

**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**

**Inconstitucionalidad de la despenalización del aborto en función de la  
interpretación armonizadora de derechos.**

**AUTORES:**

**Avilés Zavala, Leonardo Xavier  
Vanegas Lascano, Ricardo Xavier**

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de  
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPUBLICA DEL  
ECUADOR**

**TUTOR:**

**Abg. De Tomaso Rosero, Carlos Antonio, Mgs.**

**Guayaquil, Ecuador**

**6 de Febrero del 2023**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS**  
**CARRERA DE DERECHO**

### **CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Avilés Zavala, Leonardo Xavier, y Vanegas Lascano, Ricardo Xavier**, como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

### **TUTOR**



Firmado electrónicamente por:  
**CARLOS ANTONIO DE  
TOMASO ROSERO**

f. \_\_\_\_\_

**Abg. De Tomaso Rosero, Carlos Antonio, Mgs.**

### **DIRECTORA DE LA CARRERA**

f. \_\_\_\_\_

**Dra. Nuria Pérez Puig-Mir, PhD.**

**Guayaquil, a los 6 días del mes de febrero del año 2023**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS  
CARRERA DERECHO**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Nosotros, **Avilés Zavala, Leonardo Xavier, y Vanegas Lascano Ricardo Xavier**

**DECLARAMOS QUE:**

El Trabajo de Titulación, **Inconstitucionalidad de la despenalización del aborto en función de la interpretación armonizadora de derechos**, previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de nuestra total autoría.

En virtud de esta declaración, nos responsabilizamos del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

**Guayaquil, a los 6 días del mes de febrero del año 2023**

**LOS AUTORES**

f.

**Avilés Zavala, Leonardo Xavier**

f.

**Vanegas Lascano, Ricardo Xavier**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS  
CARRERA DE DERECHO**

### **AUTORIZACIÓN**

Nosotros, **Avilés Zavala, Leonardo Xavier, y Vanegas Lascano, Ricardo Xavier**

Autorizamos a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **Inconstitucionalidad de la despenalización del aborto en función de la interpretación armonizadora de derechos**, cuyo contenido, ideas y criterios son de nuestra exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, a los 6 días del mes de febrero del año 2023**

#### **LOS AUTORES:**

f.   
\_\_\_\_\_  
**Avilés Zavala, Leonardo Xavier**

f.   
\_\_\_\_\_  
**Vanegas Lascano, Ricardo Xavier**



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

## REPORTE URKUND

URKUND

Lista de fuentes Bloques Abrir sesión

Documento	Presentado	Presentado por	Recibido	Mensaje
<a href="#">Tesis Trabajo FINAL - Aviles y Vanegas.docx</a> (D156762549)	2023-01-23 18:35 (-05:00)	leonardo.aviles01@cu.ucsg.edu.ec	maritza.reynoso.ucsg@analysis.orkund.com	Tesis Aviles - Vanegas <a href="#">Mostrar el mensaje completo</a>

1% de estas 35 páginas, se componen de texto presente en 6 fuentes.

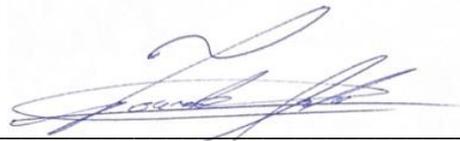
Categoría	Enlace/nombre de archivo
	Universidad Técnica Particular de Loja / D116882436
	FUNIBER / D121813530
	Universidad del Azuay / D30687260
	Universidad Regional Autónoma de los Andes / D58810752
	Junta Nacional De Justicia - Peru / D132907836
	Universitat de Barcelona / D124985620

0 Advertencias. Reiniciar Compartir



Firmado electrónicamente por:  
**CARLOS ANTONIO DE  
TOMASO ROSERO**

f. \_\_\_\_\_  
**Abg. De Tomaso Rosero, Carlos Antonio, Mgs.  
TUTOR**

f.   
**Avilés Zavala, Leonardo Xavier  
ESTUDIANTE**

f.   
**Vanegas Lascano, Ricardo Xavier  
ESTUDIANTE**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

f. \_\_\_\_\_

**(NOMBRES Y APELLIDOS)**

OPONENTE

f. \_\_\_\_\_

**Dr. LEOPOLDO XAVIER ZAVALA EGAS**

DECANO

f. \_\_\_\_\_

**Abg. MARITZA REYNOSO GAUTE, Mgs.**

COORDINADOR DEL ÁREA



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**Facultad:** Jurisprudencia  
**Carrera:** Derecho  
**Periodo:** UTE B 2022  
**Fecha:** 23 de enero de 2023

### ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado *INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN FUNCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN ARMONIZADORA DE DERECHOS* elaborado por los estudiantes *Avilés Zavala, Leonardo Xavier, y Vanegas Lascano, Ricardo Xavier*, certifica que durante el proceso de acompañamiento dichos estudiantes han obtenido la calificación de **10 (DIEZ)**, lo cual los califica como **APTOS PARA LA SUSTENTACIÓN**.



Firmado electrónicamente por:  
**CARLOS ANTONIO DE  
TOMASO ROSERO**

---

**Abg. De Tomaso Rosero, Carlos Antonio, Mgs.**

**DOCENTE TUTOR**

## ÍNDICE

<b>RESUMEN.....</b>	<b>IX</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>X</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>2</b>
<b>CAPITULO I: EL DERECHO A LA VIDA Y DE LAS MADRES EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA .....</b>	<b>4</b>
1.1. Naturaleza jurídica del derecho a la vida .....	4
1.2. Derecho a la vida en la Constitución de la República del Ecuador .....	6
1.3. Los derechos reproductivos de las madres y a la planificación familiar.	11
1.4. La protección interamericana de la vida desde la concepción .....	13
1.5. Jurisprudencia sobre el derecho a la vida, concepción y derechos de las madres .....	16
<b>CAPITULO II: GENERALIDADES DEL ABORTO Y SU REGULACIÓN EN EL ECUADOR .....</b>	<b>18</b>
2.1. Noción general de aborto .....	18
2.2. Aborto desde un punto de vista médico .....	19
2.3. Aborto según lo concibe el derecho ecuatoriano .....	20
2.4. Evolución del aborto en el derecho ecuatoriano .....	20
2.5. Métodos abortivos .....	22
<b>CAPÍTULO III: INTERPRETACIÓN ARMONIZADORA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES .....</b>	<b>24</b>
3.1. Introducción .....	24
3.2. Los conflictos de derechos .....	24
3.3. Métodos de solución de conflictos de la visión conflictivista: jerarquización y ponderación .....	26

3.4. Crítica de la teoría armonizadora a la visión conflictivista de derechos: imposibilidad de conflicto entre derechos.....	28
3.5. Determinación del contenido de los derechos como solución a los casos iusfundamentales.....	31
<b>CAPÍTULO IV: INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO .....</b>	<b>36</b>
4.1. Aborto como extralimitación en el ejercicio de los derechos de la madre .....	36
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>45</b>
<b>RECOMENDACIONES.....</b>	<b>47</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>49</b>

## RESUMEN

El presente trabajo expone argumentativamente criterios -partiendo de la interpretación armonizadora de derechos- por los que se considera que existe una incompatibilidad entre el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal y la obligación estatal contemplada en nuestra Constitución de proteger la vida desde la concepción. A lo largo de este trabajo, se presentan conceptos generales que permitirán al lector adoptar mayor comprensión del tema y de los aspectos centrales sobre los cuales se basa la investigación. Finalmente, el trabajo tiene como objeto establecer la situación jurídica actual del aborto no punible en el Ecuador para luego determinar por medio de la jurisprudencia, doctrina y tratados internacionales de derechos humanos, interpretados bajo la teoría armonizadora de derechos, si mantener los casos excepcionales en los que el aborto es permitido actualmente en el Ecuador atenta o no contra el derecho a la vida. Dicho esto, nos hemos limitado a analizar únicamente el aspecto jurídico del aborto, por lo que el trabajo dentro de su desarrollo busca prescindir de connotaciones morales y políticas.

**Palabras Claves:** *Aborto, derecho a la vida, nasciturus, inconstitucionalidad, Ecuador, armonización de derechos.*

## ABSTRACT

This work argumentatively exposes criteria -based on the harmonizing interpretation of rights- by which it is considered that there is an incompatibility between article 150 of the “*Código Orgánico Integral Penal*” and the state obligation contemplated in our Constitution to protect life from conception. Throughout this work, general concepts are presented that will allow the reader to adopt a better understanding of the subject and the central aspects on which the research is based. Final purpose of this work is to establish the current legal situation of non-punishable abortion in Ecuador to determine through jurisprudence, doctrine, and international human rights treaties, interpreted under the harmonizing theory of rights, if whether maintaining exceptional cases in which abortion is currently permitted in Ecuador violates constitutional rights or not. We have limited ourselves to analyze only the legal aspect of abortion, so that the work in its development seeks to dispense moral and political connotations.

**Key Words:** *Abortion, life, nasciturus, unconstitucional, Ecuador, harmonization of law.*

## INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas el aborto se ha convertido en un tema fuertemente controversial. Las posturas que se adoptan respecto de él son muy variadas: existen, por un lado, quienes se oponen a que sea permitido, por lo que defienden su penalización en aras de proteger el derecho a la vida del no nacido. En el lado contrario están quienes ven la penalización del aborto como una grave vulneración a los derechos de las mujeres. También se encuentran, como no podía ser de otra manera, personas que solo en casos puntuales se muestran a favor que este no sea penalizado.

El hecho que el aborto sea una cuestión tan polémica se debe a que en torno a él se encuentran relacionados temas tan trascendentales como lo son el inicio de la vida humana y los derechos de las personas. Del entendimiento que se parta respecto de estos temas dependerá la posición que se termine adoptando sobre el aborto.

La idea principal que aquí se sostiene es que el aborto es inconstitucional en cuanto supone una actuación que se dirige voluntariamente a producir la muerte del no nacido, desconociéndose así su derecho a la vida. Consecuentemente, si el aborto es inconstitucional también lo serán aquellas medidas que lo promuevan ya que significan una desprotección a la vida del nasciturus; dentro de estas medidas se encuentra la despenalización del aborto.

Nuestra tesis se fundamenta, en primer lugar, en que la vida humana inicia con la concepción. Para demostrarlo brindaremos argumentos de la biología y medicina, toda vez que dicha cuestión no pertenece al campo de estudio de la ciencia del Derecho. Una vez demostrado aquello entraremos al tema medular del presente trabajo: el método interpretativo en el cual los derechos de las personas se armonizan. Se estudiará por qué no es correcto admitir que los derechos constitucionales pueden colisionar entre sí, y cuál es la forma adecuada para solucionar los casos en que ambas partes sustenten su pretensión invocando derechos constitucionales.

Finalizaremos nuestro trabajo explicando, con base en la hermenéutica de los derechos que aquí se defiende, que en ninguna circunstancia a la madre le asiste un derecho para abortar. Lo anterior trae como consecuencia que la penalización del

aborto no acarrea vulneración alguna a los derechos de la mujer embarazada; sino que se hace necesaria para proteger eficazmente la vida del no nacido.

Antes de finalizar con la presente introducción, es preciso hacer una aclaración. El lector encontrará expresiones como *derechos humanos*, *derechos constitucionales*, o *derechos fundamentales* que podrán suscitar en él la duda de si se tratan de términos equivalentes o de si existe una diferencia entre ellos. Consideramos que no sería del todo conveniente, dado el objetivo del trabajo, extendernos en esta cuestión; por lo que nos limitaremos a decir que, no obstante, sí hay ciertos elementos que hacen que dichas expresiones sean distintas, estas hacen referencia a una misma realidad: los derechos que tiene todo hombre en razón de su dignidad. Y es en ese sentido que tales expresiones se han utilizado en el presente trabajo.

# CAPITULO I: EL DERECHO A LA VIDA Y DE LAS MADRES EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

## 1.1. Naturaleza jurídica del derecho a la vida

Existen varias conceptualizaciones acerca de lo que se conoce como vida humana. Sin embargo, hasta la actualidad, subsiste un debate que pareciera no terminar. Esta discusión consiste en la determinación del momento preciso en el que comienza la vida, lo cual ni siquiera la ciencia ha podido establecer con claridad. De ahí que, en el ejercicio soberano de cada Estado, se han adoptado distintas nociones sobre la vida respecto a su temporalidad.

Como se ha indicado en el párrafo que antecede, a lo largo de los años se han propuesto diferentes definiciones, pero hay algo en lo que todas concuerdan; sin vida humana, no existen derechos humanos. Es un ejercicio lógico sencillo, pues la vida es un requisito indispensable para la existencia del resto de los derechos. Por esto es que se lo considera universalmente como el primer derecho.

