

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**El embarazo como consecuencia del delito de
inseminación no consentida. Propuesta de aborto no
punible**

Melissa Doménica Madrid Fuentes

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 20 de noviembre de 2022

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Melissa Doménica Madrid Fuentes

Código: 00209080

Cédula de identidad: 1718029596

Lugar y Fecha: Quito, 20 de noviembre de 2022

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETHeses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETHeses>.

**EL EMBARAZO COMO CONSECUENCIA DEL DELITO DE INSEMINACIÓN NO
CONSENTIDA. PROPUESTA DE ABORTO NO PUNIBLE¹**

**PREGNANCY AS A CONSEQUENCE OF A NON – CONSENSUAL INSEMINATION CRIME. A
PROPOSAL FOR LEGAL ABORTION**

Melissa Doménica Madrid Fuentes²
melimadrid98@gmail.com

RESUMEN

La inseminación artificial y la transferencia de óvulo fecundado, son métodos de reproducción medicamente asistida, que, al involucrar una manipulación del cuerpo de la mujer, son reguladas y consideradas como delitos cuando no media su consentimiento. El presente trabajo, analizó el caso del embarazo como consecuencia de este ilícito, con el objetivo de conocer su naturaleza jurídica y estudiar la posibilidad de incluirlo dentro del sistema de indicaciones del aborto no punible. De manera que, mediante la aplicación de una metodología exegética, se comprendió que el propósito del legislador de tipificar esta conducta es proteger la integridad reproductiva y la dignidad de la mujer, derechos que se ven violentados al obligarla a experimentar un embarazo al cual no consintió. Por esta razón, se encontró la necesidad de brindar una protección legal a las víctimas de este delito e incluirlo como un supuesto de aborto no punible en la legislación ecuatoriana.

PALABRAS CLAVE

Derecho Penal, inseminación no consentida, aborto no punible, integridad reproductiva.

ABSTRACT

Assisted insemination and the transference of a fertilized egg, are medically assisted reproduction techniques, which, because they involve the manipulation of the women's body, they are regulated and considered a crime when the consent of the patient is not involved. The present research work, analyzed the case of a pregnancy as a consequence of this crime, in order to know it's legal characterization and study the possibility of including it as an indication of legal abortion. Therefore, through an exegetical study, it was recognized that the purpose of the legislator to criminalize this conduct, is to protect the reproductive integrity and the dignity of women, rights that are being violated when a woman is forced to undergo a pregnancy that she didn't consent. Consequently, there is a necessity to give a legal protection to the victims and include this crime as an indication of legal abortion in the Ecuadorian legislation.

KEY WORDS

Criminal Law, non-consented insemination, legal abortion, reproductive integrity.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Juan Francisco Pozo Torres.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO NORMATIVO.- 4. MARCO TEÓRICO.- 5. DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL Y REPRODUCTIVA.- 6. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. REPRODUCCIÓN MEDICAMENTE ASISTIDA.- 7. EL ABORTO.- 8. SANCIÓN DEL ABORTO EN CASO DE EMBARAZO POR INSEMINACIÓN NO CONSENTIDA.- 9. INSEMINACIÓN NO CONSENTIDA COMO PRESUPUESTO DE ABORTO NO PUNIBLE.- 10. CONCLUSIONES

1. Introducción

La reproducción humana, conjuntamente con el tema de fertilidad, han sido temas de gran relevancia para la sociedad, considerándose como un derecho humano que debe ser protegido y respetado. Por lo cual, la reproducción medicamente asistida y las técnicas de reproducción humana asistida, han proporcionado una esperanza para aquellas personas que sufren de infertilidad o que no pueden quedar embarazadas por los medios naturales. Sin embargo, a raíz del desarrollo de este tipo de tecnología médica, han surgido diversos debates en el mundo jurídico sobre su regulación y como ésta debe proteger los derechos de las personas implicadas en estos procedimientos.

Según datos proporcionados por el Comité Internacional de Monitoreo de Técnicas de Reproducción Asistida, los países latinoamericanos representan un porcentaje mínimo en el desarrollo de estos procedimientos, a comparación de regiones como Europa, Asia y Norteamérica.³ En el caso del Ecuador, la reproducción medicamente asistida representa un medio para tener hijos poco utilizado, lo cual se evidencia en datos presentados por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. Los últimos registros presentados por dicha institución en el año 2019, evidencian que el número total de nacimientos resultado de éstas técnicas de reproducción no superan los 331.⁴

³ Marisa Herrera, “Conflictos contemporáneos en Técnicas de Reproducción Asistida: la experiencia en el derecho argentino”, *Revista de Antropología Social* 27 (2018), 353 – 380.

⁴ Fernando Zegers-Hochschild, Javier Crosby, Carolina Musri, Maria do Carmo Borges de Souza, Gustavo Martinez, Adelino Amaral Silva, José María Mojarra, Diego Masoli, Natalia Posada y Latin American

En el Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal, con el objetivo de proteger la integridad reproductiva de la mujer, tipifica el delito de inseminación no consentida, la cual consiste en la inseminación artificial y la transferencia de óvulo fecundado no consentidas. Sin embargo, a pesar de condenar este tipo de conductas, no se ofrece una respuesta ni una solución al supuesto en el cual la mujer presente un embarazo como consecuencia de este delito, lo que representa un tema de suma importancia al tratarse de un caso en el que se afectan los derechos constitucionalmente protegidos de la mujer.

En la misma línea, el Código presenta casos de aborto no punible, en el cual se incluye una indicación terapéutica y una ética o criminológica. Ésta última, hace referencia a la no punibilidad del aborto en caso de embarazo por violación, el cual representa un caso en el que se produce la gestación como consecuencia de un delito. Por lo que, como resultado de lo expuesto, surge la siguiente pregunta: ¿cuál es el escenario de aborto en la legislación ecuatoriana, en caso de embarazo como consecuencia del delito de inseminación no consentida?

Consecuentemente, con el objetivo de encontrar una respuesta al problema planteado, como primer paso se realizó un recuento de la principal literatura que aborda el tema de la reproducción medicamente asistida así como también la temática del aborto. Posteriormente, se identificó la normativa nacional e internacional pertinente para el tema, así como también la jurisprudencia relevante y las líneas de pensamiento con respecto a las mencionadas temáticas. Finalmente, se establecieron las características del delito de inseminación no consentida para identificar la posibilidad de aborto o no en caso de embarazo.

Para cumplir este fin, se utilizó la una metodología exegética. La cual permitió identificar e interpretar la línea de pensamiento que siguió el legislador para tipificar el delito de inseminación no consentida y para establecer indicaciones para el aborto no punible, para así encontrar una respuesta a la problemática. Conjuntamente, se manejó un método dogmático, para comprender si la legislación ecuatoriana actual va a la par con las exigencias de la sociedad actual.

Network of Assisted Reproduction, “Assited Reproductive Technologies in Latin America: The Latin America Registry, 2019”, *JBRA Assisted Reproduction* (2022), 2.

2. Estado del arte

En el presente apartado se abordará cómo las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, TRHA, en general y en específico el delito de inseminación no consentida, han sido abordadas por el derecho, centrándose básicamente en el concepto, regulación y tipificación de las mismas. Además, se abordará el tema del aborto y cuáles son los posibles escenarios de aborto no punible. Para lo cual, se presentarán aportes académicos trascendentales y significativos en la materia de estudio.

