



Análisis de la desproporcionalidad de la pena en los delitos de aborto, frente al asesinato y homicidio en la legislación de Ecuador

Mgtr. Wilson Rafael Rodas Mogrovejo¹

wilson.rodas@unl.edu.ec

<https://orcid.org/0009-0005-0550-3445>

Universidad Nacional de Loja

Loja - Ecuador

RESUMEN

El artículo 45 de la Constitución vigente de la República del Ecuador protege y garantiza el derecho fundamental a la vida, incluyendo el cuidado y la protección desde la concepción, ya que el derecho a la vida es el primer derecho humano fundamental y desde ese momento nacen los demás derechos del ser humano, por lo tanto, los estados deben proteger y hacer cumplir estos derechos. La actual sanción desproporcionada de los delitos de aborto es una clara violación de los principios constitucionales de igualdad, no discriminación y proporcionalidad; porque los niños no nacidos tienen los mismos derechos que los niños nacidos y deben ser tratados por igual en nuestra sociedad, debiéndose garantizar el *corpus iuris* del derecho fundamental a la vida en este caso del nasciturus.

Palabras Clave: *derechos humanos; vida, aborto; proporcionalidad; nasciturus*

¹ Autor Principal

Analysis of the disproportionality of the sentence in the crimes of abortion, compared to murder and manslaughter in the legislation of Ecuador

ABSTRACT

Article 45 of the current Constitution of the Republic of Ecuador protects and guarantees the fundamental right to life, including care and protection from conception, since the right to life is the first fundamental human right, and from that moment children are born. The other rights of the human being, therefore, states must protect and enforce these rights. The current disproportionate penalty for abortion crimes is a clear violation of the constitutional principles of equality, non-discrimination, and proportionality; because unborn children have the same rights as born children and must be treated equally in our society, and the corpus iuris of the fundamental right to life must be guaranteed in this case of the unborn child.

Keywords: *human rights; life; abortion; proportionality; nasciturus*

Artículo recibido 02 junio 2023

Aceptado para publicación: 02 julio 2023

INTRODUCCIÓN

El aborto es un tema de actualidad en nuestro medio social pues origina un gran malestar social por sus causas y consecuencias, ya que cuando enunciamos aborto estamos hablando de muerte en especial de un *nasciturus*, por esta razón se ha considerado en la mayoría de estados como un delito de privación de libertad, con penas diferentes de acuerdo a cada legislación.

El aborto se distingue por el hecho de que atañe a los principios y garantía de derechos humanos más fundamentales, tales como el sentido, alcance y protección de la vida humana. Este derecho a vivir garantiza la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y se considera un derecho fundamental que forma la base de todos los demás derechos que difieren de él.

Se analizan las contradicciones que existen en su protección, su alcance constitucional y los delitos previstos en el Código Orgánico Integral Penal y en adelante COIP, como se sabe que delitos como el sicariato, homicidio, asesinato, el magnicidio conllevan penas más severas que las de los delitos de aborto, las penas prescritas son contrarias a la Carta Básica y los instrumentos internacionales. Si los bienes jurídicos protegidos son el mismo derecho a la vida, nos encontramos con que existen derechos fundamentales similares a causa de las penas desproporcionadas y desiguales.

Se consideran derechos fundamentales y principios constitucionales en relación con el bien jurídico tutelado, el derecho a la vida, y las penas previstas en el COIP, son desproporcionadas a los hechos cometidos y se ha probado integralmente que no brindan una protección adecuada, según lo exijan las normas constitucionales y supranacionales.

Se exteriorizará las tipologías delictivas del aborto, del homicidio y del delito de homicidio, a fin de determinar las penas que se impone a cada uno de ellos en la legislación de Ecuador.

Se tomaron tres casos reales de aborto, asesinato y asesinato para ilustrar los perjuicios y consecuencias de este tipo de ilegalidades y la desproporción de las penas impuestas por los jueces en relación con los hechos cometidos y los resultados de la infracción penal de los delitos de aborto, ya que la Carta Magna establece que la ley establece una adecuada relación proporcionada entre las infracciones y las sanciones penales.

