



Facultad de Ciencias Jurídicas

Maestría de Investigación en Derecho con Mención en
Derechos Constitucionales, Humanos y Ambientales

Tema:

Análisis Normativa, Jurisprudencial y Doctrinaria en materia de Derechos Humanos,
para determinar la existencia o no de un derecho humano al aborto en el Ecuador.

**Tesis para la obtención del Título de Magíster en Investigación en Derecho con
Mención en Derechos Constitucionales, Humanos y Ambientales**

Presentada por: Pablo José Crespo Álvarez

Tutor:

Héctor Yépez Martínez

Quito, Noviembre de 2022

RESUMEN

El presente trabajo académico realiza un análisis conceptual y jurídico sobre la posibilidad de afirmar la existencia o no de un derecho humano al aborto. Para efectos de conocer los fundamentos de los principales conceptos abordados (aborto, derecho humano, *nasciturus*) se toman como referencia diversas fuentes conceptuales del idioma en general, así como fuentes jurídicas, doctrina y jurisprudencia, en los casos aplicables.

Las fuentes máximas para determinar la existencia de un derecho humano en el marco jurídico ecuatoriano son la Constitución y por disposición de la misma los tratados internacionales, por lo que, de acuerdo a la normativa ecuatoriana, se puede afirmar que existe un derecho humano si el mismo consta en los catálogos de derechos propuesto por la Constitución o Tratados Internacionales que integran el bloque de constitucionalidad. Como una segunda vía de identificar la existencia de esta clase de derechos, se observa la cláusula abierta, cuyo cumplimiento se supedita a que la conducta o bien que se desee proteger sea favorable y tendiente a la mejora de la dignidad del ser humano. Para evaluar esto último, se citan y analizan artículos de carácter técnico, contrastando posturas que entiendan al aborto como favorable para el ser humano, así como posturas que lo consideran nocivo.

A fin de conocer si el aborto puede ser o no favorable para el ser humano, se cuestiona si el *nasciturus* es un sujeto de derecho, para que, en caso de efectivamente serlo, incluir este hecho como un factor a ser tomado en cuenta respecto a la favorabilidad o no del aborto para el ser humano considerando su dignidad objetiva. Al final se concluye con una respuesta a la pregunta sobre si, a la luz de los argumentos a favor o en contra del aborto (con base a quienes son efectivamente sujetos del derecho implicados o afectados por este acto), el aborto resulta favorable y por tanto puede constituirse en un derecho, además de existir o no el mismo dentro de los catálogos de derechos humanos aplicables.

Palabras clave: Aborto, Derechos Humanos, Dignidad.

DECLARACIÓN DE ACEPTACIÓN DE NORMA ÉTICA Y DERECHOS

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en este ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura dentro de la institución, a la vez que autorizo el uso comercial de mi obra a la Universidad de Los Hemisferios, siempre y cuando se me reconozca el cuarenta por ciento (40%) de los beneficios económicos resultantes de esta explotación.

Además, me comprometo a hacer constar, por todos los medios de publicación, difusión y distribución, que mi obra fue producida en el ámbito académico de la Universidad de Los Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee.

Pablo José Crespo Álvarez

C.I. 1712793106.

DEDICATORIA

A mi familia y mis amigos (que son maestros de la vida), y a mis maestros de la Academia, quienes permiten ver más allá de lo simple, de lo evidente, de lo obvio, y le dan sentido a los más cotidianos esfuerzos laborales y académicos.

AGRADECIMIENTO

A mi familia, a mis amigos, quienes me impulsan a luchar por ser mejor cada día y llegar más allá de donde incluso quizá yo no lo creía posible.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN	2
DEDICATORIA.....	4
AGRADECIMIENTO	5
RESUMEN	8
ABSTRACT	10
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	11
JUSTIFICACIÓN.....	11
PLANTEAMIENTO DE LA HIPÓTESIS:.....	12
OBJETIVOS GENERALES.....	13
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	13
INTRODUCCIÓN.....	14
CAPÍTULO 1. MARCO TEÓRICO	16
1.1. El aborto y sus diferentes definiciones.	16
1.2. ¿Qué es un derecho humano?	20
CAPÍTULO 2. TIPIFICACIÓN DEL ABORTO COMO UN DERECHO HUMANO EN LA CONSTITUCIÓN, JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y TRATADOS INTERNACIONALES.....	27
2.1. El aborto cómo derecho humano en la Constitución del Ecuador.....	27
2.2. El aborto como derecho humano en tratados internacionales.	29
2.3. El aborto cómo derecho humano en la	30
Sentencia No. 34-19-IN/21 y Acumulados.....	30
2.4. Análisis sobre posibilidad de existencia del derecho humano al aborto con base a dignidad humana.....	34
2.5. Estatus legal del <i>Nasciturus</i> en la normativa ecuatoriana.	34
2.6. Contraste de posturas sobre el aporte o no del aborto a la dignidad del ser humano.	44

4. CONCLUSIÓN.....	60
REFERENCIAS.....	61

TESIS

Análisis Normativa, Jurisprudencial y Doctrinaria en materia de Derechos Humanos, para determinar la existencia o no de un derecho humano al aborto en el Ecuador.

Autor: Pablo José Crespo Álvarez.

Correo electrónico: pablojresco@gmail.com

RESUMEN

El presente trabajo académico realiza un análisis conceptual y jurídico sobre la posibilidad de afirmar la existencia o no de un derecho humano al aborto. Para efectos de conocer los fundamentos de los principales conceptos abordados (aborto, derecho humano, *nasciturus*) se toman como referencia diversas fuentes conceptuales del idioma en general, así como fuentes jurídicas, doctrina y jurisprudencia, en los casos aplicables.

Las fuentes máximas para determinar la existencia de un derecho humano en el marco jurídico ecuatoriano son la Constitución y por disposición de la misma los tratados internacionales, por lo que, de acuerdo a la normativa ecuatoriana, se puede afirmar que existe un derecho humano si el mismo consta en los catálogos de derechos propuesto por la Constitución o Tratados Internacionales que integran el bloque de constitucionalidad. Como una segunda vía de identificar la existencia de esta clase de derechos, se observa la cláusula abierta, cuyo cumplimiento se supedita a que la conducta o bien que se desee proteger sea favorable y tendiente a la mejora de la dignidad del ser humano. Para evaluar esto último, se citan y analizan artículos de carácter técnico, contrastando posturas que entiendan al aborto como favorable para el ser humano, así como posturas que lo consideran nocivo.

A fin de conocer si el aborto puede ser o no favorable para el ser humano, se cuestiona si el *nasciturus* es un sujeto de derecho, para que, en caso de efectivamente serlo, incluir este hecho como un factor a ser tomado en cuenta respecto a la favorabilidad o no del aborto para el ser humano considerando su dignidad objetiva. Al final se concluye con una respuesta a la pregunta sobre si, a la luz de los argumentos a favor o en contra

del aborto (con base a quienes son efectivamente sujetos del derecho implicados o afectados por este acto), el aborto resulta favorable y por tanto puede constituirse en un derecho, además de existir o no el mismo dentro de los catálogos de derechos humanos aplicables.

Palabras clave: Aborto, Derechos Humanos, Dignidad.

ABSTRACT

This academic work performs a conceptual and legal analysis on the possibility of affirming the existence or not of a human right to abortion. For the purpose of knowing the foundations of the main concepts addressed (abortion, human right, *nasciturus*) various conceptual sources of the language in general, as well as legal sources, doctrine and jurisprudence, in applicable cases, are taken as a reference.

The main sources for determining the existence of a human right in the Ecuadorian legal framework are the Constitution and, by provision thereof, international treaties; therefore, under Ecuadorian law, it can be stated that a human right exists if it is included in the catalogs of rights proposed by the Constitution or International Treaties. As a second way to identify the existence of this kind of rights, the open clause is observed, whose compliance is subject to the fact that the conduct or property to be protected is favorable and tends to the improvement of the dignity of the human being. To evaluate the latter, technical articles are quoted and analyzed, contrasting positions that understand abortion as favorable for the human being, as well as positions that consider it harmful.

In order to know whether abortion can be favorable or not for the human being, it is questioned if the unborn child is a subject of law, in order to include this fact as a factor to be taken into account regarding the favorability or not of abortion for the human being, considering its objective dignity. In the end, we conclude with a response on the question, in the light of the arguments for or against abortion (based on who are effectively subjects of the right involved or affected by this act), of whether abortion is favorable and therefore can constitute a right, as well as whether or not it exists within the applicable human rights catalogs.

Keywords: Abortion, Human Rights, Dignity.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El aborto ha sido tradicionalmente tratado bajo la figura de un delito en la legislación ecuatoriana. En casos concretos, se ha analizado (y en determinados supuestos aprobado) su despenalización parcial, para causales en las que no se sanciona su comisión. Que el aborto sea un delito, implica por lo tanto qué en contraparte prohíbe una acción que atentaría contra un bien jurídico protegido, siendo este el derecho a la vida.

Esta simetría de figuras (derecho protegido y conducta prohibida mediante la prohibición de un acto tipificado como delictivo) es una relación natural y fácilmente apreciable por regla general el ordenamiento jurídico local. Sin embargo, llegado el caso ¿es posible que una figura tipificada como un delito, se entienda en determinadas como un derecho? ¿En caso de que pueda darse este supuesto, cuáles serían los requisitos que deberían concurrir para ello? ¿se cumplirían estos requisitos en el caso del concepto particular del aborto?

Para responder estas preguntas es preciso analizar el concepto y alcance de lo que es un derecho humano y analizar cuáles son los factores y componentes que hacen que un concepto jurídico pueda enmarcarse en dicha categoría. De esta manera, será necesario realizar una aproximación tanto en el sentido estrictamente conceptual de la figura de derecho humano, así como un acercamiento a la misma, evaluando su tratamiento en el ordenamiento jurídico en análisis, para determinar si puede llegar a darse una identificación entre los componentes del acto de abortar y los elementos propios de un derecho humano.

JUSTIFICACIÓN

No son pocas las latitudes en que se ha planteado la existencia de un derecho humano al aborto. Sin embargo, toda vez que nos encontramos ante una figura que tradicionalmente ha constituido un delito, se vuelve necesario contrastar (desde un punto de vista jurídico) si el sistema normativo ecuatoriano admitiría entender al concepto del aborto como un derecho, o si el ordenamiento legal nacional lo contempla como un delito

(sin perjuicio de poder o no existir circunstancias que podrían ser atenuantes o incluso no punibles).

Con la presente investigación se apunta a realizar un aporte académico que permita reconocer si existe un derecho humano al aborto, pues es gravitante entender si en la coyuntura política y social actual, quien defienda su despenalización (total o parcial) estaría militando en favor de la protección de un bien jurídico de tan alta protección debida a aquellos derechos que se enmarquen en dicha categoría. Por el contrario, si no se tratase de un derecho humano, mal se podría promover su práctica (en aquellos casos en que fuere punible) por poderse incluso a configurar apología de un delito, o en todo caso, por estar en contraposición con un derecho humano cuya protección ha sido relevante en varios instrumentos internacionales, así como normativa local, como sería el derecho a la vida.

Por otro lado, no son pocos las fundamentaciones ideológicas o de carácter moral, político o incluso religioso que pueden llegar a ser parte del debate en favor o en perjuicio de la despenalización o promoción del aborto. Existe entonces una potencial problemática jurídica, con posibles repercusiones sociales, que hacen necesario atender de manera importante esta disyuntiva, para tener bases jurídicas apreciables sin perjuicio de cualquier clase de tendencia política, ideológica o religiosa, para entender qué clase de posturas pueden corresponder ante la figura del aborto. De lo contrario, se correrá el riesgo de navegar por caminos sinuosos, propios de la falta de un fundamento legal-conceptual sólido, con una base argumentativa clara y apegada a la ciencia jurídica, la cual debe ser la que informe esta clase de discusiones.

PLANTEAMIENTO DE LA HIPÓTESIS:

La presente investigación con base en Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y aquellos instrumentos internacionales que puedan formar parte del ordenamiento jurídico local, permitirá distinguir claramente la figura de un derecho humano, la cual se estima improbable de identificarse con un delito. Haciendo uso de los principios constitucionales y las normas en que se traducen las directrices de la norma máxima en el Ecuador, se delimitará claramente los aspectos que convierten a un derecho humano en tal, siendo

elementos que favorezcan naturalmente la dignidad del ser humano, encontrándose muy probablemente en franca contradicción con la figura de un delito.

OBJETIVOS GENERALES

- Analizar y conceptualizar de forma pormenorizada los llamados “derechos humanos”.
- Determinar cuáles son los criterios que provee la normativa ecuatoriana (tanto a nivel constitucional como infra constitucional) y comprender el rol del “bloque de constitucionalidad” y su ampliación del espectro normativo local, alcanzado instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.
- Delimitar con claridad los elementos que configuren la existencia de un derecho humano, y sus distintas fuentes en el Ecuador.
- Identificar los cuerpos legales o fuentes de derecho en general, desde las cuáles se pueda extraer la existencia de un derecho humano.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Determinar y señalar de manera totalmente individualizada las fuentes de las que puede emanar un derecho humano según el ordenamiento jurídico ecuatoriano, siendo que tal derecho pueda incluirse en el catálogo de derechos con pleno reconocimiento sobre su existencia.
- Contrastar la existencia de un presunto derecho al aborto frente a otros derechos en potencial colisión como el derecho a la vida.
- Concluir si el aborto puede comprenderse o no como un derecho humano.

INTRODUCCIÓN

En años recientes, en el seno del Parlamento Europeo se ha mantenido una discusión sobre el aborto desde un enfoque jurídico que lo plantea como un derecho. Tanto es así, que el diario ABC, en una publicación de junio de 2021, en su versión digital, apunta como titular: “El Parlamento Europeo pretende declarar el aborto como un «derecho humano»”¹. De igual manera, el portal oficial de Amnistía Internacional ha publicado en octubre de 2021 un artículo titulado “El cambio es inevitable: en toda Europa se reclama el derecho humano a un aborto seguro”², sosteniendo que el aborto sería una conquista de múltiples países de la Comunidad Europea, y destaca el mérito de las mujeres por su lucha para lograrlo.