Sanguino Madariaga plantea que, la inseminación artificial es una TRHA en donde se introduce espermatozoos dentro de los genitales de la mujer.⁵ Al mismo tiempo, establece la importancia de diferenciar entre los conceptos de inseminación artificial y fecundación artificial, en donde esta última hace referencia a un procedimiento médico en el cual se germina un óvulo con un espermatozoide, refiriéndose a la fecundación in vitro como el procedimiento más común.⁶

En relación a TRHA empleadas sin consentimiento de la mujer, Pérez Manzano expone que el bien jurídico protegido en la tipificación del delito es la libertad de reproducción así como también la dignidad de la mujer. En dicho delito, se incluye la inseminación artificial directa y la transferencia de óvulo fecundado. Sin embargo, el delito no incluye la fecundación in vitro de óvulos ni la extracción de los mismos sin consentimiento de la mujer.⁷

Respecto a la inseminación artificial y la transferencia de óvulo fecundado, Rodríguez Núñez plantea la configuración del delito cuando no existe el consentimiento de ser inseminada por parte de la mujer. El empleo de este tipo de técnicas de reproducción asistida debe estar dirigida a producir el embarazo, para lo cual se debe contar con el consentimiento de la paciente para que el procedimiento sea considerado legal. Sin embargo, al ser considerado como un delito de mera actividad, se configura el tipo penal sin que se produzca el resultado de gestación o embarazo y por lo tanto cabe la tentativa.⁸

⁵ Alirio Sanguino Madariaga, “La inseminación Y fecundación Artificiales: Aspectos jurídicos”, *Estudios De Derecho* 40 (1981), 371 – 411.

⁶ *Ibidem*, 379 – 380.

⁷ Mercedes Pérez Manzano, “Reproducción asistida no consentida” en *Compendio de Derecho Penal Parte Especial Volumen I*, ed. de M. Bajo Fernández (Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.), 489 – 491.

⁸ Alicia Rodríguez Núñez, “Delitos relativos a la manipulación genética” en *Derecho Penal Parte Especial*, ed. de C. Lamarca Pérez (Madrid: Colex, 2010), 102 – 104.

Por otra parte, con respecto al tema del aborto, Feijoo Sánchez plantea una definición jurídico – penal independiente de la definición médica, en donde considera al aborto como “la destrucción o muerte del fruto de la concepción dentro del claustro materno”. En base a esto, establece ciertos supuestos en donde el aborto es considerado como una conducta típica pero no antijurídica cuando se presenta alguna causa de justificación. Entre estas, se encuentran las indicaciones terapéuticas, éticas o criminológicas y eugenésicas.⁹

En la misma línea, Feijoo Sánchez indica que la doctrina no excluye otras posibilidades con respecto a las causales de justificación que pueden ser planteadas con respecto al aborto.¹⁰ Aquí es importante mencionar que el ordenamiento jurídico español, establece las 3 indicaciones mencionadas anteriormente, sin embargo Ecuador tan sólo presenta las indicaciones terapéuticas y éticas o criminológicas.

En contraposición, Guerra, Madrid y Cornacchia mencionan el principio del doble efecto, en donde se plantea que el aborto, es decir la muerte del que está por nacer, tan sólo se pueda considerar como un efecto colateral de una acción que está encaminada a salvar la vida de la mujer embarazada y del hijo. En donde el efecto directo que se quiere obtener debe justificar este efecto colateral que no es deseado en primer lugar. Entonces, en base a este principio, no se podrían aplicar causales de justificación en casos en los que exista otras vías menos lesivas, a parte del aborto, para alcanzar el objetivo deseado.¹¹

Con respecto al aborto y a los métodos de reproducción asistida Rozas Vial menciona que, el concepto de aborto ha sido elaborado en base a lo que ocurría en la naturaleza. Sin embargo, ahora el Derecho se ve enfrentado a situaciones en donde el embarazo se produce por medios distintos a los naturales, como lo es la inseminación artificial y transferencia de óvulo fecundado, por lo que es indispensable acoplar la legislación a la realidad humana actual. Por lo tanto, el derecho se ha visto en la necesidad de presentar regulaciones que fijen consecuencias legales a la práctica de las TRHA. Entre éstas, plantea que la regulación y el concepto del aborto debe extenderse, incluyendo los casos en los que se produzca la gestación como consecuencia de una TRHA.¹²

⁹ Bernardo Feijoo Sánchez, “Aborto” en *Compendio de Derecho Penal Parte Especial*, ed. de Miguel Bajo Fernández (Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.), 283 – 338.

¹⁰ Bernardo Feijoo Sánchez, “Aborto”, 307- 311.

¹¹ Rodrigo Andrés Guerra Espinosa, Raúl Madrid y Luigi Cornacchia. “ ¿Está el derecho penal al margen de discusiones axiológicas? A propósito de la sentencia del tribunal constitucional chileno sobre la despenalización de la interrupción del embarazo”, *Revista Chilena de Derecho* (2022), 182-186.

¹² Fernando Rozas Vial. “Problemas jurídicos y morales que plantean la inseminación artificial y la fecundación in vitro”, *Revista Chilena de Derecho* (1989), 726 – 730.

3. Marco normativo

En el siguiente apartado se realizará una limitación de la normativa nacional, internacional y la jurisprudencia relevantes para el tema de la inseminación artificial, transferencia de óvulo fecundado y el aborto. Se identificará cómo la normativa ha regulado estas prácticas y la manera en la que la jurisprudencia se ha pronunciado sobre el concepto y naturaleza de las mismas.

3.1 Normativa internacional

3.1.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH, tiene como objetivo reconocer los derechos esenciales de cada ser humano, los cuales son inherentes a cada persona y que son objeto de protección internacional. Fue firmado por el Ecuador en el año 1969 y ratificada en el año 1977. Con respecto al tema del aborto, la CADH, en su artículo 4 número 1, defiende el derecho a la vida desde la concepción. Sin embargo, se debe hacer especial énfasis en la frase “en general”, lo cual se interpreta que la protección de la vida desde la concepción es la regla general, pero que pueden existir excepciones ésta.¹³

Con respecto al tema de reproducción médicamente asistida, no existe un artículo que se refiera específicamente a esto. Sin embargo, el artículo 5 protege el derecho a la integridad personal,¹⁴ derecho que se ve afectado en una inseminación realizada de manera forzada.

3.1.2 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificada por el Ecuador en el año 1981, tiene como objeto reconocer un trato igualitario entre hombres y mujeres. Ésta Convención hace especial referencia a los derechos políticos y civiles de las mujeres, en donde los derechos reproductivos son de especial importancia al momento de referirse al tema del aborto y inseminación artificial como método de reproducción asistida.¹⁵

¹³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre del 1969, ratificado por el Ecuador el 8 de diciembre de 1977.

¹⁴ Artículo 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁵ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Nueva York, 3 de septiembre de 1981, ratificado por el Ecuador el 9 de noviembre de 1981.

Específicamente, la convención hace referencia al derecho de “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.¹⁶ Éste, puede considerarse como uno de los derecho reproductivos fundamentales, por el cual se rige el acceso al aborto y se restringen ciertas prácticas no consentidas, como la inseminación artificial, que van en contra del derecho de la mujer a decidir el número de hijos que desea tener y la manera en lo que lo va a hacer.

3.2 Normativa nacional

3.2.1 Constitución de la República del Ecuador

El tema del aborto es abordado expresamente por la Constitución de la República del Ecuador, CRE, en donde en el artículo 45 se menciona la protección constitucional de la vida desde la concepción. Lo cual, justifica la penalización del aborto consentido, con ciertas excepciones planteadas en el Código Orgánico Integral Penal.¹⁷ Sin embargo, los supuestos de aborto no punible, permiten comprender que la protección a la vida humana dependiente no es absoluta, tomando en cuenta que la CRE establece que los derechos constitucionalmente protegidos son de igual jerarquía y por tanto no hay una primacía de un derecho sobre otro.¹⁸

Por su lado, la inseminación artificial y la transferencia de óvulo fecundado, como métodos de reproducción médicamente asistida, ha sido abordada por la CRE en el artículo 66. En éste, se protege el derecho constitucional de cada ser humano de libremente decidir sobre su salud y vida reproductiva, entendido como la capacidad de poder decidir sobre su descendencia y la manera en la que ésta será conseguida.¹⁹ Así también, la CRE protege el derecho de decidir de manera libre, informada, voluntaria y responsable sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual.²⁰ Esta regulación, tiene que ver con la obligación de garantizar la dignidad humana, lo cual debe realizarse mediante la adecuación de la normativa en base a la CRE y los instrumentos internacionales, para evitar la vulneración de los derechos de todos los seres humanos.²¹