METODOLOGÍA

En este manuscrito se utilizó el Método Analítico y el Método Sintético para resolver los planteamientos respecto desproporcionalidad de la pena en los delitos de aborto, frente al asesinato y homicidio en la legislación de Ecuador

Así mismo se abordó el Método Analítico es aquel método de investigación que consiste en la desmembración de un todo, descomponiendo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos” (Ruiz, 2007). Esta definición se entiende como un procedimiento que permite analizar minuciosamente cada elemento de un todo para lograr determinar su origen, estructura y aspectos claves para su óptima comprensión.

Por ello es necesario conocer la naturaleza del fenómeno y objeto que se estudia para comprender su esencia” (Ruiz, 2007), en consecuencia, para estudiar de manera óptima un fenómeno, la naturaleza y el propósito del fenómeno deben considerarse aspectos importantes.

Ortiz y García (como se citó en Ruiz, 2007) afirman que el método sintético es un proceso de razonamiento que tiende a reconstruir un todo, a partir de los elementos distinguidos por el análisis; se trata en consecuencia de hacer una explosión metódica y breve, en resumen. En otras palabras, debemos decir que la síntesis es un procedimiento mental que tiene como meta la comprensión cabal de la esencia de lo que ya conocemos en todas sus partes y particularidades (p.15). Este método consiste en que, partiendo del análisis de cada uno de sus componentes llegamos a establecer la estructura del todo, con el objetivo de llegar a una conclusión lógica y razonable.

Para profundizar el tema planteado se consideró el método hermenéutico para la interpretación de los textos legales. La hermenéutica jurídica ayuda a crear una base conceptual para que el análisis del ordenamiento jurídico del Ecuador y de las normas jurídicas del derecho internacional sea lo más claro e imparcial posible.

Y para demostrar la desproporcionalidad en las penas de los delitos de aborto, asesinato y homicidio se tomó en cuenta el método jurisprudencial puesto que el objeto es analizar las diferentes penas aplicadas en los delitos propuestos en el tema de investigación.

Objetivos

Objetivo General

- Determinar mediante un análisis teórico, legal y jurisprudencial la desproporcionalidad de la pena en los delitos de aborto, frente al asesinato y homicidio en la legislación de Ecuador

Objetivos Específicos

- Analizar el Código Orgánico Integral Penal respecto de los delitos del aborto frente al asesinato y homicidio.
- Demostrar la desproporcionalidad de las penas en los delitos de aborto, asesinato y homicidio.
- Fundamentar jurídicamente y jurisprudencialmente que es necesario regular en el Código Orgánico Integral Penal en relación a las penas que se deberían imponer en los delitos del aborto.

DESARROLLO

ANTECEDENTES, ABORTO Y *NASCITURUS*

Si bien el aborto ahora se aborda sin mucha sorpresa, sigue siendo un tema delicado porque representa una interrupción de la vida con todas sus consecuencias, las personas, los gobiernos, la sociedad civil y la sociedad en general se pronuncian sobre el respeto a la vida desde el momento de la concepción.

La prevalencia mundial del aborto se observa en todas las clases sociales, independientemente de la edad o la educación de los involucrados; y, más allá de los implicados en el proceso, como familiares y allegados.

El aborto es muy debatido y muchos creen que es factible en términos de salvar la vida de la madre sin abandonar la visión de que el aborto es una destrucción violenta de la vida.

López (1975) “Los que defendían el aborto en aquellos casos excepcionales, lo consideraban siempre como un mal menor” (p.324), el tema del aborto y la importancia de preservar la vida desde su concepción, ha sido tratado en un contexto mundial.

Las Naciones Unidas, en el año de 1959, declararon que el niño, por razón de su inmadurez mental y física, requiere especial salvaguardia y cuidados, incluso protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Por tanto, se puede establecer como abominable el acto del aborto y como un atentado al bien máspreciado, que es la vida.

Nasciturus

En cuanto al nasciturus el tratadista Larrea (2012) expresa “El que está por nacer. El aún no nacido, cuyos derechos se reconocen, protegen y reservan para cuando nazca” (p. 404), este criterio define de forma muy periférica el derecho a la vida.

Para Cabanellas (1979) nasciturus, es “El que ha de nacer; el concebido y no nacido” (p.210), esta definición es muy genérica desde el punto de vista de garantía al derecho de la vida.

Cuando se trata de derechos humanos, debemos considerar los derechos especialmente de los niños por nacer ya que son legalmente vulnerables, que no pueden defenderse o tomar decisiones personales, estos criterios de los conocedores del tema hablan de los derechos de primera generación o fundamentales como es la vida, debiéndoselos respetar desde su concepción.