Si bien existen estados europeos en los cuales hay discordancia frente a políticas más progresistas de aborto, se continúa abordando este tópico (al menos comunicacionalmente) como un derecho. Tal es el caso de la publicación que consta en el portal web oficial del Parlamento Europeo al referir que: “el aborto es un asunto controvertido en diversos Estados miembros de la UE. Así, por ejemplo, el Parlamento polaco debatió recientemente un proyecto de ley que habría tenido como consecuencia mayores restricciones del derecho al aborto”³.

Otro ejemplo importante y aplicable al Ecuador, es el texto de las primeras versiones de la “Ley Orgánica que regula la interrupción voluntaria del embarazo para niñas, adolescentes y mujeres en caso de violación” (Registro Oficial Suplemento 53 de 29-abr.-2022), el cual originalmente pretendía tratar al aborto como un derecho incluso desde el título del proyecto. De hecho, el informe no vinculante para primer debate del Pleno de la Asamblea Nacional tenía la denominación de “Proyecto de Ley Orgánica para garantizar el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo para caso de violación”⁴.

Sin perjuicio de esta tendencia, existen también voces que se pronuncian en sentido contrario, tal como ocurrió con el voto salvado del Juez Interamericano Eduardo Vio Grossi, en su voto parcialmente disidente dentro de la Sentencia de 2 de noviembre

¹ Recuperado de <https://bit.ly/3Ec4L1o>.

² Recuperado de <https://bit.ly/31kNHb3>.

³ Recuperado de https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-7-2011-009068_ES.html.

⁴ Recuperado de <https://bit.ly/3z987CH>.

de 2021 del caso *Manuela y Otros Vs. El Salvador* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Afirma el juez: “es indiscutible que, tal como se señaló en un voto individual del suscrito, no existe norma jurídica interamericana ni internacional alguna, sea convencional, costumbre internacional o principio general de derecho, que reconozca al aborto como un derecho”⁵.

Entonces, ¿es posible o no afirmar que existe un derecho humano al aborto? ¿Una figura que tradicionalmente en el ordenamiento legal ecuatoriano ha mantenido la naturaleza propia de un delito, puede pasar a formar parte de un catálogo de Derechos Humanos? Desde un enfoque normativo, sin dejar de lado las bases jurídicas doctrinales y conceptuales, se buscará dar una respuesta a tales inquietudes, con fuentes como la Constitución ecuatoriana, instrumentos internacionales, jurisprudencia constitucional, leyes, normativa secundaria local, entre otros.

⁵ Voto salvado Juez Eduardo Vio Grossi, Sentencia Caso Manuela y otros Vs. El Salvador, CIDH.

CAPÍTULO 1. MARCO TEÓRICO

El aborto se ha convertido en uno de los temas más debatidos en el último tiempo a causa de la complejidad que existe y se genera alrededor del mismo; donde cabe mencionar que los actores en esta situación son varios, sin embargo, la mujer –como portadora del feto– y el feto son quienes más afectados directa e indirectamente resultan dentro de este planteamiento.

El aborto es controversial, ya que intervienen múltiples elementos a ser considerados, entre ellos la parte psicológica, emocional, afectiva, y mental de quien lleva la mayor responsabilidad en el acto. Ahora bien, antes de continuar abordando el tema y de entender si el aborto se puede o no categorizar como un derecho humano, es fundamental entender su significado y las diferentes aristas que convergen en él. Por otro lado, será de gran relevancia poder conocer si existe una definición de aplicación general respecto al concepto “derecho humano”, o en todo caso identificar los elementos que harían que una necesidad o deseo que se pretenda sea tutelado por las autoridades correspondientes, tenga la calidad de derecho humano.

1.1. El aborto y sus diferentes definiciones.

Como primera fuente (en orden de análisis, no necesariamente de importancia) se tomará a la Real Academia de la Lengua Española (RAE). Sobre las definiciones provistas por dicha entidad, se citan las dos primeras, tanto por su relevancia, como por el hecho de que para entender la primera definición se precisa de la segunda:

“1. m. Acción y efecto de abortar.

2. m. Interrupción del embarazo por causas naturales o provocadas.”⁶.

La definición “2” (la cual dota de contenido a la definición “1”) habla de manera general de la interrupción del embarazo sin identificar si se trata de un acto (siendo consecuencia del proceder de una o varias personas) o si se trata de un hecho (cuyas consecuencias no son atribuibles al accionar del ser humano y correspondiendo más bien a circunstancias sobre las cuales las personas implicadas no tendrían control). Bajo un criterio tan amplio no se podría, por ejemplo, distinguir entre un aborto provocado y un

⁶ Recuperado de <https://dle.rae.es/aborto>.

aborto espontáneo. El portal web oficial de la red de clínicas especializadas en procedimientos relacionados con planificación reproductiva y abortos define al aborto espontáneo de la siguiente manera: “Un aborto espontáneo (también conocido como pérdida) es cuando un embrión o feto muere antes de la semana 20 de embarazo. El aborto espontáneo usualmente ocurre temprano en el embarazo”⁷. En esta definición se presenta la circunstancia en la cual no existiría la voluntad de terminar con la vida del feto, sino que este fallece sin que exista una voluntad externa de que así suceda. Respecto al aborto provocado no existe una definición como tal provista por el portal mencionado y se alude al mismo solo como “aborto” de manera amplia distinguiendo dos mecanismos para provocarlo, siendo evidente que tales métodos se enmarcarían en el ámbito de aborto voluntario: “Hay dos maneras de interrumpir un embarazo: el aborto en clínica y las pastillas abortivas”⁸.

Para efectos del análisis en curso, no será aplicable el aborto entendido como un hecho ocurrido al margen de la voluntad humana, es decir, no como la muerte del feto sin que medie la realización de acciones encaminadas a provocar el fin de la vida del no nacido, ya sea por parte de la madre o de terceros, puesto que no se podría exigir como un derecho la ocurrencia de algo sobre lo que no se tiene ningún tipo de control. Quizá más clara es la definición que provee el artículo “*Propuesta de un glosario para la discusión del aborto*” de la autora Carmen Astete (y otros) al apuntar que el aborto, como hecho involuntario, es “el aborto que ocurre de manera natural, sin mediar la intención de hacerlo”⁹. Quedaría entonces excluido del análisis el derecho en cuanto a un hecho que se produce sin ser consecuencia del obrar de la madre del *nasciturus* o de terceros.

Continuando con otras definiciones, se puede citar la provista por la enciclopedia de salud MedlinePlus, la cual entiende por aborto a “(...) un procedimiento para interrumpir un embarazo. Se utilizan medicinas o cirugía para retirar el embrión o el feto y la placenta del útero. El procedimiento es realizado por un profesional de la salud con licencia.”¹⁰. Por su parte, según el ya citado artículo de Carmen Astete, la Organización

⁷ Recuperado de <https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/embarazo/aborto-espontaneo>.

⁸ IBID.

⁹ Recuperado de <https://bit.ly/3MixOvc>.

¹⁰ Recuperado de <https://bit.ly/38NEBHU>.

Mundial de la Salud –OMS– cuenta con una definición específica, distinguiéndola de la definición jurídica:

<<(…) la interrupción del embarazo cuando el embrión o feto todavía no es viable fuera del vientre materno (ver Viabilidad fetal). Después de la viabilidad, la interrupción del embarazo se considera inducción de parto prematuro. Si la intención es la eliminación del feto se considera aborto tardío (*late-term abortion*). Desde la concepción jurídica, el aborto es considerado como “(…) toda maniobra destinada a interrumpir el embarazo impidiendo que llegue al término natural, con destrucción o muerte del producto>>¹¹.

No se encuentra una armonía en cuanto a las definiciones de aborto y tampoco existe unanimidad al momento de establecer cuáles son los diferentes periodos temporales que modifican determinadas características y aspectos relacionados con la regulación sobre el aborto. El aborto no dejaría de serlo en función del periodo gestacional en el cual se lo practique, sin embargo, es frecuente que las definiciones vayan acompañadas de referencias temporales, que como se indicó no son las mismas en todos los casos.

En el caso ecuatoriano, por ejemplo, una de las definiciones de aborto planteadas por el Estado difiere y entra en tensión con la expuesta por la OMS, pues, a diferencia del organismo internacional donde se contempla un periodo de 20 semanas, o 18 semanas de edad gestacional –puntualizando que esto puede extenderse hasta 23 semanas–; el Ecuador a través del Acuerdo Ministerial 0051195 del Ministerio de Salud Pública del Ecuador (el cual a su vez, cita a la OMS lo cual resulta llamativo por la contradicción), alude a un periodo menor de 22 semanas de edad gestacional, según se cita a continuación.

“Aborto: La OMS define el aborto como la terminación del embarazo posterior a la implantación del huevo fecundado en la cavidad endometrial, antes que el feto logre la viabilidad (menor de 22 semanas de edad gestacional, con un peso fetal menor de 500 gramos y una longitud céfalo-caudal menor que 25 cm)”¹².

¹¹ Recuperado de <https://bit.ly/3QahibU>.

¹² Acuerdo Ministerial 0051195, Ministerio de Salud, R.O. Suplemento 395, diciembre 12 de 2014.

No obstante, existen más disparidades en las especificaciones de la normativa local ecuatoriana, pues el Acuerdo Ministerial No. 00091 – 2019, publicado en el Registro Oficial 54 de del 04 de octubre del año 2019, define el aborto como la "pérdida de la gestación antes de la semana 20, cuando es recurrente debe realizarse una adecuada evaluación para descartar etiología autoinmune como el Síndrome"¹³. En cualquier caso, será procedente entender al aborto (sin perjuicio de características particulares atribuidas en cada definición) en el marco de la terminación voluntaria del embarazo, con cualquier método aplicable, dando como resultado inmediato el fin de la vida del feto.

Finalmente, conviene señalar que el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano (cuyo tratamiento sobre el aborto es fundamental en el análisis en curso) no cuenta con una definición sobre aborto, siendo únicamente tipificada su realización en los artículos 147 (aborto con muerte), 148 (aborto no consentido) y 149 (aborto consentido).

El artículo 150 de dicho cuerpo legal establece los casos de aborto no punible de los cuales, a través de la sentencia constitucional, expedida en la Resolución de la Corte Constitucional No. 34, publicada en Registro Oficial Suplemento 194 de 29 de junio del 2021, se declaró la inconstitucionalidad de la frase "en una mujer que padezca de discapacidad mental", contenida en el numeral 2 de dicho artículo. Tal inconstitucionalidad extendió la no punibilidad de este delito, de mujeres con discapacidad que hubiesen sufrido una violación, a todas las mujeres víctimas de la misma. Mediante dicha sentencia se fundamentó que tal distinción entre mujeres con discapacidad y aquellas que no la tuvieran sería discriminatoria. Se copia a continuación el texto del artículo referido, en su versión actual, posterior a la declaración emitida por la Corte Constitucional:

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

1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

¹³ Acuerdo Ministerial 91 No. 00091 – 2019, Registro Oficial 54 de 04-oct.-2019.

2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.”¹⁴

1.2. ¿Qué es un derecho humano?

Con el fin de responder la pregunta de si el aborto puede o no ser considerado un derecho humano, se debe antes delimitar qué se entiende por tal. Según el portal web oficial del Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF por sus siglas en inglés) los derechos humanos son:

“normas que reconocen y protegen la dignidad de todos los seres humanos. Estos derechos rigen la manera en que los individuos viven en sociedad y se relacionan entre sí, al igual que sus relaciones con el Estado y las obligaciones del Estado hacia ellos”¹⁵.

Acudiendo a la Doctrina, el catedrático en Filosofía del Derecho, Ignacio Ara Pinilla en su obra *Hacia una definición explicativa de los derechos humanos*, precisamente en un esfuerzo por plasmar qué se entiende por tales, propone que se podría “definir a los derechos humanos como las facultades que el hombre se atribuye como inherentes a su condición”¹⁶. Si bien encontramos que, por un lado, la definición provista por la UNICEF hace énfasis en la dignidad como objeto de protección de los Derechos Humanos y en los sujetos obligados a respetarlos (el Estado y la sociedad) y por otro, la definición de Ara Pinilla lo hace respecto a la condición de ser humano como fundamento para facultar a este para exigir su protección, tales apreciaciones no son incompatibles. Más aún, el autor y ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Doctor Pedro Nikken en su publicación *El Concepto de Derechos Humanos*, aglutina las dos ideas centrales de los autores referidos, al explicar esta clase de derechos expone:

“La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que este, o bien tiene el deber de respetar

¹⁴ Código Orgánico Integral Penal, Ley 0 Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014.

¹⁵ Recuperado de <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/que-son-derechos-humanos>.

¹⁶ Ara Pinilla, I. *Hacia una definición explicativa de los Derechos Humanos*, Universidad de la Laguna, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas: Boletín Oficial del Estado Fecha de edición: 1993. Recuperado de: <https://bit.ly/31xNmSs>.

y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos”¹⁷.

Se pueden apreciar entonces coincidencias conceptuales en las definiciones, siendo puntos comunes los siguientes:

- i. Que suponen un deber de respeto (y de garantía según el caso) por parte del Estado.
- ii. Entender que los derechos humanos tienen como base la condición del humano de ser tal, y la dignidad inherente que ello apareja.

Tomando en cuenta el contexto histórico en que se adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948), la cual “fue el resultado de la experiencia de la Segunda Guerra Mundial”¹⁸, es natural que estos derechos dispongan obligaciones para los Estados. Pero que los derechos humanos tengan como fundamento la condición del hombre como tal, es razonable preguntarse si toda circunstancia derivada de la condición humana que pueda demandar algún tipo de deber por parte de un Estado (ya sea deber de garantía o deber de respeto) convertirá a dicha circunstancia en un derecho humano. Por ello, es necesario investigar si en efecto existe algún elemento diferenciador que haga que los fenómenos antes descritos puedan ser entendidos como derechos humanos.