¹⁶ Artículo 16, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

¹⁷ Artículo 45, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

¹⁸ Artículo 11, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

¹⁹ Artículo 66.9, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

²⁰ Artículo 66.10, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

²¹ Artículo 84, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

3.2.2 Ley Orgánica de Salud

De manera general, la Ley Orgánica de Salud, aborda el tema del consentimiento en su artículo 7 inciso h. Dicha normativa, establece que toda persona, sin ningún tipo de discriminación, tiene el derecho a ejercer su autonomía de la voluntad y tomar decisiones con respecto a su salud de manera informada y consentida. Esto, además incluye el derecho de consentir sobre la práctica de procedimientos médicos de diagnóstico y tratamiento que se realizarán sobre su propio cuerpo, lo cual incluye a los métodos de reproducción medicamente asistida. Además, se refiere específicamente a las personas que tienen la capacidad de gestar y a su derecho de interrumpir el embarazo que ha sido consecuencia de una violación, es decir producirse un aborto.²²

3.2.3 Código Orgánico Integral Penal

El aborto en el Código Orgánico Integral Penal, COIP, es abordado de manera detallada, en donde se tipifica los posibles escenarios en los que podría ocurrir y los actores implicados. El aborto es considerado como un delito en todos los casos, a excepción de aquellos planteados en el artículo 150 de este Código. El COIP, tipifica supuestos específicos en donde el aborto es punible: en casos en los que se produce la muerte ²³, cuando se lo práctica sin el consentimiento de la mujer ²⁴ y además en el caso de que quien esté embarazada preste su consentimiento. ²⁵ Sin embargo, como se dijo anteriormente, el presente Código enumera dos casos en los que el aborto no será punible: evitar un peligro para la vida o salud de la mujer y en casos de embarazo por violación a una mujer con discapacidad mental. ²⁶ Por otro lado, el COIP tipifica la inseminación artificial y la transferencia de óvulo fecundado cuando no existe el consentimiento de la mujer. ²⁷

3.3 Jurisprudencia

3.3.1 Sentencia de la Corte Constitucional No. 34 – 19 – IN/21 y acumulados

Sentencia No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS, dictada por la Corte Constitucional el 28 de abril del 2021, realiza un análisis de la constitucionalidad de los

²² Ley Orgánica de la Salud, R.O. 423, 22 de diciembre de 2006.

²³ Artículo 147, Código Orgánico Integral Penal, [COIP], R.O. 180, 10 de febrero de 2014.

²⁴ Artículo 148, COIP.

²⁵ Artículo 149, COIP.

²⁶ Artículo 150, COIP.

²⁷ Artículo 164, COIP.

artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal referentes al aborto consentido por mujeres en caso de violación y declarando la inconstitucionalidad de la frase “en mujer que padezca de una discapacidad mental”.²⁸ Esta sentencia, a pesar de basarse fundamentalmente en la inconstitucionalidad del artículo 150 número 2 del COIP, además hace un breve comentario sobre la interrupción voluntaria del embarazo en caso de inseminación forzada. Por lo cual, será posible aplicar la misma línea de análisis en el caso de un embarazo como consecuencia del delito tipificado en el artículo 164 del COIP: inseminación no consentida.

4. Marco teórico

El siguiente apartado tiene como objetivo delimitar las corrientes de pensamiento que han regido al tema del aborto y su regulación en los distintos ordenamientos jurídicos, tomando en consideración que este tema ha sido fuente de diversos conflictos y debates en la sociedad pasada y actual. Se han identificado corrientes de pensamiento contrapuestas: una corriente conservadora y otra corriente liberal. En base a esto, será posible comprender las razones por las cuales el aborto se penaliza en ciertos ordenamientos jurídicos y en otros es una práctica legal.

Para comenzar, la corriente conservadora tiene su base en la protección de la vida humana, tomando en cuenta que el derecho a la vida es uno de los derechos fundamentales con mayor jerarquía y del cual nacen los otros derechos.²⁹ Por tanto, se considera que la protección comienza desde el momento de la fecundación. Quienes defienden esta postura, consideran que se otorga protección jurídica al cigoto, embrión y feto, y por ende rechazan la práctica del aborto, estableciendo a la fecundación como el momento en el que nace un sujeto.³⁰

En otra línea, la corriente liberal acepta al aborto como la protección de la vida, salud, dignidad y libertad de la mujer embarazada. Es decir, el pensamiento liberal considera que el aborto es una decisión de la mujer, que representa el ejercicio del derecho de decidir sobre su cuerpo, su salud y su sexualidad. La postura liberal plantea que, la continuación de un embarazo no deseado se va en contra del libre desarrollo de la personalidad de la mujer, así como también es una manera de afectar negativamente a la

²⁸ Causa No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de abril de 2021.

²⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948, N/D.

³⁰ José Manuel Morán Faúndes, “La valoración de la vida, la subjetivación del embrión y el debate sobre el aborto: aportes desde una perspectiva crítica”, *Acta Bioética* 2 (2014), 151 – 157.

salud tanto física como psicológica de la embarazada que no desea continuar con el proceso de gestación.³¹

Por lo expuesto anteriormente, el presente problema jurídico se investigará desde la perspectiva de la corriente liberal, debido a que ésta protege los derechos de la mujer embarazada, lo cuales son vulnerados al momento de una inseminación no consentida.

5. Delitos contra la integridad sexual y reproductiva

La normativa ecuatoriana, en el COIP, plantea la denominación de delitos contra la integridad sexual y reproductiva. La cual, tiene como objetivo, proteger principalmente el derecho de cada persona de decidir de manera libre e informada la práctica o no de actos de contenido sexual, tomando en cuenta que cuando media el consentimiento son actos totalmente lícitos. Sin embargo, es de gran importancia analizar estos conceptos utilizados por el ordenamiento jurídico para comprender específicamente qué es lo que se protege con la tipificación de este tipo de delitos.

La Corte Constitucional del Ecuador, indica que la integridad de un ser humano tiene diversas dimensiones: integridad física, psíquica, moral y sexual. Ésta última, a la cual se refiere el COIP, se entiende como la protección del derecho de toda persona a decidir sobre su cuerpo, y por tanto a consentir en participar en actos sexuales.³² Entonces, en palabras de Torres Tópaga, la integridad sexual es entendida como el derecho que tiene todo ser humano de mantenerse indemne frente a cualquier acto de naturaleza sexual.³³

En la misma línea, vinculado con la protección a la integridad sexual, la integridad reproductiva protege la autonomía de todo ser humano de decidir si reproducirse o no. Es decir, protege el derecho de cada pareja de decidir tener o no una familia, y además protege el derecho de autodeterminación de la mujer a embarazarse.³⁴

Como consecuencia, después de entender qué bien jurídico protege la regulación y tipificación de estos delitos, es importante clasificar qué acciones atentan contra la integridad sexual y cuáles en contra de la integridad reproductiva. Consecuentemente, aquellos delitos que afectan al derecho de decidir sobre su cuerpo y a participar en actos

³¹ Eliana Alba Zurita, “El tipo penal del aborto en el Código Orgánico Integral Penal”, *Revista de Derecho Penal Central* 1 (2019), 159 – 190.

³² Causa No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de abril de 2021, párr. 129.

³³ William Torres Tópaga, “Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales”, en *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 465 – 508.

³⁴ Reyna Sánchez Sifriano, *Tópicos acerca de la cultura y el conocimiento jurídico del siglo XXI*, (Madrid: Editorial Dykinson, S.L., 2018), 19 – 21.

de contenido sexual, tipificados en el COIP, son: estupro, distribución de material pornográfico a menores de edad, corrupción de menores de edad, abuso sexual, violación, utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual, contacto con finalidad sexual con menores de edad por medios electrónicos y oferta de servicios sexuales con menores de edad por medios electrónicos. Todos éstos, como se evidencia por su nombre, involucran un menoscabo a la libertad de decisión con respecto a su cuerpo y la participación en actos de contenido sexual.