Por otro lado, Badillo y Rodríguez (2002) en cuanto al nasciturus expresan:

no hay razón para considerar al cigoto como una entidad diferente del embrión. Es un hecho que se forma una vida humana con una única constitución genética en el proceso de la fecundación. El huevo fecundado es un individuo humano único con 46 cromosomas diferentes en conjunto de los que se encuentran en el padre y en la madre y con el suficiente suplemento de moléculas morfogenéticas para controlar el comienzo del desarrollo. Ningún otro hecho biológico del desarrollo se puede decir que sea el momento del comienzo de un nuevo ser (p.7).

Con este criterio más apegado al derecho medico se colige que la vida empieza desde que el espermatozoide ingresa al ovulo considerándose ya aun persona de derechos al nasciturus.

Aborto.

En términos populares, el aborto implica la muerte del feto por ello Bottini (2014) “La palabra aborto proviene del latín *abortare*, que a su vez deriva del término *aborior*. Este concepto se utilizaba para referir lo contrario a *orior*, que significa nacer” (p.11)., sin duda algún aborto es poner el fin de la existencia de la persona.

En los mismos términos el jurista Cabanellas (1979) en cuanto al aborto expresa:

Del latín *abortus*, de *ab*, privación, y *ortus*, nacimiento. Equivale a mal parto, parto anticipado, nacimiento antes de tiempo. Generalmente se dice de lo que no ha podido llegar a su perfecta madurez y debido desarrollo [...] Conviene tener en cuenta el aborto dentro del Derecho Civil y del Derecho Penal. En el primero se entiende por aborto aquel parto ocurrido antes del límite señalado para la

viabilidad del feto; en el segundo es un género de delito consistente en el uso voluntario de medios adecuados para producir un mal parto, o la anticipación del mismo, con el fin de que perezca el feto (p.5).

Este criterio del erudito en la materia hace conocer que es interrumpir a vida de la persona por negligencia y porque la vida de la persona embarazada está en peligro.

Para el tratadista López (1975) en cuanto a la temática del aborto afirma:

como la interrupción del embarazo antes de que el feto sea viable. Lo más frecuente es que el aborto ocurra antes de la vigésima semana de gestación; si la interrupción tiene lugar entre el primero y tercer mes se habla de aborto precoz, denominándose aborto tardío entre el tercero y sexto mes de embarazo (p.321).

A partir de las definiciones descritas, de distintos autores, pero muy similares entre sí, el fin del aborto siempre es el mismo: la destrucción de una vida humana, aun cuando se justifique con diferentes argumentos su ejecución; como, por ejemplo, optar por salvar la vida de la madre, preferentemente antes de la vida del ser que está por venir, o ya sea por evitar nacidos con problemas congénitos, entre otros Badillo y Rodríguez (2002) “Desde el proceso de la fecundación cuando el espermatozoide o célula germinal masculina penetra el ovulo o célula germinal femenina, formando la única célula del cigoto, la entidad biológica que emerge es un ser humano” (p.4), por lo mismo, en contraposición al aborto, en el derecho a la vida del que gozan los seres humanos, enunciado en Tratados Internaciones y la Constitución de la República del Ecuador, está incluido el Nasciturus.

Los tipos de aborto

En este apartado se hablará respecto de los diferentes tipos de aborto que existen por ello según López (1975):

Generalmente se clasifica el aborto en dos tipos: Espontáneo y Provocado. Desde el punto de vista conceptual esta clasificación médica del aborto es una realidad evidente y así, en publicaciones de la Organización Mundial de la Salud se utiliza la distinción entre los dos grandes grupos: «aborto espontáneo» y «aborto provocado (...) aborto espontáneo, que cursa de modo natural, independiente de la voluntad, tanto de la paciente como del médico; y aborto provocado, consecuencia de la acción directa del médico, o de cualquier otra persona, sobre la evolución de un embarazo normal o no (p.322).

Tanto el aborto espontáneo, como el provocado; derivan en el fatal desenlace de la muerte de un ser humano. Cabe aquí recalcar que, sin hacer distinción en las causas, y pasando por tesis o excusas al respecto del aborto provocado, la consecuencia es la misma, se termina una vida, su dignidad y su historia.