El jurista y filósofo español Jesús Ballesteros prevé una “íntima relación existente entre el concepto de derechos y su condición de humanos o universales”¹⁹, ello en su artículo denominado *¿Derechos? ¿Humanos?* Llama la atención que en su texto Ballesteros parece asociar casi como sinónimos las características de universalidad de estos derechos, con la de ser propios de los hombres. Ello puede suponer dos cosas: la primera, que los derechos de tal índole alcanzarán a todos aquellos quienes formen parte

¹⁷ Nikken1 , Pedro, El Concepto de Derechos Humanos Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Pág. 1 – 6.2, recuperado de <https://bit.ly/3rbGqoX>.

¹⁸ Recuperado de: <https://www.un.org/es/about-us/udhr/history-of-the-declaration>.

¹⁹ BALLESTEROS, Jesús, “¿Derechos?, ¿Humanos?”, artículo.

Tiene como base un texto leído en el Curso "Nuevas fronteras de los derechos humanos", dirigido por el Profesor Andrés Ollero y celebrado en la UIMP, que ha sido posteriormente revisado y actualizado.

del género humano, sobre lo cual no existe la menor duda; y la segunda, que todo el universo de quienes podrán ostentar estos derechos serán únicamente los seres comprendidos en la comunidad humana. Dicho de otra forma, por un lado, se indica que la totalidad de humanos, sin excepción goza de estos derechos, pero, además, que nadie fuera de ellos puede ostentarlos.

La veracidad o no de estas dos afirmaciones, que podrían parecer una obviedad, es relevante para determinar cuál es el elemento esencial que convierta o no una circunstancia humana particular que derive en obligaciones estatales en un derecho humano. Sobre la primera afirmación de que todo ser humano goza de estos derechos no parece existir mucho lugar a duda; luego, cuando afirmo que un sujeto es humano, será titular de derechos humanos.

La segunda afirmación puede ser, como poco, puesta en duda, lo cual quizá no habría ocurrido en el pasado, pero la dinámica cambiante del mundo jurídico lleva que en la actualidad sea así. ¿Qué puede tener de impreciso apuntar que un derecho humano sea de titularidad exclusiva de un ser humano, cuándo su misma etimología parece dar la respuesta? Sin pretender ahora abarcar en profundidad estos casos particulares, a modo ejemplificativo, escenarios en los cuales, tanto a nivel local como internacional se ha puesto en duda que los derechos humanos sean exclusivamente del ser humano.

Un caso de ello sería el reconocimiento constitucional de derechos a la Naturaleza realizado a través de la Constitución ecuatoriana, la cual, por un lado, dispone en su artículo 10 que esta “será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”²⁰ y que en su artículo 70 establece que “la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”²¹. El respeto aquí a la existencia de la Naturaleza podría encontrar alguna similitud con el derecho humano de los hombres que dota de protección a la vida, pero claro está, bien se podría alegar la existencia de diferencias significativas entre los derechos de la naturaleza y derechos humanos como el citado. De cualquier forma, como queda dicho, este caso pretende ser solo ejemplificativo sobre la posibilidad de que el universo de destinatarios de derechos humanos sean solo los hombres.

²⁰ Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008, Montecristi.

²¹ IBID.

Otro ejemplo, quizá más decidor que el inmediato anterior, puede ser el de la existencia de derechos tradicionalmente humanos, con idéntico bien jurídico protegido y una enunciación muy similar, pero en este caso a favor de personas jurídicas. Actualmente, se discute en diversos foros (e incluso se llega a afirmar) la posibilidad de que las empresas o corporaciones como personas jurídicas, puedan exigir tutela respecto a su derecho a la honra. Esta discusión es hoy en gran medida liderada por la comunidad jurídica de Chile, contando con una producción bibliográfica mayor que otros países en este sentido, comentando concretamente el numeral 4, del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile. Este numeral determina que la norma fundamental de dicho país asegura el “respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”²².

En un trabajo académico de Silvia Baeza Vallejo sobre el Derecho a la honra, citando a su vez al exministro del Tribunal Constitucional de Chile (entre los años 2002 a 2011) se afirma que “para don José Luis Cea, los bienes jurídicos protegidos por el artículo 19 n°4 se reconocen tanto a las personas naturales como a las jurídicas y también a los entes o instituciones morales como la familia”²³. En sentido similar Iñaki Leguina en el artículo *Derecho a la honra, ¿pueden ser las personas jurídicas titulares de este derecho?* (publicado en Diario Constitucional.cl), concluye que: “Según lo expuesto es posible sostener que, tanto para la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, las personas jurídicas son titulares del derecho a la honra”²⁴. Continuando con esta línea de opinión la abogada Javiera Moreno A., al publicar su *Análisis del derecho a la honra de las personas jurídicas y su desarrollo jurisprudencial en la actualidad* manifiesta: “En consecuencia, la jurisprudencia actual, pareciera inclinarse por reconocer esta garantía también a las personas jurídicas señalando que en base a la doctrina de la eficacia normativa directa de la Constitución”²⁵.

En el ámbito ecuatoriano, este derecho se recoge en el numeral 18 del artículo 66: “El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona”²⁶. De una revisión general sobre la aplicación de este derecho en personas jurídicas en el marco legal ecuatoriano, se puede notar que la discusión no ha sido todavía

²² Constitución Política de la República de Chile, 8 de agosto de 1980.

²³ Recuperado de <https://bit.ly/3NoBIMa>.

²⁴ Recuperado de <https://bit.ly/3yPqSef>.

²⁵ Recuperado de <https://www.ocl.cl/nota/?n=PavnyJfw>.

²⁶ Op Cit.

tan extensa como en el caso chileno. Sin embargo, no se pretende determinar en estas líneas si una corporación o empresa gozaría de la titularidad del derecho a la honra en Ecuador, sino únicamente cuestionar como absoluta la afirmación de que los denominados derechos humanos tengan su origen y su alcance atado únicamente a la realidad de la condición humana como elemento que convierta a una necesidad humana (aunque no exclusivamente humana) en un derecho humano.

Simplificando y recapitulando lo expuesto hasta ahora, al existir un derecho humano, cualquier individuo de la especie gozará de su reconocimiento por el simple hecho de pertenecer a esta categoría sin tener que existir o mediar otra circunstancia más que su calidad de serlo. Además, no solo se ha hallado que todos los hombres por su calidad de tal ostentan derechos humanos, sino que también cabe discutir si puede existir titularidad respecto de estos derechos o derechos análogos por parte de entidades no humanas.

Ahora, es importante entender si en sentido inverso, ¿toda condición que devenga del hecho de pertenecer a la especie humana acarreará un derecho? Es decir, ¿al requerir la tutela de una necesidad o aspiración de la cual se siente asistido o pretende estarlo un ser humano, puede esta no ser un derecho humano? A primera vista la respuesta podría parecer sencilla, ya que no resultaría práctico que toda pretensión que el hombre estime como debida a él sea un derecho y mucho más aún un derecho humano. Sin perjuicio de ello, contestar esta pregunta no es tan fácil como afirmarlo o negarlo sin mayor análisis, prueba de lo cual, varios doctrinarios que se citan a continuación han visto la necesidad de aclararlo.

El ya citado Ballesteros realiza una aclaración al respecto refiriendo a la vez autores como Pound cuando señala que:

“Los derechos humanos no son simples preferencias, ni elecciones arbitrarias, sino que tienen que ver con las necesidades o intereses de los seres humanos, tal como han visto entre otros Jhering, Salmond y Pound. Son los intereses jurídicamente válidos o protegidos” (Ibídem, p.28)²⁷.

²⁷ IBID, Ballesteros, pág. 28.

Entonces, percibir algo como deseable o manifestar un deseo expresado por el ser humano, no lo convierte automáticamente en un derecho humano. Hasta cierto punto se estaría retornando de manera circular. Alfredo Cruz Prados, en su texto ‘Ethos y Polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política’, concluye hablando sobre el origen de los derechos humanos como se entienden en la actualidad y la doctrina que se ha formado en torno a ellos que:

“El reconocimiento de la condición humana no es suficiente para la determinación de los derechos, porque -como hemos visto- los derechos no consisten en aquello que pueda ser necesario o conveniente para la satisfacción de cualquier exigencia o finalidad humana. Del conocimiento de la condición humana de cualquier sujeto, podemos extraer, ciertamente la realidad de un conjunto de necesidades, exigencias y finalidades; pero estas características – por sí solas, y por muy humanas que sean- no bastan para determinar lo que realmente pueda constituir un derecho.”²⁸ (p. 365).

Se ratifica entonces la idea de que las meras aspiraciones o pretensiones de que algo que sea percibido como un bien por un individuo humano no son suficientes para que se constituyan aquellas en derechos humanos. La conclusión lógica e inmediata debería ser que tendrán la categoría de derechos humanos, aquellos declarados así mediante los instrumentos jurídicos pertinentes, o, en otras palabras, aquellos contenidos dentro del catálogo de derechos del país que sea aplicable. En el caso ecuatoriano este catálogo de derechos se compone por los derechos humanos reconocidos en la Constitución, así como aquellos que forman parte de “tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución”²⁹, de acuerdo a lo que establece el artículo 424 de la norma suprema local.

Aplicando esta idea, la hoja de ruta para determinar si existe como tal o no un derecho humano al aborto en el Ecuador sería, a través de una lectura crítica de la carta fundamental y los tratados internacionales, concluir si se encuentra o no reconocido el

²⁸ Cruz Prados, Alfredo, Ethos y Polis. Bases para una reconstrucción de la filosofía política, 2000.

²⁹ IBID.

aborto como un derecho humano. Pese ello, esta hoja de ruta puede todavía dejar espacio para una variable más, incluso una vez realizado el análisis de texto constitucional y de los tratados aplicables. ¿Cuál sería esa variable? Pues está determinada por la existencia de la denominada cláusula abierta dentro de la Constitución, la cual posibilita que existan otros derechos, basados en factores como, por ejemplo, la dignidad del ser humano.

Entre los artículos que contemplan la cláusula abierta en la Constitución se encuentran el artículo 417 (que hace mención expresa de este término y que regula también la jerarquía normativa en materia de derechos humanos, en concordancia con los artículos 424 y 425) y el numeral 7, del artículo 11. Este último tiene una relación directa con la apertura de la normativa a reconocer derechos adicionales a los enumerados expresamente en los catálogos de derechos aplicables (es decir los incluidos en la ley fundamental ecuatoriana y los tratados ratificados) con base en la dignidad humana:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

(...)

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”.

El criterio de poder contar con derechos fuera de aquellos expresamente reconocidos, encuentra también asidero doctrinario en el texto en análisis del profesor Alfredo Cruz Prados cuando refiere que:

“A pesar de lo que se piense y se desee, un bien no se convierte en derecho por el mero hecho de que así sea declarado, por muy solemne y universal que esa declaración sea. Los derechos no cobran realidad por arte de declaraciones, sino en virtud de la calidad que pueda alcanzar la realidad común de una sociedad”³⁰.

³⁰ IBID, pág 166.

Cabe destacar, sin embargo, que, si bien el autor coincide en que pueden existir derechos distintos a los tipificados de manera expresa en los cuerpos legales aplicables, difiere respecto al numeral 7 del artículo 11 de la Constitución ecuatoriana en dos aspectos. En primer lugar, mientras que Cruz Pardos afirma que, de no alcanzarse una calidad determinada, con base a la realidad común de una sociedad que dote de validez a un derecho, aún si este ha sido declarado en un instrumento oficial, tal declaración no será más que una mera intención.

Por su parte, el artículo citado no desconoce en manera alguna el valor de los derechos que consten en la Constitución y los instrumentos internacionales, sino que abre la posibilidad de que a aquellos se sumen otros. La segunda diferencia radica en que no es para el filósofo la dignidad (como señala la Constitución) la que sirve de base para evaluar la existencia de derechos distintos a los que consten en un catálogo específico, sino que como se anticipaba, es la realidad común de una sociedad la que los legitimaría como tales. Evidentemente, fuera de los criterios que se puedan emitir sobre las apreciaciones de Cruz Pardos, al proveer el ordenamiento ecuatoriano ya una solución clara, corresponde aplicar las directrices del mismo. En tal sentido, para responder si es que una realidad percibida como un bien que se cree debe ser tutelado, es o no un derecho humano se debe, como primer paso, validar su presencia o no en la Constitución y los instrumentos internacionales aplicables y en caso de no encontrarse entre ellos, analizar el hipotético derecho humano a la luz del criterio determinado por el constituyente para afirmar o negar que nos encontramos ante un derecho humano, es decir, la dignidad del ser humano.

CAPÍTULO 2. TIPIFICACIÓN DEL ABORTO COMO UN DERECHO HUMANO EN LA CONSTITUCIÓN, JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y TRATADOS INTERNACIONALES

2.1. El aborto cómo derecho humano en la Constitución del Ecuador.

La primera fuente a ser consultada, es decir la Constitución, no incluye entre los derechos consagrados un derecho al aborto. Es probable que una posición activa en pro de argumentar la existencia de un hipotético derecho al aborto podría buscar sustento en derechos como la facultad de determinar cuántos hijos tener, o en general derechos sexuales y reproductivos de la Constitución. Sin embargo, ya que se pretende cuestionar

si existe o no un derecho al aborto como tal, mal se podría afirmar que sí existe este derecho, solamente a fuerza de buscar fundamentarlo sobre otros derechos cuyo reconocimiento sí es expreso.

Por otro lado, incluso si se pretendiese realizar un análisis extensivo de estos derechos, no resulta razonable pensar que la facultad de abortar (entendiéndose el aborto como un derecho) significaría una garantía para los derechos sexuales y reproductivos y en sentido opuesto, la imposibilidad de abortar no supone de manera inmediata la privación de una mujer a decidir sobre la cantidad de hijos que tendría, tomando en cuenta la existencia de vías alternativas y previas al aborto para efectivamente tomar dicha decisión, incluso antes de la existencia de un embarazo.