Por otra parte, se encuentran aquellos delitos que, además de afectar a la autonomía de las personas sobre su cuerpo y su sexualidad, involucran una transgresión a su derecho a decidir sobre tener o no descendencia y los medios por los que será obtenida. Aquellos tipificados en el COIP son: violación, violación incestuosa, privación forzada de la capacidad sexual y finalmente la inseminación no consentida de la cual trata el presente trabajo.

Consecuentemente, a partir de este análisis, se reconoce una distinción en la naturaleza del delito de inseminación no consentida, que como se dijo anteriormente, es en realidad un ilícito que va en contra de la integridad reproductiva de la mujer. Es una conducta de difícil ubicación, ya que puede ser ubicada dentro del delito de coacciones por el no consentimiento de la mujer, como un delito de manipulación genética o dentro de los delitos de naturaleza sexual.³⁵

A pesar de esto, se identifican ciertas semejanzas con los delitos sexuales. Al igual que éstos últimos, la tipificación de la inseminación no consentida, busca la protección del libre desarrollo de la personalidad, lo cual implica proteger la autonomía de tomar decisiones determinantes para su vida. Es decir, comprende el derecho a elegir respecto a su reproducción y si tener hijos o no.³⁶

6. Técnicas de reproducción humana asistida. Reproducción medicamente asistida

Las técnicas de reproducción humana asistida, TRHA, como concepto general, se refieren a toda intervención médica en donde se manipulan gametos femeninos, masculinos y embriones con el objetivo de la reproducción. Sin embargo, es importante

³⁵ Alicia Rodríguez Núñez, “Delitos relativos a la manipulación genética”, 102 – 104.

³⁶ Olga Carolina Cárdenas Gómez, “Protección de los derechos de las personas interesadas en las técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva de derecho comparado”, *Revista jurídicas* 15 (2018), 156.

hace una precisión entre las TRHA y la reproducción médicamente asistida, MAR por sus siglas en inglés. Ésta última, es un concepto utilizado para referirse a la reproducción como resultado de diferentes tipos de intervenciones, procedimientos, cirugías y tecnologías para tratar la infertilidad, entre las cuales se encuentran las llamadas TRHA.³⁷

El COIP, se refiere al delito de inseminación no consentida, como la acción de inseminar artificialmente o a la transferencia de óvulo fecundado. La primera, corresponde a un procedimiento de reproducción médicamente asistida, y la segunda se refiere a una técnica de reproducción humana asistida.³⁸ Por lo cual, la manera correcta de conceptualizar estas acciones sería como tipos de reproducción médicamente asistida, al ser éste un concepto más amplio que permite abarcar la mayor parte de procedimientos dirigidos a la fertilidad y a producir el embarazo. De tal manera que, de aquí en adelante se hará referencia a estos procedimientos como MAR.

La inseminación artificial por un lado, se refiere al procedimiento o la técnica por la cual se coloca espermatozoides masculinos en el aparato genital de la mujer, para de esta manera favorecer a la fecundación. Lo cual, se realiza mediante el uso de una jeringa, cánula o una herramienta específica para cumplir el objetivo.³⁹ Por otra parte, la transferencia de óvulo fecundado involucra una serie de procedimientos en donde se fecunda de manera extra corporal el óvulo con el espermatozoide, para posteriormente situarlo dentro de los genitales femeninos.⁴⁰

Las MAR, entre las cuales se encuentra la inseminación artificial y la transferencia de óvulo fecundado, se crearon en un inicio para asistir a aquellas personas que presentaban problemas en su fertilidad, para que puedan tener hijos. Sin embargo, actualmente se ha ampliado el alcance de quienes tienen acceso a este tipo de técnicas de reproducción, como por ejemplo parejas homoparentales. Es por esto, que las legislaciones de cada país se vieron en la necesidad de desarrollar una regulación que permita proteger los derechos, deberes y obligaciones tanto de sus beneficiarios como de todos los demás implicados (médicos, donantes).⁴¹

³⁷ Fernando Zegers-Hochschild, David Adamson, Silke Dyer, Catherine Racowsky, Jacques de Mouzon, Rebecca Sokol, Laura Rienzi, Arne Sunde, Lone Schmidt, Ian D. Cooke, Joe Leigh Simpson y Sheryl van der Poel, “The International Glossary on Infertility and Fertility Care”, *Human Reproduction* Vol. 32 (2017), 1790 – 1796.

³⁸ Fernando Zegers-Hochschild, et.al., “The International Glossary on Infertility and Fertility Care”, 1790 – 1796.

³⁹ Rafael Junquera de Estéfani, *La reproducción médicamente asistida: un estudio desde el derecho y la moral* (Madrid: UNED, 2013), 20 – 21.

⁴⁰ Fernando Zegers-Hochschild, et.al., “The International Glossary on Infertility and Fertility Care”, 1795.

⁴¹ Olga Carolina Cárdenas Gómez, “Protección de los derechos de las personas interesadas en las técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva de derecho comparado”, 156.

Consecuentemente, las regulaciones en los temas de MAR tiene como objetivo proteger los derechos y libertades de todos quienes participan en estos procedimientos, tomando muy en cuenta temas como el consentimiento y la voluntad para utilizar estas técnicas para tener hijos. Sin embargo, también es importante tomar en cuenta que el desarrollo de estas regulaciones se ve influenciada por las diferentes condiciones culturales, sociales y económicas por las cuales un país está pasando. Por tanto, es importante que la legislación vaya acorde a las problemáticas que se presentan en la realidad de un país.⁴²

6.1 Delito de inseminación no consentida (art. 164 COIP)

6.1.1 Bien jurídico protegido

La tipificación del delito de inseminación no consentida en primera instancia protege a la libertad, específicamente la libertad de procreación de la mujer. Lo cual, se vincula con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que implica la protección de la capacidad de las personas de decidir libremente sobre todos los aspectos de su vida. En este caso específico, se ampara la integridad reproductiva de la mujer, que tiene que ver con la libertad de decidir sobre su cuerpo y decidir si desea o no tener hijos.⁴³

De la misma manera, se tiene como objetivo proteger y respetar la dignidad de la mujer debido a que ésta es la base por la que se debe regir la relación médico – paciente. Mediante el amparo de este principio, es posible salvaguardar la autonomía y además el respeto a la vida humana, lo que le permite a la mujer consentir de manera libre e informada sobre cualquier procedimiento médico a realizarse y además sobre todo lo que implica el uso de gametos en dicha intervención.⁴⁴

Consecuentemente, la tipificación de la inseminación no consentida tiene que ver con el derecho de prestar un consentimiento informado sobre cualquier procedimiento a realizarse. En este caso específico, se precautela el respeto a la integridad reproductiva por parte de los profesionales de la salud, en donde éstos últimos deben proporcionar la información suficiente para que la paciente pueda tomar una decisión en base a los

⁴² Marisa Herrera, “Conflictos contemporáneos en Técnicas de Reproducción Asistida: la experiencia en el derecho argentino”, 353 – 380.

⁴³ Olga Carolina Cárdenas Gómez, “Protección de los derechos de las personas interesadas en las técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva de derecho comparado”, 160 – 161.

⁴⁴ Mercedes Pérez Manzano, “Reproducción asistida no consentida”, 489.

aspectos médicos del procedimiento, pero además en base a sus ideales precautelando así también su dignidad.⁴⁵

Cuando la mujer no presta su consentimiento se ve afectada su integridad física y reproductiva. Por lo cual, los profesionales de la salud se ven en la obligación de abstenerse de realizar cualquier procedimiento médico, en este caso la inseminación artificial y transferencia de óvulo fecundado, en el supuesto de que la paciente se oponga.