Según la Profesora Grisel Galiano Maritan:

La vida como tal, es un bien existencial, no patrimonial, y se manifiesta como una modalidad de existencia de la persona. Su configuración personal es única e irrepetible porque tiene por base una naturaleza compleja, que es a la vez objetiva, subjetiva, biológica, social e individual, de ahí que no se pueda identificar con el sujeto. (Maritan, 2016, p. 75).

Por su parte, Vidal sostiene

El derecho a la vida humana se considerará siempre como el primer valor que debe defenderse, y se debe considerar en relación a la totalidad axiológica de la persona, y no en la de algún componente, parte o cualidad aislada, como la razón, la conciencia, la sensibilidad, la libertad o el consentimiento. (Vidal, 1991).

Estas definiciones justifican la cualidad autónoma del derecho a la vida, pues sin la existencia del ser, es imposible hablar de la persona humana y de sus derechos. Por lo tanto, la finalidad de su reconocimiento fundamental consiste en evitar su violación o, como mínimo, que se garantice su conservación y desarrollo sin que se le pueda privar a nadie la vida.

El derecho a la vida forma parte del grupo de derechos inherentes a la personalidad del ser humano. Es decir, existen derechos de la personalidad, que son aquellos inherentes al hombre. No obstante, de acuerdo con lo expuesto por Valdés Díaz, esto no significa que necesariamente “todos los derechos fundamentales se pueden considerar derechos inherentes a la personalidad, sino solo aquellos que se relacionan con la condición de ser humano, los que tienen que ver con su naturaleza misma, tanto en el ámbito físico o corporal, como en el orden moral o espiritual”. (Díaz, 2004).

A partir de esta concepción, se han desarrollado distintas clasificaciones de los derechos personalísimos, como por ejemplo la que propone Domínguez Guillén que consiste en separarlos en dos ámbitos: 1) el físico o sensible, que incluye no solo el derecho a la vida, sino también a la libertad y la integridad física; y, 2) el moral, que se refiere al derecho al buen nombre, intimidad, honor y conexos. (Domínguez Guillén, 2003).

Francisco Herrera asegura que “El derecho a la vida (...) es una consecuencia jurídica primaria del modo ontológico de poseer el propio ser, que es inherente a la condición de persona del hombre”. (Herrera, 1983). Esto lo contempla nuestro ordenamiento jurídico, específicamente el Código Civil que fija el principio de la existencia de las personas en su Artículo 60, donde se establece lo siguiente:

Art. 60. – El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre (...)

Tenemos entonces como principales características del derecho a la vida, su cualidad autónoma y personalísima, por ser un derecho individual cuyo ejercicio corresponde exclusivamente a su titular, por estar la vida relacionada estrechamente con la propia persona. También su cualidad vitalicia, por corresponderle a su titular durante toda su existencia pudiendo terminar únicamente con su deceso (Art. 64 CC).

Finalmente hemos tratado su cualidad esencial o inherente que se origina en el hecho de ser necesario y requisito sine qua non para la existencia de los demás. Varios autores lo denominan «*esencialísimo*» ya que su violación constituirá siempre un factor irreversible, de ahí su importancia prioritaria sobre el resto de los derechos. (Beltrán de Heredia y Castaño, 1976).

## **1.2. Derecho a la vida en la Constitución de la República del Ecuador**

La Constitución ecuatoriana señala en su Artículo 66:

Art. 66. – Se reconoce y garantizará a las personas:

1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte.
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.
3. El derecho a la integridad personal, que incluye: (...)

De esta manera el Ecuador reconoce constitucionalmente el derecho a la vida, otorgándole suficiente protección para que no se viole en ningún caso, pero además para garantizar su desarrollo y cuidado integral. Así mismo, el Artículo 45 *ibídem* establece lo siguiente:

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 (...)

El Código Civil ecuatoriano guarda concordancia con estas disposiciones constitucionales y señala en su Artículo 61:

Art. 61. – La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición e cualquier persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligr.

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

Con esto, el Estado ecuatoriano está obligado constitucionalmente a garantizar la vida, e incluso a cuidar y proteger al ser humano desde la concepción. Ahora bien, respecto a la concepción, nuestro Código Civil conceptúa en su Artículo 62:

Art. 62. – De la fecha de nacimiento se colige la época de concepción, según la regla siguiente:

Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento.

El principio jerárquico de las normas jurídicas (Art. 425 CRE) sugiere que las normas infraconstitucionales deben concordar con lo que dispone la Constitución, de hecho, lo ideal sería que, mediante las leyes ordinarias, se pueda brindar protección y ampliar definiciones expuestas en el reconocimiento constitucional de derechos. Por esto, de la revisión del Artículo 63 del Código Civil, se observa que el Estado ecuatoriano reconoce los derechos del *nasciturus* por obligación constitucional:

Art. 63. – Los derechos que corresponderían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspenso hasta que el nacimiento se efectúe (...)

Así se evidencia que nuestro ordenamiento jurídico, por disponerlo la Constitución, estima que el ser humano, incluso antes de nacer, tiene expectativas reales para adquirir derechos, cuyo respeto es exigible legal y constitucionalmente, pues en sentido jurídico el no nacido, desde el momento de su concepción, es sujeto de protección constitucional y legal, y/o persona.

El Estado está obligado a proteger la vida del no nacido, es decir, a garantizar que el sujeto protegido nazca; por lo tanto, el Artículo 60 del Código Civil es contrario a la Constitución y no funciona en la actualidad para determinar el inicio de la

existencia legal de la persona, pues ésta no puede supeditarse a la separación del cordón umbilical, sino al simple hecho de haber sido concebido por presumir que existirá un ser vivo y que aquello basta para brindarle tutela jurídica obligatoriamente.

Según C. Campagnoli y C. Peris en la obra *“Las técnicas de reproducción artificial, aspectos médicos”* (1994), la concepción es el origen y principio del humano:

(...) la penetración del espermatozoide constituye el evento crucial: 1) En el espermatozoide están los 23 cromosomas paternos que sumándose a los 23 maternos constituyen el patrimonio genético del nuevo ser humano. 2) La penetración, además, fija de forma definitiva la situación referida en el punto anterior, haciendo que normalmente el óvulo resulte impermeable... Esto acontece después -algo más de un día desde la penetración- con la constitución de un embrión de dos células, dotada cada una de un núcleo cuya membranza encierra en sí, por primera vez el genoma del nuevo ser (...) la fecundación como un proceso que se concluye solo por la primera división micótica... hace definitivo el genotipo del nuevo ser.

Ángel Santos Ruiz (1987) ha señalado:

(...) el nuevo individuo comienza su existencia desde que opera la transmisión de la información genética entre espermatozoide y óvulo. El cigoto no necesitará luego ninguna otra información para su desarrollo, por lo cual desde la fecundación su individualidad está creada (...) al aceptar el hecho de que una vez producida la fertilización ha surgido un ser humano, ya no constituye una cuestión de gustos u opiniones.

Así mismo, Domingo M. Baso (1987) manifiesta que “es estrictamente científico afirmar que en el cigoto y en sus fases ulteriores de transformación -por muy tempranas que sean- existe ya, potencialmente un nuevo ser humano”, esto, asegura el autor, porque “está acreditado biológicamente que no hay desarrollo cuantitativo y

cualitativo a partir del cigoto que permita señalar un momento posterior en el que acceda a la condición humana”.

Según Pedro Federico Hoof (1996), “la naturaleza humana del ser humano desde la concepción hasta la vejez no es una hipótesis metafísica, sino una evidencia experimental, si al comienzo, después de la fecundación, el ser que se desarrolla no fuese un momento de esa especie”.

Una de las principales cuestiones que hace tan controversial al aborto es el inicio de la vida humana. Así, tenemos por un lado a quienes sostienen que con el aborto se da muerte a un ser humano por cuanto empieza a ser tal desde el momento de la concepción; y por otro, quienes consideran que el feto no es un ser humano por lo que no cabe hablar de *matar* a una persona. La situación se divide aún más cuando un grupo de personas afirman que la vida humana no tiene su inicio en la concepción sino en unos días o semanas posteriores.

Todo esto hace que sea de gran importancia tratar brevemente sobre una de las interrogantes más importantes del ser humano: cuándo comienza su vida. Para responderla es necesario que el derecho se apoye en los datos de la biología (Herrera, 1999). En ese sentido, el profesor José Joaquín Ugarte señala lo siguiente:

La Biología nos dice ahora que el espermatozoide y el óvulo son células que participan por igual en la generación: cada una contiene veintitrés cromosomas, uno de ellos determinante del sexo; y que producida la fecundación, y fusionados el espermatozoide y el óvulo en la nueva célula llamada ‘huevo’ o ‘cigoto’, que posee cuarenta y seis cromosomas como todas las células del cuerpo humano que no sean las generativas, se tiene el embrión que inicia una vida propia con un proceso de división y diferenciación celular, de organización corporal, que culmina en el feto de órganos completamente formados. (2006, p. 226).

En concordancia con la cita anterior, la abogada Cristina Valverde explica que “al unirse óvulo (23) y espermatozoide (23) se crea una nueva vida (46), se crea un código genético que nunca más se volverá a repetir.” (2015, p. 59).

Asimismo, este criterio lo encontramos en los ya citados doctores Jiménez Vargas y López García, quienes manifiestan:

(...) lo significativo es precisamente que cuando dos células cuya vida está a punto de terminar -un óvulo y un espermatozoide- se unen, en el proceso en que se produce la fertilización, constituyen desde entonces un conjunto estructural y bioquímico de características únicas (...) Es decir, cuando los componentes bioquímicos de un espermatozoide han quedado incluidos en el óvulo, se ha producido el origen de una nueva vida, y ha quedado allí trazado el conjunto de las instrucciones que dirigen el desarrollo de un nuevo ser.

De igual forma, el doctor José Ullán Serrano indica que

*La fecundación o fertilización es la fusión del gameto masculino con el femenino que forma el cigoto o célula inicial para el desarrollo del nuevo ser. Es un proceso realmente complejo en el que suceden una serie de sucesos perfectamente ordenados. Marca el comienzo de la vida humana (...) La fecundación indica el instante que desencadena una vigorosa y explosiva reacción de eventos. Los fenómenos consiguientes se suceden sin interrupción, encadenados en la unidad que llamamos vida y que ya no se detendrán más que con la muerte. (1993, p. 29)*

Respecto del inicio de la vida humana con la fertilización, el doctor Guillermo López señala que “no hay en todo el desarrollo embrionario, que se produce sin solución de continuidad, ningún momento crucial que pueda fundamentar mínimamente hipótesis arbitrarias.” (López, 1985, p. 227).

Las consideraciones que acabamos de ver son solo una pequeña muestra del pensamiento de infinidad de médicos y profesionales que por la solidez de los argumentos que ofrece la biología llegan a la misma conclusión: el inicio de la vida humana marca su inicio en la concepción.

### **1.3. Los derechos reproductivos de las madres y a la planificación familiar**

El Artículo 66 numeral 10 de la Constitución consagra el derecho a la libertad en el aspecto de la reproducción y planificación familiar de la siguiente manera:

Art. 66. – Se reconoce y garantizará a las personas:

10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.

Esta norma jurídica es utilizada recurrentemente por los partidarios de la despenalización del aborto, por los motivos que se expondrán a continuación.

Sobre este derecho, la Corte Constitucional (Sentencia No. 003-18-PJO-CC, 2018) dentro de la Causa No. 0775-11-JP, ha señalado:

50. El contenido de los derechos sexuales y reproductivos tiene relación directa con aspectos esenciales de los seres humanos: sus libertadores, sus formas de comunicación y afectos. Así, el efectivo goce de estos derechos implica el ejercicio del principio de autonomía del cuerpo, es decir de la potestad de las personas de sentar sus propias normas sobre su cuerpo, de ejercer una completa soberanía sobre el mismo, libre de principios normalizadores fundamentados en meras consideraciones médicas, histórico-políticas, legales o de otra índole distinta de la autonomía de la persona.

De esta manera la máxima autoridad de interpretación y administración de justicia constitucional ecuatoriana evaluó el principio de autonomía del cuerpo como una condición sine qua non para poder ejercer los derechos de libertad e igualdad, afirmando que solo al reconocer la potestad de decidir a la persona sobre su propio cuerpo, se le estaría ratificando su condición de ser libre, autónomo, y diverso, guardando este principio una intrínseca relación con el derecho a vivir la sexualidad en libertad e igualdad de condiciones.