Contra este último argumento se podría esgrimir que la facultad de decidir sobre el número de hijos se vería limitada en el caso de una violación, pero corresponde tomar en cuenta que tales casos ya están enmarcados dentro del ámbito penal. Se realizará el análisis pertinente dentro de la sección correspondiente al argumento de la existencia o no de un derecho humano al aborto desde la dignidad, con un acercamiento particular a la naturaleza del aborto en la legislación ecuatoriana, siendo esta la de un delito, que puede no ser castigado en determinados casos, pero no dejando por ello de ser un delito.

Sin perjuicio de ello, se puede adelantar que, pese al hecho de que una persona pueda no ser sancionada al cometer una conducta tipificada como delito (al existir excepciones o circunstancias que la eximan) no contaría esta persona con un derecho como tal a cometer un delito. Por ello, desde esta óptica argumentativa, no cabría afirmar que los actos delictivos constituyen un derecho, menos aún un derecho humano.

De darse una profundización sobre cuál sería el derecho resultante en tales casos, es posible que se hallen derechos relacionados con la imposibilidad de sancionar a alguien por una conducta no tipificada en la ley como infracción penal (artículo 76, numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador) o en todo caso, aun tratándose de una conducta tipificada, no ser sancionable por las circunstancias particulares de haber sido una persona violada. Sin perjuicio de no ser la pretensión actual de estas líneas definir cuál es el derecho que asiste a una persona para no ser condenada encontrándose en circunstancias que la eximan, no se podría afirmar que el derecho que tiene la persona radicaría en delinquir (y ser el tipo penal el derecho) sino en no verse penalmente afectado en tales circunstancias.

2.2. El aborto como derecho humano en tratados internacionales.

El artículo 424 de la Constitución ecuatoriana, ya mencionado previamente, dota de un valor sumamente relevante a los tratados internacionales (cuando estuvieren ratificados) en materia de derechos humanos, indicando que tales instrumentos (junto con la Constitución) tendrán preminencia sobre las demás normas. Esta preminencia se sujeta a la condición de que el contenido de tales instrumentos reconozcan derechos más favorables a los incluidos en la norma fundamental. La consecuencia de ello es que, al momento de evaluar asuntos tocantes a esta clase de derechos, corresponde revisar como parte del catálogo de derechos de que gozan los ecuatorianos, también los cuerpos normativos internacionales que se enmarquen en las reglas del artículo mencionado:

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”³¹.

En base a ello, al no existir en la Constitución un derecho al aborto, correspondería verificar aquellos tratados suscritos por Ecuador. De dicha revisión, no solo que no existe un derecho al aborto reconocido, sino que por el contrario existen derechos que parecerían contradecir la posibilidad de que exista el mismo. Tal es el caso del artículo 4.1. de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la cual determina que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este Derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”³². Se aprecia en este artículo la existencia de un reconocimiento expreso al respeto a la vida del no nacido, lo cual hace difícil pensar que en contraposición el aborto pueda ser un derecho.

³¹ IBID.

³² Convención Interamericana de Derechos Humanos, 18 de julio de 1978, San José, Costa Rica.

No deja de ser evidente también que el artículo en mención deja abierta la puerta para la existencia de excepciones en que la protección desde la concepción no sea absoluta (puntualmente al utilizar la frase *en general*), pero ello de ninguna manera podría suponer una base para pensar en la existencia del derecho al aborto, pues nunca se ha puesto en duda que el aborto sea permitido por la norma en ciertos casos excepcionales, sino por el contrario, solo se pretende verificar si su existencia jurídica, más allá de un delito que cuente con circunstancias en las cuales se pueda ejecutar sin derivar consecuencias penales, puede eventualmente considerarse un derecho.

La generalidad de la protección de la vida a la cual alude la Convención Interamericana de Derechos Humanos, con base a su redacción, funcionaría como una regla general, por lo que las situaciones que escapasen a esta regla general (como pueden ser las causales específicas que existan sobre aborto no punible) serían, sin duda alguna, casos muy particulares y cabe destacar que una característica de los derechos humanos suele ser su universalidad.

No habiendo evidencias claras de la existencia de un derecho humano al aborto, así reconocido en la norma fundamental ecuatoriana, ni tampoco en instrumentos internacionales ratificados por el Estado, es pertinente analizar la existencia o no de dicho derecho a la luz de la dignidad humana, en atención a la aplicación de la cláusula abierta antes aludida, al igual que verificar si la jurisprudencia constitucional se pronunció sobre el aborto en cuanto a su calidad o no de derecho humano.

2.3. El aborto cómo derecho humano en la Sentencia No. 34-19-IN/21 y Acumulados.

La Resolución de la Corte Constitucional No. 34, publicada en Registro Oficial y signada en el texto publicado en el portal oficial de la Corte Constitucional del Ecuador bajo el número Sentencia No. 34-19-IN/21 y Acumulados (previamente referida por su modificación al artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal sobre aborto no punible) cuenta con varios pasajes importantes, que brindan una aproximación sobre la visión de la Corte sobre el entendimiento del aborto como un derecho humano o no.

Tal como se afirma al inicio de este análisis académico, existen Estados en los cuales se ha abierto el debate sobre la consideración o no del aborto como un derecho, y más aún, se ha llegado a considerarlo como tal. Esta apreciación es compartida por el

voto concurrente del ex juez constitucional Ramiro Ávila Santamaría, entonces magistrado de la Corte, quien en el párrafo 108 de su voto expresa:

“108. En el derecho comparado, los Estados han pasado de la criminalización de cualquier tipo de aborto, a la despenalización de las causales extremas, hasta la descriminalización total del aborto. Ecuador, con esta decisión, ha despenalizado el aborto por violación, que es una causal extrema”³³.

En el mismo voto, pero en el párrafo inmediatamente anterior, el doctor Ávila trata al aborto como un derecho:

“107. El derecho al aborto libre, digno, seguro y gratuito en casos de violación no significa, insisto, de modo alguno que se desconoce o se elimina el derecho a la protección del *nasciturus* desde la concepción”³⁴.

¿Supone ello que la jurisprudencia constitucional ha reconocido al aborto como un derecho? No. Puesto que la jurisprudencia relevante que emite la Corte Constitucional con base al numeral 6 del artículo 436 de la Constitución (el cual determina las atribuciones) se basa en las sentencias y no así en sus votos concurrentes o votos salvados. Tampoco se hace una referencia en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales a los efectos que tendría estos votos, cuando las menciona en los artículos 92 y 93 de esta norma. Por el contrario, sí se explican abundantemente los efectos de las sentencias, como por ejemplo lo hace el artículo 95, sobre los efectos de la sentencia en el tiempo.

De manera más específica, la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional en su artículo 38 describe más detenidamente a este tipo de votos:

“Las juezas o jueces de la Corte Constitucional podrán emitir votos concurrentes o votos salvados.

Los votos concurrentes son aquellos que muestran su acuerdo con la parte resolutive del proyecto de sentencia o dictamen presentado por la jueza o juez sustanciadora, pero expresan discrepancia o exponen argumentos adicionales

³³ Sentencia No. 34-19-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, D.M., 28 de abril de 2021.

³⁴ IBID.

respecto a la fundamentación jurídica, sin que esto implique desacuerdo con la decisión.

Los votos salvados son aquellos que expresan un desacuerdo total o parcial con la decisión.

Los votos concurrentes y los votos salvados serán anunciados ante el Pleno de la Corte Constitucional de forma obligatoria. Estos votos serán suscritos por la jueza o juez y remitidos a la Secretaría General, dentro del término de diez días contados a partir de la adopción de la decisión. En caso de no hacerlo, la Secretaría General sentará razón y continuará con el trámite de notificación.

Para efectos de proclamación del resultado de la votación, los votos concurrentes se contabilizarán con los votos a favor del proyecto de sentencia o dictamen³⁵.

Dicha codificación afirma que los votos concurrentes presenten un acuerdo con el voto de mayoría respecto a la sección resolutive de las sentencias y que dicho voto se sumará a los votos favorables. El efecto de ello es entonces que se respaldará el contenido de la Sentencia en lo que esta decida, pero en otras secciones de la misma podrán existir opiniones distintas a la sentencia efectivamente expedida, o bien la fundamentación de las razones por las que se ha llegado a conclusiones similares. La parte decisoria de la sentencia puede ser identificada conociendo los cuestionamientos sobre los que los jueces deben decidir y es evidente que ninguno de ellos se vincula con decidir si el aborto es o no un derecho, siendo tales cuestiones las siguientes:

“1. ¿La sanción penal hacia niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación que han interrumpido su embarazo sin tener una discapacidad mental es una pena proporcional?

1.1. La protección del *nasciturus* y el derecho a la integridad de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violencia sexual como derechos constitucionales jerárquicamente iguales, indivisibles e interdependientes.

1.2. Proporcionalidad y penalización del delito de aborto consentido en casos de violación

³⁵ Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de la Corte Constitucional, 2015.

2. ¿El artículo 150 numeral 2 del COIP es contrario al derecho a la igualdad y no discriminación al establecer como excepción únicamente el aborto consentido en casos de violación de mujeres con discapacidad mental?
3. Penalización del aborto consentido en casos de incesto, graves malformaciones e inseminación forzada”³⁶.

Al no ser objeto de este análisis profundizar en cada una de las interrogantes jurídicas que resolvió la Corte Constitucional, sino únicamente identificar si dicho órgano colegiado en algún momento se pronunció sobre la existencia de un derecho humano al aborto, no se analizarán de manera pormenorizada este precedente jurisprudencial. Pese a ello, luego de identificar que las únicas alusiones al aborto como un derecho constan en el voto concurrente del doctor Ávila Santamaría, se identificarán pasajes concretos en los cuales el texto del voto de mayoría se refiere al aborto, a fin de conocer cuál es la naturaleza con que se realizan las aproximaciones de la Corte al mismo. Resulta muy oportuno para este fin el contenido del párrafo 110, en el cual el tribunal aclara el fin que debe perseguir en su resolución:

“De ahí que esta Corte advierte que la presente causa no radica en determinar la constitucionalidad o no del aborto consentido en el Ecuador, sino por el contrario en si la configuración legislativa de este delito por parte de la Asamblea Nacional y la consecuente penalización de niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación que han interrumpido voluntariamente su embarazo contraviene los límites impuestos por la CRE y los instrumentos internacionales de derechos humanos”³⁷.

Si la sentencia advierte que no se pretende determinar la constitucionalidad o no del aborto consentido, menos aún es objeto de su análisis dirimir si aquel es o no un derecho. También es digno de mención, que este pasaje de la sentencia se refiere al aborto como un delito, sobre cuya punibilidad estaría discutiendo en el caso de mujeres que hubieren sido víctimas de violación. Entre las disposiciones y efectos de la sentencia se encontraban los de ordenar al Defensor del Pueblo preparar “un proyecto de ley que

³⁶ IBID.

³⁷ IBID.

regule la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación³⁸, el cual debía a su vez se aprobado por la Asamblea Nacional, cuya versión final fue en efecto ya aprobada y promulgada según el proceso legislativo pertinente.

Si bien las primeras versiones del proyecto incluían al aborto como un derecho, el texto definitivo del mismo no lo incluyó, en consonancia con la Constitución, Tratados Internacionales y la Sentencia analizada.

2.4. Análisis sobre posibilidad de existencia del derecho humano al aborto con base a dignidad humana.

Toda vez que se tomará como potencial fundamento para la existencia de un hipotético derecho al aborto la dignidad humana, se procurará tomar todos los distintos tipos de fuentes que pudieran brindar una medida sobre el impacto (positivo o no) que llegase a tener el aborto en la dignidad humana. Para este propósito existen al menos dos variables cruciales que superar. Por un lado, conocer si la dignidad a considerarse es exclusivamente la de la mujer, o si el *nasciturus* debería estar también incluido en las consideraciones correspondientes al aborto. En segundo lugar, dado que la dignidad es un concepto que podría variar de manera significativa en la apreciación particular que tuviese sobre ella cada nación, colectivo, individuo, etc., se deben contrastar ideas con puntos de vista disímiles, basados en argumentos jurídicos y de ser el caso, de disciplinas complementarias.

2.5. Estatus legal del *Nasciturus* en la normativa ecuatoriana.

Una arista que frecuentemente cobra relevancia a la hora de abordar el aborto, sobre todo desde un enfoque que pretenda determinar su legitimidad o falta de ella, es el estatus legal del *nasciturus*, pues no sería lo mismo discutir sobre una situación en la que plantea la terminación de la vida de un sujeto del derecho que hacerlo respecto a la vida de un ser vivo que no fuese tal, o no sería igual preguntarse sobre la pertinencia de abortar al *nasciturus* si se considera a este un ser humano, que hacerlo si el mismo no ostentase tal calidad. Conviene entonces analizar desde el concepto general de *nasciturus* a fin de conocer, por ejemplo, si este sería o no un sujeto de derecho, una persona, un ser sintiente, un ser capaz y evaluar el impacto que podría tener una u otra de las características mencionadas en que le sea debido (y en qué medida) o no respeto al *nasciturus*, como

³⁸ IBID.

sujeto pasivo (a falta de un mejor término previo a determinar si efectivamente se trata de un sujeto) del acto del aborto.

Para iniciar analizando qué se entiende por *nasciturus* y hacerlo con una fuente cuya validez pueda ser amplia, se toma como punto de partida lo que indica la Real Academia del Lengua Española –RAE–, la cual lo define como “una vida humana en formación”³⁹, y no como una vida humana ya existente. En otras palabras, esa definición propondría que el ser que todavía no ha nacido, no ha llegado aún a ser un humano. No obstante, si no se considerase un humano al *nasciturus* eso no necesariamente lo excluiría de la calidad de sujeto del derecho, pues en el Ecuador, desde la declaración de la Naturaleza como sujeto del derecho en la Constitución (artículos 10, 71, y artículos concordantes), la titularidad de derechos como una posibilidad exclusivamente para las personas, está al menos en entredicho. También la norma referida reconoce derechos aplicables a comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas (de acuerdo al artículo 57 de la Constitución y otros relacionados), siendo estos colectivos de personas, no considerándolas de manera individual.