6.1.2 Elementos objetivos del tipo penal

El delito de inseminación no consentida se encuentra tipificado en el COIP en la sección de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, en donde los verbos rectores son: inseminar artificialmente y transferir óvulo fecundado sin consentimiento de la mujer. Como se mencionó en el apartado seis del presente trabajo, ambas son consideradas como formas de reproducción medicamente asistida, MAR, en donde la primera se refiere a al procedimiento por el cual se inserta espermia masculina dentro de los genitales de la mujer, y la segunda, tiene que ver con el procedimiento de fecundar un óvulo fuera del cuerpo de la mujer para luego transferirlo dentro de su aparato reproductor.⁴⁶

Ahora bien, el consentimiento debe ser entendido de manera amplia, y se debe tomar en cuenta toda forma de coacción que pueda viciarlo. Es decir, se incluye a la violencia, intimidación o engaño, específicamente a una mujer.⁴⁷

Como sujeto activo de la conducta, en primera instancia se podría establecer que es un sujeto activo indeterminado. Sin embargo, a pesar de que el COIP no hace una referencia específica a un sujeto activo determinado, se debe tomar en consideración que por la naturaleza del delito, hay más probabilidad de que sea cometido por profesionales de la salud, ya que son los que tienen el conocimiento y las herramientas necesarias para ejecutar el verbo rector. Por otra parte, el sujeto pasivo es determinado, al ser la mujer quien es la receptora o usuaria de las MAR.

Con respecto a la pena de este delito, el COIP impone una pena privativa de libertad al sujeto activo de cinco a siete años. Sin embargo, se plantea un tipo agravado a la conducta típica, en donde se impone una pena de siete a diez años cuando la víctima es

⁴⁵ Juan Guillermo Agón López, *Consentimiento informado y responsabilidad médica* (Madrid: Wolters Kluwer España, S.A., 2017), 23 – 27.

⁴⁶ Fernando Zegers-Hochschild, et.al., “The International Glossary on Infertility and Fertility Care”, 1795.

⁴⁷ Mercedes Pérez Manzano, “Reproducción asistida no consentida”, 490.

menor de edad o no tenga la capacidad de comprender el verbo rector o no pueda resistirlo.⁴⁸ Sin embargo, es además importante mencionar que, si el sujeto activo del delito es un profesional de la salud, se impone la inhabilitación de ejercer su profesión como lo plantea el COIP en su artículo 60 numeral 6 y el artículo 65 que hace referencia específica a los delitos en contra de la integridad sexual y reproductiva en donde la víctima sea una menor de edad.⁴⁹

7. El aborto

7.1 Bien jurídico protegido

La tipificación del delito de aborto tiene como objetivo proteger la vida humana que se encuentra en formación, es decir protege a la vida humana dependiente. Éste concepto, es esencial para diferenciar al aborto del delito de homicidio, ya que este último afecta a la vida humana independiente, aquella que inicia al momento de la separación del bebé del cuerpo de la madre. Claramente, se debe tomar en cuenta que el que nace no es absolutamente independiente ya que su supervivencia obedece a los cuidados que se le brinden.⁵⁰

Por consiguiente, la vida dependiente puede considerarse aquella que inicia después de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, en el momento en que comienza una relación y conexión biológica entre el fruto de la fecundación y el cuerpo de la madre. De lo contrario, si se toma en cuenta que la vida dependiente comienza inmediatamente después de la fecundación, existirían problemas en los casos de reproducción medicamente asistida, en donde ciertos óvulos fecundados son desechados y métodos anticonceptivos, que también se considerarían como aborto.⁵¹

No obstante, en el caso de la legislación ecuatoriana es importante realizar un análisis adicional en relación a la protección del *nasciturus*⁵² con respecto a la tipificación de este delito, para comprender la situación jurídica del que está por nacer y su protección.

Por consiguiente, para determinar la situación jurídica del *nasciturus* existen dos códigos a los que nos podemos referir. En primer lugar, el Código de la Niñez y Adolescencia, CNA, destaca la protección de todo ser humano desde la concepción.⁵³ Por

⁴⁸ Artículo 164, COIP.

⁴⁹ Artículo 60 y 65, COIP.

⁵⁰ Felipe Villavicencio Terreros, “Protección del Derecho a la Vida”, *Revista Vox Juris* (2012), 72 – 73.

⁵¹ *Ibidem*, 72 – 73.

⁵² “Nasciturus”, Diccionario prehispánico del español jurídico, acceso el 22 de octubre de 2022, <https://dpej.rae.es/lema/nasciturus>.

⁵³ Artículo 2, Código de la Niñez y Adolescencia, [CNA], R.O. Suplemento 737 de 3 de enero de 2003.

lo cual, se puede concluir que dicho Código considera como ser humano al *nasciturus* y por tanto como sujeto derechos. Sin embargo, en contraposición a lo establecido por el CNA, el Código Civil, CC, en su artículo 60, establece la protección de la vida del que está por nacer, pero considera que su existencia legal comienza desde el nacimiento y por tanto desde ese momento comienza a ser titular de derechos y obligaciones, los cuales se encontraban en suspenso antes de que se produzca el alumbramiento.⁵⁴ En otras palabras, desde ese momento comienza su titularidad del derecho a la vida.

En base a la lectura del CNA y el CC, se identifica claramente una contradicción respecto a la situación jurídica y la protección del *nasciturus*. Sin embargo, al referirse al artículo 45 de la CRE, se identifica que en realidad no hay una protección al derecho a la vida desde la concepción, pero existe un interés protegido que es la vida del *nasciturus*.⁵⁵ Por lo que, la CRE y los códigos mencionados presentan perspectivas diferentes respecto al *nasciturus*. Sin embargo, para Sonia Merlyn Sacoto, el artículo 60 del CC, tácitamente se encontraría reformado por las disposiciones del CNA, basándose en el planteamiento de que este último Código es una ley especial que regula la materia de protección del *nasciturus*.⁵⁶

Con respecto a la protección del *nasciturus*, Simon menciona que existe un tratamiento doble para el que esta por nacer. Por un lado, se lo considera como un sujeto de derechos y por tanto titular del derecho a la vida, pero por otro lado, no es considerado como persona. Esto, quiere decir que la protección del *nasciturus* comienza desde la concepción. Esta afirmación, tomada a partir de la decisión del Tribunal Constitucional del Ecuador en el caso “Postinor 2”, se realiza en base a lo que establece el CNA en su artículo número 20, el cual protege al que va a nacer de experimentos y manipulaciones médicas y genéticas. Sin embargo, Simon identifica que, el mencionado artículo al decir “hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes”,⁵⁷ permite concluir que la niñez comienza con el nacimiento y por ende, desde esa momento inicia la protección del derecho a la vida.⁵⁸

⁵⁴ Artículo 60, Código Civil, [CC], R.O. Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

⁵⁵ Artículo 45, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁵⁶ “Consideraciones acerca del inicio de la persona natural en el derecho ecuatoriano”, Sonia Merlyn Sacoto, Revista Persona, acceso el 22 de octubre de 2022, <http://revistapersona.com.ar/Persona34/34Merlyn.htm>.

⁵⁷ Artículo 20, CNA.

⁵⁸ Farith Simon Campaña, *Introducción al estudio del Derecho* (Quito: Cevallos - Editora Jurídica, 2018), 271 – 273.

7.2 Elementos objetivos del tipo penal

El aborto se encuentra tipificado en el COIP, en el que se establecen las tres diferentes modalidades delictivas, en donde el verbo rector es hacer abortar a una mujer, lo cual se refiere a la acción de destruir la vida humana dependiente desde el momento en el que empieza la relación biológica entre ésta y el cuerpo de la madre. Es decir, incluye la muerte del producto de la concepción en todas sus etapas de la gestación.⁵⁹

Como se mencionó, el Código establece tres modalidades delictivas: aborto con consentimiento, aborto sin consentimiento y aborto con muerte. El primero, tipificado en el artículo 149 del COIP, toma en cuenta los supuestos en los que se produzca el aborto por parte de un tercero con consentimiento de la mujer embarazada, en donde se incluye el caso en el que la madre se produzca a sí misma el aborto. En segundo lugar, se tipifica en el artículo 148 el supuesto en donde un tercero ejecute el verbo rector sin que medie el consentimiento de la madre, mientras que la tercera y última modalidad delictiva, tipificada en el artículo 147, muestra el caso en donde los medios empleados para producir el aborto resultan en la muerte de la madre.