Sin embargo, so pretexto de la existencia y reconocimiento jurisprudencial de este principio, no se pueden evitar u obviar las consecuencias que devienen del ejercicio mismo de la sexualidad.

De hecho, en la misma decisión (Sentencia No. 003-18-PJO-CC, 2018), la Corte Constitucional señaló:

(...) las decisiones responsables en cuanto a la sexualidad devienen en la asunción de los impactos positivos o negativos que apareja la conducta sexual que una persona está ejerciendo. Pero además en la plena conciencia y conocimiento de que las consecuencias que se derivan de la conducta sexual son las mismas para todas las personas que participen de la relación sexual, sin discriminación de ninguna clase. **Por lo tanto, una decisión responsable en torno al tema de la sexualidad debe fundamentarse en la igualdad y respeto mutuo al afrontar las consecuencias devenidas de la práctica de las relaciones sexuales tanto para hombres como para mujeres y en la capacidad de la persona de comprender y asumir el resultado de su conducta sexual.**

Como consecuencia de aquello, la Corte Constitucional, parafraseando a María Isabel Cordero (2006) señaló que para que se garantice el goce pleno de los derechos sexuales, se deben cumplir los siguientes presupuestos: a) facultad para decidir acerca del propio cuerpo [principio de autonomía del cuerpo]; b) libertad sexual sin miedos, estigmas ni discriminación; c) poder vivir la sexualidad independientemente a la capacidad reproductiva; d) poder acceder a una educación integral en lo afectivo y sexual; e) poder acceder a información sobre métodos contra el contagio de enfermedades de transmisión sexual; f) poder dar, sentir y recibir placer; y, finalmente, g) asumir igualmente las consecuencias de la conducta sexual, la capacidad para asumirlas.

Respecto a la categorización de los derechos reproductivos, en la obra *“Los derechos reproductivos son derechos humanos”* (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007) se afirma que el primer antecedente se encuentra en la Conferencia Mundial Sobre la Población y el Desarrollo de 1994, donde fue utilizada

para definir a los derechos del ser humano acerca de “la salud reproductiva y más ampliamente con todos los derechos humanos que inciden sobre la reproducción humana así como aquellos que afectan el binomio población-desarrollo sostenible”.

El desarrollo sobre el alcance del derecho reconocido en el Art. 66.10 de la CRE se encuentra a partir del Artículo 20 de la Ley Orgánica de Salud, donde se regulan temas sobre la salud sexual y reproductiva, y garantiza varios derechos, entre los cuales destacamos los siguientes para los fines de este trabajo:

3. El derecho de hombres y mujeres para decidir de manera libre, voluntaria, responsable, autónoma, sin coerción, violencia ni discriminación sobre el número de hijos que puedan procrear, mantener y educar, en igualdad de condiciones, sin necesidad de consentimiento de terceras personas; así como a acceder a la información necesaria para ello.

6. El fomento de la paternidad y maternidad responsable y la erradicación de la explotación sexual.

7. La planificación familiar, con responsabilidad mutua y en igualdad de condiciones.

La violación de estos derechos reproductivos acarrea inevitablemente una violación a los principios más elementales en materia de derechos humanos. Precisamente por esto, existen incluso delitos internacionales que tutelan el bien jurídico objeto de estudio de este subcapítulo (reproducción y sexualidad), verbigracia, los establecidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional en donde encontramos las conductas de esterilización y embarazos forzados como delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y como elementos del delito de genocidio según la Dra. Garbay Mancheno (2006).

#### **1.4. La protección interamericana de la vida desde la concepción**

El Artículo 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa lo siguiente:

#### Art. 4. – Derecho a la Vida

1. 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.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado dentro del Caso Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala (1999):

144. El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.

La misma Corte estableció dentro del Caso Atravía Murillo y otros Vs. Costa Rica (2012) que “(...) otros alcances del derecho a la vida obligan a efectuar una protección absoluta del embrión en el marco de la inviolabilidad de la vida desde la concepción”. En la misma Sentencia, respecto a la terminología utilizada para resolver el caso, estimo pertinente definir el significado de la “concepción”. Sobre esto, la Corte manifestó:

(...) la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción (...) si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para

el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas.

Con estos antecedentes, la Corte IDH sobre la base de la evidencia científica, afirma que para establecer si se ha producido o no un embarazo se debe determinar si se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, porque en ese momento se produciría la hormona denominada «*Gonadotropina Coriónica*» cuya detección es posible únicamente en caso de que la mujer tenga un embrión unido a ella. Es pertinente resaltar en este punto específico que la sentencia citada en el párrafo anterior corresponde a un caso de fecundación in vitro, por lo que se desarrolló en un contexto distinto al de un embarazo natural.

En el Caso *Atravia Murillo y otros Vs. Costa Rica* (2012), el Juez Eduardo Vio Grossi emitió un voto disidente mediante el cual señaló:

(...) tres países propusieron, a los efectos de que no se prohibiera el aborto, la eliminación, en el artículo 4.1., de la frase “y, en general, a partir del momento de la concepción”, propuesto que, empero, fue rechazada (...) Es decir, es a todas luces evidente que se quiso ampliar o no dejar lugar a duda alguna que la protección que por ley se debe dar al derecho de toda persona a que se respete su vida, lo debe ser aún cuando se encuentre como concebido o no haya nacido aún.

En consecuencia, dicha frase fue establecida para permitir que la protección que por ley se debe dar al derecho de “toda persona... a que se respete su vida” “a partir de la concepción”, lo sea también para el no nacido aún. En otras palabras, esa protección debe ser “común” para el nacido y el que no es aún, consecuentemente, no procede hacer distinción, en ese aspecto, entre ellos, “aunque sean de naturaleza diferente”, dado que “constituyen un todo”, en ambos hay vida humana, hay un ser humano, una persona.

## **1.5. Jurisprudencia sobre el derecho a la vida, concepción y derechos de las madres**

De acuerdo con el Artículo 11.6 de nuestra Constitución, *todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía*. Al respecto, la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México (2016) ha manifestado: “el goce y ejercicio de un derecho está vinculado a que se garantice el resto de derechos; así como la violación de un derecho pone también en riesgo los demás derechos”.

Esto supone, en palabras de la Corte Constitucional ecuatoriana (Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados, 2021), que “el avance de uno de ellos [derechos] facilita el de los demás y su privación afecta negativamente al resto. Por tanto, los derechos constituyen un todo intrínseco a la condición humana y no pueden ser ejercidos de manera parcial o dividida”.

Para Santos Cifuentes (1995) el nasciturus es persona, pues asegura que “debería concretar normativamente esta proclamación real y sencilla *‘Eres persona porque tienes vida y te reconozco derechos... te protejo a ti y a tus derechos física y jurídicamente’*... el derecho personalísimo principia con la concepción, instante en el que aparece un nuevo ser”.

De similar forma, la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce, en la Causa No. 34-19-IN (2021) emitió un voto salvado en el que manifestó:

4. La obligación de garantizar el derecho a vivir del que está por nacer (nasciturus) está prevista a nivel constitucional (artículo 45 inciso primero de la Constitución); y, a nivel legal (artículo 20 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia -CONA-, artículo 61 del Código Civil, artículo 149 del Código Orgánico Integral Penal -COIP).

5. El nasciturus tiene derecho que no se interrumpa su existencia, a desarrollarse biológicamente, a que no se interfiera en su proceso de formación genética; a nacer y contar con la oportunidad de existir como un ser único e irrepetible y con un proyecto de vida trascendente.

Por ello, nuestro Estado tiene la obligación imperante de proteger al nasciturus. Por si no fuera suficiente, según Estrella Gutiérrez (1999) citando a Arturo Alfonsín, “desde la existencia de un embrión fertilizado, aunque se trate solo de dos células, hay potencialmente un ser, y dicha potencialidad debe respetarse, porque ya empezó a desarrollarse el ser humano”.

A través de un voto salvado, la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce, en la Causa No. 34-19-IN (2021), ha señalado:

En definitiva, siendo que la concepción equivale a la fecundación o fertilización del óvulo por el espermatozoide (de modo inmediato o en algo más de 1 día); y, ésta se constituye en el evento crucial para el inicio a la vida del ser humano, ya que genera entre estas dos células un embrión a partir de que los gametos inician un intercambio genético o singamia para la formación del cigoto con un genoma o genotipo humano único; la misma que prosigue con la anidación o implantación del blastocito en el útero y con la aparición del primordio del sistema nervioso (de 7 a 14 días), es indiscutible que la vida humana comienza y debe protegerse desde la concepción, como lo consagra el artículo 45 inciso primero de la Constitución.

En el mismo voto salvado la Jueza precitada hace referencia a la obra “*Clinical gynecologic endocrinology and infertility*” (Speroff L, 2005) y establece lo siguiente:

El desarrollo de un individuo es un proceso continuo e ininterrumpido, que depende de las características adquiridas en el momento de la fecundación. Se inicia con la formación del cigoto y depende de las características adquiridas en el momento de construirse este último. El nuevo individuo comienza su desarrollo activando su genoma, con un progresivo crecimiento, diferenciación y maduración. Va pasando por las distintas etapas: cigoto, embrión bicelular, mórula, blastocisto, embrión implantado, feto, niño, púber, adulto, vejez. El cigoto tardará 14 días en anidar, 3.5 meses en completar la placenta, 9 meses en ver la luz, 1 año en andar, 2-3 años en hablar, 7 años en razonar, 15 años en ser fértil, 50 años en cesar. La producción de óvulos si es mujer. El

embrión, desde el principio, dirige su desarrollo, produciendo una serie de factores que estimulan el ovario y el endometrio para asegurarse su anidación, su desarrollo, y crear un entorno adecuado para la tolerancia inmunológica.

Para finalizar, la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce (2021) manifiesta:

La conciencia y ética en la defensa de los derechos y disposiciones constitucionales me obligan a representar la voz de todos aquellos seres inocentes que aún no tienen voz, que por la decisión individual de sus progenitoras, convalidada por el voto de 7 juezas y jueces constitucionales, se encuentran expuestas a la conculcación más obvia de un derecho fundamental y primordial, como es el derecho a la vida de cientos o miles de seres humanos indefensos, que el voto de mayoría invisibiliza y vulnera.

## **CAPITULO II: GENERALIDADES DEL ABORTO Y SU REGULACIÓN EN EL ECUADOR**

### **2.1. Noción general de aborto**

Si bien el aborto lo encontramos tipificado como delito en nuestro Código Orgánico Integral Penal, el mismo no se encuentra definido en el texto legal. Es preciso, por tanto, tener claro a qué nos referimos cuando hablamos de aborto.

Empecemos por su etimología. El profesor José Joaquín Ugarte nos dice que el aborto proviene de la palabra “latina *abortus*, y ésta, del verbo *aborior*: abortar, malparir. *Aborior*, a su vez, viene de *orior*: nacer, y el prefijo privativo *ab*.” (2006, p. 313). Así pues, continúa el autor diciendo que el aborto “es el hecho de no llegar a nacer un embrión o feto, o si se quiere, la muerte de un animal en gestación antes de su nacimiento, y, en lo que aquí interesa, de un ser humano”. (2006, p. 313).

Ahora bien, como veremos más adelante, éste es un concepto general de aborto, ya que la ciencia médica y el derecho -en este caso el ecuatoriano- entienden al aborto de manera diferente. Veamos en qué consiste esta diferenciación.

## 2.2. Aborto desde un punto de vista médico

Nos dice el autor Francisco Herrera que “desde el punto de vista médico, se entiende por aborto *la interrupción del embarazo antes que el feto sea viable*” (1999, p. 182). Continúa el autor (1999) con su explicación afirmando lo siguiente:

Hay un punto clave para determinar si es aborto o no: la *viabilidad* del feto; que el feto sea viable equivale a que pueda subsistir fuera del útero de la madre. Si se interrumpe el embarazo, y el feto es viable, no estamos ante el aborto, sino ante el *parto prematuro*. Pero, si el feto no es viable, y se interrumpe el embarazo, indudablemente estamos ante el aborto (p. 182).

Mismo criterio lo encontramos en Jiménez Vargas y López García, quienes afirman:

Los médicos distinguen estos dos tipos de interrupción del embarazo según la época en que se ha producido. Se llama aborto, clínicamente, cuando el feto todavía no es viable, es decir, cuando es imposible la supervivencia fuera del útero. Se considera como parto prematuro, cuando el feto ha adquirido el desarrollo mínimo que permite la supervivencia, con más o menos probabilidades, según la edad fetal y los cuidados intensivos. (1975, p. 68).