En similar sentido al último criterio referido, el autor Grisel Galiano Martian, en su artículo *Reflexiones conceptuales sobre las categorías: persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho*, afirma que:

“Un sector de la doctrina civilista equipara los conceptos de sujeto de derecho y persona. Si bien es cierto, el nexos entre ellos, no debemos identificar los términos pues la tecnificación de personas posibilita en el mundo jurídico, incluir en la categoría sujeto de derecho, tanto a los seres humanos propiamente dichos como las agrupaciones o entes colectivos”⁴⁰.

Por ende, no es equivalente hablar de sujeto del derecho y de persona, y al no tratarse de conceptos equivalentes, incluso si se llegase a afirmar probadamente que el no nacido no es una persona, aquello no excluye que pueda ser titular de derechos.

³⁹ Recuperado de <https://dpej.rae.es/lema/nasciturus>.

⁴⁰ Galiano Martian, Grisel, *Reflexiones conceptuales sobre las categorías: persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho*, Derecho y cambio social, pág. 4. 2013.

Una vez abordada la relación entre individuo y sujeto del derecho, se realiza ahora un análisis del estatus jurídico del *nasciturus* desde la normativa vigente, aplicable al Ecuador, sin perjuicio de que se analice también de manera posterior el alcance de los conceptos de capacidad e individuo y su repercusión en el tratamiento debido al *nasciturus*. Con relación al análisis del marco legal aplicable al estatus del no nacido en Ecuador, se iniciará con las disposiciones de tratados internacionales. Ello ya que, recapitulando lo antes expresado, en materia de derechos humanos estos tienen aplicación a nivel constitucional, como es el caso del artículo 4.1. de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, junto con las interpretaciones pertinentes. En este texto parecería poderse entender como ser humano protegido al no nacido, dejando abierta la posibilidad de excepciones (tal como se analizaba líneas arriba). Retomando el análisis aplicable, al utilizar la expresión ‘en general’, se alude a que la protección de la vida desde de la concepción es frecuente pero no absoluta. Ello ya que se indica que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida” y que tal derecho “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”⁴¹, pero como se expresó antes, la existencia de excepciones al respeto a la vida, no convertiría a las restricciones excepcionales al derecho a la vida en un derecho.

No se puede dejar de destacar sobre el artículo 4 numeral 1 de la Convención, que en el mismo se utiliza el término “persona”, la cual tiene el derecho al respeto de su vida, cuya temporalidad y aplicabilidad inicia desde la concepción. No se aprecia ningún tipo de diferenciación respecto al sujeto protegido cuando se menciona la etapa inicial de su vida (es decir la concepción), por cuanto se extrae que al momento de la concepción se estaría frente a una persona. Entendiendo que el *nasciturus* es en efecto una persona ¿tiene igual dignidad y se le debe el mismo respeto que a cualquier otra persona por el periodo formativo de desarrollo en el que se encuentra su vida? Sobre ello el artículo 11, numeral 2 de la Constitución da una respuesta inequívoca pues determina que todas las “personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”⁴². Además, esta igualdad según el referido artículo no se verá afectada por ninguna característica específica de la persona particular:

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

⁴¹ Convención Interamericana de Derechos Humanos, 18 de julio de 1978, San José, Costa Rica.

⁴² IBID.

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

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad⁴³.

Entre las múltiples características enumeradas en este artículo que no podrán ser causa de un trato discriminatorio hacia personas, se puede destacar de manera especial la edad, el estado de salud y la alusión a distinciones temporales o permanentes. Siendo el *nasciturus* una persona en una etapa diferente a la de otras personas de cuyos derechos no existen cuestionamientos (por ejemplo, un adulto con plenas facultades), la edad es un punto relevante, pues no cabrá entonces que se atente contra la vida del no nacido, alegando que por una medida de desarrollo temporal (como precisamente es la edad) se le pueda afectar. La salud es una característica también importante, pues si se argumenta que la edad es una medida aplicable para contabilizarse la vida únicamente desde el nacimiento, la diferencia del desarrollo estaría vinculada más estrechamente al estado biológico o de salud del *nasciturus*.

Pero, incluso si quedase la duda sobre si la edad o la salud son criterios aplicables o no a la persona que está por nacer, consta al final del párrafo la prohibición de discriminar a una persona por distinciones temporales, como puede ser precisamente la de una etapa de desarrollo físico, como lo podrían ser también la de un anciano (en una etapa mucho más avanzada), o un infante (en una etapa posterior a la del *nasciturus*, pero todavía en proceso de crecimiento). En adición a este análisis de índole jurídico, se analizará más adelante desde un enfoque filosófico el alcance que puedan tener

⁴³ Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008, Montecristi.

características o facultades de un individuo en diferentes etapas de su desarrollo (ya sea que hayan perdido una facultad o característica o que se encuentre en expectativa de llegar a contar con la misma) a través de las diferenciaciones propias de acto y potencia.

Sin embargo, previo a proceder con dichas consideraciones filosóficas, se agregará al reconocimiento del no nacido como persona de la Convención Interamericana de Derechos Humanos ya analizado, el reconocimiento de éste como ser humano, según la Constitución del Ecuador, de manera especial en el artículo 45. Tal como se anticipaba, a nivel local, el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador es clave para entender cuál es el papel que el Estado cumple en defensa y visibilidad del *nasciturus*; así como el estatus legal de este dentro de la normativa vigente, es decir, un ser humano:

“Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.”⁴⁴.

Este artículo provee el reconocimiento expreso del derecho a la vida desde la concepción y garantía de su protección. Al referirse a vida, el artículo se refiere a una vida humana, pues en la primera oración del mismo se refiere a que los titulares de los derechos de este artículo (es decir niñas, niños y adolescentes) ostentan los derechos comunes al ser humano, con lo cual queda claro que aquellos son humanos.

⁴⁴ IBID.

Inmediatamente después, es decir, en el mismo párrafo, en la segunda oración del artículo, se indica que el Estado “reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”⁴⁵.

Podría argumentarse que esta segunda oración no está mencionando expresamente a las niñas, niños y adolescentes, vinculando la primera frase (que incluye la expresión “ser humano”) y la segunda oración (que refiere al cuidado y protección de la vida desde su concepción). Con ello se daría lugar a cuestionar si el derecho a la vida mencionado en este primer párrafo es necesariamente el propio del ser humano, pero basta con observar el resto del artículo, para poder apreciar que los dos párrafos posteriores se relacionan únicamente con los derechos de niñas, niños y adolescentes, los cuáles como se indicó, son entendidos como seres humanos. Ello arroja de manera ineludible que todo el artículo tiene un solo sujeto de protección, el cual es el ser humano, distinguiendo etapas específicas de su desarrollo, pero siendo siempre ser humano en todas estas. Es decir, el niño o niña que llegase a ser adolescente, no dejaría de estar incluido dentro de la misma categoría de protección que brinda este artículo, a la vez que tampoco dejaría de ser humano, y ello también sería aplicable al sujeto protegido desde la concepción, el cual resulta ser también humano.

Incluso, si quedase cualquier duda de lo ya afirmado, esta se despeja al observar que el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador se encuentra dentro de la sección quinta del Capítulo tercero (Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria), denominada “Niñas, niños y adolescentes” y más aún, es importante recalcar que los derechos de las “Niñas, niños y adolescentes” se localizan en la sección quinta del Capítulo Tercero del Título II de la Constitución (Derechos), denominado derechos de las personas. Es así que, además del reconocimiento del *nasciturus* como ser humano, se considera ante todo al sujeto de protección como una persona, en concordancia con lo dispuesto en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

La calidad del *nasciturus* de ser un sujeto del derecho y por otro lado, de ser también una persona a la luz de la normativa constitucional resulta indudable. Ya se concluyó además que amparadas en el artículo 11, numeral de la Constitución sin excepción todas “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos,

⁴⁵ IBID.

deberes y oportunidades”⁴⁶ y es improcedente argumentar que la etapa de desarrollo en que se encuentre una persona pueda ser justificación o eximente para respetar sus derechos en plenitud. Pero, incluso ante esta evidencia jurídica, existen argumentos que brindan sentido a lo consagrado por la ley, pasando a ser no solamente legal, sino también razonable.

Existe un argumento en contra del derecho a la vida del *nasciturus* que plantea que su vida podría estar supeditada a la decisión de la mujer en cuyo cuerpo se encuentre este, lo cual es frecuentemente promocionado bajo la premisa de “mi cuerpo, mis derechos”⁴⁷, tal como titula un artículo en el portal oficial de la organización no gubernamental Amnistía Internacional, en el cual se destaca cómo una mujer reclamaría que habría sido violada su condición humana en razón de como los “políticos y legisladores de Irlanda tratan a las mujeres que necesitan un aborto”⁴⁸. Pero ello contradice la idea ya expuesta de reconocimiento de calidad humana y de ser persona que tiene el *nasciturus*, al ser un sujeto independiente. ¿Entonces cuál sería el fundamento para que se entienda que una mujer (sujeto de derecho) podría disponer de la integridad o vida del *nasciturus* (otro sujeto del derecho) si se trata precisamente de sujetos distintos? Una de las ideas propuestas para sustentar esta proposición sería que el *nasciturus* se encuentra dentro del cuerpo de la madre, lo cual lo pondría en una condición de dependencia respecto de aquella. No obstante, la dependencia o no hacia la madre no legitimaría la disposición sobre la vida de su hijo, pues dicha condición se mantendrá incluso después de nacido este, quizá en menor grado, pero continuará existiendo. De manera análoga se podría citar el ejemplo de lo que ocurre con un enfermo, que, sin perjuicio de su estado de salud, no pierde su condición de ser humano, ni la titularidad de sus derechos en cuanto tales, aun si dependiera en gran medida de un tercero para desarrollar sus actividades generales o ejercer derechos.

Otro posible argumento que podría ser esgrimido para sustentar la menor valía de la vida del *nasciturus* sería no gozar todavía de todas las capacidades propias de un ser humano adulto o desarrollado. Para ello es conveniente analizar la opinión del autor Juan Fernando Sellés, quien afirma que la esencia del ser humano “está conformada por eso que de ordinario llamamos "yo", y de lo que este activa, desarrolla, perfecciona

⁴⁶ IBID.

⁴⁷ Recuperado de <https://www.amnesty.org/es/get-involved/my-body-my-rights/>.

⁴⁸ IBID.

progresivamente, a saber, a las dos potencias espirituales humanas, inteligencia y voluntad, con hábitos y virtudes, respectivamente”⁴⁹. Haciendo uso de este concepto de esencia, lo que haría humano a un humano es la capacidad de razonar y de decidir. Partiendo de ello, podría pensarse que esta afirmación da crédito a quienes afirman que el *nasciturus* no es un humano todavía, al no contar con tales cualidades. No obstante, en la misma cita Sellés señala que estas facultades humanas se desarrollan de manera progresiva, es decir se encuentran en potencia de serlo; por tal razón, es importante la distinción entre acto y potencia.

El autor Tomás Alvira, en su texto *Significado metafísico del acto y la potencia en la filosofía del ser* explica estos conceptos con un ejemplo que resulta adecuado para el análisis en curso, anotando cuál es el tipo de cambio o cambios que operan en la transición de un niño al convertirse en hombre, sin que medie una diferencia en la especie la que pertenecen ambos:

“Un niño se dice que está en potencia de llegar a ser un hombre, en cuanto es susceptible de recibir un completamiento evolutivo, ínsito en los principios de su naturaleza, que le llevará hasta aquella madurez en la que los individuos de la especie humana ya no se llaman niños sino hombres. Así pues, la capacidad de recibir una perfección se denomina también potencia; la perfección recibida se llama acto”⁵⁰.

La cita de Alvira cumple con un doble propósito, uno, explicar qué es acto y potencia, y dos, manifestar de manera expresa que, al suscitarse los cambios en el desarrollo de la persona, estos supongan la transición desde un acto a una potencia, por tanto, no implicará ello que el sujeto empiece o deje de ser humano. La actualización de las potencias que convierten a un menor en un adulto, pasa por cambios que ocurren en un tiempo determinado, siendo la diferencia entre niño y adulto, dos etapas por las que un mismo ser transita.

⁴⁹ Sellés, Juan Fernando, *Antropología para inconformes*, (cuarta), RIALP, Ediciones Rialp, 2006.

⁵⁰ Alvira, Tomás. *Anuario Filosófico*, 1979 (12), 9-46, DA - Eclesiástica de Filosofía - Artículos de Revista REV - AF - 1979, vol. 12, n. 1, pág. 9.

Recuperado de: <https://dadun.unav.edu/handle/10171/2035>

Volviendo a la referencia hecha a las potencias que forman parte de la esencia humana –es decir, razón y voluntad– y que, por tanto, hacen que el humano sea tal, se puede observar la presencia o no de estas en distintas etapas del desarrollo del ser humano, sin que aquello implique que deje de pertenecer a dicha especie. Aterrizando al concepto de *nasciturus*, entendido como el “concebido, pero no nacido”⁵¹ según la RAE, ello no implicaría que se niegue al embrión la potencialidad de ser miembro de esa especie, sino que únicamente permitiría que esa etapa temporal de desarrollo también pueda diferenciarse del que ha nacido.

Ello es explicado por Alberto Calvo Mejjide, quien a su vez cita a Natalia López Moratalla al afirmar que:

“El proceso que constituye un nuevo ser humano es la fecundación. Con él se prepara la materia recibida de los progenitores para dar una unidad celular con las características propias de inicio o arranque de un programa de vida individual; esto es, con capacidad de comenzar a emitir o expresar el lenguaje genético del nuevo individuo”⁵².