Copeland (1994) ubica un tipo particular de aborto:

El selectivo, el aborto de un feto con la esperanza de retener o proteger a otros u otro en una gestación multifetal se conoce como aborto selectivo o reducción selectiva de embarazos. En general, se ha efectuado bajo control ecográfico cuidadoso mientras se introduce una aguja transabdominal en el corazón del feto blanco o cerca del corazón, el que se detiene por medio de una inyección de cloruro de potasio (p.198).

Este tipo exclusivo de aborto demuestra que la ciencia en ciertas ocasiones, en su afán de precautelar otras vidas, sacrifica una equivalente, en similitud a las teorías que apoyan la eliminación del embrión o feto en salvaguardia de la salud o vida de la madre. En ambos casos el desenlace es el mismo. Se termina con la vida de un nuevo ser humano.

Bottini (2014) distingue los siguientes tipos de aborto: espontáneo, accidental, indirecto, provocado o inducido, especificando a cada tipo de la siguiente manera:

Aborto espontáneo: Puede producirse en cualquier momento del embarazo, siendo los del primer trimestre los más frecuentes. Las causas que pueden desencadenarlo son múltiples. *Aborto accidental:* También se produce en cualquier momento del embarazo y puede haber tantas causas como accidentes; *Aborto indirecto:* Es el que ocurre como consecuencia no querida de un acto médico que busca curar o paliar una enfermedad grave de la madre [...]; *Aborto provocado o inducido:* Es el que lleva a cabo un médico en una mujer con un embarazo vital. Se aducirán motivos de la madre, del feto o de la sociedad. Así se configuran distintos tipos de aborto (pp.12-14).

Sin duda alguna cualquiera que sea la forma en que se ha dado el aborto directo, indirecto, provocado atenta contra la vida de la persona y más aún del nasciturus.

DERECHOS

Huertas, O. Ramírez, O. García, F. Segura, A. Pinzón, B (2007) afirman que “Los derechos humanos son el signo más distintivo de la modernidad y se pueden concebir como una fase positiva del desarrollo y bienestar de los seres humanos” (p.22). Los derechos humanos, encierran en su esencia el escenario que permite a todo individuo su plena realización. Independientemente de su ubicación geográfica, de los factores económicos, políticos y sociales, de su cultura y costumbres, e inclusive de los avances tecnológicos y científicos, los gobiernos de todos los países del mundo velan por los derechos humanos. Los derechos, a la vida, a la igualdad, y; a la no discriminación, son de considerable relevancia en relación a la situación jurídica del Nasciturus, ya que indiscutiblemente y para el engrandecimiento de los valores y la ética, garantizan su seguridad y protección, dentro de una sociedad que busca crecer protegiendo al ser humano, considerado el gran motor del perfeccionamiento de la misma; desde el momento mismo que se conoce de su existencia en el vientre materno.

Es gratificante por tanto saber, que en la actualidad se educa y exhorta en la observancia a los derechos humanos.

Derecho a la vida

El hombre, es el único capaz de garantizar la supervivencia de su propia especie, defendiendo la vida. Es él, el custodio ideal y el responsable de cuidarla.

El derecho a la vida constituye el más invaluable y sustancial de los derechos, ya que todos los demás, son viables, gracias a su existencia. No es posible demandar ningún otro derecho si no hay vida. ¿Cómo garantizar la libertad en ausencia de la vida? ¿Cómo exigir igualdad si antes no hay vida?... ¿En función de qué, exigir la no discriminación?

En relación al Nasciturus, Valdivieso (2008), afirma que:

El Derecho siempre protegió como sujeto de derecho al nacido y como un sujeto digno de protección al no nacido, sin embargo, en la actualidad se considera, sobre todo en convenciones internacionales de derechos humanos, que el no nacido es un sujeto de derechos desde el momento mismo de la concepción, lo cual afecta en forma sustancial al ordenamiento jurídico. En definitiva, actualmente se entiende en forma general que principia la vida humana desde la concepción, esto es, desde que se crea y existe otra

vida; este es el criterio adoptado inclusive por los Convenios Internacionales de Derechos Humanos (p.58).

Con la vida empieza la historia de cada ser humano, de cada comunidad, de cada país, en fin, de toda la humanidad. Debido a su trascendental importancia, el derecho a la vida, es mundialmente reconocido en, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Declaración de los Derechos del Niño, en la Convención de los Derechos del Niño, el Consejo de Europa, entre otros Tratados Internacionales; y en el Ecuador, en su Carta Magna.

