicular), que dura alrededor de nueve días, coincide con el crecimiento de los folículos ováricos y es controlada por el estrógeno que secretan. Durante esta fase de reparación y proliferación se engruesa dos a tres veces el endometrio. En el inicio, de nuevo se forma el epitelio de superficie y cubre el endometrio. Aumenta número y longitud de glándulas y se alargan las arterias espirales.

Fase Secretoria.- La fase secretoria (progesteronal o progravidex), que dura alrededor de 13 días, coincide con la formación funcionamiento y crecimiento del cuerpo amarillo. La progesterona, que produce este último estimula el epitelio glandular para que secrete un material rico en glucógeno (de ahí el nombre de fase secretoria). Las glándulas se tornan anchas, tortuosas y saculares y el endometrio

se engruesa por influencia de estrógeno y progesterona, que producen el cuerpo amarillo y parcialmente el aumento de líquido en el estroma. A medida que las arterias espirales crecen hacia la capa esponjosa y compacta, se arrollan cada vez más. Si el oocito que se libera en la fecundación es fecundado en forma normal el blastocito comienzan a implantarse en el endometrio alrededor del sexto día de la fase secretoria, es decir, el día 20 de un ciclo menstrual de 28 días.

Si no ocurre la fecundación, el endometrio secretorio pasa a fase isquémica, el último día de la fase secretoria. La isquemia (disminución del riego) da al endometrio un aspecto pálido y ocurre a medida que se contraen las arterias espirales, de manera intermitente. Esta constricción arterial es causada por la disminución de secreción de hormonas, principalmente de progesterona, por el cuerpo amarillo en degeneración. Además de los cambios vasculares, la supresión de hormonas origina desaparición de secreción glandular, pérdida de líquido intersticial y encogimiento notable del endometrio. Hacia el final de la fase isquémica, las arterias espirales se contraen por períodos más prolongados. Por último, comienza a escapar sangre a través de sus paredes rotas hacia el tejido conjuntivo vecino (estroma). Pronto se forman pequeños depósitos de sangre que se rompen a través de la superficie endometrial, por lo que originan hemorragia hacia la luz uterina e inicio de otra fase y ciclo menstruales.

A medida que se desprenden y eliminan hacia la cavidad uterina piezas pequeñas de endometrio, los extremos rotos de las arterias vierten sangre hacia la misma, por lo que originan pérdida de 20 a 80 ml. Por último, durante tres a cinco días, en el menstruo (flujo menstrual) se elimina la totalidad de la capa compacta y la mayor parte de la capa esponjosa del endometrio. La capa basal y el remanente de la capa esponjosa que queda se regenera durante la fase proliferativa subsecuente del endometrio. Por consiguiente, la actividad hormonal cíclica del ovario se relaciona de manera íntima con los cambios histológicos cíclicos del endometrio.

Si ocurre el embarazo, cesan los ciclos menstruales y el endometrio pasa a la fase de gestación. Al terminar el embarazo se reanudan los ciclos ováricos y menstruales después de un periodo variable (por lo general, 6 a 10 semanas si la mujer no amamanta al niño). Si no ocurre el embarazo los ciclos de reproducción continúan normalmente hasta el final de la vida reproductiva de la mujer, por lo general entre 47 y 52 años de edad.”¹⁵⁸

Líneas arriba se analizó las probabilidades que el sujeto activo de la violación (hombre agresor) tiene de embarazar al sujeto pasivo. Ahora, se analizaran las probabilidades del embarazo partiendo desde la fisiología del sujeto pasivo; se espera que la larga cita anotada sirva para una mejor comprensión de todas las fase por las que debe pasar la célula sexual femenina para que pueda ser fecundada.

El principal riesgo de embarazo constituye, desde el momento en que la mujer adquiere una madurez sexual a nivel de sus órganos reproductivos, es decir, desde la pubertad hasta el climaterio. Por lo tanto, es importante considerar que existen casos de pubertad prematura, de ahí que es posible explicar el hecho que hay niñas embarazadas luego de una violación, como el caso de una niña guatemalteca de 10 años que resultó embarazada luego de que fue ultrajada sexualmente.

Los periodos ováricos normales tienen una duración de 28 a 35 días, de los cuales el día décimo cuarto es el de ovulación, por lo tanto, el día más riesgoso de embarazo; partiendo de este día y de la viabilidad del gameto masculino, profesionales recomiendan no tener relaciones sexuales tres días antes y tres días después de este día de riesgo. Tomando en cuenta lo antes señalado, en el caso de violación, este es el único riesgo que tiene una mujer violada, de quedar embarazada, de su agresor. Cabe recordar que esto ocurre en mujeres con periodos menstruales normales. Tomando en cuenta los siete días peligrosos, estos representan un 25% del periodo de una mujer, por lo tanto haciendo una analogía estadística, aproximadamente el 25% de 100 mujeres violadas tiene riesgo latente de quedar embarazadas, cabe destacar que en esta muestra estadística, no se considera el caso que use algún dispositivo o método de

¹⁵⁸ Ídem, págs. 24 -28

anticoncepción . En mujeres con ciclos anormales, el riesgo aumenta debido a que no se sabe con exactitud el día o momento preciso de la ovulación.

Es importante señalar, que el riesgo disminuye con la coexistencia de disfunciones hormonales, provocando la irregularidad de los ciclos de reproducción femenina. Otro aspecto que puede evitar el riesgo de embarazos, son patologías físicas a nivel de los órganos reproductores femeninos, por ejemplo ovarios pequeños, etc.

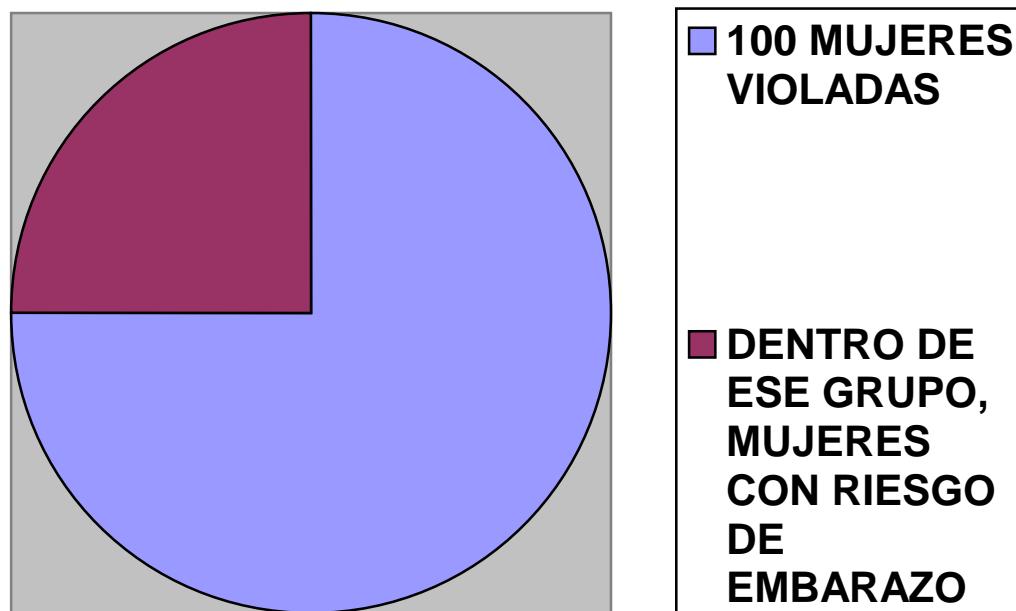


FIG. # 1. La figura # 1, nos muestra que de una población de 100 mujeres violadas, con ciclos ováricos normales, aproximadamente unas 25 tienen riesgos de resultar embarazadas luego de la violación.

4.5 NATURALEZA DE LA VIOLACIÓN

La violación es una infracción que se encuentra tipificada en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, el artículo 512 del Código Penal, la establece.

Pero, qué otros delitos sexuales más existen en el Código Penal ecuatoriano y cuales son sus características, que le hacen diferente de la violación. El Título octavo del Código Penal, habla de los delitos sexuales, y en primer término lo hacía del adulterio, afortunadamente, las relaciones adulteras fueron suprimidas y dejaron de ser delito para la Ley penal¹⁵⁹; pero el atentado contra el pudor, el estupro, el acoso sexual, la corrupción de menores, proxenetismo, el rapto y la violación propiamente dicha continúan en el texto de la Ley, y siguen, como debe ser considerándose delitos sexuales.

El atentado al pudor, es un acto impudico, sin recato o pudor, que puede herir u ofender la susceptibilidad de cierta persona. Se encuentra tipificado en el Código Penal en los artículos 505, 506, 507 y 508.

El estupro, es acceder a relaciones sexuales con mujeres honestas, de manera fraudulenta o engañosa. La Ley habla de seducción o engaño, pero la seducción es término ocupado para referirse al cortejo sexual, y es por esta razón que considero inapropiado el uso de esta palabra. Haciendo una analogía con delitos en contra de la propiedad, el estupro vendría a ser una especie de estafa sexual. Su base legal se encuentra en los artículos 509, 510 y 511 del Código Penal.

El acoso sexual, tipificado dentro del artículo 511 del Código Penal, agregado a su texto como artículo innumerado, inserta en la legislación ecuatoriana un nuevo elemento: el uso doloso de ciertas facultades o posiciones para acceder a relaciones o favores sexuales. El texto de este artículo manifiesta: “*El que solicitara favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el*

¹⁵⁹ El adulterio se encontraba penado en los artículos 503 y 504 del Código Penal, suprimidos por la Ley 134, publicada en el Registro Oficial 511 del 10 de junio de 1983

ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con pena de prisión de seis meses a dos años.”¹⁶⁰

La corrupción de menores es uno de los delitos sexuales más degradantes, junto con la violación, e incide en la descomposición social general, debido a que vulnera directamente la mente de los menores y los inicia de una manera precoz y acelerada en el sexo. El proxenetismo en cambio, es la trata de blancas o manejo organizado de prostitución, estos individuos que hacen negocio del sufrimiento de mujeres, incurren a veces como cómplices o autores de delitos más graves como violación y corrupción de menores.

El rapto sin violencia, es un delito sexual muy común entre parejas de jóvenes, menores de edad. Arrebatar a una menor de su entorno familiar es considerado como rapto, es un delito de acción penal privada, en casos de que la víctima del delito fuera menor adulta. Se habla de fines deshonesto, pero por lo general después de un rapto, viene un matrimonio, ya que, es muy común, que la menor no sea en sí raptada, sino que voluntariamente huya con su raptor. Lo anotado se encuentra tipificado en los artículos 531 y 532 del Código Penal.

Por otro lado, existe raptos en los que figura como principal hecho la intermediación de la violencia. El artículo 529 del Código Penal, sanciona con prisión de uno a cinco años, al que, valiéndose de violencia y con fines deshonestos arrebate personalmente o por medio de otras personas a un menor de edad, mayor de siete años. Siguiendo las mismas posibilidades fácticas, la Ley penal en el artículo 530 sanciona también al raptor de una menor de diecisésis años; para estos casos la pena será de reclusión menor de tres a seis años.

Una característica importante que diferencia al rapto del plagio, es el fin deshonesto, es decir, la intención de aprovechar sexualmente a la víctima.

Luego de este brevísimo análisis de los delitos sexuales, es necesario enfocarnos en la violación. Una de las características principales de la violación es el uso de la fuerza o

¹⁶⁰ **CÓDIGO PENAL, R.O-S 147**, 22 de Enero de 1971, art. innumerado, agregado al texto del artículo 511, por la Ley 106-PCL, publicada en el Registro Oficial 365 del 21 de Julio de 1998.

de circunstancias consensuales de la víctima, por ejemplo, el sujeto pasivo menor de edad, el alienado mentalmente o disminuido en sus facultades volitivas por efecto de sustancias.

En definitiva, este es un delito, que pretende anular o viciar el consentimiento del sujeto pasivo, para acceder a relaciones sexuales normales, es decir, penetración de miembro viril vía vaginal, o anormales como las denomina la doctrina, como lo son la penetración de objetos o el mismo miembro viril sea por vía anal, o bucal. Al anular el consentimiento, está entrando en una franja, que analizó en páginas anteriores, la libertad sexual.

Es un delito peligroso para el sujeto pasivo, no en pocas ocasiones termina en muerte o en perturbaciones graves en la víctima. Respecto a esta consideración, el artículo 514 del Código Penal en su primer inciso señala:

“Si la violación produjere una grave perturbación en la salud de la persona violada, se aplicará el máximo de las penas indicadas en el artículo anterior; y si le produjere la muerte, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años...”¹⁶¹

Pero existen casos que si son alarmantes, gente que en el entorno familiar viola a hijos, hijas, sobrinos, sobrinas, etc., menores de edad. Se habla que la mayoría de casos de abuso sexual infantil, proviene de un familiar directo del sujeto pasivo, y aunque se crea difícil, en el Ecuador hay bastante de este tipo de casos; en esta línea, el inciso segundo del artículo 514 señala::

Igual pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, se impondrá a los responsables de violación si las víctimas son sus descendientes, ascendientes, hermanos o afines en línea recta; debiendo en su caso, ser condenados, además a la pérdida de la patria potestad.”¹⁶²

¹⁶¹¹⁶¹ ¹⁶¹ Ídem, art. 514, inciso primero, reformado por la Ley 2001-47, publicada en el Registro Oficial 422 del 28 de septiembre de 2001.

¹⁶² ¹⁶² Ídem, art. 514, inciso segundo reformado por la Ley 2001-47, publicada en el Registro Oficial 422 del 28 de septiembre de 2001.

La violación difiere del estupro por ejemplo, por que en éste, la víctima accede voluntariamente a tener relaciones sexuales con el sujeto pasivo, es decir hay un consentimiento que se ha logrado a base del engaño, pero en la violación ocurre lo contrario, es decir, nunca media el consentimiento y siempre esta presente la fuerza, la intimidación, la amenaza, en sí el abuso. “*Cuando el conocimiento carnal recae sobre una persona que se resiste, y se obtiene empleando violencia verdadera o presunta, surge el título más grave de violencia carnal, que absorbe cualquier otro título, por la conocida doctrina de la prevalencia.*”¹⁶³ El autor hace referencia a la violación.

La violación tiene penas bastante altas, si las relacionamos con los delitos en contra de la vida de las personas. No se está tratando de alegar que deberían bajarse las penas por violación, sino al contrario; pero es digno de considerar, que dar muerte a un individuo, siempre será un delito de consecuencias más graves, es por esto que, tanto el homicidio simple como el asesinato deberían tener sanciones mucho más graves, a las que actualmente tienen. Cuando la víctima es menor de edad, es decir, en el primer caso del artículo 512 del Código Penal, la Ley hace una presunción de involuntariedad, por ende, considera que el acceso carnal en un menor impúber, lleva de por sí el uso de la fuerza, en estos casos ya como ya se analizó, la pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años. El segundo caso del mismo artículo, es una clara demostración de imposibilidad de expresar la voluntad, para estos casos la pena será de ocho a doce años de reclusión mayor ordinaria; la misma pena se aplica en el tercer caso del artículo en mención, en los que por causas ajenas al sujeto pasivo, terminan en una anulación de la voluntad. Las penas en todo caso se encuentran establecidas en el artículo 513 del Código Penal.

Las formas imperfectas del delito son válidas para ser aplicadas en la violación, pueden darse casos de violaciones frustradas y a pesar que la jurisprudencia las admite, es muy difícil encontrar un límite para concebirlas. Un ejemplo de violación frustrada, en el típico de los casos, es decir, introducción del miembro viril en vagina, sería el hecho que, el sujeto activo en el momento mismo de intentar introducir su pene en la vagina del sujeto pasivo de la infracción, ésta le propine un rodillazo en sus genitales,

¹⁶³ CARRARA FRANCISCO, Programa de Derecho Criminal, Ed. Temis, Bogotá, 1991, Tercera Edición, Tomo 4, página 237.

imposibilitándolo por el dolor a introducirle el miembro, y por ende a consumar la violación.

Cabe también la tentativa. “*Por tanto, para que los actos impúdicos realizados violentamente sobre una mujer, o sin su consentimiento, puedan ser calificados de tentativa de violación deben probarse cumplidamente en el culpable el ánimo de yacer.*”¹⁶⁴ El autor habla de yacer, haciendo relación directamente al acto sexual, y debe comprobarse definitivamente el ánimo, ya que por ejemplo, el desprender las prendas del sujeto pasivo y el hecho que el agresor se muestre desnudo, podrían considerarse como delitos ajenos a la violación, como por ejemplo atentado al pudor.

La violación se consuma cuando tiene lugar el contacto sexual violento, es decir, desconociendo del consentimiento de la víctima, sea con miembro viril, instrumentos cualquiera, como lo son consoladores, vibradores, palos, etc., por cualquiera de las cavidades: vaginal, anal o bucal del sujeto pasivo.

“*Se consuma aun cuando el culpable, por la desproporción entre sus órganos sexuales y los de la ofendida, no logrará la completa introducción del pene, 24 nov. 1923, en el mismo sentido, 24 jun. Y 26 nov. 1953; pero este mismo hecho ha sido apreciado entre otros fallos como frustración, 17 nov. 1922, 20 abril 1950; no es preciso que haya eyaculación en la parte interior de los órganos sexuales de la ofendida, 31 dic. 1884; ni es menester la rotura más o menos completa del himen, por ser esto variable y puramente accidental....*”¹⁶⁵

4.5.1 SUJETO ACTIVO

Respecto del sujeto activo de la infracción, la Ley penal ecuatoriana no hace ninguna calificación en especial, con relación al sexo, condición, u otras circunstancias subjetivas en la violación. Por esto, que sujeto activo del delito de violación “*puede ser cualquiera*”¹⁶⁶, como lo dice Cuello Calón.

¹⁶⁴ **CUELLO CALÓN EUGENIO**, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 595 y 596

¹⁶⁵ Ídem.

¹⁶⁶ Ídem, Página 585.

En antaño se consideraba que uno de los factores determinantes en el delito de violación era la introducción del miembro viril por las cavidades vaginales, anales u orales del sujeto pasivo. Ese parámetro daba únicamente la posibilidad de que el hombre sea sujeto activo de la violación. Es más, en algunas legislaciones se sigue manteniendo este aspecto en la legislación, imposibilitando en cierta forma el actuar de los organismos encargados de brindar justicia.

Afortunadamente, los conceptos en la legislación ecuatoriana han cambiado, y aunque se han modernizado muy parcialmente, se considera violación todo tipo de agresión sexual, con cualquier instrumento, sea o no el miembro viril. Eso, da la posibilidad que una mujer también sea o pudiera ser considerada como sujeto activo de este delito. Es en realidad muy poco común que una mujer sea sujeto activo de una violación, la mayor parte de violadores son hombres, en el Ecuador no se ha escuchado aún de un caso en el que una mujer sea como tal sujeto activo de este delito, pudiera presentarse como coautor, cómplice o encubridor; pero la Ley, que tiene como uno de sus objetivos velar por el bien común general, debe mantener este principio ya que en cualquier momento puede darse el caso.

Respecto de la coautoría, es muy común encontrar casuísticamente hablando, bandas que se dedican a violar personas y a cometer correlativamente otros delitos. Muy típico es encontrar banda de ladrones, o gente que se dedica a asaltar automóviles y que violan a sus víctimas cuando se les ofrece la oportunidad.

La complicidad y el encubrimiento también caben muy bien en la consideración de este delito y son muy comunes, en casos de violaciones dentro de entornos familiares, para evitar la deshonra familiar y social.

Hablando en un sentido más práctico, no se puede hablar de un rasgo común del delincuente violador, es muy complicado descifrar su sicología, más que todo por que existe un gran porcentaje de violaciones que no se denuncian, peor aún no salen del entorno familiar. Es muy común el hecho que familiares abusen sexualmente de niños dentro de sus hogares, quedando así en el olvido y en la impunidad muchas violaciones realmente graves y despreciables.