En tal virtud, el *nasciturus*, quien no cuenta con razón y voluntad todavía desarrolladas, no deja por ello de ser potencialmente un humano. Para ilustrarlo, existen más casos en los que individuos sin estas capacidades presentes siguen gozando de protección legal similar a la brindada a quienes sí las tienen y más aún, en ciertos casos con una protección reforzada, tal como se procederá a ejemplificar a continuación.

Ante un adulto que inicialmente se encuentra en pleno uso de su razón y que por causas médicas o accidente ha pasado a tener una discapacidad que le imposibilite razonar de forma regular, no solo que no se le privará de sus derechos como un humano, sino que se le brindará una protección especial. En el caso ecuatoriano, tal es la importancia que se da a quienes se encuentren en las circunstancias descritas –o similares–, que dentro del capítulo tercero de la Constitución de la República del Ecuador “Derechos de las personas

⁵¹ Ibidem.

⁵² Mejjide, A, El *nasciturus* como sujeto del derecho. concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales Universidad San Pablo CEU (Madrid), pág. 292.

y grupos de atención prioritaria”, se incluye una sección –sección sexta– dedicada a las personas con discapacidad y sus derechos.

Tomando otra vez como referencia el ejemplo de una persona que pasa a padecer una discapacidad de un momento a otro, sin dejar por ello de tener la calidad de humano y sujeto de protección, se observan dos instancias que pueden ser divididas de manera cronológica. La primera, en que el individuo gozaba de plena capacidad de raciocinio, y una segunda, en que deja de tenerla. En el caso del *nasciturus* se puede observar estas dos instancias, pero con el orden inverso, es decir no contando todavía con la o las facultades pertinentes, y el segundo momento, ya contando con ellas.

En ambos casos se aprecia que miembros de un mismo grupo –seres humanos– atraviesan distintos momentos en que la facultad de razonar se encuentra todavía en potencia, o bien ha dejado de estar en acto y quedando suspendida, no siendo entonces válido afirmar que la ausencia de razón o voluntad harían que un *nasciturus* no llegue ‘todavía’ a ser un ser humano. Incluso, ante un evento en que no exista certeza de que las potencias del *nasciturus* efectivamente se actualicen –como podría ser el caso de un bebé que estando dentro del vientre de su madre presente signos que anticipen que tendrá limitaciones en el ámbito mental–, no dejaría de considerarse humano, puesto que en el caso de una persona con discapacidad tampoco deja de ser considerado tal, aun si no existe certeza de que pueda recuperar el uso de la razón.

Por ende, así como entre un niño y un adulto, o una persona privada de su razón temporalmente –como puede ser el caso de alguien en coma– y una persona con plena conciencia, no existe más que una distinción respecto a sus etapas actuales o pasadas, o su capacidad efectiva o potencial, el *nasciturus*, un niño, un adulto o un anciano comparten la misma dignidad.

Finalmente, para culminar el análisis pertinente sobre la dignidad y exigibilidad de derechos del *nasciturus*, es importante analizar los temas relacionados con su condición o no de ser sintiente. Este análisis en particular no pretende supeditar el derecho a la vida del no nacido a que sea capaz o no de sentir dolor, pues, como se ha mostrado previamente, el hecho de que todavía no pueda sentirlo no le priva de su esencia humana, como se explicó al señalar la diferencia meramente de etapas en que se encuentra, a través de los conceptos de acto y potencia.

Pese a ello, sigue siendo relevante saber si el *nasciturus* siente, no para que sea la base del eventual respeto debido o no a su vida, sino para enfatizar la protección debida, en caso de que efectivamente se observe que terminar con la vida del humano en desarrollo, además le provoque dolor. Existen evidencias recientes como la publicación del “Reconsidering fetal pain” publicado por Stuart WG Derbyshire y John C Bockmann en la revista *Clinical Ethics*.⁵³, entre los puntos más destacados del referido estudio se encuentra la posibilidad de que el feto pueda sentir, aún sin el desarrollo de la corteza cerebral. Sin perjuicio de corresponder este análisis al campo de la medicina, su mención es relevante, en este caso para incluir en la discusión la posibilidad de que el *nasciturus* es un ser sintiente y por lo tanto, podría sentir dolor.

Es así como, además de haber concluido que el *nasciturus* es en efecto un sujeto del derecho y una persona, con base a la normativa aplicable, su valor como tal no se ve reducido por no encontrarse aún en uso de todas sus facultades, siendo entonces su dignidad también un factor importante.

2.6. Contraste de posturas sobre el aporte o no del aborto a la dignidad del ser humano.

2.6.1. Principios de beneficencia y no maleficencia como indicadores bioéticos.

Entre los principios más estudiados en la Bioética y disciplinas relacionadas, se encuentran los principios de beneficencia y no maleficencia. Tal es su relevancia que el Equipo de Expertos de Ciencias de la Salud de la Universidad de Valencia, afirma que: dentro de “los cuatro pilares que sustentan la bioética nos encontramos con el principio de no maleficencia”⁵⁴. A este principio se suman los principios de autonomía, justicia y evidentemente el de beneficencia. Todos estos han sido ampliamente estudiados y cuentan con abundante bibliografía, pero a efectos de abordar temáticas cuya relación con la ética médica es sumamente estrecha (como en el caso del aborto), los principios de beneficencia y no maleficencia resultan ideales para tal propósito. Estos dos principios tienen una importante influencia mutua, así como una influencia ineludible en las ciencias

⁵² Recuperado de <https://jme.bmj.com/>:

⁵⁴ Recuperado de <https://bit.ly/3NVvALE>.

de la salud, pero no se limitan a aquel, sino que se extienden a campos diversos, entre ellos precisamente el Derecho:

“En el caso concreto de la no maleficencia tiene una relación estrecha con el principio de beneficencia, que aboga precisamente por actuar en beneficio de otros.

Precisamente esa relación también influye directamente en que la no maleficencia se interprete muchas veces como algo exclusivo del campo de la medicina, porque desde el mismo se busca hacer el bien (prevenir y curar enfermedades) y, a la vez, se intenta no causar daño (aplicando procesos de investigación éticos o buscando fórmulas para que los tratamientos sean lo menos lesivos posible).

Pero, en realidad, esto también lo podríamos aplicar al campo de la comunicación, del Derecho, de la economía, etc”⁵⁵.

No es arbitrario entonces (por el contrario, resulta necesario) que se evalúe la realidad concreta del aborto a la luz de estos principios duales, cuya aplicación es significativa en los campos de la Ética, Medicina y Derecho, que confluyen en la temática analizada. Respecto al contenido de estos principios, mientras que el principio de no-maleficencia “hace referencia a la obligación de no infringir (sic) daño intencionadamente”⁵⁶ la beneficencia, por su parte “consiste en prevenir el daño, eliminar el daño o hacer el bien a otros”⁵⁷, y agregan los autores que mientras “que la no-maleficencia implica la ausencia de acción, la beneficencia incluye siempre la acción”⁵⁸. Toda vez que se ha concluido que el *nasciturus* ostenta la condición de persona, ser humano, sujeto del derecho (y con base a ello cuenta con la dignidad propia de tales calidades), los dos principios referidos deberán ser analizados no solamente como herramienta de medición de la dignidad que aporte el aborto a la mujer, sino también respecto a la dignidad del *nasciturus*.

Una vez tomados como referencia estos dos principios, al ser de especial utilidad respecto a la Ética Médica y ser aplicables también al Derecho, se podrá afirmar a la luz de tales principios que el aborto sirve a la dignidad de la mujer y del *nasciturus*, si se verifica que al ser practicado, no les causa un daño deliberado a aquellos (no

⁵⁵ IBID.

⁵⁶ Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/veritas/n22/art06.pdf>.

⁵⁷ IBID.

⁵⁸ IBID.

maleficencia) y les supone un bien o evita un daño (beneficencia). Si se enfoca estos indicadores desde un criterio de medición numérico, en razón de dos principios aplicables a dos sujetos (mujer y el no nacido), el 100% del cumplimiento del aborto como una acción en pro de la dignidad humana ocurriría si verifica el cumplimiento de estas cuatro premisas:

- **No maleficencia respecto al *nasciturus*:** Se cumple en caso de no infligir el aborto un daño intencionadamente al *nasciturus*.
- **Beneficencia respecto al *nasciturus*:** Se cumple si el aborto cumple con prevenir un daño, eliminar un daño o hacer un bien en pro del *nasciturus*.
- **No maleficencia respecto a la mujer:** Se cumple en caso de no infligir el aborto un daño intencionadamente a la mujer.
- **Beneficencia respecto a la mujer:** Se cumple si el aborto cumple con prevenir un daño, eliminar un daño o hacer un bien en favor de la mujer.

En caso de cumplirse las cuatro premisas el 100% correspondería a un total de cuatro premisas cumplidas de un total de cuatro (4/4), lo cual se podría graficar con la siguiente tabla, una vez evaluadas separadamente tales premisas:

Cuadro 1.

Medición de cumplimiento de principios de no maleficencia y beneficencia en la acción de abortar respecto a la mujer y el *nasciturus* (Versión previa medición).

Criterio	Cumplimiento: SÍ/NO
<u>No maleficencia respecto al <i>nasciturus</i>:</u> Se cumple en caso de no infligir el aborto un daño intencionadamente al <i>nasciturus</i> .	SÍ SE CUMPLE 1/1
	NO SE CUMPLE 0/1
	SÍ SE CUMPLE: 1/1

Beneficencia respecto al <i>nasciturus</i>: Se verifica si el aborto cumple con prevenir un daño, eliminar un daño o hacer un bien en pro del <i>nasciturus</i> .	NO SE CUMPLE 0/1
No maleficencia respecto a la mujer: Se cumple en caso de no infligir el aborto un daño intencionadamente a la mujer.	SÍ SE CUMPLE 1/1
	NO SE CUMPLE 0/1
Beneficencia respecto a la mujer: Se verifica si el aborto cumple con prevenir un daño, eliminar un daño o hacer un bien en favor de la mujer.	SÍ SE CUMPLE 1/1
	NO SE CUMPLE 0/1
TOTAL:	sumatoria/ 4

Fuente: Elaboración propia.

3.2.2. Análisis sobre la compatibilidad del aborto con el principio de no maleficencia respecto al nasciturus:

Este principio se cumple en caso de no infligir un daño intencionadamente al *nasciturus*, a través del aborto. Volviendo a la definición de los autores Carmen Astete A., Juan Pablo Beca y Alberto Lecaros, ya incluida en el Marco Teórico, se puede definir al aborto en sentido jurídico como “toda maniobra destinada a interrumpir el embarazo impidiendo que llegue al término natural, con destrucción o muerte del producto”⁵⁹. Se evidencia a partir de esta definición que el aborto supone la muerte del *nasciturus*, por lo que necesariamente se estaría causando un daño al no nacido. ¿Puede entonces este daño entenderse como intencional y en consecuencia considerarse al aborto como violatorio del principio de no maleficencia hacia el *nasciturus*? En estricto sentido, no parecería razonable afirmar que la acción de abortar persiga deliberadamente acabar con la vida de la persona por nacer, siendo ese el fin en sí mismo por el cual se realiza un aborto. Por el contrario, el acto de abortar buscaría (en la generalidad de los casos) el bienestar de la mujer, ya sea al evitar un posible mal, o procurarle un bien. Luego, condenar o legitimar tal acción se condicionaría a entender previamente cuál es el bien jurídico de la mujer que se busque proteger.

⁵⁹ IBID.

Pero, habiendo determinado con anterioridad que, desde un punto de vista jurídico el *nasciturus* es una persona y un sujeto de derechos, que debe ser respetado en las mismas condiciones que cualquier otro individuo que sea persona y sujeto del derecho (artículo 11, numeral 2 de la Constitución), por tanto una afectación a su Derecho a la Vida no podría someterse a los fines que persiga otra persona en su propio beneficio, o al menos no podría ser aplicado de manera absoluta, sino por el contrario observando situaciones excepcionales.

Indistintamente de si el fin que se pretenda lograr con el aborto sea o no plausible, ante la pregunta de si existe un daño al *nasciturus*, es ineludible que sí existe, no solo afectando esferas específicas de su ser, sino que acabando con su propia existencia. Por otro lado, aunque no se pueda afirmar que quien realiza un aborto persigue como objetivo el privar de la vida al no nacido, sí se observa sin lugar a duda que quien realiza un aborto tiene la certeza de que terminará con la existencia de un ser humano vivo. Sobre ello se puede afirmar que, excluyendo los móviles que inspiren esta acción, se ejecuta tal acción con la aspiración de poner fin a dicha vida humana en curso.

Ante esta evidencia, se configura una violación al principio de no maleficencia, respecto al ser humano denominado *nasciturus*. Por tanto, en lo que concierne a este criterio de valoración (no maleficencia hacia el *nasciturus*) sobre la validez del aborto como una acción que cumpla con principios bioéticos, cuya favorabilidad para el ser humano aumente su dignidad y lo convierta en derecho, no se habría cumplido con el respeto hacia este principio. Más aún, el aborto sería absolutamente violatorio de la dignidad humana, hacia el grupo de personas de dicha especie en etapa de desarrollo embrionario.

3.2.3. Análisis sobre la compatibilidad del aborto con el principio de Beneficencia respecto al nasciturus:

La cercana relación que guarda el principio de no maleficencia con el principio de beneficencia, hace difícil que la violación del primero no suponga automáticamente la violación del segundo. Existe la posibilidad de que violar el principio de beneficencia no acarree una afectación al principio de no maleficencia, ya que para incumplir el principio de beneficencia se puede omitir una acción positiva en pro de otra persona (como por ejemplo dejar de brindar atención médica a quien requiera), lo que no apareja necesariamente la activa realización de un mal.

De cualquier forma, la casuística específica propia de este análisis, sí implica que transgredir el principio de no maleficencia, a través de la terminación deliberada de la vida de un sujeto del derecho, conlleva una afectación al principio de beneficencia, puesto que no se cumple con prevenir un daño, eliminar un daño o hacer un bien al *nasciturus*, por el contrario, se efectúa una acción decididamente opuesta a su bien.