A manera de resumen, tenemos, por tanto, que la medicina utiliza dos términos para referirse a la interrupción del embarazo: *aborto*, cuando el feto no es viable; y, *parto prematuro*, cuando sí lo es.

Como idea adicional, es necesario advertir que el aborto puede ser clasificado de dos maneras: aborto provocado y aborto espontáneo.

Respecto del primero, como su nombre lo indica, tiene que ver con la acción voluntaria del hombre de poner fin al embarazo. En ese sentido, nos dicen los doctores Jiménez Vargas y López García (1975) que la finalidad del aborto provocado, también llamado intencionado, “es la muerte del feto y no hay otra manera de definirlo”(p. 67). Con relación al aborto espontáneo, los mismos autores (1975) señalan que éste sucede

por causas naturales o patológicas, independientes de la voluntad de la mujer o del médico. Así pues, habiendo hecho esta precisión, entremos al respectivo estudio.

### **2.3. Aborto según lo concibe el derecho ecuatoriano**

Lo primero que debemos mencionar es que el aborto se encuentra tipificado como delito en nuestro Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP). Sin perjuicio de ello, existen dos casos en que el legislador estableció expresamente la no punibilidad del mismo. Esta situación la analizaremos más adelante; por el momento baste quedarnos con la idea central de que en el Ecuador el aborto es un delito.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el campo médico, el derecho penal ecuatoriano no toma en consideración la viabilidad del feto para establecer el tipo penal de aborto. En efecto, para que se configure el delito de aborto, se debe poner fin al embarazo de manera dolosa, independientemente de si el feto es o no viable. Otra diferencia radical entre ambas ciencias es que el aborto espontáneo no interesa al Derecho Penal; cosa más que evidente, ya que este tipo de aborto no es producto de un acto libre y voluntario del hombre. En palabras de Francisco Herrera, el aborto espontáneo viene a ser “una desgracia o accidente, por no haber causa libre.” (1999, p. 183).

En síntesis, podemos afirmar que el derecho ecuatoriano considera que el aborto consiste en causar intencionalmente la muerte del feto en el vientre materno, sea este viable o no. Por esta razón, es importante tener en cuenta que al referirnos al aborto a lo largo del presente trabajo nos acogeremos a este concepto, y no a la definición de aborto que se tiene en el campo de la medicina.

### **2.4. Evolución del aborto en el derecho ecuatoriano**

El primer registro del aborto en el Ecuador lo encontramos en el Código Penal de 1837, en donde se encontraba tipificado como delito. En los Códigos Penales de 1872, 1889 y 1906 la situación en torno a la tipificación del aborto se mantiene esencialmente igual.

Es en el Código Penal de 1938 donde se introduce un cambio significativo, pues por primera vez se establecen dos casos de no punibilidad del aborto, que

consistían en practicar el aborto para evitar peligros en la vida o salud de la madre o si el embarazo era producto de una violación a una mujer que sufría de discapacidad mental (1938).

Esas causales, con cambios en su redacción, se mantuvieron incluso cuándo entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal el 10 de febrero de 2014. El artículo en donde se encontraban estas causales de despenalización establecía lo siguiente:

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.
2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental. (2014)

Esta regulación penal en torno al aborto, vigente en nuestro país desde 1938, llegó a su fin cuando la Corte Constitucional ecuatoriana emitió la Sentencia No. 34-19-IN/21 el 28 de abril de 2021. En esa ocasión la Corte (2021) manifestó que “encuentra que la frase ‘*en una mujer que padezca de discapacidad mental*’ del artículo 150 numeral 2 del COIP es inconstitucional y debe ser expulsada del ordenamiento” (p. 44).

Así pues, producto de esa sentencia la no punibilidad del delito de aborto en casos de violación se hizo extensiva a todas las mujeres, y no solo a las que padecen de discapacidad mental. Asimismo, en dicha sentencia la Corte resolvió lo siguiente:

Disponer que la Asamblea Nacional, en el plazo máximo de 6 meses, contados desde la presentación del proyecto de ley, conozca y discuta el proyecto de ley que regule la interrupción voluntaria del embarazo producto de una violación sexual, con los más altos estándares de

deliberación democrática. (Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados, 2021)

En tal virtud, la Asamblea Nacional expidió la Ley Orgánica Que Regula La Interrupción Voluntaria Del Embarazo Para Niñas, Adolescentes Y Mujeres En Caso De Violación, la cual fue publicada el 29 de abril de 2022 en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 53.

Para finalizar, lo más reciente que ha ocurrido en torno a la regulación del aborto en el país es que la Sala de Admisión de la Corte Constitucional el 16 de diciembre de 2022 suspendió provisionalmente varios artículos de la mencionada Ley, artículos que permitían a los médicos apelar a la objeción de conciencia para no incurrir en la práctica de un aborto. Esta suspensión de la objeción de conciencia no es solo personal sino también institucional. Lo anterior se suma a la suspensión del artículo 19 de la misma Ley que también realizó la Corte en noviembre del 2022, dicho artículo establecía los requisitos para que se practique el aborto en casos de violación. Cabe mencionar que dichos cambios fueron realizados por la Corte Constitucional como medida cautelar a las demandas de inconstitucionalidad que les fueron presentadas (Redacción - El Universo, 2022).

## **2.5. Métodos abortivos**

En este apartado veremos brevemente en qué consisten los principales métodos abortivos, a saber: dilatación y legrado, succión, histerotomía, misoprostol, combinación de metotrexato-misoprostol, prostaglandinas, inyección salina, e inyección intracardiaca (Valverde, 2015). Empecemos por los tres primeros:

- Dilatación y legrado. Este método consiste en que, luego de dilatar el cuello uterino, “se corta al bebé en pedazos con un cuchillo para facilitar su extracción con la ayuda de fórceps” (Valverde, 2015, p. 66). Cabe mencionar que este método es poco utilizado por la abundancia de la hemorragia (Herrera, 1999, p. 191).
- Succión. Método similar al anterior en que, en vez de utilizarse el cuchillo, se utiliza un tubo “conectado a un apartado de succión que, al aspirar, destroza el feto y la placenta en pedazos pequeños, los absorbe y los deposita en una botella” (Herrera, 1999, p. 191).

- Histerotomía. Nos dice Francisco Herrera que este método “es igual que una cesárea, pero, desde luego, con el fin de provocar la muerte del feto” (1999, p. 192).

El aborto también puede ser realizado por métodos no quirúrgicos. Veamos a continuación la descripción de estos métodos que hace Cristina Valverde:

1. Misoprostol. - es un fármaco que se utiliza para tratar úlceras, pero es utilizado para producir el aborto, especialmente en países donde no está legalizado este. Este fármaco puede causar graves efectos secundarios en la mujer como sangrado excesivo, calambres, náuseas, vómitos y dolores de cabeza.
2. Combinación de metotrexato-misoprostol. - Utilizado para abortar hasta las 9 semanas de embarazo. El metotrexato es una sustancia química agresiva que se utiliza en la quimioterapia. (...)
3. Aborto por prostaglandinas. - este fármaco provoca contracciones en el útero para expulsar al bebé. Sin embargo, a veces nace vivo.
4. Aborto por inyección salina. - Es utilizado luego de las 16 semanas. Se extrae el líquido amniótico que protege al bebé y se inyecta la solución salina. Esta producirá la muerte del bebé mediante envenenamiento, hemorragias y dolorosas quemaduras en su piel. Luego de 12 horas la mujer da a luz a un hijo muerto o casi muerto.
5. Inyección intracardiaca. - Es utilizado luego de las 16 semanas. Se inyecta cloruro de potasio en el corazón del bebé lo que le causa un paro cardíaco. Luego de algunos días, la madre da a luz a un bebé muerto. (2015, pp. 66-67)

Esta descripción sobre los medios que se emplean con mayor frecuencia para abortar se ha hecho con el objetivo de entender con mayor facilidad por qué se dice que el aborto provocado tiene como objetivo causar intencionalmente la muerte del feto. En efecto, no se puede concluir otra cosa distinta al conocer cómo se practican los abortos.

## **CAPÍTULO III: INTERPRETACIÓN ARMONIZADORA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES**

### **3.1. Introducción**

Habiendo estudiado en los capítulos anteriores lo relacionado al derecho a la vida y el aborto, es necesario pasar ahora al análisis del método interpretativo que propone una armonización de los derechos constitucionales. Debemos empezar por afirmar que esta forma de interpretar los derechos tiene un reciente desarrollo doctrinario y es casi nula su invocación por parte de los órganos supremos de justicia constitucional, tanto a nivel nacional como internacional. Esto no significa, sin embargo, que deba ser menospreciada; como se demostrará más adelante, esta forma de concebir los derechos constitucionales es la que mejor se ajusta a los principios esenciales del derecho, y la que termina configurándose en un verdadero camino para arribar a decisiones justas en los casos en que estos se vean involucrados.

Antes de pasar a este análisis, conviene exponer brevemente cuál es la visión que prima en la actualidad sobre los derechos. Posteriormente se mostrarán cuáles son las críticas que se hacen desde la interpretación armonizadora, para así finalizar con la explicación del modo que esta propone se deben interpretar los derechos constitucionales y resolver los litigios en que las partes los invoquen como sustento de sus pretensiones.

### **3.2. Los conflictos de derechos**

Dijimos que la interpretación en que se logra la existencia armónica de los derechos es sostenida por un sector minoritario de la doctrina; pues bien, justamente la visión opuesta es la que prima en la actualidad, esto es, una visión conflictivista de derechos. Así lo manifiesta el profesor Luis Castillo:

Hoy en día es bastante común, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional, hablar de <<conflicto>> de derechos fundamentales. Según una visión conflictivista de los derechos fundamentales éstos son realidades que eventualmente pueden entrar en oposición entre sí. (2007, p. 324)

Pongamos unos ejemplos de esta realidad. Robert Alexy (2001), refiriéndose a la distinción entre principios y reglas, enseña que una forma clara de diferenciarlos se muestra “en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas” (p. 87). Esta misma idea respecto de los derechos también la encontramos en Giorgio Pino, quien señala:

Ninguna de las estrategias expuestas de exclusión o de limitación del conflicto entre derechos logra disipar la idea de que los derechos fundamentales contenidos en el texto constitucional, u obtenidos a partir de él, puedan efectivamente entrar en conflicto entre sí. (2013, p. 178)

Citemos, por último, un texto de Prieto Sanchís en donde se pone de manifiesto esta concepción conflictivista de los derechos:

En un sistema normativo pueden convivir perfectamente el reconocimiento de la libertad personal y la tutela de la seguridad pública, la libertad de expresión y el derecho al honor (...) No cabe decir que entre todas estas previsiones exista una antinomia; pero es también claro que en algunos casos puede entablarse un conflicto que ni puede resolverse mediante la declaración de invalidez de una de ellas, ni tampoco a través de un criterio de especialidad que conciba a una como excepción frente a la otra. (2007, p. 133)

Ahora bien, la visión conflictivista de los derechos constitucionales que sostiene gran parte de la doctrina no es ajena a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Por citar unos ejemplos, podemos ver como en Sentencia del 2 de abril de 2009 la Corte manifestó que en base a la ponderación debía “sopesar los principios que han entrado en colisión en el caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas” (Sentencia No. 002-09-SAN-CC, p. 30). De igual forma, en la Sentencia No. 067-12-SEP-CC la Corte señala: “empero, dentro de un caso concreto pueden suscitarse conflictos entre derechos constitucionales que entren en colisión; es por ello que corresponde a los jueces constitucionales emprender un ejercicio hermenéutico que permita solventar este conflicto entre derechos” (2012, p. 9).

### **3.3. Métodos de solución de conflictos de la visión conflictivista: jerarquización y ponderación**

Hemos visto en el apartado anterior que la noción de conflicto entre los derechos constitucionales se encuentra bastante extendida, no solo a nivel nacional sino internacional. Corresponde ahora tratar de manera sucinta los métodos comúnmente empleados dentro de esta visión conflictivista para dirimir las controversias que involucran derechos constitucionales.