El Dr. Jorge García, nos presenta en su obra sobre el delito pasional una caracterización del violador, que se ajusta más a delincuentes que realizan violaciones en cadena. “*Así pues, el perverso sexual presenta rasgos especiales: para él sólo existe lo que le ofrece un interés práctico; todo lo demás lo rechaza y le es ajeno; es embusteros y amoral; no conoce la compasión y se muestra indiferente y frío a los sufrimientos del prójimo; es egoísta, duro y cruel, pues que en el faltan los sentimientos sociales superiores; es grosero y no conoce la vergüenza; no repara en los medios para conseguir sus propósitos; la satisfacción de sus instintos sexuales y alimenticios lo lleva a menospreciar las normas sociales de conducta; es erótico y con tendencia a la desviación o aberración sexual.*”¹⁶⁷

4.5.2 SUJETO PASIVO.

Es sujeto pasivo de cualquier infracción o delito penal, el agraviado, víctima u ofendido. En la violación se debe distinguir bien quienes pueden ser sujetos pasivos, ya que anteriormente la doctrina consideraba que únicamente la mujer podía serlo por su estructura anatómica, es decir por que su órgano genital, la vagina, era el único que podía albergar al pene o miembro viril. Se prefería hablar de acceso carnal, para evitar referirse al sexo oral o anal, que eran consideradas verdaderas aberraciones.

Cuello Calón, a pesar de no ser un autor tan antiguo señalaba que: “*Sujeto pasivo sólo puede ser la mujer, sea virgen o no, casada o soltera de buena o mala fama, incluso una prostituta. Ha de ser una mujer viva...*”¹⁶⁸

No es necesario el hecho de que para que se hable de sujeto pasivo de violación, se hable única y exclusivamente de mujeres, los hombres pueden ser víctimas, aunque la regla común sea que la mayoría de ataques sexuales, sean cometidos contra personas del sexo femenino. Por otro lado, Cuello Calón también hace una referencia muy acertada, el sujeto pasivo debe estar vivo, si éste estuviere muerto, se hablaría de necrofilia, es decir, tener relaciones sexuales con muertos, o excitarse con ellos, lo que pudiera constituir otra infracción penal.

¹⁶⁷ GARCÍA JORGE, El Delito Pasional, Ed. ONI, Quito, 1985, pág. 127.

¹⁶⁸ CUELLO CALÓN EUGENIO, Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, Décimo Cuarta Edición, Tomo II, Volumen 2, Página 586.

Una de las características de la infracción, que nos conduce a calificar al sujeto pasivo, es el hecho de que el agresor haya actuado sin el consentimiento expreso o tácito de la víctima, y que se haya valido de medios violentos para hacerla doblegar en su voluntad, que se sigue manteniendo igual hasta la consumación del hecho.

Es entonces víctima de violación, cualquier persona que, contra su voluntad haya sido agredida sexualmente, y que para ello, el o los agresores se hubiesen valido de violencia real o presunta.

Respecto del sujeto pasivo, Oviedo manifiesta: “*No solamente se trata de la víctima del hecho punible, sino que también es el medio del que se vale la Ley para encontrar pruebas válidas para sancionar al culpable o culpables. Sujeto pasivo en el delito de violación puede ser tanto el hombre como la mujer.*”¹⁶⁹

4.5.2.1 SUJETOS PASIVOS CALIFICADOS

Haciendo referencia a sujetos pasivos calificados, estamos descubriendo una parte del artículo 512 del Código Penal, que dispone taxativamente quienes serán inexorablemente víctimas de violación.

Se trata de los menores impúberes y de las personas que por enfermedad mental se hallan alienados o mejor dicho no tienen la suficiente facultad para responder por sus actos.

Serán en todos los casos víctimas de violación los menores de catorce años, sin distinción de sexo. Cabe destacar que la Ley civil considera, que las mujeres llegan antes a la pubertad, a los 12 años, mientras que los varones llegan después, a los 14 años, sin embargo la Ley penal no hace cita a esa referencia específica y los menores de catorce años, tanto hombres como mujeres, son considerados sujetos pasivos de violación, siempre que tengan contacto sexual consentido o no. Las estadísticas se oponen a la realidad, en este caso, dicen que los jóvenes ecuatorianos de Quito y Guayaquil, están perdiendo su virginidad a la edad aproximada de 13 años, y, por lo general, lo hacen de manera voluntaria con sus parejas, que en ciertas ocasiones son

¹⁶⁹ OVIEDO STALIN, Medicina Legal, Ed. UTPL, Loja, 1999, pág. 231.

mayores de edad; en estos casos, según la Ley, existe violación, a pesar de que los jóvenes hayan consentido e incluso en ciertos casos, propuesto tener relaciones sexuales con sus parejas. Pero ¿por qué se considera a estos casos como violación?, porque los menores impúberes no tienen la capacidad legal de decidir sobre sus actos, tienen un consentimiento limitado a las decisiones de sus padres de familia o representantes. La doctrina penal habla de una presunción de involuntariedad del menor impúber. La siguiente pregunta es válida: ¿Qué sería del sistema penitenciario del Ecuador si estuviera lleno de esas parejas que inocentemente o por desconocimiento de la Ley (Aunque no es causa de justificación¹⁷⁰) en ciertos casos, tuvieron relaciones sexuales con sus enamorados o enamoradas menores de catorce años?.

Existen casos en el que, el delito de violación tiene una sanción agravada; el artículo 515 del Código Penal señala:

“El mínimo de las penas señaladas por los artículos precedentes será aumentado con cuatro años:

Si los responsables son de los que tienen autoridad sobre la víctima;

Si son institutores, o sus sirvientes, o sirvientes de las personas arriba designadas;

Si el atentado ha sido cometido sea por funcionarios públicos, o ministros del culto, que han abusado de su posición para cometerlo; sea por profesionales de la salud y personal responsable en la atención y cuidado del paciente, comadrones o practicantes, en personas confiadas a su cuidado; y,

Si en los casos de los artículos 507 y 512, el culpado, quien quiera que sea, ha sido auxiliado en la ejecución del delito por una o muchas personas.”¹⁷¹

¹⁷⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, R.O. 1, 11 Agosto 1998, artículo 97 numeral 1 y CÓDIGO PENAL, R.O-S 147, 22 de Enero de 1971, art. 3.

¹⁷¹ CÓDIGO PENAL, R.O-S 147, 22 de Enero de 1971 , art. 515, reformado por Ley 106-PCL, publicado en el Registro Oficial 365 del 21 de Julio de 1998 .

Es muy razonable que el artículo 515 haya considerado tales alternativas, en casos en los que, las personas menos pensadas, son sujetos activos de violación. La jurisprudencia estadounidense por ejemplo, debe tener muchos casos de condena a curas pederastas, que han violado a niños feligreses en sus congregaciones.

En casos de homosexualidad que constituyen violación, las sanciones, de una manera ilógica e incongruente son menos severas; las secuelas que dejan violaciones homosexuales a niños, son imborrables, por lo general de por vida, más aún si son cometidas por un familiar o personas del grupo primarios como lo son ascendientes en primer grado de consanguinidad. *“Cuando el homosexualismo se cometiere por el padre u otro ascendiente en la persona del hijo u otro descendiente, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años y privación de los derechos y prerrogativas que el Código Civil concede sobre la persona y bienes del hijo.”*

*Si ha sido cometido por ministros del culto, maestros de escuela, profesores de colegio o instituciones, en las personas confiadas a su dirección o cuidado, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años.”*¹⁷²

El menor de edad violado, tiene el riesgo de quedar psicológicamente afectado de por vida, tratamientos pueden llevarlo a paliar los efectos del trauma, pero nunca podrá olvidar las secuelas causadas por tan miserable acto, en especial si es cometido por un pariente cercano.

Podemos notar que existe una clara incongruencia en el texto de la Ley, específicamente entre los artículos 514 segundo inciso del Código Penal y el 516 primer inciso del mismo cuerpo normativo. Es inaceptable que el legislador cometa tal error y omita reformar el artículo 516, para poner en concordancia las penas establecidas por el 514.

Hablando un poco de derecho adjetivo penal, por regla general los procesos en el Ecuador son públicos, es decir, cualquier persona tiene libre acceso a su contenido y las audiencias efectuadas como trámite normal. Pero existe dos excepciones a la

¹⁷² Ídem, art. 516.

publicidad de los procesos penales: los referentes a la seguridad interna y externa del Estado, y los procesos de abuso sexual infantil.

Otro sujeto pasivo calificado en el delito de violación, es la persona privada de razón por motivo de enfermedad, en este caso específico, la Ley precautela a estas personas, porque se supone que no tienen la posibilidad de expresar su voluntad, es más, ésta está subordinada a la de su representante o curador.

La Ley es precavida, e intenta que la especie humana siga conservándose sin taras, y al considerar violación toda acción sexual sobre personas con enfermedades mentales, también lo hace, para evitar posibles embarazos de las víctimas de este delito, que pudieran desencadenar en nacimientos de gente con problemas mentales, trasmítidos hereditariamente. Ciertos trastornos mentales, convierten a quienes los padecen en personas negligentes; la Ley considera esta posibilidad y trata de evitar muertes de infantes por falta de cuidados esenciales.

Hay enfermedades como trastornos de personalidad bipolar, en el que, la persona que la sufre, tiene momentos largos de lucidez mental, cuando es debidamente controlada, y periodos demenciales que anulan temporalmente su consentimiento; en estos casos, se hablaría de violación por imposibilidad de expresar el consentimiento, únicamente cuando la víctima esté privada totalmente de la razón, por concurrir tal acontecimiento, eso no implica que el sujeto pasivo no pueda ser víctima en circunstancias de bienestar mental, sino que más bien, en esos casos podría concurrir otro tipo de violencia, como la intimidación, fuerza física, incluso el empleo de sustancias para anular su estado de conciencia.

Entonces, recalando, son sujetos pasivos calificados de delito de violación: los menores impúberes y las personas que, por enfermedad mental más que todo, se hallaren privadas del sentido.

4.5.3 EL HOMBRE COMO SUJETO PASIVO DE VIOLACIÓN

Es muy difícil encontrar doctrina sobre este punto específico, más aún, cuando muchos autores consideran que únicamente mujeres pueden ser víctimas de violencia sexual.

Es más, muchos cuerpos penales alrededor del mundo muestran esa faceta, es decir, que la mujer puede ser sujeto activo de violación, únicamente. Este es un tema extenso, podría incluso ser tratado en otra tesis doctoral, pero en el presente trabajo se hará un análisis breve, pero no menos profundo.

Fisiológicamente, el hombre tiene al igual que la mujer, cavidades anales y bucales, por lo que, fácilmente se le puede introducir objetos o el mismo miembro viril en contra de su voluntad, por dichas cavidades.

Si bien es cierto que, es más fácil encontrar casos de violación a niños varones, por que físicamente no tienen tal aptitud de defenderse frente de un ataque sexual de un adulto, y además, psicológicamente pueden ser intimidados, para no informar a nadie sobre estos hechos, por medios amenazadores; esto no quiere decir, que un adulto del sexo masculino no pueda ser agredido sexualmente.

Pero, pensar en que un hombre adulto normal en pleno uso de sus facultades mentales y físicas, pueda ser violado es mucho más difícil, ya que tendría los medios idóneos para repeler un acto de esa naturaleza; sería más dificultoso que un hombre pueda defenderse de un acto de tal naturaleza si se encuentra bajo el efecto de cualquier sustancia que inhiban o su voluntad o padezca de algún impedimento físico o emocional.

La violación a adultos hombres, que gocen de salud física, mental y emocional, en completo uso de sus facultades, requiere de mucho más violencia, ya que es más difícil llevarlo a doblegar su voluntad, más aún, si se trata de una violación con la presencia de homosexualismo, como ocurre en la mayoría de estos casos.

Fisiológicamente, es muy difícil que una mujer pueda violar a un hombre, exceptuando el caso que ésta le introduzca objetos vía anal. En el caso que una mujer quisiese a la fuerza que el hombre le introduzca su miembro viril, es necesario una erección de éste, y por lo general, se ha comprobado que los hombres cuando carecen de deseo sexual no tienen erecciones.

Es necesario considerar, que en este caso podrían darse violaciones de tipo oral, es decir que el sujeto activo, realice sexo oral a la víctima en contra de su voluntad, caso que la Ley no contempla, ya que solo habla de introducción del miembro viril u otro objeto vía bucal, más no señala la posibilidad de que el sujeto activo de la infracción, contra la voluntad del sujeto pasivo, y valiéndose de violencia real o presunta se introduzca el miembro viril en su cavidad bucal. Lo mismo puede ocurrir en el caso de que el sujeto pasivo sea mujer.

El machismo de nuestra sociedad, impide que de manera efectiva se conozcan estos casos, peor aún se busque, o sancione al o a los sujetos activos de la infracción. Son casos que, a criterio de algunas víctimas, se pueden manejar mejor en el secreto y en ciertas ocasiones tampoco se cree necesaria la presencia de un terapeuta sexual, que ayude a controlar el trauma generado por una violación de este tipo.

La víctima en términos generales, es decir, hombres y mujeres, pueden sufrir serios trastornos mentales, complejos, e incluso pueden generar patologías y desviaciones sexuales, que en todo caso, son más difíciles de tratar en casos en que el hombre es sujeto pasivo de violación. En niños, una causa de homosexualidad en edad adulta, es el hecho de que hayan sido abusados sexualmente, también es habitual el hecho que, violadores y asesinos en serie, hayan tenido como antecedente a sus conductas patológicas, una o varias violaciones en edad temprana.

En las cárceles de varones de nuestro país, es muy común escuchar historias de reos violados por sus compañeros de celda, y esto tal vez responde al hacinamiento, al aislamiento, a la falta de visitas conyugales e incluso a la falta de programas efectivos de rehabilitación.

El mismo Código Penal en el artículo 512, prevé la posibilidad de que un hombre sufra una violación, y de manera objetiva señala que el acceso carnal puede ser con persona de uno u otro sexo, lo que no ocurre en el caso del estupro en el que se requiere únicamente de mujer honesta para su configuración y ajuste dentro del tipo penal.

4.6 EL EXAMEN PERICIAL DE LA VÍCTIMA DE VIOLACIÓN.

Se ha escuchado en alguna ocasión, incluso en forma de broma, que el examen pericial de la víctima de violación, es la segunda violación, y esto se dice, por la condición psicológica y física en la que se encuentra la víctima de un acto atentatorio a la libertad sexual, también por la serie de exámenes y pruebas, incluso dolorosas y vergonzosas que se les practica a los sujetos pasivos de tan reprochable hecho.

El examen es un proceso regulado, que se sigue en los laboratorios médico-legales de la Policía Nacional, bajo los parámetros diseñados por el Ministerio Fiscal General y que, se encuentran en concordancia con lo establecido en el Código de Procedimiento Penal.

Hablando un poco de derecho adjetivo penal, es importante señalar, que el examen pericial a la víctima de violación, debidamente realizado, constituye prueba material dentro de un proceso judicial.

Al respecto de la prueba material, el Código de Procedimiento Penal, en el artículo 91 señala: “*La prueba material consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios o en los instrumentos con los que se la cometió todo lo cual debe ser recogido y conservado para ser presentado en la etapa del juicio y valorado por los tribunales penales.*”¹⁷³

Debido a que, en el examen pericial a la víctima de violación se pueden encontrar vestigios importantes sobre la infracción, el médico legista que lo practica debe ser muy cuidadoso y prolíjo.

El Dr. Luis Vásconez Suárez, médico ecuatoriano, diseñó un proceso que recoge las alternativas varias que pueden surgir después de una violación, armando así un esquema de examen pericial a la víctima de violación bastante completo y práctico, pero no menos molesto para una persona que haya sufrido un atentado contra su libertad sexual. Es interesante analizar este examen, debido a que, el médico legista puede tomarlo como referencia, lo que le servirá incluso, para preparar su informe, y

¹⁷³ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, R.O. 360, 13 de enero del 2000 , Art. 91

ajustarlo a las exigencias del Código de Procedimiento Penal, para el efecto, que se encuentran establecidas en el artículo 98.

“Examen médico legal: es conveniente tener presente lo siguiente:

- 1) *Que todos los detalles relevantes sean aportados por la persona reconocida;*
- 2) *Que todos los detalles sean informados por escrito, adjuntando fotografías, diagramas, etc.;*
- 3) *Que todas las muestras sean etiquetadas.*

El examen debe ser llevado a cabo en circunstancias apropiadas, es decir en un consultorio médico, con buena luz y con todo el equipo médico requerido (solicitar la presencia de la enfermera o auxiliar).

En el reconocimiento médico legal de los delitos sexuales no puede estar presente ningún Juez de Instrucción¹⁷⁴ o de Derecho, ni su secretario.

Orden del examen: nosotros sintetizamos así:

- a) *Interrogatorio de la víctima.*
- b) *Examen de la víctima.*
- c) *Potencial examen del autor.*

La historia clínica: es recomendable un diálogo clínico entre médico y paciente. Esto puede favorecer una mejor cooperación para el examen de áreas tan delicadas.

Se debe ser cuidadoso.

Preguntar elementos adicionales a la violación: ¿cuándo?, ¿quién o quienes?, ¿cómo?, ¿dónde?

¹⁷⁴ El actual Código de Procedimiento Penal no considera la existencia de los llamados Jueces de Instrucción, que eran los Intendentes de Policía, Comisarios Nacionales y Tenientes Políticos. Tampoco hace la distinción entre jueces de Derecho y de Instrucción. Actualmente se podría hablar de jueces penales o tribunales penales, dependiendo la etapa en la que se encuentre el proceso.

Cabe señalar que ni el Fiscal, ni su secretario, ni el Juez o miembro de algún Tribunal Penal, ni sus secretarios, podrán estar presentes en el examen pericial realizado a la víctima de violación, según lo establece el segundo inciso del Artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.

Este interrogatorio es valioso porque puede arrojar detalles sobre el agresor.

Examen de la víctima: el examen médico de la persona agraviada debe ser metódico y cuidadoso, analizando las siguientes regiones en este orden: región extragenital; región paragenital; y, región genital.

- a) *Región extragenital: examinar otras regiones como cabeza, tórax, abdomen y miembros superiores e inferiores. Buscar signos de actos de violencia como hematomas, excoriaciones, heridas, equimosis, mordeduras y demás huellas traumáticas.*
- b) *Región paragenital: es importante precisar lesiones de violencias en las manos, muslos, glúteos, etc.*
- c) *Región genital: el examen del área genital es particularmente importante.*

Recordar la anatomía de la región, y en especial el himen.

Así se describe morfológicamente tres formas:

- a) *Himen anular: reviste la forma de un diafragma. Orificio central irregular.*
- b) *Himen semilunar: tiene forma de semiluna de concavidad superior.*
- c) *Himen labiado o bilabiado: son dos valvas separadas por una hendidura media.*

Además hímenes de formas más raras como: himen franjeado; himen en carena; himen coroliforme; himen con brida o puente, etc.

En algún caso el himen podría no existir (agenesias del himen).

Debe tenerse mucho cuidado al examinar.

La mujer se debe encontrar en posición ginecológica:

La asistente nos puede ayudar a separar los labios de la vulva.

La zona genital examinarse, debe recibir buena iluminación. Se pide a la paciente que haga presión abdominal con el objeto de acercar hacia nosotros la región himeneal.

La maniobra del tacto rectal nos ayuda igualmente a proyectar hacia fuera la membrana.

Debe explorarse suavemente con el dedo el borde del orificio.

Distinguir entre un desgarro y una escotadura:

La escotadura no llega al borde de inserción de la membrana himeneal y además está recubierto por un tejido epitelial normal.

En cambio el desgarro o ruptura del himen llega hasta su borde de inserción, puede a su vez existir cuadro inflamatorio en los bordes, edema o hinchazón, o tejido cicatricial según el tiempo transcurrido.

Así mismo, maniobrando delicadamente con el o los dedos podremos certificar la dilatabilidad del himen.

En definitiva, debe buscarse la posible ruptura de la membrana en ciertos puntos débiles y anotar los desgarros localizados, situando las lesiones como las horas en la esfera del reloj. Así, se habla de desgarros en hora tres cuando se detecta desfloración hacia la derecha y al centro del himen.

No se debe olvidar practicar el test de embarazo cuando el tiempo que ha transcurrido del hecho a la fecha de reconocimiento son motivo de sospecha, por falta de menstruación o amenorrea.

Describir si existiera signos de infección vaginal, leucorrea, blenorragia, etc.

Siempre es necesario practicar toma de muestras para identificar espermatozoides que indican, en el caso de ser positivo, la existencia de relaciones sexuales recientes.

La prueba de fosfatasa ácida es conveniente practicarla en caso de azoospermia o simplemente para determinar presencia de líquido seminal presencia de líquido seminal en cualquier parte del organismo de la persona ofendida.