Respecto a los sujetos involucrados en el delito, el sujeto activo no es calificado ya que cualquier persona puede realizar el verbo rector, incluida la madre. Por otra parte, el sujeto pasivo es el *nasciturus*, tomando en cuenta que el bien jurídico protegido en este delito es la vida del que está por nacer. Sin embargo, en los supuestos de aborto en donde no media el consentimiento o se produce la muerte de la mujer embarazada, también podría considerarse como sujeto pasivo a ésta última.

Las penas establecidas para el aborto, tienen que ver con las circunstancias en las que se produce el delito. Entonces, en los casos en los que medie el consentimiento de la mujer, se presentan tres posibles supuestos en los que la pena aplicada varía: el supuesto en el que el aborto sea practicado por un tercero, el caso de un autoaborto y finalmente el caso de un aborto con muerte. Por otra parte, en los casos en los que la mujer no de su consentimiento también se identifican dos posibles escenarios: tercero que practique el aborto obligando a la mujer y el caso de aborto con muerte. Cada una de estas situaciones presenta penas privativas de libertad específicas.

⁵⁹ Bernardo Feijoo Sánchez, “Aborto”, 293.

7.3 Aborto no punible

La regulación del aborto en el Ecuador, se basa específicamente en cuatro modalidades delictivas: aborto con consentimiento de la madre, aborto no consentido y aborto con resultado de muerte. Sin embargo, el COIP plantea dos supuestos de aborto no punible, lo cual se basa en un sistema de indicaciones que se fundamenta en el conflicto de intereses que existe entre la madre y el *nasciturus*. Por lo que, a pesar de que se considera al aborto punible en todos los casos, se plantean ciertos casos en los que se consideran los derechos de la madre por sobre los del *nasciturus*.⁶⁰

En primer lugar, se plantea la indicación terapéutica, en donde el aborto no será punible en cuanto se practique para evitar un peligro para la vida o salud de la madre siempre y cuando no se pueda evitar por otros medios. Lo cual, se establece por un análisis que permite identificar un peligro inminente para la mujer que sólo puede ser controlado o evitado por el aborto.⁶¹

En segundo lugar, se menciona la indicación ética, en donde se permite la práctica del aborto cuando el embarazo es consecuencia de una violación a mujer con discapacidad mental. Sin embargo, este último enunciado que plantea una limitación al acceso al aborto sólo a mujeres con discapacidad mental, fue considerado como inconstitucional por parte de la Corte Constitucional. Por lo tanto, esta indicación se basa en el objetivo de proteger la integridad sexual y reproductiva de la víctima del delito de violación.

7.3.1 Naturaleza jurídica del aborto no punible

El Ecuador presenta un sistema de indicaciones respecto a los supuestos en los cuales el aborto no será punible, establecidos en el artículo 150 del COIP. El primero, corresponde a situaciones en las que se lo practica cuando es el único medio para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y la segunda, se refiere a aborto practicados a mujeres víctimas de una violación. Sin embargo, al plantear estas dos indicaciones, se considera importante comprender si corresponden a causas de justificación o al contrario, se tratan de excusas absolutorias planteadas por el legislador.

⁶⁰ Juan José González Rus, ‘‘El aborto. Lesiones al feto’’, en *Derecho Penal Español: Parte Especial*, ed. de M. Cobo del Rosal (Quito: Dykinson, 2005), 121 – 138.

⁶¹ Carlos Blanco Lozano, *Tratado de derecho penal español*, (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2005), 119 – 121.

La posición doctrinal mayoritaria, recoge la tesis de que las indicaciones planteadas corresponden a estados de necesidad como causas de justificación para la no punibilidad del aborto. En donde por un lado, en la indicación terapéutica, existe un conflicto entre la vida del *nasciturus* y la vida o salud de la madre. Mientras que en la indicación ética, se plantea un conflicto entre la dignidad e integridad reproductiva de la mujer y la vida en formación. Dichas causas de exclusión de la antijuridicidad, se encuentran taxativamente establecidas en el COIP, en donde el artículo 32 específicamente habla del estado de necesidad en donde se determinan 3 requisitos: el derecho se encuentre en real y actual peligro, que el resultado del acto de protección no sea mayor que el daño que se quiso evitar y que éste acto sea la única manera y la menos perjudicial de proteger el derecho.⁶²

Sin embargo, en el caso de las dos indicaciones presentadas en la legislación ecuatoriana, se debe realizar un análisis de cada una para determinar si en realidad corresponden a una causa de justificación o una excusa absolutoria. Por una parte, la indicación terapéutica, presenta una situación en donde el propio artículo 150 número 1 del COIP plantea un estado de necesidad específico, el cual no sigue lo planteado en el artículo 32 del Código, pero sigue ciertos requisitos determinados por el sistema de indicaciones que deben concurrir para que no se considere punible al aborto en este caso. Dicho artículo plantea que el aborto no será penado “ [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”.⁶³

A partir de la lectura del artículo anterior, se identifica un peligro inminente a la vida o salud de la madre que no puede evitarse por otros medios. Pero, a diferencia del estado de necesidad genérico, que plantea que el mal causado no sea mayor que el se trata de evitar, esta indicación favorece a los derechos de la madre sobre los del que está por nacer, en donde se sacrifica la vida del *nasciturus* para salvaguardar la vida o salud de la mujer embarazada.

Por otra parte, la indicación ética representa una dificultad mayor para identificar su naturaleza jurídica. En primer lugar, en base a la simple lectura de dicha indicación en el COIP, no es posible identificar los requisitos de un estado de necesidad general o específico como es el caso de la indicación terapéutica. A breves rasgos, no se identifica un riesgo inminente para la salud o vida de la madre por el embarazo como consecuencia

⁶² Artículo 32, COIP.

⁶³ Artículo 150.1, COIP.

de un hecho antijurídico, el acto de protección podría ser mayor al daño que se quiso evitar y el aborto no es la única forma de proteger los derechos de la madre.

Sin embargo, después de un análisis más profundo, se puede establecer que la indicación ética podría representar una causa de justificación debido a que el embarazo como consecuencia del delito de violación representa un peligro para la salud psíquica de la mujer embarazada. En donde el aborto es la única manera de proteger sus derechos, tomando en cuenta que la fuente de esta afección psíquica es la violación y el embarazo como consecuencia de ésta.⁶⁴

No obstante, otra parte de la doctrina, plantea que la indicación ética representa una excusa absolutoria. En donde, la colisión de derechos del *nasciturus* y los de la mujer en caso de un embarazo como consecuencia de un delito, no sería una causa de justificación para sacrificar la vida del que está por nacer. Por tanto, se plantea que por razones de política criminal, se podría perdonar a la mujer que se realice un aborto en este caso. Lo cual, se fundamenta en que el origen del embarazo no es una consecuencia de la actuación libre de la mujer, y por lo tanto no se le puede obligar a soportar las consecuencias personales y familiares que vienen de la mano con el embarazo. Por lo tanto, se intenta proteger los derechos e intereses de la mujer, que ha sido víctima de un hecho típico, antijurídico y culpable.⁶⁵

En base a todo lo planteado anteriormente, se puede llegar a la conclusión de que en realidad la indicación ética sí corresponde a una causa de justificación, específicamente a un estado de necesidad. Esto se debe a que, a pesar de que en un principio se hace complicado identificar los requisitos necesarios, sí es posible emparejar las circunstancias de un aborto en caso de un embarazo como consecuencia de un delito a los requerimientos de un estado de necesidad.

En primer lugar, sí nos encontramos ante un peligro actual e inminente, específicamente una afección a la salud física y psíquica de la mujer, como consecuencia de un acto al cual no se consintió y que por tanto no se encuentra en la obligación de soportar. Esto, al ser una afectación al derecho a la integridad personal, está protegido no sólo por la CRE sino también por instrumentos internacionales y soft law. Según el Informe del Relator Especial sobre la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de la Asamblea Nacional de la Naciones Unidas, las víctimas de violación y violencia sexual sufren traumas físicos y psíquicos duraderos en tiempo. Esto se debe a

⁶⁴ Juan José González Rus, “El aborto. Lesiones al feto”, 132.