Como única alternativa para justificar el aborto como positivo para el *nasciturus* se encontrarían argumentos como su aplicación por la posibilidad de que circunstancias adversas (afectaciones significativas de salud, entorno socioeconómico desfavorable, sufrimiento físico o psicológico, etc.) que vayan en detrimento de su goce del derecho a una vida digna, según el artículo 66, numeral de la Constitución, cuyo tenor literal es:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

(...)

2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios”⁶⁰.

Si bien no deja de ser cierto que existe una especial atención por parte de la Constitución al derecho a una vida digna, pormenorizado distintas circunstancias o elementos que componen tal derecho, el numeral 1 del mismo artículo 66 anota que se reconoce el “derecho a la inviolabilidad de la vida.”⁶¹.

Resulta inviable afirmar entonces que la aspiración y la probabilidad de una vida en que se dificulte el pleno goce del derecho del referido numeral 2, sea un argumento suficiente para violentar de manera expresa la inviolabilidad del derecho a la vida, el cual sería además un pre requisito para cualquier de los demás derechos. Privar a alguien discrecionalmente y sin su consentimiento del acceso a un derecho, por ejemplo, la alimentación (artículo 13 de la Constitución), alegando que la razón para no brindar ningún alimento a una persona, es que se disponen de alimentos de buena calidad, pero

⁶⁰ Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁶¹ IBID.

no de óptima calidad, sería sin duda alguna atentatorio contra la facultad de decidir de aquella persona, además de que se afectaría de manera más pronunciada el bien que se pretende precautelar, en dicho ejemplo, una buena nutrición. Entonces, mal se podría afirmar que la privación de la vida al *nasciturus* en razón de precautelar que no se afecta a su derecho a gozar de una vida digna, es una forma de ejercer el principio de Beneficencia en su favor. Más aún, no cabe pensar que se precautele la vida digna, si es que de raíz no existe tal vida.

Claro está que el principio de Beneficencia puede apuntar no solo a hacer un bien a su destinatario, sino, además, a prevenir un daño o eliminar un daño que le pueda afectar. En el caso de terminar con la vida del *nasciturus* previo a su nacimiento, para evitar o prevenir posibles males que afronte en su vida, sería tan benigno como en pro de la solidaridad hacia las personas que tuvieren predisposiciones genéticas para adquirir determinadas enfermedades, o quienes habitasen en lugares de alto riesgo sísmico, o quienes se encontrasen actualmente en situaciones económicas apremiantes (por mencionar algunos ejemplos) sean ejecutados, al no existir certeza de que puedan desarrollar una vida plenamente digna.

La terminación de la vida de un sujeto de derechos, particularmente de un ser humano en base a factores como su condición socio-económica, situación de salud, etnia, lugar de nacimiento sería explícitamente atentatoria a los criterios de igualdad y no discriminación enunciados en el artículo 11 de la Constitución numeral 2⁶² citado con anterioridad.

De tal manera, respecto al *nasciturus* no se verifica el cumplimiento del principio de beneficencia, en caso de ejecutarse un aborto (voluntario) y tal y como quedó señalado, tampoco se estaría cumpliendo con el principio de no maleficencia, cuyo estándar consistiría precisamente en evitar causar una afectación al sujeto de manera deliberada, o

⁶² Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

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

en todo caso de manera consciente. Se observa hasta el momento que dentro de dos de las cuatro premisas tomadas en cuenta para determinar si aborto puede ser un acto que reporte beneficios en pro de la dignidad del ser humano (y en consecuencia ser un derecho), se violan los dos principios bioéticos analizados.

3.2.4. Puntualizaciones preliminares sobre las circunstancias particulares de la mujer frente al aborto.

Concluido que la práctica del aborto resulta violatoria de los principios de bioética referidos respecto al *nasciturus*, y como consecuencia de ello, a fin de que el aborto pueda ser considerado un derecho, se vuelve necesario que su conveniencia para la mujer sea tan significativa que supere con creces los perjuicios causados al *nasciturus*.

Será determinante además tener en cuenta que el aborto se presenta respecto a la mujer en circunstancias diversas, estando en juego distintos bienes protegidos en cada caso. Otra idea central a evaluar es que la figura que tradicionalmente ha sido propia del aborto en la legislación local es la de un delito, por lo que incluso en caso de demostrarse que el aborto tuviere beneficios cruciales para una madre (en perjuicio del *nasciturus*) un hipotético derecho al aborto involucraría el frecuente debate de su despenalización. En caso de encontrarse que el aborto es altamente beneficioso para la mujer, pero sujeto a determinadas circunstancias, mal se podría hablar de un derecho, pues los derechos (así como la mayoría de fenómenos jurídicos) basan su existencia en la generalidad y en la excepcionalidad.

En este orden de ideas, si se determina que el aborto resulta indispensable en una circunstancia de gran especificidad, más que ante un derecho humano, se estaría más bien frente a condiciones en las cuales no deja de ser un delito, pero atendiendo a las mismas, la conducta que de manera general sería punible, deja de serlo de forma excepcional.

Continuando con el caso hipotético planteado, quien realice un aborto, pero se encontrare en los supuestos en el que el mismo no sería punible (artículo 150 Código Orgánico Integral Penal) resultaría razonable que sostenga que le asiste el ordenamiento jurídico para no ser sancionado por dicho acto y de exigir al Estado y a terceros que en efecto así sea y en caso de ser sancionado indebidamente requerir la tutela y protección de las autoridades competentes.

Tal circunstancia conlleva que la persona en cuestión se ve asistida por un derecho cuya protección puede ser invocada, pero no sería esta situación la de una configuración de un derecho al aborto (pues en tal contexto este se presenta en el ordenamiento legal como un delito), sino más bien, estaría asistida por derechos de carácter procesal, tales como los contenidos en el artículo 76 de la Constitución, como por ejemplo el del numeral 3, que dispone que nadie “podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza”⁶³.

No es la pretensión de estas líneas profundizar en ámbitos de carácter procesal y penal, pero sí lo es distinguir que la no punibilidad de un acto (así como la facultad de exigir no ser sancionado por cometerlo) no lo convierte a dicho acto en un derecho, si no que simplemente implica que se observen principios básicos del debido proceso, también presentes a nivel constitucional.

3.2.5. Análisis sobre la compatibilidad del aborto con el principio de no maleficencia respecto a la mujer.

Uno de los referentes en materia bioética a nivel médico y jurídico es el jurista de nacionalidad estadounidense, doctor Richard Stith, cuyas investigaciones resultan relevantes por su visión global, al tener contacto tanto con el entorno jurídico latinoamericano, como con el europeo y norteamericano. Su visión amplísima se sustenta en el ejercicio de la docencia en la facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Valparaíso (Chile) durante 41 años y haber recibido sus grados de abogado y de Doctor en Ética en la Universidad de Yale (Estados Unidos, además de haber servido como director del Programa de Bioética Médica en la universidad americana St. Louis University School of Medicine y ser el primer profesor de origen norteamericano en impartir cátedra como docente del Módulo Jean Monnet de la Unión Europea. Entre otros, ha realizado publicaciones y ha dictado conferencias en España, Alemania, India, China, Ucrania, México y Chile.

En una publicación en la que Stith explica si el aborto puede ser efectivamente un mecanismo de liberación y empoderamiento para la mujer, el autor llega a una conclusión

⁶³ IBID.

que podría sorprender, al ser aplicable a los Estados Unidos, donde esta práctica ha contado tradicionalmente con mayor acogida e impulso que en otros países:

“Si la mujer aborta, el varón se ve liberado de cualquier responsabilidad como padre, y a la vez conserva a la mujer como objeto sexual, tal y como ya se ha señalado en esta presentación. Más sorprendentemente, si ella rechaza el aborto y da a luz a su hijo o hija también puede perder. Ya que la decisión de no abortar ha sido de ella sola, y sobre todo si él ha ofrecido pagar los costos de la terminación del embarazo, el padre pensará que el nacimiento de la niña o el niño es responsabilidad de ella sola. Así también, el cuidado y la formación le pertenecerán a ella sola. A consecuencia de esto, se ha incrementado significativamente el número de familias encabezadas por una madre soltera. La actual directora del Federal Reserve Bank de los Estados Unidos, Janet Yellen, es co- autora del estudio económico más importante sobre este efecto”⁶⁴.

El autor afirma que el aborto no solo que no sería beneficioso para la mujer, sino que puede constituirse en una herramienta de opresión, que le impone una carga desproporcionada, a la vez que exime al varón de aquellas responsabilidades propias de la paternidad, permitiendo prolongar o perpetuar (por ejemplo) abusos sexuales sobre una mujer. Además de ello, según afirma el autor, este procedimiento favorece el abandono a las mujeres, precisamente porque al existir una alternativa de terminación del embarazo ofrecida por el hombre y no ser aceptada hipotéticamente por la mujer, sería su decisión tener al hijo en cuestión y podría quedar sin el apoyo de quien como alternativa ofreció terminar el embarazo.

Ambos hechos (abuso continuado y abandono) afectarían sin duda alguna a la mujer, violándose el principio de no maleficencia. Sin embargo, aquello podría ser rebatido alegando que si las relaciones íntimas que propiciaron un eventual embarazo fueron consentidas y buscadas por la mujer, tanto dichas relaciones como el aborto estarían en el ámbito de su libertad individual. No obstante, la jurista y activista feminista Catherine Mackinnon, plantea que la existencia de una relación sexual consentida no implica en sí misma que la mujer se encuentre en una posición igual de favorable que la del hombre. De hecho, Mackinnon es citada en al menos tres ocasiones por el doctor Stith,

⁶⁴ Stith Richard, *El Derecho a Abortar implica la Explotación y el Abandono de las Mujeres*, Valparaiso University Valpo Scholar, 2016.

en pasajes de su ensayo en el cual asevera que incluso en una relación sexual consentida la mujer se encontraría en cierta vulnerabilidad:

<<En su ensayo "La privacidad contra la igualdad" (en FEMINISM UNMODIFIED93-102, 1987) explica que "los que proponen y los que se oponen al aborto comparten tácitamente un supuesto, que las mujeres controlan de manera significativa el acto sexual. Investigaciones feministas sugieren lo contrario. El coito ... no puede ser asumido simplemente determinado de manera co-igual" (94-95). Agrega que "los hombres controlan la sexualidad...Roe no contradice este hecho" (97).>>⁶⁵

Es llamativo que el autor de un artículo académico que presenta al aborto como desfavorable para la mujer, fundamente parte de su argumentación en afirmaciones emitidas por una figura conocida por su postura feminista y en algunos casos percibida como propia de los feminismos radicales. Según el Volumen 19, Número 2, de la publicación *Journal of Law and Society*, en el artículo *Catherine MacKinnon and Feminist Jurisprudence: A Critical Appraisal* (Catherine MacKinnon y la Jurisprudencia Feminista: Una Aproximación Crítica), esta activista y jurista se caracterizó por “a través de su fervor retórico haber ayudado a aprovechar y enfocar la atención en la arremetida feminista en la ley”⁶⁶. A la presente fecha, el impulso de la despenalización del aborto parecería ser una demanda propia del activismo feminista, sin embargo, se encuentra que una voz reputada en el ámbito del feminismo parece contradecir, o al menos poner en duda esta hipótesis.

Continuando con la proposición de que el aborto supone una afectación hacia la mujer y un mecanismo de explotación, Richard Stith vuelve a citar a Catherine MacKinnon, quien va un paso más allá y afirma que el aborto cumpliría una suerte de rol de facilitador de impunidad para un agresor sexual, quien quedaría liberado de las consecuencias de su acto, pero sin existir ninguna clase de liberación particular para la mujer:

“MacKinnon sigue argumentando:

⁶⁵ IBID.

⁶⁶ Recuperado de <https://www.jstor.org/stable/1410220>.

Mientras las mujeres no controlemos el acceso a nuestra sexualidad, el aborto facilita la disponibilidad heterosexual de la mujer. En otras palabras, bajo condiciones de no igualdad de género, la liberación sexual en este sentido no libera a las mujeres; libera la agresión sexual varonil. El acceso al aborto elimina la única excusa que quedaba para que las mujeres rehusaran el sexo, más allá (...)'".

Finalizando dicha secuencia de ideas Stith trae a colación investigaciones desde un punto de vista económico y científico en general, las cuáles respaldan la postura de MacKinnon e indican que la mayor apertura al aborto incrementa índices de transmisión de enfermedades sexuales, así como del número de embarazos no deseados, que como se mencionó antes, son más probablemente asumidos por la mujer de manera individual que por la pareja en conjunto:

<<Refiriéndose específicamente a la sentencia Roe, MacKinnon concluye: "La doctrina de la privacidad es un transmisor ideal para este proceso. ...[Pues] afirma que, siempre que la sociedad no interfiera, los individuos autónomos se relacionan de manera libre e igual. ... Bajo esta luz, el derecho a la privacidad tiene aspecto de agresión presentada como regalo. ... Virtualmente cada pizca de control que las mujeres ganaron [en Roe] ha ido directamente a manos de los varones..." (99-101).

Los economistas han comprobado el efecto reconocido por MacKinnon. El acceso al aborto ha servido como seguro, aumentando la expectativa y la frecuencia del acto sexual entre jóvenes, haciendo más difícil que la joven lo niegue al varón, y así incrementando los embarazos y las enfermedades sexuales. (Véase por ejemplo Jonathan Klick y Thomas Stratmann, *The Effect of Abortion Legalization on Sexual Behavior: Evidence from Sexually Transmitted Diseases*, JOURNAL OF LEGAL STUDIES (2003).>>⁶⁷.

⁶⁷ IBID.

Otros autores como el Dr. David Fergusson (Nueva Zelanda) describen otros efectos adversos del aborto, como el incremento de riesgo de padecer afectaciones en su salud mental en un 30%⁶⁸ o la posibilidad de presión y agresión psicológica a las mujeres para que realicen un aborto: “Es posible que hasta los médicos (THE COST OF "CHOICE" 46-47, 2004) y sus conocidos la hagan sentirse culpable por no haber abortado”⁶⁹.