Revisar asimismo la estructuras de ano e indagar presencia de hematomas, desgarros o procesos hemorrágicos.”¹⁷⁵

Es muy importante señalar, que el Código de Procedimiento Penal establece que la víctima de violación, en caso de que fuere mujer, podrá exigir un perito de su mismo sexo, para que le realice el examen pericial. Al respecto, el inciso tercero del artículo 95 del Código de Procedimiento Penal ordena: “*El imputado o acusado, podrá designar un perito, mediante petición al Fiscal, sin que por tal motivo se retarde la práctica del reconocimiento. Si se tratare de exámenes corporales, la mujer a la cual deban practicárselos, podrá exigir que quienes actúan como peritos sean personas de su mismo sexo.*”¹⁷⁶

Puede darse el caso que la víctima de violación no concurra al Departamento de Medicina Legal, como comúnmente suele ocurrir, sino que acuda de manera rápida a alguna casa asistencial u hospitalaria; en ese caso, el mismo artículo 95 del Código de Procedimiento Penal en su quinto inciso manifiesta: “*Si hubiere peligro de destrucción de huellas o vestigios de cualquier naturaleza en las personas o en las cosas, los profesionales en medicina, enfermeros o dependientes del establecimiento de salud a donde hubiere concurrido la persona agraviada, tomarán las evidencias inmediatamente y las guardarán hasta que el Fiscal o la Policía Judicial dispongan que pasen al cuidado de peritos para su examen.*”¹⁷⁷

Es muy discutible esta disposición, en el sentido de que, el riesgo de alteraciones no intencionales en las evidencias es latente, debido a que pueden ser recogidas por personas no especializadas en el trato y manejo de las mismas, lo que pondría en peligro el valor probatorio de éstas en un proceso judicial, en virtud de lo que establece el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal.

¹⁷⁵ VÁSCONEZ LUIS, Medicina Legal, Ed. Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1983, Págs. 27–30.

¹⁷⁶ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, R.O. 360, 13 de enero del 2000, Art. 95.

¹⁷⁷ Ídem.

Una vez realizado el examen, en el laboratorio forense o en cualquier otro centro asistencial, existen otros puntos a considerarse, que son de vital importancia, más que todo en el campo probatorio, y avalan en este sentido la existencia de la llamada cadena de custodia de la evidencia, que evita en todo caso la manipulación antitécnica de evidencia, que incluso podría llevar al fracaso de procesos, a tenor de lo manifestado en el párrafo anterior. A propósito de esto, Oviedo manifiesta:

“Los rastros de sangre, semen y otros fluidos orgánicos, al igual que pelos, fibras y demás, deben ser recolectados muy cuidadosamente por parte del personal especializado que utilice equipo de protección correspondiente (guantes de goma, gorro, mascarilla, etc.) no solamente para no contaminarse, sino también para no contaminar las muestras recolectadas con pelos, vello de su propio cuerpo; con bacterias de su respiración o con pequeñas cantidades de saliva y secreciones producto de tos o el estornudo.”¹⁷⁸

En el dialogo paciente médico legista es necesario establecer si la víctima de violación es o no sexualmente activa, para evitar problemas de confusión entre su pareja y el agresor, en caso de que no fuesen la misma persona, ya que las muestras mal manejadas pueden arrojar resultados no esperados.

Las muestras en todo caso, deben ser tomadas de la siguiente manera:

“En todo delito de violación deben tomarse muestras por medio de barridos con aplicadores o torundas de las cavidades bucal, anal y vaginal. Si hay muestras frescas de sangre o semen, deben ser tomadas en igual forma mediante aplicadores o pipetas; y si son secas y se encuentran en forma de manchas en alfombras, pisos, muebles, botellas, vasos, etc., se procede a diluirlas en suero fisiológico o agua destilada estériles para poder recolectarlas con el aplicador o la pipeta.

Si los fluidos orgánicos se hallan en forma de manchas secas en ropa interior, sábanas, etc., se podrían enviar al laboratorio las prendas o solamente el trozo de tela que contiene las manchas, convenientemente recortado, empaquetado y rotulado.

¹⁷⁸ OVIEDO STALIN, Medicina Legal, Ed. UTPL, Loja, 1999, pág. 238.

En cuanto a pelos, velllos y otras fibras deben ser buscados sobre el cuerpo de la víctima, y si es posible, sobre el victimario, al igual que en sus vestidos y en el lugar de los hechos.

Las muestras del contenido de los espacios subungueales de la víctima (entre uñas y el pulpejo de los dedos) deben obtenerse mediante el raspado con un escalpelo fino. Pueden ser de gran utilidad por la presencia de sangre, piel o pilosidades del autor del atentado.

En el lugar de los hechos, también puede ser posible encontrar las armas utilizadas para la consumación del delito, así como sogas, cuerdas y látigos utilizados para inmovilizar a la víctima o realizar actos sádicos sobre ella, y residuos de drogas o alcohol.”¹⁷⁹

Respecto a la obtención de evidencia corporal del imputado de una infracción penal, el Código de Procedimiento Penal incluyó en el año 2000, una norma que es causa de mucha discusión y polémica. El artículo 82 de este cuerpo legal prohíbe la obtención de muestras o fluidos corporales de una persona, cuando ésta no consiente en ello. Así, el texto de este artículo manifiesta:

“Para la obtención de muestras de fluidos corporales y componentes orgánicos de una persona, se precisa de su consentimiento expreso, o del requerimiento del juez para que las proporcione, sin que pueda ser físicamente constreñida. Este requerimiento judicial procederá, a pedido del Fiscal, solamente si por la naturaleza y circunstancias de la infracción, tales elementos de prueba fueren indispensables para evitar la incriminación de un inocente o la impunidad del delito.”¹⁸⁰

Si bien es cierto que la norma arriba anotada, se ajusta claramente a los principios del debido proceso, para algunos no resulta ser más que un obstáculo para la aplicación del derecho y para la consecución de la justicia.

¹⁷⁹ Ídem, págs. 238-239.

¹⁸⁰ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, R.O. 360, 13 de enero del 2000, Art. 82.

En vista de que no se podría obtener muestras del o de los supuestos sujetos activos de una violación, sin su expreso consentimiento, resulta vital el reconocimiento pericial del lugar de los hechos y en su caso la reconstrucción de los hechos, con el propósito de obtener otras evidencias que ayuden al esclarecimiento del delito, a tenor de lo establecido en los artículos 92 y 112 del Código de Procedimiento Penal.

Una vez en el laboratorio, las muestras reciben su tratamiento y análisis; entre los principales constan: Marcadores enzimáticos; fosfatasa ácida; determinación de proteína P-30; coloración Gram; coloración de árbol de navidad; determinación de grupo ABO; piloscopía; análisis de semen y sangre; y la más actual, revolucionaria y efectiva en cuanto a la identificación de autores, la prueba de ADN.

CAPÍTULO 5

LA PRÁCTICA EN EL MANEJO DEL ABORTO Y LA VIOLACIÓN

5.1 EFICACIA DEL ABORTO COMO TIPO PENAL.

Eficacia, es definida por el diccionario de la Real Academia Española como la “*Capacidad de lograr el efecto que se desea o espera.*”¹⁸¹ En ese sentido, la Ley penal, tiene necesariamente que ser eficiente, y debe atender a las necesidades de una sociedad siempre en desarrollo. El orden social es cambiante, y aunque la legislación también debe serlo, no avanza conforme lo hace la misma sociedad, su proceso de transformación y adaptación, es mucho más lento.

La lentitud con la que avanza la Ley para acoplarse a las necesidades sociales, hace que ciertas normas vayan perdiendo eficiencia, es decir, no son capaces de lograr el efecto o el resultado que el legislador creyó oportuno, al momento de analizarla y aprobarla, para que forme parte del ordenamiento jurídico del Estado.

“*La eficiencia es un requisito vital, pues va implícitamente ligada a las cláusulas del proceso tradicional de la sociedad y a las cláusulas del nuevo proceso educativo, cultural, tecnológico, personal, científico y humano que debe procurar la comunidad. Va íntimamente vinculada a la prontitud, a la celeridad en el quehacer de los cometidos públicos y a la transparencia del hacer gubernativo.*”¹⁸²

Lo anotado arriba, nos invita a pensar que la Ley debe ser oportuna, de fácil aplicación, sin taras que impidan su normal desenvolvimiento. Una de las razones para que la Ley tenga su efecto hacia adelante, al futuro, a lo posterior, es el mismo hecho que ésta debe ser eficaz. Los conceptos de irretroactividad de la Ley se manejan en ese sentido; una Ley que sea introducida en la legislación, dejando sin efecto conquistas, victorias o derechos adquiridos con anterioridad, es una Ley injusta, y si regula hechos o actos que son cosas del pasado, es una Ley que carece de validez, en definitiva de total eficacia.

¹⁸¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, España, 2001, Tomo 4, pág. 586.

¹⁸² DROMI ROBERTO, Derecho Administrativo, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, pág. 42.

Pese a que en materia penal, la existencia de la Ley es indispensable para considerar la existencia de un delito, existen delitos, que guardan criterios ambiguos dentro de la misma Ley y son físicamente imposibles de aplicar, aún cuando su texto no haya sido expresa o tácitamente derogado en el Código Penal. El primer inciso del artículo 318 del Código Penal establece: “*Serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años y multa de dieciséis a ciento cincuenta y seis dólares de los estados Unidos de Norteamérica, los que falsificaren monedas de oro o plata que tengan curso legal en la República, o los que introdujeren, expidieren o pusieren en circulación tales monedas...*”¹⁸³

El artículo citado en el párrafo anterior es un claro ejemplo de una norma ineficaz, a pesar que no ha sido derogado, su aplicación es imposible, debido a que en el Ecuador ya no circulan monedas de oro o plata, y hace mucho tiempo que dejaron de hacerlo. Es más casi todo el Capítulo I del Título IV del Código Penal es ineficaz. También nos encontraremos con normas muy ineficaces en el Libro Tercero del Código, que hace referencia a las Contravenciones.

La difícil o imposible aplicación de normas penales, se debe de una manera inequívoca a la vetustez del Código Penal, y a la falta de responsabilidad del legislador en el análisis de normas y hechos que la sociedad misma exija que se incluyan o en su caso se deroguen en la Legislación.

En todo caso, la ineficacia de ciertas normas, ayuda a que la misma Ley se vuelva obsoleta en general. Al menos en estos tiempos en los que, los medios tecnológicos exigen por si mismo la inclusión de nuevas normas y la eliminación de muchas otras, es cuando la comisión legislativa pertinente debe estudiar, qué tipo de conductas deben seguir considerándose como delitos y qué otras no.

Existe otra circunstancia que nos permite un mejor análisis sobre el tema de la eficacia, y se refiere a los organismos de control. El Estado muchas veces obvia controlar el cumplimiento de una Ley, o su cabal y precisa aplicación. Por ejemplo, son considerados como delitos la suspensión de servicios públicos por parte de los

¹⁸³ CÓDIGO PENAL, R.O-S 147, 22 de Enero de 1971, art. 318 primer inciso, reformado por Ley 2002-75, publicado en el R.O. 635 del 7 de agosto del 2002.

funcionarios que están llamados por Ley a cumplir tales actividades; pese a esto, en nuestro país son constantes las medidas de hecho en el sector público: salud, educación, petróleos han paralizado sus actividades una y otra vez, perjudicando a los ciudadanos con la adopción de tales medidas.

Por haberse convertido en botín político la situación sindical en el país, cuatro o cinco irresponsables se toman atribuciones ilegales y extorsionan al gobierno de manera que afectan a los más caros intereses generales. En esos casos se ha visto una total inoperancia de organismos de control, debido a que, en ciertas ocasiones responden a oscuros intereses.

La última crisis energética que vivió el Ecuador en el 2003, cuando un grupo de inescrupulosos sindicalistas suspendieron el bombeo de combustible a través del poliducto transecuatoriano, poniendo con esta medida al país en zozobra durante dos semanas. Esta situación puso de manifiesto que ciertos órganos estatales son ineficaces y hacen de la legislación también un medio, que hasta cierto punto, carece de validez en el cumplimientos de sus objetivos primarios, atentado directamente contra el bien común general, que es en definitiva el fin supremo de la norma legal. La Fiscalía en ese caso debió iniciar directamente y de inmediato la etapa de instrucción fiscal en contra de estos funcionarios, por tratarse de delito de acción penal pública de instancia oficial, y por tener todos los indicios suficientes de la existencia del delito que son necesarios para obviar la indagación previa; pero de manera insólita, la Fiscalía esperó y esperó hasta que el Ministro de Energía y Minas hiciera la correspondiente denuncia.

Casos como éste, hacen de la Ley un mecanismo ineficaz en el control y en la regulación de la actividad humana en la sociedad. La justicia que tarda no es justicia, es un principio que se aplica muy bien cuando se habla de eficacia de la Ley; cuando extemporáneamente se trata de aplicar una norma penal, pueden ocurrir muchas cosas, que impiden su cumplimiento cabal y efectivo.

Entrando ya en materia del presente trabajo, y respondiendo a la inquietud de que si el aborto es o no eficaz, respecto a su consideración dentro del tipo penal, tenemos que tomar los puntos arriba anotados, es decir, si en primer lugar se ajusta a la

conveniencia social y, si en segundo lugar el Estado tiene un rápido y eficiente sistema de control y prevención sobre esta actividad delictiva.

La cuestión del aborto se ha convertido en un problema eminentemente social, que responde a muchos factores primarios, tales como una falta de educación sexual, sexualidad irresponsable, acceso inadecuado a métodos anticonceptivos, en fin, son muchas consideraciones que pueden tomarse en cuenta, al momento de hablar sobre esta realidad.

El aborto es latente en nuestra sociedad, y al margen de discusiones sobre si debe o no considerarse como delito, el Código Penal de una manera real, busca impedir que las mujeres en el Ecuador se arriesguen a eliminar el fruto de la concepción, y arriesguen sus propias vidas al hacerlo, por esta razón la Ley establece una sanción que, en cierta forma, busca ser concomitante con el hecho y el resultado, y pretende por otro lado amedrentar a mujeres que deseen terminar con sus embarazos.

En ese sentido la legislación es eficiente, ya que trata de regularizar un hecho constante y presente en la sociedad ecuatoriana; es decir, se ajusta a las necesidades sociales imperantes en el Ecuador.

El otro punto a analizarse es, que si el Estado como ente supremo en la actividad social del país, ejerce un control cabal y efectivo para prevenir y sancionar a esta actividad delictiva.

La casuística nos hace reflexionar sobre esta realidad, y se puede categóricamente señalar que en este caso, el aborto es ineficaz; es decir, es una actividad delictiva que en la mayoría de los casos queda en la impunidad.

La mayoría de abortos son consentidos por la mujer embarazada que se los realiza. En este sentido, al hablar de abortos sufridos, es lógica la consecuencia que la misma mujer que lo sufre denuncie al agresor que le provocó la expulsión del feto de su vientre. Pero los demás abortos, como los consentidos y los procurados, se mantienen en silencio, para evitar el reproche y la posible intervención de los organismos pertinentes.

Es muy difícil, si no imposible, encontrar jurisprudencia sobre el aborto, lo que nos lleva a manifestar que en relación a este punto el tipo penal es ineficiente. Además no existe un mecanismo idóneo para evitar que mujeres ecuatorianas prefieran otras alternativas en lugar de abortar. Planes efectivos de anticoncepción y educación sexual, idóneos sistemas de adopción, serían entre otras alternativas, una ayuda tendiente a evitar abortos. El Estado ecuatoriano, a través de los organismos pertinentes, no ha tomado cartas en el asunto de manera responsable, y al no incluirlo dentro de la carpeta de cosas importantes pendientes en el país, está coadyuvando a la proliferación de esta actividad delictiva.

Las últimas estadísticas, completas disponibles, sobre la actividad delictiva en el país son las del año 2003. El Departamento de Estadística de la Corte Suprema de Justicia, no tiene en las estadísticas globales de los delitos en contra de la vida cometidos en el país, ninguna denuncia que se haya presentado, sobre aborto, a nivel nacional en ese año. Lo mismo ocurrió en el año de 1997. La Policía Nacional, en el año anterior y como es obvio, por no existir denuncias al respecto, no ha registrado arrestos por aborto, tampoco lo ha hecho en el 2002.

Sin embargo, la realidad es otra y conocida por cierto. Miles de mujeres al año se practican abortos en el Ecuador y no se está hablando de abortos necesarios como lo son el eugenésico y el terapéutico, se está hablando de abortos ilegales, que constituyen delito. Los lugares donde se los práctica son clandestinos y responden a la furtividad de esta actividad.

En la práctica, el aborto, a pesar de la existencia del tipo penal, es ineficiente en cuanto a su aplicación y control. Sería conveniente crear mecanismos efectivos respecto al control de esta actividad, por que hasta ahora, la Ley se ha convertido en un medio de ocultamiento de una realidad latente, y talvez resulte como una medida parche para evitar manifestaciones de rechazo hacia esta actividad, o que grupos pro y contra abortos inicien una conflagración de ideas sobre este tema. Un análisis macro de la actividad estatal, a lo mejor, revele que es un tema de poca significancia en el quehacer nacional.

5.1.1 REALIDAD SOBRE EL TIPO Y SU RELACIÓN CON LOS DELITOS CONTRA LA VIDA.

Al hablar sobre la realidad del tipo, se lo está haciendo sobre la inferencia de que si el aborto, consagrado en la Ley penal ecuatoriana, guarda correlación entre su texto y la necesidad social imperante en el país.

La legislación penal vigente en el Ecuador establece tres clases básicas de aborto, como ya se estudió en el Capítulo 2, en el presente trabajo. Los abortos pueden ser: sufridos o causados, consentidos y procurados. Se debe advertir, que en las formas básicas de aborto, no se están considerando a los abortos honoris causa, agravados o realizados por un profesional de la salud y a los abortos necesarios como el terapéutico y eugenésico.

El aborto sufrido, es decir, el causado por una persona sin el consentimiento tácito o expreso de la mujer embarazada, debe ser siempre penado, y se lo hace en todas las legislaciones por obvias razones, es decir que se ajusta a las necesidades de la sociedad en cuanto a la existencia de norma expresa sobre este acontecimiento.

El aborto consentido y el procurado, que son abortos en los que el consentimiento de la mujer embarazada existe de por medio, no son en todas las legislaciones penalizados, pero en el Ecuador al considerarse delito el aborto en general, es conveniente, que se lo conceptualice como se lo hace en la Ley penal vigente.

Los abortos carentes de responsabilidad penal, específicamente los necesarios, que de una u otra manera velan por la salud de la madre, en el un caso, y, por la conservación de la especie en el otro, deben ser regulados, para evitar sorpresas y contratiempos, como lo hace la legislación penal en el Ecuador, pero además deben ser reglamentados para evitar que inescrupulosos especialistas en cualquier rama de la medicina, camuflen abortos ilegales señalando que eran necesarios para precautelar la vida y la salud de la mujer embarazada.

Pero, un aborto que más se ajusta a la realidad de las mujeres que desean perder el fruto de la concepción, es el aborto Honoris Causa, considerado como derivación del aborto consentido, en el que prima el honor y la honra de la mujer que se lo practica; es un aborto que tiene un trato especial, en virtud de que tiene una pena más benévolas; pero resulta singular un hecho que el legislador no ha tomado en cuenta, que la mayoría de abortos, tienen como una premisa práctica, una relación causal con el honor, con subjetividades.

En definitiva, el tipo penal que considera al aborto como una actividad delictiva, se ajusta a la realidad social imperante en el Ecuador, y, trata de una manera directa de considerar todas las circunstancias fácticas que puedan presentarse en la práctica. El hecho de no considerar al honor, como presente en todos los abortos, constituye un hecho que, más que atentar en contra del fondo del aborto mismo, atenta sobre todo a la forma, no es sustancial

Otro punto a considerar es, que si el aborto es en sí, un delito contra la vida o es otro tipo de delito, que afecta a otro bien jurídico protegido. En este caso se debe acudir a la filosofía y a los hechos que fueron analizados al principio de este trabajo; desde cuando se debe considerar vivo a un ser; cuándo está viva una persona.

La vida para unos, empieza el momento de la fusión óvulo-espermatozoide, para otros, luego del tercer mes de gestación, o el momento del nacimiento. Estos factores son esenciales, al momento de considerar al aborto como un delito contra la vida, o como un delito que atenta contra la familia o el matrimonio, o como delito que atenta en contra de la integridad de las mujeres embarazadas que merecen atención y cuidado, o simplemente sirven para legalizar al aborto.

El Código Civil considera persona al nacido, al que sobrevive después de separado del vientre de su madre, y en virtud de esta aseveración el aborto no debería ser considerado un delito contra la vida, a pesar que el mismo Código Civil y la Constitución manifiesten la obligación de cuidado al no nacido.