Pues es claro que el ser humano por nacer, en todas sus etapas y desde el tiempo de la matriz, tiene derecho a la vida y al disfrute de sus acompañantes. Para preservar la vida, debemos citar los mandamientos de la Biblia, independientemente de nuestras creencias religiosas. Porque los mandamientos de la Biblia son compartidos por la gran mayoría de personas, tratados, leyes e ideas sobre la muerte.

Derecho a la igualdad

La Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo 11 habla sobre los derechos de igualdad y no discriminación expresando que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) en el mismo sentido indica en su Art. 1, que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y, como están dotados de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros, en igual forma la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1968), en su Art. 24, que todas las personas son iguales ante la ley; y, las máximos estándares den protección de niñez y adolescencia como lo la Declaración de los Derechos del Niño (1959) y La Convención de los derechos del Niño (1989) también garantizan el derecho a la igualdad y no discriminación

La fragilidad del Nasciturus y su condición de debilidad, demanda el derecho de igualdad, que lo resguarde de condiciones en las que se pretenda un trato diferente en relación a los demás seres humanos, por ello los asalariados judiciales deben hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo

de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de vulnerabilidad

De todos los seres vivos que existen, el no nacido se puede considerar dentro de los más débiles entre los débiles. Su naturaleza temporal le impide resguardarse de embates externos absurdos e injustos.

Ferrajoli (2009) manifiesta que “La lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos, condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo” (p.467).

Con ello se dice que el aborto o la interrupción de la vida del ser humano concebido, inducen al más peligroso menoscabo que se le pueda hacer a su integridad y constituye la lesión más atroz, desalmada e irreparable.

El bebé, que todavía permanece recluido en el claustro materno, es indefenso dado su estado de formación y desarrollo, es decir no tiene la capacidad de preservar su humanidad por sí mismo, el principio de lesividad concurre, analizando a Ferrajoli, como un instrumento tutelar de los derechos del Nasciturus.

Por otro lado, al hablar del principio de legalidad, este está garantizado en el numeral 3 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, (2008), prácticamente colige si no hay ley o pena tipificada en el derecho sustantivo no se puede procesar a una persona ni imponer una pena.

En cuanto al principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley. Esta formulación tan amplia se concreta en el contenido esencial del principio y en diferentes derivaciones del mismo, que conforman las distintas garantías individuales (Muñoz García, 2015, p.109).

Entonces, principio de legalidad viene a constituir el límite o barrera para el estado dentro de su política criminal. Lo que en definitiva se exige, es que la ley penal preexista a toda sanción.

En cuanto al principio de proporcionalidad, se encuentra descrito en la Constitución del Ecuador, 2008) en su artículo 76, numeral 6,

El principio de proporcionalidad debe imperar tanto en la fase pre procesal de investigación previa, así como en todas las etapas del proceso penal, al igual que en la faceta de ejecución de las penas, y esto porque cuando se pretende restringir derechos se toma muy en cuenta el bien jurídico protegido en donde incluso colisionan y se ponderan derechos.

ANÁLISIS JURÍDICO DE NORMATIVA VINCULANTE

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) expresa “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (Art. 3). Este enunciado otorga al individuo la protección integral a su vida, su libertad y seguridad, es decir que ninguna persona puede privar o atentar con la humanidad de otra, y más aún a la humanidad de un ser indefenso que no puede garantizar su vida por sí solo, como es el caso del concebido no nacido.

En ese mismo sentido el Art. 7 de la DUDH en cuanto al derecho de igualdad y no discriminación en su artículo indica que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Este enunciado afirma que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción,

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Para” (1948) enuncia que para efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause su muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como el privado (Art. 1). Vinculando este precepto jurídico con el tipo penal de aborto no consentido, en el cual el sujeto activo en contra de la voluntad de la madre ejerce conductas tendientes a causar la muerte del concebido no nacido; lo que ocasiona como resultado es, un fuerte daño físico y psicológico a la mujer, pudiendo así causar su muerte y evidentemente se estaría contraviniendo dicha convención.

La Convención *at supra* en el Art. 3 expresa que toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado” (Convención De Belém Do Pará, 1995).