Si bien existen más fundamentos que sugieren efectos adversos sobre el aborto hacia la mujer, la pretensión actual de estas líneas no es recoger los efectos adversos del aborto como única base, sino tan solo explorar si se cumpliría con presupuestos para una potencial violación al principio de maleficencia. Es evidente que no basta con enumerar argumentos que sugieran que el aborto es perjudicial para la mujer, sino que deben contrastarse con argumentos a favor del mismo, para determinar si en efecto es en toda su dimensión positivo o negativo. Los argumentos en favor del aborto, para efectos pedagógicos serán incluidos en la sección que pretenda responder si el aborto otorga beneficios a la mujer y su dignidad y si estos son mayores que aquellas desventajas aquí descritas.

3.2.6. Análisis sobre la compatibilidad del aborto con el principio de Beneficencia respecto a la mujer:

Tal como se anticipó, al momento de realizar este análisis teniendo como sujeto a la madre, existirán más variables que respecto al *nasciturus*, puesto que las circunstancias de aquella se verán influenciadas por factores como la circunstancia en que se hubiese dado el embarazo (no será igual un embarazo en el marco de una violación que otro fruto de relaciones consentidas), su edad, su capacidad económica, etc. Cada uno de estos factores incidirá significativamente en que loable y útil para sus mejores intereses pueda ser el aborto para una mujer y con base a ello determinar si conveniencia es tal como para considerar que protege, aumenta o restaura la dignidad de la mujer, para así considerarse o no un derecho.

⁶⁸ Ver: <https://bit.ly/3mzd4gC>.

⁶⁹ IBID

Frente a cada escenario existe un bien jurídico a ser protegido con preminencia, tal y como puede ser el caso del derecho a la Vida o salud de una madre en un supuesto en que el embarazo ponga en riesgo su supervivencia, o el derecho a una Vida digna, si pese a encontrarse ésta en condiciones físicas óptimas, su situación socioeconómica a la luz de su proyecto personal, podría verse afectada significativamente.

De todas formas, aunque se tengan en cuenta diversos escenarios en los que la situación de una mujer frente al aborto pueda diferir, se debe considerar que fenómenos jurídicos como los derechos, se analizan fundamentalmente desde la generalidad y no desde la excepcionalidad. Es así que, más allá de que puedan existir diferentes argumentaciones sobre la relevancia del aborto, por los cuales considerarlo más loable en unos casos, o particularmente reprochable en otros, para determinar si tiene la calidad o no de un derecho, se lo debe apreciar de forma amplia, sin perjuicio de excepciones puntuales. Se pone además en contexto, que con anterioridad se expusieron numerosos hallazgos sobre efectos adversos para la dignidad de la mujer (comprendida por su dimensión física y psicológica).

Uno de los bienes jurídicos que se podría alegar protegidos por un eventual derecho al aborto, sería el de decidir la cantidad de hijos que se desea tener. No obstante, esta facultad ya está contemplada en el numeral 10 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, el cual determina la potestad de las personas de “tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener”⁷⁰. Además, difícilmente se puede argumentar que la imposibilidad de acceder a abortos de manera libre restrinja la facultad de contar con una planificación reproductiva, puesto que existen múltiples alternativas que hacen que el aborto no sea indispensable, sino de última ratio. Bajo esta óptica, existiendo más opciones para dar cumplimiento a la pretensión de decidir sobre el número de hijos, no resulta proporcional que una medida cuya aplicación no es imprescindible sea fundamento para vulnerar el derecho a la vida del *nasciturus*. Continuando con el desarrollo de bienes jurídicos posiblemente protegidos bajo la figura de un eventual derecho al aborto, es importante mencionar que los derechos a la vida y salud física de la mujer son actualmente no punibles en el ordenamiento penal ecuatoriano y ello no ha supuesto la existencia de un derecho al aborto, sino, tal como se ha afirmado en varias

⁷⁰ IBID.

ocasiones, se trataría de una figura tipificada como delito, pero que no sería sancionada. Ambos bienes (la vida y la salud) ya cuenta con protección independiente, por lo que no sería necesario agregar un derecho adicional al catálogo de derechos para su resguardo.

Finalmente, resulta provechoso analizar si bienes como la integridad sexual o la honra pueden verse tutelados por el aborto. La conexión entre estos bienes y dicho acto, se fundamentaría en que el aborto tenga una cualidad reparadora hacia la mujer. Esta idea no ha sido sustentada en algún instrumento legal o desarrollado en doctrina, pero suele formar parte de las pretensiones de movimientos sociales autodenominados feministas en el contexto latinoamericano vigente. Un ejemplo de ello es la iniciativa de la CEPAM Guayaquil, la cual se identifica como una “organización social con un alto compromiso en la promoción de una sociedad libre violencia en contra de las mujeres, niños, niñas, adolescentes, jóvenes; y, el ejercicio pleno de los derechos sexuales y derechos reproductivo”⁷¹. En la sección de su portal oficial referente a la promoción de una normativa que despenalice el aborto, denominada Organización por una Ley de Aborto Justa y Reparadora “OLA” exponen que:

“OLA es un grupo de organizaciones feministas de todo el Ecuador, que nos juntamos con la finalidad de incidir estratégica y políticamente en la construcción de la Ley de aborto por violación que se encuentra en trámite en la Asamblea Nacional; para lograr que sea una ley justa y reparadora”⁷².

No obstante, como se determinó en la sección en la cual se definieron los derechos humanos y sus características, una mera intención, pretensión o deseo, no constituye un derecho. Si se aspira a que el aborto cumpla con fines de reparación frente a vejaciones sufridas por la mujer, sería una condición *sine qua non* que a través del mismo cause efectos tales en la persona afectada, que luego del mismo se encuentre en una situación más favorable que previo al cometimiento de la agresión sufrida, o al menos en similar estado. Luego de evaluadas varias fuentes y enfoques, no se puede sostener que el aborto mejore la condición de la mujer, sino por el contrario, existe abundante bibliografía que describen factores adversos del mismo, tanto en un ámbito social, físico, psicológico y económico. Es así que pensar en el aborto como una medida de reparación no es viable.

⁷¹ Recuperado de <https://cepamgye.org/historia/>.

⁷² IBID.

Existiendo varias connotaciones negativas del aborto frente a la dignidad de la mujer, así como del *nasciturus*, y no habiéndose encontrado beneficios absolutos o sólidos que devengan de este acto, el aborto sería violatorio de los principios bioéticos analizados en las cuatro premisas planteadas, no siendo favorable a la dignidad humana y por ende no sería un derecho humano. Se copia tabla referencial sobre la evaluación de las cuatro premisas trabajadas:

Cuadro 2.

Medición de cumplimiento de principios de no maleficencia y beneficencia en la acción de abortar respecto a la mujer y el *nasciturus* (Versión posterior a medición).

Criterio	Cumplimiento: SÍ/NO
<u>No maleficencia respecto al <i>nasciturus</i>:</u> Se cumple en caso de no infligir el aborto un daño intencionadamente al <i>nasciturus</i> .	NO SE CUMPLE 0/1
<u>Beneficencia respecto al <i>nasciturus</i>:</u> Se verifica si el aborto cumple con prevenir un daño, eliminar un daño o hacer un bien en pro del <i>nasciturus</i> .	NO SE CUMPLE 0/1
<u>No maleficencia respecto a la mujer:</u> Se cumple en caso de no infligir el aborto un daño intencionadamente a la mujer.	NO SE CUMPLE 0/1
<u>Beneficencia respecto a la mujer:</u> Se verifica si el aborto cumple con prevenir un daño, eliminar un daño o hacer un bien en favor de la mujer.	NO SE CUMPLE 0/1
TOTAL:	0/4

Fuente: Elaboración propia

4. CONCLUSIÓN.

Luego de una verificación detallada de las fuentes de las cuales deviene que un bien pretendido como deseable y digno de ser tutelado por el Estado, sea en efecto un derecho humano, y al no haber encontrado ninguna confirmación de que el aborto sea tal, se aprecia que desde ese enfoque no se puede afirmar que exista un derecho humano al aborto. Por otro lado, siguiendo el principio de cláusula abierta reconocido en el ordenamiento legal ecuatoriano, se aprecia que no existen fundamentos contundentes que sustenten al aborto como un derecho humano, sino por el contrario, puede ser este un acto violatorio de la dignidad humana y excepcionalmente tolerable, en circunstancias determinadas, en las que no se convierte en un derecho, siendo únicamente un tipo penal con casuísticas en las cuáles no es punible.

Cabe agregar que la Constitución reconoce el principio *pro homine*, el cual dispone que, en caso de duda, será aplicado el sentido más favorable en beneficio del ser humano. Varios artículos de la norma fundamental establecen el deber de priorizar el sentido que más favorezca la plena vigencia de los derechos, o bien señalan la priorización de las normas más favorables, siguiendo las reglas de jerarquización normativa aplicables. Entre estos artículos se menciona de forma destacada al artículo 11, numeral 5, artículos 424, 426, 427, 428. Quizá la manifestación más clara de esta idea se recoge en el artículo, relevante en caso de que pudiera existir alguna duda sobre si el aborto puede ser invocado o no como derecho, al contravenir principios bioéticos y la dignidad humana, en bienes protegidos tales como la vida:

“Art. 427.- Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”⁷³.

⁷³ IBID.

REFERENCIAS.

ABC, Diario electrónico (2021, junio). Recuperado de website:

https://www.abc.es/sociedad/abci-parlamento-europeo-pretende-declarar-aborto-como-derecho-humano-202106102106_noticia.html?ref=https://www.abc.es/sociedad/abci-parlamento-europeo-pretende-declarar-aborto-como-derecho-humano-202106102106_noticia.html

Alvira, Tomás. Anuario Filosófico, 1979 (12), 9-46, DA - Eclesiástica de Filosofía - Artículos de Revista REV - AF - 1979, vol. 12, n. 1, pág. 9.

Amnistía Internacional (2021, octubre). Recuperado de:

<https://www.amnesty.org/es/latest/campaigns/2021/10/change-is-inevitable-people-demand-the-human-right-to-access-safe-abortion-across-europe/>

Ara Pinilla, I. *Hacia una definición explicativa de los Derechos Humanos*, Universidad de la Laguna, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Bartolomé de las Casas: Boletín Oficial del Estado Fecha de edición: 1993.

Asamblea Nacional del Ecuador, (2021, diciembre). Recuperado:

http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/baf3a768-bd89-42c9-91c1-aa7ba3888e07/inf_1d_interrupcion_voluntaria_embarazo-signed-signed-signed-signed-signed-signed-signed-signed-signed.pdf

Asamblea Nacional, Código Orgánico Integral Penal, Ley 0 Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014.

Medline (s/f) Recuperado:

<https://medlineplus.gov/spanish/abortion.html#:~:text=Un%20aborto%20es%20un%20procedimiento,un%20embarazo%20es%20muy%20personal.>

Ballesteros, Jesús, "¿Derechos?, ¿Humanos?", artículo. Tiene como base un texto leído en el Curso "Nuevas fronteras de los derechos humanos", dirigido por el

Profesor Andrés Ollero y celebrado en la UIMP, que ha sido posteriormente revisado y actualizado.

Convención Interamericana de Derechos Humanos, 18 de julio de 1978, San José, Costa Rica.

Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de la Corte Constitucional, 2015.

Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008, Montecristi.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Voto salvado Juez Eduardo Vio Grossi, Sentencia Caso Manuela y otros Vs. El Salvador, CIDH.

Diario Constitucional: (2022, julio). Recuperado:

<https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/derecho-a-la-honra-pueden-ser-las-personas-juridicas-titulares-de-este-derecho/>

Med Ethics: (2020, febrero) Recuperado de: first published as 10.1136/medethics-2019-105701 on 14 January 2020. Downloaded from <http://jme.bmj.com/> on February 17, 2020 by guest. Protected by copyright.

Meijide, A, El *nasciturus* como sujeto del derecho. concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales Universidad San Pablo CEU (Madrid), pág. 292.

Ministerio de Salud, Acuerdo Ministerial 005195, R.O. Suplemento 395, diciembre 12 de 2014.

Nikken1, Pedro, El Concepto de Derechos Humanos Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Pág. 1 – 6.2, recuperado de <https://bit.ly/3rbGqoX>.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Galiano Martián, Grisel, *Reflexiones conceptuales sobre las categorías: persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho*, Derecho y cambio social, pág. 4. 2013

Journal of Law and Society (1992) Recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/1410220>.

Parlamento Europeo (2011, octubre) Recuperado de:

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-7-2011-009068_ES.html

Planned Parenthood (sf) Recuperado: <https://www.plannedparenthood.org/es/temas-de-salud/embarazo/aborto-espontaneo>

Sellés, Juan Fernando, Antropología para inconformes, (cuarta), RIALP, Ediciones Rialp, 2006.

Sentencia No. 34-19-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, D.M., 28 de abril de 2021.

SciELO, (2014, noviembre). Recuperado:

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872014001100012.

Science Media Centre (2008 diciembre) Recuperado de:

<https://www.sciencemediacentre.co.nz/2008/12/01/new-study-examines-link-between-abortion-and-mental-health/>.

Stith Richard, *El Derecho a Abortar implica la Explotación y el Abandono de las Mujeres*, Valparaiso University Valpo Scholar, 2016.

Yépes, R. (1996). *Fundamentos de antropología*. Pamplona: EUNSA.

Universidad de Chile, el Derecho al Honor, Santiago, marzo, 2003.

UNICEF (s/f). Recuperado:<https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/que-son-derechos-humanos>.

Universidad Internacional de Valencia (2021, julio) Recuperado de:

<https://www.universidadviu.com/es/actualidad/nuestros-expertos/principio-de-no-maleficencia-mas-alla-de-la-medicina>