¿Pero en qué clase de delitos se debería incluir al aborto?, si se considera válida la apreciación hecha en el párrafo anterior. Es muy difícil ubicarlo y considerarlo dentro

de otro delito tipo, que no sea en contra de la vida. Tal vez pudiera constar como otro capítulo dentro del Título VI del Código Penal, aunque su vigencia pudiera empañarse hasta cierto punto.

Es correcto, a pesar que pueda crear divergencia de criterios y discusiones varías incluso entre normativa nacional como lo son el Código Civil y el Código Penal, el hecho que el legislador haya considerado al aborto como delito contra la vida de las personas, a pesar que el feto no es aún considerado persona. Y se hace este análisis por las condiciones de viabilidad del feto, por que una criatura que nace, puede en algún punto de su vida hacer algo o constituirse en alguien de relevancia para la vida y el futuro de la nación misma. Además es válida la apreciación de que los abortos sufridos, constituyen una agresión directa a la vida de la mujer embarazada.

Entonces es acertado, que se lo considere como un delito contra la vida, a pesar que el aborto, por las circunstancias ya analizadas es parcialmente ineficaz como delito, y al margen de las diferentes concepciones filosóficas y elucubrativas acerca de la vida que existan y puedan darse.

5.1.2 EL TRIBUNAL DE HONOR DEL COLEGIO MÉDICO DE PICHINCHA FRENTE AL ABORTO

El Colegio Médico de Pichincha, es una asociación gremial, que regula la actividad de profesional médica en la provincia. Es un órgano dependiente de la Federación Médica Ecuatoriana, institución encargada por la Ley para el control, direccionamiento, empadronamiento, entre otras funciones, de cualquier actividad relacionada con la medicina dentro del territorio nacional.

Ningún médico en el país, puede ejercer libremente su profesión, si no está registrado y matriculado como titulado, capaz de ejercer la medicina en algún Colegio Médico del país, adscrito obviamente a la Federación Médica Ecuatoriana.

El Colegio Médico de Pichincha, dentro de su organización, tiene al Tribunal de Honor, como organismo fundamental, encargado de conocer y tramitar denuncias sobre cuestiones esenciales, meramente profesionales en el ejercicio de la medicina, y

en su caso, sancionar a médicos que no cumplan con lo establecido en normas generales o específicas, que regulen la actividad médica, dentro de parámetros generalmente aceptados por sus miembros.

Como cuerpo colegiado, el Colegio Médico de Pichincha tiene su propia normativa, a demás que está amparado por la Legislación Ecuatoriana y normas internas emitidas por la Federación Médica Ecuatoriana. Una norma fundamental en el quehacer médico ecuatoriano es el Código de Ética Médica, aprobado por la X Asamblea Médica Nacional, realizada en Cuenca en el año de 1985. Este Código se ha reformado en virtud de los constantes avances de la ciencia médica en el mundo, y a las necesidades de una sociedad siempre pujante.

Una de las circunstancias por las que trabaja el Tribunal de Honor del Colegio Médico de Pichincha, que a continuación se denominará simplemente Tribunal de Honor, es para discutir y analizar transgresiones o violaciones al Código de Ética Médica, cometidas por médicos que ejerzan su profesión en el Ecuador independientemente de su nacionalidad, que hayan sido conocidas por denuncias realizadas a este cuerpo colegiado o por conocimiento de alguno de sus miembros. En todo caso está conformado por médicos y un abogado, que tiene el objetivo de analizar la legalidad de las resoluciones que se toman dentro del Tribunal de Honor. La legislación interna de la Federación Médica Ecuatoriana, del Colegio Médico y del Tribunal de Honor en ningún caso, podrán contradecir a ninguna Ley especial u ordinaria, peor a la Constitución de la República.

El Código de Ética, condena al aborto cuando no responde a ningún fin terapéutico o eugenésico, por cuanto lo considera como una total falta de ética profesional; así el artículo 103 y 104 de este cuerpo legal interno señalan:

“Art. 103.- Al médico le está terminantemente prohibido provocar el aborto al menos que haya necesidad absoluta de hacerlo para salvar la vida de la madre; en caso de enfermedades con alto riesgo hereditario, o cuando la madre haya sido expuesta,

dentro del primer trimestre del embarazo, a factores teratogénicos¹⁸⁴ científicamente comprobados; debiendo cumplirse los siguientes requisitos:

a) Con el consentimiento de la paciente, de su cónyuge o de su representante;

y,

b) La necesidad de la interrupción del embarazo, será certificada por una Junta Médica, uno de cuyos participantes, por lo menos, debe ser especializado en la afección motivo de la indicación.(...)

(...)Art. 104.- No debe practicarse el aborto terapéutico sino en un ambiente quirúrgico adecuado.”¹⁸⁵

Los médicos, reunidos en la X Asamblea de Medicina no sólo que consideraron antiético el hecho que alguno de sus colegas practique abortos cuando éstos no son necesarios, sino que además de condenar esta práctica la prohíben.

El médico que con fines de lucro y desconociendo las normas éticas comúnmente aceptadas por los médicos en el país, además de acarrear con la responsabilidad penal respectiva, puede perder definitivamente su matrícula profesional, impidiéndose de esta forma que continúe en el ejercicio de su profesión, esa decisión debe ser tomada por el Tribunal de Honor del Colegio Médico.

Ser abortero, es como ser un delincuente, debido a que la legislación penal condena esta práctica, resulta ser uno de los negocios más lucrativos. El carácter de ilegal hace que los médicos que realizan estos trabajos ganen miles de dólares.

En la práctica, eso es lo que sucede, y eso no se lo manifiesta ningún miembro del Tribunal de Honor. El Colegio Médico por ser un ente colegiado, conformado por médicos única y exclusivamente, vive un ambiente de camaradería y hasta cierto punto de espíritu de cuerpo. No siempre el espíritu de cuerpo es sano, a veces se convierte en

¹⁸⁴ Teratogénico hace relación a todos los factores que pudieran ocasionar malformaciones a nivel fetal. **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa, España, 2001, Tomo 10, pág. 1466.

¹⁸⁵ **CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA REFORMADO**, X Asamblea Médica Nacional, Cuenca, 1985.

alcahuetería, y es de este modo que no tratan de crear precedente y evitan juzgar de una manera rígida y cabal las inconductas de sus compañeros.

Se ha sabido de casos de médicos aborteros, que no tienen sanción alguna y si la tienen es muy leve y se remite a suspensiones temporales de la matrícula profesional, que incluso no pasan de un período de tres meses, exagerando.

La persona que conoce del cometimiento de una infracción penal, de acción pública de instancia oficial, como lo es el aborto, y no realiza la respectiva denuncia, puede considerarse civil y penalmente responsable por aquella omisión tan importante. El Tribunal de Honor, como ente colegiado y reglamentado, al momento de analizar casos de negligencia médica o procederes delictuosos de sus miembros, luego del proceso respectivo, debería por obligación moral y legal enviar los resultados de su investigación con la respectiva denuncia, a la Fiscalía. Hasta el momento, no se conoce de ningún caso en el que el Tribunal de Honor haya actuado de tal manera.

No es, en ningún caso, la intención del presente trabajo desestimar, a tan noble y digna profesión, únicamente se está desentrañando cuestiones lógicas en un sistema social, en el que existe un divorcio entre derecho y justicia.

En cuestión de principios, existen tres corrientes de médicos, los unos que con suficientes argumentos señalan que nunca se debería despenalizar el aborto, por ninguna circunstancia, así sea por delito de violación; señalan que únicamente deberían existir los abortos necesarios. Otros en cambio están de acuerdo en la legalización de ésta práctica en ciertos casos o en general dependiendo de las corrientes doctrinario-filosóficas a las que se deban, siempre y cuando se tomen medidas correlativas, paralelas, para paliar sus efectos; esta corriente también tiene muy buenos argumentos, y algunos son científicos y nacen del estudio actual del genoma humano y de la sicología del hijo no querido. Por último existen los que practican eventualmente abortos, al margen de la Ley, delinquiendo; obviamente que ellos están de acuerdo con una despenalización total, ya que convertiría su negocio ilícito en una actividad totalmente legal, que no requiere ocultarse, pero al mismo tiempo deben lamentarse, porque los costos de sus servicios bajarían notablemente.

Las ideas y pensamientos, no constituyen delito en materia penal, la investigación tampoco; las acciones si. Mientras en el Ecuador se siga considerando al aborto como delito, los médicos aborteros seguirán siendo delincuentes y merecerán sanción; mientras tanto, médicos que investigan, estudian o incluso tienen ideas de despenalización, no son responsables mientras no materialicen tales ideas. Ojalá el Colegio Médico a través del Tribunal de Honor tome cartas al respecto.

5.1.3 EL ANTECEDENTE DEL ABORTO EUGENÉSICO

Como ya se analizó en el capítulo anterior, debido a que es un sujeto pasivo calificado la persona que tiene un trastorno mental, constituirá la cópula carnal con esta persona, en todos los casos y sin excepción alguna, violación. En el caso que se trate de un trastorno temporal, la cópula carnal para que constituya violación debe ser efectuada en tiempos en que la persona se vea afectada por tal trastorno.

Cuando la persona que sufre el trastorno mental es mujer, y no tiene ningún problema fisiológico a nivel de sus órganos genitales u hormonal concomitante o ajeno a su enfermedad, tiene el mismo riesgo de embarazo que una mujer normal. En pocas palabras, una mujer con trastorno mental que haya sido violada, puede quedar embarazada y la Ley prevé esta condición.

El embarazo de una mujer con trastorno mental, no sólo puede ser difícil en el sentido que pudiera en ciertos casos, presentar complicaciones, sino que es riesgoso para la normal evolución de la especie humana; la Ley considera, como ocurre, que existen enfermedades mentales hereditarias, es por esta razón y para evitar taras, que la Ley considera legal un aborto practicado a una mujer alienada mentalmente, cuyo embarazo se produjo por una violación, siempre que lo realice un médico, con el consentimiento del representante legal de la mujer y se presenten los informes respectivos, según lo reza el numeral segundo del artículo 447 del Código Penal.

Entonces, el aborto por causa de violación, es permitido en el Ecuador, o sea es eximiente de responsabilidad penal, única y exclusivamente, si la víctima de violación es mujer idiota o demente como lo manifiesta la misma Ley. Constituye un

antedecedente válido, dentro del planteamiento del problema en el presente trabajo, y ayudará por cierto a emitir las conclusiones respectivas.

Pero puede darse un razonamiento lógico en este sentido. La ciencia médica ha avanzado de tal manera, que se puede conocer si un feto tendrá o no problemas mentales severos, al momento de nacer, eso es posible gracias a mecanismos de ecografía tridimensional, existentes desde hace mucho tiempo en el Ecuador. La madre sin ningún problema mental, que haya resultado embarazada por una relación sexual lícita, es decir, no por violación, y tiene conocimiento que la criatura al momento de nacer va a padecer de graves problemas de salud, ¿puede realizarse un aborto eugenésico?; la respuesta es no.

La Ley penal en este caso es categórica y taxativa, es decir, no admite opción. Los únicos abortos eximentes de responsabilidad penal son: el terapéutico, es decir, cuando el embarazo es muy riesgoso para la vida de la mujer embarazada y el eugenésico permitido única y exclusivamente para mujeres alienadas mentalmente, con trastornos severos. La Ley al mismo tiempo que trata de impedir tramas en la especie, precautela también el hecho que una mujer alienada no puede dar el suficiente cuidado a una criatura, muchas personas alienadas mentalmente, en ciertas ocasiones no pueden cuidarse por sí mismas; en este sentido, se correría un riesgo de muerte súbita, por falta de cuidado, en el caso que a esta mujer no se le hubiera practicado un aborto; en definitiva, sería una crueldad. Pero la mujer normal embarazada de una criatura con problemas físicos o mentales severos, podría cuidar debidamente al bebé si naciera vivo; no obstante que muchos consideran también una crueldad, traer un niño al mundo con serios problemas de salud. En este caso debería considerarse también como eximiente de responsabilidad esta realidad, que en algunos casos es previsible y evitaría sufrimientos posteriores a parejas y matrimonios.

5.2 LA ADMINISTRACIÓN DE LA “PAE” A VÍCTIMAS DE VIOLACIÓN EN EL DEPARTAMENTO MÉDICO-LEGAL DE LA POLICÍA NACIONAL.

PAE, son las siglas que hacen referencia a la Píldora Anticonceptiva de Emergencia, como es conocida en el Ecuador la píldora del día después, haciendo relación al día posterior al de las relaciones sexuales con riesgo de embarazo.

Luego de presentada una denuncia de violación ante el Ministerio Fiscal, o ante la Policía Judicial, el fiscal o la persona que recibe dicha denuncia envía a la agraviada con un oficio dirigido al Director del Departamento de Medicina Legal, para que se le practique el reconocimiento pericial, como víctima de un delito. El reconocimiento como víctima de violación se lo hará según los parámetros indicados en el Capítulo anterior de este trabajo.

El perito médico legal, luego de asegurarse de que la relación sexual lesiva tiene o no riesgo de embarazo, le provee, al sujeto pasivo, la píldora anticonceptiva de emergencia, previo su consentimiento. En el caso de menores de edad es indispensable el consentimiento de sus padres o representantes legales.

El perito médico legal, pese a tener la certeza numérica de que la víctima de violación quede o no embarazada, para evitar riesgos como el latente en la mujer con periodo menstrual irregular, puede proveer en cualquiera de las dos circunstancias la PAE siempre con el consentimiento del sujeto pasivo de la violación.

Además el médico legal tiene la obligación ética de informar acerca de las bondades, perjuicios y síntomas que la PAE puede acarrearle. El consentimiento se justifica ya que no todas las mujeres violadas concuerdan con evitar la concepción, porque como recordaremos, existen muchas violaciones dentro del seno familiar, y en específico dentro del seno del matrimonio; otra circunstancia por la que es necesario el consentimiento del sujeto pasivo de la violación se aclarará a continuación.

5.2.1 LA “PAE” COMO MÉTODO ABORTIVO.

Al hablar de píldora anticonceptiva de emergencia, nos podemos imaginar que hablamos de una sola pastilla, que se ingiere de una sola vez. Pues no es así, al hablar de la PAE, nos estamos refiriendo a varias pastillas, ocho para ser específico, es decir, lo que se llama una carga farmacológica. La ingesta de esta dosis debe dividirse en dos, o sea, cuatro en un primer momento y, cuatro más, después de ocho horas de la primera ingesta; en el caso de existir vómito después de la primera hora de la ingesta, se debe repetir la toma, si el vómito es después de una hora no existe inconveniente y no es necesario repetirla.

La PAE puede suplirse con la ingesta de cualquier píldora anticonceptiva en dosis elevadas, es decir ocho píldoras. Los nombres comerciales son MICROGINON, MARVELON, MERCILON, etc., según la casa comercial de donde provengan.

La información publicitaria que señala que es la píldora del día posterior es falsa, las píldoras pueden tomarse hasta 72 horas después de la relación sexual riesgosa; siendo el efecto el mismo. Es un método seguro aceptado por la Organización Panamericana de la Salud, por la Federación Médica Ecuatoriana, y es utilizada también en centros y fundaciones dedicadas a la planificación familiar y al cuidado de adolescentes, que mantienen habitualmente relaciones sexuales sin protección.

Ya entrando al tema de discusión, existen conceptos divididos en relación a que, si este método resulta o no un método de anticoncepción tardía, o es más bien, un método que causa abortos tempranos, específicamente dentro de los tres días posteriores a la relación sexual dudosa, es decir, que podría causar un embarazo.

Muchos médicos, con bastantes argumentos a favor, entre los que se encuentra la misma Organización Panamericana de la Salud, manifiestan que no es método abortivo, en virtud que impide la fecundación del óvulo por parte del espermatozoide; es decir, que vuelve a la vagina, un medio hostil para el espermatozoide, matándolo e impidiendo que llegue al óvulo.

Recordando lo investigado en el Capítulo 4, específicamente en el punto relacionado con el riesgo de embarazo en un acto atentatorio a la libertad sexual, es importante recalcar que el espermatozoide puede demorarse hasta 72 horas en fecundar el óvulo. Este argumento es vital para quienes consideran que la PAE es un método de abortos tempranos.

Puede a menudo darse el caso, que una mujer tome las píldoras anticonceptivas de emergencia después de 72 horas de haber tenido la relación sexual y el espermatozoide ya haya fecundado al óvulo, este es un punto digno de análisis, que nos manifiesta que en ese caso la PAE es un método abortivo temprano. En ocasiones, cuando el óvulo ya ha sido fecundado, la PAE impide la implantación del óvulo fecundado o cigoto en el endometrio, es decir, en el interior del útero, provocando su expulsión, ayudado muchas veces de sangrado vaginal, parecido al de la menstruación o en ciertas ocasiones con mucosidad viscosa.

A pesar de que pudieran provocarse abortos espontáneos tempranos, las estadísticas señalan que esos son los efectos más graves de las PAE, siendo la regla general, evitar la unión entre espermatozoide y óvulo.

A pesar del conocimiento que sobre estos hechos que tiene el Departamento de Medicina Legal de la Policía Nacional, se prefiere proveer de las Píldoras. En el caso de que no se lo hiciera por parte de este organismo, las píldoras anticonceptivas que proporcionan los mismos efectos que las PAE tomadas en cargas, son de venta libre en las farmacias y droguerías alrededor del territorio nacional; además centros de planificación familiar los proporcionan, como un método de impedir embarazos no deseados.

En todo caso, es necesario el consentimiento de las víctimas de violación, para proveerles las PAE, debido a que pueden existir personas que por otras circunstancias, como religión, convicción personal u otros, no pueden o no desean tomarlas. En todo caso son un medio efectivo, para tratar de remediar un mal grave y doloroso realizado por un sujeto o sujetos inescrupulosos.

5.3 LA MADRE Y EL DERECHO A ELEGIR SOBRE SU CUERPO

Muchos grupos, en especial feministas, aseguran que la mujer embarazada tiene derecho a decidir sobre el destino de la criatura que lleva en sus entrañas, de la misma manera, como si decidiese sobre un cambio en su cuerpo. Las cosas no son tan sencillas para otros, que consideran que la mujer puede decidir el destino de una criatura en virtud de que si podrá o no darle lo suficiente para subsistir en dignas condiciones.

Incluso como se analizará en el próximo capítulo, estas concepciones de ciertos grupos humanos, han alimentado políticas estatales tendientes a despenalizar el aborto. Cuba por ejemplo lo ha hecho en virtud que el Estado no puede brindar un ambiente lo suficientemente apropiado para la crianza de niños; Holanda en cambio lo ha hecho en virtud de que es la mujer embarazada la que debe decidir que camino toma para ella y la criatura que crece en sus entrañas.

Pero al margen de cuestiones grupales y clasistas de ciertos sectores de la sociedad, se debe analizar la lógica y las circunstancias de fondo de dichas aseveraciones.

Es en realidad el feto, parte del cuerpo de su madre o de la mujer que lo ha gestado, o es un ser independiente, que tiene sus propios derechos. Esta duda se tratará de despejar, en virtud del siguiente análisis.

En primer lugar, existen corrientes filosóficas que ya fueron analizadas en los primeros capítulos, que manifiestan que la vida empieza el momento mismo en el que el espermatozoide se une con el óvulo. Es entonces, en virtud de esta concepción, que se podría manejar la hipótesis de que la vida del feto es relativamente independiente y la mujer embarazada que lo está gestando no sería más que un medio para traer esa vida al mundo, es así que no podría topársela o interferirla, como si se tratase de su cuerpo. Juristas como Carrara incluso, desafían a quienes manifiesten que el feto no es vida, y la forma de comprobarlo es viéndolo crecer todos los días.

Otros, en especial la Iglesia, señalan que al embrión el alma le llega luego de cierto tiempo de gestación. En ese caso, al feto se lo consideraría vida, desde el momento en

el que el alma le llega o entra en el embrión. Es muy refutable esta concepción, pero no deja de ser válida. En este caso, el embrión sin alma vendría a ser una parte más del cuerpo de la madre y en virtud de esto, ella podría decidir su destino mientras no le llegue el alma.

Para von Ihering y Merkel, el feto no es más que una víscera de la mujer embarazada, en virtud de esto, se justificaría lo que grupos feministas aseguran, previas disculpas por la expresión, en relación a que la mujer embarazada puede hacer con su cuerpo lo que le plazca.