En el delito de aborto no consentido se vulnera la libertad procreativa de la mujer, ejerciendo actos netamente violentos y que vulneran derechos humanos. Por ello toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos.

Así mismo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y en adelante CADH en cuanto al derecho a la vida expresa: “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” (Art. 1). Este cuerpo normativo afirma que persona es todo ser humano, y que su vida debe ser protegida y garantizada desde el momento de la concepción.

Dicho a derecho a la vida del nasciturus y de la mujer embarazada está garantizado en los Art. 35, 43, 45, 66, 69, que como fin es que los progenitores tienen la obligación de velar por la protección de sus hijos y más aún un mayor cuidado y protección cuando se encuentran en el claustro materno por su condición de indefensión, desventaja y vulnerabilidad;

El Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador (2003) expresa que los NNA son sujetos de derechos y garantías; y, más aún el concebido no nacido es titular de derechos; puesto que desde el momento de la concepción podríamos hablar de una vida dependiente; misma que debe ser preservada y protegida.

El CONA en cuanto al derecho a la vida expresa “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción, es obligación del estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo” (Art. 20). La vida humana constituye un derecho primordial, esencial y fundamental en la sociedad; y, es obligación del Estado y la familia asegurar su protección y respeto; y más aún si hablamos de una vida indefensa que necesita imperativamente el cuidado de otra persona.

El Código Civil del Ecuador (2015) en cuanto al inicio de la vida de una persona expresa que el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere dentro del vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputara no haber existido jamás (Art. 60).

Este enunciado limita los derechos del concebido no nacido, al establecer que su existencia legal será desde que es separado completamente de su madre, y no guarda coherencia con la Constitución y los Instrumentos Internacionales de derechos humano, que protegen y garantizan la vida desde la concepción

El Código Sustantivo *at supra* protege la vida del que está por nacer expresando por ello dice que toda sanción a la madre, por la cual pueda peligrar la vida o salud de la criatura que tiene en su seno, deberá

diferirse hasta después del nacimiento. La ley faculta al juzgador a salvaguardar la vida del Nasciturus cuando este considere que su vida o salud está en peligro, esto sugiere que el administrador de justicia puede disponer la práctica de cualquier tipo de medidas direccionadas a precautelar la existencia del concebido no nacido.

En base al análisis de la normativa anteriormente expuesta, resulta válido señalar que, según el orden jerárquico de las leyes, “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. La Normativa Internacional, la Constitución, el Código de la Niñez y a Adolescencia, garantizan el cuidado y protección de la vida desde la concepción;

La pena en los delitos de aborto

El Código Orgánico Integral Penal (2014) en cuanto al aborto con muerte prescribe que cuando los medios empleados con el fin de hacer abortar a una mujer causen la muerte de esta, la persona que los haya aplicado o indicado con dicho fin, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años, si la mujer ha consentido en el aborto; y, con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años si ella no lo ha consentido (Art.147).

Este tipo penal tiene el epígrafe de aborto con muerte, regulando la pena o sanción en consideración al consentimiento prestado o no por la mujer que tiene en su seno al Nasciturus.

Cuando no existe el consentimiento de la mujer, la pena establecida en el COIP, es proporcional a la conducta perpetrada; ya que en este caso se ejerce violencia u otros medios ilícitos por parte del sujeto activo o el coautor, en contra de la libertad procreativa y voluntad de la madre, teniendo como finalidad causar la muerte del sujeto pasivo; es decir del concebido no nacido; sin embargo, se obtiene también como resultado la muerte de la mujer.

El Código Orgánico Integral Penal (2014) en cuanto al aborto no consentido sanciona con pena privativa de libertad de cinco a siete años; y, si los medios empleados no han tenido efecto, se sancionará como tentativa (Art. 148).

En este delito se vulnera la libertad procreativa y voluntad de la madre, ya que en contra de sí misma se pretende atentar contra la vida de su hijo, ejerciendo violencia y actos de naturaleza inhumana tendientes a dar fin a la vida del Nasciturus.

En cuanto al aborto consentido el Código Orgánico Integral Penal (2014) dice que la persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años; y, la mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años (Art. 149).

Es en este tipo penal es en donde se encuentra la pena menos severa para la persona que haga abortar a una mujer y más aún en el caso de la madre que cause su propio aborto o con voluntad propia permita que otro se lo cause.