El primero de los métodos se denomina jerarquización, o jerarquización en abstracto. Se lo denomina así porque consiste en resolver los conflictos de derechos a través de una jerarquización de los derechos, la cual es realizada previamente y sin tomar en consideración las circunstancias concretas que rodean el caso. De esta forma, los conflictos se resuelven de manera bastante sencilla, pues el derecho considerado jerárquicamente superior será el que debe prevalecer (Toller, 2014). Veamos lo que nos dice Luis Castillo respecto de este método:

La supremacía de uno u otro derecho dependerá del baremo que se emplee para determinar la importancia de los derechos involucrados en un litigio concreto, baremos que en definitiva vienen bastante marcados por cuestiones ideológicas. Por ejemplo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español se suele afirmar que la libertad de información es jerárquicamente superior al derecho a la intimidad o al derecho al honor, en cuanto aquella libertad tiene una especial relevancia para el asentamiento democrático de una sociedad, valor que no se encuentra en derechos como el derecho a la intimidad o el derecho al honor. (2007, p. 326)

Cabe mencionar que la utilización de este método es poco frecuente en la práctica, entre otras razones, porque la mayoría de los ordenamientos jurídicos actuales reconocen que los derechos gozan de una misma jerarquía. A este respecto, nuestra Constitución establece en el numeral 6 del artículo 11 que “todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía” (2008). Así pues, en nuestro país se encuentra prohibido por la misma

Constitución que los supuestos conflictos de derechos se resuelvan en base a una jerarquía abstracta de los mismos.

El segundo de los métodos que se utiliza por quienes defienden la existencia de conflictos de derechos seguramente nos resulta más familiar, y recibe el nombre de ponderación. La ponderación consiste en valorar los derechos que forman parte del litigio para así determinar cuál tiene un mayor peso a la luz de las circunstancias concretas; el derecho considerado de mayor valor deberá, por tanto, prevalecer sobre el otro. Es un método radicalmente distinto que el anterior pues no admite resolver el caso sin tomar en consideración las circunstancias que lo rodean. En este orden de ideas, Prieto Sanchís (2007) explica así la ponderación:

El juez, ante el caso concreto, encuentra razones de sentido contradictorio; y es obvio que no cabe resolver el conflicto declarando la invalidez de alguna de esas razones, que son precisamente razones constitucionales, ni tampoco afirmando que algunas de ellas han de ceder siempre en presencia de su opuesta, pues ello implicaría establecer una jerarquía que no está en la Constitución. Tan sólo cabe entonces formular un enunciado de preferencia condicionada, trazar una “jerarquía móvil” o “axiológica”, y afirmar que en el caso concreto debe triunfar una de las razones en pugna, pero sin que ello implique que en otro no deba triunfar la contraria. La ponderación intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía. (pp. 135-136)

Este método es frecuentemente aceptado y utilizado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. Por mencionar algunos ejemplos, podemos ver como en la Sentencia 107/1988, el Tribunal afirma:

La integración de esa doble perspectiva obliga al órgano judicial que haya apreciado lesión del derecho al honor a realizar un juicio ponderativo a fin de establecer si la conducta del agente se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión en ejercicio de la cual

ha inferido la lesión, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto. (1988)

Asimismo, en otra ocasión dicho Tribunal manifestó:

Esa pretensión sólo puede satisfacerse asumiendo este Tribunal la tarea de ponderar los derechos en presencia y de determinar si la restricción que se impone a un derecho está o no constitucionalmente justificada por la limitación que, decidiendo en sentido contrario, sufriría el derecho de la otra parte. (SENTENCIA 171/1990, 1990)

Llegados a este punto, es necesario notar que a pesar de las diferencias que tienen estos métodos, ambos guardan una cosa en común, esto es, que permiten la restricción o sacrificio de los derechos. En palabras de Serna y Toller (como se citó en Castillo, 2007), con estos mecanismos “acaba otorgándose prevalencia a uno sobre otro en caso de conflicto. Así, la jerarquización sacrifica en abstracto a uno de los bienes aparentemente en pugna, el *balancing test* lo hace en concreto” (p. 331).

#### **3.4. Crítica de la teoría armonizadora a la visión conflictivista de derechos: imposibilidad de conflicto entre derechos**

La creencia que los conflictos entre derechos devengan en inevitables ha sido objeto de críticas por cierto sector de la doctrina. A continuación, expondremos la que consideramos la principal de ellas con el fin de demostrar los postulados en que se fundamenta la teoría armonizadora de los derechos.

Para explicar en qué consiste esta crítica, empecemos por analizar más a fondo el concepto de derechos humanos. Nos dice Hervada que “por derechos humanos se entiende comúnmente aquellos derechos (...) que el hombre tiene por su dignidad de persona – o si se prefiere, aquellos derechos inherentes a la condición humana -, que deben ser reconocidos por las leyes” (como se citó en Cianciardo, 2020, p. 161). Lo esencial de los derechos humanos viene a ser, por tanto, el hecho de que se fundamentan en la dignidad que todo ser humano tiene. Debemos tener en cuenta que “esta categoría o dignidad de toda persona humana es completamente independiente de la situación en que uno pueda hallarse y de las calidades que posea” (Bremauntz,

2009, p. 90). Por dicha razón continuará diciendo la misma autora citada que “la dignidad de la persona no es superioridad de un hombre sobre otro, sino la de todo hombre, en general, sobre los seres que carecen de razón” (2009, p. 90).

Que los derechos humanos encuentren su razón de ser en la dignidad humana no parece ser objeto de discusión hoy en día; de hecho, es una realidad tan evidente que los instrumentos internacionales de derechos humanos y las distintas Constituciones de los países así lo reconocen. Por ejemplo, en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948) se indica lo siguiente: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Asimismo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se encuentra establecido que los Estados Parte de dicho Pacto han “reconocido que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana” (1966). De manera similar, en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969) se reconoce que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”.

Por otra parte, pasando al derecho interno de los países, podemos ver como la Constitución de España en su artículo 10 establece que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” (1978). En lo referente a nuestro país, nuestra Constitución, señala en su artículo 11 numeral 7 que “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” (2008).

Habiendo constatado que los derechos humanos tienen su fundamento en la dignidad del hombre conviene preguntarnos el porqué de esta realidad. ¿Qué hay en el ser humano que por el simple hecho de ser tal lo haga merecedor de derechos? Una respuesta acertada a esta cuestión la encontramos en lo que señala el profesor Javier Hervada: “la naturaleza humana *exige* unas determinadas conductas, porque la persona

humana, por su dignidad y los fines que le son propios, ni puede obrar totalmente como quiera ni puede ser tratada según el libre albedrío de los demás” (2011, p. 175). Esta misma idea puede ser expresada en el sentido que la “persona humana es una realidad imperfecta que tiende a la perfección, la cual consigue a partir de la satisfacción de sus necesidades propiamente humanas” (Castillo, 2007, p. 31). Como bien enseña el mismo profesor (2007), estas necesidades se verán satisfechas con bienes humanos.

Se entiende así, en palabras de Cianciardo, que “cada derecho humano (...) consiste en un bien humano básico, cuyo respeto viene exigido por la misma dignidad del hombre” (Cianciardo, 2007, p. 199). Una idea similar la encontramos en Fernando Toller (2014), al afirmar que “el derecho fundamental que tutela a un bien humano es su coraza o armadura jurídica, es decir, el mecanismo técnico-jurídico que el hombre ha inventado para dar una protección adecuada a bienes de tanta importancia” (p. 120).

Ahora bien, si los derechos humanos protegen bienes humanos no tiene mucho sentido pensar que pueda ocurrir un conflicto entre ellos. En efecto, un bien humano que debe ser respetado a un hombre en razón de su dignidad no puede entrar en oposición con el respeto que le es debido a otro bien de otro ser humano también en función de su dignidad. En este sentido, aciertan Serna y Toller al afirmar que “la persecución de un cierto bien humano hasta el punto de lesionar otros o poner en riesgo los otros bienes que ese mismo sujeto comparte con el resto de los individuos no proporciona un bien real, sino meramente aparente” (como se citó en Castillo, 2007, p. 55). Coincide con esta idea el profesor Luis Castillo, pues afirma:

Un bien humano si realmente es tal, no puede entrar en contradicción con otro bien humano que también es realmente tal, pues, o ambos bienes son realmente bienes humanos y no se impiden o se dificultan uno al otro en su consecución, o uno de los bienes no es realmente un bien humano y se opone a otro bien humano realmente tal. (2007, p. 55).

Conviene también que citemos las palabras de Cianciardo que hacen relación a los bienes humanos que se encuentran amparados por los derechos, y en las que explica por qué no es posible que estos últimos entren en conflicto:

Se trata de bienes humanos que presuponen una doble unidad. De un lado, la unidad de la persona en sí misma considerada. De otro, la unidad de la dimensión personal y social del ser humano. De ello se infiere la imposibilidad de que el bien jurídico, en que cada derecho en última instancia consiste, se encuentre en conflicto con otros bienes o derechos, pues en rigor pueden colisionar las pretensiones, mas no los derechos, que nacen en sociedad, en el seno y contexto de la relación con los demás individuos, con cuyas pretensiones se armonizan. (2020, p. 92)

Es en esto lo que consiste la crítica que se hace desde una interpretación armonizadora de derechos: no es correcto concebir a los derechos como realidades que pueden entrar en conflicto dado que los derechos amparan bienes humanos; y un bien humano si es verdadero, no puede entrar en conflicto con otro bien que también es tal.

De esta manera queda demostrado porqué para la interpretación armonizadora no existen los conflictos entre derechos. Consideramos necesario, en este punto, hacer la siguiente precisión: “si bien no existen los conflictos entre derechos, no puede negarse que hay oposición entre los intereses de las partes, canalizados a través de las pretensiones procesales en casos contenciosos” (Toller, 2014, p. 137). Así pues, en casos donde se ven involucrados los derechos de las personas, el conflicto ocurre a nivel de las pretensiones, mas no en el de los derechos.

### **3.5. Determinación del contenido de los derechos como solución a los casos iusfundamentales**

En el apartado anterior nos detuvimos para considerar las razones por las que, a diferencia de lo que ocurre en la visión conflictivista de derechos, para la interpretación armonizadora no es posible admitir que en realidad surjan conflictos entre derechos. Lo anterior conduce necesariamente a que también se rechacen los métodos propios de esta concepción conflictivista, a saber, la jerarquización y la ponderación, para resolver los casos iusfundamentales. En efecto, si los conflictos entre derechos no existen en realidad, tampoco puede adoptarse las soluciones que se proponen desde esta visión de los derechos.

Si la solución no pasa por determinar en abstracto o en concreto cuál derecho invocado por las partes tiene mayor valor para así sacrificar o restringir el de menor valor, ¿cómo se ha de proceder? Señala Fernando Toller que en litigios donde parecen entrar en disputa derechos constitucionales de las partes se debe “determinar cuál derecho en concreto es el realmente existente en el caso o, lo que es lo mismo, procurar dilucidar a cuál persona le corresponde la razón” (2014, p. 121).

Esto tiene sentido: si no puede haber un conflicto real de derechos, no se puede admitir que ambas partes tengan la razón, pero uno de los derechos invocados en el litigio deba ser sacrificado totalmente o en parte. Solo una de las partes tendrá la razón al querer ejercer el derecho constitucional; determinar cuál es ese derecho es la labor que le corresponde al juzgador. Al respecto, resulta conveniente citar las palabras de Luis Castillo:

Cuando en un litigio concreto una de las partes invoca el ejercicio de un derecho humano o fundamental para sustentar su pretensión, y la otra parte ha invocado el ejercicio de otro derecho fundamental para sustentar una pretensión contraria, lo que ocurre realmente es que sólo una de las dos partes ha invocado correctamente su derecho humano o fundamental como sustento de su pretensión. La otra parte lo ha invocado incorrectamente y su pretensión se presenta como un intento de ejercicio extralimitado de su derecho. (2007, p. 59).

De lo anterior surge una cuestión a resolver: ¿qué camino deberá seguir el juez constitucional para determinar cuál derecho es el correctamente invocado? Resulta necesario en este punto hacer la siguiente precisión: “el derecho humano o fundamental vale y significa su contenido constitucionalmente reconocido y garantizado” (Castillo, 2007, p. 58). En otras palabras, al hablar de contenido de los derechos nos estamos refiriendo al derecho mismo:

Ejercer un derecho humano o fundamental significará ejercer su contenido constitucional. (...) Cuando alguien realiza un acto y afirma que lo ha realizado en ejercicio de un derecho humano o fundamental, lo que hay que determinar es si el contenido del derecho invocado permite o no la acción realizada. (Castillo L. , 2007, p. 58)

En este orden de ideas, existen varias teorías en la actualidad que enseñan qué es lo que debe entenderse por contenido o contenido esencial de los derechos. No entraremos a realizar un análisis de estas teorías dado que excedería el propósito del presente trabajo. Lo que sí se debe decir es que ciertas teorías de índole conflictivista tienen una concepción de los derechos como realidades ilimitadas. Sobre esto, la interpretación armonizadora de derechos no coincide. Para esta última, “los derechos de la persona no pueden formularse en términos de expansión ilimitada. Su formulación debe partir de la consideración que los derechos protegen sólo una realidad limitada y determinable” (Castillo, 2007, p. 353). Esta consideración tiene gran importancia, porque, como afirmará el último autor citado, “únicamente si los derechos son ontológicamente limitados, se podrá saber realmente que es lo que forma parte del contenido protegido del derecho y qué no. (...) Como el derecho no tiende a expandirse indefinidamente, no hay necesidad de limitarlo” (2007, p. 353).