Si analizamos las legislaciones que han despenalizado al aborto, podemos advertir que la mayoría lo ha hecho con una condición: que los abortos sean practicados antes de las doce semanas de gestación, es decir, hasta cuando el feto se encuentra en fase embrionaria.

Lo anotado párrafo arriba no es sacado de los cabellos, todo lo contrario. Ciertas legislaciones han hecho un análisis de la vida intrauterina y de la viabilidad del feto y del embrión para legalizar el aborto.

El feto en si, no es viable por si mismo antes de los seis meses de gestación. La ciencia médica ha comprobado una y otra vez, que los fetos nacidos prematuramente después de cumplidos los seis meses de gestación, pueden sobrevivir fuera del vientre de su madre, aunque lo hagan gracias a mecanismos tales como incubadoras u otros. Han existido casos excepcionales en que los fetos sobreviven antes de este tiempo, en todo caso quedan en los anales de la medicina.

Otra circunstancia de relevante importancia, es el hecho que los órganos del feto en el período embrionario, es decir hasta la décima semana de gestación, no están completamente formados, son primitivos. Recién adquiere forma humana en el día 63, pero es en el día 70, el último de la fase embrionaria, cuando ya tiene claramente la forma de un humano, su sistema nervioso central, su corazón, su aparato genital ya están formados al igual que su sistema óseo. Desde la décima semana el feto ya se hace sentir, ya demuestra su vida con patadas y golpes percibidos claramente por su madre y al tacto de otra persona, cuando posa su mano en el vientre de la mujer embarazada.

Cuando el embrión aún no tiene conformado el sistema nervioso central, y es expulsado del vientre materno, señalan ciertos estudios, que no padece de dolor por maniobras abortivas, cabe señalar que estos estudios no han sido comprobados científicamente, por lo que no son aceptados generalmente en la ciencia médica. Pero a partir del día veintidós que es muy importante, empieza a latir su corazón y se fusionan los pliegues neurales, su sistema nervioso central. A partir de ese día el embrión podría percibir dolor.

Estas premisas han servido para crear algunas legislaciones penales que han legalizado el aborto. Se analiza en primer lugar, la viabilidad del feto fuera del vientre materno. El feto no puede sobrevivir en un medio hostil, es decir, fuera del vientre de su madre antes de los seis meses de gestación. Esta primera premisa ayuda a desechar la posibilidad de abortos tardíos, o sea del sexto mes en adelante. Según este hecho la madre podría disponer la vida del feto como si se tratase de su cuerpo hasta el sexto mes de embarazo.

La segunda premisa es, la que nos indica el momento en el cual el embrión puede eventualmente sentir dolor. Se trata de evitar el sufrimiento del mismo y se procura que los abortos, sean realizados con el menor sufrimiento posible para el mismo embrión. Según esto, la madre podría disponer del embrión hasta la cuarta semana de gestación; primer mes.

Se ha tratado de conciliar, en el sentido que el feto puede ser dispuesto por su madre, en legislaciones que han legalizado el aborto hasta la décima segunda semana, se ha considerado éste un lapso razonable entre las legislaciones que no condenan al aborto.

A partir de la décima semana, la cosa se vuelve mucho más difícil debido a que, cuando el feto empieza a demostrar su vida con patadas, movimientos raros y manotazos, se refuerza también un proceso emocional que sensibiliza a la madre y crea un lazo de amor. Muchas empiezan a darse cuenta que no son más que un vehículo generar una vida, para traer una persona al mundo. Cada movimiento del feto, apuntala este fenómeno psicológico en el que se compenetran él y su madre, lo que dificulta el

hecho que ésta considere como ajena la vida que crece en sus entrañas, pero al mismo tiempo, se evita por parte de la madre, el causar daño a esta vida.

Con todos los antecedentes señalados en este punto, es el lector quien debe formar sus propias conclusiones, al mismo tiempo que debe preguntarse: ¿es o no la madre hábil para decidir sobre el destino de una criatura que crece todos los días en su vientre?; ¿es parte de su cuerpo o constituye otra vida?.

CAPÍTULO 6

LEGISLACIÓN COMPARADA

Una de las ramas del Derecho, de gran importancia por su valor didáctico, es el Derecho Comparado. Haciendo un estudio comparativo, podemos analizar las falencias, bondades y vacíos de las diversas legislaciones comparadas, una respecto de la otra u otras. Es necesario, entre personas que de una u otra manera ejerzan el derecho, que realicen análisis comparativos, entre leyes internas, entre leyes extranjeras con internas y entre leyes extranjeras entre sí, con el fin de sacar conclusiones, y formarse una idea objetiva de los diversos tipos de legislaciones.

Una corriente del Derecho Comparado, lo conceptualiza como la “...*aplicación del método comparativo al estudio del Derecho.*”¹⁸⁶

El Derecho Comparado, al ser un derecho extraterritorial, no se presenta dentro de límites geográficos, ni avoca cuestiones de soberanía, puede ser objeto de estudio a nivel general.

Pese a que el Derecho Comparado como disciplina jurídica, tiene su objeto indeterminado, en el presente trabajo, entra con el principal objetivo de la apreciación directa de otras legislaciones respecto al aborto, y a su relación en casos de violación, con el fin de dar al lector una idea general, para que éste se forme sus propias conclusiones, basado en los antecedentes propios de nuestra legislación, o tomando para sí las consideraciones de legislaciones extranjeras que pueden estar mejor estructuradas.

Con este pequeño repaso sobre los antecedentes generales del Derecho Comparado, pasamos al estudio de siete legislaciones penales, y su referencia al aborto y a la violación; cabe mencionar que su análisis parte de una breve síntesis de los aspectos importantes de cada uno de ellos, aclarando que se encuentran en un orden no específico, y que no buscan un patrón en concreto para su estudio.

¹⁸⁶ **FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA PEDRO**, Estudios de Derecho Comparado, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2001, Segunda Edición, pág. 10.

6.1 CHILE

El país más austral del lado de la cuenca del Pacífico en Sudamérica. Sus límites naturales son: al Norte con Perú; al Sur con el Estrecho de Magallanes; al Este con Argentina y Bolivia, separados naturalmente por la Cordillera de los Andes; y, al Oeste con el Océano Pacífico.

Su larga geografía, lo ha convertido en uno de los países con la mayor extensión litoral, lo que ha permitido un gran avance en cuestiones pesqueras, ictiológicas y en general marítimas. Otra industria de gran adelanto es la minera, llevando a este país a posicionarse en el primer lugar en producción y exportación de cobre.

Con aproximadamente 18 millones de habitantes, es uno de los ejemplos de desarrollo para los países de la región, además es meritorio señalar la estabilidad política y económica en la que vive, que ha llevado al progreso social y humano de sus habitantes.

Uno de los acontecimientos que marcó a la historia chilena en el Siglo XX, fue una de las dictaduras más atroces que haya vivido el Continente. Augusto Pinochet Ugarte, Comandante General del Ejército Chileno, derrocó al gobierno de extrema izquierda del médico Salvador Allende el 11 de Septiembre de 1973. La muerte de Allende, ese mismo día en el Palacio de la Moneda, marcó el inicio de un proceso que duró 17 años, en el que el respeto a los básicos derechos de las personas se vio directamente vulnerado. Miles de desaparecidos, detenidos políticos, exiliados marcaron los primeros años de dictadura; un silencio profundo de personalidades y medios de prensa coadyuvaron al fortalecimiento del régimen.

Pero no todo es malo, mucha gente manifiesta que la estabilidad chilena se debe en parte a la gestión de Pinochet al frente del gobierno, otros señalan que fue una época nefasta para Chile, en especial para la democracia y el desarrollo de los Derechos Humanos.

Actualmente, la bonanza económica y los niveles de desarrollo humano, han llevado a Chile a una “*desamericanización*”, como denomina Antonio Scarmetta al proceso en

el que este país, mira como sus mejores aliados a los tigres asiáticos, a los Estados Unidos y a Europa, desconociendo hasta cierto punto sus orígenes y a sus países hermanos sudamericanos.

Una de las más interesantes cuestiones sociológicas que vive la sociedad chilena, es el destape. Luego de 17 años de dictadura, en los que la sociedad chilena vivía sumida en el silencio y en el orden absoluto, la juventud chilena en especial, vive por estos días un proceso en el que el desconocimiento de las normas básicas de conductas empiezan a ser cosa de todos los días; muchos señalan que el joven chileno promedio, está coadyuvando a la descomposición de su sociedad, por vivir en una sensación de libertinaje, lo que contrasta con el conservadorismo de las personas de mayor edad.

Pero entrando ya en materia jurídica, podemos decir, que Chile es pionero. El Derecho Civil es, a nivel sudamericano uno de los mejores a pesar de su antigüedad; si recordamos la legislación civil ecuatoriana es una réplica casi exacta de la chilena. En general, Chile puede jactarse de tener uno de los sistemas jurídicos más interesantes y organizados del hemisferio, y un sistema de justicia fuerte y limpio, que ha ayudado al ingreso de capitales foráneos por la presencia de reglas claras y que incentivan la producción y la inversión.

6.1.1 LA EXISTENCIA DEL TIPO PENAL DEL ABORTO.

En la legislación penal chilena, se castiga al aborto de similar manera que lo hace la legislación ecuatoriana. Lo referente al aborto se encuentra en el título VII del Código Penal Chileno, de “*Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública.*”¹⁸⁷ Si bien es cierto que el aborto afecta directamente al núcleo familiar, encontramos aquí la primera diferencia con el tipo señalado en la Legislación Penal ecuatoriana, que considera al aborto como una agresión en contra de la vida de las personas.

El aborto, se encuentra establecido en la legislación chilena desde el artículo 342 hasta el 345 del Código Penal.

¹⁸⁷ CÓDIGO PENAL CHILENO, Edición Oficial.

6.1.2 CARACTERISTICAS DEL TIPO.

Existe en la legislación penal chilena cuatro clases básicas de aborto: los abortos consentidos, procurados y sufridos o causados, además de otras formas como el aborto preterintencional, el honoris causa y el causado por un facultativo.

El artículo 342 del Código penal Chileno hace referencia directa al aborto causado y consentido; señalando lo siguiente:

“El que maliciosamente causare un aborto será castigado:

1. *Con la pena de presidio mayor en su grado mínimo, si ejerciere violencia en la persona de la mujer embarazada.*
2. *Con la de presidio menor en su grado máximo, si, aunque no la ejerza, obrare sin consentimiento de la mujer.*
3. *Con la presidio menor en su grado medio, si la mujer consintiere.”*¹⁸⁸

Las penas, resultan extrañas para quienes ejercemos el derecho en el Ecuador. Existe una escala general de penas para crímenes, en las que las penas de presidio mayor en su grado máximo van de los quince años y un día, hasta los veinte años; las de presidio menor en su grado máximo va desde los tres años y un día a cinco años; y, la de presidio menor en su grado medio desde los quinientos cuarenta y un días a tres años.

En el primer caso del artículo 342, podemos observar claramente que la pena impuesta es muy superior a la pena impuesta en el aborto causado con violencia en el Ecuador. La Ley chilena en este caso señala la existencia de la violencia en primer lugar, del no consentimiento en segundo lugar y por último del hecho que la misma mujer consintiere el aborto.

Cuando el embarazo de la mujer es notorio, y a pesar de su estado otra personas le causa violencias que le provocan un aborto, la legislación chilena habla de aborto preterintencional, es decir un dolo de causar daño físico, más no de provocar la expulsión del feto del claustro materno. Se encuentra regulado en el artículo 343 del

¹⁸⁸ Idem

Código Penal chileno y es castigado con presidio menor en sus grados mínimos a medio, es decir, con una pena que va desde los sesenta y un días hasta los tres años. En este caso de preterintencionalidad la legislación ecuatoriana establece una pena de seis meses a dos años de prisión.

El artículo 344 nos vuelve hablar del aborto consentido, pero lo mezcla con el aborto procurado, es decir el que se lo practica o efectúa la misma mujer embarazada con sus propios medios. En estos casos la pena será de presidio menor en su grado máximo, es decir de tres a cinco años, hecho que guarda relación o similitud con la legislación ecuatoriana.

Por último cuando el aborto es causado por un facultativo, las penas serán aumentadas en un grado, en los casos del artículo 342 anotado líneas arriba. Es decir si hablamos de presidio mayor en su grado mínimo la pena se aumenta a presidio mayor en su grado medio, o sea de diez años un día a quince años. Lo señalado está establecido en el artículo 345 del Código Penal chileno, que habla únicamente del facultativo, y no lo singulariza y aunque se entiende que se trata de un profesional de la salud, difiere de la legislación ecuatoriana en el sentido que ésta hace referencia al médico, al tocólogo, etc.

Resulta muy válida la apreciación siguiente. La legislación chilena no hace ninguna referencia al aborto eugenésico ni al terapéutico como la legislación ecuatoriana.

Si recordamos el aborto eugenésico, es el practicado sobre personas que se hallan en un estado de enfermedad mental, y se lo hace para precautelar la especie humana, en el sentido de que se pretende evitar taras. Un punto importante a repasar es el hecho que, para que exista un aborto eugenésico, es necesario la preexistencia de una violación; por lo que, la legislación chilena omite totalmente la particularidad o el antecedente de que, en ciertos casos pueda permitirse abortos por casos de violación aunque sea en situaciones extremas. No obstante, que es considerada *violación* “... *Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aún transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.*”¹⁸⁹

¹⁸⁹ Idem, art. 363, num. 1

Un problema grave de la legislación chilena, es el no considerar el aborto terapéutico dentro del texto del Código Penal. El aborto terapéutico es un medio humano de protección a mujeres que tienen problemas en el embarazo y que sufren un riesgo en su vida misma. La no existencia de ley expresa equivale a la inexistencia del delito, por ese lado, se puede señalar que el aborto terapéutico, al igual que en la legislación ecuatoriana, no es considerado delito pero, la ley al no hacer referencia alguna corre el riesgo de que, de manera dolosa se oculten abortos, causados so pretexto de no existir una norma al respecto. Si bien es cierto que en estos casos, se necesitan de informes médicos, también es cierto que éstos pueden ser adulterados. Otro riesgo que se corre es que algunos médicos puedan dejar morir a mujeres embarazadas, con abortos naturales inminentes, por el hecho mismo de que existe una norma que sanciona a los facultativos que causaren abortos.

6.2 URUGUAY

La República Oriental de Uruguay, ubicada en la cuenca del Atlántico, después de Surinam es el país independiente más pequeño de América del Sur. Sus límites son: al Norte y Noreste con Brasil, al Este y Sudeste con el Océano Atlántico, al Sur con el Río de la Plata, y al Oeste con la República Argentina. Su capital es Montevideo.

Uruguay es un país relativamente pequeño. Tiene una superficie de 176220 Km. Cuadrados, es decir cien mil kilómetros cuadrados menos que el Ecuador. En 1996, fecha del último censo realizado en Uruguay, su población no sobrepasaba a los tres millones y medio de habitantes. Pese a que las cifras son muy distintas a las ecuatorianas, Uruguay tiene una posición geográfica muy alentadora. Ser vecino de Brasil y Argentina ha ayudado mucho a este país.

Uruguay, al igual que sus vecinos y Paraguay es miembro del MERCOSUR (Mercado del Cono Sur). Es un acuerdo de integración, que se encuentra en la fase de Mercado Común, es decir, liberación total o parcial de políticas arancelarias entre los miembros del tratado, y políticas comunes, que tienden a estructurar un bloque capaz de competir con los demás países de la región y del mundo; el Mercado Común es la antesala de la Comunidad Económica. Es por esto que al ser Uruguay vecino de los dos países más

grandes de la región y del MERCOSUR, debió mejorar sus métodos productivos y ser más eficiente, para poder estar en armonía con los otros países miembros del acuerdo.

En general Uruguay es un país agro exportador por tradición, aunque ha debido tecnificar su industria y entrar al plano de los servicios para poder ser más competitivo.

Se dice que los futuros miembros de este tratado de libre comercio podrían ser Chile y Bolivia.

Uruguay es muy diverso y al igual que Argentina y Brasil ha recibido mucha migración, haciendo de su sociedad un mosaico de orígenes muy rico. Un dato importante, que permitirá desenfundar lo relativo a la sociedad y el aborto en Uruguay, dentro del presente capítulo, es la variedad de credos que existen en este país. Es una República con libertad de cultos, hecho que se refleja en su sociedad, que aunque mayoritariamente católica (56,2 % de su población), convive con otras religiones como judíos, protestantes y no religiosos, estos últimos suman un 38,3 % del total de la población. Es por esto que la libertad de conciencia en este país es muy respetada y fomentada.

6.2.1 PIONERO DE LA DESPENALIZACIÓN EN SUDAMÉRICA.

La mayoría de países sudamericanos, guardamos aún esas raíces conservadoras, ese comportamiento familiar, que trata en cierta forma de evitar una confrontación directa de ideas entre las personas, con algunas instituciones jurídicas ya arraigadas en el pensamiento general.

Un ejemplo del comportamiento arriba señalado fue, por ejemplo, la reciente inclusión del divorcio en la legislación chilena, demostrando que a pesar de que esa sociedad estaba perfectamente capaz de incluir tal institución, no lo hacia, debido a presiones de grupos de derecha, y en general de familias comunes y corrientes que veían en el divorcio la perdición o desintegración del núcleo familiar como base de la sociedad.

El control incluso de los horarios, respecto a la diversión nocturna de jóvenes y adultos, demuestra también, un cierto grado de protección por parte de las

instituciones públicas que confrontan al normal desenvolvimiento de las personas. Estas medidas, aunque tengan como principal propósito la disminución de los niveles de inseguridad, del consumo de alcohol entre la población, entre otras, también tienen como objetivo oculto, el evitar que jóvenes se descarrilen y sean susceptibles a caer en pandillas, alcoholismo, etc. Esto demuestra claramente que nuestras normas tienen un objetivo conservador inmerso; en este párrafo se puede hacer referencia por ejemplo a la denominada “Ley Zanahoria”, que regía los horarios de diversión en la ciudad de Quito, y cuyo antecedente directo se encuentra en otra ordenanza municipal similar, aplicada en Bogotá, Colombia.

En muchas ocasiones, el Estado prefiere no ahondar en temas que pueden ser muy candentes respecto de su análisis y discusión, y que pueden confrontar a grupos de distinto pensamiento dentro de la sociedad. Existen temas que apasionan multitudes, y que hasta cierta forma, ponen en riesgo la estabilidad interna de los estados. El Reino Unido por ejemplo, ha sentido en carne propia la disputa entre protestantes y católicos irlandeses, incluso el IRA, Ejército Republicano Irlandés, por sus siglas en inglés (Irish Republican Army), ha desestabilizado en constantes ocasiones el poder constituido inglés, uno de los marcos para tan sangrienta lucha, a más de la independencia irlandesa, es la divergencia de criterios entre dos religiones.

El aborto por si mismo constituye un tema que levanta bastante polémica, y se debe tener mucho tino para ponerlo en el tapete del análisis general.

Existen varias posturas respecto al análisis sobre el aborto. Países como Chile mantienen un concepto restringido y muy rígido sobre el tema, incluso ya se analizó el hecho que en la legislación penal chilena no se hace mención alguna a los abortos necesarios, como lo son el eugenésico y el terapéutico. Ecuador y México, por su parte, si bien siguen considerando al aborto como delito, no tienen una postura tan rígida, sino que más bien consideran ciertas circunstancias en las que un aborto, debidamente practicado, puede ser eximido de responsabilidad penal, es el caso de los mencionados arriba, abortos eugenésico y terapéutico. Pero Uruguay, junto con Brasil y Argentina, han ido más allá y han abierto un debate franco y frontal acerca del tratamiento que debería tener el aborto en su legislación.

Estos países han considerado, que existen circunstancias que impiden que el aborto sea tomado con una postura rígida, como por ejemplo, el derecho que tiene la madre de escoger o elegir que hace con su cuerpo.

El análisis no sólo se centra en lo jurídico, lo social tiene un peso muy grande en lo que respecta a este tema tan discutido y generador de polémica.