Respecto del aborto no punible determinado en el Art. 150 del Código Orgánico Integral Penal (2014) es cuando es 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 la posibilidad de prestarlo; por ello no será punible cuando sea terapéutico, es decir que se practique para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada; y, Eugenesico cuando el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca discapacidad mental

Existen varias posturas frente al tema de la punibilidad del aborto en nuestro país, ya que se exceptúan dos causales dentro del tipo penal; sin embargo dentro de la primera causal existe una disputa entre dos bienes jurídicos que son, la vida o salud de la madre y la vida del concebido no nacido; en relación al segundo caso, es cuando se suscite la violación a una mujer que padezca discapacidad mental, no es punible el aborto; lo cual resulta aceptable en razón de que la mujer dada su condición.

La pena en el delito de homicidio

El Art. 144 del Código Orgánico Integral Penal (2014) en cuanto al homicidio expresa que la persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años. El homicidio es un ilícito que atenta contra la vida humana, en razón que el derecho a la vida es el bien jurídico máspreciado que posee un sujeto de derechos. En este delito no encontramos ninguna circunstancia o condición personal relacionada con la autoría, si no el hecho de dar muerte sin justificación alguna a otra persona;

el mismo se diferencia del asesinato en cuanto a las condiciones que deben concurrir para que la conducta se subsuma ha dicho delito; y, por esa razón la pena establecida es diferente

La pena en el delito de asesinato

El Art. 140 del Código Orgánico Integral Penal (2014) en cuanto al asesinato refiere que la persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años”

Este delito de asesinato consiste en la muerte de una persona siempre y cuando se concurra o la conducta perpetrada se adecue a alguna de las circunstancias del tipo penal; la pena establecida para el delito es más severa que la pena contemplada en el delito de homicidio, en razón de la gravedad de la conducta ilícita, en conclusión, donde existe asesinato siempre habrá homicidio y donde existe homicidio no siempre habrá asesinato.

Se enfatiza que en los delitos de aborto como ya se ha mencionado el bien jurídico protegido es la vida del concebido no nacido; la misma que según la Constitución de la República del Ecuador y los Instrumentos Internacionales de Derechos humanos debe ser protegida y garantizada desde la concepción, es por ello que resulta absolutamente no proporcional que en los delitos de aborto la pena sea menos severa que en los delitos de homicidio y asesinato.

DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS Y DISCUSION

En la causa penal de aborto signado con el N° 11282-2018-00040, a los sentenciados: Julio César Muñoz Pardo y Telmo Patricio Sánchez Gutiérrez. (4años), se les impuso la pena de 3 y 4 años respectivamente

En el caso de asesinato signado con el N° 17282-2017-00732, la señora Lorena Belén Trujillo Macas fue sentenciada a 34 años a8 meses por asesinar a su hijo de 2 años de edad.

Y en el caso de caso homicidio signado con el N° 11282-2018-00579, el sentenciado: Millen Elwyn Peter, se le impuso la pena de 17 años 4 meses por terminar con la vida de Roberto Alejandro Domínguez.

En el caso de aborto consentido los jueces otorgaron una pena de 3 y 4 años de privación de libertad; en el caso de asesinato los jueces impusieron una pena privativa de libertad de 34 años 8 meses; y, en el caso de homicidio los juzgadores aplicaron una pena privativa de libertad de 17 años 4 meses; es allí donde se deduce que las penas contempladas en los delitos de aborto vulneran los principios constitucionales de igualdad, no discriminación y proporcionalidad; dado que en los delitos de asesinato

y homicidio encontramos una pena más severa; siendo el bien jurídico protegido el mismo; esto es la vida.

En el caso de asesinato anteriormente expuesto, la madre causo la muerte de su propio hijo de dos años de edad, conducta que se encuentra prevista en el tipo penal de asesinato, con una pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años; sin embargo, en los delitos de aborto cuando la madre causa su propio aborto o permite que otro se lo cause encontramos una pena privativa de libertad de seis meses a dos años; lo cual resulta evidentemente desproporcional y desigual.

En el caso de homicidio citado en líneas anteriores, una persona dio muerte a otra persona, por lo que, obtuvo una pena privativa de libertad de 17 años 4 meses; la misma conducta se detecta en el caso de aborto; es decir afectar contra la vida de un ser vivo; sin embargo, se obtiene una pena de 3 y 4 años. Si existen dos bienes jurídicos similares y de igual importancia las penas deberían ser equitativas; en razón de que los delitos de asesinato, homicidio y aborto forman parte de los delitos contra la inviolabilidad de la vida.