Habiendo hecho estas consideraciones, pasemos a exponer algunos elementos que propone la metodología armonizadora para determinar con acierto cuál es el derecho que se pretende ejercer correctamente. El primero de ellos consiste en la finalidad del derecho:

Con Serna, puede decirse que el contenido de cada derecho debe establecerse no desde su concepto puramente semántico o formal, por lo que significan las palabras acuñadas para referirse a un determinado derecho, sino desde su noción teleológica, es decir, atendiendo a su finalidad, tanto histórica como actual, y a los bienes humanos que se intentan proteger o las conductas que se tratan de impedir. (Toller, 2014, p. 145)

Coincide con esta idea Luis Castillo, pues señala:

Cuando se intente establecer si una concreta pretensión forma o no parte del contenido constitucional de un derecho fundamental, habrá que apelar al bien humano que se encuentra detrás del derecho, es decir, habrá que apelar a la finalidad que se intenta conseguir con el reconocimiento de un derecho. (2007, p. 61)

Otro camino que propone la teoría armonizadora para determinar el contenido esencial de un derecho consiste en el conocido control de razonabilidad o principio de proporcionalidad. Sin embargo, para una concepción no conflictivista de derechos el principio de proporcionalidad solo se constituiría en una verdadera herramienta para determinar si una acción corresponde a un justo ejercicio de un derecho constitucional, si se añade un criterio adicional dentro este principio. Expliquemos lo mencionado:

El principio de proporcionalidad se ha convertido en el principal instrumento con el que cuenta el operador jurídico, para determinar si una actuación estatal e incluso privada debe tener cobertura constitucional por no ser arbitraria y ajustarse al respeto del contenido constitucional de los derechos fundamentales. (Castillo L. , 2008, p. 135)

En ese sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia suelen dividir dicho principio en subprincipios, de modo que si estos se cumplen se verifica la constitucionalidad de la actuación. Los subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad son, a saber, la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Alexy, 2001).

Como se tuvo oportunidad de mencionar, este principio no resultará adecuado para determinar si una acción forma parte o no del contenido de un derecho si se lo aplica tal como se lo detalló. Vimos que una de las dimensiones de este principio es el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. En palabras de Luis Castillo, “este juicio permite concluir que una medida es razonable si se produce una afectación del derecho fundamental en un grado similar al grado de beneficio que se obtiene con la consecución de la finalidad” (2008, p. 127). Pues bien, es aquí donde radica el problema:

La aplicación estricta de esta concepción costo-beneficio corre el riesgo de que con su ejecución se termine vulnerando los derechos fundamentales. En efecto, si a mayor importancia o trascendencia del fin se ha de permitir una mayor restricción del derecho fundamental, entonces, no habría problema para admitir que una finalidad

especialmente relevante podría terminar por aniquilar un derecho fundamental en un caso concreto. (Castillo L. , 2008, p. 127)

Es de la misma el profesor Fernando Toller:

*Esto es así pues la sola lógica de los tres principios alemanes conduce a que, a mayor importancia del fin, mayor posibilidad de impactar con una medida gravosa, amparando las injusticias en la constatación de que en un caso concreto los beneficios obtenidos son mayores que los costos. (2014, p. 167)*

El paso adicional del que hemos venido hablando para convertir al principio de proporcionalidad en un método eficaz para determinar la constitucionalidad de una norma o acción del poder público o de los particulares consiste en el respeto al contenido esencial del derecho: “todo derecho fundamental cuenta con un contenido constitucional, el cual es único, limitado, ilimitable y delimitable. En ningún caso, por tanto, podrá justificarse un beneficio que afecte al derecho constitucional en su contenido esencial” (Castillo L. , 2008, p. 127). En el mismo sentido, afirma Toller (2014) lo siguiente:

La tarea consistiría en convertir en una norma hipotética la pretensión y ponerla a prueba del test de razonabilidad, contemplando seis pasos o tests, que luego se exponen con más detalles: existencia y legitimidad del fin, adecuación, necesidad y proporcionalidad de los medios, sumando a estos cinco pasos (que son desglose de los tres subprincipios alemanes) un test más, el del respeto a la garantía del contenido esencial. (p. 139).

Llegados a este punto, consideramos conveniente hacer una recapitulación de lo visto en estos apartados. En primer lugar, vimos que toda vez que no existen los conflictos entre derechos, no se puede llegar a la solución de los casos iusfundamentales con los métodos propios de la concepción conflictivista, esto es, la jerarquización y ponderación. Sabemos que no puede ocurrir que una de las partes en litigio quiera ejercer su derecho, pero su ejercicio suponga un menoscabo al derecho de la otra parte. Así pues, la solución en este tipo de casos pasa por determinar cuál de

los derechos ha sido invocado correctamente. Acto seguido precisamos que “todos los derechos significan y protegen algo, es decir, todos los derechos tienen un contenido jurídico” (Castillo L. , 2008, p. 63); como consecuencia de esto cuando nos referimos al contenido de un derecho nos estamos refiriendo al derecho mismo. Por último, terminamos exponiendo dos caminos propios de la metodología armonizadora de derechos para llegar a determinar el contenido de los derechos: el criterio teleológico, que consiste en preguntarse por la finalidad que se busca al reconocer cierto derecho; y el principio de proporcionalidad, al que se le debe incluir el subprincipio del respeto al contenido esencial.

## **CAPÍTULO IV: INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO**

### **4.1. Aborto como extralimitación en el ejercicio de los derechos de la madre**

Este apartado se dedicará a demostrar, de acuerdo con el método hermenéutico de los derechos aquí explicado, porqué el aborto es inconstitucional. Para efectos del presente trabajo de investigación vamos a dividir en dos grupos a las personas que se muestran partidarias del aborto. En un primer grupo tenemos a quienes sostienen que el aborto no entraña ningún mal por cuanto no se está matando a ningún ser humano. El razonamiento para este grupo de personas discurre de la siguiente manera: si no hay vida humana en el vientre de la madre entonces se convierte en una injusticia el hecho de que no se le permita a la mujer hacer algo a lo que tiene derecho, esto es, el derecho a tomar decisiones libres sobre su propio cuerpo. El debate con este grupo de personas se dará en el plano del momento de inicio de la vida humana. Un segundo grupo de personas se encuentra a favor de que el aborto sea permitido porque afirman que este no es más que un justo ejercicio de los derechos de la mujer, dada la concurrencia de ciertas circunstancias especiales.

La diferencia entre uno y otro grupo radica, por tanto, en que para unos el feto no es un ser humano, y para otros sí lo es; sin embargo, para estos últimos, el aborto se justifica en ciertas circunstancias especiales, como lo pueden ser un grave riesgo en la vida de la madre, embarazo por violación, malformación del feto, situación de extrema pobreza, etc.

En el capítulo primero del presente trabajo se demostró que la vida humana inicia con la concepción. Siendo esto así, el argumento del primer grupo de personas para permitir el aborto queda sin ningún sustento. Queda analizar, por tanto, si es o no constitucional que la mujer cause su aborto o que consienta en que otro se lo cause por las razones del segundo grupo de personas. Dijimos que para estas personas ciertas circunstancias especiales hacen que el aborto se encuentre amparado por los derechos de la madre. Ahora bien, podemos preguntarnos ¿la madre tiene derecho a abortar en estos casos? En otras palabras, la pretensión de la madre de abortar, ¿forma parte del contenido del derecho constitucional que ella invoque? A resolver esta cuestión se dedicará el presente capítulo.

Empezamos por ahondar un poco más en lo que hemos denominado como las *circunstancias especiales* en que algunos se basan para afirmar que en esos casos es lícito abortar. Al respecto, afirma José Joaquín Ugarte:

El aborto voluntario suele practicarse por pobreza; por razones de salud de la madre, incluso la de salvar la vida -aborto terapéutico-; como medio de control demográfico (...); como medio de liberar a la mujer de la “carga” de la maternidad, de modo que pueda tener la misma libertad del hombre, por ejemplo en lo laboral; para impedir que nazca un hijo fruto de una violación o de relaciones prematrimoniales; para evitar el nacimiento de niños que han de tener graves enfermedades o taras, etc. (2006, pp. 313-314).

Son estas las principales razones a las que aluden quienes están a favor que se legalice o despenalice el aborto. La tesis que aquí sostenemos es que en ningún caso el aborto puede ser constitucional. Para demostrarlo vamos a analizar los casos en que se quiera practicar el aborto para evitar un peligro de muerte en la vida de la madre, y el caso en que se quiera abortar porque el embarazo fue fruto de una violación. La razón de esta elección responde a los siguientes motivos: el primero tiene que ver con que son estos los únicos casos contemplados en nuestro código penal en los que no es punible el aborto. El otro motivo es que la línea argumentativa que siga para demostrar por qué el aborto es inconstitucional en esos casos, será igualmente aplicable en los demás escenarios, como se podrá ver más adelante.

Empecemos por el primer caso: el riesgo en la vida de la madre. El aborto que se practica por esta razón es denominado aborto terapéutico. Lo primero que debemos mencionar es que creemos que resulta inapropiado el uso de esta expresión dado que con el aborto siempre se mata deliberadamente a una vida humana, y trae consigo graves consecuencias para la madre. Quienes son partidarios que el aborto sea permitido en estas situaciones sostienen que en esos casos el derecho a la vida de la madre incluye como parte de su contenido el aborto. Por otra parte, están quienes se oponen a esta postura. Su argumento radica en que al abortar se estuviera desconociendo el derecho a la vida del no nacido. Así las cosas, uno pudiera pensar que estamos ante un conflicto de derechos: el derecho a la vida de la madre y el derecho a la vida del nasciturus.

No obstante, en virtud de lo estudiado en el capítulo tercero del presente trabajo, sabemos que esto no es posible. Si en realidad no existe una colisión entre el derecho a la vida del no nacido y el derecho a la vida de la madre cuando su salud corre serio peligro, entonces la solución en ese caso no se podrá hacer en base a una jerarquía abstracta entre qué derecho es más importante, ni ponderando cuál derecho pesa más en tales circunstancias. Como también se tuvo oportunidad de ver en el capítulo anterior, en los supuestos conflictos de derechos “la solución pasa por la búsqueda prudente y finalista del contenido esencial de los derechos y bienes, o esfera de funcionamiento razonable” (Toller, 2014, p. 196).

Así pues, en lo concerniente al caso objeto de análisis lo que se debe hacer es determinar si en las circunstancias concretas, esto es, en aquellos casos en que peligre la vida de la madre, la pretensión de abortar forma parte del contenido constitucional del derecho a la vida de ella. En ese sentido, también expusimos cuales son los caminos que se proponen desde una interpretación armonizadora de los derechos para determinar el contenido constitucional de un derecho. Uno de estos caminos tiene que ver con la finalidad del derecho.

Se advierte con facilidad que una clara finalidad del reconocimiento positivo al derecho a la vida consiste en garantizar que la vida humana se encuentre protegida en cada momento de su existencia: “la vida tiene un elemento esencial en su configuración: la existencia. Si a algo da derecho el derecho a la vida de modo

indubitable es a mantener la existencia una vez concebida o nacida la Persona” (Castillo Córdova, 2018). Ahora bien, si esta es la finalidad del derecho a la vida, se concluye lógicamente que cualquier acto que atente voluntariamente contra ella supondrá una vulneración a dicho derecho, por lo que no puede formar parte del contenido del derecho a la vida una acción que tenga por objeto quitar la vida a otro ser humano, como lo hace el aborto.

Así mismo, dijimos también que un elemento clave para determinar si una actuación estatal o privada forma parte del contenido de un derecho es el principio de proporcionalidad. Esto significa que para que la actuación sea constitucional esta debe superar los subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad. Como se recordará, es necesario para una adecuada metodología armonizadora de derechos que a los subprincipios tradicionales se añada el del respeto al contenido esencial; caso contrario el principio de proporcionalidad no sería un camino que conduzca a soluciones justas en casos iusfundamentales.