⁶⁵ Bernardo Feijoo Sánchez, “Aborto”, 316.

que, además de la estigmatización y aislamiento que resulta de un delito de índole sexual, las mujeres o niñas pueden presentar otras consecuencias como un embarazo no deseado, que afecta de manera inminente a su salud física y mental.⁶⁶

En la misma línea, el aborto sí representa única manera y menos perjudicial de evitar el daño, tomando en cuenta que terminar con el embarazo es la única forma de evitar que la mujer soporte las consecuencias personales, físicas y familiares que éste trae consigo. Tomando en cuenta que, la gestación fue producto de un acto ilícito que de por sí afecta a la salud mental y física de la víctima. Finalmente, tal y como la indicación terapéutica, se favorece a los derechos de la madre por encima de los derechos del que está por nacer, lo cual hace que estemos ante un estado de necesidad específico.

8. Sanción del aborto en caso de embarazo por inseminación no consentida

En el Ecuador, el COIP regula en el artículo 150 los casos en los que el aborto no será punible. El número dos del presente artículo, establece el supuesto de un aborto practicado en un embarazo como consecuencia de una violación, lo cual deja en la indefensión a mujeres víctimas de otros delitos que al consumarse puedan resultar en un embarazo no deseado. Este es el caso de la inseminación no consentida, tipificada en el artículo 164 del COIP, en donde se establece que “la persona que insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años”.⁶⁷

La tipificación del delito de inseminación no consentida, claramente cumple con el objetivo de proteger la integridad reproductiva de la mujer, la cual incluye la protección del derecho constitucional de decidir libremente sobre su cuerpo y sobre si quiere o no tener hijos. Lo cual, además salvaguarda la dignidad humana de la mujer. Sin embargo, deja un vacío normativo al no dar una respuesta a los casos en los que la mujer resulta embarazada como consecuencia de la inseminación a la que no consintió. Por lo que, es necesario determinar si las víctimas se verían obligadas a seguir con el embarazo o tendrían la posibilidad de abortar.

Para comenzar, se analizará el supuesto en que la mujer deba seguir con su embarazo y por tanto el aborto practicado en este caso sea punible. Para esto, es importante identificar cuales son los bienes jurídicos protegidos tanto en el delito de

⁶⁶ Informe del Relator Especial sobre la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/HRC/31/57, 5 de enero de 2016, párr.51.

⁶⁷ Artículo 164, COIP.

aborto como en el caso de inseminación no consentida, lo cual se realizó en los apartados 6.1.1 y 7.1 del presente trabajo. Entonces, en el caso del delito de aborto, el legislador tiene como objetivo proteger la vida del *nasciturus*, es decir la vida humana dependiente. Mientras que el artículo 164 del COIP protege la integridad reproductiva y la dignidad de la mujer, es decir la libertad de decidir sobre su cuerpo y su descendencia. Por tanto, al ser ambos derechos protegidos por la CRE, son de igual jerarquía y por ende este análisis debe ser hecho de manera sistemática, tomando en cuenta que ningún derecho prima sobre otro.⁶⁸

En la misma línea, al haber identificado los bienes jurídicos tutelados por ambos delitos, se debe determinar si la imposición de una pena en caso de aborto es proporcional y cumple con su objetivo. Es verdad, la penalización del aborto por parte de nuestros legisladores tiene el objetivo claro de proteger la vida del *nasciturus*. Sin embargo, en el caso del delito de inseminación no consentida también se encuentra en juego los derechos de la mujer, protegidos por la CRE y varios instrumentos internacionales entre los que se encuentra la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Ésta última, en sus artículos 3 y 4, establece el derecho de toda mujer a vivir una vida libre de violencia en donde se respete su integridad física, psíquica y moral, lo cual se ve violentado en un caso de inseminación no consentida.⁶⁹

En este sentido, la inseminación no consentida no sólo atenta contra la integridad reproductiva de la mujer y su dignidad, pero además es considerada como una forma de violencia contra ésta que afecta a todas las esferas de su vida. La decisión de reproducción, es un derecho inherente al ser humano, que permite a la mujer decidir libremente si embarazarse o no, y además de adoptar medidas referentes a su reproducción sin ser objeto de discriminación o violencia. Entonces, un embarazo como consecuencia de una coacción, es considerado como una forma de violentar el derecho de las mujeres a decidir sobre su cuerpo y sobre su descendencia.⁷⁰

En base a lo dicho anteriormente, se identifica la protección de los derechos referentes a integridad reproductiva de la mujer por un lado, pero por otra parte se reconoce una vulneración de dichos derechos al condenar el aborto en caso de embarazo por una inseminación no consentida. Es decir, una maternidad forzada también violenta

⁶⁸ Artículo 11, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁶⁹ Artículos 3 y 4, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

⁷⁰ Reyna Sánchez Sifriano, *Tópicos acerca de la cultura y el conocimiento jurídico del siglo XXI*, 19 – 21.

los derechos de la mujer de un libre desarrollo de la personalidad y decidir libremente sobre su reproducción. En esta misma línea, la Corte Constitucional establece que sancionar el aborto es una manera de privar a las mujeres de ejercer el derecho a la libertad sexual sin que medie ningún tipo de violencia o coerción.⁷¹

Consecuentemente, se entiende el fin constitucional de penalizar el aborto, sin embargo también se identifica que tal penalización afecta a los derechos de las mujeres que han sido víctimas de un ilícito. Después del análisis realizado, se encuentra que imponer una sanción al aborto, con el objetivo de proteger la vida del *nasciturus*, al mismo tiempo se vulneran otros derechos constitucionalmente protegidos de la madre. Hecho que, le obliga a experimentar cambios en su cuerpo no deseados, lo que además resulta en afecciones graves a su salud mental por tener que vivir un embarazo como consecuencia de un acto violento.

La punibilidad del aborto en caso de embarazo por inseminación no consentida, representa una suerte de revictimización de la mujer que ha sido víctima del delito tipificado en el artículo 164 del COIP. Además de haber sufrido una inseminación a la cual no consintió, se verá obligada a experimentar cambios extremos en su cuerpo que le afectarán tanto a su salud física como mental impuestos por una gestación no deseada. A esto, se le suma además la imposibilidad de tomar la decisión de asumir o no las obligaciones y deberes que vienen de la mano con la maternidad. Por lo tanto, según Zurita, es importante combinar el interés de proteger la vida del que está por nacer con el respeto por la salud y autonomía de la mujer.⁷²

La tipificación del delito de aborto y del delito de inseminación no consentida protegen bienes jurídicos de igual jerarquía, por un lado la vida del *nasciturus* y por otro la integridad reproductiva de la madre. Sin embargo, la penalización del aborto en caso de este ilícito, resultaría en la vulneración de los derechos de la mujer en el intento de proteger la vida del *nasciturus*, impidiendo de esta manera una tutela efectiva de los derechos de la embarazada. En base al artículo 66.10 de la CRE, toda persona tiene la libertad de decidir libre y responsablemente sobre su salud y vida reproductiva,⁷³ por lo que condenar a una mujer por practicarse un aborto se iría en contra de este derecho

⁷¹ Causa No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de abril de 2021, párr. 128.

⁷² Eliana Alba Zurita, “El tipo penal del aborto en el Código Orgánico Integral Penal”, 171.

⁷³ Artículo 66.10, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

constitucional, aún más en el caso de un embarazo como consecuencia de un acto al cual no consintió.

9. Inseminación no consentida como presupuesto de aborto no punible

El artículo 150 del COIP, establece dos presupuestos de aborto no punible, siendo el segundo el caso de un embarazo como consecuencia de una violación a una mujer con discapacidad mental. Sin embargo, gracias al análisis realizado por la Corte Constitucional, se declaró como inconstitucional la frase “en una mujer que padezca discapacidad mental”. Dicha decisión, entre otras cuestiones, toma como fundamento la protección al principio fundamental de igualdad y no discriminación.⁷⁴ Tomando en cuenta esto, es posible realizar una analogía y determinar si la inclusión de la inseminación no consentida como presupuesto de aborto no punible constituye un mecanismo de protección de los principios fundamentales mencionados, y además como una forma de protección de los derechos constitucionales de integridad reproductiva y dignidad de la mujer.