Es por ello que el caso de aborto con muerte, cuando hay consentimiento la pena debería ser de diez a trece años; y, cuando no existe consentimiento la pena ya establecida de trece a dieciséis años resulta valida y proporcional.

En el caso de aborto no consentido la pena debería ser de diez a trece años de privación de la libertad; y, en el caso de aborto consentido la pena debería ser de veintidós a veintiséis años de privación de la libertad, para la persona que practique el aborto en calidad de coautor y para la madre que permita la práctica del aborto, de igual manera, en calidad de coautor de dicho delito; y, para la madre que cause su propio aborto, o permita que otro se lo cause, la pena debería ser de veintidós a veintiséis años de privación de la libertad con el grado de participación de autor directo.

CONCLUSIONES

PRIMERO. - El aborto es un problema existente en nuestra sociedad, en el que está implicado el derecho más básico, primordial y fundamental del ser humano, que es el alcance y protección de la vida humana.

SEGUNDO. - Los tipos penales de aborto contemplados en el Código Orgánico Integral Penal, vulneran el principio constitucional de igualdad y no discriminación.

TERCERO. - Los tipos penales de aborto tipificados en el Código Orgánico Integral Penal vulneran el Principio Universal de Proporcionalidad.

CUARTO. - La Constitución de la República del Ecuador y los Instrumentos de derechos Humanos garantizan el derecho a la vida desde la concepción; sin embargo, los tipos penales relacionados al aborto contemplan penas que van en desacorde a la carta fundamental en relación a otros delitos de igual magnitud y lesividad.

QUINTO. Imponer penas más severas y proporcionales en los delitos de aborto a fin de que se respeten los principios y derechos fundamentales del ser humano; y, las mismas sean congruentes con la Constitución e Instrumentos Internacionales, debiéndose reformar los tipos penales de aborto tomando en consideración las circunstancias, el perjuicio causado y el bien jurídico protegido.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf

Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf

Badillo, R., & Rodríguez Yunta, E. (agosto, 2016). *El cigoto, inicio de la vida humana desde una perspectiva biológica y metafísica*. ARS MEDICA Revista De Ciencias Médicas, N° 15(2), 19–35. <https://doi.org/10.11565/arsmed.v31i1.287>

Bottini, Z. (2014). *Reflexiones en torno al aborto y sus consecuencias* (1ra ed.) Buenos Aires, Argentina. EDUCA

Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Jurídico Elemental* (1ra ed.). Buenos Aires Argentina. Heliasta S.R.L

Congreso Nacional (2005) Código Civil. (Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005). Última Reforma 2017.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanospdf

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Para”, 14 de agosto de 1995. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Copeland, L. Jarrell, J. McGregor, J. (1994). *Ginecología* (1ra ed.) Argentina. Medica Panamericana SA.

Corporación de Estudios y Publicaciones. (2004). Código de la Niñez y Adolescencia. Quito, Ecuador. Talleres Corporación de Estudios y Publicaciones.

Fondo de la Naciones Unidas. (2015). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

Foro de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). (2006). *Convención de Derecho del Niño*. Nuevo siglo. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Ferrajoli, L. (2009) *Derecho y Razón* (9na ed) Madrid, España, Editorial Trotta

Huertas, O. Ramírez, O. García, F. Segura, A. Pinzón, B. (2007). *El derecho a la vida en la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (1ra ed.). Bogotá, Colombia. Grupo Editorial Ibáñez.

Larrea, J. (2012). *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana Derecho Civil I Personas y Familia* (1ra ed.) Ecuador. Edición Universitaria

López, G. (1975). *El Aborto Análisis Crítico de la Situación Actual* (1ra ed.) Navarra, España: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra.

Muñoz, F. García, M. (2015) *Derecho Penal* (9na ed) Valencia, España. Tirant Lo Blanch

Ruiz, R. (2007). El Método Científico y sus Etapas. <http://www.index-f.com/lascasas/documentos/lc0256.pdf>

Valdivieso Ortega, G. (enero 2008). *La protección Jurídica del Non Nato en el Ecuador*. Revista *Ius Humani*, N° 1, pp. 51-81. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=4999976>