Aplicando este principio al caso que nos ocupa, nos debemos preguntar: la pretensión que una mujer aborte sustentada en que corre riesgo su vida, ¿es proporcional? La respuesta es que no. Esto es así porque al abortar no se estuviera respetando el contenido esencial del derecho a la vida del nasciturus, que, como dijimos en líneas anteriores, al ser una persona humana, tiene derecho a la vida, el cual ha sido reconocido para garantizar en todo momento la existencia de las personas.

Por consiguiente, se concluye que abortar no forma parte del contenido del derecho a la vida de la madre, por lo que su pretensión de abortar invocando su derecho a la vida no es constitucional.

Aceptar que el aborto sea permitido en casos donde la vida de la madre se encuentre en juego atenta también contra la dignidad humana:

El aceptar que la necesidad de salvar una vida justifique una acción directamente occisiva sobre la vida de un tercero, que por lo demás se encuentra en total estado de indefensión, supone una relativización tácita del principio de dignidad humana que, como se ha visto anteriormente, es uno de los principios fundantes del orden jurídico

colombiano. En efecto, la acción propia del aborto terapéutico supone necesariamente la instrumentalización del ser humano, es decir, su reducción categoría de medio y la consecuente negación de la dignidad, por cuanto en estricto sentido se llama medio a aquello que, no pudiendo ser tenido como fin en sí mismo (ser digno), puede ser utilizado para la consecución de necesidades o fines que le son externos. (Salvamento de Voto de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil a la Sentencia C-355/06, 2006).

Coincidimos también con estos magistrados cuando señalan en la misma sentencia lo siguiente:

Así pues, a juicio de los magistrados disidentes, la penalización del aborto aun en circunstancias en que el embarazo representa un riesgo para la vida de la madre, lejos de constituir un atentado contra la dignidad de ésta, se erigía en un mecanismo para proscribir la utilización del feto, y por ende el desconocimiento de su dignidad. (2006).

Consecuentemente, si en el caso que estamos analizando no es lícito que se lleve a cabo un aborto para salvar la vida de la madre, ¿cómo se ha de proceder? Lo único que corresponde hacer en estos casos es que los médicos hagan sus mejores esfuerzos por intentar salvar a las dos vidas. Como señala Luis Castillo, “en estos casos, lo debido tanto con la vida humana por nacer como con la madre como vida nacida, es actuar los medios que la ciencia ofrece a fin de salvar la vida de la madre sin atentar directamente contra la vida del no nacido; incluso aunque fuese el caso que una tal actuación conlleve el riesgo de muerte para la vida del concebido” (2018); volveremos sobre esto último a continuación.

Expusimos en líneas anteriores porqué el aborto terapéutico es ilícito e inconstitucional; ahora bien, como enseña el profesor José Joaquín Ugarte:

La prohibición del aborto terapéutico no veda (...) que se aplique a la madre un tratamiento o remedio o terapia indispensable para salvar su vida amenazada por una enfermedad o mal que no sea el embarazo, sino

una afección del cuerpo de ella, aunque esa terapia o tratamiento pueda acarrear o haya de acarrear la muerte del embrión o del feto, si no hay otra manera de salvar a la madre, y la muerte del embrión o del feto es sólo un efecto colateral o accidental, no buscado ni como fin ni como medio. Se trata de la aplicación del llamado principio de doble efecto. (Ugarte, 2006, pp. 331-332).

Esto último se conoce como aborto indirecto, y es radicalmente distinto que el mal llamado aborto terapéutico. Como se explicó, el aborto indirecto es lícito toda vez que no se atenta directamente contra la vida del no nacido; de llegarse a producir la muerte de este, no será algo que se buscó ni como fin ni como medio:

En estricto, estos casos no configuran supuestos de aborto, porque la muerte del no nacido no es buscada, solo tolerada. La moralidad y justicia de este proceder se ampara por el principio del doble efecto, según el cual, un acto no es moralmente malo si buscada una finalidad moralmente buena (salvar la vida de la madre), se provoca finalmente y sin pretenderlo, la muerte del no nacido. En estos casos el acto decisivo no es matar al no nacido, acción injusta para la Persona no nacida; sino los actos médicos razonablemente idóneos y necesarios para salvar la vida de la madre, acciones justas para ambas personas. (Castillo Córdova, 2018).

Queda pendiente analizar porqué tampoco es constitucional que se permita el aborto en casos de violación. Para una visión conflictivista de derechos el caso se planteará de la siguiente manera: la mujer tiene derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener. De ocurrir que esta quede embarazada como resultado de una violación, se debe permitir que, sí así lo quiere, y en virtud del derecho mencionado, la mujer pueda abortar. Esto, sin embargo, y según esta visión, generaría un conflicto de derechos con el derecho a la vida del nasciturus.

Ahora bien, nuevamente cabe reiterar la idea principal que se ha sostenido a lo largo de este trabajo: los conflictos entre derechos son solo aparentes y no reales. En efecto:

Si la naturaleza humana es -como efectivamente es- una unidad, y los derechos humanos en cuanto tales se predicen del hombre en la medida que son la traducción jurídica de una serie de exigencias de su naturaleza y consecuente dignidad humanas, entonces no hay modo que tales derechos (...) lleguen a ser contradictorios entre sí, o -lo que es lo mismo- que supongan contenidos incompatibles entre sí. (Castillo L. , 2007, p. 335).

En el presente trabajo investigativo se ha visto que la solución en los casos iusfundamentales pasa por determinar cuál derecho es el que realmente se encuentra presente; dicho en otras palabras, el juzgador deberá determinar si una pretensión forma parte del contenido del derecho que se ha invocado para sustentarla. Así pues, analizando el caso que nos ocupa, debemos preguntarnos: una mujer que ha quedado embarazada como resultado de haber sido víctima del crimen de violación, ¿tiene derecho a abortar al ser que lleva en su seno? La respuesta, al igual que en el caso anterior, es que no puede existir tal derecho.

Antes de entrar a ver las razones por las cuales afirmamos lo anterior, conviene que mencionemos, como no podía ser de otra manera, que con relación al delito de violación coincidimos plenamente con lo manifestado por la Jueza Carmen Corral Ponce en la Sentencia 34-19-IN/21:

Estoy consciente de que la violación es, probablemente, uno de los delitos más aberrantes de la humanidad. El hombre con su fuerza somete a la mujer contra su voluntad, solo por satisfacer su instinto sexual, rebajándose al nivel de un animal. Nada más aberrante y reprochable. (Voto salvado de la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce a la Sentencia 34-19-IN/21, 2021).

La gravedad de este crimen aumenta si por causa del mismo la mujer queda embarazada, ya que se convierte en madre sin haber consentido en ello; de este modo, se ha visto despojada de su derecho a decidir libremente sobre su maternidad.

Hechas estas consideraciones, continuemos con nuestro análisis. Con el reconocimiento del derecho de las mujeres a decidir cuándo y cuántos hijos tener se

busca proteger que ellas puedan decidir con libertad en un ámbito tan importante y personal como lo es el de su maternidad. Ahora bien, es importante tener en cuenta lo siguiente:

En el terreno fáctico el embarazo como dato biológico puede provenir de la decisión libre de la madre, pero igualmente puede devenir de los resultados no buscados de una relación sexual, o del acto delictual de un tercero. En cualquiera de estos supuestos, dado que desde la concepción existe un ser humano independiente y ontológicamente autónomo, resulta claro que el embarazo de la mujer da lugar a su maternidad biológica (...). Así, la mujer puede llegar a ser madre biológica sin su consentimiento. (Salvamento de Voto de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil a la Sentencia C-355/06, 2006).

Por tanto, de acuerdo con los mismos magistrados el momento en que puede ser ejercido tal derecho es “*antes* de la concepción o fertilización; después de ese hecho, la mujer irremediablemente será madre, y el aborto consentido por ella solo tendrá el alcance de hacerla causante de la muerte de su hijo” (2006).

Lo anterior se entiende a la luz que no es constitucional pretender que la mujer pueda abortar en base a que tiene derecho a decidir cuándo y cuantos hijos tener: a pesar de la dolorosa y lamentable realidad que una mujer pueda quedar embarazada como resultado de una violación, el derecho en mención no la ampara constitucionalmente a que cause su aborto o consienta en que otro se lo cause ya que el contenido de un derecho constitucional no puede significar la vulneración del contenido de otro derecho constitucional. En efecto, como ya hemos visto, el aborto vulnera el contenido del derecho a la vida del no nacido ya que este consiste en causar intencionalmente la muerte del nasciturus.

Para finalizar con este capítulo, hemos de mencionar que la línea argumentativa que se ha aplicado al analizar estos dos casos sirve también para todos los casos en que se quiera abortar, sea por las razones o circunstancias que fuere. En efecto, tal como hemos visto y explicado reiteradamente, “ningún derecho fundamental que realmente sea tal puede exigir y por tanto legitimar, una conducta que sea contradictoria con el

contenido de otro derecho también fundamental” (Castillo L. , 2007, p. 336). Por tanto, no puede formar parte del contenido de ningún derecho el que la madre quiere abortar ya que con este acto tan atroz se mata deliberadamente al ser humano que se está desarrollando en su cuerpo; cosa que -resulta evidente decirlo- hace que se vulnere el derecho a la vida del no nacido.

En conclusión, si el aborto siempre supone una extralimitación en el ejercicio de los derechos de la madre hasta el punto de vaciar de contenido el derecho a la vida del no nacido, toda medida que lo aliente o permita, como lo es la despenalización del aborto, debe ser declarada inconstitucional. En este sentido, acierta la Corte Constitucional de Colombia al afirmar:

El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte. (Sentencia No. C-133/94, 1994).

Por tanto, dado que el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal contempla dos casos en que el aborto no será penalizado, esta norma debe ser expulsada de nuestro ordenamiento jurídico por ser inconstitucional, al igual que la Ley Orgánica Que Regula La Interrupción Voluntaria Del Embarazo Para Niñas, Adolescentes Y Mujeres En Caso De Violación.

## CONCLUSIONES

- En la actualidad se suele concebir a los derechos humanos o constitucionales como realidades que entran en conflicto entre sí.
- Tal visión no resulta coherente con el entendimiento que los derechos humanos son inherentes a la persona en virtud de las exigencias que emanan de su naturaleza. En efecto, los derechos amparan bienes humanos que satisfacen dichas exigencias, lo cual favorece a la plena realización del hombre.
- Al descartarse la visión conflictivista de los derechos también se debe rechazar los métodos que se proponen desde esa teoría para resolver los casos iusfundamentales, a saber, la jerarquización y ponderación.
- En los casos donde parecen colisionar los derechos constitucionales ya que ambas partes han invocado distintos derechos como sustento de sus pretensiones, la solución no pasa por determinar cuál derecho tiene mayor valor o cual pesa más en las circunstancias concretas, sino que la solución está en que el juez constitucional determine cuál derecho ha sido correctamente invocado porque lo que se pretende se encuentra dentro de su contenido.
- Un mecanismo esencial para esta labor consiste en preguntarse por la finalidad (criterio teleológico) que se ha buscado al reconocer constitucionalmente el derecho humano; es decir, qué bien humano se busca proteger.
- Asimismo, es de gran ayuda para determinar si una conducta que se pretende realizar forma parte del ejercicio razonable de un derecho, aplicar el principio de proporcionalidad. No obstante, deberá añadirse el juicio de respeto al contenido esencial; caso contrario no será eficaz.
- Los argumentos que se alegan para que se legalice o despenalice el aborto se plantean en el sentido que el derecho a la madre en ciertas circunstancias es superior al derecho a la vida del no nacido. Por ende, según quienes comparten esta visión, la mujer tiene derecho a optar por el aborto sí así lo decide.
- Este planteamiento no es correcto porque supone considerar que el derecho a la vida del no nacido y los derechos de la madre entran en conflicto; cosa que no puede ocurrir entre los derechos constitucionales.
- Al consistir el aborto en causar intencionalmente la muerte a un ser humano no nacido en el vientre de la madre, se vulnera su derecho a la vida, como no podía

sucedier de otra manera. Así pues, el aborto no puede formar parte del contenido de ningún derecho ya que este acto supone el desconocimiento total de un derecho humano, a saber, el derecho a la vida del no nacido. Por esta razón el aborto es inconstitucional.