Hablando un poco de otro tema, Uruguay ha pretendido colarse entre los países que tienen una legislación avanzada, aunque esto genere muchas discusiones y polémica. La eutanasia u homicidio piadoso o humanitario por ejemplo, es una causa eximiente de la responsabilidad penal en la legislación charrúa, aunque queda a criterio del juzgador. El artículo 37 del Código Penal uruguayo, dice: “*Los jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables autor de un homicidio que efectuado por móviles de piedad mediante súplicas reiteradas de la víctima.*”¹⁹⁰

Es importante mencionar que Uruguay como Estado de Derecho, tiene uno de los bloques de legalidad más sólidos, en lo que ha derechos de la mujer se refiere; este bloque no sólo de legislación interna, se apuntala con la suscripción, ratificación y depósito de tratados internacionales sobre el tema. Existe un sinnúmero de normas que amparan la libertad femenina y tienden a evitar formas de segregación, abuso, etc. Normas que velan por la igualdad de la mujer en cargos y cursos militares, el derecho a atención médica especializada para mujeres embarazadas, una eficaz legislación contra la violencia de la mujer, entre otras, hacen de la legislación uruguaya un ejemplo a seguir en este tema.

Es por lo anotado anteriormente que en este país, estuvo muy de moda, el debate de que si la mujer embarazada tenía el derecho a elegir sobre su cuerpo y sobre la criatura que crecía en sus entrañas.

El año 2002, fue para Uruguay el punto de partida para una de las más ambiciosas y progresistas reformas al Código Penal, la despenalización total del aborto, como un

¹⁹⁰ CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY,
www.jasesora.gub.uy/documento/respuesta/codigo/codigo.doc

medio tendiente a evitar, en primer lugar, la muerte de muchas madres, en especial jóvenes, que se practicaban abortos ilegales, en sitios clandestinos. Fue este país pionero en el tema, ya que ningún otro país latinoamericano de habla hispana o portuguesa había tomado la posta de un proyecto de tal magnitud. Si hablamos de Latinoamérica, Cuba hace mucho tiempo había despenalizado el aborto, bajo otras circunstancias muy ajenas a las que vivía Uruguay, en todo caso el análisis de la legislación cubana vendrá más adelante en este capítulo.

Este salto, que pretendía reformar la legislación penal uruguaya, generó un debate apasionado sobre la necesidad de despenalizar el aborto, cosa que analizará a continuación.

6.2.2 LA LUCHA SOCIAL QUE VIVIÓ EL PARLAMENTO PARA DESPENALIZAR EL ABORTO.

El parlamento Uruguayo, como debe ser una Función Legislativa, es un ente bicameral, es decir, tiene una cámara baja o de diputados, y una cámara del senado, en donde se debaten con mayor conciencia y serenidad los proyectos de Ley que ya han sido aprobados por la primera.

La discusión sobre el aborto, se remonta a la década de 1980, cuando un movimiento femenino puso en el tapete de la polémica nacional, la necesidad de crear una Ley que despenalice el aborto, en virtud que, en primer lugar ya eran muchas las víctimas de aborteros inconscientes, que de manera furtiva e ilegal, no sólo habían exterminado a muchos fetos, sino que también a muchas mujeres que se realizaban abortos. Otra razón de gran peso, la típica de los grupos feministas, que el feto es un “ser accesorio”, que sigue la suerte y las decisiones del ser que lo está procreando, y que por esta razón, la madre tiene el derecho a elegir su destino.

El problema fue que, por otro lado, pese al apoyo que tenía la propuesta de despenalización del aborto, los grupos de extrema derecha, en especial los auspiciados por la Iglesia Católica, empezaron a presionar para que se obvie la propuesta de los grupos que pretendían legalizar prácticas abortivas en Uruguay.

El primer semestre del año 2002, fue crucial, los debates y caldeos en la cámara de diputados fue cosa de todos los días. Las manifestaciones de grupos anti aborto y de grupos pro aborto a las afueras del Parlamento uruguayo, eran constantes; a veces, hasta los golpes entre ambos grupos eran la orden del día.

Así fue, que entre amenazas, peleas e incluso juego de intereses, la cámara de diputados del Parlamento uruguayo aprueba el proyecto de Ley que legalizaba el aborto.

Pero ahí no termina la historia, los grupos señalados arriba seguían luchando y tirando para su lado. El senado pretendía lavarse las manos tratando de convocar a una consulta popular que decidiera el destino de tan polémica Ley. Por otro lado, el Presidente de Uruguay amenazaba con vetar totalmente el proyecto cuando, pasara a sus manos.

Los votos en la cámara del senado, no eran suficientes para aprobar el proyecto de Ley y enviarlo al ejecutivo, y en caso de voto, tampoco eran suficientes para dejar sin efecto el voto presidencial, cosa admisible en la legislación uruguaya; las presiones no cesaban, eran cada día más fuertes.

Llegó el 13 de abril del 2004, después de dos años de que la cámara de diputados aprobara, inicialmente la despenalización del aborto. El senado no soportó la presión de grupos católicos y de derecha, el proyecto de Ley no tuvo los votos suficientes. El aborto en Uruguay seguía y sigue considerándose como delito, hasta que nuevamente se avive el fuego de la polémica y pretenda otra vez reiniciar el trámite de tan polémico tema, de todas maneras, la Constitución uruguaya impide el trámite de dicho proyecto, hasta la próxima legislatura, es decir, hasta el año 2005. En todo caso la votación fue muy reñida: 17 votos a favor frente a 13 en contra.

El aborto se sigue considerando delito en Uruguay, aunque cuando se realiza sobre un feto, producto de violación, con el consentimiento de la mujer embarazada, es eximiente de responsabilidad penal.

El aborto en la legislación penal uruguaya es considerado un delito contra el hombre en su esencia, personalidad e integridad. Asociándolo con la legislación ecuatoriana podríamos decir que no es tan alejada esta consideración, aunque en el Ecuador somos más directos al hablar de delitos en contra de la vida; Uruguay hace una aproximación a tal consideración.

En el Código Penal uruguayo, el aborto se encuentra establecido en los artículos 325 al 328, los cuales serán transcritos para su análisis:

“Artículo 325. (Aborto con consentimiento de la mujer). La mujer que causare su aborto o lo consintiera será castigada con prisión, de tres a nueve meses.

325 bis. (Del aborto efectuado con la colaboración de un tercero con el consentimiento de la mujer). El que colabore en el aborto de una mujer con su consentimiento con actos de participación principal o secundaria será castigado con seis a veinticuatro meses de prisión.

325 ter. (Aborto sin consentimiento de la mujer). El que causare el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con dos a ocho años de penitenciaría.

Artículo 326. (Lesión o muerte de la mujer). Si a consecuencia del delito previsto en el artículo 325 (bis), sobreviniera a la mujer una lesión grave o gravísima, la pena será de dos a cinco años de penitenciaría, y si ocurre la muerte, la pena será de tres a seis años de penitenciaría.

Si a consecuencia del delito previsto en el artículo 325 (ter.) sobreviniere a la mujer una lesión grave o gravísima, la pena será de tres a nueve años de penitenciaría y si ocurriese la muerte, la pena será de cuatro a doce años de penitenciaría

Artículo 327. (Circunstancias agravantes). Se considera agravado el delito:

1. *Cuando se cometiera con violencia o fraude.*
2. *Cuando se ejercitare sobre la mujer menor de dieciocho años, o privada de razón o de sentido.*

3. *Cuando se practicara por el marido o mediando alguna de las circunstancias previstas en el inciso 14 del artículo 47.*

Artículo 328. (Causa atenuantes y eximentes).

1. *Si el delito se cometiera para salvar el propio honor, el de la esposa o un pariente próximo, la pena será disminuida de un tercio a la mitad, pudiendo el Juez, en el caso de aborto consentido, y atendidas las circunstancias del hecho, eximir totalmente de castigo. El móvil de honor no ampara al miembro de la familia que fuera autor del embarazo.*
2. *Si el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer, para eliminar el fruto de la violación, la pena será disminuida de un tercio a la mitad, y si se efectuare con su consentimiento será eximido de castigo.*
3. *Si el aborto se cometiere sin consentimiento de la mujer, por causas graves de salud, la pena será disminuida de un tercio a la mitad, y si se efectuare con su consentimiento o para salvar su vida, será eximido de pena.*
4. *En el caso de que el aborto se cometiere sin el consentimiento de la mujer por razones de angustia económica el Juez podrá disminuir la pena de un tercio a la mitad y si se efectuare con su consentimiento podrá llegar hasta la exención de la pena.*

Tanto la atenuación como la exención de pena, a que se refieren los incisos anteriores, regirá sólo en los casos en que el aborto fuese realizado por un médico, dentro de los tres primeros meses de la concepción. El plazo de tres meses no rige para el caso previsto en el inciso 3º.”¹⁹¹

Como se puede observar, el trato que la legislación uruguaya brinda al aborto es muy amplio y completo, en el sentido de que se evita obviar cualquier circunstancia de interés y relevancia para la configuración del delito.

¹⁹¹ Ídem.

Al igual que en el Ecuador, se dan las tres formas básicas de aborto: el consentido, procurado y el sufrido. El artículo 325 habla del aborto consentido y aborto procurado, aunque de este último lo hace de una manera bien resumida. La mujer que aborta, cuando ha consentido, tendrá una pena de tres a nueve meses de prisión, lo que choca directamente con la pena establecida para el aborto consentido en el Ecuador, que va de uno a cinco años. Cuando hablamos de aborto consentido, el causante de aborto, un tercero que conoce la voluntad de la mujer embarazada la pena será de seis a veinticuatro meses frente a los tres a seis años que establece para casos similares el Código Penal ecuatoriano.

La legislación uruguaya no habla de aborto preterintencional, entendiéndose que para el efecto se aplican las reglas de la preterintencionalidad contenidas al principio del Código Penal uruguayo.

En el aborto sufrido, la legislación penal uruguaya es más drástica, ya que considera como principal agravante del hecho, la falta de voluntad de la mujer embarazada. Las penas en estos casos son de dos a ocho años de penitencia.

El Aborto honoris causa puede ser circunstancia eximente de responsabilidad para las partes, no se hace referencia a sujetos activos calificados, únicamente basta el móvil del ocultamiento de la deshonra.

Pero en sí, una de las diferencias más abrumadoras respecto de la comparación entre aborto en la legislación ecuatoriana y en la legislación uruguaya, es el hecho que en casos de violación, cuando existiese consentimiento previo de la mujer embarazada, resulta ser un eximiente de responsabilidad penal. La mujer uruguaya que por desgracia haya sido violada y quedase embarazada puede abortar al fruto de esa violación, sin que tenga ella castigo, al igual que las personas que se lo efectuaron, siempre y cuando sean profesionales de la salud, específicamente médico. Es indispensable que haya existido denuncia sobre la violación.

También la existencia de aborto eugenésico y terapéutico en la legislación uruguaya es digna de comentario. También debe ser practicada por un médico, y en el caso del

aborts terapéuticos éste únicamente puede ser realizado para salvar la vida de la mujer embarazada.

Tanto el aborto practicado en la víctima de violación, como para el eugenésico y el terapéutico, se requiere obligatoriamente que, el embarazo de la mujer en la que se lo practica no sea mayor a los tres meses. Es decir solo se admiten abortos tempranos.

6.3 EE.UU.

Estados Unidos de Norteamérica, es el nombre oficial en español, de la primera potencia del mundo, del país de la supuesta libertad, del guardián del universo. Tantos apelativos se han dado a ese país, ya que su nombre en si mismo es sinónimo de sentimientos encontrados. Admiración, odio, simplismo, son los sentimientos que más suenan fuera de sus fronteras. Pocos lo quieren pero todos lo necesitan.

Estados Unidos es el segundo país más grande de América después de Canadá, además que es el cuarto país más grande del mundo. Tiene una población que supera los 250 millones de habitantes, convirtiéndose en uno de los mercados más grandes y atractivos del mundo. La sociedad consumista ha llevado a los Estados Unidos a desarrollarse tecnológicamente, y aunque por estos días no es el principal productor de tecnología, si es el principal maquilador de mano de obra especializada y no especializada en el mundo.

Pero tiene este país cosas admirables, como por ejemplo una muy sólida democracia, apoyada por una Constitución de primer orden y una legislación robusta, sin taras, que ha permitido el constante desarrollo del capital humano, convirtiéndolo en el país con mejores perspectivas y nivel de vida en América.

Muchos sueñan con vivir en la llamada tierra de las oportunidades, y quien no lo haría con un sueldo básico de por lo menos diez veces más que el que ganan los obreros ecuatorianos, y con un nivel de desempleo muy bajo, casi llegando al pleno empleo.

Pero no todo es color de rosa en la sociedad estadounidense. Es el primer consumidor de droga en el mundo, la magnitud de sus ciudades ha convertido a la gente violenta,

estas y otras razones, han llevado a los Estados Unidos a tomar medidas paliativas, como el control de tráfico de drogas en países considerados como productores y comercializadores, entre los que se incluye el Ecuador.

Pero la hegemonía de los Estados Unidos es su talón de Aquiles. El imperio como lo llaman muchos en especial Fidel Castro, ha logrado tener muchos detractores, por su actitud beligerante y entrometida en casi todos los ámbitos del quehacer mundial . Esta también ha sido una de las causas para que se hayan perpetrado los ataques del 11 de septiembre del 2002, en contra de las Torres Gemelas. Y, así es el terrorismo, en parte ha nacido por su propia culpa y responsabilidad.

Algo de lo que si están orgullosos los estadounidenses, es de su supuesta libertad. Supuesta porque no es una libertad cabal, en algunos estados se acepta la pena de muerte, los periodistas han tenido que ocultar información sobre el último conflicto de Irak, la readecuación del zoológico de Guantánamo para cárcel de supuestos terroristas, que son abusados en sus más elementales derechos humanos . Estos hechos desdicen mucho de la libertad que tanto propugnan los EE.UU.

Pero la despenalización del aborto nace como respuesta a la libertad, como una conquista de movimientos feministas que propugnaban el derecho de una mujer embarazada a decidir su destino y el destino de la criatura que lleva en su vientre.

Si bien es cierto que la ex Unión Soviética fue el primer país en despenalizar el aborto, Estados Unidos no se quedó muy relegado, aunque la despenalización nació por otros motivos, es completa y cabal, cualquier mujer puede realizarse un aborto, por cualquier causa, siempre y cuando el estado de gravidez, no supere los tres meses.

Los abortos sufridos, si son penalizados en los Estados Unidos, porque constituyen un acto criminal alevoso, y además debido al no consentimiento de la mujer que lo sufre, las sanciones son muy drásticas, aunque dependen del estado en donde sea cometido; no olvidemos que los Estados Unidos es un país federal, con legislación independiente de estado a estado.

El sistema jurídico estadounidense es anglosajón, es decir, que predomina la jurisprudencia y el precedente sobre la Ley escrita. Es por esta razón, que la despenalización del aborto no se dio por un acto legislativo federal o estatal, surgió de una sentencia judicial del Tribunal Supremo, o sea, última instancia judicial a nivel federal. Haciendo una analogía la Corte Suprema de Justicia, sería similar al Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en virtud que tiene jurisdicción a nivel nacional.

Este fallo de última instancia, fue dictado el 22 de enero de 1973, en el caso Roe vs. Wade y creó precedente en los Estados Unidos pese, a la oposición de grupos católicos y cristianos principalmente.

Este fallo señalaba principalmente: “*Los estados no pueden prohibir el aborto si en la opinión de un médico autorizado para ejercer la medicina, éste es necesario para preservar la salud o la vida de la madre.*”¹⁹²

Si analizamos el texto anotado arriba, podemos directamente hacer analogía con el aborto terapéutico, y a pesar de ser el primer antecedente de legalización del aborto en Estados Unidos, hasta el momento no aclara nuestras dudas sobre la despenalización total, existente en la legislación estadounidense.

Pero la jurisprudencia de los Estados Unidos, nos muestra otro fallo, que amplía los efectos del primero, y en sí denota ya la verdadera legalización del aborto en este país. El fallo se dictó en el caso Doe vs. Bolton, el mismo año 1973. Medularmente señalaba:

“*La decisión se puede tomar teniendo en cuenta todos los factores: físicos, psicológicos, emocionales, familiares y la edad de la mujer, todos los cuales están relacionados con el bienestar de la paciente.*”¹⁹³ El mismo Tribunal Supremo manifestó en el fallo “...que el embarazo pudiera imponer una vida y un futuro desdichado a la mujer, producir perjuicios o daños psicológicos, obligarla al cuidado de un niño y acarrear la angustia o penalidades que acompañan al niño no

¹⁹² www.vidahumana.org/vidafam/aborto/estadisticas.html

¹⁹³ Ídem.

deseado.”¹⁹⁴ Añadió también acerca de las “...dificultades y el estigma de la madre soltera, y el hecho de que el niño podría nacer en el seno de una familia que quizás sea incapaz de criarlo, psicológicamente y en todos los demás aspectos.”¹⁹⁵

El mismo momento en el que se dictaminó este fallo, empezó a regir legalmente el aborto, sin embargo, el parlamento estadounidense se vio en la imperiosa necesidad de reglamentarlo, sin que esto quiera decir que se prohibieron los derechos concedidos por el Tribunal Supremo, sino que se regularizó de mejor manera el tema.

Se penalizó el aborto sufrido, es decir, sin el consentimiento de la mujer, y se señaló la obligatoriedad de que sean médicos, obstetricas o tocólogos los que practiquen abortos en mujeres que así lo deseen.

Fue el momento en el que muchos se dieron cuenta el negocio que representaba realizar abortos.

6.3.1 LA COMERCIALIZACIÓN DEL ABORTO

Ya se habló de las características de la sociedad estadounidense, y se señaló que es una sociedad eminentemente consumista, es decir, que en el consumo radica principalmente su economía. El aborto en los Estados Unidos es un producto promocional, como lo es un auto, una casa, o una barra de chocolate; es decir, se basa en la ley de la oferta y la demanda, y puede incluso ser promocionado publicitariamente .

Se oye desgradable lo anotado arriba, pero en la práctica ocurre esto: el aborto es un excelente negocio, y a pesar de que es legal, la demanda del mercado norteamericano lo hace muy lucrativo. En países en donde se penaliza el aborto el negocio es más jugoso, sólo que está latente el riesgo de ser descubierto y sancionado. Jocosamente se puede decir que el mercado negro encarece las cosas.

¹⁹⁴ Ídem

¹⁹⁵ Ídem

La rentabilidad de la industria del aborto en los Estados Unidos supera los 2000 millones de dólares al año, y para comprobarla se trascibirán unas estadísticas halladas en Internet:

“Más de un millón seiscientos mil abortos quirúrgicos se practican en EE.UU. cada año. Por cada tres niños que son concebidos, uno muere a causa del aborto. El 92% de todos estos abortos son por razones que no están relacionadas con la violación, el incesto o la protección de la salud de la madre. Hasta el 1988 casi el 43% de los abortos fueron segundos abortos. Tres de cada cuatro mujeres que abortan dicen que un hijo interferiría con el trabajo, la escuela u otras responsabilidades.(...)”

(...) EE.UU. sobrepasa a casi todas las naciones de occidente en el número de abortos por cada mil mujeres en edad de procrear. El 26% de todos los abortos se llevan a cabo en adolescentes de 11 a 19 años, un 45% de las jóvenes menores de edad que se practican un aborto lo hacen sin el consentimiento de sus padres.(...)”

(...) Cada año sólo hay 50000 niños para adoptar aunque hay cientos de miles de estadounidenses que quieren adoptar. Las adopciones de niños extranjeros por parte de ciudadanos de EE.UU. han ido aumentando constantemente hasta llegar a más de 10000 en 1987 (los últimos datos disponibles). ”¹⁹⁶

No es difícil encontrar en periódicos estadounidenses, anuncios clasificados en los que se ofrecen abortos públicamente. El costo esta entre los 100 dólares hasta los 250 dólares aproximadamente, dependiendo la clínica o el centro donde van a ser realizados. Cabe señalar que son centros especializados en prácticas abortivas.

6.4 ESPAÑA

“*La Madre Patria*”, así conocida por todos los países que fueron su colonia, entre los que se incluye el nuestro, el Ecuador.

El sistema continental o romanista del derecho, en el que prima la Ley como fuente primaria del derecho y no la jurisprudencia como en el sistema anglosajón, es uno de

¹⁹⁶ Ídem.

los mayores legados dejados por España en toda América Latina, en lo que a materia jurídica se refiere.

España tiene una vieja historia, al igual que el resto de países europeos, la cual se enriqueció con la presencia romana, y la posterior llegada de árabes y judíos a sus tierras. En 1492, los Reyes Católicos expulsan a árabes y judíos de España, y al mismo tiempo se aventuran al mar, llegando el 12 de Octubre de 1492 a tierras americanas, con Cristóbal Colón al mando de tres carabelas. Ese es uno de los acontecimientos más notables dentro de la rica historia española.