La inseminación no consentida y la violación pueden ser consideradas como situaciones comparables, debido a que ambos delitos constituyen una violación a la integridad sexual y reproductiva de la mujer y al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Esto se debe a que, en ambos casos el embarazo es consecuencia de una coacción por parte de una tercera persona, en donde la mujer sufre un detrimento a su salud física y psicológica.

De la misma manera, ambos delitos involucran una transgresión al cuerpo de la mujer, ya que implican la introducción de un objeto a los genitales de la víctima. En consecuencia, se podría suponer que el delito de inseminación no consentida es en realidad una variante de la violación. Tomando en cuenta el verbo rector de este último delito: “la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril”,⁷⁵ se identifica que la inseminación artificial o la transferencia de óvulo fecundado, son métodos de reproducción medicamente asistida, que implican la introducción de herramientas médicas a los genitales de la mujer y por tanto, concuerdan con lo que el COIP define como una violación. Por este motivo, es indispensable comprender que, al no considerar la inseminación no consentida como supuesto de aborto no punible, es una forma de discriminación a las mujeres víctimas de este delito.

⁷⁴ Causa No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de abril de 2021.

⁷⁵ Artículo 171, COIP.

Según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todas las personas tienen derecho a una protección igualitaria de la ley, independientemente de cualquier aspecto de su condición social.⁷⁶ Esto, además concuerda el artículo 3 número 1 de la CRE, en donde se establece la obligación constitucional que tiene el Estado de garantizar sin discriminación el ejercicio pleno de los derechos constitucionales y los derechos establecidos en instrumentos internacionales.⁷⁷ Es por esto, que el artículo 150 del COIP debe garantizar la protección de los derechos de todas las mujeres, tomando en consideración todos los supuestos en los que una mujer puede quedar embarazada como consecuencia de un ilícito. Lo que además iría acorde al principio fundamental de no discriminación, al no dejar fuera de la protección legal a supuestos como embarazo por inseminación no consentida.

En la misma línea, al hacer una limitación tan restrictiva de los supuestos de aborto no punible, se identifica que se restringe injustificadamente la protección a los derechos constitucionales de las mujeres que han sido víctimas de una inseminación no consentida. Al aplicar el artículo 150 número 2 del COIP, el cual no toma en consideración a otros supuestos de embarazo no consentido, se estaría condenando a una mujer que se encuentra en una situación análoga al caso de embarazo como consecuencia de una violación. Por esto, tomando en consideración que tanto la violación como el delito de inseminación no consentida se producen sin que medie el consentimiento de la mujer, no existe una justificación legal para limitar el acceso al aborto sólo a mujeres víctimas de violación.

De la misma manera, la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Informe del Relator Especial sobre la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, establece que las mujeres y niñas son víctimas de discriminación en los entornos sanitarios cuando tratan de recibir tratamientos como lo es el aborto. Lo cual, al limitar el acceso al aborto a mujeres víctimas de violación y no tomar en consideración a las víctimas de una inseminación no consentida, causa efectos negativos duraderos en la salud física y emocional provocados por dicha discriminación que claramente no tiene un sustento legal ni médico.⁷⁸

⁷⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, ratificada por el Ecuador el 6 de marzo de 1969.

⁷⁷ Artículo 3, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁷⁸ Informe del Relator Especial sobre la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/HRC/31/57, 5 de enero de 2016, párr. 42.

En este mismo camino de análisis, además es evidente que el delito de inseminación no consentida y el delito de violación afectan los mismos bienes jurídicos protegidos, y por tanto deberían recibir la misma protección legal. Ambos, son delitos que afectan a la integridad reproductiva de la mujer, específicamente al derecho a su autodeterminación reproductiva. Derecho que protege la libertad que tiene cada mujer a decidir si tener hijos o no, cuántos, en qué momento y en general todos los aspectos relacionados a la salud reproductiva y sexual.⁷⁹ Dicho esto, nuevamente queda en evidencia que la exclusión del supuesto de embarazo por inseminación no consentida, no tiene una justificación legal de peso que permita entender el porqué una mujer víctima de este delito sería condenada por practicarse un aborto consentido, y por tanto tendría más sentido incluir este caso como supuesto de aborto no punible en el COIP. Es decir, es necesario realizar una reforma a la ley, que permita una protección más amplia a las mujeres.

10. Conclusiones

A partir del trabajo investigativo se pudo llegar a las siguientes conclusiones. Para comenzar, se evidenció la protección legal de la dignidad e integridad reproductiva de la mujer, al tipificar el delito de inseminación no consentida. Sin embargo, también se evidencia una vulneración a tales derechos al no dar una respuesta legal a la posibilidad de aborto en el supuesto en el que la mujer quede embarazada como consecuencia de este ilícito. Es decir, por un lado se intenta proteger la integridad reproductiva de la mujer, pero por otro, al no considerar el embarazo como consecuencia del delito de inseminación no consentida como supuesto de aborto no punible, se violan sus derechos constitucionales al obligarla a experimentar cambios en su cuerpo resultado de la gestación.

Consecuentemente, se determinó que el sistema de indicaciones utilizado por el ordenamiento jurídico ecuatoriano en la tipificación del aborto, plantea causas de justificación que corresponden a un estado de necesidad específico. Por lo que, al realizar un análisis del caso de un embarazo como consecuencia de una inseminación no consentida, se identificó que corresponde a una indicación ética, en donde la mujer se encuentra ante una afección física y psicológica que no tiene obligación de soportar. Resultado de esto, se identificó una discriminación por parte del legislador al no incluir

⁷⁹ Reyna Sánchez Sifriano, *Tópicos acerca de la cultura y el conocimiento jurídico del siglo XXI*, 20 - 21.

este caso como supuesto de aborto no punible, dejando fuera de la protección legal a las mujeres víctimas de este delito.

Como resultado, se logró reconocer cuál es el escenario de aborto en el Ecuador en el caso de un embarazo como consecuencia de una inseminación no consentida. En donde, se pudo identificar cómo la penalización del aborto en caso de este delito repercutiría negativamente en los derechos constitucionalmente protegidos de la mujer, y el porqué se podría incluir como causa de justificación del aborto no punible en la legislación ecuatoriana. Al realizar un análisis de la intención del legislador al tipificar ambos delitos, se encontró una colisión entre los bienes jurídicos de la mujer y del *nasciturus*, pero que al considerar el sistema de indicaciones con respecto al aborto no punible, se identificó la posibilidad de incluir al embarazo por inseminación no consentida dentro de la indicación ética.

Respecto a las limitaciones, a pesar de haber encontrado una amplia literatura sobre el tema, se identificó una dificultad por parte de los expertos en derecho, de reconocer la correcta denominación médica respecto a la inseminación artificial y la transferencia de óvulo fecundado. Este hecho, dificultó la correcta clasificación de dicho delito. Tal limitación, fue superada mediante la búsqueda de bibliografía médica, que permitió entender dichos procedimientos y así ubicarlos de manera correcta. Por lo tanto, se sugiere realizar un estudio de los términos y procedimientos médicos a la par, que permitan a los legisladores conocer la naturaleza de dicho delito y así identificar cómo regularlo.

En base a lo expuesto a lo largo del presente trabajo, se identifica la necesidad de tomar el caso de embarazo por el delito de inseminación no consentida, como una propuesta de *lege ferenda* para el artículo de aborto no punible. Lo que serviría como un mecanismo para proteger la integridad reproductiva de la mujer y su dignidad, las cuales se ven gravemente quebrantadas al ser víctimas de tal delito, al verse obligadas a sufrir cambios en su cuerpo, y a soportar las consecuencias personales y familiares que el embarazo trae consigo.