- Al ser el aborto inconstitucional también lo serán aquellas medidas que lo promueven o permiten ya que se estuviera despojando de la necesaria protección legal a la vida del nasciturus; dentro de estas medidas está la despenalización del aborto.
- Con el reconocimiento constitucional del derecho a la vida se busca que las personas una vez concebidas puedan mantener su existencia. El derecho a la vida protege a los seres humanos contra todo tipo de actos que supongan un atentado contra sus vidas, es decir, de aquellos actos que tengan por fin causar la muerte de las personas.
- El aborto vulnera el derecho a la vida del no nacido toda vez que este consiste en causar intencionalmente la muerte a un ser humano no nacido en el vientre de la madre. Por esta razón el aborto en ninguna circunstancia puede formar parte del contenido de un derecho constitucional.
- Así pues, el aborto en realidad constituye una extralimitación en el ejercicio de los derechos de la madre, lo cual lo convierte en inconstitucional.
- Al ser el aborto inconstitucional también lo son aquellas medidas que lo promueven o permiten ya que se estuviera despojando de la necesaria protección legal a la vida del nasciturus; dentro de estas medidas está la despenalización del aborto.
- En el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal se contemplan dos casos en que el aborto se encuentra despenalizado. En virtud de lo expuesto, este artículo, al ser inconstitucional, debe ser expulsado de nuestro ordenamiento jurídico. Esto lleva a que, por la misma razón, también se derogue la Ley Orgánica Que Regula La Interrupción Voluntaria Del Embarazo Para Niñas, Adolescentes Y Mujeres En Caso De Violación.

## RECOMENDACIONES

De la tesis sostenida en esta investigación jurídica, así como durante su desarrollo, ha quedado claro que existe un problema que -indistintamente de la discusión jurídica- subsistirá, y consiste en la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los dos sujetos en conflicto, el no nacido, y la mujer que tiene intención de abortar.

De ahí que es necesario implementar políticas públicas efectivas conducentes a disminuir los índices de embarazos no deseados, enfocadas específicamente para cada caso concreto. Por ejemplo, para reducir la cantidad de abortos por parte de víctimas de violencia sexual, la solución no puede consistir simplemente en la permisión estatal para practicar estas interrupciones antinaturales, pues aquello implicaría que el Estado ecuatoriano incumpla con su obligación constitucional de tutelar los derechos del nasciturus. Más bien, para ese caso concreto, se deben realizar campañas sociales de educación sexual, y principalmente políticas públicas y normativas de *prevención y penalización proporcional de delito de violación dirigidas a los autores de este delito, para excluir el peligro y riesgo de la permisión del aborto libre*. (2021)

Para conseguir ese fin, es necesario que se destinen los fondos necesarios dentro del presupuesto estatal para la concientización social de la problemática expuesta, así como para poder llevar a cabo toda la política pública a la que se hace referencia en el párrafo que antecede.

Finalmente, se recomienda a la Asamblea Nacional del Ecuador, como organismo competente para la regulación de la actividad legislativa a nivel nacional, así como a la Defensoría del Pueblo del Ecuador, encargada constitucionalmente de proteger y tutelar los derechos de los habitantes ecuatorianos, desarrollar en conjunto un Proyecto de Ley Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, mediante el cual se excluya el presupuesto normativo contenido en el artículo 150 del COIP por los motivos expuestos anteriormente; o, en su defecto, se exhorta a los colectivos provida a interponer una acción pública de inconstitucionalidad por el contenido del artículo 150 para que, mediante un control abstracto de constitucionalidad, la Corte

Constitucional pueda revertir los criterios contenidos en la Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados y declarar la inconstitucionalidad del artículo 150 ibídem.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2001). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. (E. Garzón, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Baso, D. M. (1987). *Instrumentación genética*. Madrid: Palabra Editores.
- Beltrán de Heredia y Castaño, J. (1976). Construcción jurídica de los derechos inherentes a la personalidad.
- Bremauntz, E. (2009). JUSTICIA PENAL Y DERECHOS HUMANOS. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 89-105.
- Castillo Córdova, L. (12 de Agosto de 2018). *El derecho a la vida de la persona no nacida*. Obtenido de IUS 360: <https://ius360.com/el-derecho-la-vida-de-la-persona-no-nacida/>
- Castillo, L. (2007). *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general*. . Lima : Palestra Editores .
- Castillo, L. (2008). *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*. Lima: Grijley.
- Cianciardo, J. (2007). *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y críticas del conflictivismo*. Buenos Aires .
- Cianciardo, J. (25 de Agosto de 2020). *La cultura de los derechos humanos. Razón, voluntad, diálogo*. Obtenido de Biblioteca Jurídica Virtual - UNAM: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6272/16a.pdf>
- Cifuentes, S. (1995). *Los derechos personalísimos*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Constitución del Ecuador* . (2008).
- Constitución del Ecuador . (2008).
- Constitución Española* . (1978).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969).

- Cordero, M. I. (2006). Si al derecho a la vida. Si a los derechos sexuales y reproductivos. *Foro Red de Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos*, 16-17.
- Código Orgánico Integral Penal*. (2014). Quito: Registro Oficial.
- Código Penal*. (1938).
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* . (1948).
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. (1948).
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948).
- Díaz, V. (2004). "Derechos inherentes a la personalidad", en Introducción al estudio del Derecho.
- Domínguez Guillén, M. (2003). Sobre los derechos de la personalidad. *Revista Dikaion, Lo Justo, Año 17, No 12, ISSN: 0120-8042*.
- Gutierrez, G. N. (1999). *Bioderecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Herrera, F. (1999). *El derecho a la vida y el aborto*. Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Herrera, F. J. (1983). *El derecho a la vida y el aborto*. ISBN 958-9203-64-7.
- Hervada, J. (2011). *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra S.A. (EUNSA).
- Hoof, P. F. (1996). *Protección del embrión humano: aspectos iusfilosóficos*. Mar del Plata.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. S. (2007). *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Jiménez Vargas, J., & López García, G. (1975). *¿A qué se llama aborto?* Madrid : Editorial Magisterio Español y Prensa Española .

- López, G. (1985). Comienzo de la vida del ser humano. *Revista de Medicina de la Universidad de Navarra*, 227-232.
- Mancheno, D. S. (2006). Derechos sexuales y derechos reproductivos en la normativa constitucional e Internacional. *Repositorio de la Universidad Andina Simón Bolívar*.
- Maritan, G. G. (2016). El derecho a la vida como derecho fundamental en el marco constitucional ecuatoriano. Especial referencia al aborto, la eutanasia y la pena de muerte. *Revista Jurídica Piélagus*, 76.
- México, C. N. (2016). *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos*.
- Peris, C. C. (1994). *Las técnicas de reproducción artificial, aspectos médicos*. Madrid.
- Pino, G. (2013). *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*. Lima: Palestra Editores.
- Políticos, P. I. (1966).
- Prieto Sanchís, L. (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores.
- Redacción - El Universo. (24 de Diciembre de 2022). *Objeción de conciencia en casos de aborto por violación fue suspendida por la Corte Constitucional*. Obtenido de El Universo: <https://www.eluniverso.com/noticias/politica/objecion-de-conciencia-en-casos-de-aborto-por-violacion-fue-suspendida-por-la-corte-constitucional-nota/>
- Ruiz, Á. S. (1987). *Instrumentación genética*. Madrid: Palabra Editores.
- Salvamento de Voto de los magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil a la Sentencia C-355/06, Sentencia C-355/06 (Corte Constitucional de Colombia 10 de Mayo de 2006).
- SENTENCIA 107/1988 (Tribunal Constitucional de España 8 de Junio de 1988).

SENTENCIA 171/1990 (Tribunal Constitucional de España 12 de Noviembre de 1990).

Sentencia, Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. (Corte IDH 1999).

Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Csaó Atravía Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. (Corte IDH 28 de Noviembre de 2012).

Sentencia de 28 de Noviembre de 2012, Caso Atravía Murillo y otros Vs. Costa Rica (Corte IDH 28 de Noviembre de 2012).

Sentencia No. 002-09-SAN-CC, 0005-08-AN (Corte Constitucional para el Periodo de Transición 2 de Abril de 2009).

Sentencia No. 003-18-PJO-CC, 0775-11-JP (Corte Constitucional ecuatoriana 27 de junio de 2018).

Sentencia No. 003-18-PJO-CC, 0775-11-JP (Corte Constitucional ecuatoriana 27 de junio de 2018).

Sentencia No. 067-12-SEP-CC, 1116-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 27 de Marzo de 2012).

Sentencia No. 113-14-SEP-CC, 0731-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 30 de Julio de 2014).

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

Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados, 34-19-IN y acumulados (Corte Constitucional ecuatoriana 28 de Abril de 2021).

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

Sentencia No. 34-19-IN/21 y Acumulados, 34-19-IN y Acumulados (Corte Constitucional del Ecuador 28 de Abril de 2021).

Sentencia No. C-133/94 (Corte Constitucional de Colombia 17 de Marzo de 1994).

- Speroff L, F. M. (2005). *Clinical gynecologic endocrinology and infertility*. Philadelphia.
- Toller, F. (2014). Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales . En J. C. Rivera, J. S. Elias, L. S. Grosman, & S. Legarre, *Tratado de los Derechos Constitucionales* (Vol. Tomo D). Buenos Aires, Argentina : ABELEDOPERROT.
- Ugarte, J. J. (2006). *EL DERECHO DE LA VIDA EL DERECHO A LA VIDA BIOÉTICA Y DERECHO*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Ullán, J. (1993). *Embriología General: Introducción al desarrollo humano*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.
- Valverde, C. (2015). *UNA REALIDAD ESCONDIDA: La verdad sobre el aborto* . Guayaquil: Murillo Editores.
- Vidal, M. (1991). Moral de la persona y bioética teológica. Moral de aptitudes, II.
- Voto salvado de la Dra. Carmen Corral Ponce, Caso No. 34-19-IN y acumulados (Corte Constitucional ecuatoriana 28 de Abril de 2021).
- Voto salvado de la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce, 34-19-IN (Corte Constitucional ecuatoriana 2021).
- Voto salvado de la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce a la Sentencia 34-19-IN/21, 34-19-IN y Acumulados (Corte Constitucional del Ecuador 28 de Abril de 2021).

## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Nosotros, **Avilés Zavala, Leonardo Xavier**, con C.C.: **0926648387**, y **Vanegas Lascano, Ricardo Xavier**, con C.C.: **0923461594**, autores del trabajo de titulación: **Inconstitucionalidad de la despenalización del aborto en función de la interpretación armonizadora de derechos**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaramos tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizamos a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **6 de febrero de 2023**

f. 

Nombre: **Avilés Zavala, Leonardo Xavier**

C.C: **0926648387**

f. 

Nombre: **Vanegas Lascano, Ricardo Xavier**

C.C: **0923461594**



<b>REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA</b>			
<b>FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN</b>			
<b>TÍTULO Y SUBTÍTULO:</b>	Inconstitucionalidad de la despenalización del aborto en función de la interpretación armonizadora de derechos		
<b>AUTOR(ES)</b>	Leonardo Xavier Avilés Zavala y Ricardo Xavier Vanegas Lascano		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b>	Abg. Carlos Antonio De Tomaso Rosero, Mgs.		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>FACULTAD:</b>	Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas		
<b>CARRERA:</b>	Carrera de Derecho		
<b>TÍTULO OBTENIDO:</b>	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	6 de febrero de 2023	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	53
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	Derecho constitucional, aborto, derecho a la vida.		
<b>PALABRAS CLAVES/KEYWORDS:</b>	Aborto, derecho a la vida, nasciturus, inconstitucionalidad, Ecuador, armonización de derechos.		
<b>RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):</b>			
<p>El presente trabajo expone argumentativamente criterios -partiendo de la interpretación armonizadora de derechos- por los que se considera que existe una incompatibilidad entre el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal y la obligación estatal contemplada en nuestra Constitución de proteger la vida desde la concepción. A lo largo de este trabajo, se presentan conceptos generales que permitirán al lector adoptar mayor comprensión del tema y de los aspectos centrales sobre los cuales se basa la investigación. Finalmente, el trabajo tiene como objeto establecer la situación jurídica actual del aborto no punible en el Ecuador para luego determinar por medio de la jurisprudencia, doctrina y tratados internacionales de derechos humanos, interpretados bajo la teoría armonizadora de derechos, si mantener los casos excepcionales en los que el aborto es permitido actualmente en el Ecuador atenta o no contra el derecho a la vida. Dicho esto, nos hemos limitado a analizar únicamente el aspecto jurídico del aborto, por lo que el trabajo dentro de su desarrollo busca prescindir de connotaciones morales y políticas.</p>			
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono:</b> +593-9859-40252; +593-987654123	E-mail:leoaviles00@gmail.com; ricardovanegasl@icloud.com	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::</b>	<b>Nombre: Reynoso Gaute, Maritza</b>		
	<b>Teléfono:</b> +593-4-2222024		
	<b>E-mail:</b> maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec		
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>			
<b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>			
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>			
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>			