La conquista de América y su posterior colonización, convirtieron al país ibérico en la primera potencia mundial, además que constituyó una renta importante para la corona.

Que sería de América sin la llegada de los españoles. Si bien es cierto que, mucha gente se queja aún del saqueo que sufrieron las colonias españolas, no es menos cierto también, que gracias a su llegada, somos parte de la civilización occidental. Como ya se señaló líneas arriba, nuestro sistema jurídico también fue introducido por los españoles, a más del idioma y la religión

Un duro golpe para España fue la independencia de sus colonias americanas. El último en independizarse fue Cuba, a finales del siglo XIX. Este hecho, luego de casi cuatrocientos años de dominio, marcó el inicio del deterioro de la condición española, fue el fin de su poderío, y el comienzo de una era de ostracismo y oscuridad. “*Europa termina en los Pirineos*”, se escuchaba muy frecuentemente, con esto pretendían de manera burlona indicar que España no era parte de ese continente.

En 1936, en España se da un fenómeno histórico muy relevante: La Guerra Civil Española. Este sangriento hecho que duró tres años, va a constituir el inicio de una era importante dentro del acontecer político español, el franquismo.

La Guerra Civil Española termina en 1939, el mismo año en que los alemanes invaden Polonia, dando inicio a la Segunda Guerra Mundial, conflicto en el que España no intervino.

Francisco Franco Bahamonde, un militar y caudillo español, condujo los destinos de este país desde enero de 1938, hasta un año cuatro meses antes del día de su muerte el 20 de noviembre de 1975, a los ochenta y tres años de edad. Fueron 37 años de retraso para algunos, ya que existe un dicho español que dice: “*Franco hizo dos cosas bien hechas: la primera, no intervenir en la Segunda Guerra Mundial; y, la segunda, morirse.*” En realidad Franco fue un bailarín, danzaba con la música que le ponían, siendo hábil en relaciones internacionales. Pero lo típico en regímenes de hecho, era el abuso y el irrespeto a los derechos básicos de los ciudadanos españoles; en España se hacía lo que Franco ordenaba, aunque pretendía dar una imagen distinta en la Comunidad Internacional.

Franco deja la Jefatura de Gobierno en julio de 1974, por una grave enfermedad que le impedía continuar al frente del estado español. Nombra como mandatario interino a Juan Carlos de Borbón, actual Rey de España.

Se restablece la democracia en España, y empieza el destape. Toda esa energía guardada y acumulada en la época de Franco se libera de una manera insólita. El español promedio, al igual que ocurrió con el chileno después de Pinochet, empieza a adquirir patrones de conducta demasiado liberales, capaz de confundirse con libertinaje.

España es la cuna de movimientos punk, que son radicales en su protesta social, y que preconizan una sociedad libre, hasta cierto punto anárquica.

Uno de los acontecimientos interesantes en el plano jurídico, fue el ocurrido en 1998, cuando un juez español, Baltasar Garzón puso de manifiesto la extraterritorialidad de la Ley penal en delitos de genocidio y lesa humanidad. Fue un caso que conmocionó al mundo y despertó muchos sentimientos encontrados, ya que fue nada más que Augusto Pinochet el acusado, y permaneció retenido en Inglaterra durante algunos meses.

Este hecho sirvió a España para colarse nuevamente en el tapete internacional. Actualmente el país ibérico es uno de los más influyentes en la Comunidad Europea, y al conformar la coalición en la guerra contra Irak, está pujando para integrarse al grupo de los poderosos en las relaciones internacionales.

España y Ecuador tienen una sólida relación, gracias a la presencia de miles de compatriotas que han migrado hasta este país, ayudando en su desarrollo económico y al aumento de su población.

Luego de este breve antecedente sobre España, se analizará el siguiente punto de interés en el presente trabajo.

6.4.1 LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO PARA VÍCTIMAS DE VIOLACIÓN.

El gobierno socialista de Luis Felipe González, en su decisión de convertir a la sociedad española, en un conglomerado más desarrollado, y luego de haber vivido en carne propia los efectos sico-sociológicos de un largo régimen de facto, ofrece en campaña que, una de las reformas que se realizarían a la Legislación española, sería la despenalización del aborto en ciertas circunstancias.

Aunque con un apoyo parcial en el parlamento, en el año de 1985, se despenaliza el aborto para mujeres que han sido víctimas de violación y que por esa circunstancia han quedado embarazadas.

Fue la Ley Orgánica 9/1985, la que reformó el artículo 417 Bis del Código Penal español, quedando su texto de la siguiente manera:

“1. No será punible el aborto practicado por un médico o médica bajo su dirección, en centros o establecimientos sanitarios público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurran alguna de las circunstancias siguientes:

1.1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud o física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

1.2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las 12 primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

1.3. Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las 22 semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimientos sanitarios, públicos o privados, acreditados al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aún cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitidos los dictámenes médicos exigido.”¹⁹⁷

Respecto a este tema, la legislación penal española, al igual que la ecuatoriana considera también la existencia del aborto eugenésico y el aborto terapéutico, que son considerados eximentes de la responsabilidad penal.

La legislación española, para considerar como eximiente de responsabilidad un aborto consentido por la víctima de una violación, requiere de tres requisitos ineludibles, en el sentido que son taxativos en la misma Ley penal española. El primero, que el aborto sea practicado en un centro médico autorizado para llevar a cabo abortos, sea una institución hospitalaria pública o privada, o un centro especializado; el segundo requisito ineludible y lógico es la previa presentación de una denuncia, sobre la violación ante las autoridades competentes, este requisito es importantísimo, si se elude, los responsables del aborto son penal y civilmente responsables; por último el requisito final es que el aborto sea practicado dentro de las primeras semanas de gestación, es decir, debe ser un aborto temprano.

¹⁹⁷ Código Penal Español, www.abortos.com/legislacion/española.htm

Una circunstancia importantísima dentro de este tema, es que España ha armado un bloque alrededor de las prácticas abortivas, existe toda una legislación anexa, sobre procedimientos y circunstancias paralelas a seguirse.

Es muy conocido el hecho que la sociedad española está integrada por personas de edad avanzada, que en muchos casos tienen como deseo adoptar niños, para convertirlos en miembros de sus familias. La legislación española obliga a centros autorizados para realizar abortos, a que guíen a mujeres que deseen abortar, psicológicamente.

Se deben impartir charlas que expliquen las ventajas y desventajas de realizarse un aborto, además que se le informa, a la mujer que desea abortar, sobre lo conveniente de tener un hijo, aunque no sea deseado y darlo al departamento de adopciones, como una medida efectiva de evitar abortos.

También es obligación del centro que realiza abortos, llevar a cabo un sondeo psicológico de la víctima de violación que ha abortado el fruto de ese acto ilegal, además del tratamiento paralelo, que sirve para paliar los efectos colaterales de la violación, como acto que atenta a la libertad sexual y los efectos que puedan acarrear en la persona misma que se realiza un aborto.

Cabe añadir que la legislación española condena los abortos consentidos, que no tienen como antecedente una violación, los abortos procurados, sufridos, además de las formas imperfectas como el aborto frustrado y la tentativa de aborto.

6.5 HOLANDA COMO REFERENTE DE UNA CULTURA ANTIPIROHIBICIONISTA.

Holanda es uno de los países europeos más pintoresco y diverso. La tierra de los molinos de viento, de los tulipanes, de los canales. Sus llamativas ciudades y la libertad de pensamiento la han convertido en un referente de la cultura universal.

También conocida como el Reino de los Países Bajos, llamada así por su ubicación geográfica, ya que la mayoría de su territorio se encuentra bajo el nivel del mar, tiene

como capital a Ámsterdam, una linda ciudad rodeada de canales y cuyos habitantes prefieren la bicicleta como medio de movilización. Esta ciudad no sólo es la capital de este país, sino que es la capital de movimientos liberales, homosexuales, en fin, constituye un curioso caso de diversidad.

Uno de los acontecimientos técnicos conocidos de este país ha sido la lucha por ganarle territorio al mar, se han construido grandes diques con este objeto, ya que la necesidad de espacio físico y tierras cultivables es vital para los holandeses.

Junto con Bélgica y Luxemburgo, Holanda constituye el padre de la integración europea, y por que no decirlo, el padre de la Comunidad Europea. En 1958, se firma el acuerdo que crea la Comunidad Económica del BENELUX (por sus siglas en inglés Belgium, Nederlands and Luxemburg.), acuerdo que eliminaba barreras económicas y aranceles en la importación y exportación de carbón y acero. Luego esta comunidad cambia de nombre con la adhesión de otros países, y pasa a denominarse CECA, Comunidad Europea del Carbón y del Acero, antecedente más próximo a la creación de la Comunidad Económica Europea y finalmente Comunidad Europea.

Holanda se jacta de ser un país normal, pero en realidad no es así, más bien resulta ser una nación sui generis, y aunque su nivel de vida es muy alto, existe un gran contraste con el modus vivendi de la población. Droga, prostitución, eutanasia, abortos, entre otros, marcan el pulso de una sociedad vertiginosa.

El antiprohibicionismo resulta un término muy contraproducente, en el sentido que trata de expresar dos ideas, que Holanda las aplica muy bien. En este país está prohibido prohibir, tal como lo manifestaban los franceses en 1968.

Muchos señalan que Holanda vive sumido en el libertinaje y que en su sociedad la anarquía crece. Pero la anarquía es el nivel superior y ficticio de una sociedad, en el que no existe legislación, y en el que todos los hombres son por naturaleza buenos, en definitiva es el paraíso. Pero Holanda no es un paraíso, y está muy lejos de serlo, aunque sea muy bonito el país, se ven casos muy llamativos; en virtud de lo expresado Holanda no es una nación anárquica, es mucho más liberal que otras naciones; existe una legislación que procura no intervenir mucho en situaciones individuales de los

miembros de la sociedad, sino que vela por un contexto más amplio, por el bien común general, aunque esto implique el hecho que su sociedad viva sumida en la liberalidad confundida con libertinaje.

Para los ecuatorianos, y para otros latinoamericanos, puede resultar chocante y lesivo para la propia conciencia, el hecho que una persona se drogue frente a una iglesia o a una jefatura de policía; pero eso es normal en la tierra de los tulipanes. El consumo y la venta de droga es legal en Holanda. Aunque no se puede comercializar drogas fuertes como la heroína, el crack y otras, la venta de marihuana y hachís es totalmente permitida, incluso existen los *Coffe Shops*, que son centros permitidos para la distribución de droga en las ciudades; y, aunque su traducción literal es la tienda de café, es asegurable que se venden otras cosas que no son café.

Resulta interesante escuchar y analizar estadísticas holandesas, en las que se señalan que a pesar de no penalizar el tráfico, el consumo, la producción y la comercialización de sustancias estupefacientes y psicotrópicas suaves, tiene uno de los niveles delincuenciales más bajos, en relación con Alemania y Bélgica.

Pero no solo la droga hace de Holanda un país liberal, la libertad de expresión de movimientos homosexuales, también constituyen un referente digno de apreciar. El matrimonio como institución propiamente dicha, ha incorporado en Holanda la existencia y legalidad de los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo, pese a la oposición de la iglesia católica, mayoritaria en este país, el parlamento holandés incorporó en la Ley civil, la posibilidad que holandeses y holandesas puedan casarse con personas de su mismo sexo, creando una sociedad de bienes y estando bajo el amparo de la Ley, al igual que un matrimonio celebrado normalmente en cualquier otro país, teniendo los cónyuges el mismo derecho. Esta libertad sexual, no sólo se refleja en la gran cantidad de población homosexual existente en Holanda, sino que también ha fomentado una apertura de mentalidad sexual entre la población. También ha generado problemas en el sentido que la gran prostitución, existente en grandes ciudades con Ámsterdam a la cabeza, ha constituido un problema social y sanitario, con el que es muy difícil luchar.

Pero en sí, este país ha tratado de llevar la vanguardia en lo que a libertades consagradas en la Ley se refiere. Otro referente al respecto, es el hecho que Holanda fue el primer país del mundo en legalizar el homicidio piadoso o eutanasia.

Ya entrando en el tema que nos interesa en el presente trabajo, Holanda también fue el primer país del mundo que consideró, que el aborto debía legalizarse, no tanto para atender una necesidad poblacional o social, como lo hizo en su tiempo la ex Unión Soviética. Holanda puso en el tapete de la discusión, el hecho que la mujer es la única que decide sobre su futuro y sobre su cuerpo, es decir, no debe existir ninguna situación que impida o atente, a que una mujer embarazada, por su propia voluntad decida sobre el futuro de la criatura que crece en su vientre.

Para este efecto, la legislación holandesa no consideró las corrientes que manifiestan que el feto es un ser viviente, que crece y se desarrolla en el vientre de su madre. Más bien, se acogieron a la corriente que el feto no es un ser vivo, y que era su madre la que decidía su destino, pudiendo hacerse una comparación con bienes principales y accesorios.

Cabe señalar que los abortos sufridos, sin el consentimiento de la mujer si son penados, más por el hecho de la falta de consentimiento de la madre para realizárselo, es decir, como un acto que atenta contra la voluntad de decisión que tienen las personas.

Si bien es cierto que, existió la oposición de la Iglesia, desde un principio la población en general, vio con beneplácito la legalización del aborto, por lo que no hubieron excesivas manifestaciones de rechazo hacia la legalización del aborto, como las hubieron en otros países. Incluso, en una visita papal a Países Bajos en el año 1985, Juan Pablo II se encontró, como nunca lo había hecho, con una gran población beligerante, que rechazaba y criticaba su visita; el rechazo fue en general hacia la Iglesia Católica, por su constante condena a situaciones como el aborto, que ya estaban incluidas en la legislación holandesa, y que hasta cierto punto, formaban parte de la cultura e idiosincrasia del holandés promedio.

Respecto al aborto, este se legalizó en Holanda en la década de 1960, y el 75% de las mujeres que se los practicaba, en un inicio, eran extranjeras; este fenómeno se dio, gracias a que en la mayoría de países vecinos de Holanda y de Europa misma, el aborto era ilegal. *“La historia de Holanda demuestra que las interrupciones de embarazo se hacen mejor en clínicas especiales que en hospitales generales, ya que contratan equipos especiales para evitar que no cooperen por razones éticas o religiosas. Una rutina óptima puede establecerse para que no interfiera con rutinas hospitalarias. Todos los pacientes vienen a lo mismo y no tienen que enfrentar pacientes de maternidad o bebés.”*¹⁹⁸

No es obligatorio el hecho que la mujer tenga que realizarse el aborto en un centro o clínica especializada para el efecto, aunque es la mejor alternativa. Las mujeres embarazadas que deseen abortar, pueden adquirir en farmacias holandesas la píldora abortiva, que en todo caso es eficaz en los primeros meses de embarazo, ya que este periodo presenta mucho menos complicaciones, no se debe confundir esta píldora con la PAE.

La mujer holandesa, que se encuentre embarazada, y desee abortar, lo puede hacer en cualquier tiempo de gestación, es decir, como no ocurre en la mayoría de países que han legalizado el aborto, Holanda considera el aborto tardío, o sea, el realizado luego de los tres primeros meses de gestación.

Un nuevo negocio creado en Holanda, y que se beneficia de la realización de abortos, es el de los barcos abortistas. Es una forma novedosa pero hasta cierto punto despreciable. Los barcos abortistas, son barcos dotados con todos los implementos médico tecnológicos necesarios para la realización de abortos, además cuentan con la presencia de médicos ginecólogos y especialistas en prácticas abortivas. Esta nueva modalidad de realizar abortos, se denomina mujeres sobre olas. Estos barcos, visitan países en los que no está totalmente legalizado el aborto, embarcan a mujeres embarazadas que deseen hacerse un aborto, las conducen hasta aguas internacionales, y es allí donde practican maniobras abortivas.

¹⁹⁸ www.isad.org/prguide/prefacio-y-introduccion.htm.

“Unas veinte mujeres polacas se han trasladado, en tres viajes consecutivos, a aguas internacionales a bordo del barco holandés Langenort, que llegó a Polonia con un cargamento de píldoras abortivas, prohibidas en este país. La nave, equipada con una pequeña clínica y dos ginecólogos, llegó a la costa polaca del Báltico el 22 de junio, bajo responsabilidad de la organización feminista holandesa "Mujeres sobre las olas", que facilita la interrupción del embarazo fuera de las aguas territoriales de los países donde el aborto está prohibido o limitado seriamente.”¹⁹⁹

Por parte de Holanda, este hecho resulta muy perjudicial, en relación a sus relaciones con países vecinos. El hecho de desconocer la soberanía de otros pueblos, en el sentido de que cada país tiene su propia legislación, ajustada a sus necesidades y a su sociedad, es muy perjudicial y coadyuva al deterioro de las relaciones internacionales. La oposición al movimiento Mujeres Sobre Olas es latente, al menos en Polonia, en donde muchas autoridades civiles y eclesiásticas han rechazado el ingreso de este barco abortista, hecho que ha sido secundado por multitudinarias manifestaciones, en un país muy conservador y católico. Este hecho contrasta directamente con el parlamento holandés, en el cual, la mayoría de sus miembros han dado su beneplácito al grupo en mención.

Y es así, como se ha analizado a este país, y a su legislación que resulta hasta cierto punto extraña.

En realidad, no hay que señalar, ni culpar a la gente que manifiesta o que piensa que Holanda vive sumida en el libertinaje, se manifiesta esto, porque chocan ciertos aspectos con la ideología de las personas, que se han criado en un medio sano y hasta cierto punto conservador. Podemos advertir que muchas cosas como la droga, la prostitución, la eutanasia, el aborto, convierten a Holanda en un país con una legislación anticipada a la realidad social y cultural de un pueblo; es por esto, que se dice y que se puede sentir que en Holanda o Países Bajos la regla general es que está prohibido prohibir.

¹⁹⁹ www.radionederland.com.nl/barcoabortistaenpolonia.htm.

6.6 EL MANEJO DEL ABORTO EN SISTEMAS SOCIALISTAS.- CASO ESPECÍFICO DE CUBA.

“*La Isla del Encanto*”, Cuba, es el último bastión del socialismo extremo en América, y después de China, el segundo rezago en importancia de esta tendencia político-económico en el mundo.

La historia cubana está marcada por muchos antecedentes que la hacen muy rica, aunque muy accidentada. Fue como ya se mencionó anteriormente, el último país latinoamericano en independizarse del dominio colonial español; y le costó mucho a España, deshacerse de su última colonia, incluso un combate con los Estados Unidos, con el pretexto de la explosión del buque *Maine* de la armada estadounidense en el puerto de la Habana.

Luego de la independencia, Cuba mantuvo una relación muy sólida con los Estados Unidos, incluso se decía que estaba en camino de convertirse en la quincuagésima primera estrella de la bandera de ese país. Despectivamente se conocía a Cuba con el nombre del cabaret de los yanquis, ya que el turismo sexual era una industria con muy buenos resultados económicos.

Esa relación tan próxima entre estadounidenses y cubanos, fue creando resentimiento en un grupo de la sociedad, que veían los constantes vejámenes a la soberanía cubana. Hechos como el ocurrido en la plaza central de la Habana, en el que un grupo de marinos estadounidenses borrachos arriaron la bandera cubana paraizar la bandera de los Estados Unidos, hacían crecer el odio hacia los “amigos” del régimen. El descontento seguía creciendo, los brotes de violencia contra el gobierno empezaron a ser más comunes de lo que se cree. Empezaba a nacer la revolución.

Fulgencio Batista, era el gobernante que cumplía todos los caprichos de los Estados Unidos, olvidándose las circunstancias que afectaban a su pueblo. Mientras ocurría esto un grupo de revolucionarios cubanos exiliados en México al mando de Fidel Castro Ruz y el médico argentino Ernesto “Che” Guevara tejían los hilos de una de las grandes proezas revolucionarias en el mundo.

1956 es el punto de partida de la revolución cubana, los líderes revolucionarios desembarcan a bordo del yate “*Granma*” en la costa de Santiago de Cuba, y empieza la revuelta. Los combates entre los guerrilleros y las fuerzas leales a Batista duran aproximadamente tres años; el primer día del año 1959, Fulgencio Batista huye con destino a República Dominicana, siete días más tarde, Fidel Castro entra en la Habana, con el beneplácito de la mayoría de la población; la revolución de los “barbudos” había triunfado.

Inmediatamente empezó el cambio se implantó el régimen comunista en la isla, los detractores eran juzgados en tribunales sumarísimos, miles fueron fusilados. Se estatizaron todas las empresas, se expulsó a los capitales estadounidenses, que eran muchos, el Estado empezó a tomar el control en todas las áreas.

Cuba, al tener tendencias socialistas marxistas leninistas, mira en la ex Unión Soviética a su mejor aliado político, económico, cultural, etc. A cambio de azúcar, el gobierno soviético le proveía de todo lo necesario a la Isla, no pasaban necesidades los cubanos.

Uno de los acontecimientos que puso al mundo en zozobra fue la crisis de los misiles entre Cuba y los Estados Unidos. Los soviéticos ubicaron en la Isla, misiles con cabezas nucleares, para provocar y amedrentar a los Estados Unidos. El año de 1962, el mundo estuvo a un paso de una guerra devastadora. Fueron 13 días intensos en los que Kennedy y Kruschev tiraban cada uno por su lado, en el punto más caliente de la Guerra Fría. Al fin se solucionó la crisis, aunque Cuba fue bloqueada comercialmente por los Estados Unidos, se rompieron las relaciones diplomáticas definitivamente entre ambos países.

Luego de esta crisis, en la isla se vivieron tiempos tranquilos; la relación con la Unión Soviética era fuerte y Cuba no tenía mayores necesidades aunque su deuda con los soviéticos ascendía a 24000 millones de dólares.

El año de 1991 fue crucial para la Isla. La unión soviética se desmorona, la *Perestroika* acabó con el sistema soviético gracias a la previa caída del muro de Berlín. El mayor aliado cubano se había resquebrajado.

Empiezan los grandes problemas en Cuba, la gente empieza a vivir el hambre y la radicalidad del sistema. El embargo se endurece, los Estados Unidos empiezan a extorsionar a la Isla con el endurecimiento de medidas económicas. La gente empieza a huir desesperada de Cuba en barcas rudimentarias con destino a la Florida. Mientras tanto Fidel Castro, arenga a su población radicalizando el socialismo, y señalando que la lucha contra los yanquis debe continuar.

Es así como continúa la vida en la Isla, la crisis económico-social hace tambalear al régimen castrita, que se niega a caer. Una de las más contraproducentes economías es la cubana, el dólar es la moneda de mayor circulación, pese al recio revanchismo con los Estados Unidos.

Entrando ya al tema que nos compete, en Cuba el aborto es despenalizado, al igual que en los regímenes socialistas soviéticos y chino, aunque responde a otros factores.

En China el aborto responde a una necesidad poblacional, como es de conocimiento general, éste es el país más poblado del mundo, los espacios vitales son reducidos y las tierras cultivables van desapareciendo; por esta razón las mujeres que tengan un hijo en la ciudad o dos en el campo y por mala suerte quedan embarazadas, tienen la obligación de abortar, y realizarse ligaduras, para evitar quedar embarazadas nuevamente, además que sus parejas podrían ser civil y penalmente responsables por permitir que su esposa o conviviente resulte embarazada.

La ex Unión Soviética por su lado, fue la primera república que despenalizó el aborto en el mundo. El aborto entre los soviéticos, fue considerado porque las mujeres, en igual condiciones que los hombres podían decidir el futuro de la criatura que crecía en su vientre.

Pero en cambio en Cuba, el aborto tiene un objetivo social y económico, revelado en la situación que vive este país desde hace trece años. La carencia de recursos básicos en la población cubana ha llevado a las parejas y mujeres habitantes en la Isla a tomar la decisión de realizarse abortos. Traer un hijo en las condiciones humanas en las que vive Cuba, sería un pecado. A pesar del desarrollo educativo y de salud que tiene la Isla, ya que tiene uno de los mejores equipos de médicos del mundo.

No tiene sentido procrear hijos; un profesional con un sueldo básico de diez dólares, y que tiene que redondear esa cifra comercializando productos falsificados con turistas en el mercado negro, se convertiría en un inconsciente si pretendiera traer un hijo al mundo. “*Según estadísticas oficiales, el promedio de hijos en las familias cubanas es menor de dos. Como consecuencia de esto, se está observando un progresivo envejecimiento de la población, que conducirá en algunos casos al inicio de un decrecimiento poblacional.*”²⁰⁰

La única forma de luchar contra el aborto en Cuba, sería darle a la población una vida más decorosa. En este sentido el gobierno cubano si ha sido conciente, ya que se ha fijado en las necesidades que tiene su población y que han sido resultado de su propia tozudez, y ha tratado de una manera radical evitar el crecimiento de la población, para no tener que cargar con el peso de niños que viven en condiciones infrahumanas.

“De modo que debemos analizar cuáles son las razones fundamentales que inciden con mayor frecuencia en las interrupciones del embarazo en Cuba.

En el caso de las adolescentes menores de edad existe una actitud irresponsable y hasta de falta de información ante el sexo, al no adoptar las medidas más elementales de prevención. Ese es el motivo por el cual quedan embarazadas. Más tarde, se apodera de ellas el temor a procrear un hijo en momentos inoportunos, por constituir en la práctica un freno al curso normal en la vida de la joven o el no deseado enfrentamiento -a veces violento- de la situación con los padres, por la falta de comprensión que éstos puedan tener del problema. Otro factor que debemos tener en cuenta se relaciona con la insuficiente madurez que poseen la adolescente y su compañero al iniciarse en el cuidado, atención y educación del nuevo ser.

Por supuesto que tampoco debemos olvidar que un sexo sin protección eleva la probabilidad en el riesgo de adquirir una enfermedad infecto-contagiosa que afecte a la pareja.

Una historia no menos triste es la que deben vencer los más de cien mil nuevos matrimonios, legalizados o no, que se formalizan anualmente en Cuba. A éstos les

²⁰⁰ MÁRQUEZ CLAUDIA, www.64.21.33.164/cnews/y96/dec96/7abo.html.

espera un futuro sin esperanzas, incomprendiciones, limitaciones a sortear y las fuerzas que deben acumular para llevar adelante la batalla contra todas las barreras que surjan por el camino.

Comencemos por la vivienda que requieren y no poseen. La mayoría está obligada a vivir con los padres de uno de ellos, generalmente en un cuarto estrecho que quizás tenga las condiciones mínimas para una persona pero insuficientes para dos o más.

Muy pocos matrimonios tienen la oportunidad de obtener una vivienda por su participación en el movimiento de las microbrigadas. Quienes resultan privilegiados deben pagar el elevado precio de diez o más años de trabajo intenso, en jornadas de diez a doce horas de labor, sin días de descanso, entregando salud, juventud personal y estabilidad matrimonial. Y después de todo, este sacrificio sólo les sirve para alcanzar el derecho a discutir un apartamento con otro grupo de personas que poseen tantos o más méritos. De este modo, las posibilidades de convertirse en propietario son de una entre diez. ¿Fácil, verdad?

Continuemos ahora con los bajos salarios que perciben y el alto costo de la vida. Los núcleos familiares que no reciben periódicamente remesas en dólares desde el exterior del país (como es el caso de un gran porcentaje de la población) están obligados a reforzar sus ingresos por cualquier vía durante las pocas horas libres que le restan del día, si en realidad quieren atender a su familia decorosamente. La solución, en muchas ocasiones, la encuentran en los negocios llamados ilícitos por el Estado, denominación que éste le da a toda operación donde él no participe y dirija.

Por otro lado, los jóvenes no tienen aspiraciones serias en dominar un oficio o profesión u obtener una mejor preparación en la vida. ¿Para qué?, se preguntan, si en Cuba, con el régimen actual, nunca podrán vislumbrar el bienestar espiritual y material al que aspira todo ser humano. A esta conclusión llegan muchos jóvenes, motivo por el cual buscan en la emigración definitiva, en cualquiera de sus formas, la solución ulterior al cúmulo de problemas que los atenaza irremediablemente.

De este modo, la población sobrevive cubriendo sus necesidades más indispensables. Para la mayoría de los matrimonios jóvenes no está dentro de sus planes tener descendencia en este momento. Incluso, algunos lo consideran una locura.

Obviamente, el aborto es uno de los mecanismos que los matrimonios jóvenes emplean para liberar a sus potenciales y futuros hijos de la terrible experiencia que a ellos les tocó vivir en la Cuba totalitaria.”²⁰¹

²⁰¹ **MASEDA HÉCTOR**, www.cubanet.org/cnews/y02/feb02/27a7.htm

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A pesar de que la sociedad ecuatoriana ya es parte de un proceso de modernización que responde a factores globales y regionales, y que los cambios en ciertos patrones de conducta son constantes y perceptibles, aún guarda arraigadas ciertas tendencias colectivas que la hacen hasta cierto punto conservadora. El aborto al ser un tema controvertido pondría en confrontación a varios criterios y grupos sociales que de una u otra manera alterarían el orden interno del país, en el caso que se lo ponga en el tapete de las discusiones importantes e interesantes para el Ecuador. Por otro lado, según las estadísticas, los delitos sexuales ocupan el tercer lugar en lo que a actividades delictivas cometidas en el país se refiere después de los delitos contra la propiedad y contra las personas; más del 54% constituyen violaciones, lo que demuestra que una media aproximada 430 personas denuncian este tipo de ilícitos al año en el Ecuador. Muchas violaciones se quedan en el silencio e impiden el accionar de los organismos de justicia, por lo que quedan en la impunidad. La violación en si es un delito que deja a la víctima sumida en el dolor y en la angustia, en un periodo muy difícil de borrar denominado por los psicólogos como luto. Es por estas razones que, creo conveniente que se despenalice el aborto en el Ecuador, única y exclusivamente para víctimas que han sido violadas, ya que no pueden como sujetos pasivos de un crimen reprochable, cargar toda su vida con el peso de criar el fruto de un acto sexual ilegítimo y atentatorio a la libertad sexual. Las demás clases de aborto como lo son el sufrido fundamentalmente, el consentido y el procurado deben a mi criterio considerarse como delitos, con las mismas penas ya que guardan relación con el hecho mismo.

Se ha probado muchas veces que hijos no deseados y concebidos en situaciones contrarias a la voluntad de sus madres, sufren en lo posterior a su nacimiento de problemas de conducta y tienden al aislamiento, que podría ocasionalmente devenir en tendencias socio-psico patológicas, siendo una razón más para justificar el aborto para víctimas que han resultado embarazadas por delitos de violación. Dentro de esta misma perspectiva, al ser la violación y el aborto acontecimientos muy traumáticos, debería crearse instituciones de ayuda profesional, como medida paralela a la despenalización del aborto para víctimas de violación. En estas instituciones debería también, como

objetivo correlativo informarse de la ventaja de dar en adopción a menores no deseados, como ocurre en la legislación española.

El aborto eugenésico, eximiente de responsabilidad penal en el Ecuador, en virtud de que, es una consecuencia de la violación a una mujer privada de la razón o sentido por enfermedad mental, y que tiende como principal propósito a precautelar la idoneidad de la especie humana, debería hacerse extensivo a madres que decidan abortar la criatura enferma de gravedad, siempre y cuando tengan el conocimiento de este hecho antes de la fecha de nacimiento obviamente y previo el informe de un grupo de médicos especialistas que lo justifiquen. Esta medida ayudaría a aminorar el sufrimiento de muchas parejas.

Respecto a la discusión de que si el feto es o no parte del cuerpo de la mujer, considero que no es así, a pesar que necesite de su cuidado y dependa directamente, desde el punto de vista fisiológico de su madre. Señalo esto en virtud de la viabilidad, ya que después de su periodo de gestación constituirá vida independiente. Aunque en primera instancia la mujer es la que decide sobre el futuro de la criatura cuando pretende hacerse un aborto, no es que esté haciéndolo como si se tratase de su cuerpo, sino que su decisión afecta directamente a una vida que crece en sus entrañas; por esta razón no es justificable según mi criterio y convicción la forma de cómo justifican el aborto ciertos grupos feministas.

RECOMENDACIONES

Para despenalizar el aborto para víctimas de delitos de violación, debe ser necesaria la existencia de denuncia realizada en la Fiscalía o en la Policía Judicial, como lo señala el Código de Procedimiento Penal, además del informe pericial emitido por un médico–legal del Departamento de Medicina Legal de la Policía Nacional única y exclusivamente. A la víctima embarazada de una violación se le deberá advertir sobre los efectos que tendría una denuncia maliciosa o temeraria, con el fin de evitar que mujeres embarazadas en otras condiciones ajenas a la violación se escuden en la legalización del aborto en esta circunstancia, causando daño a otras personas, y movilizando innecesariamente a los organismos de justicia.

El aborto en estos casos debería ser practicado en un hospital o en el mismo Departamento de Medicina Legal de la Policía, previo el consentimiento expreso, sentado por escrito de la víctima de la violación o de su representante legal, en casos de sujetos pasivos menores de edad, con las condiciones quirúrgicas y asépticas necesarias. A la víctima de violación que se le practicó un aborto se le debería hacer un seguimiento psicológico y médico, al igual que a la víctima de violación que por su voluntad ha decidido tener el fruto de una relación sexual ilegal. Es por esto que, creo necesaria la conformación de un centro de apoyo a víctimas de violación, dependiente del Ministerio Fiscal conjuntamente con el Departamento de Medicina Legal de la Policía Nacional.

El aborto deberá ser realizado hasta setenta y cinco días después de la fecha en la que se cometió la violación, como plazo, es decir se contarán todos los días sean hábiles o no.

A mi criterio el artículo 447 del Código Penal debe ser reformado de la siguiente manera:

- El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la misma mujer embarazada conjuntamente con el de su marido o conviviente en el caso de que estuviere casada o bajo el régimen de unión de hecho, o de su marido o

familiares íntimos, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

1. Si se lo practica con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;
2. Si existe la certeza, previa la emisión de un informe detallado por parte de un grupo de tres especialistas médicos, de que el feto al momento de nacer presentará graves complicaciones que pongan en riesgo la vida de su madre, o nacerá con graves enfermedades mentales o físicas, o malformaciones genéticas, que puedan después del alumbramiento afectar directamente a su desenvolvimiento normal o causarle en lo posterior la muerte como resultado de tal enfermedad;
3. Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer; y,
4. Si el embarazo se produce como consecuencia de una violación. Se requerirá obligatoriamente en este caso, la presentación de la denuncia y de un informe pericial del Departamento de Medicina Legal de la Policía Nacional.

El aborto practicado según lo establecido en el numeral 4 del presente artículo, deberá realizárselo obligatoriamente hasta un plazo de setenta y cinco días después de la fecha de la violación. En los casos de los numerales 1, 2 y 3, el aborto podrá ser practicado en cualquier tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.**, Lexis 22, Editorial Círculo de Lectores, Barcelona, 1976.
- BACIGALUPO ENRIQUE**, Los Delitos de Homicidio, Editorial Temis, Bogotá, 1999.
- BOSSANO GUILLERMO**, Manual de Derecho Sucesorio, Editorial Voluntad, Quito, 1983, Quinta Edición.
- CABANELAS GUILLERMO**, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1997.
- CARRARA FRANCESCO**, Programa de Derecho Criminal, Editorial Temis, Bogotá, 1991.
- CARRILLO P. y VON RECKOW A.**, Notas de Medicina Legal, Ed. UCE, Quito, 1986.
- CUELLO CALÓN EUGENIO**, Derecho Penal, Editorial Bosch, Barcelona, 1982.
- DROMI ROBERTO**, Derecho Administrativo, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2001, Novena Edición.
- ECHEVERRÍA CARLOS**, Criminalística Técnicas de Investigación, Editorial Trama Editores, Quito, 1998, Primera Edición
- ETCHEVERRY ALFREDO**, Derecho Penal, Editorial Nacional Gabriela Mistral, Santiago.
- FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA PEDRO**, Estudios de Derecho Comparado, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2001, Segunda Edición.
- FISHBEIN MORRIS**, Enciclopedia Familiar de la Medicina y la Salud, Editorial H.S. Stuttman, Nueva York, 1967.
- FONTÁN BALESTRA CARLOS**, Tratado de Derecho Penal, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.
- GARCÍA JORGE**, El Delito Pasional, Editorial ONI, Quito, 1985.
- JIMÉNEZ DE ASÚA LUIS**, Tratado de Derecho Penal, Editorial Losada, Buenos Aires, 1961.
- LARREA JUAN**, Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.
- MANTILLA BENIGNO**, Filosofía del Derecho, Editorial Temis, Bogotá, 1996.

MORENO ALBERTO, Investigación y Exposición en Ciencias Sociales, Editorial Amanecer, Quito, 1998.

MOORE KEITH y PERSAUD T., Embriología Clínica, Ed. Interamericana-McGraw Hill, México, 1993, Quinta Edición.

MOUCHET CARLOS y ZORRAQUÍN RICARDO, Introducción al Derecho, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1980, Décima Edición.

OVIEDO STALIN, Medicina Legal, Editorial UTPL, Loja, 1999.

PIETRUSKY SCHÜTT, Handwörterbuch der Gerichtlichen Medizin, Ed. Neuretter, Berlín, 1940.

PONCE ALEJANDRO, De la Sucesión por Causa de Muerte y de las Donaciones entre Vivos, Editorial Fundación Antonio Quevedo, Quito, 1998.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Editorial Espasa, España, 2001, Vigésima Segunda Edición.

SCHWARCZ RICARDO, Obstetricia, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1974, Tercera Edición.

TERÁN MAURO, Derecho Internacional Público Contemporáneo, Ed. UTPL, Loja, 1999, Segunda Edición.

VÁSCONEZ LUIS, Medicina Legal, Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana, Quito, 1983.

VON IHERING RUDOLPH, La Lucha por el Derecho, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1977.

ZABALA JORGE, De los Delitos Contra las Personas, Editorial Edino, Guayaquil, 1992.

CUERPOS LEGALES:

CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO.

CÓDIGO PENAL ECUATORIANO.

CÓDIGO DE MENORES.

CÓDIGO PENAL CHILENO.

CÓDIGO PENAL ESPAÑOL.

CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY.

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.
LEY ORGÁNICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL.
LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO.
CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ANTONIO SÁNCHEZ DE
BUSTAMANTE.
CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

OTRAS FUENTES DE CONSULTA:

SANTA BIBLIA, Ed. Reina Valera, 2002.

www.vidahumana.org/vidafam/aborto/aborto_mapa.html.

www.corazones.org/moral/vida/aborto/aborto-nacimientoparcial.html

www.nrlc.org/hal/summer2003.html

www.hshr.org/despenalización.html

www.feyrazón.org/nesaborts.html

www.chasque.net/comision/dossierabortion.html

www.insp.mx/salud/html

www.abortos.com/htm/legislacion/html

www.lahora.com.ec

www.dgbiblio.unam.mx

www.siise.gov.ec/fichas/salud6b7.htm

www.lasexologia.net/anticoncepcion_aborto.html

www.elcomercio.com

www.monografias.com/abortosmetodosyconsecuencias.htm

www.plannedparenthood.org/español/comoseobtieneunabortion.html

www.sexovida.com.declaracion.htm

www.espectacular.webcindario.com/3VIVIRLA LIBERTAD.htm

www.cnnenespañol.com

www.asesora.gub.uy/documento/respuesta/codigo/codigo.doc

www.abortos.com/legislacion/espñola.htm

www.isad.org/prguide/prefacio-y-introduccion.htm

www.radionederland.nl/barcoabortistaenpolonia.htm

MÁRQUEZ CLAUDIA, www.64.21.33.164/cnews/v96/dec96/7ao/html

MASEDA HÉCTOR, www.cubanet.org/cnews/y02/feb02/27a7.htm

GLOSARIO

ADN.- Ácido Desoxirribonucleico.

Barbudos.- Nombre con el que se conocía a los revolucionarios cubanos.

Cigoto.- Óvulo fecundado por un espermatozoide.

Coloración Árbol de Navidad.- Examen para determinar la existencia de semen humano, los espermatozoides destacan en un fondo verde como bombillos de color rojo, de ahí el nombre de la prueba.

Coloración Gram.- Sistema de coloración de para análisis microscópico de bacterias.

Determinación del Grupo ABO.- Determinación del factor sanguíneo.

Embrión.- Humano en desarrollo durante sus etapas tempranas.

Endometrio.- Capa interna y delgada del útero.

Feto.- Humano en desarrollo después del periodo embrionario y antes del nacimiento.

Fosfatasa Ácida.- Enzima que forma parte del líquido seminal.

Gametos.- Óvulos femeninos

Granma.- Yate en el cual viajaron los revolucionarios cubanos, desde México, hasta Santiago de Cuba.

Marcadores Enzimáticos.- Productos químicos que ayudan a realizar pruebas médica legales, marcan de cierta coloración los fluidos corporales.